

Luigi Lacchè

La Costituzione nel Novecento

Percorsi storici e vicissitudini
dello Stato di diritto



Giappichelli

Premessa.

La Costituzione nel Novecento e lo Stato di diritto

Costituzione e Novecento: un binomio indefettibile e al tempo stesso problematico. Parliamo del lungo Novecento che giunge, a ben vedere, sino a noi e che è iniziato dalle parti della Prima Guerra Mondiale, tracciando poi le linee contorte di un secolo costellato da immani tragedie, sfide innumerevoli e grandi speranze. Sembra un secolo diviso a metà: nella prima parte troviamo vari tentativi di costruire nel continente europeo un ordine costituzionale capace di organizzare, a seconda dei contesti, le nuove società di massa, eterogenee, pluralistiche e conflittuali, destinati, per buona parte, a soccombere di fronte all'avanzata dei regimi autoritari e totalitari. La seconda metà invece appare contraddistinta dall'affermazione progressiva del costituzionalismo democratico, accentuata dopo il crollo dei regimi post-sovietici. Queste però sono linee di tendenza e proprio negli anni del secolo XXI abbiamo visto indebolirsi la spinta ad ampliare i confini della democrazia costituzionale e dello Stato di diritto. Insomma, per più versi i caratteri storici del binomio Costituzione e Novecento non sono del tutto alle nostre spalle.

La democrazia costituzionale può essere vista come un grande albero con numerose e intricate radici, alcune lontane, altre più vicine. È come se la Costituzione nel Novecento contenesse e cercasse di ricomporre alcuni "pezzi" delle precedenti "generazioni" di testi e momenti costituzionali: ovvero la costituzione settecentesca del potere costituente (*We the People, Nous la Nation*) nata dalle grandi rotture rivoluzionarie, quando il popolo/nazione cominciò a rappresentarsi come unità politica consapevole di esistere e di avere una originaria capacità di agire; e poi la costituzione liberale del XIX secolo, in prevalenza monarchica, elitaria, che cercò invece di depotenziare la

dimensione costituente attraverso un'idea di ordine politico-costituzionale storicamente determinato, sulla scia della costituzione-mito britannica.

Negli ultimi anni mi è capitato di riflettere su alcuni dei temi e dei problemi che hanno caratterizzato la vicenda novecentesca del costituzionalismo. I sei capitoli di questo volume – pur nati da occasioni diverse – sono uniti da un filo rosso e, in particolare, da due questioni strettamente collegate che hanno contrassegnato il Novecento: i mutamenti della forma e dei contenuti della costituzione, le vicissitudini dello Stato di diritto. Sono questioni che, muovendo dalla dimensione storica, arrivano sino a noi e ci aiutano a riflettere meglio sulla fase difficile e, forse, “confusa” che stiamo vivendo.

Nel capitolo I si mettono “a confronto” – cioè si “misurano” su alcune questioni fondamentali – l'esperienza italiana del costituzionalismo liberale e dello Statuto fondamentale (concesso nel 1848 da Carlo Alberto ai sudditi del Regno di Sardegna) e la Costituzione repubblicana entrata in vigore un secolo dopo. Da un lato c'è la tradizionale declinazione liberale della costituzione-tempo, fatta di esperienza, prassi, lento adattamento. La costituzione si costruisce nello scandaglio della storicità, si rispecchia, nel suo progredire, in forme, equilibri e modi di essere della società e delle sue principali articolazioni. Prima viene l'ordine costituzionale dato, la *Verfassung* direbbero i tedeschi, poi la costituzione scritta (*Konstitution*) che ne è una parte, importante, ma insufficiente da sola a rispecchiare la dimensione materiale dell'assetto sociale (basti pensare alla costituzione economica del codice civile). Dall'altro lato, la rivoluzione costituzionale del 1948 – esempio mirabile di Costituzione democratica del secondo Novecento – pensa il tempo in termini di “futuro” e non più di passato, storicità, tradizione. Nel capitolo I le “misure” per esaminare sinotticamente i due grandi blocchi della storia costituzionale italiana sono le coppie sovranità politica/supremazia normativa della Costituzione; flessibilità/rigidità della Costituzione; diritti/libertà; legalità/costituzionalità. Tutti temi cruciali. Ma la Costituzione del Novecento è *forte* se contiene e veicola un programma, un indirizzo, se è *volontà di futuro* capace di indirizzare la società nata dalle ceneri della dittatura e di ciò che restava dello Stato liberale. La novità della Costituzione italiana sta proprio in ciò che i liberali “ottocenteschi” (ma anche una parte dei costituenti democratici) stentavano a comprendere: la sua «eccedenza progettuale». Essa immagina una società che sta oltre le condizioni reali del presente. La costituzione democratica è quindi «una freccia del futu-

ro». Essa nasce dalla società costituente e dal conflitto “naturale” tra soggetti concreti e sempre più “compositi” (lavoratori, consumatori, imprenditori, ecc.) e appresta principi, regole e meccanismi istituzionali che dovrebbero consentire alla società stessa di progredire.

Negli anni che precedettero e seguirono la prima guerra mondiale sembrò possibile avviare questa trasformazione. Nel capitolo II si parte dal problema europeo della “crisi dello Stato liberale”. La «stupenda creazione del diritto», lo Stato nazionale creato nel XIX secolo, mostrava già ad un osservatore attento come Santi Romano (*Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1909) le crepe di un edificio costruito per governare un universo più “semplice”, da un lato lo Stato moderno, sovrano, e dall’altro gli individui-atomi. Una “forma di Stato” chiamata ora a misurarsi con le sfide del collettivo: economia industriale, avanzata della tecnica, associazionismo e sindacalismo.

La guerra mondiale funzionò quindi da straordinario catalizzatore e accelerò il manifestarsi di fenomeni già visibili. Gli Stati liberali avevano vinto la guerra, ma per vincere la pace dovevano essere in grado di riformare in profondità la loro costituzione. Il dilemma era: uscire dalla guerra dal lato delle libertà e della partecipazione o da quello dell’autoritarismo? Se in Italia il neonato “Stato dei partiti” identificò nel complesso delle riforme elettorali e parlamentari del 1919-1920 il presupposto per creare una democrazia di massa fondata sul pluralismo politico, in Germania la Costituzione di Weimar offrì, proprio dal 1919, un primo disegno di indubbia innovazione costituzionale. Weimar – fenomeno per taluni aspetti radicalmente tedesco – divenne così uno “specchio” per gran parte dell’Europa.

Prima di diventare l’esempio paradigmatico del fallimento dello Stato nuovo, “sociocentrico” e ad indirizzo labouristico, la Costituzione weimariana sembrò ad un liberale come Francesco Ruffini una prima concreta risposta ai pericoli di “sovietizzazione”. Ancora nel 1925 «Il fondamento della Costituzione repubblicana dell’Impero tedesco è risultato invero quello di uno Stato democratico, e cioè costituzionale e parlamentare: – vale a dire, di un vero Stato liberale». Basta leggere l’art. 151 della costituzione tedesca del 1919 per comprendere la novità del linguaggio: «L’ordinamento della vita economica deve corrispondere alle norme fondamentali della giustizia e tendere a garantire a tutti un’esistenza degna dell’uomo». È la costituzione social-democratica a determinare le nuove condizioni di unità politica attraverso la logica del compromesso e del governo del conflitto. Proprio ciò che, nel fallimento, verrà additato come il fattore di delegittimazione di

una costituzione considerata “debole”, fonte di instabilità e di contraddizioni.

A prescindere dall’esito, come detto, la costituzione weimariana divenne un punto di riferimento per diversi Stati nati o restaurati dopo la guerra, l’emblema stesso della costituzione sociale che cercava di dare “forma” alla più importante “rivoluzione” costituzionale del primo Novecento. James Bryce (*Modern Democracies*, 1921) – dopo la vittoria della “democrazia” sui regimi autocratici e l’entrata in vigore di alcune nuove costituzioni liberal-democratiche – poteva ancora nutrire delle speranze circa le potenzialità del regime democratico, del libero governo e dello stato di diritto. «Vediamo popolazioni arretrate, a cui era sconosciuta la concezione stessa della libertà politica, chiamate a tentare il tremendo compito di creare istituzioni di autogoverno. Cina, India e Russia, nel loro insieme, contengono metà o più della popolazione del globo, quindi il problema di fornire loro un governo libero è il più grande problema che l’arte di Stato abbia mai dovuto risolvere». Lord Bryce notava, ma non senza inquietudini, che «[...] il numero delle democrazie è raddoppiato nel mondo nello spazio di quindici anni». Guardare in direzione di Weimar significò confrontarsi con quella complessa costellazione di temi e di questioni che hanno dato vita al primo significativo e controverso laboratorio del costituzionalismo democratico del Novecento, nel contesto della guerra, del crollo dell’Impero guglielmino e della crisi generale dello Stato monoclasse.

Se lo Stato costituzionale di Weimar poteva essere visto come un *Upgrade* dello Stato liberal-democratico in via di trasformazione, la nozione di “Stato di diritto” – come si può vedere nel cap. V – non può dirsi univoca. Il *Rule of law* di Dicey e della tradizione britannica non è un mero sinonimo del *Rechtsstaat* tedesco o, ancora, de l’*Etat légal* francese o dello Stato di diritto dei liberali italiani. Ovviamente, ci sono matrici e principi comuni ma la contestualizzazione può aiutare a comprendere meglio il valore e il significato storico di queste varie declinazioni. Per Dicey il *Rule of law* è uno dei pilastri della costituzione britannica le cui disposizioni «non sono la fonte ma la conseguenza dei diritti delle persone, così come definiti e fatti valere dai tribunali [...] quindi la costituzione è il risultato della legge ordinaria del paese». Sul Continente è l’idea della centralità e della supremazia della legge dello Stato – quale ne sia il fondamento – a restare salda. Da un lato la cultura del *common law decision-making*, governato dai giudici che divennero, nel contesto americano, guardiani della costituzione scritta, grazie dapprima all’“invenzione” e poi allo sviluppo del si-

stema di controllo giurisdizionale del legislativo. Dall'altro la cultura statocentrica, limitata e sorretta dalla legge, dove la tutela dei diritti e delle libertà individuali era garantita principalmente dall'apparato interno del potere legislativo e dello Stato amministrativo. Le teorie (fra tutte quella di Kelsen) e l'esperienza dell'Alta Corte costituzionale austriaca cercarono di dare soluzione al problema più antico dello Stato moderno continentale, ovvero la «posizione» del potere giudiziario all'interno dell'organizzazione statale.

Il cammino della costituzione democratica e dello Stato di diritto sembrò interrompersi in una parte rilevante dell'Europa continentale proprio negli anni di iniziale apertura ai nuovi concetti del costituzionalismo. Questo processo fu colto all'inizio del guado. Il caso italiano è emblematico. Il cap. III analizza il problema del passaggio dallo Stato liberale allo Stato fascista. La ricerca della *costituzione fascista* non può arrestarsi al livello della contraddizione in termini, se non dell'ossimoro. In realtà, il ventennale e affannoso dibattito sul *problema* costituzionale del fascismo generò fasi "costituenti" e un *groviglio* che denuncia "confusione" ma anche l'intrecciarsi di questioni e temi tipici del Novecento e non confinabili solo all'interno delle dinamiche specifiche del regime. In realtà la costituzionalizzazione autoritaria ha provato ad offrire, senza un vero progetto iniziale e restando schiacciata dalle sue contraddizioni, "risposte" ad almeno tre fenomeni centrali e concomitanti del Novecento: la "crisi" della costituzione liberale segnata, prima, durante e dopo la guerra mondiale, dall'avanzata delle masse e da tumultuosi processi di democratizzazione; il rapporto tra il regime politico-costituzionale e i nuovi fini sociali e collettivi dello Stato legati al lavoro e alla produzione; la "disgregazione" dell'autorità statale da difendere e "modernizzare" proprio attraverso la edificazione di una *costituzione autoritaria*. In questo senso la *costituzione fascista* è al tempo stesso il processo di costruzione di un edificio unico per struttura e forme e, alla fine, un tentativo fallito di concepire, nello spazio autoritario, *un altro modo* di organizzare i rapporti tra potere, masse e società.

Le vicissitudini dello Stato di diritto tra le due guerre misero dunque a nudo i limiti intrinseci della «stupenda creazione del diritto» dei giuristi liberali. I regimi totalitari riuscirono abilmente a sfruttarne i suoi "lati oscuri" ma anche lo stesso principio formale, legittimante, di legalità. I dibattiti sullo *Stato giuridico* nell'Italia fascista e sul *Rechtsstaat* nella Germania prenazista e nazista mostrano strategie diverse nell'abusare dell'ambiguità semantica e retorica di quei concetti.

Entrambi i riferimenti hanno svolto funzioni diverse nell'affrontare l'eredità del nucleo comune dello Stato di diritto: separazione tra Stato e società, individualismo, parlamentarismo, tutela dei diritti, divisione dei poteri. Per Carl Schmitt lo Stato di diritto ottocentesco non era più in grado di ricondurre a unità politica il pluralismo conflittuale dello Stato legislativo (la Repubblica di Weimar ne era, infine, il paradigma negativo) ed era quindi necessario fondare lo Stato "totale" (*der Totale Staat*). Il *Rechtsstaat* appariva un concetto politico obsoleto, archiviato come qualcosa del passato. Per Schmitt tutti i concetti politici, con un significato polemico, erano legati a una situazione concreta: *Rechtsstaat* all'inizio degli anni Trenta aveva ben poco di nobile, una sorta di generico *passepertout* evocato per diffamare i suoi presunti "nemici".

Negli anni Trenta, mentre Schmitt affermava lapidario, dalla prospettiva politico-sostanziale, che «La Costituzione di Weimar non è più in vigore», Costantino Mortati rifletteva, come nessun altro in Italia, sulla dottrina costituzionale weimariana (cap. II). Ciò voleva dire leggere le questioni contingenti legate al regime fascista alla luce dei grandi temi legati al nuovo Stato pluriclasse, alla crisi dei regimi liberal-democratici di massa e alle questioni metodologiche e al lessico concettuale del nuovo diritto pubblico in formazione. Weimar come fenomeno della crisi o dissoluzione di un ordine basato sulla transizione dualistica della forma di governo, ma, soprattutto, come "nuova forma del mondo", comprensibile – come fece Mortati – nei termini di una rinnovata *teoria della costituzione*. Nel fallimento di Weimar c'è una parte di passato ma anche una porzione non trascurabile di futuro. Weimar si può leggere enfatizzando "ciò che resta" del *Reich* e della sua struttura monarchico-costituzionale o, invece, valorizzando la dimensione avanguardistica, una sorta di *Bauhaus* del costituzionalismo novecentesco. Alcune delle critiche mosse alla costituzione di Weimar – in particolare sui caratteri genetici: eterogeneità dei soggetti politici "portatori" e necessario "compromesso" costituente – coglievano gli aspetti problematici ma non il fatto che ciò annunciava il nuovo costituzionalismo del Novecento ancorato al problema delle masse, al ruolo dei partiti, all'inevitabile pluralità/conflitto di principi, valori e interessi "frazionari" e alla necessità di raggiungere mediazioni e "compromessi" politico-costituzionali.

Nel corso degli anni Trenta si cominciò a volgere lo sguardo verso nuovi ambiti di riflessione – legati in maniera intricata alle trasformazioni mondiali del dopoguerra e alle trasformazioni *place specific* det-

tate dal fascismo – cominciando a definire i contorni del governo d'indirizzo e di partito. Il metodo giuridico venne integrato da prospettive realistiche, di ascendenza storico-filosofica e sociologica, ridefinendo il rapporto/confine fra diritto e politica. Nella visione di questa *nouvelle vague* – che giocherà un ruolo assai importante nel successivo processo costituente – si cominciò a ripensare le categorie del diritto pubblico in grado di leggere in maniera più articolata il problema della crisi dello “Stato moderno” e soprattutto del rapporto tra società e costituzione.

Come si può cogliere dal cap. IV, questa stessa attitudine fu centrale presso gruppi di intellettuali impegnati nella resistenza al fascismo e spesso segnati dall'esilio, dal carcere e dal confino. Alla ricerca di nuove vie, non avevano certezze granitiche ma erano sicuri del fatto che non sarebbero stati i concetti politici (e giuridici) della tradizione a poter fronteggiare da soli le immense sfide che si stavano profilando sul piano nazionale ed europeo. «Nel tetro inverno 1940-41, – racconta Altiero Spinelli nelle sue memorie – quando quasi tutta l'Europa continentale era stata soggiogata da Hitler, l'Italia di Mussolini ansimava al suo seguito, l'URSS stava digerendo il bottino che era riuscita ad afferrare, gli Stati Uniti erano ancora neutrali e l'Inghilterra sola resisteva, trasfigurandosi agli occhi di tutti i democratici d'Europa in loro patria ideale, proposi ad Ernesto Rossi di scrivere insieme un “manifesto per un'Europa libera e unita”, e di immetterlo nei canali della clandestinità antifascista sul continente».

Al fondo della riflessione che portò al cd. Manifesto di Ventotene – il cui titolo originale era *Per un'Europa libera e unita. Progetto d'un manifesto* – c'è lo stesso tema che assillava i giuristi: lo Stato moderno, nazionale, di diritto e la sua crisi. Per Spinelli, Rossi e il gruppo dei federalisti italiani erano stati i «Leviatani impazziti» a trascinare di nuovo le nazioni europee in una guerra ancor più catastrofica. Nel primo capitolo del *Manifesto – La crisi della civiltà moderna* – si analizza il processo degenerativo dello Stato nazionale: da soggetto affrancatore (garante di libertà, unità, indipendenza, civiltà) a «entità divina» portatrice di una concezione assoluta della sovranità foriera di volontà di dominio, di *spazi vitali*, di egemonia del più forte. Ma non era neppure sufficiente tornare ad essere “democratici”. Solo grazie al processo federativo di un'Europa rinnovata si sarebbe potuto costruire una nuova *visione* dell'unità politica e costituzionale.

Ormai a ridosso dell'avvio del processo costituente, l'analisi storica della costituzione di Weimar, in virtù del suo carattere paradigmatici-

co, può offrire, scrive Mortati, un insegnamento cruciale: «[...] che una democrazia moderna non può validamente poggiare sull'impalcatura caratteristica dello Stato liberale dell'800, ma esige che l'assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, perché è dalla profonda ed intima compenetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le vere ragioni della sua solidità». La nuova Costituzione deve poggiare su questo *spazio di compenetrazione* di unità politica e società, elementi non più divisi come nell'Ottocento. La *costituzione in senso materiale* divenne il concetto per definire la dimensione della legalità costituzionale elaborata dall'ideologia delle forze politiche dominanti capaci di tradurre in norma fondamentale i principi sociali di ordine. Esso determinava un assetto politico-giuridico che consentiva di "suturare" il rapporto tra Stato e società. La nuova costituzione avrebbe dovuto essere «(...) la fase terminale, di assestamento, di un processo di trasformazione del precedente sistema di relazioni sociali, l'espressione di un riordinamento, su nuove basi, dei rapporti fra le classi, in altre parole, lo *stabilimentum* di una precedente decisione politica».

Le vicissitudini dello Stato di diritto, specie dopo gli orrori delle dittature e della guerra, spinsero i nuovi Stati democratici a dar vita ad un vero e proprio punto di svolta. La dignità della persona umana, l'uguaglianza, la libertà divennero valori inalienabili posti dalla Costituzione, ontologicamente anteriori allo Stato e al suo diritto. Il costituzionalismo del dopoguerra recupera l'antica "cultura" del limite. Il principio di inviolabilità dei diritti fondamentali richiede l'innalzamento di barriere più alte e più efficienti, a cominciare dall'introduzione delle Corti costituzionali. Il *Rule of law* anglosassone – per un'ampia serie di ragioni – aveva manifestato una forza "intrinseca" anche grazie al *common law decision-making* e, in America, al *judicial review of legislation*. Nel Continente europeo la visione classica dello Stato liberale di diritto era radicata e non fu semplice accogliere il cambio di paradigma alla base dello Stato democratico costituzionale.

Dopo le Costituzioni del secondo dopoguerra (Francia, Italia, Germania, Giappone, India...), si è affermato un nucleo di principi e valori costituzionali come fattore conformativo e in questi ottant'anni si sono succedute varie "ondate" basate, almeno sul piano formale, sulla filiera democrazia/costituzione/Stato di diritto. Si è parlato, non a torto, di "costituzionalismo globale". L'eredità che il Novecento ci ha lasciato in tema di Stato di diritto e di democrazia costituzionale – al di là delle tante possibili declinazioni – consiste nello sforzo per trovare

e preservare un equilibrio effettivo tra democrazia e Stato di diritto, in particolare tra la volontà del popolo e la macchina costituzionale/legale che pone limiti per proteggere e garantire la dignità umana, i diritti fondamentali, il pluralismo e le minoranze.

L'espansione globale tuttavia non è di per sé garanzia di effettivo radicamento della costituzione democratica del Novecento. A parte gli Stati connotati da regimi più o meno dichiaratamente autoritari, il mero *transfer* del costituzionalismo "occidentale" non determina di per sé effetti decisivi. I cataloghi dei diritti e delle libertà, o la presenza di Corti costituzionali, tributo al *mainstream*, vanno visti in alcuni casi all'interno di quadri culturali di riferimento che *risignificano* i valori e i principi del costituzionalismo. Non a caso si è parlato di costituzionalismo di facciata, nominale, per arrivare a fallimenti clamorosi che svelano il *gap* tra la forza delle radici culturali autoctone e la debolezza di "modelli" imposti o accolti per le più diverse finalità da *élites* locali.

Il quadro non è senza ombre neppure se restiamo nei confini dell'Unione europea così toccata dalla lunga vicenda del *Rule of law*. Se è difficile evocare lo spettro delle dittature del passato o l'avvento di nuovi totalitarismi, le insidie non mancano: sono più sfumate e sottili ma non per questo meno preoccupanti. Viktor Orban, premier ungherese, in un discorso del 2014 ha usato l'ossimoro *democrazie illiberali*. Se la democrazia costituzionale ricerca e garantisce – nel governo del conflitto – il punto di equilibrio tra la volontà del popolo (la maggioranza) e i limiti posti dalla Costituzione e dai suoi congegni istituzionali, le democrazie illiberali si sbilanciano dal lato della sovranità popolare allorquando il principio maggioritario diventa la fonte di legittimazione per erodere il secondo pilastro, lo Stato democratico soggetto al *Rule of law*. Non a caso la democrazia maggioritaria e "illiberale" – come per es. in Ungheria o in Polonia – tende a indebolire prima di tutto la magistratura indipendente e le corti costituzionali, ma anche l'autonomia dei media e la libertà di espressione, la parità di trattamento, le organizzazioni della società civile e i governi locali, i diritti delle minoranze, dei richiedenti asilo e dei rifugiati. L'argomento principale utilizzato dalla maggioranza politica è il primato della volontà popolare contro le istituzioni (non elette e perciò "aristocratiche") chiamate a preservare equilibri e meccanismi di controllo, criticate, appunto, allorquando tentino di fare il loro mestiere cioè impedire o limitare l'abuso del potere di governo.

La regressione dello Stato di diritto in uno o più Stati membri minaccia anche le basi dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea.

Dal 2018 la Corte di giustizia dell'Unione Europea ha iniziato a sviluppare due nuovi filoni giurisprudenziali, da un lato dichiarando di essere competente a pronunciarsi su questioni riguardanti l'indipendenza della magistratura, dall'altro ha autorizzato i tribunali nazionali a svolgere un *Rule-of-law check* dei tribunali di altri Stati membri valutando l'indipendenza e l'imparzialità delle autorità giudiziarie che hanno emesso un mandato d'arresto europeo. Il 16 dicembre 2020 il Parlamento e il Consiglio europeo hanno adottato un regolamento (2020/2092) relativo a un regime generale di condizionalità per la protezione del bilancio dell'Unione. Si tratta di un testo di grande rilevanza che intende puntellare la democrazia costituzionale e lo Stato di diritto nello spazio europeo. Uno degli effetti è la creazione di un meccanismo che subordina la concessione di fondi europei ai singoli Stati membri all'effettivo rispetto del principio dello Stato di diritto, di cui si ricapitolano i caratteri fondamentali e le principali ipotesi di violazione. La recente risoluzione del Parlamento europeo (15 settembre 2022) – votata ad ampia maggioranza – vuole influenzare la proposta di decisione del Consiglio in merito alla constatazione (*ex art. 7, § 1, Trattato sull'Unione europea*) dell'esistenza di un evidente rischio di violazione grave da parte dell'Ungheria dei valori – accettati al momento dell'ingresso nell'Unione – su cui si fonda l'Europa. In quella sede l'Ungheria è stata definita un «regime ibrido di autocrazia elettorale». La Commissione Europea minaccia l'Ungheria di un consistente taglio dei fondi europei ad essa destinati attivando quindi il meccanismo introdotto nel 2020.

Queste vicende degli ultimi anni mostrano ancora una volta i pericoli insiti nella strumentalizzazione dello Stato di diritto e della democrazia costituzionale. La “reazione” europea, pur con i suoi tempi, testimonia la volontà di apprestare soluzioni adeguate per difendere l'*hard core* del costituzionalismo democratico del XX secolo che è passato attraverso dure prove.

Anche la pandemia da COVID-19 ha rappresentato una grossa sfida per gli Stati di diritto e per l'Unione Europea. Infatti questo tipo di emergenza radicalizza, enfatizza, in alcuni casi fa esplodere il rapporto tra diritto e società, diritto e potere. Gli apocalittici hanno scomodato categorie come dittatura e stato d'eccezione, ma l'emergenza costituzionale è una figura della democrazia e non del suo contrario. Lo stato d'emergenza non può non essere uno stato di *stress* per la Costituzione e per l'intero ordinamento democratico. Innegabili sono alcuni problemi di fondo che vanno affrontati – come è stato fatto – all'interno

del quadro costituzionale, non senza problemi e dubbi. Il cap. VI cerca di mostrare l'importanza di "storicizzare" a fondo i quattro paradigmi che si ricollegano a diverse fasi della storia dello Stato moderno e dei suoi assetti costituzionali: il primo evoca il concetto di *straordinario* all'interno della parabola dello Stato giurisdizionale; il secondo la categoria della *necessità* nel contesto dello Stato liberale di diritto; il terzo richiama l'*eccezione* nell'esperienza della crisi dello Stato di diritto e poi nella formazione dello Stato totalitario; il quarto mette al centro l'*emergenza* nell'ordinamento costituzionale italiano vigente.

La Costituzione nel Novecento designa dunque un lungo e difficile percorso per garantire un punto di equilibrio, di *tensione* strutturale, tra la democrazia moderna e lo Stato di diritto. La nozione di democrazia riguarda la legittimazione del potere politico, quella di Stato di diritto i limiti procedurali e sostanziali all'esercizio del potere incidendo anche, positivamente, sulla stessa formazione della volontà popolare. Le istanze populistiche vogliono rompere questo rapporto *costitutivo*, richiamandosi al mito ideologico della democrazia identitaria e "immediata" senza le mediazioni rappresentative dello Stato di diritto che definisce i confini dello Stato democratico. La *tensione* è il sale della relazione tra i due termini ma non può diventare *opposizione*: il rischio fondato è quello di imboccare la strada che conduce alla "democrazia illiberale". La Costituzione democratica – come si è visto negli ultimi anni in Europa – vive *under the Rule of law* ma al centro resta sempre il problema del "governo degli uomini". Se vogliamo che la Costituzione democratica continui ad essere la nostra "freccia del futuro", non dobbiamo dimenticare che essa va costantemente nutrita e difesa.

I sei capitoli che formano il volume sono in origine usciti come saggi, pubblicati tra il 2019 e il 2022, su riviste e opere collettanee. Ho apportato solo piccole integrazioni o modifiche formali. Ringrazio vivamente i colleghi che hanno curato in origine la loro pubblicazione.

I – *Settant'anni di Statuto Albertino e settant'anni di Costituzione repubblicana: analogie e differenze (Storia delle costituzioni)*, in *Le età della Costituzione 1848-1918, 1948-2018*, a cura di Luca Geninatti Satè, Jörg Luther, Antonio Mastropaolo, Chiara Tripodina, Milano, Franco Angeli, 2019, pp. 13-39.

II – *L'esperienza costituzionale di Weimar nel dibattito italiano (1919-1948)*, in *Weimar 1919. Alle origini del costituzionalismo democratico tedesco*, a cura di M. Gregorio, Milano, Giuffrè, in corso di pubblicazione.

III – *Un groviglio costituzionale. Fasi e problemi della costituzione “fascista” nelle trasformazioni del regime*, in *Journal of Constitutional History / Giornale di storia costituzionale*, 43, I, 2022, pp. 5-14.

IV – *Agli albori dell’Europa libera e unita: per gli ottant’anni del Manifesto di Ventotene (1941-2021)*, in *Quaderni costituzionali* / a. XLI, n. 4, dicembre 2021, pp. 933-943.

V – È la versione italiana di *Rule of Law metamorphoses in the Twentieth Century*, in *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*, ed. by Giuliano Amato, Benedetta Barbisan and Cesare Pinelli, Hart Publishing, 2021, pp. 25-41.

VI – *Le emergenze del diritto. Qualche riflessione storico-giuridica su quattro paradigmi (extraordinarium, necessità, stato di eccezione, stato d’emergenza)*, in *Valori dell’ordinamento vs. esigenze dell’emergenza in una prospettiva multidisciplinare*, a cura di R. Sacchi, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 15-48.

I

Lo Statuto albertino e la Costituzione repubblicana “a confronto”

Sommario: 1. Premessa. – 2. Due mondi lontani: origini, legittimazione e natura delle costituzioni. – 3. Due regimi di temporalità. – 4. Sovranità politica/supremazia normativa della Costituzione. – 5. Flessibilità vs. rigidità della Costituzione? – 6. Legalità, costituzione, diritti.

1. *Premessa*

Il titolo di questo capitolo riflette l'esigenza di proporre una riflessione congiunta, sinottica, sulle due esperienze costituzionali dell'Italia contemporanea. L'occasione offerta dalle celebrazioni degli oltre settant'anni della Costituzione repubblicana è stata assunta quale parametro oggettivo da “comparare” con lo Statuto albertino, in questo caso ritenendo il periodo 1848-1918 un settantennio sufficientemente omogeneo per analizzare e ricostruire le forme e i caratteri della prima costituzione liberale. Ovviamente, parliamo di un *escamotage* per tentare di tracciare una linea di riflessione – invero problematica – su «analogie e differenze». Tutti sanno che lo Statuto albertino non “muore” negli anni della fine della Prima Guerra Mondiale. La sua “esistenza” durante il periodo fascista è stata sempre più inficiata dall'ambigua e progressiva trasformazione del *regime politico*¹ e nondimeno l'art. 5 dello Statuto albertino (la ‘cassaforte’ della *costituzione* monarchica sabauda) e i suoi corollari sono stati alla base della nomina di Benito Mussolini a presidente del Consiglio dei ministri dopo la Marcia su Roma e, soprattutto, dell'esautorazione del Duce dopo il voto del Gran Consiglio nella notte tra il 24 e il 25 luglio 1943 sul-

¹ Su cui v. *infra*, cap. III.

l'ordine del giorno Grandi e la nomina del maresciallo Badoglio a nuovo capo del governo.

Si può quindi identificare il primo settantennio dello Statuto albertino con il processo di formazione e di sviluppo dello Stato liberale di diritto andando verso i primi segni di una possibile trasformazione in senso “democratico”. Ma il Ventennio fascista non può essere messo tra parentesi, tanto più per comprendere sino in fondo talune scelte dei Costituenti nel secondo dopoguerra. L'Italia unita ha avuto due costituzioni “formali”², la costituzione *composita*³ del regime fascista e il breve, ma fondamentale, periodo di transizione della cd. costituzione “provvisoria”⁴. Rispetto a questo quadro i piani degli assetti di potere, dell'ordine costituzionale, dei regimi politici e delle forme dello Stato sono ben più complessi dei due evocati settantenni. Ma proprio questo può essere il profilo di interesse in un approccio sintetico richiesto per cogliere elementi di continuità e di cesura.

In questa sede cercherò di mettere alla prova la “storicità” del fenomeno costituzionale cercando di selezionare, senza alcuna pretesa di esaustività, taluni dei principali nodi concettuali che caratterizzano la vicenda italiana. Mi riferisco, in particolare, alle diverse fonti di legittimazione, ai rispettivi “regimi di temporalità”, alle categorie di so-

² Maurizio Fioravanti ha analizzato lo Statuto albertino e la Costituzione repubblicana in «quanto ciascuna di quelle Costituzioni sia stata capace, partendo dalla sua formale vigenza, di essere in senso pieno ed autentico *legge fondamentale*». Cfr. *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma, Laterza, 2009, ora in Id., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, pp. 281-282.

³ Su cui si può vedere ora *Il 'groviglio costituzionale' del fascismo: materiali per una mappa concettuale*, numero speciale a cura di M. Gregorio, L. Lacché, I. Stolzi, *Journal of Constitutional History / Giornale di storia costituzionale*, 43, II, 2022.

⁴ Sulla nozione v. V. Gueli, *Diritto costituzionale provvisorio e transitorio*, Roma, Soc. editrice Foro Italiano, 1950. Cfr. P. Barile, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1962, pp. 37 ss.; E. Piscitelli et alii (a cura di), *Italia 1945-'48. Le origini della Repubblica*, Torino, Giappichelli, 1974; E. Cheli (a cura di), *La fondazione della Repubblica. Dalla costituzione provvisoria alla Assemblée costituente*, Bologna, il Mulino, 1979, in particolare P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, pp. 31 ss.; A. Pichierrri, *La Costituzione provvisoria. L'ordinamento dello Stato tra Fascismo e Repubblica*, Taranto, Mandanese, 1996; A.G. Ricci, *Aspettando la Repubblica. I governi della transizione 1943-1946*, Roma, Donzelli, 1996; D. Novacco, *L'Officina della Costituzione italiana, 1943-1948*, Milano, Feltrinelli, 2000; M. Forno, *1945: l'Italia tra fascismo e democrazia*, Roma, Carocci, 2008.

vranità politica e supremazia normativa della Costituzione, alla distinzione delle costituzioni in flessibili e rigide, alla disciplina costituzionale dei diritti.

2. Due mondi lontani: origini, legittimazione e natura delle costituzioni

Bisogna porsi anzitutto il problema delle origini e della “natura” dei due testi costituzionali. Lo Statuto albertino del 1848 fa parte di quella “famiglia” di testi che “chiudono” l’*âge d’or* delle costituzioni *ottriate*⁵. Se la *Charte constitutionnelle* francese del 1814, taluni testi del *Frühkonstitutionalismus* germanico (per es. Württemberg 1817, Bayern 1818), le costituzioni lusitane (Brasile 1824, Portogallo 1828) aprono e definiscono i termini e i confini essenziali di questo fenomeno, lo Statuto sabaudo nasce, nel 1848, concettualmente “vecchio” ma in sintonia con la cultura politica e costituzionale della classe dirigente liberale del tempo. Il sovrano attrae nel suo raggio d’azione un’idea – quella di costituzione-atto – legata al potere costituente derivante *ab origine* dal popolo “sovrano” e declinato storicamente come *We the People* e *Nous la Nation*. Molti decenni prima del 1848 un nuovo ordine concettuale, destinato a segnare in maniera indelebile le moderne dottrine della costituzione, veniva costruito attorno al popolo che si auto-definiva e si auto-rappresentava come totalità, come unità consapevole di esistere e di avere un’autonoma capacità politica di agire.

Il costituzionalismo “ottriato” va preso sul serio proprio perché rappresenta la principale forma di “reazione” alla prima stagione fondatrice del costituzionalismo liberal-democratico. Dopo la straordinaria accelerazione di fine Settecento, si trattava ora di “raffreddare” la potente dinamo del potere costituente. Concedere la costituzione anziché vedersela “imporre” significava poter stabilire le regole del gioco e “gestire” la transizione politica. È celebre la frase del conte Borelli – nelle giornate “costituenti” del febbraio 1848 – rivolta a Carlo Alber-

⁵ Su questo fenomeno rinvio in generale a L. Lacché, *Granted Constitutions. The Theory of octroi and Constitutional Experiments in Europe in the Aftermath of the French Revolution*, in *European Constitutional Law Review*, 9/II, 2013, pp. 285-314; O. Ferreira, *Les équivoques du “constitutionnalisme octroyé”: un débat transatlantique*, in *Historia Constitucional*, 16, 2015, pp. 67-131, November 2017; Id., *Le constitutionnalisme octroyé. Itinéraire d’un interconstitutionnalisme au XIX^e siècle (France, Portugal, Brésil)*, Paris, Editions ESKA, 2019.

to, titubante ma consapevole della situazione: «bisogna darla [la costituzione], non lasciarsela imporre; dettare le condizioni, non riceverle; bisogna avere il tempo di scegliere con calma i modi e l'opportunità, dopo aver promesso di impiegarli»⁶. Solo in questo modo il re magnanimo avrebbe potuto conservare, nel delicato passaggio costituzionale, il massimo grado di autorità e di prerogative.

La più aggiornata storiografia ha evidenziato l'importanza a livello europeo del costituzionalismo monarchico – visto come un laboratorio complesso, specifico e duraturo (il “lungo diciannovesimo secolo”, 1814-1918) in cui possiamo osservare le relazioni, le tensioni e i conflitti tra tradizione e cambiamento, parole antiche e nuovi concetti, l'ideologia dell'*octroi* e vari esperimenti parlamentari. L'interesse verso questo approccio risiede nella sua capacità di leggere le costituzioni concesse non come sterili arcaismi ma come strumenti che servono a preservare antiche forme di sovranità accanto ad alcune innovazioni post-rivoluzionarie. Il “costituzionalismo concesso” introduce a un nuovo “paesaggio” ibrido, ricomposto attraverso elementi antichi e moderni, segnato da importanti idee costituzionali, movimenti politici, conflitti. Con esso si svela un «campo di battaglia» controverso, produttivo, che pone al centro rilevanti questioni costituzionali, di sovranità e di governo.

Il lessico utilizzato è volutamente “arcaico,” evoca franchigie feudali, organismi cetual-territoriali, liberi Comuni. È un lessico medievaleggiante che richiama la diplomazia dell'epoca, stilemi e formule antichissime, concezioni di Antico Regime. È un lessico che copre un'area semantica al cui interno troviamo l'idea di privilegio, i concetti di concessione, imposizione, ma anche di disposizione e di accordo.

⁶ Il testo in G. Falco (a cura di), *Lo Statuto albertino e la sua preparazione*, Roma, Capriotti, 1945, p. 180. Cfr. anche E. Crosa, *La concessione dello Statuto. Carlo Alberto e il Ministro Borelli “redattore” dello Statuto (con lettere inedite di Carlo Alberto)*, Torino, Istituto giuridico dell'Università, 1936, pp. 68 ss. Su questo momento costituzionale v. ora R. Ferrari Zumbini, *Tra idealità e ideologia. Il Rinnovamento costituzionale nel Regno di Sardegna fra la primavera 1847 e l'inverno 1848*, Torino, Giappichelli, 2008; Id., *Tra norma e vita. Il mosaico costituzionale a Torino 1846-1849*, Roma, Luiss University Press, 2016. Il conte Borelli osservò anche «Qu'à son avis la Constitution est sans doute un malheur, mais qu'on est arrivé au point de choisir le moindre mal, pour en éviter de plus grands» (G. Negri, S. Simoni (a cura di), *Lo Statuto albertino e i lavori preparatori*, Torino, Fondazione San Paolo, 1992, p. 47). Già il conte Ferrand, uno dei redattori della *Charte* del 1814, aveva considerato la costituzione come un «male minore». Cfr. A.F.C. Charles Ferrand, *Mémoires du comte Ferrand, ministre d'Etat sous Louis XVIII*, Paris, Picard, 1897, p. 73.

È «Con lealtà di Re e con affetto di Padre» che Carlo Alberto concede il suo Statuto. Il re-patriarca ha inteso trovare «un mezzo il più sicuro di raddoppiare coi vincoli d'indissolubile affetto che stringono all'itala Nostra Corona un Popolo». «Perciò di Nostra certa scienza, Regia autorità, avuto il parere del Nostro Consiglio, abbiamo ordinato ed ordiniamo in forza di Statuto e Legge Fondamentale, perpetua ed irrevocabile della Monarchia» (Statuto del Regno di Sardegna, 4 marzo 1848). La concessione è anzitutto una “strategia” delle monarchie in funzione eminentemente antirivoluzionaria, ma diventa anche un disegno politico di legittimazione e di mantenimento del potere. Attraverso la concessione il monarca vuole conservare e ridefinire la sostanza del suo potere originario.

Lo Statuto limita senza dubbio la monarchia e, in tal senso, esplica la sua dimensione *costituzionale*, ma al tempo stesso afferma e codifica lo spazio costituzionalizzato del “principio monarchico” come legge fondamentale, perpetua e irrevocabile. È il limite “massimo” che la monarchia possa “concedere” ed è “sufficiente” per aprire in Italia la strada verso una sfera pubblica costituzionale.

Il paradigma storico francese aveva mostrato che la *Charte* concessa non poteva più sostenere un tentativo neo-assolutistico come quello tentato da Carlo X nel 1830 con le sue famose ordinanze⁷. Nello stesso tempo, la sua “nazionalizzazione”, a seguito della Rivoluzione gloriosa del luglio 1830, poteva significare anche un percorso per depotenziare lo spettro del potere costituente e della sovranità del popolo. La costituzione ottriata è infatti al tempo stesso un «atto giuridico» e un «atto politico»: un atto unilaterale di determinazione costituzionale e un atto di opportunità politica di natura compromissoria (teoria dell'accordo) che media tra gli interessi della legittimità esecutivo-monarchica e alcuni principi politici di derivazione liberale.

Non a caso, il recupero tardivo del modello della *Charte* – la «più monarchica», come fu definita nel '48 italiano – non impedì ai liberali piemontesi di leggere lo Statuto come la fonte di un assetto costituzionale “progressivo”. Esemplare e notissima l'interpretazione immediata e autorevole del conte di Cavour (in compagnia di altri scrittori e giornalisti) che, nell'articolo del 10 marzo apparso ne «Il Risorgimento»,

⁷ Su tutto ciò rinvio a L. Lacché, *La Libertà che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le «Chartes» nel costituzionalismo francese*, Bologna, il Mulino, 2002.

osserva che, una volta intrapresa la strada dell’“autolimitazione”, il potere unilaterale «il Re non [lo]possiede più. Un ministro che gli consigliasse di farne uso, senza consultare la nazione, violerebbe i principii costituzionali, incorrerebbe nella più grave responsabilità». Il *King in Parliament*, nella lettura dualistica che fu più tardi proposta con linguaggio futuribile, servì a delineare – all’interno di un testo come lo Statuto che veniva dopo il costituzionalismo orleanista e la carta belga – una struttura rigida – il patto – che avrebbe dovuto limitare e contemperare le ragioni e gli interessi contrapposti offrendo garanzie reciproche. Cavour conosceva bene il dibattito e il conflitto politico-costituzionale che aveva portato alla costituzione orleanista del 1830 e alla sconfitta della lettura *ultra-royaliste* che si era trincerata dietro il baluardo della *lettre* e della Carta come atto giuridico unilaterale. Al contrario i liberali avevano fatto leva soprattutto sull’*esprit* – visto dalla sponda anglofila – e sul fatto che la Carta aveva istituito un certo grado di collaborazione tra la monarchia e, in particolare, la camera eletta. «La parola irrevocabile, come è impiegata nel preambolo dello Statuto, è solo applicabile – osservava sempre Cavour – letteralmente ai nuovi e grandi principii proclamati da esso, ed al gran fatto di un patto destinato a stringere in modo indissolubile il popolo e il Re. Ma ciò non vuol dire che le condizioni particolari del patto non siano suscettibili di progressivi miglioramenti operati di comune accordo tra le parti contraenti. Il Re, col concorso della nazione, potrà sempre nell’avvenire introdurre in esso tutti i cambiamenti, che saranno indicati dall’esperienza e dalla ragione dei tempi».

Nel 1883 Attilio Brunialti sottolineò, seguendo una linea interpretativa controversa⁸, la duplice natura e la duplice origine della “Costituzione italiana” in termini di trasformazione. «La Costituzione italiana non è adunque ottriata come la piemontese, e non si raccoglie tutta nello Statuto. Questo ne contiene le disposizioni essenziali; ma come vi sono in esso disposizioni che non hanno più valore, così vi sono principii non scritti nello Statuto, i quali non si potrebbero violare impunemente. *Ottriata* nell’origine, lo Statuto piemontese diventando, insieme alle consuetudini che lo svolsero e completarono, la costituzione italiana, assunse un prevalente carattere *convenzionale*, e dal 1861 in poi si è sviluppato come una costituzione *storica*, adattandosi sem-

⁸ Cfr. M. Dogliani, *Un peccato originale del costituzionalismo italiano: incertezze e silenzi sulla novazione dello Statuto dopo i plebisciti*, in *Diritto pubblico*, 3, 2010, pp. 509-556.

pre più alle tradizioni, al temperamento, ai bisogni progressivi del popolo italiano»⁹.

Lo Statuto – visto da questa angolazione – non può essere il punto di arrivo, al contrario è il punto di partenza per lo sviluppo del governo monarchico rappresentativo. La storia costituzionale italiana, vigente lo Statuto, sarà segnata da questa “ambiguità” originaria, strutturale e solo apparentemente disorganica¹⁰. La politica costituzionale divenne – da entrambe le parti – la condizione di esistenza dello Statuto in un mobile gioco di equilibri, spinte e contospinte, conflitti e ricomposizioni sino alla rottura del regime fascista¹¹.

A prescindere dall’ovvia constatazione dello scarto temporale e del fatto che lo Statuto è una costituzione storica mentre la nostra del 1948 ha compiuto settant’anni, è vitale e ha conosciuto poche revisio-

⁹ A. Brunialti, *La Costituzione italiana e i Plebisciti*, in *Nuova antologia*, XXXVII, 1883, pp. 322-349. Sul punto v. L. Lacché, *L’opinione pubblica nazionale e l’appello al popolo: figure e campi di tensione*, ora in Id., *History & Constitution. Developments in European Constitutionalism: the comparative experience of Italy, France, Switzerland and Belgium (19th-20th centuries)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2016, pp. 485-487.

¹⁰ Per cogliere questa dimensione occorre analizzare le origini e lo sviluppo del regime statutario cercando di ricostruire e storicizzare il lessico e i concetti coevi, senza sovrapporre categorie che fanno parte del dibattito successivo e di una dogmatica costituzionalistica che giunge sino ai nostri giorni (e basti solo pensare al problema della forma di governo che qui non prendo in esame). Sul punto R. Martucci, *Storia costituzionale italiana, dallo Statuto Albertino alla Repubblica*, Roma, Carocci, 2002; P. Colombo, *Con la lealtà di Re e con affetto di padre. Torino, 4 marzo 1848: la concessione dello Statuto albertino*, Bologna, il Mulino, 2003; Id., *Una questione mal posta a proposito del regime statutario: le prerogative regie in campo legislativo*, in *Parlamento e costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, a cura di L. Lacché e A.G. Manca, Bologna, il Mulino, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 237-254; R. Martucci, *Un Parlamento introvabile? Sulle tracce del sistema rappresentativo sardo-italiano in regime statutario 1848-1915*, ivi, pp. 127-174; A.G. Manca, *Il Sonderweg italiano al governo parlamentare (a proposito delle acquisizioni della più recente storiografia costituzionale italiana)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXIII-XXXIV, 2004/2005, pp. 1285-1333; L. Mannori, *Il governo dell’opinione. Le interpretazioni dello Statuto Albertino dal 1848 all’Unità*, in *Memoria e Ricerca. Rivista di storia contemporanea*, 35, 2010, pp. 83-104; ora ampiamente G. Mecca, *Il governo rappresentativo. Cultura politica, sfera pubblica e diritto costituzionale nell’Italia del XIX secolo*, Macerata, Edizioni Università di Macerata, 2019.

¹¹ Per una sintesi G. Di Cosimo, *Sulla continuità tra Statuto e Costituzione*, in *Rivista dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 1, 2011.