

Paolo Pombeni

Ripensare la Costituente

settant'anni dopo

Siamo il Paese degli anniversari e cerchiamo sempre di celebrarne in gran numero. In particolare non abbiamo quasi mai mancato di dare un rilievo particolare a quelli che ci ricordavano i vari «decennali» dell'evento costituyente. In alcuni casi è stato fatto producendo opere che hanno inciso in maniera particolare, in altri magari è stata più una questione di routine e di retorica.

Il primo decennale rimane legato alle critiche raccolte nel libro che conteneva il saggio di Calamandrei nel quale veniva riproposta la tesi della riforma mancata in cambio della rivoluzione promessa (*Dieci anni dopo 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, 1955). Il terzo decennale alla grande ricerca promossa dalla Regione Toscana che segnò il varo della riscoperta dell'arco costituzionale almeno fra gli studiosi e che produsse la serie di volumi pubblicata dal Mulino (*Il sistema delle autonomie: rapporti tra Stato e società civile*, Il Mulino, 7 voll., 1978-1979). Il quarto passò un po' più sotto tono, ma vide la riproposizione

della tesi del grande incontro fra culture diverse che confluivano in un sentire comune. Il quinto fu giocato all'interno del tema del contrasto sulla possibilità di uno stravolgimento della nostra Carta (e qui ricordiamo gli interventi appassionati di Giuseppe Dossetti). Il sesto è stato forse il più retorico e lo si potrebbe rappresentare con lo spettacolo messo in scena da Roberto Benigni sulla «Costituzione più bella del mondo».

Cosa ne sarà del settimo, che coincide con la riforma della seconda parte della nostra Carta costituzionale e con il referendum confermativo del prossimo ottobre, non sappiamo, ma forse proprio per questo qualche riflessione potrebbe essere opportuna. Giusto per evitare, se possibile, retoriche inutili e populismi d'acatto che vediamo spuntare come funghi dopo una notte di pioggia.

Possiamo cominciare con qualche richiamo alla nostra storia, argomento che oggi non va più tanto di moda, ma che riveste una certa importanza. È semplicistico

dire che la Costituente del 1946-48 è stata l'unica fase di determinazione democratica della struttura costituzionale della nostra nazione. Ovviamente questo è assolutamente esatto in termini specifici, poiché lo Statuto Albertino era una Carta *octroyée*, cioè concessa per grazia del sovrano, e fu estesa dallo Stato sabaudo al nuovo regno d'Italia senza alcun passaggio costituente, ma così facendo si ometterebbe di osservare che quel testo rispecchiava l'approdo del costituzionalismo europeo dell'epoca, che esso era recepito dalla nostra scienza giuridica e che fornì la base per un vivace sviluppo di dibattiti e di interventi facilitati dalla teoria «inglese» per cui il Parlamento era sempre un potere costituito e costituente al tempo stesso.

L'incapacità attribuita allo Statuto di resistere alla presa di potere del fascismo è storicamente debole, perché il successo della scalata mussoliniana non dipese

*Uno sguardo al retroterra
storico della nostra Carta
costituzionale*

dall'assenza di argini legislativi, ma da quella di capacità politiche nella classe dirigente al potere in quella fase. Del resto un testo assai più recente e più elaborato dal punto di vista della teoria giuspubblicistica come era la Costituzione della repubblica di Weimar non offrì alcuno strumento efficace per fermare la presa di potere di Hitler. Non dico questo per suffragare

la tesi ingenua di Croce secondo cui nel 1945-46 si sarebbe potuto andare avanti con lo Statuto Albertino, perché quello era stato bruciato dagli eventi storici e dalla pusillanimità di una casa regnante incapace di gestire la crisi del crollo del regime fascista, ma solo per ricordare che, al di là di quello che gli stessi costituenti pensavano, il lavoro dell'Assemblea beneficiò non poco di una riflessione giuspubblicistica che si era sviluppata in quel contesto (anche se ne subì pure i limiti).

La cosa interessante è che la fondazione della repubblica e poi il lavoro dell'Assemblea costituente affondano le loro radici nella dissoluzione del sistema politico-istituzionale precedente lasciando campo aperto a una legittimazione che proveniva dall'organizzazione della società in partiti politici che ne rispecchiavano le culture storiche con cui si era strutturata la convivenza nello Stato unitario. È questa peculiarità che ha dato una caratterizzazione particolare alla rifondazione della democrazia italiana, che ha trovato la sua legittimazione nella marginalizzazione del semplice rinvio al costituzionalismo di marca liberale che l'aveva connotata fino alla svolta del 1919 per accedere invece al riferimento a un universo composito capace di assumere al suo interno la complessità di un Paese con una poliedricità di storie, culture e antropologie.

Questo retroterra si è trovato a doversi misurare con un fenomeno di carattere generale che sarebbe errato sottovalutare. L'idea che nel 1945 si fosse alla vigilia di un grande cambiamento epocale era largamente condivisa ben al di là della nostra realtà nazionale. Se si pensa al significato dei piani Beveridge che introducevano il discorso del Welfare generalizzato, al nuovo ruolo che si trovava a rivestire l'Urss, al collasso di tutte le potenze europee (la Gran Bretagna, che peraltro non era che fosse messa benissimo, non veniva considerata «europea»), al nuovo ruolo che si pensava dovessero avere i movimenti operai, ai dibattiti sulla trasformazione del capitalismo, al nuovo ruolo assunto dalle chiese, e via elencando, si capisce come vi fosse una larga convergenza sulla tesi che ci si trovava di fronte a una svolta storica a cui la nuova Carta doveva dare risposta.

Si è spesso insistito sulla questione di un compromesso raggiunto tra forze con ideologie divergenti al prezzo di reciproche concessioni. Questa tesi è priva di fondamento se appena ci si prende la briga di leggere gli atti dell'Assemblea costituente (rimando al mio volume, *La questione costituzionale in Italia*, Il Mulino, 2016, in cui ho analizzato in dettaglio questa e altre tematiche che qui affronto in maniera succinta). Ci furono, come è ovvio, limature e discussioni per giungere alla for-

mulaione dei vari articoli, come del resto accade nel lavoro di qualsiasi organismo collettivo, ma non si trovano «negoziati», neppure impliciti, per cui l'appoggio a una certa formulazione venisse fatto passare in cambio dell'adesione a un'altra formulazione che interessava chi faceva quella concessione.

La leggenda sulla Costituzione «scritta metà in latino e metà in russo» è una tipica invenzione dei perdenti che non riuscirono a inserirsi nella dialettica ideologica che si sviluppò in seno alle commissioni e sottocommissioni per mezzo delle quali lavorò l'Assemblea. Ciò concerne soprattutto la scrittura della prima parte della Carta, perché sulla seconda parte che riguarda l'organizzazione dei poteri dello Stato il confronto fu molto meno lineare e in quel caso più che di compromessi si può parlare di una tattica di promozione di vantaggi futuri o almeno supposti tali, così come di sabotaggi e mosse spregiudicate, tattiche che furono messe in atto più o meno da tutte le forze presenti.

La realtà è che alla base del nostro patto costituzionale ci furono due fenomeni concorrenti. Il primo è dato, come si è detto, da un retroterra culturale che aveva coinvolto nella crisi del primo

*Che cosa significa
momento costituente
e quali ne furono
i miti fondativi*

Novecento, e specialmente nella fase fra le due guerre mondiali, gran parte delle forze vive del contesto europeo e non solo. Su questo retroterra si è in passato scritto moltissimo, anche con forzature, che vanno dall'avere raggruppato tutto nella categoria dell'antifascismo all'avere voluto iscrivere anche il fascismo come componente di questa riflessione sulla crisi di civiltà che si riteneva avesse coinvolto il sistema politico-culturale derivato dall'intreccio fra illuminismo e costituzionalismo. Il quadro è complicato, i passaggi di fronte e le contaminazioni sono molti, sicché è un po' ingenuo e soprattutto è privo di senso costringere in una sola categoria quello che fu un autentico crocevia intellettuale in risposta alla sfida di un mondo che si percepiva in una fase di profonda ridefinizione.

Sta di fatto che fu quel contesto a consentire un incontro di intelligenze, perché quando si condividono le domande a cui rispondere e le si percepisce come complicate diventa più facile ascoltare reciprocamente i suggerimenti di risposta che ciascuno ritiene di poter dare e trarre da questo ascolto una sintesi. È quanto avvenne per lo più per la prima parte della nostra Carta, con soluzioni verbali creative, talora anche necessariamente ambigue se osservate sotto l'ottica delle ortodossie dottrinali dei giuristi (che infatti non mancarono

di lamentarsene), ma in grado di rappresentare la volontà di affrontare problemi condivisi più che di dettare prescrizioni stringenti sul come risolverli.

Il secondo fenomeno che concorse a formare la nostra piattaforma costituzionale fu lo spaesamento di fronte a una crisi complessiva delle categorie organizzative del costituzionalismo classico. Chi ha qualche dimestichezza col dibattito sulla crisi dei sistemi politici che si sviluppò in Europa (ma con echi anche americani) tra fine Ottocento e inizio Novecento sa bene che quasi tutti i pilastri di tali sistemi erano considerati quantomeno scricchiolanti. La democrazia dal basso si era mostrata terreno fertile per il successo delle manipolazioni dei populismi; la teoria degli equilibri fra camere legislative con rappresentanze diverse si scontrava con la difficoltà di legittimarle visto che a una seconda camera in cui confluissero i *meliores et majores terrae* non credeva più nessuno; il tema dello strapotere delle burocrazie era percepito e la tesi della loro neutralità tecnica non convinceva più; la tensione fra unità e indivisibilità delle nazioni e loro articolazioni interne di potere faceva continuamente capolino; il problema di come portare i nuovi pilastri della organizzazione democratica, cioè i partiti, a responsabilità pubbliche cogenti e controllabili era stato ampiamente discusso.

Non è certo un elenco esaustivo, ma penso possa richiamare il clima in cui i costituenti lavorarono per disegnare l'architettura dei poteri nel nuovo quadro costituzionale, aggiungendoci che, ovviamente, lo spettro delle possibili deviazioni dittatoriali con ciò che questo comportava ebbe un ruolo non secondario. In più c'era l'incertezza sulla distribuzione delle forze nel nuovo contesto postfascista, sicché la naturale tendenza di tutti i partiti in campo a garantirsi le migliori condizioni per giocare la propria partita futura ebbe un ruolo che non va sottovalutato.

Se si ripercorrono i dibattiti nelle varie articolazioni dell'Assemblea costituente su quanto riguarda le norme che hanno come obiettivo l'organizzazione della sfera pubblica e la distribuzione dei poteri è facile cogliere queste dinamiche. Ciò non significa che tutte le preoccupazioni che vennero allora espresse siano solo figlie di contingenze transeunti, ma è da investigare quanto quelle contingenze abbiano portato a soluzioni dei problemi in campo che oggi potrebbero essere riviste senza rischi.

In definitiva ogni valutazione del «momento costituente» deve tenere conto della compresenza dei due fattori sia per evitare l'assolutizzazione del mito su un idilliaco clima di incontro fra le diverse ideologie dominanti in quell'epoca, sia per sfuggire

alla svalutazione del lavoro fatto come puro frutto di contingenze peculiari oggi non più proponibili. In realtà in questo come in altri casi il processo costituente fu un fatto complesso che deve essere costantemente riattualizzato con l'interpretazione evolutiva, che non dimentica un realistico legame con quanto accaduto storicamente, ma che non riduce tutto all'imbalsamazione del passato trasformandolo in un idolo da offrire all'adorazione di non si sa quali fedeli.

Poiché chi scrive non è un giurista di professione può permettersi il lusso di una certa disinvoltura nel trarre dalla riflessione sulla storia costituzionale della repubblica italiana una qualche lezione per una educazione civile del cittadino nel travaglio della difficile transizione in cui siamo immersi. Anziché dunque azzuffarsi sulla legittimità o meno di riformare la Carta del 1948 (peraltro già oggetto di alcuni interventi anche prima dell'ultimo), si potrebbe partire dal considerare se non sia meglio distinguere nel nostro sistema costituzionale due componenti. Chiamerò la prima, riprendendo una famosa definizione resa canonica da Costantino Mortati, la «Costituzione in senso materiale», mentre etichetterò la seconda come la «Costituzione ordinatoria».

La Costituzione in senso materiale è quella che dà l'indirizzo politico all'attività della convivenza

nazionale, ne determina gli obiettivi, fissa il quadro delle garanzie perché la vita pubblica possa esplicarsi in modo organico e perché tutti i soggetti che appartengono alla comunità politica possano in rapporto alle loro condizioni peculiari godere al meglio di una vita appagante (quello che nel vecchio linguaggio un po' retorico del costituzionalismo classico si definiva *pursuit of happiness*). In buona parte si tratta delle un tempo tanto disprezzate norme «dichiarative» presenti specie nella prima parte della Carta che erano state inopportunamente definite come «non giuridiche», ma che invece proprio in mano alla Corte costituzionale hanno rappresentato un elemento forte non solo di difesa ma anche di promozione dello sviluppo della nostra vita politica e civile.

Queste norme sono tendenzialmente destinate a rimanere immutate per lunghe fasi storiche, almeno sinché

*Le due Costituzioni:
quella «materiale» e
quella «ordinatoria»*

la coscienza comune non riesca a rimodularle in rispondenza piena a grandi mutamenti epocali. È importante capire cosa si intenda per mutamenti epocali, non scambiando per tali semplici trasformazioni nelle condizioni materiali. Per dare un esempio banale: se noi riteniamo che il principio dell'inviolabilità della corrispondenza

sia un valore, salvo rare e circoscritte eccezioni, poco importa che al momento della stesura della Carta questa avvenisse attraverso la posta e oggi avvenga attraverso la rete o i telefoni cellulari. Non c'è bisogno di cambiare la formulazione della legge: basta un minimo di intelligenza interpretativa.

Tutti i grandi valori di indirizzo che sono registrati nella nostra Costituzione vanno difesi nella loro essenza usando come elemento per la loro tutela l'interpretazione piuttosto che la riscrittura. La riscrittura di grandi principi è sempre un esercizio pericoloso, perché tende a fissare una interpretazione momentanea trasformandola in una rigida ortodossia (magari figlia di desideri manipolativi). Il coraggio di affidarsi alla dialettica ben regolata delle interpretazioni mantiene non solo mobile il rapporto fra l'eredità storica e le esigenze del presente, ma stimola la creatività del corpo politico, lo spinge a rispondere alle sfide che nascono attraverso la riappropriazione della sapienza con cui si è risposto alle sfide del passato.

Quanto si è detto per la Costituzione in senso materiale non vale per la Costituzione come strumento ordinatorio dei rapporti di potere che reggono lo spazio pubblico. In questa attività la Costituzione opera maggiormente sotto il condizionamento delle circostanze storiche. La posizione

degli organismi rappresentativi a cui demandare l'attività legislativa, il ruolo del potere giudiziario, la determinazione delle potenzialità di intervento degli organi di governo, la distribuzione dei poteri sul territorio e fra diverse sedi, sono questioni che sfuggono a quella esigenza di «lunga durata» che informa invece le norme della Costituzione in senso materiale. In questi casi l'evoluzione dei costumi, l'effetto che può produrre la permanenza di certe competenze in circoli che si autonomizzano, il mutamento dei rapporti con altre istanze che sono anch'esse detentrici di capacità di intervento (dalle comunità religiose alle autorità sovranazionali, alle concentrazioni di potere economico, alle opportunità di manipolazione che possono fornire vari tipi di media, e via elencando), sono alcuni dei fattori che suggeriscono di contemplare possibilità di adeguamento dell'ordinamento costituzionale a queste evoluzioni.

Certamente in parte sono interventi che si possono fare attraverso leggi ordinarie che peraltro assumono di fatto una posizione di natura costituzionale pur sfuggendo alle rigidità delle norme inserite nella Carta. Il tipico esempio è dato dalle leggi elettorali. In Costituente si discusse se inserirle, almeno sotto un profilo generale, in qualche articolo del testo che si andava a scrivere, ma prevalse l'idea che era me-

glio mantenerle in uno spazio di flessibilità. Tanto per dire, così si evitò di rendere «costituzionale» il sistema elettorale proporzionale, che allora era senza dubbio il più rispondente a promuovere l'inclusione delle diverse componenti socio-politiche presenti nel Paese nell'alveo del nuovo Stato, ma che oggi, avvenuta l'omogeneizzazione di quelle tradizioni storiche con il loro conseguente tramonto, non si giustificerebbe più.

Dunque non dovrebbe apparire problematico che la «manutenzione» della parte ordinatoria del nostro patto costituzionale fosse cosa normale e che essa non suscitasse alcuno scandalo. Certamente sarebbe da valutare il tema del mantenimento della stessa complessità che si è prevista per modificare le norme della Costituzione in senso materiale per quelle della sua parte ordinatoria. È un argomento ovviamente delicato, perché c'è sempre il sospetto che costituzioni di tipo «flessibile», cioè che non prevedano percorsi particolari per la modifica dei loro articoli, finiscano vittime delle fluttuazioni inevitabili in un sistema democratico che pone il potere nelle mani di un corpo elettorale per sua natura volubile e oggi – perché negarlo? – sempre meno educato a valutare lo spessore che richiedono le decisioni politiche di rilievo.

Tuttavia questo è un tema ed è una eredità che ci portiamo die-

tro non solo dai dibattiti del 1946-48, ma da tutta la tradizione del costituzionalismo occidentale.

Vi è un inevitabile problema ed è quello se il potere costituente sia qualcosa che deve vivere solo in determinati momenti eccezionali e poi essere imbalsamato nei risultati che allora ha prodotto o se possa trattarsi di un qualcosa che è sempre nelle mani di un corpo politico solo che questo possa essere considerato «vitale». Il dibattito fra i giuristi è ampio e raffinato, ma qui mi permetto di semplificarlo rispetto alla questione della differenza fra casi di semplice revisione costituzionale e casi di veri e propri momenti costituenti.

A mio giudizio, la questione è se il potere costituente sia in qualche modo sempre esistente in

*Mantenere in vita
il potere costituente senza
rinunciare alla tutela
dei valori costituenti*

un corpo politico-rappresentativo o se lo si possa attivare solo in presenza di domande eccezionali e con modalità peculiari per richiamarlo in vita. L'antica teoria britannica è ritenuta essere quella secondo cui il Parlamento è sempre al tempo stesso organo costituito e organo costituente. La teoria «continentale» preferisce invece sostenere che il potere costituente debba andare a un organo speciale a cui quella funzione viene conferita espressamente da una deci-

sione popolare. Poi è arrivata una specie di teoria intermedia, che potremmo simbolicamente (e in maniera semplificata) far risalire a De Gaulle: quell'investitura può essere anche conferita *ex post* da una pronuncia popolare (referendum) che avalla la pretesa di un organo parlamentare di investirsi di un potere costituente (che ciò avvenga nel corso di dibattiti interni o sotto la spinta di decisioni esterne di forze politiche organizzate come i partiti potrebbe essere relativamente importante).

È in questo contesto che si colloca in Italia l'annosa questione della riforma costituzionale, che è stata aperta praticamente subito dopo l'approvazione della nostra Carta fondamentale, ma prevalentemente in misura di «revisione» di qualche passaggio, mentre a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso è stata di fatto impostata come una necessità di «ripensare» la Costituzione fino a giungere all'approvazione della legge di riforma Renzi-Boschi che affronterà il prossimo ottobre la prova referendaria.

È nota tutta la diatriba che si è sempre avuta sulla tutela dei «valori» sacri della nostra Carta, diatriba che ha visto interventi al limite del ridicolo (per esempio il dibattito se sia meglio mantenere che la repubblica è fondata sul lavoro o scrivere che è fondata sulla libertà), spesso accompagnati dallo stracciarsi le vesti a difesa del testo così com'è perché

modificarlo avrebbe comportato stravolgerlo.

Ora è proprio su questo punto che sarebbe opportuno un intervento. Sempre per giocare col riferimento alla classica teoria inglese, richiamerò che il buon A.V. Dicey aveva invitato a distinguere fra la «constitution» e la «law of the constitution». Non era solo una distinzione che gli serviva per spiegare le differenze col sistema francese e tedesco che aveva il diritto amministrativo come branca specifica (cosa sconosciuta al diritto inglese), ma piuttosto un modo per venire a capo, credo inconsapevolmente, del vero dilemma britannico: quello per cui la Costituzione è, al contrario di quel che si pensa, rigidissima e imm modificabile, proprio perché non è scritta ed è fatta di pochi principi di indirizzo e di tutela che non si saprebbe come modificare, mentre il Parlamento come organo della rappresentanza della sovranità può declinarla in qualsiasi momento in leggi che la adeguano e la reinterpretano. Per spiegarmi citerò un esempio. Quando nel 1911 si abolì il bicameralismo paritario fra Camera dei comuni e Camera dei lords si gridò al venir meno della dialettica di controllo reciproco fra due forme di rappresentanza (tutto il mondo è paese!) e si sostenne che quella dialettica era iscritta nella Costituzione: si giunse però alla conclusione che semplicemente la

dialettica passava dal contrasto fra «comuni» e «lords» alla dialettica all'interno dei comuni fra maggioranza e opposizione.

Nella circostanza in cui ci troviamo a vivere in Italia, forse potrebbe aiutarci proprio il recupero di una distinzione fra «Costituzione» e «leggi della Costituzione», ovvero, per tornare alle mie rozze categorie, fra «Costituzione in senso materiale» e «Costituzione ordinatoria». La prima è bene non venga toccata, poiché nelle presenti condizioni manca davvero un contesto costituente che consenta di elaborare categorie migliori per inquadrare il sistema entro cui far crescere e agire la comunità politico-sociale e obiettivi più adeguati da assegnare ai poteri pubblici per raggiungere quelle finalità (e di fatto qualsiasi velleità di toccare la prima parte della Carta è stata lasciata cadere da tempo). Diverso invece il discorso sulla parte «ordinatoria» della nostra normativa costituzionale. Qui non solo si può, ma si deve lavorare per tenere conto di quanto ci ha insegnato l'esercizio dell'azione pubblica nei suoi molteplici aspetti durante i settant'anni passati da quando quel quadro fu disegnato.

Certamente sarebbe necessario elaborare per la gestione dell'iter di queste opere di aggiornamento istituzionale dei percorsi più adeguati del semplice utilizzo di un contesto parlamentare che può essere, come in effetti oggi è, non

esattamente idoneo ad assumersi questo compito con la necessaria autorevolezza e con l'auspicabile cognizione di causa. Tuttavia va anche riconosciuto che questo è un auspicio ideale che rare volte trova soddisfazione nelle circostanze storiche concrete.

All'Assemblea costituente del 1946-47 si assistette, anche per la drammaticità dell'ora, al mezzo miracolo delle leadership di un corpo politico che agirono producendo un risultato certamente non perfetto, ma profondamente innovativo e che almeno nella parte della «Costituzione materiale» ci ha consegnato un testo capace davvero di un «potere di

indirizzo». Anche la parte ordinatoria, a dispetto di una gestazione assai più travagliata e di molti prezzi pagati alle preoccupazioni, più o meno lungimiranti, delle forze in campo, ha retto per un lungo periodo garantendo al Paese il riassorbimento di alcune ferite storiche e la omogeneizzazione della cittadinanza sul piano civile. Oggi il quadro è inevitabilmente in fase di mutamento, ma non voglio credere sia impossibile recuperare la lezione di quegli anni fondativi per dare alla nostra «Costituzione materiale» strumenti più adeguati per continuare ad esercitare il suo potere di governo sulle evoluzioni della storia.

.....
Paolo Pombeni fa parte del Comitato di direzione della rivista «il Mulino»; socio dell'Associazione omonima, ha insegnato Storia dei Sistemi politici europei e Storia dell'ordine internazionale nel Novecento alla Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Bologna. Dirige l'Istituto storico italo-germanico (Fondazione Bruno Kessler) di Trento. Il suo ultimo libro con il Mulino è *Giuseppe Dossetti. L'avventura politica di un riformatore cristiano* (2013).