



Rivista N°: 4/2024
DATA PUBBLICAZIONE: 10/11/2024

AUTORE: Gian Luca Conti*

IL FETICCIO ANCESTRALE: IL POTERE COSTITUENTE DAL TRAMONTO ALL'ALBA

THE ANCESTRAL FETCH: CONSTITUENT POWER FROM SUNSET TO SUNRISE

Sommario: 1 – Pudenda origo. 2 – Minimalia genealogiche. 3 – Ombre di potere costituente. 4 - La promulgazione come norma di riconoscimento. 5 – La costituzione come norma? 6. Potere costituente e promulgazione. 7. Rigida, flessibile, malleabile. 8. L'ultimo tramonto.

1. Pudenda origo

Il quesito intorno al quale ruotano queste pagine è se il potere costituente considerato come concetto fondamentale del diritto costituzionale possa essere considerato la soddisfazione di un bisogno fondativo per il diritto costituzionale¹.

* Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università degli Studi di Pisa.

¹ Negri ha sviluppato diversamente la risposta a questo quesito, che ha, per un verso, negato in radice e, per altro verso, portato alle estreme conseguenze (A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Roma – Manifestolibri, 2002), partendo dall'idea che sia possibile una nozione non costituzionale di potere costituente: in una visione non costituzionalista del potere costituente, il processo costituente non è mai completo (Id., *Repubblica costituente*, in *Revolutionary Writing: Common Sense Essays in Post-Political Politics*, ed. Werner Bonefeld, New York - Autonomedia 2003, 243-253) e si identifica nella democrazia stessa, perché la democrazia nel pensiero di questo Autore rifiuta la separazione fra privato e politico e si fonda sulla idea che la moltitudine sia composta di singolarità che esistono sia in sé sia in funzione dell'altro. La democrazia diventa il modo in cui le singolarità costruiscono il loro sé definendo, in un processo continuo, delle connessioni che sono vive e politicamente rilevanti. Lo stesso Negri riconosce apertamente che il concetto giuridico di potere costituente è completamente diverso: esso rappresenta l'esercizio sovrano della prerogativa di eccezione con effetti stabili nel tempo e, perciò, si caratterizza come un potere che si impone all'ordinamento giuridico di cui costituisce la causa, non come un potere che si rivela come relazione fra due soggetti, secondo le intuizioni di Foucault e Deleuze. Questa idea di potere costituente è intimamente rivoluzionaria: essa non si pone come obiettivo quello di spiegare il meccanismo creativo di un determinato ordinamento in un particolare momento storico. Ha l'ambizione di stabilire come dovrebbe essere una società pienamente democratica e questa società sarebbe la società del potere costituente (riprende Negri in chiave femminista e queer: I.LOREY, *Democracy in the Present. A Queer-Feminist Theory*, Londra – Verso 2022).

Il diritto costituzionale ha trovato il proprio fondamento originario nella idea di potere costituente per come la stessa si è sviluppata a partire dal dibattito che ha animato la convenzione francese negli anni compresi fra il 1789 e l'avvento di Napoleone, ma si può sostenere che questa nozione abbia perso la propria forza originaria per essere sostituita dal diverso concetto di produzione di norme costituzionali secondo forme legalmente apprezzabili.

Il concetto di potere costituente è il modo con cui il diritto giustifica se stesso dal punto di vista del diritto e, come qualsiasi altro sistema logico, per potersi giustificare razionalmente deve trovare un fondamento al di fuori di sé.

Vale per gli ordinamenti giuridici il teorema di incompletezza di Gödel: «se un sistema di assiomi S dell'aritmetica è coerente, cioè non contiene contraddizioni, allora S non è sintatticamente completo»². Un ordinamento giuridico per essere coerente con se stesso, deve necessariamente essere completo e la sua completezza viene data dal potere costituente.

Il concetto di potere costituente è strutturalmente ambiguo perché rappresenta la traduzione sul piano del diritto costituzionale, un piano che per definizione nel momento in cui il potere costituente opera non può ancora esistere, di una idea con cui la filosofia politica legge la storia.

Lo studioso di diritto costituzionale, però, non è un filosofo della politica di talché può incontrare delle difficoltà nel maneggiare questo concetto³.

Dal punto di vista normativista, il potere costituente è sempre eguale a se stesso perché è la norma che giustifica la produzione delle altre norme e questa norma è una necessità irrinunciabile nel sistema.

Per un giurista realista, il potere costituente è conseguenza della storia, è il momento in cui la storia si rivolta contro un determinato stato delle cose e, perciò, è sempre diverso da se stesso ed è, in fondo, sempre estraneo al diritto, sempre rivoluzionario⁴.

Per il costituzionalista, il potere costituente è sia una necessità logica che un fatto storico.

Il problema costituzionale del potere costituente è, perciò, negato in radice, considerato irrilevante, ma, nello stesso tempo, il potere costituente, secondo questo Autore, è la democrazia.

² Vedilo in P. DAVIES, *La mente di Dio*, trad. it. M. D'Agostino e A. Gulotta, Mondadori – Milano 1993, pp. 117-121. Il teorema di incompletezza di Gödel viene applicato nel testo con lo stesso scopo con cui Agamben usa il potere di eccezione per giustificare la sovranità (sul punto A. DESTASIO, *Inoperosità e conservazione. Una nota critica alla teoria agambeniana della potenza destituente*, in *Iride*, 2023, part. 345).

³ Sul punto, vedi, ancora oggi, le osservazioni della Gianformaggio (L. GIANFORMAGGIO, *Tempo della Costituzione, tempo della consolidazione*, in *Politica del diritto*, 1997, part. 528): «L'idea del diritto come dover essere o norma non è [...] l'unica concezione del diritto proponibile: è una concezione, quella detta appunto normativistica. Solitamente la si contrappone al realismo (o istituzionalismo) che colloca il diritto nella sfera dell'essere, tra gli eventi e i fatti; orbene, tale contrapposizione è agevole, e si rivelerà produttiva di senso, anche dal punto di vista della relazione tra il diritto e il tempo». Più analiticamente, Scarpelli dimostra che il normativismo si fonda sulla idea che non sia possibile condividere alcuna morale e che perciò pone un legame intimo fra positivismo giuridico, non cognitivismo e soggettivismo etico (U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965), che è l'idea che si porta avanti nel testo. Il potere costituente è sempre eguale a se stesso perché non ha niente a che fare con una idea dello Stato o con una determinata etica, non è portatore di alcun senso. Esiste ed esiste logicamente, punto. Su tutto questo, N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, 985 e ss.

⁴ Sul realismo, e sulle ambiguità della distinzione fra reale e apparente, vedi M. BARBERIS, *La dura realtà dell'interpretazione: realismo, neorealismo, surrealismo*, in *Ars interpretandi*, 2013, 63 e ss. In un certo senso, l'idea alla base della ricostruzione del potere costituente operata da Negri, ovvero il rifiuto della rappresentanza politica determinato dal rifiuto di distinguere fra privato e politico conduce alla normatività del realismo.

Questo è un punto chiave: il potere costituente è intriso di ambiguità e, probabilmente, anche quando cerca di allontanarsi dalla storia, è intriso di eventi, è intriso del modo in cui l'ordinamento giuridico considera se stesso guardandosi dall'esterno, riflettendo se stesso come un bambino che si chiede le ragioni del suo venire al mondo e non può immaginare che un tanto sia accaduto per effetto della naturale propensione alla riproduzione dei suoi genitori.

Inoltre, il diritto costituzionale utilizza il linguaggio che è proprio del periodo in cui si interroga su se stesso. Il giurista è un intellettuale che usa gli strumenti a disposizione della sensibilità del suo tempo.

La storia del diritto ha iniziato a conoscere il potere costituente con Sieyès⁵, in un libro pubblicato anonimo nel gennaio del 1789, l'abate giustifica la rivoluzione distinguendo fra potere costituente e potere costituito: il potere costituente serve a giustificare la possibilità di una unità politica costruita intorno alla nazione anziché al principio monarchico⁶.

A ben vedere, è una rivoluzione "copernicana" ampiamente preparata da tempo: lo Stato non si giustifica, come era stato sino a quel momento, con un principio esterno allo Stato, ma si deve giustificare in sé: la nazione è l'unità politica e questa unità politica esiste perché esiste la nazione. La nazione si identifica con lo Stato inteso come unità⁷.

Il potere costituente viene pensato quando lo Stato comincia a guardare dentro se stesso, a interrogarsi sulla propria ragion d'essere senza giustificarla con il riferimento a un principio eteroposto.

Il bisogno di giustificazione dello Stato è fondamentalmente sempre lo stesso: la sovranità è il modo con cui una determinata élite giustifica la propria superiorità su di una moltitudine e lo fa trasformando la moltitudine in unità, ovvero in popolo, solo a questo punto è possibile parlare di nazione e, quindi, di sovranità⁸.

⁵ L'affermazione è di Carl Schmitt (C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, ed. it., Milano – Giuffrè, 1984, part. 113): «Sieyès ha formulato la teoria del *pouvoir constituant* della nazione. egli ha giustamente indicato come atto della rivoluzione l'aver subito posto ai suoi inizi la distinzione fra potere costituente e costituito. nonostante la grande influenza che ha esercitato il modello americano, solo l'anno 1789 significa l'inizio di questo nuovo principio politico. alle costituzioni americane del XVIII sec. manca una vera e propria teoria della costituzione». Sul pensiero costituzionale di Sieyès, vedi M. GOLDONI, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze – Firenze University Press, 2009, ma anche, fra i tanti, P. PASQUINO, *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Paris – Edition Odile Jacob, 1998.

Sulle idee costituzionali di Sieyès, vale la pena citare anche il numero di luglio 2019 di *Jus politicum*, facilmente reperibile in rete.

⁶ C. LARRÈRE, *La nation chez Sieyès: l'inflexion révolutionnaire de l'universalité des Lumières*, in B. Bourgeois, J. d'hondt (ed.), *La philosophie et la Révolution française*, Vrin - Paris, 1989, pp. 143-154; L. COMPAGNA, *Rappresentanza, nazione, terzo stato in Sieyès*, in E. Pii (a cura di), *I linguaggi politici della Rivoluzione in Europa*, Olschki - Firenze, 1992, pp. 203-211.

⁷ E' l'idea di unità come *proprium* dello Stato europeo fondato sul partito unico nel pensiero di Carl Schmitt su cui vedi G. AMBROSINI, O. RANELLETTI, C. SCHMITT, *Lo stato europeo a partito unico*, Milano, Circolo giuridico di Milano, 1936.

⁸ La distinzione fra popolo e moltitudine in Hobbes: *vim suam in alium naturali modo nemo transferre potest* (O. ASTORGA, *Hobbes's Concept of Multitude*, in *Hobbes Studies*, 24, 1/2011, pp. 5-14). Non si è lontani da Cicerone (*De republica*, I, 39): *Populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*. La riduzione della moltitudine in uno, scomparso Dio, è ciò che il potere costituente attribuisce alla sovranità intesa nel senso di Bodin: *maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas* (J. BODIN, *De re publica*, Frankfurt, 1591, 123). Nel testo, sovranità e nazione sono intimamente connesse nel senso che se un popolo è capace di essere nazione allora questo popolo esercita la sovranità.

Questa giustificazione non è un esercizio logico valido per tutti i tempi perché mutano continuamente le ragioni per cui una massa di individui ritiene utile o, semplicemente, naturale o, forse, inevitabile essere nazione e, perciò, definire il modo in cui una determinata élite eserciterà il potere.

L'indagine sul potere costituente è complessa e ambigua: complesso perché il costituzionalista deve avvalersi anche di categorie che non gli sono proprie: quando lo Stato si interroga su se stesso, usa le stesse categorie con cui gli uomini si interrogano sulla propria natura. Ambiguo perché questo modello cambia con il progredire della storia e, quindi, sarebbe vano immaginare che il potere costituente, inteso come categoria fondativa, sia sempre lo stesso.

2. Minimalia genealogiche

La rivoluzione francese non è la semplice reazione a uno stato di cose oramai inaccettabile secondo una impostazione che, più di altri, ha saputo sviluppare Tocqueville interrogandosi, al termine del suo percorso intellettuale, sul collegamento fra l'antico regime e la rivoluzione⁹. E' anche lo sfogo storico delle idee germinate nella età dei lumi e, nello stesso tempo, lo shock rivoluzionario ha avuto un impatto straordinario sul modo di pensare e di concepire sia il diritto che lo Stato¹⁰.

Si affaccia l'idea per cui lo scopo dello Stato è assicurare il massimo possibile di libertà degli individui¹¹ e che uno Stato che si fonda sul bisogno di ciascuno ad essere protetto in maniera da poter essere autonomo si giustifica con il bisogno di libertà che è proprio di ogni essere umano.

⁹ Il vero, ad avviso di chi scrive, commento dell'opera di Siéyès, è di Toqueville, che dialoga con l'abate nel suo lavoro sull'antico regime e la rivoluzione.

¹⁰ Scrive Gans, allievo di Hegel, nel luglio 1828: «Questa è la storia dell'età contemporanea in genere. Tutte le altre storie fecero pausa all'epoca della Rivoluzione francese; solo l'effetto che essa ebbe sugli altri stati può esser preso in considerazione: dalla Francia la storia ha preso il suo punto di partenza. A causa dei molti obbrobri e del Terrore, tuttavia, dopo la Restaurazione ha messo radice un sentimento di odio nei confronti di questo evento, il fondamento di tutta la nostra storia; ma io non posso acconsentirvi, così come non condivido il timore che l'*ancien régime* ritornerà a seguito della Restaurazione: mai nella storia qualcosa è ritornato nelle stesse condizioni. Non si può né ammirare né temere il proprio tempo, lo si deve considerare» (E. GANS, *Storia della Rivoluzione francese*, testo tedesco e traduzione italiana a cura di C. Bertani, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2011, part. 83).

¹¹ Scrive Duso: «Può sembrare dunque naturale che Kant ravvisi nel sistema che si instaura con la costituzione francese e nel dibattito pubblico che un tale sistema comporta un ambito più consono alla possibilità di affermarsi della ragione. E a ciò è legata quella rilevanza che egli attribuisce alla rivoluzione francese per quel che concerne il giudizio degli osservatori e dunque l'ambito della ragione pubblica» (G. DUSO, *Idee di libertà e costituzione repubblicana nella filosofia politica di Kant*, Polimetrico – Monza, 2002, part. 122, ma su questi temi, più ampiamente: G. SADUN BORDONI, *Ritorno alla storia. Kant sul rapporto tra teoria e prassi nel 1793*, in *Filosofia politica*, 2020, 193). Sulla idea kantiana di libertà: M. WILLASCHEK, *Freiheit als Bedingung für Verantwortung. Ein kurzes Argument für den Kompatibilismus*, in S. Mischer, M. Quante e C. Suhm (a cura di), *Auf Freigang. Metaphysische und ethische Annäherungen an die menschliche Freiheit*, Münster, Lit Verlag, 2003, pp. 199-205; Id., *Rationale Postulate. Über Kants These vom Primat der reinen praktischen Vernunft*, in H. Klemme (a cura di), *Kant und die Zukunft der europäischen Aufklärung*, Berlin, De Gruyter, 2009, pp. 251-268; Id., *Freedom as a Postulate*, in E. Watkins (a cura di), *Kant on Persons and Agency*, Cambridge - New York, Cambridge University Press, 2018, pp. 102-119.

Il punto di partenza è la persona umana considerata a partire dalla etica deontologica e questa etica consente l'affermarsi sia del diritto, sia dello Stato, considerati come tratti di un percorso giustificabile sul piano morale¹².

Questo modello trova il fondamento dello Stato in un idealismo delle libertà che consente a ciascun individuo il benessere che merita e la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo non è altro che la sua traduzione in termini giuridici.

Lo Stato è per l'uomo, per questo uomo capace di vivere una ideologia delle libertà perché animato da una etica deontologica: cambia la divinità – non più il Re, ma i diritti dei cittadini – ma c'è sempre una religione alle fondamenta del potere¹³.

È interessante notare che questa idea, profonda, ma soprattutto bella e affascinante come un demone tentatore, entra subito in crisi nel pensiero di Humboldt¹⁴: uno Stato che si occupa della felicità dei cittadini¹⁵ esercita la più opprimente delle forme di dispotismo, perché ciascun cittadino ha diritto alla sua felicità, non alla felicità definita dallo Stato, e, nello stesso tempo, l'idea che una Costituzione possa plasmare il futuro è assolutamente illusoria: il futuro è il frutto della potenza del caso¹⁶.

¹² Non è un caso che il pensiero di Kant sia tornato alla ribalta della filosofia politica dopo la metà del ventesimo secolo e, volgarizzando un percorso assai più complesso: L. FILIERI, *Legge e postulato. Kant e la realtà delle libertà*, in *Iride*, 2020, 49 e ss., con le riflessioni di Rawls sulla giustizia: J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1971, trad. it. di U. Santini con il titolo *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli, 1982. In generale sul rapporto fra Kant e la filosofia politica contemporanea: K. FLIKSCHUH, *Kant and Modern Political Philosophy*, New York, Cambridge University Press, 2000.

¹³ Lo scrive M. Onfray: «i sostenitori della religione umanistica, che sono anche i difensori della mitologia dei diritti dell'uomo, illustrano l'opzione realistica nell'antica disputa con i nominalisti [...] la dichiarazione di principio, foss'anche generosa, superba e magnifica – come nei casi dell'umanesimo e dei diritti dell'uomo – non vale niente nei riguardi del mondo concreto, se il passaggio all'atto è impossibile. Così, l'umanesimo serve una causa contraria al principio sul quale si basa: confinata nel solo registro della petizione etica, della rivendicazione moralizzante e moralizzatrice [...], questa religione riattualizza il cristianesimo sotto forma antropologica, agendo come "una cortina fumogena pratica"» (M. ONFRAY, *Politique du rebelle. Traité de résistance et d'insoumission*, Paris – B. Grasset, 1997; tr. it. Milano - Feltrinelli, 1998, pp. 138, 132).

¹⁴ Si tratta del saggio *Idee sulla Costituzione*, pubblicato nel gennaio del 1792 sulla «Berlinische Monatschrift»,

vedilo in R. MARRA, *La ragione e il caso. Il processo costituente nel realismo storico di Wilhelm Von Humboldt*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2002, part. 485.

¹⁵ Il riferimento è al *greatest happiness principle* di Bentham: è il filosofo radicale inglese che più di ogni altro ha considerato la felicità, intesa secondo il principio di utilità, e quindi come massima felicità del maggior numero degli individui: *the greatest happiness for the largest number*, come misura del giusto e dell'ingiusto, come guida suprema della politica e della morale (J. BENTHAM, *Deontology together with A Table of the Springs of Action and Article on Utilitarianism*, a cura di A. Goldworth, Oxford, Clarendon Press, 1983).

¹⁶ Sul pensiero di Humboldt: R. LEROUX, *Guillaume de Humboldt. La formation de sa pensée jusqu'en 1794*, Paris, Faculté des Lettres de l'Université de Strasbourg, 1932, pp. 91 ss.; W. STOLZE, *Der junge Wilhelm von Humboldt und der preußische Staat. Eine Richtigstellung*, in *Forschungen zur Brandenburgischen und Preußischen Geschichte*, XLVII, 1935, pp. 161-71; FR. SCHAFFSTEIN, *Wilhelm von Humboldt. Ein Lebensbild*, Frankfurt a.M., Klostermann, 1952, pp. 74 ss.; S.A. KAEHLER, *Wilhelm von Humboldt und der Staat*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1963, pp. 128 ss.; F. TESSITORE, *I fondamenti della filosofia politica di Humboldt*, Napoli, Morano, 1965, pp. 59 ss.; G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, Guida, 1974, pp. 157 ss.; CH. M. SAUTER, *Wilhelm von Humboldt und die deutsche Aufklärung*, Berlin, Ducker & Humblot, 1989, pp. 321 ss.; T. BORSCHKE, *Wilhelm von Humboldt*, München, Beck, 1990, pp. 41 ss.; D. BENNER, *Wilhelm von Humboldts Bildungstheorie. Eine problemgeschichtliche Studie zum Begründungszusammenhang neuzeitlicher Bildungsreform*, Weinheim-München, Juventa Verlag, 1992, pp. 37 ss.; M. LALATTA COSTERBOSA, *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 20 ss, che riporta il seguente passo delle *Idee sulla Costituzione*: «La ragione ha certo la capacità di plasmare l'esistente, non quella però di creare il

Humboldt coglie il potenziale nefasto di questo ideale: è un modo per esercitare un potere che vuole anche possedere il futuro privando il presente del suo destino, questo potere non ambisce a salvaguardare le libertà degli individui ma plasma le coscienze.

Il potere non deve aver bisogno di nient'altro che il potere per giustificarsi, ogni altra giustificazione genera mostri.

E', forse, proprio in questo momento che si può cominciare a parlare di potere costituente nel senso in cui la scienza del diritto contemporanea considera questo concetto: lo Stato riflette su stesso, esattamente come il filosofo, terminata l'età dei lumi, completa il lungo percorso che lo ha portato a considerare l'oggetto della percezione come il soggetto della percezione. Il "chi" (il soggetto che riflette e interpreta, in Nietzsche, ma anche colui che decide, in Schmitt) prevale sul "cosa" (il fatto, in Nietzsche, la decisione per Schmitt)¹⁷.

È questa l'essenza del potere costituente per come ci appare oggi: una divagazione ontologica, un tentativo impossibile, talvolta volgare, come quando pare funzionale a giustificare un determinato stato di cose e la sua immodificabilità¹⁸, quello che Fioravanti, con sorniona arguzia, risolveva senza risolvere affermando che ogni sistema di esercizio della sovranità si fonda sul tacito accordo che nessuno tiri fuori la questione della sovranità¹⁹.

Ma se questo è vero, se è ragionevole sostenere che una discussione sul potere costituente dopo il Nietzsche di Deleuze o il "partito biopolitico" di Foucault sia diventata impossibile perché la sovranità può organizzare se stessa solo se sa chi è ma quando non può più sapere chi è, quando è la moltitudine sottomessa al piacere che caratterizza il biopotere di Foucault, allora parlare diventa difficile e il potere costituente si rivela come un progetto politico che merita di essere compreso scendendo nella storia di una determinata comunità e abbandonando questo empirico regno delle idee.

Si tratta di lasciare il mondo delle costruzioni astratte, Nietzsche avrebbe detto della morale, per entrare nel concreto (inconfessabile?) dei criteri di formazione delle Costituzioni²⁰.

La razionalità è diventata irrazionalità: Sièyes è prontamente fuggito da Robespierre, il prodotto "storico" dell'età dei lumi è entrato in crisi ancor prima che lo spirito del mondo salisse a cavallo o cominciasse a far rimbombare la terra con i suoi cannoni.

nuovo, tale forza è soltanto nella natura delle cose, queste sole hanno efficacia, una ragione savia le stimolerà all'azione e cercherà di guidarle. Ma qui s'arresterà. Le Costituzioni non si possono innestare sugli uomini come fossero germogli sugli alberi. Se la natura e i tempi non hanno già compiuto il lavoro preparatorio, è come se si legassero le fioriture con un filo. Il primo sole di mezzogiorno le brucerà».

¹⁷ E. CASTRUCCI, *Genealogie della potenza costituente. Nietzsche, Schmitt, Spinoza*, in *Filosofia politica*, 1999, 245 e ss.

¹⁸ Sul punto, vedi: G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Edizione Dedalo, Bari, 1997.

¹⁹ M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. Il costituzionalismo italiano nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 1998, part. 9-10. Sulla elusione del principio di sovranità, A. JACAB, *Neutralizing the Sovereignty Question - Compromise Strategies in Constitutional Argumentation before European Integration and since*, in *European Constitutional Law Review*, 2006, part. 397-7, dove si legge: «The real lawyerly task (as we have seen analogically in different constitutional laws) is to neutralize this question. There are times where straight answers are needed – like the 16-17th centuries. And there are times where straight answers are not needed – like now. Or to put it in a more cynical manner: our task is to avoid or to prevent the question, and if someone still poses it, then we should give a 'solution' that does not say anything practical for conflicts».

²⁰ M. FOUCAULT, *Nietzsche, la généalogie, l'histoire*, in *Hommage à Jean Hyppolite*, Paris, PUF, 1971, trad. it. *Microfisica del potere*, Torino, Einaudi, 1977, part. 29.

Insomma, il potere costituente è lo strumento con cui la filosofia politica cerca di leggere la storia e tenta di giustificare lo Stato con un percorso che torna al punto di partenza inducendo a spostare l'attenzione dal fatto al soggetto, dalla realtà alla percezione.

Significa cercare il potere costituente nella storia e chiedersi perché – in questo mondo nel quale viviamo – la storia utilizza la Costituzione per non avere paura del futuro.

Il potere costituente rappresenta il prodotto di una rivoluzione che vuole essere il progetto di una società diversa e, perciò, ambisce a imporsi sul futuro²¹.

Si deve abbandonare la metafisica del potere costituente come fondamento di uno Stato che riflette su se stesso per indagarne la genealogia.

La scelta di metodo che si è cercato di giustificare ha come conseguenza la rinuncia a costruire un potere costituente ipotizzato in chiave normativa come una necessità logica immutabile, abbracciando un potere costituente prodotto da piccoli eventi caratterizzati in senso storico e, quindi, irripetibili.

3. Ombre di potere costituente

Lo Statuto albertino non fu esercizio di potere costituente. Disse Borelli: «il faut la donner, non se la laisser imposer, dicter les conditions, non les recevoir²² e si è osservato come

²¹ Sono illuminanti su questo piano le riflessioni su potere costituente e revisione costituzionale sviluppate nella Francia rivoluzionaria, su cui P. COLOMBO, *Riforma legale e potere costituente nelle costituzioni rivoluzionarie francesi*, in *Il politico*, 1985, 461 e ss. La vera questione non era il potere costituente, il potere costituente era considerato la rivoluzione che di fuori dalla convenzione ne imponeva il corso. Era la revisione legale della Costituzione, perché solo rendendola complessa, ostacolandola, arricchendola di vincoli e procedure, la Costituzione poteva resistere al tempo e imporsi al futuro.

A contrario, quando Agamben definisce il concetto di potenza destituente, lo definisce proprio come la negazione della potenza costituente: l'inoperosità si sostituisce al progetto, l'inazione prende il luogo della realizzazione (G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995, part. 71).

²² F. BONINI, *Lezioni di storia delle istituzioni politiche*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 104. Questo il passo completo per come lo si legge nei verbali del Consiglio di Conferenza: «Les événements ont marché d'un pas si rapide, que l'imagination en est effrayée... Le travail des sectes, ce qui a été fait ailleurs, et par contrecoup ici, l'immense excitation de la presse a tout précipité: nous avons parcouru un demi-siècle en quelque mois [...] La détermination du Roi de Naples a changé immensément la question en Italie. Les esprits sont en ébullition: cet exemple a mis tout en feu partout et surtout Gènes; on espère, on se concerté, on prêche et dans cet état de choses il est facile de prévoir avec presque tout le monde, qu'on ne peut éviter une crise. L'éventualité en est devenue plus prochaine et probable, et la demande d'une forme représentative de Gouvernement peut arriver sous peu de temps.

«C'est avec douleur qu'il annonce d'après tous les rapports, mais il est impossible de le taire à S. M.

«Il demande quelle est la ligne à suivre par le Ministère?

«Si S. M. juge inévitable une constitution, ainsi que tout porte à le croire, il faudrait tout préparer pour la donner, avec le plus de dignité possible pour la Couronne, avec le moins de mal possible pour le pays.

«Il faut la donner, non se la laisser imposer: dicter les conditions, non les recevoir; il faut avoir le temps de choisir avec calme les moyens et l'opportunité après avoir promis de les employer.

«Une discussion s'étant ouverte à l'invitation du Roi sur la forme et la nature du nouvel ordre de concession dans lequel il était convenable d'entrer, le Comte Borelli a observé que dans les malheureuses circonstances actuelles, le refus d'une constitution pourrait porter à des émeutes, à une insurrection, peut-être à des massacres et ensuite à l'anarchie.

«Qu'à son avis la constitution est sans doute un malheur, mais qu'on est arrivé au point de choisir le moindre mal, pour en éviter de plus-grands».

Ma vedi anche Cavour sul Risorgimento del 4 febbraio 1848.

la concessione di uno Statuto fosse alternativa al subire una Costituzione²³. Tutti i componenti del Consiglio di Conferenza nominato da Carlo Alberto consideravano la concessione di uno Statuto il prezzo per evitare che la monarchia, sull'esempio napoletano, fosse costretta ad accettare la Costituzione.

Era, d'altra parte, l'impostazione di Cavour, che non partecipò alla elaborazione dello Statuto, ma fu membro della commissione per la redazione della legge elettorale del 17 marzo 1848.

Il vero enigma dello Statuto è perché, terminata la rovinosa prima guerra di indipendenza, Vittorio Emanuele II non abbia revocato lo Statuto che avrebbe potuto affermare, a quel punto, essere stato inopinatamente concesso dal padre.

Lo Statuto Albertino è stato mantenuto perché un Re che revoca un patto con il suo popolo non è credibile come attore di un progetto politico di annessione e, perciò, è stato fatto diventare, ben al di là delle intenzioni e delle stesse potenzialità del testo, il manifesto programmatico di un progetto di unificazione della penisola intorno a una monarchia costituzionale capace di partiti diversi e tendenzialmente incompatibili fra di loro grazie alle dinamiche parlamentari.

Dice Cavour nel suo discorso del 7 marzo 1850 sulla abolizione del foro ecclesiastico: «Lo Statuto di Carlo Alberto ebbe il mirabile effetto, per qualche tempo almeno [...] di riunire l'immensa maggioranza della nazione intorno al trono costituzionale. Infatti l'immensa maggioranza degli amici del progresso accettarono lo Statuto, e quand'anche non lo trovassero forse conforme pienamente ai loro desiderii, lo riconobbero però adattato ai tempi, e bastevole per aprire la strada a quel progresso che era conforme ai loro desiderii. La massima parte poi dell'altro partito accettò lo Statuto come un atto legittimo del Sovrano che aveva diritto alla sua riverenza».

D'altra parte, revocare l'irrevocabile è molto più "costituente" che concedere irrevocabilmente.

Fu "costituente" l'adesione allo Statuto delle province via via liberate dalle guerre di indipendenza: l'annessione di questi territori avviene per regio decreto sulla base di un plebiscito con cui gli elettori manifestano la volontà di essere *uniti al Regno di Italia sotto la monarchia costituzionale di Vittorio Emanuele II e dei suoi successori*²⁴.

²³ S. CASSESE, *Una costituzionalizzazione debole*, in *Nuova informazione bibliografica*, 2011, part. 683. Sulle ragioni che hanno giustificato il mantenimento dello Statuto: R. ROMEO, *Dal Piemonte sabaudo all'Italia liberale*, Torino, Einaudi, 1963, 101-143; HMG SMYTH, *Piedmont and Prussia. The influence of the Campaigns of 1848-49 on the constitutional development of Italy*, in *American Historical Review*, LV (April 1950), 479-502.

²⁴ L'annessione fu dichiarata per le province dell'Emilia con r.d. 18 marzo 1860, n. 4004: «le province dell'Emilia fanno parte del Regno di Italia». I plebisciti per l'annessione della legazione delle Romagne dello Stato Pontificio, del Ducato di Modena e Reggio, e del Ducato di Parma e Piacenza si erano svolti l'11/12 marzo 1860 sul seguente quesito: «Volete l'unione alla monarchia costituzionale di Re Vittorio Emanuele II?».

Per il Granducato di Toscana, l'annessione fu dichiarata con r.d. 22 marzo 1860, n. 4014: «le province della Toscana fanno parte del Regno d'Italia». I plebisciti per l'annessione si erano svolti l'11/12 marzo 1860.

Il Regno delle due Sicilie fu annesso con r.d. 17 dicembre 1860, n. 4498 e 4499. I plebisciti si erano svolti, distintamente per le province napoletane e quelle siciliane, il 21 ottobre 1860 sul seguente quesito: «Il popolo vuole l'Italia Una e Indivisibile con Vittorio Emanuele Re costituzionale e i suoi legittimi discendenti?».

Lo statuto albertino acquista il “valore” di una “costituzione” per effetto dei plebisciti di annessione con cui i popoli degli Stati preunitari abiurano le antiche fedeltà e si uniscono al Regno di Sardegna. I plebisciti di annessione sono esercizio frazionato di potere costituente.

Il plebiscito di annessione non si svolge secondo un procedimento giuridico regolato dagli ordinamenti preunitari ma rispetta una sequenza formalizzata di atti che in quegli ordinamenti sono esercizio del potere di eccezione giustificato dalla effettività, il che determina una parziale novazione della fonte statutaria che è sia l'oggetto della volontà sovrana di Carlo Alberto il quale ha limitato irrevocabilmente le prerogative regie di cui era titolare, sia l'oggetto della volontà, altrettanto sovrana, delle popolazioni che vi aderiscono.

Il problema è stato ampiamente dibattuto dai costituzionalisti²⁵, ma la sostanza della questione è che una carta ottriata una volta oggetto di plebiscito diventa volontà della nazione anziché restare il limite della volontà sovrana che il sovrano ha stabilito di porre a se stesso²⁶.

Al di là del fatto che i plebisciti non interessarono mai l'intera popolazione ma solo le frazioni di essa che venivano via via chiamate alle urne²⁷, un plebiscito di questo genere rappresenta la manifestazione di volontà di aderire a una formazione politica che preesiste. Non si forma uno Stato nuovo ma si decide di aderire a uno Stato che allarga i propri confini, il che determina, come fu detto, la natura anfibia dello Statuto dopo i plebisciti: da una parte, concessione di un sovrano secondo le consuetudini che ne regolano le prerogative, dall'altra, abiura di antiche fedeltà e adesione a un nuovo progetto di cittadinanza da parte di intere popolazioni e quindi potere costituente²⁸.

Le legazioni delle Marche e dell'Umbria furono annesse con r.d. 17 dicembre 1860, n. 4500 e r.d. 17 dicembre 1860, n. 4501. I plebisciti si svolsero il 4/5 novembre 1860 sul quesito: «Volete far parte della monarchia costituzionale del Re Vittorio Emanuele II?»

Le province venete e di Mantova furono annesse con r.d. 4 novembre 1866, n. 3300: «Le province venete e quella di Mantova fanno parte del Regno di Italia». Il plebiscito si era svolto nei giorni 21/22 ottobre 1866 sul quesito: «Dichiariamo la nostra unione al Regno d'Italia sotto il Governo monarchico-costituzionale del re Vittorio Emanuele II e de' suoi successori».

Il plebiscito per l'annessione di Roma si svolse il 2 ottobre 1870 sul quesito: «Desideriamo essere uniti al Regno d'Italia, sotto la monarchia costituzionale del re Vittorio Emanuele II e dei suoi successori» e l'annessione fu formalizzata con r.d. 9 ottobre 1870, n. 5903.

Sui plebisciti di annessione, D. ANZILLOTTI, *La formazione del regno d'Italia nei riguardi del diritto internazionale*, in *Riv. dir. intern.*, 1912, 4; S. ROMANO, *I caratteri giuridici della formazione del regno d'Italia*, *ivi*, 345.

²⁵ Vedi M. DOGLIANI, *Un peccato originale del costituzionalismo italiano: incertezze e silenzi sulla novazione dello Statuto dopo i plebisciti*, in *Diritto pubblico*, 2010, 509 e ss.

²⁶ E' il quesito del Brunialti, il quale scrive: «Così superate le prime prove, lo Statuto piemontese si incominciò a considerare non più come una carta abborracciata ed imperfetta, ma a guisa di stabile *fundamentum*, *super quo aedificare postea quidquid civitati decorum sit facile quisquam potuerit* [...] tutti compresero che le libere istituzioni potevano svolgersi, diffondersi e completarsi, senza bisogno di rifare lo Statuto fondamentale del Regno. E con grande meraviglia di scrittori autorevoli, e di potenti uomini di Stato incominciò e continuò con ottimi auspici la prova, che riuscì decisiva per l'unità, per la libertà, per l'indipendenza d'Italia» (A. BRUNIALTI, *La costituzione italiana e i plebisciti*, in *Nuova Antologia*, 1883, vol. 37, pp. 322 ss., part. 334).

²⁷ Scrive Lener: «il loro stesso frazionamento nel tempo e sul territorio sta a dimostrare che, con essi, non si espresse punto la volontà del popolo italiano neppur di fatto ancora unificato, e posto perciò in condizioni di avere e manifestare una volontà unitaria sulla costituzione e sul regime dello Stato nuovo» (S. LENER, *L'unità d'Italia come formazione rivoluzionaria*, in *Civiltà cattolica*, 1961, part. 453).

²⁸ Scrive Mortati: «è da convenire che l'estensione al resto della penisola del complesso normativo vigente in Piemonte fu espressione del predominio delle forze accentrate intorno alla monarchia, che riuscì a frustrare l'aspirazione di quelle élites le quali, sotto la guida spirituale di Mazzini, tendevano a realizzare un ordinamento che si adeguasse alle nuove esigenze. Sicché in conclusione, constatandosi nella specie una concordanza tra i dati di

Il tratto essenziale, quello che ha portato taluni a ritenere che per effetto dei plebisciti lo Statuto cessasse di essere una carta ottriata e fosse divenuto una Costituzione rigida²⁹, non riguarda la costruzione dell'unità politica della nazione intorno a una determinata direttrice di senso, quella che porta Schmitt a individuare il potere costituente tedesco nell'unità di sangue e popolo³⁰, ma consiste piuttosto dell'adesione a un modello di esercizio del potere sovrano che continua a mutare secondo le sue – malleabili – caratteristiche originarie.

L'unità della nazione non è avvenuta unificando il popolo intorno a un nuovo patto sociale, ma consentendo a una parte di popolazione di riunirsi all'altra.

Si intende dire che se si vuole dare un senso al potere costituente come rottura di una determinata direttrice di senso del contratto sociale, lo Statuto albertino non fu la rottura di questa direttrice di senso per il Regno di Sardegna del 1848, esso piuttosto dotò il Regno di Sardegna della infrastruttura costituzionale necessaria a realizzare il progetto unitario rendendo il Regno di Sardegna protagonista della indipendenza nazionale che diventa quindi la direttrice di senso principale del contratto sociale.

I plebisciti di annessione costituiscono l'adesione a questo modello che sopravvive all'unificazione della nazione quando perde la propria ragion d'essere e si trascina sino al fascismo.

Si può pensare che il 28 ottobre 1922, per la prima volta nella storia nazionale, la marcia su Roma e i suoi dintorni abbiano determinato una piena e franca rottura della direttrice di senso statutaria e la sua sostituzione ad opera del regime fascista, ma se questo è discutibile sul piano storico³¹, sul piano costituzionale la questione fu molto più complessa.

Vi fu una irregolarità nel procedimento di formazione del governo dal momento che il Re ritenne superflue le consultazioni.

La mancata firma del decreto di assedio proposto dal Presidente del Consiglio Facta, invece, non rileva, perché il Re, correttamente, osservò che il Presidente del Consiglio di un Governo dimissionario non poteva assumersi la responsabilità di un atto eccedente l'ordinaria amministrazione³².

carattere formale, che confortano piuttosto la tesi dell'incorporazione che non l'altra della fusione, e quelli attinenti alla costituzione materiale, sarebbe da ritenersi che la formazione dello Stato italiano nessuna innovazione abbia apportato se non l'ingrandimento del regno di Sardegna» (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1967, part. 75).

²⁹ Così Agostino Bertani, in Atti Camera, Legislatura XV, 19 dicembre 1882, part. 298: «Voi avete aperto una breccia nello Statuto. Va bene! Io me ne congratulo. Per quella breccia passeremo anche noi. Perché, o signori, finalmente lo Statuto non è plebiscitario, diciamolo francamente». Plebiscitario, per l'esponente socialista, significava rigido.

³⁰ Vedi C. SCHMITT, *Lo Stato europeo a partito unico*, cit.

³¹ Osserverà Gobetti al tempo dell'omicidio Matteotti e dell'Aventino che il segreto del fascismo non era la rottura della legalità liberale ma l'alleanza con l'Italietta di Giolitti in chiave antisocialista, la ferma volontà di evitare i danni che il suffragio universale e la proporzionale avrebbero determinato per quel sistema (P. GOBETTI, *Processo al trasformismo*, in *La rivoluzione liberale*, 21 ottobre 1924).

L'avvento del fascismo, perciò, non è la rottura del modello liberale ma piuttosto lo strumento attraverso il quale il modello liberale cerca di sopravvivere alla crisi del biennio rosso. Uno strumento che lo soppraffecce.

³² L'osservazione è di G. VOLPE, *Storia costituzionale degli italiani. Vol. 2: Il popolo delle scimmie (1915-1945)*, Torino, Giappichelli, 2015, part. 93.

Comunque ogni irregolarità fu sanata per effetto della fiducia concessa dalla Camera³³.

Il modello statutario era un sistema a geometria variabile³⁴ e, come tale, capace di tollerare sia un fascismo utilizzato per la conservazione dell'ordine liberale, sia una torsione in senso autoritario delle istituzioni parlamentari escogitate dallo Statuto per unire la nazione e che l'Italietta denigrata dai fascisti e dai nazionalisti aveva logorato.

Si potrebbe intravedere il potere costituente nelle leggi fascistissime della XXVII Legislatura che fu definita da Mussolini come costituente³⁵, ovvero nella costruzione della categoria delle leggi costituzionali per mezzo della istituzione del Gran Consiglio del Fascismo³⁶, ma in realtà il fascismo è attento al rispetto formale delle istituzioni, altera, invece, radicalmente la direttrice di senso dello Stato liberale.

Se si vuol considerare il modello liberale di rappresentanza politica come strutturato sul principio del libero mandato parlamentare, si può sostenere che, in quel modello, le *élites* rappresentando se stesse rappresentano l'intera nazione³⁷.

Questo modello, già fortemente stressato dalla vicenda statutaria, entra definitivamente in crisi durante il biennio rosso e il fascismo lo sostituisce con un modello diverso che ruota intorno alla soppressione dei partiti politici e alla istituzione del partito unico.

Uno dei punti di forza di questo modello era, in astratto, la sua capacità di superare il conflitto sociale assorbendolo nel partito unico³⁸.

In questo fra fascismo e modello statutario, c'è una soluzione di continuità, la rappresentanza non è più individuale, non è più affidata a singoli deputati e senatori, ma al partito unico e al suo leader carismatico.

³³ L. CARLASSARRE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Padova, Wolkers & Kluwer – Cedam, 2020, part. 71-2. Osserva conclusivamente Paladin che uno Stato non si sovverte «se non nelle ipotesi in cui tutta l'istituzione statale preesistente sia sostituita da un'istituzione nuova o comunque diversa: non già lentamente e progressivamente, nel corso di quei lunghi periodi di tempo che trasformano le strutture di qualsiasi Stato, ma bruscamente e simultaneamente, per effetto di eventi che si possano appunto equiparare a soluzioni di continuità» (L. PALADIN, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Clup, 1977, part. 49).

³⁴ Per tutti: R. FERRARI ZUMBINI, *Lo statuto albertino tra spontaneità e mobilità: per un costituzionalismo a geometria variabile?*, in *Le carte e la storia*, 2011, 13 e ss.

³⁵ Si tratta, ovviamente, delle seguenti norme: legge 2263/1925, sul capo del Governo, legge 100/1926 sul potere normativo del Governo, legge 237 del 4 febbraio 1926 sulla nomina governativa delle amministrazioni locali, legge 2307/1925 di soppressione della libertà di stampa, legge 563 del 1926 di soppressione della libertà sindacale, r.d. 1848 del 6 novembre 1926, scioglimento di tutte le associazioni che svolgevano attività contraria al regime, legge 2008/1926, istituzione del tribunale speciale per la difesa dello Stato.

³⁶ Su cui vedi C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova – Cedam, 1943, part. 183 e ss.

³⁷ Sulla teoria elitista della rappresentanza politica, vedi C. MARTINELLI, *La teoria elitista della rappresentanza come risposta alla crisi del partito politico*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2015, 903 e ss. Scrive Fiorot, a proposito del pensiero di Pareto: «non esiste alcuna ideologia politica che a priori possa considerarsi migliore delle altre, ma in via di fatto, si presentano come migliori, e cioè più conformi al massimo di unità, le ideologie che di volta in volta sono legittimate come tali da classi dominanti che godono di un alto grado di credibilità nell'ambito delle rispettive comunità» (D. FIOROT, *Il tema della democrazia in Mosca e Pareto*, in *Pensiero politico*, 1984, 346).

³⁸ C. SCHMITT, *I caratteri essenziali dello Stato nazionalsocialista*, in AA. VV. *Gli Stati europei a partito politico unico*, cit., pp. 37 e ss.

La fine del fascismo, di conseguenza, non consiste dei fatti del 25 luglio 1943³⁹ che furono abilmente cavalcate e superate dalla spregiudicata astuzia di Badoglio⁴⁰ ma si svolsero nel perfetto rispetto della legalità statutaria.

La “vera” fine del fascismo è il tramonto dell’idea che attraverso il partito unico – e uno Stato che del partito unico rappresenti lo strumento – sia possibile assorbire le tensioni del conflitto sociale⁴¹.

Il combinarsi delle norme che pongono termine alla esperienza fascista e della crisi della direttrice di senso di quel regime, malgrado il pensiero di Vittorio Emanuele III, così come ricomposto da Grandi nel suo ricordo del 25 luglio 1943⁴², conduce a un modello completamente nuovo ma capace di avvalersi della idea fondante la dottrina fascista che perfeziona: non è il partito unico che può incanalare il conflitto sociale all’interno delle dinamiche statuali ma il multipartitismo, che struttura fin da subito l’esperienza del Comitato di Liberazione Nazionale e viene recepito nella Dichiarazione di Mosca dell’ottobre 1943⁴³.

Nell’esperienza dei comitati di liberazione nazionale, fin dal congresso di Bari del 28 e del 29 gennaio 1944, si afferma subito la consapevolezza che un solo partito non possa gestire il complesso percorso della transizione costituzionale ma sia necessaria la partecipazione di tutte quelle forze politiche che il fascismo aveva ridotto al silenzio.

Tutto questo, però, riguarda il piano della Costituzione materiale, è su quel piano che opera il fascismo come acutamente rilevato da Mortati ed è su questo piano che si muove anche la transizione costituzionale.

Sul piano formale, il d.l.igt. 151/1944 evoca il potere costituente ma non lo libera affatto perché non si scollega dalla legalità statutaria⁴⁴.

³⁹ Volendo il volume collettaneo a cura di G.L. Conti e G. Santini sul 25 luglio 1943, in corso di pubblicazione per Pisa University Press nella collana *Storie costituzionali* e lì G.L. CONTI, *As if: la crisi costituzionale del 25 luglio 1943 e l’art. 2727, c.c. Quello che ottanta anni dopo si può pensare e, forse, perfino scrivere*.

⁴⁰ Sul piano formale, la fine del fascismo può essere individuata nei decreti con cui Badoglio pose formalmente fine al regime fascista abrogando alcune delle leggi che avevano maggiormente caratterizzato quel regime, ma non quella che aveva soppresso la libertà di associarsi in partiti politici.

Si tratta delle seguenti norme, tutte nella Gazzetta Ufficiale del 5 agosto 1943: r.d.l. 2 agosto 1943, n. 704, soppressione del Partito Nazionale Fascista, r.d.l. 2 agosto 1943, n. 705, scioglimento della Camera dei Fasci e delle Corporazioni, r.d.l. 2 agosto 1943, n. 706, soppressione del Gran Consiglio del Fascismo, r.d.l. 2 agosto 1943, n. 707, abrogazione delle norme contenenti limitazioni in dipendenza dello stato di celibe.

⁴¹ Sul rapporto fra costituzionalismo e conflitto sociale, vedi R. BIN, *Che cosa è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007. In realtà, il modello interpretativo sviluppato da Bin non riguarda, ad avviso di chi scrive, l’intera architettura costituzionale ma piuttosto il ruolo svolto dai partiti politici in essa. Sono i partiti che svolgono la funzione di trasferire nelle dinamiche istituzionali la forza altrimenti dirompente del conflitto sociale e questo spiega anche il sorgere della controdemocrazia che nasce da un conflitto sociale non più mediato dai partiti politici, vedi, ovviamente, P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie: la politique à l’âge de la défiance*, Seuil, Paris 2006, tr. It. *Contro-democrazia. La politica nell’era della sfiducia*, Roma, Castelvecchi, 2012.

⁴² Vedi E. GENTILE, *25 luglio 1943*, Bari, Laterza, 2020, che si rifà ai diari dell’aiutante di campo del Re.

⁴³ La dichiarazione relativa all’Italia stabilisce al punto 2: «i segretari degli Esteri dei tre governi, hanno deciso che le seguenti misure sono importanti e dovrebbero essere messe in vigore: [...] La libertà di parola, di culto, di credo politico, di stampa e di associazione, devono essere pienamente ripristinate, il popolo ha il diritto di formare gruppi politici antifascisti». A questo punto della dichiarazione di Mosca si richiamò Croce per protestare contro il divieto del comando alleato di realizzare a Napoli il primo congresso dei comitati di liberazione nazionale. Il divieto di associarsi liberamente in partiti politici portato dal testo unico delle leggi di pubblica sicurezza era affatto incompatibile con gli impegni assunti dagli alleati.

⁴⁴ Si veda, da ultimo, E. CATERINA, *La prima costituzione provvisoria nel sistema delle fonti*, in G.L. Conti, G. Santini (a cura di), *1944. Le costituzioni della guerra civile*, in corso di pubblicazione per Pisa University Press.

Nella Costituzione provvisoria, l'aggettivo "costituente" viene utilizzato per qualificare l'assemblea chiamata ad elaborare la nuova Costituzione della Repubblica⁴⁵, ma non c'è niente di costituente nello stabilire nell'ambito della legalità statutaria⁴⁶ le modalità di abrogazione dello Statuto albertino.

Il d.l. lgt. 151/1944 irrigidisce lo Statuto perché stabilisce una procedura – diversa dal procedimento legislativo ordinario e rinforzata rispetto allo stesso – attraverso la quale può essere sostituito da una nuova fonte del diritto.

La Costituzione provvisoria, in altre parole, è la norma che definisce le modalità di abrogazione dello Statuto e stabilendo che lo stesso possa essere abrogato unicamente attraverso la deliberazione di una carta costituzionale da parte di una assemblea eletta a questo fine dall'intero popolo italiano lo rende finalmente rigido.

Questa fonte del diritto rispetta la regolarità formale dello Statuto perché non viola la complessa disciplina in materia di decretazione di urgenza posta dal combinarsi dell'art. 3, legge 100/1926, dell'art. 18, legge 129/1939⁴⁷ e dell'articolo unico della legge 860/1939⁴⁸ ed il fatto che non sia il prodotto di una mera deliberazione del Consiglio dei Ministri, esercizio della funzione di indirizzo politico, ma rappresenti una sorta di promulgazione del Patto di Salerno è un dato di carattere storico il cui valore normativo viene ricondotto nell'alveo della legalità statutaria dalla forma decreto legge.

L'alterazione del sistema delle fonti opera, semmai, con riferimento alla conversione in legge della Costituzione provvisoria, che non avviene secondo il modello di cui all'articolo unico della legge 860/1939, come innovato – con efficacia retroattiva, peraltro – per effetto del d.lgs. lgt. 185/1944, ma per effetto della XV Disposizione Transitoria e Finale della Costituzione⁴⁹.

⁴⁵ Parla invece di carattere originario della Costituzione provvisoria Calamandrei (P. CALAMANDREI, *Introduzione storica sulla Costituente*, in Id., A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, Firenze, 1950, part. CIX, in nota e, soprattutto, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1967, I, 81). Chi ha maggiormente messo in dubbio questa impostazione, come notato da Caterina cui si rinvia per la ricostruzione di questo dialogo dissimulato, è stato Azzariti (G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1951, 41 ss.).

⁴⁶ Su cui vedi U. LA MALFA, *La lotta per la Repubblica*, in Id., *Lezioni sull'antifascismo*, Bari, Laterza, 1962, 273 ss.

⁴⁷ Appare difficile sostenere che la norma che aveva sciolto la Camera dei Fasci e delle Corporazioni (r.d.l. 705/1943) e previsto l'elezione di una Camera dei Deputati abbia abrogato per incompatibilità anche quelle norme della legge 129 del 1939 che non disciplinavano la Camera dei Fasci e delle Corporazioni, in questi termini G. Azzariti, op. cit., part. 42.

⁴⁸ Vedi, volendo, G.L. CONTI, *Con apatica incoscienza: la produzione normativa del Governo Badoglio fra il 25 luglio 1943 e il 25 giugno 1944*, nel volume collettaneo sul 25 luglio 1943 che si è richiamato.

⁴⁹ Il d.lgs. lgt. 4 settembre 1944, n. 185 stabilisce che quei decreti legge che, dopo il 25 luglio 1943, non sono stati presentati alle Camere per la conversione nel termine di cui all'articolo unico, legge 860/1939, né convertiti in legge nel termine di cui all'art. 3, ultimo comma, legge 100/1926, conservino la loro efficacia a condizione che siano presentati per la conversione agli organi legislativi entro sei mesi dalla conclusione della pace e che siano convertiti in legge entro un anno dall'inizio di funzionamento degli organi legislativi. Ove non presentati o non convertiti avrebbero cessato di avere efficacia dalla scadenza del termine per la presentazione o la conversione.

Ai sensi del d.lgs. 10 settembre 1947, n. 890, i termini riferiti alla conclusione della pace si riferiscono alla data in cui sarebbe diventato efficace il trattato di pace e quindi al 25 dicembre 1947, così come previsto dal d.lgs. 28 novembre 1947, n. 1830.

Di conseguenza, il termine entro il quale avrebbero dovuto essere presentati i disegni di legge di conversione era il 25 maggio 1948 (sei mesi dopo il 25 dicembre 1947, data di efficacia del trattato di pace), mentre il

La Costituzione convertendo in “legge” la fonte sulla sua produzione sancisce l’efficace validità della norma da cui trae la propria esistenza e, forse, ne muta la natura dandole – con l’efficacia retroattiva che è tipica della conversione – il valore di una legge costituzionale, della legge costituzionale sulla produzione della Costituzione⁵⁰.

La XV Disposizione Transitoria e Finale della Costituzione, in altre parole, risolve la questione che sul piano delle fonti pone il d.l.lgt. 151/1944: se questa fonte del diritto è un decreto legge, essa per diventare definitivamente efficace deve essere convertita in legge attraverso quello che, all’epoca, veniva ancora definito come un *bill of indemnity*. Tuttavia, la costituzione provvisoria stabilisce che la nuova costituzione debba essere deliberata da un’assemblea appositamente eletta. Di conseguenza, si ha che: **(i)** l’assemblea costituente deve essere eletta perché questo prevede la costituzione provvisoria; **(ii)** la costituzione provvisoria, però, deve anche essere convertita in legge ma la sua conversione in legge non può che essere disposta secondo le norme deliberate dall’assemblea costituente che la stessa costituzione provvisoria convoca, sicché **(iii)** la costituzione provvisoria è nello stesso tempo la norma che regola l’abrogazione dello Statuto albertino e quella che stabilisce il modo in cui può essere convertita in una norma costituzionale che ha **(iv)** efficacia retroattiva.

Opportunamente, perciò, la XV Disposizione Transitoria e Finale dà per convertito il d.l.lgt. 151 del 1946, che, per una svista⁵¹, viene indicato come d.lgs.lgt.

In ogni caso, il potere costituente può essere esercitato solo da un atto che rompe la legalità ma la sequenza decreto legge – conversione è tutto fuorché una rottura “costituente”

termine entro il quale avrebbero dovuto essere convertiti in legge era l’8 maggio 1949 (un anno dopo la prima seduta del Parlamento Repubblicano, l’8 maggio 1948).

I decreti legge successivi al 25 luglio 1943 furono convertiti in legge dalla I Legislatura repubblicana per mezzo della legge 5 maggio 1949, n. 178.

Sul punto, vedi GL CONTI, *Con apatica incoscienza: la produzione normativa del Governo Badoglio*, cit.

⁵⁰ Così Mortati nella seduta pomeridiana del 5 dicembre 1947: «Con l’adozione del procedimento del decreto legge per la convocazione della Costituente il Governo di Salerno volle affermare la continuità fra il vecchio e il nuovo ordinamento. Io non entro nel merito di questa concezione, che a me pare infondata, non essendo contestabile che la decisione costituente abbia importato una frattura fra il vecchio e il nuovo ordinamento. Comunque, trovandoci di fronte ad un testo legislativo che ha voluto espressamente sancire la continuità fra i due ordinamenti, si pone questo problema: chi deve operare la conversione in legge? A tenore dell’articolo 6 citato che si richiama alle norme vigenti, regolative dei decreti-legge, l’organo competente dovevano essere le Assemblee legislative. - Può intendersi che con questa dizione ci si sia voluti riferire al Parlamento che sorgerà in virtù della Costituzione da noi approvata? Non mi pare che tale interpretazione possa ritenersi corretta, tenuto conto anzitutto che l’atto di conversione di un decreto, il cui contenuto senza dubbio attiene ad una materia costituzionale, ed anzi alla più tipica, a quella che ha di mira l’instaurazione di un nuovo ordinamento fondamentale dallo Stato, debba essere opera di un organo che abbia competenza nella materia stessa: ciò che non avviene per le ordinarie Assemblee legislative. [...] Si avrebbe, se non si adottasse la soluzione da me proposta, l’assurdo che le future Camere neghino la validità di quanto ha fatto l’organo che ha creato l’ordinamento, di cui farebbero parte. È inoltre da ricordare la ragione politica, relativa all’opportunità di non lasciare ancora aperta una questione circa la legittimità del procedimento costituente».

⁵¹ Qualsiasi diversa interpretazione appare inutilmente macchinosa: il d.l.lgt. è sicuramente un decreto legge, perché così viene intestato nella gazzetta ufficiale che lo pubblica e la Costituzione non può cambiare questo dato, cambia semmai la sua natura: quello che era stato dettato dall’urgenza di provvedere, non è più giustificato dalla necessità ma diventa oggetto di una precisa volontà politica e, sotto questo aspetto, si può dire che quest’unico decreto legge è stato convertito in un decreto legislativo quasi a voler sottolineare che l’Assemblea costituente non lo ha fatto proprio ma lo ha definitivamente attribuito alla volontà del Governo, con una conversione che, perciò, sul piano formale si dovrebbe leggere come una legge di delegazione di sanatoria retroattiva.

Inutilmente macchinoso, come si è detto.

della legalità statutaria e la malleabilità dello Statuto consentiva persino a un decreto legge di stabilirne le modalità di abrogazione.

Le norme sulla promulgazione di cui al d.lgs.lgt. 98/1946 sono significative: niente si dice per la promulgazione della Costituzione, di talché la Costituzione definirà essa stessa le modalità della propria promulgazione, con la XVIII Disposizione Transitoria e Finale⁵².

Cambia il meccanismo di formazione dell'indirizzo politico perché lo stesso si forma nella dialettica fra i partiti che compongono il Comitato di Liberazione Nazionale con la sostanziale riduzione del ruolo del Luogotenente a una funzione notarile⁵³.

La lotta fra i partiti liberali e il partito della corona che ha caratterizzato l'intero periodo statutario fino all'avvento del fascismo e che nelle intenzioni di Vittorio Emanuele III avrebbe ripreso dopo il 25 luglio è finita per sempre⁵⁴.

Se il nodo dello Stato fascista stava nell'aver tentato di assorbire il conflitto sociale attraverso il partito unico, nel Comitato di Liberazione Nazionale appare un nuovo modo di manifestarsi di questa idea con riferimento alla vitalità della formazione sociale partito come strumento di assorbimento del conflitto sociale.

La moribonda rappresentanza liberale, il logoramento di quel modello nel quale le *élite* rappresentando se stesse rappresentavano la nazione, ma nel quale, in realtà, non erano capaci neppure di rappresentare se stesse, sono rianimati attraverso i partiti politici, ma questi non possono essere il partito unico dell'esperienza nazista o fascista fondata sulla unità della Nazione, sono invece i partiti della liberazione, è il loro pluralismo, la loro capacità di intercettare le diverse sensibilità che animano la società che possono essere capaci di assorbire attraverso la rappresentanza la forza altrimenti distruttiva del conflitto sociale.

Ma tutto questo riguarda le dinamiche politiche che stanno dietro le forme giuridiche: cambia la Costituzione materiale del conflitto sociale ma non cambia la Costituzione dello Stato, non ancora e, comunque, non in maniera cruenta.

Il vero valore del d.lgs.lgt. 98/1946, come è noto, è nell'aver sottratto all'Assemblea costituente il compito di scegliere fra Monarchia e Repubblica. Fu una scelta di bassa cucina: non tutte le forze politiche volevano prendere apertamente posizione contro la corona. Fu

⁵² Vedi sul tema, G. BARILE, *Il D. P. 22 giugno 1946, n. 4 ed il controllo di costituzionalità dell'autorità giudiziaria sulle leggi*, ora in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1967, pp. 1-27.

⁵³ I Comitati di liberazione nazionale furono considerati come organi dello Stato dalla giurisprudenza anche di cassazione: Cass. 17 giugno 1948, n. 957, in *Foro it.*, 1948, I, 1041; Trib. Lucca 3 febbraio 1949, in *Monit. trib.*, 1949, 265; Cass. sez. un., 9 ottobre 1950, n. 2556, in *Foro it.*, 1951, I, 743. In dottrina v. C. MORTATI, *La Costituente*, Roma, Darsena, 1945 (ora in idem, *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, vol. I, pp. 3 ss.), 155 ss., che li definì organi di fatto a carattere originario, come si dirà in quanto anche organi dei partiti.

⁵⁴ Scrive Lavagna (C. LAVAGNA, v. *Comitato di liberazione nazionale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, Giuffrè, 1960, part. 6): «Va, innanzitutto, ricordato che i C.L.N., pur rappresentando, sul piano storico-politico, una continuazione o una nuova edizione dei Comitati di Fronte nazionale, ebbero una fisionomia istituzionale assolutamente nuova. Mentre, infatti, i precedenti, come i singoli partiti che vi confluivano, furono delle semplici associazioni clandestine ed illecite (rispetto all'ordinamento italiano in vigore) per trasformarsi, durante il primo Governo Badoglio, in organismi di fatto, meramente tollerati e privi, come si è detto, di qualsiasi funzione che non fosse di semplice indirizzo della pubblica opinione (e solo indirettamente di pressione sulla autorità), i C.L.N. costituitisi dopo l'8 settembre acquistarono immediatamente la veste di istituzioni pubbliche originarie, a vero e proprio carattere governativo. E ciò in quanto essi vennero ad inserirsi in un ordinamento profondamente mutato e, per così dire, fluido a causa dello sfaldamento politico-militare del Governo, dell'occupazione tedesca e della restaurazione del governo fascista. Fu quindi dei C.L.N. sorti dopo l'armistizio l'autoattribuzione, sia pure virtuale, di una vera e propria potestà costituente, oltre che delle altre potestà di governo.»

anche una scelta carica di senso giuridico. Il referendum istituzionale si pone in continuità rispetto ai plebisciti di annessione. Lì il corpo elettorale era stato chiamato per frazioni ad aderire alla Monarchia costituzionale di Vittorio Emanuele II, qui il corpo elettorale, nel suo complesso, è chiamato a confermare o meno quella scelta: ciò che è stato scelto direttamente dal popolo può essere modificato solo dal popolo⁵⁵.

Nello stesso tempo, la Costituzione è considerata, nel prisma del libero mandato parlamentare, come un documento che deve essere elaborato dal corpo elettorale attraverso i propri rappresentanti, perché il corpo elettorale è chiamato a regolare il modo con cui i partiti politici possono assorbire il conflitto sociale trasferendolo nella competizione fra gli stessi, sicché solo i partiti politici possono regolare le dinamiche di questo conflitto.

Questa catena di atti si completa con il d.lgs.pres. 1/1946 e, infine, con la deliberazione dell'Assemblea Costituente che approva il testo della Costituzione il 22 dicembre 1947.

E' questa deliberazione che regola la promulgazione del testo costituzionale che, perciò, viene promulgato il 27 dicembre 1947 dal Capo Provvisorio dello Stato in virtù di quanto stabilito dalla XVIII, Disposizione Transitoria e Finale, che, però, in quel momento, non poteva essere considerata in vigore, siccome non ancora deliberata.

Il potere costituente, inteso nel senso minimo che si è tratteggiato e, quindi, non come teoria astratta della Costituzione ma come genealogia di un determinato testo, sta qui, nel complesso intarsiato composto dal formale ossequio dovuto alla legalità statutaria dalla Costituzione provvisoria, dalla rottura della fedeltà alla corona imposta dai plebisciti di annessione conseguente al referendum istituzionale del 2 giugno 1946, dalla conversione in norma costituzionale della Costituzione provvisoria per effetto di un testo che diventa efficace perché ha la forza di promulgare se stesso⁵⁶.

La dinamica del potere costituente in Italia, allora, si è mossa con equilibrata prudenza, contenendo gli eccessi che sarebbero potuti derivare dalla terribile espansione della sovranità popolare consentita da questo potere e impostando una Costituzione dei partiti politici, secondo il modello che si era formato spontaneamente per effetto dell'esperienza dei comitati di liberazione nazionale.

In questa dinamica, ciò che più si avvicina al potere costituente è, da una parte, il referendum istituzionale che, forse, è ingenerosamente considerato come l'*escamotage* con cui

⁵⁵ Valgono, nella sostanza, anche per i plebisciti di annessione le osservazioni di Esposito circa la possibilità di modificare la forma repubblicana dello Stato italiano, dopo il 2 giugno 1946: «Sotto questo profilo la disposizione della nuova Costituzione che la forma repubblicana dello Stato non può essere oggetto di procedimento di revisione costituzionale, contenuta nell'art. 139 della nostra Costituzione democratica, non dovrebbe significare che non possa essere mutata la forma repubblicana di governo, ma che, instaurata con un referendum, possa esserlo solo con un referendum eccezionale disposto con una legge speciale» (C. ESPOSITO, *La Costituzione Italiana*. Saggi, Padova, Cedam, 1954, 5).

⁵⁶ Coglie esattamente l'essenza di questo intenso fenomeno Lavagna quando osserva, nelle Istituzioni di diritto pubblico (C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, Utet, 1977, part. 202) che il potere dell'Assemblea costituente derivava «sia dall'ordinamento anteriore (d.l.it. n. 151, cit. e d.lg.it. n. 98, cit.), sia dalla volontà popolare espressa in esecuzione di quei decreti e suscettibile di essere considerata come ratifica dei medesimi alla stregua di un principio di sovranità popolare, esplicitamente accolto dallo stesso ordinamento provvisorio».

La volontà popolare espressa tramite la partecipazione al referendum del 2 giugno 1946, infatti, non può non valere come ratifica della Costituzione provvisoria e, in un certo senso, questo dà ragione della conversione in legge del d.l.it. 151/1944 attraverso la XV, Disposizione Transitoria e Finale della Costituzione. Ma, come si sta cercando di dimostrare, questo non basta.

un partito onnivoro di consensi non voleva perdere il sostegno dei suoi elettori più conservatori, perché rappresenta sia lo scioglimento della nazione dal valore giuridico dei plebisciti di annessione, secondo lo schema di Esposito, sia la ratifica della Costituzione provvisoria, secondo l'insegnamento di Lavagna.

Dall'altra parte, il potere costituente si manifesta nell'atto di promulgazione del 27 dicembre 1947. Questo atto, infatti, non trova il proprio fondamento nella Costituzione provvisoria o nel d.lgs.pres. 1/1946 ma nella deliberazione che promulga: è la Costituzione che prevede come deve essere promulgata ma prima di essere promulgata, la Costituzione non è efficace e quindi la norma che definisce l'efficacia della Costituzione è entrata in vigore indipendentemente dalla sua promulgazione, per il solo fatto di essere stata deliberata e portata a conoscenza del Capo provvisorio dello Stato.

È ancora l'eco dello Statuto che voleva la funzione legislativa esercitata dalle Camere e dal Re? O, piuttosto, è cambiato qualcosa con il superamento definitivo della Monarchia costituzionale?

L'imputazione della Costituzione alla volontà della Nazione da parte del Capo provvisorio dello Stato ha un valore pressoché mistico, perché non è imposta dalla Costituzione provvisoria ma è prevista dalla stessa Costituzione: la Nazione, attraverso il suo rappresentante supremo, riconosce che il frutto della deliberazione dell'Assemblea costituente rappresenta la sua volontà e, in questo modo, sana ogni questione, anche quella relativa alla scadenza del termine entro il quale la Costituente avrebbe dovuto terminare i suoi lavori⁵⁷.

⁵⁷ Il complesso problema della possibilità di prorogare i lavori dell'Assemblea costituente si pose una prima volta con riferimento alla genesi del d.lgs.lgt. 98/1946 che prevedeva che il termine di otto mesi dalla prima seduta potesse essere prorogato una solta volta per non più di quattro mesi (art. 4). Questa facoltà fu esercitata dall'Assemblea costituente con la legge cost. 21 febbraio 1947, n. 1 e, a questo proposito, osserva Azzariti (G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, cit., part. 31) che la proroga essendo prevista dalla Costituzione provvisoria che l'affidava all'Assemblea costituente non avrebbe potuto essere disposta con legge costituzionale ma sarebbe stata sufficiente la sola deliberazione dell'Assemblea costituente che, pubblicata in Gazzetta ufficiale, sarebbe stata portata a conoscenza del Governo e del Capo provvisorio dello Stato.

Anche in questo caso, perciò, almeno secondo Azzariti, l'Assemblea costituente ha sentito il bisogno di una promulgazione che, invece, poteva essere considerata non necessaria.

Più complessa, invece, ma solo in apparenza, la seconda proroga dei lavori dell'Assemblea costituente, disposta con legge cost. 17 giugno 1947, n. 2. In questo caso, infatti, l'art. 4, d.lgs.lgt. 98/1946 non consentiva una ulteriore proroga dei lavori dell'Assemblea, come osserva, con estrema e puntuale lucidità, Lucifero, nella seduta del 14 giugno 1947: «La proroga è legittima? [...] I sostenitori della proroga sostengono che, anzitutto, il mandato è limitato dall'esercizio della facoltà costituente, cioè sino a che non avremmo fatto la Costituzione, essi dicono noi ci possiamo prorogare indefinitamente. Ma questo non è esatto perché con questo principio noi ci potremmo prorogare per anni, non finendo la Costituzione. Il mandato si esaurisce nel termine che ci è stato dato tanto più che il mandato prevedeva già una possibilità di proroga e stabiliva anzi il periodo massimo di questa proroga. - Faccio notare la genesi di quel decreto legislativo, dal quale è nato il nostro mandato e ricordo che fu l'unico caso - in tutta la durata dei vari governi che si sono seguiti, da Bonomi a Parri e coi successivi Ministeri De Gasperi - in cui il Presidente del Consiglio ha ritenuto di consultare anche l'opposizione perché per tutto il periodo di durata dei vari governi dei Comitati di liberazione nazionale mai era passato a un Presidente del Consiglio per la mente che anche il pensiero dei gruppi di opposizione potesse avere la sua importanza in un paese senza Parlamento. In quel caso soltanto l'onorevole De Gasperi si ricordò che l'opposizione ha pure una funzione democratica quindi chiese di conoscere anche il nostro parere su questo decreto. Il decreto fu infatti compilato sulla base di una consultazione di tutte le forze politiche. Ricordo che egli ebbe con me un colloquio di oltre un'ora, per conoscere anche il nostro parere su questo punto. Fu quindi sentito il pensiero di tutte le correnti politiche operanti nel Paese, fu sanzionato con il voto del 2 giugno, e quella fu la sanzione del corpo elettorale, e quando qualcuno chiese che questa legge e la legge elettorale fossero sottoposte a un referendum preventivo, si disse che la sanzione sarebbe venuta con

Il disegno non sarebbe perfetto se la Nazione, dopo aver consegnato all'Assemblea costituente il potere di deliberare una nuova Costituzione, non la recepisce formalmente e questo accade per effetto della promulgazione del testo costituzionale.

Quello che davvero conta in questa genealogia è che l'Assemblea costituente non ha agito solo come l'organo che esercitava le attribuzioni che le erano affidate dalla Costituzione provvisoria, ma come l'organo che effetto della Costituzione provvisoria era titolare del potere costituente e che, quindi, poteva legittimamente prorogare i propri lavori e, altrettanto legittimamente, deliberare sulle modalità con cui la Costituzione sarebbe divenuta efficace.

Occorre distinguere fra il testo della Costituzione che è promulgato per effetto della XVIII Disposizione Transitoria e Finale e la XVIII Disposizione Transitoria e Finale che è la deliberazione con cui l'organo titolare del potere costituente esercita il potere costituente definendo come la Costituzione che ha deliberato entrerà in vigore.

Allora acquista senso e valore la lacuna del d.lgs.lgt. 58/1946, sulle formule di promulgazione del periodo provvisorio, che nulla dispone sulla promulgazione della Costituzione: nel momento in cui la Costituzione provvisoria, come ratificata dal referendum costituzionale del 2 giugno, assegna il potere costituente all'Assemblea costituente, solo l'Assemblea costituente può disporre delle modalità con cui la costituzione deliberata dalla stessa diviene efficace⁵⁸.

Il valore di una norma che promulga se stessa, però, non si muove solo sul piano formale sul quale ci siamo accontentati di riflettere sinora.

Una norma che promulga se stessa è una norma che non accetta di essere deliberata secondo le norme sulla produzione in vigore al momento della sua deliberazione perché tutto

questo voto del corpo elettorale [...] né si può dire che la sovranità è passata dal popolo a noi e quindi che noi esercitiamo una sovranità nostra. La nostra sovranità è derivata dal popolo e noi non possiamo andare al di là del mandato del popolo».

Si osservò che comunque era consentito dalla necessità e che alla necessità si era fatto ricorso per prorogare i lavori della 24° Legislatura, contro quanto previsto dall'art. 42 dello Statuto. In realtà, con la legge cost. 2/1947 si è interpretato l'art. 3, d.lgs.lgt. 98/1946, laddove afferma: «Durante il periodo della Costituente e fino alla convocazione del Parlamento a norma della nuova Costituzione il potere legislativo resta delegato, salva la materia costituzionale, al Governo, ad eccezione delle leggi elettorali e delle leggi di approvazione dei trattati internazionali, le quali saranno deliberate dall'Assemblea». Difatti questa disposizione può essere interpretata sia nel senso che nessuna norma in materia costituzionale se non il testo della Costituzione può essere approvata durante il periodo della Costituente, e, forse, questa sarebbe l'interpretazione più corretta visto il tenore dell'art. 4, ma anche nel senso che la Costituente può adottare leggi costituzionali diverse dalla Costituzione e, quindi, può anche modificare la Costituzione provvisoria, come è, in effetti, accaduto.

In ogni caso, mentre la legge cost. 1/1947 avrebbe potuto essere sostituita da una semplice deliberazione dell'Assemblea costituente, secondo il pensiero di Azzariti, sicuramente la modifica della Costituzione provvisoria, se consentita, del che oramai non è più possibile dubitare, aveva bisogno di una legge costituzionale e quindi della promulgazione del Capo provvisorio dello Stato.

⁵⁸ Si deve, con pignoleria di nota, osservare che il d.lgs.pres. 1/1946 stabilisce, all'art. 1, che i decreti legislativi del Governo con cui, ai sensi dell'art. 3, d.lgs.lgt. 98/1946, si è esercitata la funzione legislativa sino all'approvazione della Costituzione, prima della elezione del Capo Provvisorio dello Stato fossero promulgati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dal momento che lo stesso esercitava le funzioni di Capo Provvisorio dello Stato ai sensi dell'art. 2, quarto comma, d.lgs.lgt. 98/1946. Anche questa norma, però, è stata promulgata dal Presidente del Consiglio dei Ministri sicché sembra essere accaduto quello che sarebbe accaduto per il testo della Costituzione: una norma stabilisce il modo in cui la stessa viene promulgata e, perciò, rappresenta esercizio di potere costituente.

Però non è così. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, proclamati i risultati del referendum, nel caso di sconfitta della monarchia, era divenuto automaticamente Capo Provvisorio dello Stato, sicché il valore dell'art. 1, d.lgs.pres. 1/1946 è semplicemente quello di chiarire in via generale e una volta per tutte la formula che sarebbe stata utilizzata per la promulgazione, funzione che comunque gli era affidata dalla Costituzione provvisoria.

ciò che è stato non ha più ragione di essere e questo distingue anche sul piano sostanziale le norme della Costituzione dalle altre norme costituzionali o di revisione costituzionale.

La promulgazione vale come imputazione di una norma alla volontà dello Stato perché il procedimento in base al quale tale norma è stata prodotta ha rispettato le norme sulla produzione di quella determinata norma. Intesa in questo senso la promulgazione non ha senso per un testo costituzionale deliberato da un'assemblea costituente che, in quanto tale, ha deliberato essa stessa le norme con cui ha definito il procedimento seguito per deliberare la Costituzione e che, perciò, meritano di essere considerate nel loro complesso *interna corporis acta*.

Questa promulgazione, allora, che la stessa Assemblea costituente ha voluto, ha un significato diverso e, difatti, solo le disposizioni deliberate il 22 dicembre 1947 sono state promulgate per effetto della XVIII Disposizione Transitoria e Finale, ovvero di una norma che ha promulgato se stessa perché esercizio di potere costituente. Ogni altra norma costituzionale, vuoi che si trattasse di una legge costituzionale, vuoi che si trattasse di una legge di revisione costituzionale, invece, ha seguito lo schema di cui all'art. 138, Cost. e quindi non è stata esercizio di potere costituente, ma piuttosto il risultato di una precisa scelta di politica costituzionale: la Costituzione è aperta agli sviluppi del futuro con l'unico limite del referendum costituzionale.

Il Capo provvisorio dello Stato, secondo il nuovo testo costituzionale, rappresenta l'unità della nazione ed è come rappresentante dell'unità della nazione che promulga la Costituzione, ovvero ne riconosce la validità, svolgendo le funzioni che, in teoria generale, svolge la "rule of recognition", con la differenza che la norma di riconoscimento di Hart esiste ma non è valida e non può essere valida (ma neppure invalida) perché non esiste la norma di riconoscimento della norma di riconoscimento, mentre la promulgazione esiste e, per effetto della deliberazione dell'Assemblea costituente del 22 dicembre 1947, ha esattamente la funzione di riconoscere come valido il testo deliberato dall'Assemblea costituente come Costituzione della Repubblica Italiana⁵⁹.

Il cerchio di Hart per cui tutte le norme sono valide per effetto di una norma di riconoscimento ad eccezione della norma di riconoscimento che non ha al di sopra nessuna norma di riconoscimento in questo modo si risolve senza dover distinguere fra validità ed esistenza di una norma ma ricorrendo alla promulgazione.

4. La promulgazione come norma di riconoscimento

Nella ricostruzione del potere costituente che si è tentato di tratteggiare la norma di riconoscimento coincide con la promulgazione, è l'atto con cui il testo costituzionale viene imposto all'osservanza con le forme solenni della XVIII Disposizione Transitoria e Finale ed il

⁵⁹ Sulla norma di riconoscimento, vedi H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, Einaudi, 1965, spec. Capitolo sesto.

potere costituente è quel potere che può regolare la propria promulgazione, che può definire la propria norma di riconoscimento.

Per Hart, il problema della *rule of recognition* riguarda tutte le norme che compongono un determinato ordinamento giuridico e deve essere risolto in termini validi per qualsiasi ordinamento giuridico.

La soluzione di questo problema è una sorta di consuetudine per cui la comunità di coloro che hanno il potere di applicare le norme riconosce come esistente una determinata norma di riconoscimento, il che è coerente con gli ordinamenti di *common law*, in cui, alla fine, ciò che conta è l'interpretazione e l'applicazione delle norme, sicché la norma di riconoscimento può ben essere l'*opinio juris* di coloro che interpretano ed applicano le norme, anzi – a ben vedere – non è neppure una norma, è una funzione, la funzione di interpretazione e applicazione del diritto, lo *jurisdicere*.

Nel nostro ordinamento giuridico questa soluzione è insoddisfacente: la Costituzione può esprimere l'intero sistema delle norme sulla produzione perché, come si è visto, ha prodotto se stessa.

Un tanto dimostra che la soluzione al problema del fondamento positivo delle norme deve essere ricercata nella concreta storia di ogni ordinamento giuridico: il problema esiste per qualsiasi ordinamento ma non tutti gli ordinamenti giuridici danno la stessa soluzione al loro problema fondativo.

Il potere costituente non può conoscere una norma di riconoscimento che gli sia superiore e la tesi di Hart, in fondo, nega l'esistenza di un potere costituente distinto dalla consuetudine che affida al giudice il compito di esprimere la volontà dell'ordinamento.

Nel caso italiano, la norma di riconoscimento della Costituzione è il potere di promulgazione, come regolato dalla XVIII Disposizione Transitoria e Finale della Costituzione.

La promulgazione di un testo costituzionale deliberato da un'assemblea costituente non può essere certificazione che quella norma è stata decisa secondo lo schema previsto per la sua produzione senza negare la natura costituente dell'assemblea.

Nemmeno può essere un atto muto in cui il Capo Provvisorio dello Stato doveva semplicemente prendere atto di quello che era stato deliberato e ordinarne pubblicazione e osservanza.

Deve essere di più: l'atto che promulga se stesso segna la nascita di un nuovo ordinamento se i principi che esprime consentono di vedere una soluzione di continuità assiologica rispetto al prima.

Quello che osserva Schmitt a proposito della forma di Stato a partito unico è prezioso anche per interpretare il potere costituente: il potere costituente esiste, ha un senso, perché innova radicalmente la direttrice di senso in cui l'ordinamento giuridico legge la realtà e la indirizza: non più la sterile dialettica della rappresentanza parlamentare, ma l'unità della

nazione tedesca intorno a quell'indecifrabile commistione di sangue e suolo che è il concetto di heimat⁶⁰.

Non è soltanto la forma attraverso cui il potere costituente si manifesta che consente di individuare una frattura nella continuità, si può ritenere ripercorrendo la genealogia del potere costituente caso per caso che normalmente il potere costituente eviti accuratamente le fratture di tipo legale⁶¹, il nodo del potere costituente è la chiara individuazione di una nuova direttrice di senso dell'ordinamento giuridico e la promulgazione di un testo costituzionale, per quello che si ritiene significhi nel caso italiano, la certificazione della coerenza di quel testo con la sua genealogia.

E' la certificazione di validità con riferimento alla genealogia di quel testo, vale a stabilire che quel testo è stato deliberato nell'esercizio della sovranità perché lo stesso non è semplicemente il prodotto di delegati appositamente eletti per questo fine, ma soprattutto perché è coerente con il vettore di senso di un nuovo contratto sociale.

Il vettore di senso dello Stato liberale era il principio del libero mandato parlamentare distillato in purezza: le *èlites* rappresentando se stesse rappresentavano l'intera nazione⁶². Lo Stato liberale rifiutava qualsiasi vettore di senso che non fosse una decisione legalmente adottata dai legittimi rappresentanti del corpo elettorale.

Questo vettore di senso, che era coerente con l'obiettivo dell'unificazione, è entrato definitivamente in crisi con il biennio rosso, divorato da un conflitto sociale che non poteva essere assorbito da una rappresentanza elitaria. La risposta del fascismo è stata un nuovo vettore di senso, confuso come era nebulosa la dottrina fascista dello Stato, ma molto chiaro nell'identificare il partito unico come strumento di assorbimento e composizione del conflitto sociale.

⁶⁰ L'idea di *heimat* è indecifrabile al di fuori della cultura tedesca, ci si può avvicinare attraverso l'arte e, in particolare, il movimento cd. *heimatkunst*, animato da autori come Ernst Bosch, che nel suo dipinto *Der Heimat* mostra un gruppo familiare stretto intorno a un focolare, ma soprattutto Thomas Walch. L'idea del panorama cambia di significato rispetto alla tradizione inglese o napoletana (ma non a Segantini): ciò che è pittoresco in questa pittura è il legame fra un popolo e la sua terra, non l'eccezionalità romantica della natura colta da un punto di osservazione privilegiato. E' interessante osservare che Edgar Reitz sceglierà *Heimat* come titolo per il suo grande romanzo cinematografico, ciò che resta immutato in una vita che trascende le generazioni è l'unione fra le generazioni e questa unione è l'appartenenza alla stessa *heimat*.

⁶¹ Questo è il caso esemplare del decreto sui pieni poteri del 24 marzo 1933, *Ermächtigungsgesetz*, con cui Hitler ha potuto instaurare il regime nazista utilizzando gli strumenti legali messi a disposizione dalla Costituzione di Weimar. Nell'*Ermächtigungsgesetz*, si legge: «Legge a rimedio dell'afflizione sofferta dal Popolo e dal Reich» e, non molto diversamente dalla Costituzione provvisoria, si introduce una disciplina sull'abrogazione del testo costituzionale previgente.

Tanto detto, però, si deve sottolineare che il potere costituente in quanto tale appartiene all'intera nazione, è il potere della moltitudine che pone fine allo stato di natura, alla guerra di tutti contro tutti. Questo potere è stato addomesticato da lungo tempo. Forse.

⁶² Sul punto, vedi G. PITRUZZELLA, *Fiducia e legittimazione dei poteri*, in *Enciclopedia del diritto, I tematici, V – Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, Milano, 2023, part. 106.

Il partito nazionale fascista era prima di tutto una formazione sociale e ha avuto la forza di definire un'appartenenza militante, di annullare, al proprio interno, le differenze di classe, di governare l'economia e la cultura⁶³, di essere il "Governo", un governo intriso di spirito⁶⁴.

Il fascismo entra in crisi perché non è capace di interpretare la crisi sociale determinata dagli eventi bellici. Il 25 luglio, trova la propria spiegazione se non ci si accontenta di pensare a una congiura di regime più o meno architettata da Grandi, o, più probabilmente, da un re, Vittorio Emanuele II, teleguidato dalla spregiudicata ambizione di Badoglio, ma ci si sofferma sulla incapacità del regime di assorbire le tensioni generate dai bombardamenti, dalla fame, dal trauma della invasione della Sicilia, dalle colonne di mezzi blindati tedeschi che, attraverso il Brennero, penetravano nella nostra nazione calpestandone sovranità e dignità.

Il partito unico dell'esperienza fascista non è stato un vettore di senso capace di assorbire il conflitto sociale perché non è stato capace di sopravvivere alla propria sconfitta e la sua sconfitta non riguarda l'idea di una formazione sociale capace di mediare fra la comunità e l'apparato nella gestione del conflitto sociale, riguarda l'idea che ci possa essere una unica formazione sociale e non il dialogo fra più formazioni sociali, ciascuna delle quali incarna un preciso *cleavage*, risponda a un determinato bisogno di rappresentanza politica.

Mussolini non è travolto dal soliloquio di Hitler nel cd. convegno di Feltre del 19 luglio 1943 ma dal bombardamento del quartiere di San Lorenzo e dalla sassaiola che, lo stesso giorno, accolse Vittorio Emanuele III, dimostrando, se ve ne fosse bisogno, che il conflitto sociale non era affatto sopito.

Quello che è cambiato – ed è cambiato per sempre – è l'idea che la moltitudine possa diventare uno, che l'uno sia, secondo la penetrante intuizione di Schmitt, il partito unico o che sia lo Stato, poco cambia. E' una moltitudine che, diventando uno, si fa comunità organizzata.

La moltitudine del 1943-46 è consapevolmente irriducibile ad unità, si deve accontentare di organizzare il proprio pluralismo in partiti politici capaci di incarnarne le diverse anime.

La Costituzione repubblicana comprende la forza del partito come strumento di composizione del conflitto sociale ma è anche consapevole che non è possibile risolvere il conflitto sociale attraverso la mistica del partito unico, che il senso del conflitto sociale si può ritrovare solo nel dialogo competitivo fra più partiti, ciascuno dei quali permette al patto costituzionale di sopravvivere alle sconfitte degli altri⁶⁵.

⁶³ Vedi B. Avanzi e D. Ferrari (a cura di), *Arte e fascismo*, catalogo della mostra 14 aprile – 5 settembre 2024 Mart Rovereto, Roma, L'ERMA di Bretschneider, 2024.

⁶⁴ Nel discorso alla Sciesa del 4 ottobre 1922, Mussolini chiarisce esattamente che lo Stato fascista intende sostituirsi allo Stato liberale: «C'è un'Italia che voi, governanti liberali, non comprendete più. Non la comprendete per vostra mentalità arretrata, non la comprendete per il vostro temperamento statico, non la comprendete perché la politica parlamentare vi ha inaridito lo spirito. L'Italia che è venuta dalle trincee è una Italia forte, un'Italia piena di impulsi di vita. E' un'Italia che vuole iniziare un nuovo periodo di storia. Il contrasto è quindi plastico, drammatico, fra l'Italia di ieri e la nostra Italia. L'urto appare inevitabile [...] Oramai lo Stato liberale è una maschera dietro la quale non c'è nessuna faccia».

⁶⁵ Sui partiti politici e la Costituzione, andando a volo di uccello: P. VIRGA, *Il partito nell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1948; G. FERRI, *Studi sui partiti politici*, Roma, Ed. dell'Ateneo, 1950; V.E. ORLANDO, *Sui partiti politici. Saggio di una sistemazione scientifica e metodica*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di L. Sturzo*, Bologna, Zanichelli, 1953, pp. 601 ss.; C. ESPOSITO, *I partiti nella Costituzione italiana*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, spec. pp. 215 ss.; S. GALEOTTI, *Note sui partiti nel diritto italiano*, in *Iustitia*,

Non è il partito unico che rappresenta lo strumento di unità della nazione, ma ciascun partito politico, incarnando un diverso *cleavage* politico e sociale rispetto agli altri partiti, può concorrere a definire l'unità della nazione, sicché il vettore di senso dell'unità nazionale è la competizione fra i partiti che permette allo Stato di sopravvivere alle proprie sconfitte scaricandole su una maggioranza mutevole.

La Costituzione repubblicana definisce il proprio senso nella necessità storica di trovare una forma all'inevitabile sconfitta del singolo governo, ma anche nel bisogno di rappresentare l'intera nazione attraverso la pluralità dei partiti. Non è il governo ad essere intriso di spirito, ma sono i partiti politici siccome libere associazioni di liberi individui che hanno uno spirito e che, perciò, danno vita al governo.

Ma questa Costituzione che trova il proprio fondamento in una precisa direttrice di senso, molto meno lontana dalle ambizioni di rappresentanza unificante del partito nazionale fascista di quello che sembra, perché tutti i partiti politici di allora ambivano a essere dei "partiti mondo", capaci di essere uno strumento di identità per chi vi aderiva, ed è così che la Costituzione repubblicana riesce a diventare uno strumento di identità della nazione, un vettore di senso della vita sociale⁶⁶.

Ma affermare che il cuore del potere costituente è la decisione su di un vettore di senso della nazione, l'identificazione di una nuova identità sociale e il suo sviluppo significa anche trovare il fondamento della rigidità costituzionale.

Questo fondamento non si rintraccia nella norma di riconoscimento perché la norma di riconoscimento è la conseguenza di una nuova direttrice di senso ordinamentale: è la possibilità di individuare una nuova direttrice di senso ordinamentale che consente di definire la norma di riconoscimento, non viceversa. Niente è *causa sui*, anche il potere costituente rispetta le leggi della logica matematica e, perciò, il teorema di Gödel: In ogni teoria matematica T sufficientemente espressiva da contenere l'aritmetica, esiste una formula φ tale che, se T è coerente, allora né φ né la sua negazione $\neg\varphi$ sono dimostrabili in T.

1958, pp. 246 ss.; C. MALBERTI, *Sistemi di partito e democrazia*, Milano, Ist. Ed. Cisalpino, 1965; V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, II, Firenze, Vallecchi, 1969; C. MORTATI, *Disciplina dei partiti politici nella Costituzione italiana*, in Id., *Raccolta di Scritti*, Vol. III, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 39 ss.; P. RIDOLA, *Partiti politici* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXII, Milano, 1982, pp. 66 ss.; S. BARTOLE, *Partiti politici* (voce), in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Vol. X, Torino, 1995, pp. 705 ss. Su tutto questo, ovviamente, P. RIDOLA, *L'evoluzione storico-costituzionale del partito politico*, in AA.VV., *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione – Atti del XXIII Convegno annuale AIC*, Alesandria 17-18 ottobre 2008, Napoli, Jovene, 2009.

Con timidezza di nota si deve aggiungere che il partito unico è stato anche l'invenzione di una nuova categoria del politico, del politico come spettacolo e non più come ideologia. Il perverso fascino di Mussolini o Hitler è nella loro capacità di essere dittatori – attori, guitti del consenso, si potrebbe dire (I. KERSHAW, *Hitler e l'enigma del consenso*, ed. it. Bari, Laterza, 2006). La politica come spettacolo è perfetta per una società che si fonda sul mercato, perché il mercato sa usare lo spettacolo, molto più delle categorie politiche. Ma uno spettacolo che consiste di monologhi è molto più noioso di uno spettacolo animato da una pluralità di attori, ciascuno capace di interpretare la sua parte.

⁶⁶ Vedi sul punto L.L. ČERVINKA, *Constitutions as medium of collective identities*, in *German Law Journal*, 2024, 1 e ss. dove si legge: «constitutions are a very powerful, and potentially effective, way of shaping the collective identities of not only the state but also of the political people. Therefore, they should be understood not so much as factors of restriction but as mediums for the articulation of collective experiences, self-understanding, goals, dreams, and fears — in other words, articulations of collective imaginaries».

La Costituzione non è rigida perché prevede un determinato procedimento di revisione delle norme che ha posto, ma, piuttosto, prevede un determinato procedimento di revisione per le norme costituzionali perché è rigida e la sua rigidità è proprio nel vettore di senso attraverso il quale definisce l'identità collettiva e, perciò, trasforma una moltitudine in una nazione⁶⁷.

Il vettore di senso della Costituzione italiana è il passato fascista, inteso sia come – è ancora sconveniente dirlo⁶⁸? – insegnamento che come rifiuto. Il fascismo è insegnamento dove aveva compreso che la crisi di uno Stato fondato sulla rappresentanza intesa in senso elitario poteva essere superata attraverso il partito di massa e la sua capacità di interpretare il conflitto sociale. Ma il passato fascista viene seccamente rigettato dove pensava che il partito unico fosse la soluzione capace di unire il popolo allo Stato, di trasformare lo Stato in uno strumento del popolo. Questa esperienza viene rinnegata con l'affermazione della libertà di associarsi in partiti politici, di realizzare la propria individualità attraverso la libertà di associazione intesa come libertà di costituire infinite associazioni, ma anche attraverso l'idea che lo Stato non debba essere a servizio di un partito bensì dell'individuo⁶⁹.

Questo vettore di senso, nel caso della Costituzione italiana, si scandisce lungo due direttrici: da una parte, definisce il valore dell'individuo attraverso le libertà e, dall'altra, definisce l'intangibilità del principio maggioritario.

La prima direttrice pone l'accento su una teoria delle libertà che sia sensibile al loro effettivo potenziale in senso individuale⁷⁰. Le libertà non riguardano il potenziale metafisico espresso dal lemma "persona", liberano dal potenziale di sottomissione espresso dal lemma "soggetto". Considerano il cittadino un individuo che deve poter diventare la persona che lui

⁶⁷ Ancora una volta, con timidezza di nota, il vettore di senso che si individua come causa della rigidità costituzionale e, nello stesso tempo, essenza del potere costituente, in fondo, non è molto diverso dalla Costituzione materiale di Mortati o da ciò che contraddistingue le forme di governo in Elia (L. ELIA, *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 634 ss.). Il punto di partenza e di ritorno di queste riflessioni, in fondo, è sempre l'emblematico Duverger: M. DUVERGER, *Les partis politiques*, 1951, trad. it., *I partiti politici*, Milano, Ed. Comunità, 1961. Ma tutto questo, come si dirà, oggi non è più: l'unica cosa certa è che i partiti politici sono più morti di coloro che ne scrivevano.

Sulla idea di nazione, si potrebbe scrivere molto ma anche poco dopo la voce di Crisafulli e Nocilla (V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, v. *Nazione*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, part. 792 e ss., per il ragionamento che si sta per svolgere). Quello che qui conta è il fatto che la Costituzione usa il termine nazione sia all'art. 9 che all'art. 67: la nostra nazione è un patrimonio culturale comune, non heimat, quindi, ma appartenenza a un comune sentire che è costruito sulla base del modo in cui un determinato popolo ha saputo mettere in relazione la propria sensibilità con la storia. Dall'altra parte, il ruolo essenziale del parlamentare è rappresentare la nazione, ovvero utilizzare il patrimonio culturale come mezzo di comunicazione. Questo patrimonio culturale non è solo l'oggetto della rappresentanza politica, è anche e soprattutto il punto in cui tutte le appartenenze politiche si riconoscono. I partiti – mondo che combattono fra di loro per affermare le rispettive cosmogonie si ritrovano su un territorio comune che è l'appartenenza condivisa e consapevole a uno stesso patrimonio culturale.

⁶⁸ Vedi A. PREDIERI, *I partiti politici*, in P. Calamandrei, A. Levi (a cura di), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Vol. I, Firenze, Barbera, 1950, pp. 150 ss.

⁶⁹ Sul punto, vedi, per tutti, sia per la completezza che la originalità della ricostruzione, E. CATERINA, *Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, ma già E. CHELI, *Radici costituzionali e crisi di regime: il conflitto tra storia e politica nell'esperienza italiana*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2/2022 che riprende un intervento all'Università di Padova del 2011, *La persona e le istituzioni*, facilmente e liberamente reperibile in rete.

⁷⁰ M. ONFRAY, *La politica del ribelle. Trattato di resistenza e insubordinazione*, cit., lucidamente distingue l'individuo dalla persona e dal soggetto. Individuo è ciò che resta dopo che ci si è scarnificati sia dalle concezioni metafisiche che ci trasformano in persona che dalle finzioni giuridiche che ci considerano come soggetti e le libertà sono individuali in questo preciso senso.

solo può essere in relazione agli altri individui, singolarità attratte reciprocamente dal *conatus* di Spinoza di cui le libertà costituzionali definiscono la grammatica. Il cuore del contratto sociale, dal punto di vista individuale, è la giustizia sociale: ogni diseguaglianza trova la propria giustificazione nell'interesse del meno fortunato⁷¹.

La seconda direttrice è una conseguenza della prima, perché i valori sono come gli individui, nessuno di essi può essere tiranno rispetto agli altri, l'unico modo per decidere è incarnarli in "partiti mondo" che dialogando fra di loro sono in grado di definire un consenso per intersezione fra posizioni altrimenti inconciliabili e questo consenso trova il proprio equilibrio attraverso il principio maggioritario, in cui ciascuna delle parti è disposta ad abbandonare il sereno e quietamente immobile stallo definito dal principio di unanimità perché nella decisione a maggioranza, la minoranza di oggi ha il massimo delle probabilità di diventare maggioranza di domani⁷².

Anche in questo, l'esperienza costituente italiana del biennio 1946 – 1948 è molto simile a quella francese di poco precedente che aveva dato vita alla quarta repubblica⁷³. Anche

⁷¹ Sul contratto sociale, la letteratura è sterminata, una riflessione che vale anche come una prima guida bibliografica in H. HOFMANN, *La dottrina classica del contratto sociale e il "neo-contrattualismo"*, in *Filosofia politica*, 3/1997.

Sul neocontrattualismo di Rawls, G. LEVI, *Aequitas vs fairness. Reciprocità ed equità fra età moderna ed età contemporanea*, in *Rivista di storia economica*, 2/2003; A. FERRARA, *Contrappunti rawlsiani intorno alla società giusta*, in *Parolechiave*, 1/2015; I. SALVATORE, *Ingiustizia e instabilità sociale. Gli impegni teoretici della giustizia sociale*, in *Rivista di filosofia*, 1/2021

⁷² La dottrina dei valori è intuitivamente tirannica: ogni valore porta con sé una visione del mondo che vuole essere univoca nella misura in cui esso per esistere non tollera il bilanciamento con altri valori che ne diminuirebbero l'importanza. Ciascun valore ambisce a essere primario e assoluto e la Costituzione lo riconosce come primario e assoluto perché è primario e assoluto nel momento in cui viene definito. Su tutto questo: T. GAZZOLO, *"Valore" e "limite" in Carl Schmitt. Per una lettura della "Tirannia dei valori"*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/2010; P. BECCHI, *La critica schmittiana alla filosofia dei valori e il dibattito giusfilosofico italiano nell'immediato dopoguerra*, in *Filosofia politica*, 2/2009; M. BENINI, *Confrontarsi col nemico. Analisi della ricezione del pensiero di Carl Schmitt nella cultura politica anglosassone*, in *Filosofia politica*, 2/2013.

La funzione di indirizzo politico – oltre lo Stato autoritario – presuppone una Costituzione laica, nella quale convivono diversi valori, tutti egualmente primari e assoluti, i quali trovano un equilibrio grazie alla intermediazione del principio maggioritario, perché nel momento in cui l'unico valore che consente ai valori primari e assoluti di convivere in uno stesso testo contemporaneamente senza generare delle antinomie insuperabili è il principio di eguaglianza per cui nessun cittadino ha in sé il diritto di portare dei valori che siano incompatibili con quelli degli altri cittadini ma tutti i cittadini hanno il diritto di essere portatori di valori reciprocamente incompatibili, secondo uno schema che rammenta molto l'*overlapping consensus* liberale, allora si ha che l'equilibrio fra i valori diventa una questione di cui può essere arbitro unicamente il principio maggioritario e che l'essenza dell'indirizzo politico come strumento per dare senso all'attività dello Stato è l'esatta misura di un determinato punto di equilibrio fra valori reciprocamente incompatibili determinata dal principio maggioritario e dall'anarchia della funzione di governo. In questo caso, possono tornare utili: E. ROSSI, *Legitimacy and Consensus in Rawls' Political Liberalism*, in *Iride*, 1/2014; A. PISANÒ, *Overlapping consensus e diritti umani*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2/2014.

⁷³ Vedi S. GUERRIERI, *Tradizione repubblicana e processo costituente: la rinascita della democrazia francese dopo la Liberazione*, in *Quad. cost.*, 1998, 495. La vicenda costituzionale francese è dirimente per comprendere le vicende italiane. Così, ad esempio, lo Statuto albertino è debitore della Costituzione orleanista del 1830, soprattutto se si considera l'esperienza costituzionale della monarchia di luglio per come la stessa si era sviluppata dal 1830 al 1848. Cavour e il suo maestro Cesare Balbo conoscevano perfettamente Guizot e l'evoluzione di quel sistema. Non si comprende l'indirizzo politico senza aver studiato Henri Lafitte, Adolphe Thiers, Casimir Perrier e il modo in cui si è, in Francia, affermato il principio per cui il Re regna ma non governa.

Nei giorni in cui l'Italia parla di premierato, la Francia ha visto un ritorno alla repubblica parlamentare perché per la prima volta non è possibile formare un governo che abbia una stabile maggioranza in Parlamento, questo è accaduto perché il terzo attore considerato indesiderabile è stato vinto grazie a un'alleanza esclusivamente elettorale e questa maggioranza non ha la coesione necessaria per governare.

la quarta repubblica si muove sul piano del pluralismo dei partiti politici, anche lì ciò che conta è il principio maggioritario e, soprattutto, è lì che il principio maggioritario entra in crisi perché degenera in un continuo compromesso caratterizzato dalla instabilità determinando l'evoluzione verso la la quinta repubblica in cui il principio maggioritario viene cristallizzato dal momento elettorale attraverso l'investitura diretta del Presidente della Repubblica.

Non è una crisi molto diversa da quella che sta attraversando la nostra Costituzione nel momento in cui si parla di un premierato: la crisi dei partiti politici e del principio maggioritario, l'eclissi dell'idea per cui i "partiti mondo" avrebbero trovato dei nobili e stabili compromessi, si risolve sul piano della investitura diretta.

4. La costituzione come norma?

Il potere costituente è, sul piano formale, una norma che stabilisce essa stessa la propria forma di riconoscimento perché, sul piano sostanziale, corrisponde a una radicale innovazione nel contratto sociale⁷⁴.

La *rule of recognition* delle norme sulla produzione è stabilita dalle norme sulla produzione stesse, la promulgazione consente di separare il momento relativo all'esistenza dal momento relativo alla validità ma non spiega perché il sistema che pone meriti di essere posto.

La spiegazione di questo è necessariamente esterna al sistema e sta nel vettore di senso – non una norma intesa vuoi come comando, azione o organizzazione – che dà valore al sistema.

Questo vettore di senso, esattamente come i suoi paciscenti, muta a seconda della genealogia del potere costituente e, nel caso della Costituzione repubblicana, il vettore di senso è determinato dal reciproco riconoscimento dei partiti che fanno parte del Comitato di liberazione nazionale.

La moltitudine non diventa uno grazie a un partito unico, ma per effetto del dialogo fra più partiti politici e il criterio di soluzione di qualsiasi conflitto è il principio maggioritario⁷⁵.

In Francia, il ritorno al modello esclusivamente parlamentare in cui il primo ministro sarà costretto a trovare in Parlamento la sua maggioranza è considerato un grave problema ma, sulla base di questa esperienza, ci si deve chiedere se l'avvio di un premierato non potrebbe condurre a questa stessa situazione un governo che non riuscisse ad essere coeso?

⁷⁴ In Italia, i paciscenti del contratto sociale in Assemblea costituente furono i partiti politici, anche di opposizione, vedi l'intervento di Lucifero che si è citato a proposito della proroga dei lavori della Costituente.

⁷⁵ E' lo spirito con cui Togliatti approva il progetto di Costituzione come definitivamente predisposto dal Comitato di redazione: «Siamo venuti qui con la convinzione di compiere un atto di unità, anzi con il deliberato proposito di scartare in questo giorno tutte le questioni che potessero dividerci, aprire o riaprire solchi, elevare barriere. Anche quelle divisioni che esistettero nei precedenti nostri dibattiti, volevamo che scomparissero davanti alla Nazione, perché tutti sentissero che l'atto solenne che oggi compiamo è un atto nel quale ci sentiamo tutti uniti. Ognuno di noi vede chiaramente nella Costituzione che stiamo per approvare con voto solenne l'apporto che egli ha dato e l'apporto che hanno dato gli altri. Ognuno di noi è libero di intendere l'atto che oggi si compie a seconda della sua particolare ideologia e della sua passione politica, in confronto con il passato e col futuro, che ognuno condanna o esalta, auspica o depreca a seconda dell'animo suo, delle sue speranze e dei suoi orientamenti. Nonostante questo, però, vi è qualcosa oggi che ci unisce tutti ed è il voto comune che stiamo per dare all'atto che sarà obbligatorio per tutti noi» (vedilo in Atti Costituente, seduta antimeridiana del 22 dicembre 1947).

L'accordo sulla Costituzione, il nuovo contratto sociale, è essenzialmente un patto sul futuro in cui ciò che conta è la produzione di norme attraverso le quali il principio maggioritario si esprima il più liberamente possibile trovando come unico limite la protezione dei diritti individuali nella cui garanzia è la garanzia di evoluzione del sistema e di protezione dei partiti politici da quelle degenerazioni che avevano travolto lo Statuto e, forse, l'intera Europa del secolo breve.

Questa Costituzione è troppo fragile per diventare subito una norma la cui qualità essenziale sia la spontanea osservanza da parte di quella moltitudine di creduloni, circondati da pochi apoti, che sino a pochi anni prima aveva aderito di buon grado allo Stato fascista⁷⁶. Ha bisogno della intermediazione di un circuito di organi costituzionali che le diano attuazione interpretandola e che, nello stesso tempo, sia capace di assicurarne l'evoluzione. La Costituzione repubblicana è molto più malleabile di quanto non si voglia ritenere perché essa si rivolge essenzialmente ai poteri dello Stato, vive nella dialettica con cui i poteri dello Stato interpretano e trasformano la competizione fra i partiti politici. Questa dialettica trova la sua sintesi in maniera spontanea e solo eccezionalmente ha bisogno della funzione arbitrale della Costituzione che è rigida nella misura in cui i poteri dello Stato non riescono a trovare una soluzione ragionevole ai propri conflitti ma altrimenti può essere ignorata *nemine contradicente*⁷⁷.

Ciò che rende una norma effettivamente vincolante non è il potere di coazione, il potere di coazione ha un senso se reprime singole violazioni, dei fatti che si caratterizzano per l'anti-giuridicità ma sono isolati. Ove la disapplicazione di una norma sia diffusa nella moltitudine di coloro che dovrebbero osservarla, il potere di coazione non ha nessuna possibilità di riuscita, a meno che coloro che sono chiamati a vigilare siano la maggioranza della popolazione e questo non è stato neppure nella DDR della sorveglianza totale, nella torrida Haiti di Baby Doc Duvalier, o nella terribile Argentina dei desaparecidos⁷⁸.

⁷⁶ L'espressione è di Prezzolini in una lettera a Gobetti pubblicata sulla *Rivoluzione liberale* del 28 settembre 1922. Vale a identificare coloro che non se la fanno dare a bere, in contrasto alla maggioranza che in quel momento storico era disposta a credere in tutto.

⁷⁷ Per un caso emblematico, Corte cost. ord. 379/1991 sul conflitto fra guardasigilli, Capo dello Stato e Presidente del Consiglio dei ministri intorno alla grazia di Curcio, su cui vedi A. MORRONE, *Potere e responsabilità nella concessione della grazia. Un caso concreto di caos istituzionale*, in *Il Mulino*, 2005, 894 e ss. La vera storia dei conflitti non è quella che si traccia attraverso i conflitti fra poteri arrivati alla Corte costituzionale, ma quella che si potrebbe redigere, con passione minuta di archivisti, dai conflitti che non sono mai stati proposti, che sono stati risolti nel silenzio del potere che unendo si trasforma e ingloba.

⁷⁸ Nella stanca storia della Repubblica sociale, si ha sempre la sensazione di essere dinanzi a un ordinamento giuridico che non riesce più a mantenersi in piedi da solo, nel quale si aggira una moltitudine di anime perse. Questo ordinamento è condannato all'estinzione e questo si legge nelle file per le tessere annonarie, nella minuziosa disciplina dei menù dei ristoranti, in una vita quotidiana scandita da ordinanze distopiche (vedi, anche per il piacere della lettura, M. Cuzzi, *Seicento giorni di terrore a Milano. Vita quotidiana ai tempi di Salò*, Milano, Neri Pozza, 2022).

Il tema riecheggia la riflessione di Hobbes sugli Stati di istituzione (Leviatano, cap. XVIII) e quelli di acquisizione (ivi, cap. XX): «Si dice che uno stato è istituito, quando una moltitudine di uomini si accorda e pattuisce, ognuno con ogni altro, che qualunque sia l'uomo o l'assemblea di uomini cui sarà dato dalla maggior parte, il diritto a rappresentare la persona di loro tutti (vale a dire ad essere il loro rappresentante), ognuno, tanto chi ha votato a favore quanto chi ha votato contro, autorizzerà tutte le azioni e i giudizi di quell'uomo o di quell'assemblea di uomini, alla stessa maniera che se fossero propri, al fine di vivere in pace tra di loro e di essere protetti contro gli altri uomini». Lo Stato di acquisizione, invece: «è quello in cui il potere sovrano è acquisito con la forza ed è acquisito con la forza quando gli uomini singolarmente o insieme per mezzo della pluralità dei voti, per timore della morte o

Ciò che induce una moltitudine di soggetti alla spontanea osservanza è un vettore di senso che consente di intravedere una prevedibile e razionale giustizia nella espressione dei comandi contenuti nelle norme.

Questo vettore di senso è anche ciò che trasforma un insieme di norme sulla produzione, altrimenti piuttosto banali, nel caso italiano: la Costituzione provvisoria, nell'esercizio del potere costituente che, per le ragioni che si sono viste, ha dato vita a una costituzione composta principalmente di disposizioni che definiscono un sistema di produzione normativa fondato sul principio maggioritario.

La Costituzione repubblicana, in definitiva, si riduce a un sistema composto di norme (i) sulla produzione delle norme, (ii) sui limiti alla produzione delle norme e, perciò, il modo in cui le norme possono essere invalidate, ma questo presuppone l'interpretazione, sicché la Costituzione si esprime anche (iii) sulla interpretazione della Costituzione stessa.

Questo sistema è rigido perché funziona sulla base del principio maggioritario e il principio maggioritario può funzionare solo se contiene le garanzie sufficienti a consentire alla minoranza di tollerare l'arroganza della maggioranza⁷⁹.

6. Potere costituente e promulgazione

La norma di riconoscimento, secondo queste pagine, è l'atto di promulgazione.

Sul piano della genealogia, si è visto come l'Assemblea costituente, il 22 dicembre 1947, abbia in realtà compiuto due atti: da una parte ha deliberato il testo della Costituzione, così come definitivamente affinato dal comitato di redazione, e, dall'altra parte, ma contemporaneamente, approvando la XVIII Disposizione Transitoria e Finale della Costituzione, ha deliberato il modo in cui la Costituzione sarebbe entrata in vigore, affidando al Capo provvisorio dello Stato il compito di promulgarla.

A questo proposito, è più che significativo la gazzetta ufficiale 27 dicembre 1947, n. 298: il Capo dello Stato promulga "vista" la deliberazione 22 dicembre 1947 con cui l'Assemblea costituente ha approvato il testo finale della Costituzione e la XVIII Disposizione transitoria e finale della Costituzione⁸⁰.

Il Capo provvisorio dello Stato, perciò, ha ritenuto di ricevere il potere di promulgare il testo della Costituzione, e quindi di renderla definitivamente vincolante per tutti i cittadini, dalla XVIII Disposizione Transitoria e Finale che, evidentemente, ha ritenuto efficace a prescindere

della prigionia, autorizzano tutte le azioni di quell'uomo o assemblea che ha in suo potere la loro vita e la loro libertà».

La constatazione che il principato non può reggersi senza il consenso dei suoi sudditi è nel nono capitolo del Principe di Machiavelli (G. SASSO, commento *ad loc.* all'edizione del *Principe e altri scritti*, Firenze, La Nuova Italia, 1963).

⁷⁹ E' palese il riferimento al pensiero di Kelsen, su cui, per questo aspetto, vedi S. LAGI, *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920-1932)*, in *Teoria politica*, 2017, 363 e ss.

⁸⁰ Il testo esatto è il seguente: «Costituzione della Repubblica Italiana – Il Capo provvisorio dello Stato – vista la deliberazione dell'Assemblea Costituente che nella seduta del 22 dicembre 1947 ha approvato la Costituzione della Repubblica Italiana; Vista la XVIII Disposizione Transitoria e Finale della Costituzione: - Promulga – la Costituzione della Repubblica Italiana nel seguente testo: ____ ».

dalla promulgazione e che ha considerato come una delibera la cui esecutorietà traeva la propria legittimazione direttamente da se stessa, ovvero più precisamente dal referendum del 2 giugno 1946 che aveva eletto quell'assemblea con lo scopo di dare una nuova costituzione al paese.

Come si è già accennato, se l'Assemblea costituente ha avuto la forza di deliberare il modo in cui il testo costituzionale sarebbe entrato in vigore, peraltro connettendosi a una solida tradizione in cui il potere di promulgazione era sempre spettato al Capo dello Stato⁸¹, così poteva deliberare di promulgare essa stessa quel testo, di considerare il testo della Costituzione efficace per effetto della sua sola deliberazione. Se non lo ha fatto significa che ciò che rende effettiva e vincolante la Costituzione non è la sua approvazione da parte dell'Assemblea costituente che l'ha redatta, ma la sua promulgazione da parte del Capo provvisorio dello Stato che ha il valore di una ratifica della Costituzione da parte del soggetto che vi sarà sottoposto perché il Capo dello Stato incarna l'unità nazionale⁸².

La norma di riconoscimento è un'attività e questa attività è consistita nell'atto con cui il Capo provvisorio dello Stato ha riconosciuto come valido il vettore di senso del testo costituzionale e lo ha reso efficace.

Il potere costituente non consiste solo dell'attività con cui un testo costituzionale è prodotto materialmente, esso è la traduzione in termini giuridici del contratto sociale e questo contratto per diventare efficace ha bisogno del consenso della nazione che, in Italia, è stato espresso per effetto della promulgazione ma questa promulgazione ha completamente cambiato di significato rispetto allo Statuto. Non è più la formula del *King in parliament* espressa nell'art. 7 dello Statuto, ma è il *The nation in parliament*, se così si può dire, voluto dalla XVIII Disposizione Transitoria e Finale⁸³ della Costituzione.

Il Capo provvisorio dello Stato non è il Re che, per effetto dello Statuto limita i propri poteri, ma non fino al punto di poter essere vincolato a ciò che non ha contribuito ad approvare, è la Nazione che si vincola a ciò che riconosce come sua volontà e lo riconosce al di fuori di qualsiasi vincolo ideologico, con lo stesso spirito con cui il più ideologicamente antisistema dei

⁸¹ Vedi L. ARMANNI, *Il potere esecutivo e la promulgazione delle leggi*, Roma, Loescher, 1890. Si può davvero sostenere che la promulgazione nel caso della Costituzione deliberata dall'Assemblea costituente spetti al Capo provvisorio dello Stato, perché il d.lgs.lgt. 98/1946 niente innova su questo piano e lo stesso vale per il r.d.l. 151/1944, ma anche per il d.lgs.pres. 1/1946, in *Gazzetta ufficiale*, serie ordinaria, 134 del 1946, sicché la XVIII disp. trans. e fin., Cost confermerebbe e riconoscerebbe quanto era già stabilito nell'art. 7 dello Statuto? Sarebbe come dire che la norma sulla produzione della Costituzione è lo Statuto e non la costituzione provvisoria, come sicuramente è per effetto della XVII Disposizione Transitoria e Finale.

⁸² Sotto questo aspetto, i due grandi modelli nei quali si è manifestato il potere costituente del secondo dopoguerra sono molto simili. La delega del potere costituente a un'assemblea appositamente eletta, infatti, diventa efficace solo nel momento in cui il rappresentante della nazione promulga il testo che questa assemblea ha deliberato e, perciò, sancisce l'adesione della nazione al vettore di senso che è stato individuato dai suoi rappresentanti. Ma lo stesso accade, come nel caso della quinta repubblica francese, se il testo predisposto da un organo appositamente individuato viene sottoposto a referendum, ovvero se, come nella quarta, viene sottoposto a referendum il testo approvato dall'assemblea costituente. È significativo che la Costituzione repubblicana sia stata approvata secondo il primo modello e si sia affidata per la sua revisione al secondo.

⁸³ Con divertimento di nota, si può osservare che nella XVIII Disposizione transitoria e finale si prevedeva anche che la Costituzione fosse munita del sigillo dello Stato e, perciò, inserita nella Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti della Repubblica. Il sigillo di Stato, però, fu approvato solo il 30 gennaio 1948.

partiti che avevano contribuito ad elaborare il testo costituzionale, il partito comunista di Togliatti, ha accettato di sottoporsi alla Costituzione.

7. Rigida, flessibile, malleabile

Che la Costituzione della Repubblica Italiana sia rigida è una di quelle affermazioni che sono vere perché si ripetono sempre e la verità è spesso un luogo comune.

Nella realtà, la rigidità della Costituzione deve essere misurata sulla base del potere costituente: la rigidità di una costituzione trova la propria causa nella genealogia del potere costituente da cui questa costituzione scaturisce.

Se il vettore di senso della Costituzione repubblicana è l'idea che la moltitudine non possa più essere uno senza farsi plurale, senza essere il dialogo competitivo fra "partiti mondo" portatori di ideologie incompatibili⁸⁴ ma capaci di raggiungere un consenso per intersezione, l'*overlapping consensus* del liberalismo politico, ovvero di superare lo stallo attraverso il principio maggioritario, ciò che davvero è rigido, in questo modello, è il principio maggioritario stesso che, però, opera solo nella misura in cui il modello compromissorio condensato nella clausola *nemine contradicente*⁸⁵ non riesce a funzionare.

In un certo senso, la Costituzione ha operato con se stessa, attraverso l'art. 138, la stessa cosa che il d.l. 151/1944 aveva fatto con lo Statuto albertino: ha individuato il meccanismo che consente, in forme legali, l'esercizio del potere di revisione costituzionale. Il potere di revisione costituzionale trova il proprio naturale limite nel potere costituente e questo si esprime nell'art. 139 con il riferimento alla immutabilità della forma repubblicana.

Ciò che davvero è immutabile non è la forma repubblicana in sé, bensì il risultato del referendum istituzionale del 2 giugno 1946.

Il referendum istituzionale ha avuto il valore di una revoca dei plebisciti di annessione che hanno concluso le guerre di indipendenza dando vita al Regno di Italia, tutto il popolo ha ritenuto non più attuale la volontà che lo stesso popolo, in forma frazionata, aveva espresso poco meno di cent'anni prima: si è voluto sciogliere, a maggioranza, dal patto che lo legava alla monarchia costituzionale di Casa Savoia.

⁸⁴ Per Pizzorno (A. PIZZORNO, *Il sistema politico italiano*, in *Politica del diritto*, 1971, part. 204) «una classe politica si definisce ideologicamente in termini di fini a lunga scadenza o non negoziabili, cioè di fini che non possono non venire perseguiti pena la caduta dell'identità stessa del soggetto per la quale lo stesso viene riconosciuto dagli altri, cioè la sua riconoscibilità e la sua distinguibilità rispetto agli altri soggetti collettivi. [...] Quando questi fini non negoziabili cadono e l'azione del soggetto collettivo si esaurisce in una successione di fini negoziati e continuamente rinnovanti si determina certamente un maggiore realismo, ma pure una incapacità di proporre i propri fini ai nuovi individui che devono scegliere quel soggetto, proprio perché non si sceglie un soggetto collettivo per la sua capacità di negoziare certi fini, ma invece perché ha dei fini non negoziabili».

⁸⁵ La clausola *nemine contradicente* è normalmente considerata un istituto tipico del diritto parlamentare (vedi, fra tutti, R. IBRIDO, *Clausola del nemine contradicente*, in *Rassegna Parlamentare*, 2, 2011, 367 ss.). Tuttavia questa clausola non è emblematica soltanto della malleabilità tipica dei regolamenti parlamentari perché la malleabilità dei regolamenti parlamentari è il modo con cui i soggetti politici dialogano fra di loro. Il Parlamento non è solo l'organo costituzionale che rappresenta la Nazione è, esattamente per questa ragione, il luogo in cui si decifra la Costituzione considerata come realtà e non come ipotesi normativa (su questa cifra, L. CIAURRO, *Costituzione e diritto parlamentare: un rapporto double face*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018).

Questo è ciò che davvero rigido nella Costituzione?

In realtà, forma repubblicana significa qualcosa di più, significa anche ratifica del complesso procedimento di elaborazione della costituzione provvisoria e, in questo procedimento, il nodo dello Stato di partiti, la sua logica compromissoria, il valore costituente del principio maggioritario era già emerso con chiarezza: l'assemblea costituente che viene eletta contemporaneamente e consustanzialmente al referendum istituzionale è un'assemblea di partiti politici, i suoi eletti sono eletti per mezzo di liste elettorali che si trasformano spontaneamente in gruppi parlamentari.

Il corpo elettorale, il 2 giugno 1946, non si è limitato a scegliere fra monarchia e repubblica ma ha anche ratificato il metodo della Costituzione provvisoria e questo metodo si fondava sui partiti politici che avevano ritrovato e rinnovato la loro vitalità nell'esperienza dei comitati di liberazione nazionale.

Forma repubblicana e Repubblica dei partiti, dei "partiti mondo" che si sono evocati, sono la stessa cosa e questo avvicina all'essenza del referendum eventuale previsto dall'art. 138.

C'è qualcosa di stonato, di asimmetrico, di irragionevole in quel referendum con cui il corpo elettorale, qualsiasi sia la percentuale di votanti, è chiamato a ratificare il risultato del procedimento di revisione costituzionale solo se vi viene provocato da cinquecentomila elettori, un quinto dei membri di una Camera o da cinque consigli regionali e il cui risultato è valido indipendentemente dal numero dei votanti.

In astratto, verrebbe da dire: o sempre o mai, che una riforma costituzionale non può essere approvata da un'esigua maggioranza.

Il Costituente non poteva non essere consapevole che l'art. 139 era una norma ambigua, che forma repubblicana era una espressione da interpretare, ma soprattutto che anche l'art. 139 poteva essere modificato, purché la modifica dell'art. 139 fosse accompagnata da un nuovo referendum in cui il potere costituente si esprimesse nella forma genealogicamente tipica in cui si esprime nella nostra nazione, ovvero attraverso un referendum o un plebiscito⁸⁶.

Ne era necessariamente consapevole perché la fonte da cui traeva la propria legittimazione era stata il referendum che aveva modificato il carattere costituzionalmente irreversibile dei plebisciti di annessione.

Queste due consapevolezze unite assieme generano una conclusione: da una parte, la forma repubblicana è inevitabilmente intrisa di ambiguità perché è chiara laddove segna l'immodificabilità negativa della scelta di abbandonare l'unione con Casa Savoia, ma è ambigua, come erano ambigui i plebisciti di annessione, laddove segna l'adesione a una forma repubblicana (a un metodo democratico, verrebbe da scrivere oggi) che ancora non esiste

⁸⁶ Vedi, G. GEMMA, v. *Plebiscito*, in N. Bobbio, N. Matteucci (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino - Utet, 1976, 717, ma, più ampiamente, G. FERRARA, *La revisione costituzionale come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della Commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, 1998, 96; , cit., 97; M.L. MAZZONI HONORATI, *Interrogativi in tema di referendum sulla Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1997, 70; F. MODUGNO, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1998, 622; M. DOGLIANI, *La legislazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1033 ss.

come ancora non si era compiutamente formata la monarchia parlamentare al momento dei plebisciti di annessione⁸⁷.

La conclusione è che ciò che si intende rendere imm modificabile è, in realtà, modificabile, con le stesse forme che hanno consentito di modificare l'immodificabile e il ricorso al referendum nel tessuto dell'art. 138 si comprende adesso. Il referendum di approvazione è provocato da una frazione di rappresentanza o di corpo elettorale nel momento in cui si ritiene che sia in gioco la forma repubblicana in un tratto che ha bisogno di perfezionarsi attraverso l'adesione del popolo, il che non accade se si modifica la durata della legislatura del Senato o si integra la competenza della Corte costituzionale con il giudizio di ammissibilità dei referendum abrogativi, ma nel caso in cui si sfigura il Capo dello Stato introducendo un Presidente del Consiglio dei Ministri eletto direttamente dal popolo e, perciò, abbandonando il modello di Stato dei partiti che era stato impostato dalla Costituzione provvisoria e ratificato dal referendum istituzionale del 2 giugno 1946.

Il ruolo della Corte costituzionale ha poco a che fare con la rigidità della Costituzione: una Costituzione rigida opera sul piano della abrogazione delle norme preesistenti incompatibili e della disapplicazione delle norme sopraggiunte ma contrastanti con il testo della Costituzione.

La Corte costituzionale, nel nostro sistema, svolge una funzione assai più delicata che è conseguenza dell'accentramento del sindacato di costituzionalità, assicura alla Costituzione di mantenere integra la sua vitalità indipendentemente dalla eccezionalità del potere di revisione, sviluppa e adegua la forma repubblicana allo spirito dei tempi e lo fa solo nel caso in cui non sia stato possibile addivenire altrimenti allo stesso risultato per effetto dello spontaneo operare delle forze costituzionali.

Il sindacato di costituzionalità, inteso nel senso più ampio che sia possibile attribuire a questa espressione, di facile interpretazione solo in apparenza⁸⁸, opera sul piano della delimitazione di efficacia della Costituzione e rappresenta l'instabile centro di gravità attorno al quale il vettore di senso della Costituzione modifica impercettibilmente le proprie traiettorie nello sforzo di costringere la realtà del potere ad entrare nella forma repubblicana.

8. L'ultimo tramonto

Che cosa resta oggi della forma repubblicana impostata dalla Costituzione provvisoria, ratificata dal referendum costituzionale del 2 giugno 1946 e consacrata dalla Costituzione della repubblica italiana?

Le dinamiche del consenso per intersezione hanno spinto verso il basso e logorato gli orizzonti ideologici che speravano di trasformare la società rendendola più giusta e più libera.

⁸⁷ Si intende che la monarchia costituzionale impostata dallo Statuto albertino e sulla cui malleabilità è inevitabile il riferimento agli studi di Ferrari Zumbini e, in particolare, a R. FERRARI ZUMBINI, *Fra norma e vita: il mosaico costituzionale a Torino (1846-1849)*, Roma, Luiss University Press, 2016.

⁸⁸ Vedi, ovviamente e almeno, C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, März, 1931, trad. it. a cura di A. Caracciolo, *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, e, per comprendere quello che nel testo è appena accennato, P. PETTA, *Schmitt, Kelsen e il «custode della costituzione»*, in *Storia e politica*, 1977, 505 e ss.

Si è rivelato difficile trovare un compromesso sulle grandi questioni della politica, è stato facile trovarlo nella allocazione dei mandarini di Stato e su altre questioni di spicciola cronaca, talvolta, giudiziaria.

La rappresentanza politica ha smarrito la propria ragion d'essere. Il vero senso della politica liberale, prima, e dei partiti politici, poi, era l'intermediazione fra le masse e il potere⁸⁹.

Da tempo, la forma repubblicana è scossa dalla inesausta stagione delle riforme costituzionali⁹⁰, riforme che, a tratti, sono sembrate voler entrare nel profondo della forma repubblicana, come a suo tempo la riforma del bicameralismo prefigurata nel 2016 o, adesso, l'istituzione del premierato e la separazione delle carriere, non anche l'autonomia differenziata che tutt'al più può essere considerata una norma costituzionalmente necessaria.

La lunga stagione delle riforme istituzionali è determinata dalla crisi del vettore di senso impostato dalla Costituzione provvisoria.

La domanda centrale, però, è un'altra, se la norma di riconoscimento è una funzione che si giustifica per effetto di un vettore di senso, perché la crisi del vettore di senso non investe la norma di riconoscimento rendendo non più attuale – anacronistico – il sistema nel suo complesso?

E' questa la vera domanda: la Costituzione del 1948, in apparenza, è solida, nessuno mette in dubbio la sua prima parte, o l'autorevolezza del sindacato di costituzionalità o l'intangibilità delle procedure di revisione. Ma come è possibile se il vettore di senso su cui tutto questo si fondava è entrato in crisi?

Il vettore di senso dell'esperimento di Stato repubblicano prodotto dall'esperienza della Costituzione provvisoria era la rigidità costituzionale di un sistema che si fondava sui partiti politici e che, perciò, aveva bisogno di rendere tollerabile l'arroganza del principio maggioritario.

I partiti erano strumentali a una sovranità che non appartenesse al popolo solo nel giorno del voto e ciò che era assolutamente indisponibile era il principio maggioritario, ma non la semplice regola che riduce al massimo il peso della maggioranza e, nello stesso tempo, impedisce al massimo della minoranza di essere ostacolo alla maggioranza, un principio maggioritario che materialmente si poggiava su "partiti mondo", i cui componenti rappresentavano ciascuno l'intera nazione e, attraverso quei partiti, determinavano una instabilità del sistema collegata alle dinamiche della società.

In quel vettore di senso, il sindacato di costituzionalità presidiava i valori e i principi che l'arroganza del principio maggioritario doveva rispettare assicurando al sistema una prudente e moderata flessibilità.

⁸⁹ Prova a leggere il numero dei parlamentari in questa chiave: il parlamentare non serve a rappresentare la nazione, non ha bisogno di essere insieme ad altri mille per svolgere questa funzione. Servivano tanti parlamentari quando vi era bisogno di tanta intermediazione, quando erano tanti i cittadini che si rivolgevano alla politica per la soddisfazione dei loro bisogni quotidiani. L'ufficio di Giulio Andreotti era anche il collettore di bisogni individuali che altrimenti non sarebbero mai stati soddisfatti, magari inconfessabili, con un'assunzione alle poste o una dispensa dal servizio di leva, ma necessari in quella società che oggi non esiste più.

⁹⁰ Su cui vedi, per la cura delle analisi e l'attenzione del pensiero, C. FUSARO, *Per una storia delle riforme costituzionali in Italia (1948 – 2015)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 431 e ss., e, da ultimo, E. CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2023.

Il principio maggioritario non era *causa sui* ma era la conseguenza di un compromesso agli albori della repubblica⁹¹, successivamente capace di avviare un sistema di democrazia particolarissimo⁹².

Il principio maggioritario risponde alla logica della democrazia rappresentativa: se ogni altra maggioranza può essere modificata con una maggioranza inferiore alla unanimità, la maggioranza minore fra tutte le maggioranze può essere modificata solo alla unanimità.

La moltitudine ha capito di non poter diventare uno, di essere irrimediabilmente frazionata e dispersa, di doversi organizzare in partiti politici affidando l'indirizzo politico al principio maggioritario e alle sue dinamiche consensuali.

La costituzione è un programma che muta con il divenire dell'indirizzo politico e l'indirizzo politico è un consenso per intersezione spinto verso il basso dalla crisi dei partiti politici "mondo" su cui il sistema si fondava.

L'unica cosa che funziona sono i limiti del principio maggioritario: il potere giurisdizionale, le dinamiche di integrazione costituzionale affidate alla giurisprudenza della Corte, il Presidente della Repubblica che diventa il simbolo della nazione ma anche delle sue fragilità ed è costretto a un ruolo *ultra vires*.

La crisi dei partiti politici è la crisi della Costituzione nata dalla Costituzione provvisoria: il potere costituente del secondo dopoguerra ha saputo dotare la nazione di un sistema in grado di far collaborare partiti politici con orizzonti ideologici reciprocamente incompatibili.

Il principio maggioritario era un compromesso ragionevolmente letale per ciascuna delle parti.

La crisi del partito politico⁹³ è la crisi di una funzione: di solito, si legge la crisi dei partiti politici attraverso la cronaca giudiziaria e si rischia di travisare la causa con l'effetto.

I partiti politici si sono condannati all'estinzione in virtù della loro degenerazione, si è detto invocando la restituzione dello scettro al principe che suonava come il Torniamo allo Statuto di Vittorio Emanuele III nel luglio del 1943⁹⁴.

E' venuto a mancare un modello nel quale la funzione del partito politico era l'intermediazione fra le masse e le *èlites*.

La storia raccontata da tangenteopoli è una storia in cui il ruolo di intermediazione fra le masse e le *èlites* è svolto dal mercato.

Non è la degenerazione delle tangenti che distrugge i partiti politici, i partiti politici si distruggono perché hanno perso la loro ragion d'essere: il posto dei partiti politici nella loro funzione di intermediazione fra masse ed *èlites* è stato preso dal mercato che è diventato "democratico" nel senso che svolge la funzione di intermediazione che era propria della democrazia dei partiti.

⁹¹ Questo compromesso fu incentivato dal complesso rapporto fra gli alleati e il ministero per la costituente: E. Ceglie, *Le fondamenta della Costituzione. Pietro Nenni e il ministero per la costituente*, Robbettino, Soveria Mannelli, 2018.

⁹² Vedi il saggio, accurato e gustoso di Palombara: J. PALOMBARA, *Democracy italian style*, Princeton, Yale University Press, 1989.

⁹³ Su questo, la letteratura è sterminata almeno quanto la crisi del partito politico: vedi, però, C.A. CIARALLI, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Pol.dir.*, 2019, 365 e ss.

⁹⁴ D. GRANDI, *25 luglio*, a cura di Renzo De Felice, Bologna, Il Mulino, 2003, part. 214-5.

Ma la Costituzione può sopravvivere alla perdita del vettore di senso che la giustificava?

Si direbbe che questo potrebbe essere possibile solo a condizione di una rivoluzione in senso tecnico o di un nuovo plebiscito.

Si sbaglierebbe.

Il problema della forma di riconoscimento non è un problema assoluto, è il problema delle costituzioni che vogliono giustificare se stesse con se stesse, delle costituzioni che sono *causa sui*, della sovranità che riflette su se stessa cercando un fondamento *superiorem non recognoscens*.

Questo tormentato tempo che fu aperto dalla colta intelligenza di un abate rivoluzionario ha completato il suo ciclo vitale⁹⁵.

Lo Stato non esiste più per se stesso, lo Stato della globalizzazione non conosce la sovranità degli Stati del secolo breve o dell'età degli imperi, esso conosce il mercato di cui è strumento e da cui dipende.

Non ha bisogno di una norma di riconoscimento che lo renda compatibile con il teorema di incompletezza di Gödel, esso è eteroposto dal mercato.

E allora si capisce perché il progetto di una costituzione per l'Europa è fallito: l'Europa non ha bisogno di una giustificazione che le consenta di affermare la propria superiorità senza uscire dal sistema delle norme che la stessa pone. Questa giustificazione c'è già e sta ben fuori dal sistema, è la costruzione della pace attraverso il mercato comune, per chi ci crede, o l'affermazione delle libertà del mercato, come vogliono sostenere i teorici dell'ordoliberalismo⁹⁶.

Il potere costituente è morto, ma la Costituzione sopravvive come un limite all'arroganza del mercato, un limite forte quando fondato su valori costituzionali che si impongono per la loro forza intrinseca, ma anche fragile perché la forza vera della Costituzione erano i "partiti mondo" e questi non solo non esistono più ma non possono neppure più tornare.

⁹⁵ Dogliani definisce il potere costituente come il «potere che vuole orientare la storia, ma nello stesso tempo fermarla, per imprimere al futuro la fisionomia dell'oggi, eternizzandola» e che, perciò, si è estinto (M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1995, 13; Id., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 109).

⁹⁶ Vedi J. HIEN, *The rise and fall of ordoliberalism*, in *Socio economic review*, 3 aprile 2023.