

PRINCIPIO DI SOVRANITÀ E RIGIDITÀ DELLA COSTITUZIONE: DALLO STATUTO ALLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

1. Iniziamo da uno dei più noti saggi sullo Statuto: quello di Luigi Rossi inserito negli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, pubblicati nel 1940. Lo scritto è noto più che altro per quella che Rossi considerava una qualità dello Statuto, ovvero la sua *elasticità*¹. Secondo Rossi, era da considerarsi positivamente il fatto che in Italia non si fosse realizzata una Costituzione in senso razionalistico, sul modello della rivoluzione francese. Nel nostro Paese era piuttosto prevalso «il senso pratico italiano», che «avvicinandosi allo spirito costituzionale inglese, e in antitesi alle tendenze dottrinarie e demagogiche francesi, ha ottenuto un felice connubio della Costituzione rigidamente scritta col suo progressivo adattamento alle varie circostanze, connubio favorito appunto dal carattere della elasticità».

La elasticità non è dunque la flessibilità, intesa come libera modificabilità della Carta da parte del potere legislativo ordinario. Al contrario, la elasticità è una qualità che solo alcune Costituzioni rigide hanno, per essere esse state concepite in modo non «dottrinario», ovvero con la consapevolezza di dover lasciare spazio a successivi adeguamenti, sulla base di disposizioni volutamente all'insegna della «sobrietà e generalità», come Rossi scrive². Lo Statuto è dunque una Carta costituzionale rigida, in quanto scritta, in quanto sentita come tale nella «coscienza pubblica», ma è nello stesso tempo positivamente dotata del carattere della elasticità. Non è certo flessibile, ovvero liberamente modificabile, a causa del dato formale dell'assenza di una formale procedura di revisione. È questo un equivoco da dissipare. Se lo Statuto può essere modificato in Parlamento, non è perché si tratta di una Carta debole, liberamente modificabile da parte delle maggioranze politiche, ma perché in quel sistema il

¹ Luigi Rossi, *La "elasticità" dello Statuto italiano*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, 4 voll., Padova, Cedam, 1940, vol. I, pp. 25-43.

² Ivi, p. 28.

Parlamento ha il compito irrinunciabile di aggiornare la Carta ai tempi che mutano. È anzi proprio questa funzione, che il Parlamento svolge, a mantenere integra nel suo nucleo fondamentale la Carta, semplicemente adeguandola a esigenze nuove, che di volta in volta si manifestano.

Il ragionamento di Rossi presentava però una grave carenza. Nella sua ricostruzione mancava un'indicazione chiara sulla consistenza effettiva della rigidità della Carta, ovvero non si comprendeva in cosa consistesse il nucleo fondamentale dello Statuto sostanzialmente irrieducibile, aggiornabile ma non alterabile nella sua sostanza. Cosicché si era autorizzati a dubitare della elasticità come qualità. Senza quella indicazione, l'elasticità rischiava infatti di librarsi nel vuoto, di degradare, di essere associata alla assenza nello Statuto medesimo di un vero e proprio modello costituzionale, così da farne una Carta conciliabile con regimi politici molto diversi. Insomma, non l'elasticità come qualità, ma una sorta di vestito buono per tutte le stagioni.

Cinque anni più tardi, Massimo Severo Giannini, incaricato con Jemolo d'introdurre lo Statuto nell'ambito della collana promossa dal Ministero della Costituente, esprimerà questo concetto in modo piuttosto colorito: «Così lo Statuto è rimasto allo Stato italiano come certe illustri facciate, che nate a ornare dimore di signori, hanno mantenuto nei tempi la propria impassibile immobilità all'edificio divenuto via via fabbrica, abitazione di borghesi, e anche cinema o garage»³. Dunque, altro che elasticità come virtù, come qualità! Quello che secondo Giannini emerge dalla storia dello Stato italiano è la sostanziale irrilevanza dello Statuto, per l'appunto una mera facciata, priva di nessi significativi con la sostanza dei diversi regimi politici succedutesi nel tempo, da quello monarchico puro a quello più o meno perfettamente parlamentarizzato, fino allo stesso regime fascista.

La corrosiva critica di Giannini coglieva nel segno, per lo meno in parte, con riferimento soprattutto al fascismo e alla disinvoltura con cui il regime aveva potuto mutare l'ordine costituzionale, salvo poi recare omaggio, di tanto in tanto, alla facciata statutaria. Quella critica però aveva anch'essa il suo difetto, che era quello di finire per provare troppo: in effetti, se lo Statuto era così davvero per sua natura, se ne doveva dunque dedurre che il nostro Stato unitario non aveva mai avuto una vera legge

³ Arturo Carlo Jemolo - Massimo Severo Giannini, *Lo Statuto albertino*, Firenze, Sansoni 1946 («Testi e documenti costituzionali», 3, Collana promossa dal Ministero della Costituente), p. 45.

fondamentale? E ora che ci si apprestava a fare una nuova Costituzione, si doveva forse pensare che il punto di partenza era pari a zero, ovvero che si agiva presupponendo sostanzialmente l'assenza di una qualsivoglia tradizione costituzionale nazionale? Si doveva forse concludere che il nostro Paese non aveva avuto uno Stato liberale di diritto con la sua Carta costituzionale? In effetti, se il giudizio di Rossi rischiava di essere un po' troppo indulgente e autocelebrativo, quello di Giannini rischiava l'estremo opposto, di essere sommariamente liquidatorio. Conviene allora riprendere il discorso da capo, dal 1848.

2. Il testo che più ci può aiutare è il noto articolo di Cavour su «Il Risorgimento» del 10 marzo 1848⁴. Qui troviamo la radice prima del carattere elastico dello Statuto, da cui abbiamo preso le mosse. Ma vi troviamo anche quella indicazione chiara del nucleo fondamentale irriducibile dello Statuto che mancava nella ricostruzione di Rossi. Cavour si preoccupava di rintuzzare le critiche di quella parte dell'opinione pubblica liberale che aveva espresso sentimenti di delusione nei confronti dello Statuto, considerando la nuova Carta costituzionale troppo moderata, troppo legata all'antico principio monarchico. La stessa autoqualificazione dello Statuto nei termini di «Legge fondamentale, perpetua e irrevocabile della monarchia», contenuta nel Preambolo, non rassicurava certo per il futuro. Il monarca aveva forse inteso dire che quello era il limite estremo della sua concessione? E dunque che il processo di costituzionalizzazione, appena avviato, era già concluso? Con notevole abilità, Cavour rovescia l'argomentazione, e domanda: come si può pensare che si sia ipotecato il futuro, che la nazione abbia ceduto «l'indispensabile potere di modificare la sue forme politiche, a seconda delle nuove esigenze sociali»? Non può essere così, perché quel potere non è rinunciabile, è insito nella comunità politica.

C'è tuttavia anche per Cavour qualcosa d'irrevocabile, come dice il Preambolo: è «il patto destinato a stringere in modo indissolubile il popolo e il Re», come lo stesso Cavour scrive. Per questo motivo, popolo e Re, presenti insieme in Parlamento, anche attraverso lo Statuto stesso, che all'articolo terzo attribuiva l'esercizio del potere legislativo collettivamente al Re e alle Camere, potranno proprio in Parlamento modificare le clausole di quel patto, per adattare ai tempi nuovi. Non potranno

⁴ Riprodotto quasi integralmente in Fernanda Mazzanti Pepe, *Profilo istituzionale dello Stato italiano*, Roma, Carocci, 2004, p. 121 e segg.

no però farlo disgiuntamente, né tanto meno potranno rompere il patto medesimo. Ecco dunque l'elemento di rigidità che stavamo ricercando: l'evoluzione futura si dovrà contenere nei confini del perfezionamento del patto, e mai verso la sua negazione. E poiché ai sensi dell'articolo secondo la forma di governo è monarchico rappresentativa, nessuna evoluzione futura potrà dirigersi contro uno dei due poli del sistema, per far assumere alla monarchia un ruolo puramente simbolico da una parte, o per negare la rilevanza delle istituzioni rappresentative dall'altra parte. L'intento politico di Cavour è ben chiaro: garantire la Corona circa il suo ruolo nel sistema costituzionale, in modo che questo non prevedesse comunque evoluzioni in senso radicale e repubblicano, e nello stesso tempo garantire il movimento liberale circa il ruolo della rappresentanza politica, e circa la possibilità di un progresso graduale, pacifico perché condotto entro i confini dello Statuto.

Quella di Cavour non era la raffigurazione dello Statuto cara alla monarchia, che era arrivata allo Statuto da ultimo e per forza, concependo la Carta in modo secco come un atto di propria autorità, e non come il frutto di un patto. Era però la raffigurazione in prospettiva vincente, frutto di notevole lungimiranza politica, perché proponeva un tipo di patto in cui erano conciliati in modo adeguato gli interessi dei due contraenti. L'aspetto della rigidità garantiva infatti ciascuno dei due circa l'essenzialità del proprio ruolo, quello della elasticità garantiva la prospettiva di un'evoluzione moderata, comunque concordata tra le due parti. Ecco dunque l'origine, tutta politica, del carattere rigido, e nello stesso tempo elastico, dello Statuto⁵.

Sul piano prettamente storico, è altamente deformante prendere solo la coda di questa costruzione, ovvero la modificabilità dello Statuto in Parlamento, e concludere nel senso della flessibilità. È vero che già in Cavour è ammessa – come abbiamo visto – la modificabilità dello Statuto in Parlamento, ma il riferimento cade sulla cosiddetta “onnipotenza parlamentare” all'inglese, con la sua corposa radice medievale nel principio del *King in Parliament*, e dunque su una funzione che non è creativa di

⁵ Sullo Statuto come «Legge fondamentale, perpetua e irrevocabile della Monarchia», si rinvia a Maurizio Fioravanti, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in Id. (a cura di), *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 3 e segg., e alla letteratura ivi citata. Per un'analisi puntuale, si veda Romano Ferrari Zumbini, *Tra idealità e ideologia: il rinnovamento costituzionale nel Regno di Sardegna fra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Torino, Giappichelli, 2008.

“Costituzione” per via ordinaria, perché la Costituzione è storicamente data, ma rappresenta invece il rinnovamento e l’aggiornamento dell’antico patto tra popolo e monarchia. È in questi termini che Cavour pensava al futuro dello Statuto. Escludeva cioè che lo Statuto si riducesse a fonte ordinaria liberamente modificabile. Escludeva la flessibilità, in una parola. Ma patrocinava l’elasticità, ovvero il rinnovamento del patto in Parlamento, per adeguarlo ai tempi nuovi, e mantenere così integra la sua sostanza. In questo modo, s’indicavano implicitamente anche i punti di rottura, in entrambe le direzioni, quella neo-assolutistica da una parte, e quella radicale e repubblicana dall’altra. Il rafforzamento di uno dei due poli non avrebbe dunque mai, in nessun caso, dovuto condurre alla riduzione a ruolo formale dell’altro polo. La logica dell’elasticità impediva le soluzioni estreme, evitava i punti sui quali l’elastico avrebbe potuto rompersi. Ma c’è di più. In questo modo, nazione e monarchia venivano indissolubilmente legati. Insieme stavano e insieme cadevano. Sarà così anche a partire dal 1925, di fronte alla insorgenza del regime fascista.

3. Preme ora fare un altro piccolo passo avanti. Spostiamoci verso la fine del secolo, a metà degli anni Ottanta, quando ormai era già piuttosto diffusa la letteratura antiparlamentaristica, e in particolare la critica al governo parlamentare. Sul punto interviene, con un saggio pubblicato nel 1886, Vittorio Emanuele Orlando⁶. Se quello di Cavour era un intervento schiettamente politico, tutto alla ricerca di difficili equilibri da conseguire sotto l’ombrello dello Statuto, quello di Orlando è ora un discorso che pretende di essere puramente giuridico, costruito per opera della scienza giuridica. In particolare, Orlando vuole dirci quale sia il modello giuridico del governo parlamentare, espressione in senso oggettivo, naturale e necessario, non ideologicamente viziato, della comunità politica nazionale. Per arrivare a questo obiettivo, Orlando adopera una tecnica nota: individua due estremi logici e politici – quello neo-assolutistico e quello radicale – in quanto tali entrambi da ricusare, per poi costruire una “terza via”, quella che si pone come autenticamente giuridica. In questo senso, diciamo subito che Orlando raccoglie il testimone da Cavour, che pure costruiva la sua prospettiva politica – come abbiamo visto – sulla “terza via”, sulla ricusazione dei due estremi politici.

⁶ Vittorio Emanuele Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in Id., *Diritto pubblico generale*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 345 e segg.

Orlando, con gli strumenti del giurista, è ben più chiaro dello stesso Cavour nella indicazione di questa via. Da una parte, il primo estremo è dato dalla possibile confluenza della letteratura antiparlamentaristica in direzione di un certo modo d'intendere la parlamentarizzazione dei sistemi politici ancora corrente in Germania, nella linea di un'interpretazione chiusa e letterale dell'articolo 65 dello Statuto: «Il Re nomina e revoca i suoi ministri». Ritenere cioè che il governo debba sostanzialmente rimanere regio nella sua essenza, pur essendosi affermate prassi di vario genere tendenti a coinvolgere il Parlamento nella formazione del governo. Prassi che non possono però intaccare il nucleo fondamentale, di stampo regio, né possono tanto meno ergersi a "fondamento" del governo. È questo l'estremo neo-assolutistico, ricusato da Cavour come da Orlando.

Ma ciò che caratterizza in profondità questa linea di liberalismo politico e giuridico è la specularità del ragionamento verso l'altro estremo, quello radicale, che Orlando ravvisa in tutte quelle dottrine di stampo contrattualistico che hanno concorso a fare del legislativo una sorta di *summa potestas*, espressione della sovranità popolare, vera e propria forza creatrice di diritto. È evidente che in questa linea la maggioranza dell'assemblea, dotata di un vero e proprio *Mehrwert*, tende a divenire il fondamento esclusivo del governo, riducendo il monarca a un ruolo meramente notarile. Anche questa soluzione era da riconsiderare, perché anch'essa di stampo monistico, anch'essa fondata su un principio di sovranità di stampo politico: non più monarchico ma popolare.

E veniamo finalmente alla soluzione in positivo, alla soluzione giuridica. Essa si basa sull'idea del doppio fondamento del governo, monarchico e parlamentare. Se è vero che la costituzionalizzazione progrediente rende inattuale la soluzione del governo regio, è altrettanto vero che il governo non può essere mera e esclusiva proiezione di una maggioranza politica. È questo il senso dell'articolo quinto dello Statuto: «Al Re solo spetta il potere esecutivo». Che è come dire: il Re è indispensabile per evitare che il governo sia rappresentabile come il semplice comitato esecutivo della maggioranza politica, e dunque per trasformare quel governo in organo dello Stato, in potere esecutivo. In altre parole, grazie alla presenza del Re si evita che la maggioranza, dominante in un'assemblea che nella linea radicale è a sua volta ritenuta espressione necessaria del popolo sovrano, si senta legittimata, in quella veste, a dominare le istituzioni. È così che Orlando presenta la soluzione del doppio fondamento come "giuridica", nel senso di una soluzione che nega la dominazione di ogni principio politico, compreso il principio di maggioranza espressione del principio di sovranità popolare, che è ritenuto "politico" perché in-

cline a porsi, quasi per sua natura, in senso monistico, come fondamento esclusivo, non bilanciato.

Le argomentazioni di Orlando erano tutt'altro che peregrine. Erano in linea, ad esempio, con le riflessioni che erano state svolte da Constant, su un altro piano, circa la necessità del ben noto potere "neutro", o "preservatore", concepito per altro proprio per non lasciare il sistema costituzionale nel suo complesso in dominio delle maggioranze politiche, dei possibili abusi del legislativo e dell'esecutivo. Anche in Francia infatti, in particolare nell'età della Restaurazione, si era stati alla ricerca di una "terza via", che impedisse il ritorno indietro al legittimismo, ma anche salti in avanti, di stampo contrattualistico e radicale, in nome del principio di sovranità popolare. Si può dire anzi che questa sia la dimensione ideale e tipica del costituzionalismo liberale europeo del diciannovesimo secolo, che è dunque anche, nella sua parte prevalente, un costituzionalismo monarchico, nel senso che confida in un ruolo costituzionalmente delimitato, ma non di meno attivo, della Corona.

Lo Statuto, per parte sua, non fa eccezione ed è anzi pienamente inserito in questa dimensione europea⁷. Il ruolo attivo della monarchia, ribadito come necessità istituzionale dallo stesso Orlando, non è dunque da leggersi come formalizzazione di una sorta di anomalia nazionale, come un subalterno appoggiarsi alla monarchia per carenza di un chiaro e netto indirizzo politico nel Paese e in Parlamento, ma come espressione definita e consapevole di un carattere essenziale del costituzionalismo del diciannovesimo secolo, che non intende deliberatamente fondare il governo sulla base esclusiva del principio di maggioranza. Non per caso, la cultura costituzionale italiana di fine secolo – e lo stesso Orlando – ignorava del Paese madre del parlamentarismo, ovvero dell'Inghilterra, la ben nota trasformazione in direzione del governo del *Premier*, proprio perché quella nuova figura tendeva fatalmente a ridurre lo spazio costituzionale della monarchia, e si poneva nei termini di un accentramento – una sola e unica figura dominante in Parlamento e nel governo – sconosciuto al mondo liberale, che è un mondo all'insegna dell'equilibrio tra i poteri.

È dunque ingeneroso – per tornare alla opinione di Giannini riportata all'inizio – dipingere lo Statuto come un vestito buono per tutte le stagioni. Quella Carta costituzionale disegnava invece un perimetro pre-

⁷ Si vedano i saggi contenuti in *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, a cura di Anna Gianna Manca e Luigi Lacchè, Bologna, Il Mulino, 2003.

ciso, entro il quale gli attori politici e istituzionali avrebbero comunque dovuto svolgere la loro azione. Proprio al culmine dell'età liberale, nel 1914, scriverà Santi Romano nella sua sintesi dedicata al diritto pubblico italiano:

Noi riteniamo che lo Statuto sia effettivamente una legge superiore alle altre, non per la sua origine o perché emani da un'autorità superiore, ma per la sua natura, che si manifesta nella sua medesima intenzione, nella sua volontà di valere come tale⁸.

Non è dunque vero che l'età liberale si è consumata senza disporre di una propria legge fondamentale. È vero invece che nell'età del costituzionalismo liberale, dai primi decenni del diciannovesimo ai primi decenni del ventesimo, la superiorità della Costituzione è svincolata – come si legge implicitamente anche nella frase di Romano appena citata – dalla dimensione del potere costituente. Quella dimensione era stata abbandonata nella soffitta della Rivoluzione, in cui erano riposti i ferri vecchi, inutili e pericolosi, della fine del diciottesimo secolo. In età liberale, e dunque nell'Italia nell'età dello Statuto, la superiorità della Costituzione è data piuttosto dal fatto che in essa è trascritta la forma politica della nazione, che è monarchica e rappresentativa, perché così vuole la sua storia, e perché tale è di conseguenza il suo destino, che è scritto nel grande patto tra la monarchia e la nazione medesima. La sovranità non è dunque del popolo, e neppure dello Stato, ma della nazione e della sua Carta. È la sovranità della ragione, come diranno i dottrinari francesi, e di seguito anche i liberali italiani. È la sovranità della ragione contro ogni forma di arbitrio, sia esso monarchico o popolare, contro la tirannia di uno o di molti, contro la tirannia del numero.

C'è indubbiamente, alla base di una simile concezione, una visione elitaria della politica, c'è la prospettiva del governo dei migliori, che sono coloro che sanno interpretare la storia e i destini della nazione. Sono scelti con un suffragio ristretto, in collegi piccoli, con il metodo uninominale, per formare un Parlamento, che non a caso è descritto nella dottrina liberale – ben al di là delle più occasionali polemiche antiparlamentaristiche – come il luogo della ragione, della interpretazione e trascrizione in forma di legge del diritto della nazione. Da qui, la ben nota “onnipotenza parlamentare”. Non è un prepotere minaccioso, per il mondo liberale.

⁸ Santi Romano, *Diritto pubblico italiano* (1914), Milano, Giuffrè, 1988, p. 234.

È invece la potestà, che il Parlamento liberale deve avere, di rivedere la Carta costituzionale, non per stravolgerla, ma per aggiornarla, per farla vivere in sintonia con tempi nuovi, secondo quella concezione elastica della Costituzione che già conosciamo.

4. Questo mondo, in sé così ordinato, è però parzialmente in movimento già nei primi anni del Novecento. Lo testimonia il *Commento allo Statuto del Regno*, pubblicato nel 1909, che ci fornisce un quadro già in parte mutato⁹. Nella parte del *Commento* dedicata alle modificazioni dello Statuto è ben tangibile un travaglio in atto, una parziale ma tangibile presa di distanza dal dogma della "onnipotenza parlamentare", ovvero dalla concezione, di matrice britannica, a lungo dominante nel corso del diciannovesimo secolo, secondo cui la Costituzione è un patrimonio storico continuamente riletto e aggiornato dal Parlamento. Tutto questo è ora presentato come appartenente ad una fase storica che tende a concludersi, per lasciare spazio a problemi nuovi. Primo fra tutti quello dei limiti da porre al potere legislativo, da parte della Costituzione come legge superiore. Nella nuova sensibilità costituzionale del Novecento è infatti ormai sorto all'orizzonte «il timore di eccessi anche da parte del legislatore, col pensiero che anch'esso deve avere giusti limiti all'azione propria»; e la distinzione tra la Costituzione e le leggi ordinarie torna ora ad assumere in modo esplicito il significato di «un mettere limiti all'organo deputato a fare le leggi»¹⁰.

Il *Commento* segnala quindi una trasformazione in corso, dalla sovranità della Costituzione che già conosciamo, di matrice britannica, di stampo storico-politico, posta alla base della elasticità delle Carte costituzionali del diciannovesimo secolo, alla superiorità della Costituzione come *norma giuridica*, in quanto tale dotata di «una forza formale propria, che la renda inattaccabile non solo al decreto e alla sentenza, ma anche alla legge; non solo all'esecutivo e al giudiziario, ma anche al Parlamento. Una costituzione o è rigida o non è; o è modificabile soltanto con processi speciali che non siano alla quotidiana disposizione del legislativo, o cessa di essere una "legge" per quest'ultimo»¹¹. La grande novità non è la superiorità in sé della Costituzione, ma il fatto che nel

⁹ Francesco Racioppi - Ignazio Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, 3 voll., Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1909.

¹⁰ Ivi, vol. I, p. 191.

¹¹ Ivi, vol. I, p. 190.

sistema costituzionale si avverte ora l'esigenza di "una forza formale propria" della Costituzione medesima destinata ad imporsi, come superiore fonte di diritto, sulla legge ordinaria. In altre parole, la grande novità sta nel collegamento tra superiorità della Costituzione e controllo di costituzionalità, che finalmente appare all'orizzonte: «l'attribuire una maggiore forza formale alla costituzione è perfettamente inutile, se non si giunge poi ad ammettere un efficace controllo, un controllo schiettamente giuridico, sulla conformità sostanziale e formale delle leggi ordinarie ai limiti sostanziali e formali che si contengono nella legge suprema»¹².

Sullo sfondo, s'intravede la soluzione che il mondo liberale aveva sempre escluso: affidare al giudiziario, nelle forme da stabilire, il controllo di costituzionalità. Diviene imprescindibile ora il riferimento agli Stati Uniti: «Solo un popolo al mondo ha inteso che la costituzione è la legge data dal Sovrano a tutti gli organi del Governo, e l'ha circondata di maggior forza formale confidandone la guardia al Giudiziario. Questo è il popolo degli Stati Uniti d'America». È quel Paese troppo lontano e diverso? Il *Commento* risponde di no: «l'America è paese costituzionale al pari di noi: e il regime costituzionale è sempre un regime di limiti e controlli giuridici, sia poi repubblicano o monarchico, federativo o unitario, rappresentativo semplice o a governo di gabinetto»¹³. È un'affermazione importante. Il "regime costituzionale" può assumere forme anche assai diverse, com'è il caso degli Stati Uniti rispetto all'Europa, ma se vuole essere "costituzionale" non può rinunciare a porre limiti e controlli a tutti i poteri, compreso il legislativo, come per l'appunto si era fatto negli Stati Uniti e ancora non si riusciva a fare in Europa. Il *Commento* sembra dunque dirci che si deve superare la cultura della "onnipotenza parlamentare", a lungo dominante nel corso del diciannovesimo secolo, perché legata ad un'idea imperfetta e incompleta della superiorità della Costituzione, di stampo meramente storico-politico. Ora si è di fronte al sorgere di un'altra superiorità della norma suprema, che si afferma perché espressiva, in senso pienamente giuridico, di una sua propria superiore "forza formale", e che porta dunque con sé fatalmente la problematica del controllo di costituzionalità.

Si deve ora porre un'altra domanda. La voce del *Commento* è espressiva davvero di una tendenza in atto, o non è piuttosto una voce isolata? Si risponde a questa domanda riprendendo in mano il *Diritto pubblico*

¹² Ivi, vol. I, p. 199.

¹³ Ivi, vol. I, p. 199 e seg.

italiano di Santi Romano, che possiamo qui assumere come l'opera di sintesi maggiormente rappresentativa di quell'universo liberale che di lì a non molto – il testo di Romano era pronto nel 1914 e non fu pubblicato a causa degli eventi bellici – sarebbe stato travolto, dalla guerra, dalla svolta del 1919, dall'avvento del fascismo. Come già sappiamo, Romano considerava effettivamente lo Statuto una legge superiore. Ma non per questo intendeva compiere il passo proposto nel *Commento*. Senza mezzi termini afferma:

Non esiste nel diritto italiano un potere legislativo superiore a quello ordinario. Il quale non soltanto è un potere supremo, ma è altresì assolutamente insindacabile da ogni altro potere, compreso il giudiziario¹⁴.

Sono parole pesanti. È la scienza giuridica ufficiale che chiude le porte in modo secco al controllo di costituzionalità. I motivi sono molti. C'è quello di sempre, del timore del potere costituente. Tutto il volume è percorso dall'esigenza di configurare un diritto pubblico nazionale che non è nato da un atto costituente, che in ipotesi avrebbe potuto essere ravvisato nei plebisciti effettuati all'atto della unificazione. Vi è dunque ben chiaro il timore che tramite l'introduzione del controllo di costituzionalità riemerge un'idea della rigidità costituzionale legata, a sua volta, ad una superiorità della norma costituzionale determinata da una genesi costituente, in qualche modo fondata sul principio di sovranità popolare. Si tratta di tematiche risalenti, appartenenti alla prima critica liberale alla Rivoluzione, ma ancora ben presenti nelle pagine di Romano. Ma c'è di più. La nettissima presa di posizione di Santi Romano contro il controllo di costituzionalità mostra con chiarezza che fin quando si rimane nei confini del positivismo giuridico d'impianto statualistico, dominante in questa epoca, nel tempo storico dello Stato liberale di diritto, risulta impossibile anche solo intaccare il principio di sovranità incardinato nella legge dello Stato sovrano. In fondo, ciò che non si può ammettere è che un potere diverso da quello che ha generato la legge – in ipotesi, il giudiziario – abbia il potere di annullarla. Non si capirebbe più, in tale situazione, quale sia il potere supremo, rappresentativo del principio di sovranità, se quello che ha fatto la legge, o quello che l'ha annullata. E sarebbe ineluttabile il richiamo da parte di questo secondo ad un altro

¹⁴ S. Romano, *Diritto pubblico*, p. 253.

diritto, superiore a quello della legge dello Stato: insomma, una sorta di ritorno al diritto naturale, inammissibile per giuristi come Santi Romano.

Questo non significa che il potere legislativo sia privo di limiti. C'è lo Statuto stesso – dice Romano¹⁵ – che il legislatore può integrare e interpretare, ma non disconoscere, e che può modificare solo «per speciali e gravi motivi e con opportune cautele»; e vi sono poi principi generali dell'ordinamento come il divieto di leggi eccezionali o, in linea generale, di leggi retroattive. Vi è per Romano anche l'obbligo di non fare leggi «contrarie ai principi di uguaglianza o di libertà sanciti negli articoli 24 e seguenti» dello Statuto. Insomma, potere supremo non significa potere illimitato. I limiti connaturati all'esercizio del potere legislativo sono però limiti «relativi, elastici, e rimovibili, quando ne sia il caso, dagli stessi organi che vi sono soggetti, i quali, se non possono arbitrariamente violarli, sono talvolta autorizzati a sorpassarli, usando di una specie di potere discrezionale». In altre parole, si tratta di limiti per il legislatore positivamente esistenti, ma a lui non opponibili, nel senso che non è sindacabile per opera di un altro potere – il giudiziario, in ipotesi – il ragionamento, in sé altamente discrezionale, che ha condotto il legislatore a collocare in quel certo punto, e non altrove, il limite all'esercizio del suo potere¹⁶. Manca quindi il presupposto stesso per il controllo di costituzionalità. E la conclusione non può non essere netta: «è da escludersi, il che è ormai pacifico, il così detto sindacato sulla costituzionalità intrinseca della legge formale»¹⁷.

5. Siamo ora in grado di formulare una prima provvisoria conclusione. Il giudizio sulla cosiddetta "flessibilità" dello Statuto deve essere probabilmente rivisto. Lo Statuto possedeva infatti un nucleo fondamentale irriducibile espresso nel suo articolo secondo: «Lo Stato è retto da un governo monarchico rappresentativo». Anche lo Statuto dunque è stato rigido, nel senso che gli attori politici e istituzionali dell'età liberale sapevano bene di muoversi entro confini costituzionalmente delimitati,

¹⁵ Ivi, p. 234 e segg.

¹⁶ Romano aveva già trattato il problema dei limiti in un corposo saggio: *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano* (1902), in Id., *Scritti minori*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1990, vol. I, p. 217 e segg. Un anno prima, in evidente connessione di problematica, Romano aveva pubblicato un altro saggio dedicato a *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, ivi, p. 131 e segg.

¹⁷ S. Romano, *Diritto pubblico*, p. 373.

che impedivano loro, a meno che non volessero porsi fuori dall'ottica del governo costituzionale, di tendere verso soluzioni incompatibili con lo Statuto, e in particolare con il suo articolo secondo. Lo Statuto è stato poi – come sappiamo – elastico, nel senso che il suo nucleo fondamentale è stato continuamente riletto, e reinterpretato, per adattarlo a tempi sempre nuovi, essenzialmente per opera del Parlamento. Tutto ciò naturalmente fino a quando si è trattato appunto di riletture, e non di voltare pagina, come accadde a partire dal 1925, con la demolizione progressiva, ma anche assai rapida, della forma di governo statutaria. Ma lì non c'era più elasticità. C'era semplicemente l'eversione della Costituzione vigente, dello Statuto medesimo, che sostanzialmente stava finendo la sua corsa, insieme all'età liberale¹⁸.

Con l'avvento della Carta costituzionale repubblicana si è grandemente accresciuta la consistenza del nucleo fondamentale irriducibile, che ora comprende anche quei principi fondamentali, e quei diritti fondamentali della persona, che erano sconosciuti al tempo dello Statuto. D'altra parte, la stessa Carta repubblicana, pur aumentando la sua rigidità, non ha perduto in elasticità. Si può anzi dire che la Carta ha saputo attraversare fasi diverse della storia della Repubblica, e anche accompagnare grandi trasformazioni nel tempo intercorse, proprio grazie alla sua attitudine a essere riletta alla luce di problemi nuovi. A mio avviso, quella della elasticità, anche per l'età repubblicana rimane una problematica da approfondire. Ma quel che è importante è aver intanto rilevato questa differenza tra flessibilità e elasticità: la prima è comunque indice di debolezza di una Costituzione, nel senso della sua derogabilità da parte della legge ordinaria, la seconda è invece un carattere delle Costituzioni rigide, ma non astrattamente dogmatiche, e dunque capaci di adeguarsi a tempi nuovi mantenendo la propria identità di fondo. A suo modo, elastico è stato lo Statuto; a suo modo, elastica è la Costituzione repubblicana¹⁹.

¹⁸ Esempio in questo senso l'atteggiamento di fronte alla insorgenza del regime fascista di due protagonisti dell'età liberale come Vittorio Emanuele Orlando e Gaetano Mosca. Si rinvia in proposito a Maurizio Fioravanti, *Mosca, Orlando e la crisi dello Stato liberale*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1926)*, a cura di Pier Luigi Ballini, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 2005, p. 131 e segg.

¹⁹ Qualche riflessione in più sulla esperienza repubblicana in Maurizio Fioravanti, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *La Costituzione ieri e oggi* (Atti dei Convegni Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008), Roma, Accademia dei Lincei, 2009, pp. 21-51.

C'è poi l'altro aspetto della rigidità, che ha a che fare con l'attitudine della Costituzione a porsi come *norma giuridica*, in modo da possedere la forza necessaria ad annullare la legge ordinaria con essa in contrasto, attraverso il controllo di costituzionalità, essenzialmente in funzione di tutela dei diritti individuali, riconosciuti direttamente nella Costituzione medesima. Qui la frattura tra Statuto e Costituzione repubblicana si accresce ancor più. È infatti soprattutto qui, su questo aspetto della rigidità, che si ha pienamente il superamento del modello statutario. Scriveva infatti il *Commento* allo Statuto a noi già noto: «il nostro Statuto non concede diritti all'individuo, ma semplici presupposizioni di diritti: mentre l'esistenza giuridica e il vero contenuto dei diritti subbietivi individuali dipendono affatto dalle leggi che specificamente ne trattano, ed è in queste che bisogna cercarli»²⁰. In altre parole, lo Statuto rinviava alla legge la disciplina dei diritti, in ciò vietando che quella disciplina potesse essere introdotta con atto del sovrano o del governo, e dunque seguendo un intento di carattere garantistico, ma lasciava poi la legge libera nella definizione della disciplina medesima, in piena coerenza con il vero assunto di fondo, che voleva che i diritti avessero "esistenza giuridica" con la legge, e solo con essa, perché solo la legge possedeva piena e autentica forza normativa.

Il passaggio dalla sovranità della Costituzione dell'età liberale, di stampo essenzialmente storico-politico, alla supremazia della Costituzione come norma giuridica non è stato né breve, né semplice. Per la cultura positivista e statualistica, a lungo dominante, era infatti sommamente difficile ammettere che la Costituzione potesse contenere una specie di diritto diversa e superiore rispetto a quella da sempre conosciuta attraverso la forma della legge. Ne è testimonianza esemplare, ancora una volta, Santi Romano, nel suo *Diritto pubblico italiano*. Vi leggiamo che le libertà individuali possono essere colte nel momento in cui la personalità del titolare «appare meno compenetrata con quella dello Stato, in modo che esse non possono considerarsi solo come atteggiamenti e manifestazioni dello *Staatsrecht*, ma si affermano in una certa antitesi a quest'ultimo, come un suo al di là, pure ammettendo che derivino da un limite che, secondo la dottrina corrente, lo Stato si sia posto da sé»²¹.

È evidente il travaglio sottostante. Da una parte, si avverte l'insufficienza del tradizionale modello statualistico, e dunque la presenza di un

²⁰ F. Racioppi - I. Brunelli, *Commento*, vol. II, p. 34.

²¹ S. Romano, *Diritto pubblico italiano*, p. 93.

“al di là” rispetto al diritto legislativo statale, ma dall'altra parte, alla fine, non si può e non si deve abbandonare l'idea che il fondamento ultimo dei diritti rimanga nella legge dello Stato sovrano, nel limite che essa medesima ha posto. Quell' "al di là" andava forse esplorato, ma con grande prudenza, per il timore, davvero dominante, che vi si potesse reincontrare il temuto e aborrito diritto naturale, l'ipotesi del contratto e del potere costituente; insomma che risorgesse dalle ceneri, forse mai spente, della Rivoluzione, un altro diritto, con la *prêt*esa di porsi come diritto superiore. Di fronte a questa eventualità bisognava affermare con forza che «la legge, una volta formata, ha con sé la presunzione invincibile di essere conforme al diritto e le si deve, da tutti, obbedienza assoluta»²². Non esiste dunque un altro diritto, soprattutto nel senso che non esiste un diritto opponibile alla legge dello Stato, dotata pertanto di una “presunzione invincibile” di legittimità.

La scienza giuridica impiegò non poco tempo, e non poca fatica, per uscire da questo recinto. La ricerca sulla supremazia della Costituzione riprese, anche in Italia, nel corso degli anni Trenta, e ovviamente si dispiegò ancor più successivamente, a partire dal tempo della Costituente repubblicana. Ma a leggere molte delle pagine di quei decenni si capisce bene che nulla era scontato. E anzi, che era assai difficile rompere l'antico monopolio della forza normativa detenuto dalla legge. Per troppo tempo quella forza si era espressa essenzialmente nella forma della legge, e si stentava ora perciò a ammettere un'altra sua fonte, che per giunta si poneva come suprema.

C'è un momento, nel corso dei lavori della Assemblea Costituente, in cui questo passaggio diviene particolarmente visibile. È la seduta del 23 aprile del 1947. Prende la parola l'antico Maestro, Vittorio Emanuele Orlando, e presenta un ordine del giorno. Orlando punta a eliminare dalla Costituzione, o comunque a collocare in un preambolo iniziale, le norme del titolo secondo della parte prima, relative ai rapporti etico-sociali, alla famiglia, alla scuola, alla salute, all'arte e alla scienza. Sembrava a Orlando che si trattasse di un elenco confuso, di scarso valore normativo. Di più. Ove ne fossero derivate delle norme autentiche, queste avrebbero invaso, e stravolto, settori da tempo memorabile – Orlando pensava qui soprattutto alla famiglia – affidati ad una salda, prudente e collaudata disciplina di ordine civilistico. Orlando sapeva bene che tutto stava cambiando, e dunque che la nuova Costituzione avrebbe comunque dovuto

²² S. Romano, *Osservazioni preliminari*, p. 229.

rifondare la forma di governo e il sistema dei diritti, ma poneva il problema dei confini dell'opera costituente avendo in mente il suo modello di Carta costituzionale, entro cui non rientrava certo l'ambizione a ridisegnare la società intera, in tutte le sue diverse manifestazioni: proprio l'ambizione che sorreggeva la parte del progetto di Costituzione dedicata ai rapporti etico-sociali.

Fu l'ultima battaglia di Orlando alla Costituente. Contro il suo ordine del giorno prende la parola Costantino Mortati. È come un passaggio di testimone, da un tipo di giurista ad un altro, l'uno protagonista a tutti i livelli dell'età liberale, l'altro che aveva iniziato la sua riflessione negli anni Trenta, in pieno regime fascista, l'uno che aveva preso le mosse dall'esigenza di una rigorosa distinzione tra diritto e politica, l'altro che aveva inteso esplorare le radici del primo nella seconda, l'uno educato sui classici del liberalismo e della dottrina generale dello Stato, l'altro in dialogo con la nuova dottrina novecentesca della costituzione. Contro la proposta di Orlando, afferma dunque Mortati: «non esistono materie assolutamente legislative e materie assolutamente costituzionali ed invece sono esclusivamente le valutazioni che le forze politiche fanno, in un certo momento, circa la rilevanza di una norma che decidono per il contenuto legislativo o costituzionale della medesima»²³.

In una parola, era tornato il potere costituente. Questo stava dicendo Mortati; e che nell'esercizio di questo potere si era liberamente deciso che famiglia, scuola, salute, arte e scienza, dovessero essere comprese nell'opera costituente. L'ordine del giorno di Orlando, per parte sua, era espressione della tradizionale cultura liberale, che temeva da sempre quel potere, perché lo associava al celebre articolo 28 della Dichiarazione giacobina dei diritti, del 1793: «Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare, cambiare, la propria Costituzione». Si agitava insomma ancora una volta lo spettro della Costituente giacobina, espressione di una sovranità popolare per sua natura mutevole: su quella base, che ne sarebbe stato della famiglia, della scuola, della scienza? In verità, la Costituente c'era, ma non era più di quello stampo. Orlando non poteva percepire questa differenza. Per lui, l'evocazione stessa del potere costituente era portatrice, in quanto tale, d'instabilità sociale, politica e istituzionale. E invece ora, il potere costituente era sì associato al popolo sovrano, ma per essere proteso alla costruzione di un nuovo ordine stabile, fondato su

²³ *Atti della Assemblea Costituente. Discussioni*, 23 aprile 1947, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, vol. IV, s.d., p. 3248.

principi condivisi. Quel potere era espresso dalla società, ma ambiva ad affermare i principi fondamentali della Repubblica, che nel tempo avrebbero conquistato piena normatività. Dall'esercizio del potere costituente, per quanto in sé strutturato in senso pluralistico e conflittuale, non nasceva dunque instabilità politica e istituzionale, come si era pensato nel corso di tutta l'età liberale, ma, al contrario, si determinavano le condizioni per l'emersione di un nuovo ordine, l'ordine della Repubblica.

MAURIZIO FIORAVANTI
Università di Firenze