

Osservatorio sulle fonti

LA TRASFORMAZIONE COSTITUZIONALE*

di *Maurizio Fioravanti***

Inizio con un'asserzione. Per ragionare di Costituzione attuata o da attuare, attuale ancora o non più, bisogna possedere una visione d'insieme della storia costituzionale della nostra Repubblica. Provo a formulare in proposito una mia ipotesi. La storia costituzionale della Repubblica è contrassegnata da una profonda trasformazione costituzionale – la *Verfassungswandlung* della dottrina tedesca tra Otto e Novecento¹ – nel senso che la Costituzione che oggi vive – dico volutamente “vive” per fare riferimento alla esperienza costituzionale, alla effettività costituzionale, al di là della vigenza in senso formale – è frutto di un processo di trasformazione profondo, che si apre – come subito vedremo – nel corso degli anni Settanta con un ritmo incalzante, che giunge fino a noi, agendo su due piani: a monte, sul piano del paradigma, ovvero della cultura politica dominante, che orienta in una certa direzione l'attribuzione di significato alla Costituzione, e a valle, sul piano degli strumenti, ovvero dei modi di concretizzazione dei precetti costituzionali, che vanno incentrandosi sempre più verso la giurisdizione, sempre meno verso la legislazione. Una trasformazione profonda, tale cioè da produrre una “radicale alterazione”, come lo stesso Luciani afferma. Ebbene, ciò che sostengo è che una *storia costituzionale della Repubblica* che non voglia essere mera storia della legislazione in materia costituzionale, compresa la legislazione di riforma costituzionale, e che pretenda invece di pescare nel profondo, nella dimensione della esperienza costituzionale, dovrebbe seguire questo filo conduttore, portare alla luce scansioni e caratteri della trasformazione costituzionale.

Ma “trasformazione” rispetto a che cosa? In cosa consiste l'oggetto originario che è andato trasformandosi? Io direi che possiamo così denominare quell'oggetto: la *Costituzione dei costituenti*. Possiamo dire così: in origine vi è stata una Costituzione dei costituenti. È rispetto a questa Costituzione che si è prodotta la “radicale alterazione”. La Costituzione dei costituenti è stata dominante fino all'inizio della grande trasformazione, da collocare nella seconda metà degli anni Settanta. Bisogna conoscerla per comprendere il senso della trasformazione intervenuta.

* Il testo riproduce fedelmente l'intervento svolto nell'ambito del Seminario su *Dalla Costituzione “inattuata” alla Costituzione “inattuale”?* *Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana* (Ferrara, 24-25 gennaio 2013). Per mantenere il carattere discorsivo proprio dell'intervento nella discussione si è rinunciato quasi del tutto a introdurre indicazioni bibliografiche. Il rinvio a Luciani che si trova in qualche punto del testo è da intendersi come il rinvio alla relazione che ha introdotto il Seminario, predisposta dallo stesso Luciani.

** Professore ordinario di Storia del diritto medievale e moderno presso l'Università di Firenze.

¹ Avevo già provato in altra occasione ad applicare lo strumento della “trasformazione costituzionale” alla storia costituzionale della Repubblica: M. FIORAVANTI, *Le due trasformazioni costituzionali dell'età repubblicana*, in *La Costituzione ieri e oggi*, Atti dei Convegni Lincei, Roma, 9-10 gennaio 2008, Roma, 2009, 21 ss.

Osservatorio sulle fonti

Per illustrare la Costituzione dei costituenti è utile la distinzione di piani, cui anche prima si alludeva. Sul piano alto, del paradigma, in questo modello la Costituzione è suprema perché è considerata la *loi politique* per eccellenza, che in quanto tale contiene il principio di unità politica, espressosi attraverso l'esercizio del potere costituente del popolo sovrano. In altre parole, i costituenti erano ancora pienamente figli della Rivoluzione. Ed infatti, invano cercheremmo nella Costituzione dei costituenti una clausola di supremazia analoga a quella contenuta nell'articolo sesto della Costituzione federale americana, affidata cioè essenzialmente alla giurisdizione. La supremazia cui pensavano i nostri costituenti non era tanto giuridica, della Costituzione come norma giuridica, da far valere direttamente in giudizio, ma politica, da realizzare cioè, sul piano a valle, degli strumenti, essenzialmente attraverso grandi leggi di attuazione, in Parlamento dunque, dove era rappresentato il popolo sovrano, lo stesso – non per caso – che aveva dato origine alla Costituzione.

Non si può dimenticare infatti che nella Costituzione dei costituenti dominava il metodo proporzionale, come garanzia di un Parlamento capace di rispecchiare il popolo stesso, e in quanto tale capace anche di deliberare leggi di riforma d'interesse collettivo, sul piano dell'indirizzo fondamentale, o costituzionale, ben distinto dal semplice indirizzo politico di maggioranza. Nel lungo attaccamento al metodo proporzionale c'è infatti soprattutto questo: la pervicace volontà di non rassegnarsi all'avvento di un Parlamento che esaurisca la sua funzione nel rappresentare la competizione tra maggioranza e opposizione, ormai incapace di esprimere contenuti comuni, di livello costituzionale.

In origine, vi era dunque una Costituzione suprema perché voluta dal popolo sovrano, da attuare attraverso grandi leggi organiche di riforma. In una parola, la Costituzione esisteva in funzione di un soggetto, che prima l'aveva voluta e poi provvedeva ad attuarla. Si trattava evidentemente di un *soggetto collettivo*, fondato nella storia, capace di progetti di lungo periodo. Ebbene, è questa idea della Costituzione che entra in crisi nell'ultimo quarto degli anni Settanta. È questa una storia ancora da scrivere, o che si è appena iniziato a scrivere, con una particolare attenzione agli anni Settanta. Si può però fin d'ora avanzare l'ipotesi che di lì abbia avuto inizio la trasformazione costituzionale di cui stiamo discutendo, entro cui si svolge la nostra esperienza costituzionale. È una trasformazione così profonda da sospingere non pochi a ragionare di un mutamento della forma di Stato, dallo Stato legislativo di diritto, per quanto corretto dal controllo di costituzionalità – che era ancora la forma di Stato dei nostri costituenti – allo *Stato costituzionale*, inteso come una forma nuova, frutto di un mutato tempo storico. Anche noi crediamo che il mutamento abbia agito in profondità, sui due piani che già conosciamo, il piano alto del paradigma e il piano basso, a valle, degli strumenti. Vediamo un po' più da vicino.

Sul piano del paradigma, a monte, sempre meno si riconosce alla Costituzione la sua dimensione, così centrale nel pensiero dei costituenti, d'indirizzo fondamentale, di luogo privilegiato d'indicazione, in senso prescrittivo, delle finalità della democrazia. Cade quello che è stato definito il “paradigma costruttivistico“, ovvero l'ambizione della Costituzione a contenere il modello sociale complessivo, la definizione normativa della società giusta. Parallelamente, si fa strada l'immagine, ben diversa, della Costituzione

Osservatorio sulle fonti

come arena, che serve a delimitare il terreno, a garantire buone regole di convivenza, e di competizione, e non pretende quindi più di essere progetto. Sembra esaurirsi progressivamente il tempo del “grande progetto“, in sintonia anche con l’affermarsi sempre più marcato di tendenze di stampo neo-liberistico, con le quali pare essere più in accordo una visione della Costituzione come equilibrio regolato di forze, piuttosto che come indicatore prescrittivo di finalità di ordine collettivo.

Sul piano degli strumenti, a valle, la trasformazione riguarda in primo luogo la natura e il ruolo dei partiti politici. Rimane esemplare in questo senso la testimonianza di Costantino Mortati nel commento all’articolo primo della Costituzione, del 1975. E’ un testo che esprime il sentimento, sempre più dominante, della *disillusione*. Stanno concludendosi i Trenta gloriosi anni, e i partiti vengono ora messi a nudo, in modo tale da rendere ormai del tutto visibile la loro natura di associazioni d’interessi, che operano sul piano della sola *Vertretung*, ovvero come meri mandatari, come tali sempre meno capaci di porsi come fattori di disciplinamento degli interessi frazionali, di riconduzione delle particolarità sociali alla dimensione dell’interesse generale. Mancando quel ruolo dei partiti politici, si appanna sempre più l’idea del soggetto collettivo collocato alla base della Costituzione, che ha voluto la Costituzione, e che provvede a attuarla. In una parola, la Costituzione rimane orfana della sua componente politica. Ci si incammina anzi su una via che ci induce sempre più a pensare di potere fare a meno della componente politica della Costituzione, verso un tempo che vorrebbe definitivamente chiudere le porte al soggetto, ovvero al potere costituente, e anche alla legislazione come strumento irrinunciabile di attuazione della Costituzione medesima. Qualcuno pensa addirittura a un mutamento epocale, contrassegnato da una sorta di rivincita finale del diritto sulla politica, che si gioca sulla figura della Costituzione come norma giuridica, che vive ormai essenzialmente nei tribunali, che non è più irrevocabilmente una cosa della politica.

Si potrebbe in effetti rileggere la nostra storia costituzionale in questa chiave, segnando alcune tappe: dalla prima sentenza della Corte del 1956 – che anche Luciani rilegge nella sua relazione – alla nuova cultura della legalità degli anni Sessanta, di cui sono efficace espressione le note risoluzioni del Congresso della Associazione nazionale dei magistrati del 1965, entro cui si ragiona ormai decisamente di applicazione diretta della Costituzione, da parte del giudice ordinario, fino ai dibattiti odierni sulla “interpretazione conforme“ che secondo alcuni sembra alterare i caratteri del nostro controllo di costituzionalità, mettendo in discussione la scelta in senso accentrato dei nostri costituenti. Si tratta di tappe diverse di un medesimo processo, che sembra condurre verso una crescente valorizzazione della Costituzione come norma giuridica, dotata di forza normativa propria indipendente dalla interposizione del legislatore, e capace perciò di operare direttamente nel quotidiano esercizio della giurisdizione. Così si potrebbe dunque riassumere il senso della trasformazione di cui stiamo discorrendo: dalla Costituzione come *loi politique* alla Costituzione come norma giuridica. Si può ora tentare di formulare un bilancio di tale trasformazione.

Per un primo aspetto, si deve ragionare a nostro parere di un bilancio positivo, che si percepisce in modo particolare come tale inserendo la nostra trasformazione nella più ampia storia del costituzionalismo. In effetti, tutta la più recente storia del costituziona-

Osservatorio sulle fonti

lismo, quella che si svolge tra Otto e Novecento, nell'età del positivismo e dello Stato legislativo di diritto, potrebbe essere intesa come la storia di un travaglio, e di una lotta, tesa a superare quella condizione storica per cui solo la legge è dotata di forza normativa, ovvero solo la legge possiede la forza necessaria a disciplinare i rapporti tra i soggetti, mentre la Costituzione si limita a disegnare il *frame of government*, rimane appesa lì in alto, potendo a sua volta acquisire forza normativa solo attraverso la legge, l'attuazione legislativa. Sotto questo profilo, la nostra trasformazione, di cui stiamo discorrendo, non può non essere considerata nel senso di una progressiva conquista, come esito di una battaglia ingaggiata già all'indomani della emanazione della Costituzione per il riconoscimento della piena normatività dei principi costituzionali, di un processo che si svolge a favore di una Costituzione sempre più riconosciuta come autentica norma giuridica, come tale operante direttamente nella giurisdizione.

Tuttavia, non si può derivare da tutto ciò la conseguenza estrema della acquisita irrilevanza del fondamento materiale della Costituzione, come se questa fosse capace di stare in piedi da sola. Un conto è rivendicare alla Costituzione piena forza normativa, altro conto è pretendere che questa forza si espliciti per virtù propria, come se improvvisamente non fosse più necessario rinviare a un principio generatore. Non è così. Lo Stato costituzionale non può essere inteso come mero ordinamento di principi giurisdizionalmente amministrato, che vive ormai solo in funzione di un bilanciamento ottimale, e ideale, tra quei principi. La storia aiuta ancora una volta a capire quanto poco sia plausibile un esito di questo genere. In effetti, lo Stato costituzionale storicamente non nasce solo per affermare la supremazia della Costituzione come norma giuridica ma anche per rilanciare il principio di sovranità popolare, per superare il carattere angusto del parlamentarismo liberale: i due profili sono inscindibili, sono le due direttrici lungo le quali si produce il superamento dello Stato legislativo di diritto. Non si può volere l'uno dimenticando l'altro. Con lo Stato costituzionale, il popolo sovrano non può essere più considerato una sorta di forza primigenia cui ricorrere continuamente; né si possono istituire in suo nome poteri legalmente incontrastabili. Ma non è questo un buon motivo per ritenere che quel medesimo Stato possa stare in piedi da solo, con la sua Costituzione senza origine, senza fondamento.

Vi sono poi almeno altri due motivi di fondo che inducono a non eliminare dal nostro orizzonte la ricerca sul fondamento materiale della Costituzione. Essi attengono alle sfide di cui è sottoposto lo Stato costituzionale nel nostro tempo storico.

Si tratta in primo luogo della "sfida populistica". Si risponde a questa sfida non separando, e non contrapponendo, l'aspetto *legal* e quello *political* del costituzionalismo. Se lo si facesse, se si accettasse cioè una logica contrappositiva, ne deriverebbe una situazione assai pericolosa. Da una parte, avremmo un costituzionalismo inteso essenzialmente come bilanciamento di principi in sede giurisdizionale, condotto con la presunzione di realizzare per quella via un diritto giusto, in sé misurato ed equo, contro il diritto legislativo, in sé ritenuto – quasi savignyanamente, si sarebbe tentati di dire – come un diritto disarmonico, frammentato, incoerente, di origine sempre più contingente; dall'altra avremmo specularmente, per contrapposizione, la riproposizione della decisione degli organi rappresentativi del principio democratico come unica origine legitti-

Osservatorio sulle fonti

ma del diritto, in nome di un malinteso principio di sovranità popolare. È questa una situazione che in parte già stiamo vivendo: la tendenza ad affermare il diritto-ordine dato dalla giurisprudenza contro il diritto-strumento di origine politica, e viceversa, ovvero la tendenza a ripristinare il primato del diritto di origine politica sul diritto dei giudici. Bisogna invece che lo Stato costituzionale esca fuori da questa logica contrappositiva, realizzando un equilibrio tra i due aspetti: che sia capace, non solo di bilanciamenti ragionevoli, ma anche di decisioni assunte in funzione di soggetti in esso rappresentati. Altrimenti l'aspetto *legal* viene ad essere ipostatizzato, e lo Stato costituzionale rischia di essere percepito come Stato neo-giurisdizionale, come se la sua missione storica fosse quella di ripristinare il primato dei legisti, se non addirittura di ripristinare la storica componente aristocratica del costituzionalismo.

La seconda sfida è relativa all'esigenza di mantenere fermo il concetto del "nucleo fondamentale" della Costituzione come limite materiale al procedimento di revisione. È questo un concetto già presente al tempo della Rivoluzione, che indicò infatti con la Dichiarazione dell'89, all'articolo 16, nella garanzia dei diritti e nella separazione dei poteri, il nucleo essenziale di ogni possibile Costituzione del futuro, che si volesse porre sulla scia dei principi della Rivoluzione; un concetto parzialmente accantonato nell'età successiva, nel corso del diciannovesimo secolo, e poi ripreso proprio con le Costituzioni del Novecento, con l'età delle democrazie costituzionali. Non si deve dimenticare che lo stesso Mortati individuò tra le funzioni più importanti della sua Costituzione in senso materiale proprio quella di concorrere a individuare il nucleo fondamentale della Costituzione. A me piace anzi pensare che l'articolo 139 della nostra Costituzione sia culturalmente figlio di questa idea: che una Costituzione esiste prima di tutto perché possiede un nucleo fondamentale che la qualifica, che le consente di essere qualcosa di più di un insieme di leggi costituzionali, e che per questo motivo è sottratto al procedimento di revisione. Come il perno che tiene uniti tutti i diversi pezzi di cui la macchina si compone. Se lo allenti la macchina funziona sempre meno come unità complessa, e sempre più assume il significato di un oggetto variamente componibile, e scomponibile.

Questo concetto è del resto l'unico criterio utile che abbiamo per distinguere la riforma autentica della Costituzione, che come tale avviene sempre nel rispetto di quel nucleo, dalla sua eversione, o comunque dalla sua trasformazione in altro, magari anche nel rispetto formale della procedura stabilita dalla Costituzione per la sua revisione. Il punto però è che quel nucleo è percepibile solo sul piano del fondamento materiale, ovvero sul piano storico del patto costituente, che sorregge la costituzione, e dei suoi contenuti. In altre parole, non si percepisce quel nucleo rimanendo entro una logica puramente normativistica. Riprendo qui il concetto – recentemente riformulato da Augusto Barbera² – di "ordine costituzionale", che a sua volta rinvia all'ordinamento come dimensione primigenia della esperienza costituzionale, entro cui si forma il nucleo fondamentale della Costituzione, che ad essa conferisce identità sul piano storico, e che non per caso è perciò sottratto al procedimento di revisione. Mancando questa profondità

² A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, n. 2, pp. 311 e ss..

Osservatorio sulle fonti

storico-materiale, ovvero rimanendo all'interno di una logica puramente normativistica, la Costituzione perde quota, diviene sempre più simile ad un mero insieme di leggi costituzionali, e si espone perciò ad essere ben più facilmente scomponibile. Questo è il pericolo che vorrei sottolineare a fronte di un costituzionalismo che qualche volta rischia di risolversi in mera tecnica compositiva, da esplicitare essenzialmente sul piano giurisprudenziale, nella completa indifferenza per il problema del fondamento.

Tutta questa problematica – così come rielaborata dallo stesso Barbera – è certamente figlia della Costituzione in senso materiale di Mortati, anche se da essa diversa, perché ora non più legata a doppio filo all'altra grande idea, quella della costituzione come indirizzo fondamentale, com'era ancora in Mortati. In modo più consono a tempi storici mutati, che non sembrano essere più quelli della Costituzione come progetto collettivo condiviso, rimane comunque ferma l'idea che la Costituzione vige perché è riconosciuta come tale, come norma fondamentale, nella società, tra le forze che operano nella società ; e che l'accordo tra quelle forze si struttura nel senso di un ordine costituzionale, è cioè quel tipo di accordo destinato a esprimersi in principi che si traducono in norme, che si compongono in ordinamento. I caratteri più essenziali di questo ordinamento danno per l'appunto come risultato il nucleo fondamentale della Costituzione. Guai se dovessimo perdere di vista questa dimensione, e con essa la consapevolezza del fondamento storico-materiale della Costituzione. Ne deriverebbe un bilancio ben misero della nostra età, della età dello Stato costituzionale. Non sarebbe più l'età del trionfo della Costituzione, della conquista della sua piena normatività, ma al contrario l'età della sua dissoluzione, della sua dispersione, della sua riforma senza bussola e senza consapevolezza, di volta in volta secondo le esigenze politiche del momento. In effetti, ciò che minaccia davvero la Costituzione oggi è questa sorta di sua possibile dispersione nella attualità, la tendenza a comporre e scomporre al momento, ad assimilare anche la Costituzione alle cose del nostro tempo, che vuole che tutto sia infinitamente modificabile, che tutto venga usato, e poi gettato, con la massima rapidità possibile.