

RELAZIONE INTRODUTTIVA*

LUIGI VENTURA

1. *Potere costituente – potere costituito*

Un potere costituente nasce in seguito ad un fatto che interrompe il funzionamento degli organi costituzionali, un blocco di sistema, ovvero una guerra, una rivoluzione o quant'altro renda completamente ineffettiva la Costituzione. Se si rompe la continuità dell'ordinamento ci sono le condizioni per l'affermarsi di un potere costituente che crei un nuovo ordine costituito e, di conseguenza, un nuovo ordinamento costituzionale che, in tesi, può non avere continuità con quello precedente. Fatti iurigeni, termine molto diffuso negli interventi dei costituenti.

Sono convinto che il potere di revisione costituzionale, a meno che non certifichi, *per tabulas* un avvenuto "colpo di Stato" (senza che sia necessario pensare a colonnelli o generali) possa solo procedere ad aggiustamenti per far meglio funzionare le istituzioni.

A parte il fatto che è il sistema politico a dover assicurare il funzionamento delle stesse. Non si tratta, come appare ovvio, di un fatto nominalistico. Si tratta di apprezzare concetti, dando loro il proprio nome. Perché io posso testimoniare che davanti ad elaborazioni di questo tipo, mi fu risposto: "vuol dire che la chiameremo con un altro nome" (l'assemblea costituente istituita con legge costituzionale). Risposi: chiamatela pure Filippo, ma fate senza di me.

Insomma, per onestà intellettuale, il potere costituente non può regolarmente e silenziosamente nascere dal potere costituito. E, nel caso italiano, come in quello degli ordinamenti ad esso omogenei, deve vivere la speranza che la Corte costituzionale tenga ferma la sua giurisprudenza sui principi costituzionali supremi, ritenuti non modificabili con procedimenti di revisione costituzionale. E siccome permane la mia diffidenza rispetto ad un auspicato allargamento dell'area dei diritti come corrispettivo di un allargamento di quella dei doveri, c'è sempre il timore di ritrovarci con una tavola di doveri allargata e quella dei diritti invece ristretta. In tale prospettiva, sarebbe bene anzi che, al di là delle rubriche e dei titoli del testo costituzionale, la Corte trovasse il modo di elencare i principi supremi per meglio garantirli.

È dimostrato, e tuttavia dimostrabile, che la Costituzione italiana è talmente moderna da poter divenire la Costituzione realmente effettiva di uno Stato sociale al passo con i tempi presenti e quelli futuri, che non ha bisogno, su quel piano, di apprendisti stregoni, di odontotecnici, e di quant'altro di leggiadro ci ha riservato la politica.

* Convegno annuale del "Gruppo di Pisa", *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, Catanzaro 8-9 giugno 2018.

Sarebbe una stagione di modernità se venisse attuata, come si attende da settanta anni. E dico subito che non accetterei mai che questa mia posizione fosse intesa come conservatrice, a meno che non si volesse sostenere che il progresso sia ossimoro di conservazione.

Per altri versi, la legittimità attiene alla sfera metagiuridica nel senso che la c.d. costituzione materiale o si colloca nella sfera del pregiuridico o, come credo, in quella del sociologico-politico.

La legalità attiene alla sfera giuridica e quindi alla Costituzione formale.

La costituzione materiale, semmai, attiene in Italia alla decisione costituente del 2 giugno 1946, con cui un popolo, attraverso il corpo elettorale, riafferma la propria unità e sceglie, per la prima volta a suffragio elettorale maschile e femminile, nella sua maggioranza, tra Repubblica e Monarchia ed elegge l'Assemblea costituente. Mi rendo conto di evocare la visione schmittiana, scevra tuttavia dalla teoria del sovrano d'eccezione che, in momenti di crisi, interviene per poi ritornare nell'ombra e liberata, per così dire, da tutte le tragiche suggestioni decisioniste.

Il paradosso è che il potere costituito, nonostante norme e principi della Costituzione, pretenda di farsi potere costituente. Non siamo in Francia con la sua storia che ha visto nel 1789 la sanguinosa Rivoluzione, i Giacobini e la formidabile influenza del pensiero di Jean Jacques Rousseau.

La Costituzione è intesa come un sistema dinamico e, pensando al fatto che da più parti si parla di Costituzione vivente, nasce il dubbio se in tale dimensione potrebbe essere utilizzato il concetto di *autopoiesis*, per darsi un'apparente ragione, naturalmente al livello teorico, della, personalmente riscontrata, incomprendimento di natura politica della differenza tra potere costituente e potere costituito, come si è detto. I Costituenti avevano come fine ultimo, non solo quello di modificare lo Stato, ma anche la realtà sociale, mentre la comunità politica stessa non può facilmente pretendere, in tesi, il contrario, se non altro a causa della rigidità della Costituzione, che addirittura qualche Autore (Mazziotti) non considerava una garanzia, in quanto il procedimento di cui all'art.138 è volto alla modifica della stessa. Quale è, dunque, l'ambiente su cui incide la Carta e con il quale essa interagisce? Credo fermamente che ci sia una distanza siderale tra Costituzione e sistema politico-sociale. Non sarebbero state altrimenti necessarie le migliaia di sentenze della Corte costituzionale, senza dire dei reiterati tentativi di riforme, abortiti perché la maggioranza del corpo elettorale non le ha accettate. Ma vien da chiedersi cosa sarebbe successo senza i limiti alla revisione e se, per altri versi, fosse previsto il *quorum* dei votanti come per il referendum abrogativo. Oltretutto è una mia convinzione che il Popolo, nella sua interezza, non conosce norme e principi costituzionali, come sa ciascuno di noi nella sua attività di insegnamento. Non si può essere ipocriti o reticenti su questo punto. La Costituzione, sia consentito dire, fa sistema con il corpo giudiziario, se e quando i giudici sollevano questioni di legittimità costituzionale, dopo aver tentato l'interpretazione adeguatrice, e con la Corte costituzionale, mentre il controllo del Capo dello Stato, non può che essere, per forza di cose, più defilato e in casi limite di leggi eversive, in cui è dovuto il diritto di resistenza.

Ed allora preferisco immaginare che la Costituzione sia un sistema (non certo chiuso) di legalità, anziché vederla "modificata" dalla realtà sociale, anche se solo in apparente contraddizione con quanto dirò in seguito. Tuttavia, ammetto volentieri di aver modificato la posizione giovanile, un po' giacobina, sulla centralità della Corte costituzionale, che rimane, fino a prova contraria, la "*bouche de la Constitution*".

Poi c'è la comunità dei costituzionalisti, della quale, mi pare ovvio, ma non così nella mente di taluni "riformatori", fanno parte gli Emeriti.

Non richiamerò, pertanto, Maturana e Varela (né l'utilizzo che dell'autoproduzione hanno fatto Zolo e Luhman, anche perché l'autoreferenzialità è, e deve essere, del tutto estranea al concetto di Costituzione) e mi sento di non contemplare alcuna possibilità seria di autoproduzione (e quindi di autoriproduzione), tanto più che, al di là di qualche sussulto, l'unità del popolo è semplicemente mitica, a causa di una evidente frammentazione dalla quale si "elevano" interessi personali e di gruppo ed a cagione della quale l'*idem sentire de republica* rimane un mito, quasi una figura retorica che mette in crisi persino la teoria istituzionistica dell'ordinamento giuridico di Santi Romano, che ricercava un "principio ordinatore", assieme al gruppo sociale e all'organizzazione (normazione, come dice Giannini). L'unità si verifica, su un solo versante, in questa fase politica,

nell'accettare promesse di dubbia realizzazione e costituzionalità, e nella paura dell'altro, solo in parte giustificata, ma propagandata persino come fosse un pericolo per la nostra civiltà. Si tratta, mi sembra, di una strumentalizzazione ideologica tra diritti dell'uomo e sicurezza; mentre tali processi andrebbero governati, con tutte le difficoltà connesse, ma, semplicemente, governati; non indulgendo su esigenze contrarie a criteri di umanità. Mi sbaglio, avendo a mente gli articoli 2 e 53 della Costituzione?

C'è qualcosa che con difficoltà si può dire in un ordinamento democratico, vale a dire che il Popolo non ha sempre ragione, cosa che, invece, ha brillantemente dimostrato Zagrebelsky allorché ricorda a noi tutti che il Popolo scelse di salvare Barabba e non Cristo.

Pertanto, si può dire che la Costituzione interagisce con il suo "ambiente" con la forza gerarchica che le è propria e poi con gli altri sottosistemi che essa "governa" come il corpo dei giudici, al di là dell'opera del sottosistema politico che tenta di modificarla, pur non potendo colpire il limite dei principi supremi e che ordinariamente la viola attraverso l'attività legislativa.

Capisco che in questo discorso il Popolo sovrano sta sullo sfondo; tuttavia desidero ricordare anzitutto a me stesso che la Costituzione, come tutte le Costituzioni liberali, rappresenta un limite al potere sovrano a chiunque esso spetti.

La mia convinzione è che l'*intent* del Costituente italiano fosse rivolto, nella redazione dell'art. 138, ad aggiustamenti della Costituzione formale e non a modificazioni totali o parziali della stessa. E per fortuna la Corte ha introdotto l'immodificabilità dei principi supremi, vera e propria supercostituzione. Ma tale gerarchia è frutto dell'elaborazione da parte della migliore dottrina, e anche dell'attività interpretativa della Corte stessa. Non vorrei, però, che un giorno la Corte cambiasse giurisprudenza (in forza di una non auspicabile composizione), poiché, come si è detto, anche la possibilità che fosse aperta una stagione di "miglioramento" degli stessi principi, se non altro per la differenza tra la visione politica dei Costituenti e quella attuale (sia per difetto di dottrina, sia per la verificabile pochezza politica) mettesse a repentaglio tutto con modifiche peggiorative. E, mentre è possibile una revisione dei congegni istituzionali sul versante della forma di governo, non bisogna dimenticare che si può creare uno iato tra ingegneria ed architettura, poiché i principi fondamentali si reggono sulle istituzioni della Repubblica ed allora va vista con estrema diffidenza ogni riforma che metta a rischio il principio della rappresentanza nel suo rapporto con la rappresentatività.

Per usare una metafora, trattare la Costituzione come palestra di esercitazione da parte di una maggioranza politica può ridurre la legge fondamentale ad una sorta di *chewing gum*, o, più nobilmente, all'antico zucchero filato. Si tratta di una pratica a suo modo eversiva, visto il dovere di fedeltà alla Repubblica, con i caratteri ad essa attribuiti dai Costituenti ed il relativo giuramento che investe il Capo dello Stato che mai dovrebbe avventurarsi in questi temi, poiché garante dell'Unità nazionale, ma anche della Costituzione alla quale abbia giurato fedeltà.

Insomma, è contrario ai principi già il fatto che il potere costituito si faccia costituente e, del resto, il popolo sovrano per ben due volte ha bloccato e respinto dei "frutti avvelenati" con una cinquantina di modifiche, costrette tutte, senza alcuna possibilità di scelta, ad un sì o ad un no. Non si può sottoporre al Popolo un libretto copioso di righe più di quelle della stessa Costituzione

Se poi la legislazione, già di per sé, fosse concretizzazione della c.d. costituzione materiale, si sarebbe di fronte ad una concreta prevalenza certificata e secondo legalità costituzionale operata dalla Corte, tutte le volte che essa ricorra a migliaia di sentenze, ed in particolare a quelle di accoglimento, e fra tutte a quelle additive. Non vi è dubbio, altresì, che reiterate dichiarazioni di illegittimità (o anche una sola dichiarazione di illegittimità) che facciano emergere in modo eclatante la contrarietà alla Costituzione dell'indirizzo politico del raccordo Governo - maggioranza, possano innescare, come si è sostenuto in passato, anche un atto di scioglimento da parte del Capo dello Stato che abbia la natura di sanzione costituzionale. Capo dello Stato che dovrebbe essere molto attento sul tema dei cambiamenti della Costituzione, si ribadisce qui, alla quale ha giurato fedeltà.

Se ciò è vero, come del resto è vero, la c.d. costituzione materiale, l'indirizzo politico della maggioranza e gli atti legislativi conseguenti sono e devono essere subordinati alla Costituzione formale che, come affermato a chiare lettere da Martines, in caso di contrasto, deve prevalere.

Ma, ferma restando, e per fortuna, la competenza della Corte costituzionale, anche se difficile da attivare, la storia dell'ultimo trentennio dimostra che è il corpo elettorale a far prevalere la Costituzione formale, visto che le riforme proposte, evidente frutto della c.d. costituzione materiale (e delle consustanziali forze politiche maggioritarie, con quel complesso di fini che esse perseguono), di natura, al massimo concedendo, metagiuridica ma, sarebbe più appropriato dire, politica, con carattere chiaramente metaforico. Se dunque, espressione di tutto quanto si possa attribuire alla costituzione materiale, in forza di proposte di una maggioranza tradizionalmente composta che si propone di modificare la Costituzione formale, respinta dal corpo elettorale che fa prevalere quest'ultima, prende concretezza un dover essere perentorio, auspicato come si diceva da Martines.

Tutto questo dimostra che ineffettiva o "invalida" che sia la costituzione materiale, essa è una superfetazione sovrastrutturale.

Ma occorre dire di più: la costituzione materiale è servita a legittimare la creazione/individuazione di regole non scritte e non conosciute, in violazione della Costituzione come ad esempio le convenzioni costituzionali, su cui in passato ho riservato la mia attenzione tombale. E tuttavia, *in apicibus*, dinanzi alla Camera, si afferma di aver travolto, nella formazione del governo che ha risolto l'ultima crisi politico-istituzionale, le convenzioni preesistenti, che secondo me non esistono, confondendole con la prassi. Non farebbe male, a chi si propone di governare il Paese, approfondire taluni istituti e concetti, al di là di "contratti". Se poi fosse provato ciò che emerge dalle intercettazioni pubblicate dagli organi di informazione (La Stampa, in particolare del 15 giugno 2018, p. 2) poche ore dopo la lettura di questa relazione, vale a dire che la formazione del Governo e la scelta del Premier sia opera di un "immobiliarista" e di un avvocato genovese, dapprima consulente della sindaca di Roma e poi presidente (ora dimissionario) dell'ACEA, arrestati per lo scandalo delle tangenti romane (La Stampa, 18 giugno 2018, p. 7), sarebbero stati travolti la Costituzione e le competenze del Capo dello Stato.

Si è avuto l'ardire di invocare l'*impeachment*, che non c'entra nulla con l'ordinamento italiano nel quale i reati presidenziali (alto tradimento ed attentato alla Costituzione) sono di natura gravissima. Ed è già grave che tali attacchi non abbiano conseguenze legali a garanzia e protezione, tra l'altro, di quel galantuomo del Presidente Mattarella, forse soltanto fin troppo paziente.

La categoria della costituzione materiale è stata elaborata e soprattutto ripetuta da una dottrina autoreferenziale che, tuttavia, dava l'illusione dell'esistenza di norme più cogenti di quelle della Costituzione formale. Ma questo ruolo usurpato la dottrina non ce l'ha più. Essa è nuda e può celebrare questa categoria come strumento di auto legittimazione presso il potente di turno.

E se a taluno, qui o fuori di qui, venisse in mente di assegnarmi l'etichetta di positivista, di formalista un po' kelseniano, egli sappia che per me sarebbe una medaglia al valor civile e, siccome mi sento un costituzionalista militante, anche al valor militare.

I diritti ed i principi fondamentali in tanto sono tali, in quanto posti in Costituzione. Non posso dimenticare l'insegnamento per il quale il formalismo è garanzia dei diritti, delle libertà e del pluralismo (A. Falzea). Il resto è noiosa opera di fantasia. Ma, tuttavia, non mi appartengono illusioni ottimistiche: continueranno (non certo in questa sede, sia chiaro) ad essere confezionati "temini", come li definiva Massimo Severo Giannini (Messina 1980), nei quali si ricorrerà alla "tricolore" multipla, carpiata e rovesciata, con relative subordinate, che l'antico studioso, che è in me, non capirà, poiché, in genere si scopre l'ovvio, con molta sicumera disarmante, pur mascherata da falsa modestia. Per altri versi, la mediocrità spesso viene dissimulata con l'assertività.

I fini, gli scopi che le maggioranze governanti (dominanti?) ed i governi devono perseguire sono indicati in Costituzione ed alle forze politiche è demandato il compito di scegliere le modalità con le quali perseguirli. Ma c'è in campo anche l'ipotesi, pur limitata, che la Corte costituzionale giudichi inadeguate allo scopo, da ogni punto di vista possibile, tali modalità e commini la sanzione dell'annullamento per irragionevolezza in sé per sé. In sostanza, le forze politiche possono e devono perseguire i fini, i valori, i principi indicati nella Costituzione nella maniera più adeguata, o comunque adeguata, secondo il canone della ragionevolezza.

Non mi sfugge che lo Stato è un Ente a fini generali, che cioè può perseguire i fini che ritiene, anche se non trovati in via interpretativa dalla Costituzione, scopi che tuttavia non si pongano in contrasto con quelli positivizzati nella Carta fondamentale, l'unica cogente e garantita e che, oltretutto, sono suscettibili di essere valutati secondo il sopracitato principio di adeguatezza.

2. Legalità-legittimità

Mi sono imbattuto nel rapporto legalità-legittimità quando negli anni ottanta, trattando del dovere di fedeltà, ho anche utilizzato quel dovere come strumento o chiave di lettura per comprendere appieno e distinguere nel dilemma tra i due concetti e per stabilire, come parametro personale, il reale valore, come potrà vedersi in seguito, della dicotomia Costituzione formale - costituzione materiale e la reale portata di quest'ultima attraverso il metodo induttivo, che mettesse in gioco il fondamento di quello come di altri doveri, nonché, ovviamente, dei diritti. Era il tempo in cui la lontananza geopolitica dal centro dell'impero costringeva (può dirsi per fortuna) i giovani studiosi di allora, delle lontane province, ad occuparsi di teoria generale. Come è noto, si era nel pleistocene, non c'erano computer, non c'era internet e soprattutto non c'era *wikipedia* che poi, nella confusione generale dei tempi moderni e nella relativa disattenzione, farà la fortuna (?) di qualche giovane studioso. Intere generazioni di giovani, magari maltrattati ingiustamente ed ingiustificatamente, nei concorsi, avevano a disposizione le proprie capacità, lo studio e l'Olivetti 44, con relativa scorta di carta-carbone, oltre ovviamente la cura intransigente ma affettuosa del proprio Maestro. E tutto questo, pur nella modernità degli strumenti e delle idee, si ripete, forse a cagione dell'*imprinting*, nella comunità dei costituzionalisti e dei giuspubblicisti dell'U.M.G., che si cimentano ancora su temi di teoria generale e su argomenti di antica e nuova difficoltà.

Come che sia, mi confrontai con tesi per le quali l'obbligo di fedeltà, nozione molto lata, presuppone necessariamente altre norme per concretizzarsi, constatando come la mancanza di autonomia del dovere sia un dato costante delle varie posizioni dottrinali, negandosi l'esistenza di un obbligo giuridico che abbia come contenuto la fedeltà. Ciò perché, sotto il profilo giuridico, la fedeltà si identifica con «l'obbligo generale di obbedire all'ordinamento giuridico» (KELSEN).

Altre tesi, pur postulando l'autonomia e la giuridicità del dovere di fedeltà, si collegano alla violazione di leggi ordinarie, che sostanzierebbero ed attuerebbero il dovere di cui all'art. 54.

In presenza di una Costituzione rigida, il principio di legalità investe anche l'attività legislativa che deve essere conforme a Costituzione. Può dirsi inoltre che non è qui accolto altro principio di «legittimità» che non si identifichi con la legittimità costituzionale (PIERANDREI, ZAGREBELSKY), con la conseguente subordinazione della legge alla Costituzione e la relativa invalidità delle norme incostituzionali; ad una Costituzione che è fondamento della legittimità dell'ordinamento giuridico ed in cui il potere sovrano trova la propria legittimazione nell'imputazione al popolo della titolarità e del suo esercizio. Si respinge, pertanto, qualsiasi collegamento del «principio di legittimità» con il diritto naturale, o con principi di natura metagiuridica, i quali non possono non rimanere, per l'appunto, nel campo del metagiuridico e non possono costituire né il fondamento della legittimità dell'ordinamento o del potere, né il contenuto del dovere di fedeltà. E nell'ipotesi in cui essi fossero stati recepiti dalla Costituzione, il fondamento della legittimità, o il contenuto di quel dovere, sarebbero ovviamente rinvenuti in principi *divenuti* costituzionali.

La dottrina più avveduta seguiva l'impostazione schmittiana sul problema della legalità, con l'identificazione di legalità e legittimità, di modo che “chiunque detenga o comunque conquisti una maggioranza politica anche minima, per questo solo vede giustificato il potere esercitato, considerandosi legittimo *dominus* dell'apparato statale, fino al limite di estromettere dalla legalità, che diventa allora la *sua* legalità, gli oppositori” (LOMBARDI, che riprende le tesi di SCHMITT). Si affermava ciò in dichiarata polemica con la teoria normativistica e con le conseguenze che essa avrebbe imposto nell'apprezzamento del principio di legalità. Ma appare riduttivo ricondurre il normativi-

simo al quadro disegnato da Schmitt, così come può essere fuorviante ricondurvi il principio di legalità, come va ad esempio inteso nel nostro ordinamento.

La critica alle teorie normativistiche andrebbe semmai condotta in rapporto a sistemi democratico-pluralistici, retti da costituzioni che non regolano soltanto le procedure di formazione del diritto, ma esprimono valori e principi cui l'attività legislativa deve uniformarsi.

Secondo Schmitt, «la definizione normativistica di un sistema chiuso di legalità entra in contrapposizione vistosa ed inevitabile con la legittimità di una volontà realmente esistente e conforme al diritto» (SCHMITT). Ciò in quanto si ha una visione del potere legislativo, del «legislatore» e della «procedura legislativa da lui manipolata», come «l'ultimo custode di ogni diritto, l'ultimo garante dell'ordine costituito, l'ultima fonte di ogni legalità, l'ultima sicurezza e l'ultima difesa contro il torto» (SCHMITT). Esso poi dispone dei diritti fondamentali garantiti nella Costituzione, sui quali può intervenire a sua discrezione (SCHMITT).

Qualunque definizione, tuttavia, si voglia dare del principio di legalità, ad esempio nel nostro sistema costituzionale, sia che lo si intenda identificare con un astratto principio di legittimità o lo si voglia subordinare a quest'ultimo, sia che si voglia racchiudere i due concetti, di legalità e legittimità, in quello di legittimità costituzionale, esso sarà comunque diverso dal principio di legalità identificato nel c.d. Stato legislativo, in cui «il legislatore fa ciò che vuole; in ogni caso è sempre “legge” e costituisce sempre “diritto”», con una conseguente concezione della legalità come «neutrale, valutativa, aqualitativa, formalistica e funzionalistica in quanto priva di contenuto» (SCHMITT).

Può suscitare qualche perplessità anche la valutazione, sempre schmittiana, per la quale soltanto in una società omogenea è possibile la identificazione della legge con la volontà popolare, cioè con la volontà della contingente maggioranza dei cittadini titolari del diritto di voto, perché per omogeneità si intende «una sostanziale omogeneità di tutto il popolo», nel presupposto che, «in forza dell'appartenenza al medesimo popolo, tutti vogliono, sostanzialmente, la stessa cosa nello stesso modo» (SCHMITT). Venendo meno tale omogeneità cesserebbe «l'identità democratica» tra governanti e governati e conseguentemente si avrebbe una maggioranza al potere e una minoranza costretta a «ubbidire» (SCHMITT). Essendo tale identificazione una caratteristica della democrazia parlamentare, occorre rilevare come quest'ultima per definizione si contrapporrebbe «alla pretesa di controllo giurisdizionale delle leggi» affatto conciliabile con lo «Stato legislativo parlamentare» (SCHMITT), il quale tra l'altro presupporrebbe una costituzione scritta contenente norme di tipo organizzatorio e procedurale (SCHMITT) e che riserva solo al legislatore ordinario il «monopolio» della produzione di norme giuridiche (SCHMITT), con la identificazione dello Stato come unico creatore di diritto e la negazione di ogni pluralità di fonti normative e di ordinamenti.

È questa una visione storicamente datata, che racchiude la democrazia in non adeguati schemi parlamentaristici, con il rifiuto di qualsiasi forma di pluralismo sociale e istituzionale, probabilmente alla luce del fallimento della esperienza della Costituzione di Weimar, e sul piano teorico finalizzata anche a soluzioni di tipo autoritario.

D'altra parte ci si può chiedere in quale tipo di Stato sia esistito un «popolo» tanto omogeneo da rendere possibile la mitica «identificazione» di governanti e governati, se si pensa che nello stesso stato «monoclasse» (GIANNINI) la identificazione tra popolo-classe dominante e governanti era teoricamente possibile proprio perché le altre classi erano estromesse dal «popolo».

E ci si può chiedere se, applicando gli schemi schmittiani, in fondo antidemocratici, a regimi di democrazia contemporanei, si possa immaginare un rapporto talmente antagonistico tra maggioranza legale e minoranza che, rassicurata dalla concessione di eguali «chances» per divenire a sua volta maggioranza, resti così passiva da farsi «estromettere dalla legalità», perché priva di qualsiasi altro strumento legale per canalizzare il dissenso.

Per altri versi, si afferma criticamente (PASSERIN D'ENTREVES) che nei regimi democratici, da parte di alcuni giuristi, si dà al principio costituzionale dell'appartenenza della sovranità al popolo un valore soltanto politico, in quanto «giuridicamente corretta» sarebbe da essi ritenuta la sovranità dello Stato. Però pare qui indiscutibile la reale portata giuridica dell'art. 1 della nostra Costituzione, nonché dell'intero impianto democratico che caratterizza il tipo di Stato prefigurato dal costituente,

la cui legittimazione poggia sul principio democratico della sovranità popolare non solo perché in un certo modo si esprime una norma della Costituzione, ma in quanto emerge la realtà di un ordinamento costituzionale che dà ampio sviluppo a quel principio e che, pur sostanzialmente rappresentativo, compiutamente introduce forme sostanziali di democrazia, anche con l'adozione di istituti di democrazia diretta e di democrazia pluralista.

Sia il problema del potere ingiusto o tirannico, sia il problema connesso del diritto di resistenza sarebbero considerati di carattere metagiuridico (PASSERIN D'ENTREVES); in realtà, nel nostro attuale sistema costituzionale il problema del potere ingiusto o tirannico non può essere visto che in riferimento ad un potere in altri termini eversivo della Costituzione.

La legittimità è la condizione della «autorità», è il segno «più» aggiunto al potere, alla forza che lo Stato esercita «in nome della legge» (PASSERIN D'ENTREVES); ma tale legittimità va rinvenuta nella Costituzione che disciplina le forme di esercizio del potere e che subordina a se stessa la legge. Ed il relativo problema della resistenza collettiva, sganciato da motivazioni metagiuridiche, può essere risolto con la sua identificazione di strumento di garanzia della Costituzione e dei soli principi e valori in essa contenuti.

Ecco perché, se si riconosce (PASSERIN D'ENTREVES) che il principio di legalità «è intimamente legato alla moderna concezione dello Stato come Stato costituzionale» e si prende atto della trasformazione del concetto astratto di «supremazia della legge» in istituti di garanzia costituzionale (PASSERIN D'ENTREVES), non pare conseguente il dubbio «se la legalità da sola possa costituire un sufficiente criterio di legittimazione dello Stato» in quanto la legalità è «insita nella nozione stessa del potere come “forza esercitata in nome della legge”» (PASSERIN D'ENTREVES).

Nei sistemi a costituzione rigida, il concetto di legalità non può che essere inteso come legalità costituzionale, se la stessa legge deve essere conforme alla Costituzione e se esiste una serie di garanzie atte a rendere effettivo questo principio.

Il potere si esercita nelle forme stabilite dalla Costituzione e per la realizzazione dei fini indicati dalla stessa e lo si esercita in quanto legittimato dal consenso popolare.

Sempre volendo utilizzare l'espressione «principio di legalità», se si sostiene che, affinché assolva il compito un tempo affidato al «principio di legittimità», occorre «che con esso si indichi non soltanto la struttura formale del potere, ma anche il suo contenuto», essendo necessario che si dica «di quale legalità si tratta» (PASSERIN D'ENTREVES), si può rispondere che trattasi della legalità costituzionale, cui il «potere» deve attenersi non solo per le procedure di esercizio, ma anche per il contenuto delle stesse scelte politiche.

Diversamente, si disconoscerebbe la stessa incidenza che, in applicazione di questo principio, l'organo di giustizia costituzionale ha avuto (PASSERIN D'ENTREVES). Il principio di legalità non impone soltanto la correttezza formale delle norme e delle decisioni, ma la loro conformità a determinati «valori», divenuti principi, positivizzati nella Costituzione.

In definitiva, si può accogliere la tesi (CRISAFULLI) che accredita come distinzione «meramente convenzionale e di comodo» quella tra legalità e legittimità e ne riconosce l'utilità al solo scopo di distinguere una «conformità» a norme che pongono «limiti sostanziali di oggetto e di contenuto»; fermo restando, però, come il concetto di legittimità sia onnicomprensivo (CRISAFULLI). È questa l'idea di legittimità che non si può non accogliere, senza la necessità di ricorrere a distinzioni tra «legittimazione giuridica» e «legittimazione morale» del potere.

È indispensabile il recupero della legalità, “in quanto legalità costituzionale”.

3. Costituzione formale e costituzione materiale (ancora sotto forma di rapporto, che appare antagonistico, tra legalità e legittimità)

Analogamente si è utilizzato come una sorta (sia detto impropriamente) di *tertium comparationis* il tema della fedeltà per il rapporto Costituzione formale e costituzione materiale. Partendo dalla tesi per cui, in un sistema fondato sulla legalità non trova luogo il dovere di fedeltà distinto,

sia sotto il profilo normativo, sia sotto quello concettuale, dal dovere di osservanza delle leggi. Nell'ottica di una teoria normativistica, per cui la fedeltà è il dovere del suddito nei confronti del sovrano, correlativo alla protezione ricevuta (KELSEN), poiché si sostanzia nell'obbligo generale di obbedienza all'ordinamento (KELSEN), viene meno il carattere giuridico del dovere di fedeltà, che assume natura metagiuridica. La conseguenza della perdita di efficacia normativa di quel dovere discenderebbe dalla concezione dell'ordinamento come un sistema chiuso di legalità, che porta all'equazione legge-diritto ed alla legalità stessa come fondamento della «coazione statale», «per cui ogni autorità o comando, al vertice dell'azione dello Stato viene assorbito nel concetto di legalità».

Si rinviene, quindi, il correttivo della descritta situazione che si determinerebbe con la identificazione di legalità e legittimità, nella creazione di una «sorta di *superlegalità* di tipo costituzionale» che si ha con l'adozione di una costituzione rigida e con la individuazione tra i principi costituzionali di «taluni orientamenti di fondo», la cui modificazione è sottratta non solo al legislatore ordinario, ma anche al titolare del potere di revisione costituzionale (LOMBARDI). Alcuni valori, di conseguenza, sono individuati come «fini permanenti dello Stato, tali da limitarlo al momento stesso in cui si atteggiavano quale ragione della sua legittimità». Ed intorno a questi valori «la Costituzione tende a polarizzare, con gli strumenti normativi che le sono propri, un minimo di omogeneità da parte delle forze politiche e dei gruppi sociali, promuovendo, con mezzi giuridici, quella coesione che ormai, come dato di fatto, è tramontata nella sua struttura sociale» (LOMBARDI). In questo quadro, si dovrebbe riconoscere l'essenzialità di quel dovere in ragione della presenza di quei valori sui quali si basa la «legittimità dello Stato». Ed il fondamento della legittimità nell'ordinamento costituzionale italiano è rinvenuto (LOMBARDI) in quei principi che costituiscono un limite assoluto alla revisione costituzionale e, in particolare, nel principio che scaturisce dall'art. 139 Cost., in collegamento con l'art. 1 e con l'art. 2 Cost. Mentre quindi il dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi si collegherebbe al principio di legalità, il dovere di fedeltà, che ne rappresenta il «presupposto normativo», viceversa, si collegherebbe a quello di legittimità che si sostanzia autonomamente in quei principi «derivanti dal combinato operare degli artt. 139, 1, 2 Cost.», cui è subordinata la stessa legalità costituzionale.

Di conseguenza, mentre l'osservanza va logicamente collegata a norme giuridiche, «la fedeltà si riporta ai valori istituzionalmente desumibili dalla costituzione, ma da essa distinti nella misura in cui risulta nel suo profilo formale». Si afferma, pertanto, che «oggetto della fedeltà è il contenuto materiale di una certa costituzione, assunto come sua ragione legittimatrice, mentre oggetto dell'osservanza sono le norme di un testo costituzionale, nella loro portata di fonte di validità di quell'ordinamento, oltre alle altre norme dell'ordinamento, collegate alla dimensione *ordinaria* della legalità» (LOMBARDI). Tuttavia, suscita perplessità il fondare il contenuto autonomo del concetto di fedeltà su valori che sono «desumibili» dalla Costituzione ma che si distinguono dalla Costituzione stessa, vista nel suo profilo formale, perché individuati come «contenuto materiale» della stessa. Se da un lato si incardina il dovere di fedeltà alla Repubblica ad alcunché di desumibile dalla Costituzione, il che lascerebbe un margine di discrezionalità politica non di poco conto a chi dovesse decidere se un dato comportamento violi il dovere di fedeltà, in quanto può sempre essere discutibile la scelta dei valori che vanno desunti dalla Costituzione, tuttavia, se nella concettualizzazione del termine «Repubblica» si fa riferimento agli artt. 139, 1, 2, si richiama, e non potrebbe essere in realtà altrimenti, il dato formale.

L'osservanza della Costituzione avrebbe come punto di riferimento la costituzione formale, mentre per osservare quel «contenuto materiale», quei principi fondamentali che stanno a fondamento della stessa Costituzione, ed in definitiva la parte immodificabile della stessa che quei principi fondamentali contiene, si adempie ad un altro dovere, quello di fedeltà.

Emerge d'altro canto il concetto di supercostituzione, che non può che consistere in quelle norme della Costituzione ineliminabili attraverso un procedimento di revisione costituzionale, poiché altri concetti, altri valori pur desumibili dalla Costituzione non possono costituire parametro

certo per il cittadino, cui si chiede di adempiere ad un dovere giuridico, a causa della loro indeterminatezza e spesso della loro natura metagiuridica.

Per quanto riguarda i contenuti di tale “supercostituzione”, sembra di poter aderire alla tesi (RESCIGNO, MORTATI) che, analizzando il concetto di “inviolabilità” dei diritti di libertà, ne dà il significato di non eliminabilità, neanche attraverso una legge di revisione costituzionale, poiché sono diritti «considerati così importanti ed essenziali che una loro abolizione costituirebbe alterazione qualitativa dell’ordinamento repubblicano e il suo sovvertimento». Difatti, il termine “inviolabile” è riferito a tutti i diritti di libertà «perché essi sono essenziali allo Stato democratico voluto dalla Costituzione; una loro eliminazione non sarebbe modificazione di questo ordinamento repubblicano, ma sua distruzione (e quindi evento per definizione non legale, ma extraistituzionale)». Più che un contenuto materiale, distinto dal dato formale, si possono considerare quelle norme della costituzione formale, la sola che può imporre doveri e porre e garantire diritti, non eliminabili, che danno contenuto e maggiore vigore normativo ai principi fondamentali che scaturiscono dagli artt. 1 e 2.

Si vuole sin da ora vincolare questo concetto di supercostituzione alla costituzione formale e, se si vuole, a quella parte di essa non eliminabile con procedimenti legali, che traccia in modo chiaro le caratteristiche essenziali della Repubblica voluta dal Costituente.

Un diverso concetto di supercostituzione può finire con l’essere determinato da un punto di vista ideologico, ma può anche costituire una elaborazione di parte ad uso e consumo della ideologia e della pratica delle forze dominanti per stravolgere la Costituzione stessa, per disattenderla o per applicarla in parte e in modo difforme dal contenuto di quel patto costituente che l’ha generata.

Si possono al riguardo richiamare le obiezioni (CRISAFULLI) alla concezione schmittiana di una «vera» costituzione condizionante l’intero ordinamento e che consisterebbe «in una entità sociologica pregiuridica, *sottostante* alla costituzione giuridico-positiva», che viene invece identificata nelle «leggi costituzionali» e quindi alla teorizzazione di una costituzione materiale, la quale è «*concreta decisione* del titolare storicamente reale del potere costituente», con la conseguente modificabilità delle disposizioni costituzionali che rilevano all’esperienza del giurista, mentre «legalmente immutabile» è «la costituzione *come tutto*» nonché «quel che strettamente inerisce al contenuto della decisione politica: dalla forma di stato e di governo ai “diritti fondamentali” ... sempre necessariamente parte integrante della decisione politica che sta alla base degli ordinamenti». A tale costruzione si è magistralmente obiettato che «finché la decisione originaria si riguarda come il presupposto *storico* di un ordinamento, siamo *fuori* e prima della costituzione e non c’è ragione di designarla con questo nome; se, invece, la si riguardi in quanto tradottasi in ordinamento giuridico non potrà dirsi sprovvista di valore normativo, ma sarà proprio, allora, la costituzione o parte della costituzione giuridica (in senso materiale)». Affermazione che va letta alla luce della premessa circa la relatività di ogni distinzione tra «principi e norme particolari» e «principi più o meno generali», che si fonda su un «giudizio di valore», per cui, in un determinato momento, taluni principi vengono identificati come «supremi o fondamentali» sulla base di un «apprezzamento storicamente condizionato e subiettivo, anche se non proprio *arbitrario*». Dal che si conclude per l’impossibilità di una «definizione logica» ed assoluta della costituzione in senso sostanziale, che rimane «un concetto unicamente politico» (CRISAFULLI). Sulla stessa linea critica altri autori (BALLADORE PALLIERI), partendo dal presupposto dell’esistenza di un’unica Costituzione, quella positiva, con la conseguente negazione del carattere giuridico della costituzione materiale. Alle tesi che postulano l’esistenza di taluni «principi politici» sovraordinati rispetto alla «costituzione positiva» si obietta esattamente che «sono costruiti in modo così soggettivo ed arbitrario da chiedersi ... come si sia potuto sostenere che servano a qualcosa per una indagine qualsiasi e per quella giuridica in specie». Rispetto a principi espressi nella Costituzione formale o che comunque da essa possano essere desunti, si è di fronte «alla pura indagine giuridica», che non può avere che per oggetto la Costituzione formale.

Si può certamente dire che i fatti della costituzione materiale non sono estranei a un’indagine sulle norme della Costituzione formale o positiva. Resta la considerazione del necessario riferimento alla Costituzione formale, se si vuole, in quanto abbia recepito valori e principi della costituzione materiale; e sempre ad essa vanno riferiti i valori e i principi che possono essere «desunti», che non

vanno e non possono essere considerati come qualcosa di distinto dalla costituzione formale del cui contenuto fanno parte.

Sono in altri termini le norme, i principi, i valori della Costituzione formale, individuati o desunti, i soli che possono emergere. Assume rilievo anche il problema (CRISAFULLI) dell'esistenza di parti della costituzione «(materialmente intesa)», delle quali non è possibile un mutamento «legale» e che costituiscono un limite assoluto alla revisione costituzionale, problema che viene esattamente ricondotto a quello dell'individuazione di una "supercostituzione" intesa «come nucleo originario, irreducibile e assolutamente condizionante dell'intero ordinamento statale» e che costituirebbe la «"costituzione materiale" in senso stretto e per antonomasia» (CRISAFULLI).

Se tale problema viene impostato sul piano del diritto positivo, riferendosi all'esistenza di limiti, anche impliciti, alla revisione della Costituzione «*in un ordinamento dato*», e dunque alla ricerca di quelle norme costituzionali che, espressamente o in ragione del loro contenuto, assumono una posizione di preminenza su altre norme, anch'esse parti della «costituzione in senso materiale più largamente intesa», non vi è ostacolo alla loro dichiarazione di immodificabilità da parte della Costituzione stessa e che si dia «*in astratto*» «valore giuridicamente vincolante» alle norme che la contengono (CRISAFULLI).

Si condivide in modo particolare l'impostazione per la quale (MARTINES), pur considerando decisivo il contributo di MORTATI alla elaborazione del concetto di costituzione materiale, non si ritiene sia provato il carattere giuridico della stessa; si accoglie la soluzione data al problema posto dalla pretesa (MORTATI, GALEOTTI) funzione di garanzia della costituzione materiale rispetto a quella formale e di conseguenza al problema di un eventuale conflitto tra Costituzione formale e costituzione materiale (MARTINES).

La costituzione materiale è il «presupposto ultimo» della Costituzione formale, lo «stadio che immediatamente precede la normazione», visto che compito delle forze politiche è proprio quello di trasformare la realtà sociale in realtà giuridica. Di conseguenza la Costituzione formale ha la funzione di garantire la costituzione materiale, perché ne assume il contenuto (MARTINES) sicché in caso di frattura tra Costituzione formale e costituzione materiale «la prevalenza spetterà alla prima, come alla sola formalmente giuridica, che (*sia pure svuotata di ogni contenuto*) continuerà ad essere valida in quanto appartenente all'ordinamento sino a quando dall'ordinamento stesso non sarà eliminata».

Se è la Costituzione formale, assumendo il contenuto di quella materiale, a garantirla, dandole i caratteri della stabilità e della certezza, contro le violazioni possibili da parte di soggetti ed organi che hanno il compito di interpretarla, di osservarla e di applicarla (MARTINES), se ne trae la corretta conseguenza per la quale, con riferimento ai doveri costituzionali, non può che essere la Costituzione formale ad assumere rilievo. Lo stesso dicasi per i diritti fondamentali che solo la Carta può, come si diceva dianzi, porre e garantire, anche in presenza di un apparato legislativo che li limiti o li violi.

Ma se la Costituzione formale e quella materiale divergono, in mancanza di una normativizzazione dei valori fondamentali, si lascerebbe all'arbitrio di una interpretazione di carattere soggettivo la determinazione del contenuto di quei fini che diverrebbero parametro *incerto* di un *certo* dovere di fedeltà, stabilito peraltro da una norma della Costituzione formale nell'ipotesi obsoleta e non più vigente.

Certo, la forma di governo, quale è determinata dai rapporti di forze esistenti all'interno della costituzione materiale, può anche assumere in parte connotati diversi da quelli delineati nella Carta costituzionale. Ma, a parte talune considerazioni che potrebbero non conformarsi alla diffusa opinione che la costituzione materiale debba *sempre* prevalere sul dato formale (MARTINES), non pare corretto fondare, tra l'altro, un dovere di fedeltà dei cittadini alla forma di governo quale emerge dalla costituzione materiale. È quest'ultimo un concetto di indubbia natura dinamica, la cui effettiva percezione, riservata peraltro agli studiosi, può avvenire con un'indagine che parta dalla storicizzazione, per periodi lunghi, dei dati emergenti dalla realtà politica; ma che è sicuramente ignoto alla

quasi totalità dei cittadini, molto più di quanto possa essere la Costituzione formale, o taluni principi cardine, come la natura democratica dell'ordinamento costituzionale.

Tutti strumenti di cui si servono le maggioranze parlamentari e pertanto le forze dominanti della costituzione materiale (che, mi si lasci dire, appare in tutte le versioni possibili un concetto di matrice o natura autoritarie) per perseguire certi fini che potrebbero essere anche in profondo contrasto con la Costituzione formale.

In definitiva, considerando ancora una volta il dovere di fedeltà alla Repubblica, e portando alle estreme conseguenze tali argomentazioni, si finirebbe con l'identificarlo con il dovere di fedeltà ad un dato regime politico. Il che sarebbe inammissibile. Oggi più che mai, com'è facile intendere, anche perché il corpo elettorale per ben due volte di recente ha garantito l'integrità della Costituzione.

Infine, mai come in questo momento, è stato necessario che i costituzionalisti (*paleo, proto, vetero* o *neo* che siano) si pongano come guardiani della Costituzione e non come chierici pronti a servire, come che sia, i potenti politici e di turno. Un turno che spero ed immagino sia breve e transeunte. E, tuttavia, non mi pare di scorgere in campo "idee-forza", truppe credibili a sostegno e generali in grado di guidare le dinamiche politiche a difesa della Costituzione. Restano il Capo dello Stato e la Corte costituzionale.