

La legalità costituzionale nella storia delle legalità moderna e pos-moderna*

PAOLO GROSSI

1. *Sulla relatività del termine/nozione di 'legalità'*

Il titolo della Relazione mette in luce e, anzi, vuole sottolineare che 'legalità' è una sorta di contenitore vuoto suscettibile di subire profonde differenziazioni; nel titolo se ne segnala esplicitamente una fra legalità ordinaria e legalità costituzionale, ma anche – implicitamente, quando si usa come necessarie le qualificazioni 'moderna' e 'pos-moderna' – un'altra con un riferimento sottinteso a 'medievale'.

Termine/nozione dalla intensa storicità, perché intimamente vincolato alla visione che ogni esperienza giuridica ha avuto del diritto e, conseguentemente, delle sue fonti; una storicità che, nelle mani di quel comparatista verticale incarnantesi nello storico del diritto, diventa la messa a fuoco delle diverse esperienze nella tipicità delle rispettive espressioni. Soltanto così lo storico del diritto adempie al mestier suo, che è – paradossalmente – quello di restituire

all'uomo del presente il presente in tutta la sua vivacità e puntualità¹.

2. *Sui caratteri della legalità medievale*

Il tema della legalità costituisce il segno di massima evidenza del fossato di pesante discontinuità separante l'esperienza giuridica moderna dalla medievale.

Le legalità medievale presuppone la percezione del diritto come *ordo*, come ordine scritto nelle radici più profonde della natura e della società, una dimensione ontica che si è chiamati unicamente a constatare, a leggere². E si capisce bene

* Relazione tenuta il 29 settembre 2008 nell'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Siena in seno al Convegno "Diritti e democrazia pluralista" organizzato dal Centro interdipartimentale di ricerca sul diritto pubblico europeo e comparato per i sessanta anni della Costituzione italiana.

perché, nella civiltà medievale, la fonte prevalente sia la consuetudine, sia sempre stata la consuetudine anche quando quella civiltà si identificò – nei secoli dall'XI° al XIV° – in una robusta e raffinatissima riflessione scientifica: perché la consuetudine è una voce che viene dal basso, è voce delle cose, scritta nelle cose.

Nasce da qui e qui si motiva quella concezione tipicissima che il medioevo ebbe di 'legge'. Ripetendo quanto ho già fatto altre volte, il miglior mezzo per porgerla a Voi in modo chiaro e conciso è riferirmi a come efficacissimamente la espresse a fine Dugento Tommaso d'Aquino, teologo e filosofo ma soprattutto corifeo e interprete fedele di quella civiltà medievale che aveva nel diritto il suo peculiare marchio di identità: «*ordinatio rationis ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata*», ordinamento della ragione rivolto al bene comune promulgato e reso manifesto da chi detiene il governo di una comunità³.

In questa scarna e aguzza definizione le poche parole usate hanno – ciascuna – un peso singolare; cerchiamo di rendercene conto.

Ordinamento: termine non innocuo, perché segnala la dimensione oggettiva della legge, giacché, se essa è chiamata a ordinare una comunità, lo può effettivamente compiere unicamente se considera e registra valori, interessi, bisogni concretamente diffusi. In altre parole, affermare che la legge è ordinamento ha lo stesso significato di precisare che essa non è racchiusa nella testa del governante (chiamato unicamente a promulgarla dandole veste autorevole), ma è piuttosto un messaggio proveniente dal basso, dalle trame oggettive della comunità, e che il governante è

tenuto a raccogliere se vuole conseguire il risultato di ordinare.

Ma non basta; Tommaso aggiunge: ordinamento della ragione. In coerenza con il suo atteggiamento fondamentale di valorizzare, fra le diverse dimensioni psicologiche del soggetto, la razionalità, ossia la capacità conoscitiva, insiste su un punto essenziale: il vero ordinamento non può essere che frutto della ragione, della conoscenza, di una condotta di umiltà che proietta il soggetto fuori di sé, verso il mondo degli oggetti, costituendolo in piena attenzione e in pieno ascolto verso questo mondo⁴.

Il soggetto di Tommaso – sia pure il governante di una comunità – è un soggetto non auto-referenziale ma inserito nel cosmo e nella società, tessera di un enorme mosaico. E il Principe di Tommaso, chiamato a conoscere perché deve ordinare, vede il suo ruolo minimizzato alla promulgazione di una norma, che egli non crea ma legge già perfettamente disegnata nell'ordine complessivo, che non è pura forma in quanto espressione potestativa ma piuttosto una sostanza strutturata dai valori e dagli interessi circolanti.

3. *Sui caratteri della legalità moderna*

Ha inizio una legalità 'moderna', quando, dal secolo XIV°, lentamente ma progressivamente, si consolida una consapevolezza nuova nel detentore del potere supremo (quello politico): il Principe, che per tutta l'età medievale aveva identificato nell'essere il gran giustiziere del suo popolo l'essenza di quel potere (tanto supremo da arrivare a disporre della vita e della morte

di ogni suddito), comincia a percepire nella produzione del diritto il segno essenziale della sua sovranità⁵. E si afferma sempre di più il legame tra la volontà del Principe e la regola giuridica. Quel che conta è quella volontà, restando assolutamente irrilevante il contenuto della regola; quel che conta è la sua imputazione al soggetto sovrano, perché è lui solo il depositario della giuridicità, è lui solo che può convertire in diritto il semplice fatto.

In questa nuova visione non è più in gioco la conoscenza ma la volontà, una volontà che può arrivare ad essere arbitraria e a identificarsi con il più insindacabile degli atteggiamenti soggettivi, e cioè con il piacere. Jean Bodin – che opera a fine Cinquecento nel regno di Francia, straordinario laboratorio politico-giuridico della modernità – ci offre nella sua *Republique* l'immagine di un re che, senza voler essere il monopolizzatore del diritto, vuole però essere legislatore. Ciò consente che permanga ancora per inerzia (senza che il Sovrano possa sbarazzarsene) la tradizionale piattaforma consuetudinaria, ma i due piani giuridici serbano una diversa qualità: se nelle *coutumes* regna l'equità, nella legislazione regia la fa da padrone l'arbitrio del Principe, tanto che – lo ricorda espressamente Bodin – le *ordonnances* si chiudono con la formula eloquente «car tel est nostre plaisir»⁶.

L'*ordonnance*, la legge regia, non è più un contenuto, un tessuto di valori e di interessi circolanti in basso, letti e tradotti in regole, tanto che Michel de Montaigne osservatore acuto della società francese tardo-cinquecentesca e ben nutrito di studi giuridici, non ha esitazione nello scrivere questa conclusione apparentemente paradossale: «les loix se maintiennent en

credit non par ce qu'elles sont justes, mais par ce qu'elles sont loix. C'est le fondement mystique de leurs autorité: elles n'en ont point d'autre... quiconque leur obeyt par ce qu'elles sont justes ne leur obeyt pas justement par où il doit»⁷. L'autorità della legge regia scaturisce unicamente dal rapporto superiore/inferiore, dalla situazione di potere del detentore della sovranità, dalla identificazione fra diritto e potere che la modernità sta sempre più nettamente disegnando e che avrà la sua compiuta espressione al termine di un plurisecolare itinerario con la fine dell'antico regime e con la grande rivoluzione⁸.

Il principio dominante è un principio di legalità sostanzialmente diverso da quello medievale: se questo si risolveva in un ampio principio di giuridicità, ossia di corrispondenza a un ordine giuridico plurale e sfaccettatissimo, la legalità moderna si risolve nella corrispondenza a una insindacabile volontà autoritaria immobilizzata in un ineludibile testo scritto.

La modernità è un momento di intenso soggettivismo giuridico, percorso da una ricerca parossistica (durata fino a ieri e in parecchi giuristi misoneisti fino ad oggi⁹) della volontà del legislatore, apparendo rilevante non già la vita della norma giuridica nel tempo e la sua frizione con i fatti sociali ed economici sopravvenuti alla sua promulgazione, ma solo l'individuazione della volontà che, magari cento anni prima, l'investito del potere ha inserito nell'involucro vuoto della forma legale.

Una conseguenza negativa da sottolineare è che la provenienza del diritto, di tutto il diritto, dai palazzi alti del potere, cioè la sua riduzione in un complesso di leggi intese come or ora descritte, non può che generare la lontananza e la separatez-

za del diritto legale dalla storicità perenne della società. Con la ulteriore conseguenza negativa della degenerazione del legalismo in formalismo, giacché tutto si riduce a un gioco di testi autorevoli in cui il diritto è stato imbalsamato e sui quali devono esercitarsi i ghirigori più o meno logici degli interpreti.

La tragedia della legalità moderna è di ridursi al rispetto di contenitori vuoti suscettibili dei più aberranti contenuti: le leggi fasciste del 1938 sulla infame discriminazione razziale ne sono esempio tanto illustre quanto ripugnante¹⁰. Leggi formalmente perfette, deliberate dall'organo legittimato a farlo, e pertanto degne di obbedienza. Non aveva, forse, insegnato un distinto giureconsulto italiano, Piero Calamandrei, pochi anni dopo lo sciagurato 1938, la necessità assoluta della obbedienza ad ogni costo anche a quel precetto legislativo che per la sua intrinseca iniquità poteva generare orrore nella vigile coscienza del comune cittadino¹¹?

Purtroppo, il vaso vuoto della legge non aveva la capacità taumaturgica di trasformare in bene tutto il male in esso contenuto, e il principio della moderna legalità – affermato com'era in tutta la sua assolutezza e senza agganci nella società – non era bastato a coprire le vergogne del detentore del potere¹².

4. Alle origini di una nuova dimensione politico-giuridica: quella costituzionale

Nel pieno svolgimento della modernità, dal tardo Seicento in poi, il volto semplice, asciutto, impietoso della legalità moderna si complica e quasi si sdoppia con l'emer-

gere e il montare della grande avventura del cosiddetto costituzionalismo. Sappiamo che, talora, da parte di alcuni studiosi, si è spostato all'indietro – e di parecchio – una siffatta apparizione, e si è parlato di 'costituzione antica' e di 'costituzione medievale', intendendo tuttavia con l'uso del polisemicissimo termine 'costituzione' nulla più che la struttura fondamentale di un ordinamento politico-giuridico.

Il costituzionalismo autentico, da un rigoroso angolo di osservazione storico-giuridico, è però quello moderno, e si incarna nella inaugurazione e fissazione di una nuova legalità. Nuova giacché, accanto al crescere e all'insuperbirsi dello statalismo moderno e di una legalità rigidamente statutale perché pensata e risolta come cerniera che chiude ermeticamente il rapporto necessario fra diritto e Stato, generose riflessioni filosofico-politiche e filosofico-giuridiche, affondando lo sguardo più in là dello Stato e delle differenti volontà assolutistiche sovrane, tentano il disegno di un ordine socio-giuridico basato su una lettura obbiettiva – o pretesa tale – di un ordine naturale preesistente alla realtà storica di ogni comunità politica organizzata; riflessioni – si aggiunga – che riescono a imporre agli Stati delle auto-limitazioni¹³.

Per una corretta valutazione storico-giuridica della grande avventura costituzionalistica, lungi dal fare d'ogni erba un fascio e dal valutare unitariamente un divenire che è invece diversificato e frastagliato, occorre segnare fermamente due momenti del suo itinerario a seconda che lo scorrimento avvenga nella modernità o nella pos-modernità.

È necessaria anche una precisazione: sono il primo a essere insoddisfatto del

riferimento alla pos-modernità e a un indirizzo pos-moderno, che, con la sua genericità, sembra contravvenire a una messa a fuoco autenticamente storiografica. Da qui nasce l'esigenza di intenderci meglio: pos-moderno come tempo in cui entrano in crisi i valori portanti dell'edificio politico-giuridico accuratamente progettato, definito, costruito dalla modernità; un tempo che si origina negli ultimi decenni dell'Ottocento, si sviluppa durante tutto il corso del Novecento e che stiamo tuttora vivendo. Sui contenuti di questa crisi si cercherà di essere più concreti nel prosieguo della Relazione.

5. *Caratteri e ruolo del primo costituzionalismo*

Come si sa, il primo momento del costituzionalismo si distende tra fine Seicento e fine Ottocento e può essere correttamente contrassegnato come il tempo delle 'carte dei diritti'. Per arginare lo strapotere dello Stato, si tentava di risalire ai caratteri originari dell'uomo così come potevano cogliersi in quel primigenio stato di natura quando ancora non si erano verificate le contaminazioni e le alterazioni della storia umana dovute a invenzioni dell'organizzazione politico-sociale.

Lo stato di natura, così come il giusnaturalismo seicentesco e l'illuminismo settecentesco si accanirono a delineare, era una sorta di tempo fuori del tempo, era pre-storico, pre-sociale, pre-politico, un paesaggio assolutamente virtuale che risultava intriso del vizio di fondo del giusnaturalismo moderno, e cioè la astrattezza; un paesaggio as-tratto perché es-tratto dalla

concretezza del divenire storico. Quel che si voleva era proprio di proiettare lo sguardo al di là e al di sopra delle miserabili contingenze della politica per cogliere, leggere e valorizzare in una specie di paradiso terrestre esigenze e interessi, facoltà e diritti del singolo soggetto che, essendo pre-storici, la storia non avrebbe potuto ledere o mettere in discussione.

Il punto dolente, e la conseguente debolezza del disegno, era che si trattava della lettura di un ordine inesistente. Se lo Stato appariva ai giusnaturalisti quello che era, ossia un artificio, non meno artificioso si profilava il loro stato di natura, appropriato espediente per rivestire il soggetto individuo di situazioni intangibili dal potere, ma — ohimè! — anche frutto di un'abile strategia accomodando e strumentalizzando le brillanti intuizioni filosofiche ai bisogni di una società borghese.

Spieghiamoci meglio e cerchiamo di chiarire questo complicato e vitale nodo storico-giuridico. Ho detto che si trattava del disegno di un paesaggio artificioso, non meno artificioso dei pastorelli imparrucati di una arcadia inesistente. L'individuo che vi stazionava non era un soggetto storicamente concreto perché inserito nelle trame dell'esperienza; era piuttosto un modello di individuo, completamente astratto dalle fattualità del quotidiano, soggetto unico e unitario al pari della statua e delle tante statue uscite da un medesimo stampo.

Su questo modello si misurano situazioni e rapporti, ma tutto resta confinato nel limbo di una astrattezza assoluta; in quel limbo rarefatto esistono soggetti l'uno perfettamente uguale all'altro, nessuno dei quali è mortificato dalla bassa corte dei fatti economici e sociali, da formazioni

sociali o da condizionamenti comunitari, ciascuno munito di una gamma di diritti soggettivi, con al primo posto la proprietà che il giusnaturalismo scopre geneticamente all'interno del soggetto stesso come proprietà del proprio corpo e dei propri talenti, ciascuno obbligato a un solo dovere consistente nella conservazione del sé, ciascuno avente in mano per la relazione con l'altro lo strumento del contratto, strumento di autonomia che — anziché ledere — intensifica la sua perfetta indipendenza.

L'uomo primigenio, che si pretende di disegnare nella sua originarietà, è dunque un individuo egoistico assolutamente asociale; per lui si scrivono quei cataloghi di situazioni soggettive protette che sono le carte dei diritti, e per lui si scriveranno tra breve i vari Codici civili a cominciare da quello napoleonico. Nel confezionamento di un siffatto paesaggio filosofico-politico, che tende a porsi a fondamento di ogni ordinamento giuridico positivo, non ci sono ingenui e candidi descrittori di una favola innocua. Per dir meglio, la favola c'è, ma non è innocua.

Qui si avverte tutto il peso dello Stato moderno quale Stato mono-classe, dove l'astrattezza fa parte di una precisa strategia e dove il ragionar su modelli ha il significato di non incidere affatto a livello di esperienza e di operatori immersi nella quotidianità. L'esempio più puntuale è offerto da un principio di uguaglianza sbandierato senza risparmio in tutte le carte dei diritti: una conquista, senza dubbio, se vi si coglie la rottura con gli iniqui soffocamenti cetuali dell'antico regime, ma nulla più che una decorazione per il nullatenente che rimane tale e che, anzi, non avendo più vincoli di ceto a limitarlo nella sua libera azione, potrà essere bollato di

pigrizia o di inettitudine per la sua permanente povertà.

Si svela appieno il carattere duplice del primo costituzionalismo: grande avventura intellettuale perché liberatoria per il soggetto, che vede riconosciuta una sua sfera gelosa difesa dagli arbitrii del potere; oculata strategia perché l'inventario dei diritti segnato nelle carte, nella sua astrattezza premia o lascia indenne l'abbiente — come è sempre avvenuto nella vicenda storica — senza alcuna possibilità di penetrazione sul piano fattuale; e l'operazione giusnaturalistica si colora, per occhi disincantati, inevitabilmente anche di una valenza ideologica.

Senza contare le numerose mitologie confezionate proprio nei primi testi costituzionalistici. Troppo spesso le conquiste si fondano sopra (e si fondono con) un sapiente corredo mitologico, degno di fede e perciò indiscutibile¹⁴. È, infatti, indiscutibile che la sovranità sia veramente popolare, che la nuova rappresentanza politica sia veramente rappresentanza, che la legge sia veramente espressione della volontà generale. Principii e istituti ritenuti i cardini del nuovo ordine sono proposti come oggetto di credenza più che di valutazione oggettivamente critica.

Giusnaturalismo e illuminismo avevano ripugnanza per le fattualità di cui si intesse la vita degli uomini; il che diventava incomprensione per la dimensione della storicità, giacché i fatti quotidiani — assai più che battaglie, trattati, rivoluzioni — costituiscono il momento genetico della storia e il suo nucleo più riposto. Si era troppo spesso di fronte a una sapiente abilissima geometria che galleggiava ben sopra la storia.

6. *Il tempo pos-moderno quale nicchia del secondo costituzionalismo*

La storia fatta dai comuni cittadini, una storia non 'rumorosa'¹⁵ ma incisiva nel suo scorrere quotidiano com'è incisiva la goccia che scava lentamente la pietra, questa storia, è, invece, la protagonista del secondo costituzionalismo. Il quale si colloca nel tempo pos-moderno e fedelmente lo esprime.

Se ci si domanda sulle ragioni, queste sono chiaramente rilevabili.

Il pos-moderno per lo storico del diritto coincide all'incirca con le sempre più grosse incrinature nelle muraglie fondative dell'edificio politico-giuridico della modernità. Questa aveva eretto a suo pilastro portante lo Stato, gli aveva affidato un ruolo protagonista, gli aveva consegnato il monopolio della produzione giuridica. Il risultato era stato una semplificazione estrema, tutto era stato *ridotto* a schematismi geometrici, come si diceva poco sopra.

La modernità, dal punto di vista giuridico, si presentava come un'operazione drasticamente *riduzionistica*; il pluralismo giuridico si era contratto in un monismo legale. E il crogiuolo perennemente ribollente della società era stato, se non spento, almeno soffocato nella sua spontaneità. Il dovizioso anche se arruffato mondo dei fatti – la società, per l'appunto – era stato puntigliosamente controllato, mentre l'apparato statale di potere si era assunto il compito di fungere da filtro meticolosissimo tra fatti e diritto.

Ma a fine Ottocento questa pesante armatura, che si era mantenuta grazie alla efficiente vigoria dello Stato monoclasse, cede quando il grande assente della modernità, il ceto basso dei nulla-tenen-

ti, reclama un proprio ruolo, comincia una lotta aspra e sanguinosa, e capisce soprattutto che il proprio salvataggio riposa interamente in una capillare organizzazione collettiva. E la società, da piattaforma inerte, da massa neutra di innumeri formiche umane, si articola in quelle coagulazioni collettive – aborrite e cancellate dall'individualismo borghese – che le permetteranno di organizzarsi e di fungere da polo giustapposto allo Stato (se non fortemente contrapposto).

Il paesaggio socio-giuridico semplicissimo disegnato artificiosamente durante la modernità cede alla fiumana della complessità. Il Novecento, il secolo della pos-modernità, è il tempo della riscoperta della complessità sociale e giuridica; il monismo borghese è lentamente e progressivamente eroso da un montante pluralismo, mentre l'edificio statale borghese si incrina¹⁶. E, con il pluralismo delle fonti, si erode anche la dura legalità moderna. Pur se Codici e leggi continuano a riaffermare in tutta la sua inflessibilità il principio della gerarchia delle fonti¹⁷, sul piano dell'effettività giuridica giurisprudenza, dottrina, consuetudini, prassi rioccupano parecchi degli spazi e dei ruoli perduti con la serata di fine Settecento.

Il nuovo costituzionalismo presuppone il contesto storico pos-moderno ora sommariamente descritto, presuppone uno Stato ormai divenuto pluriclasse, presuppone una società che chiede di poter essere letta senza forzature artificiose nella immediatezza delle sue espressioni. E quando la prima guerra mondiale, tragedia immane e inutile strage ma anche cippo funerario definitivo del vecchio ordine borghese, provvede allo sgretolamento della passata costruzione, appaiono delle

manifestazioni costituzionali che poco hanno da spartire con le 'carte dei diritti' di ieri e che, al contrario, si contraddistinguono per una marcata novità. Non è un caso che la prima di esse — alle quali appartiene anche la nostra Costituzione del 1948 —, e cioè quella di Weimar, veda la luce nel 1919, quando è appena terminato lo sfacelo bellico e il terreno storico sia più sgombrato da vecchie ipoteche.

La novità delle Costituzioni di questo secondo momento sta nell'essere un tentativo di leggere oggettivamente un concreto ordine storico e, insieme, di tradurre quell'ordine in una norma giuridica suprema. Oggetto e contenuto di esse sono valori, interessi, bisogni circolanti nella realtà storicamente concreta di un popolo che vive in un certo spazio e in un certo tempo: quella di Weimar tenta di offrire la cifra giuridica essenziale della società tedesca nel 1919; in quella italiana c'è la cifra giuridica essenziale della società italiana degli anni 1946/48 dopo le malversazioni del fascismo, della monarchia sabauda, del quinquennio bellico.

7. *La Costituzione italiana del 1948: un momento forte del costituzionalismo post-moderno*

Limitandoci a quest'ultima, che oggi celebriamo qui a Siena nel sessantesimo anno di vita, i suoi tratti salienti son proprio quelli che la staccano nettamente dalle carte borghesi e dalle manifestazioni del primo costituzionalismo.

Il soggetto unitario dello stato di natura, soggetto a-storico e a-sociale, soggetto virtuale, viene sostituito da una entità

umana dal carattere squisitamente relazionale; non una realtà insulare come l'individuo auto-referenziale disegnato nelle 'carte', bensì soggetto inserito in un contesto culturale, sociale, economico e pertanto fornito di una vivace carnalità storica. Ed è pensato in stretto rapporto con l'altro, con gli altri, all'interno di strutture comunitarie che integrano e arricchiscono la sua individualità.

Lo stesso Stato, prima ancora di essere un apparato di potere, è la macro-comunità che si articola in un tessuto di micro-comunità. Deponendo la compattezza della compagine politica pos-giacobina, tende a rispecchiare fedelmente la complessità della società riproducendola nel suo seno. Ed è notevole il verbo 'riconoscere' largamente usato negli articoli del testo costituzionale del '48¹⁸, quasi a rimarcare che «lo Stato non conferisce, ma riconosce», come afferma uno dei costituenti più agguerriti, Giuseppe Dossetti¹⁹; ossia legge nelle trame della società e traduce in ordinamenti e disciplinamenti della vita sociale dei cittadini.

In coerenza con questa innovativa impostazione, la Costituzione non si riduce a un catalogo di diritti, e il singolo cittadino, accanto a un provvido corredo di situazioni che ne tutelano e corroborano le varie dimensioni personali, risulta titolare di molteplici situazioni di dovere. Il dovere socializza il soggetto, lo pone necessariamente in contatto con gli altri, trasfigura l'individuo in persona.

Se è vero quel che si affermava più sopra, essere cioè la Costituzione novecentesca il tentativo di esprimere la cifra giuridica di un popolo sorpreso nella sua storicità, non poteva che essere lontanissimo dai costituenti il progetto di un catalogo,



Vittorio Emanuele Orlando pronuncia il discorso inaugurale dell'assemblea costituente.

di una 'carta dei diritti', tanto prezioso quanto insoddisfacente, e soprattutto antistorico. Il cittadino italiano doveva trovare nel testo costituzionale il presidio delle sue sacrosante libertà ma anche un breviario per la sua vita quale *socius* della macrocomunità repubblicana.

Ed è per questo — come, del resto, era già avvenuto a Weimar — che, a differenza delle carte giusnaturalistiche, il nuovo testo, che intende proporsi come norma suprema di civile convivenza, si occupa distesamente, nei 'principii fondamentali' e nella prima parte, di religione, di arte, di cultura, di economia, di educazione, di ambiente, di salute, riservando una seconda parte a disegnare l'architettura organizzativa statuale.

8. *La Costituzione italiana quale atto di ragione*

L'Assemblea Costituente, nei quasi due anni di intenso lavoro, tentò la lettura di quella cifra, tanto che la nostra Costituzione, almeno nei 'principii fondamentali' e nella prima parte, appare come un supremo atto di conoscenza. Parlando, a fine agosto, a Rimini, nell'ambito di una celebrazione del sessantennio, io ho addirittura intitolato la mia Relazione «La Costituzione italiana come atto di ragione».

Non volevo rinverdire la definizione tomista di legge, né tanto meno trapianlarla in un clima storico profondamente diverso. Volevo — questo sì! — sottolineare nei Costituenti lo sforzo di non immiserire il risultato delle proprie fatiche in una

visione partigiana cedendo a contrapposizioni ideologiche, bensì di leggere una realtà oggettiva, di seguire — con l'arma benefica di un atteggiamento squisitamente razionale — una visione critica capace di attenuare le contrapposizioni, di armonizzare le differenze, sì da fare della Costituzione la risposta alle ansie di un popolo stremato e la registrazione fedele dei valori universalmente sentiti e affermati.

Qualcuno potrebbe storcere la bocca sorprendendo al di sotto di questa mia conclusione un pesante atteggiamento apologetico. E, poiché il sospetto potrebbe avere una parvenza di fondamento, consentitemi una sosta su questo punto, anche perché lo storico dovrebbe sempre guardarsi dal cadere in una trappola che condannerebbe senza appello la sua analisi proprio sul piano storiografico.

La Costituente italiana non si identificava, certo, in una schiera di angeli, e si sa bene che i suoi membri, portatori di ideologie assai diverse, furono talora protagonisti di accesi scontri frontali. E conosciamo le varie valutazioni che del loro lavoro si è dato, ivi comprese le severe stigmatizzazioni, talora autorevolissime. Precisamente per l'autorità intellettuale e morale del censore, mi piace ricordarne qui almeno una, quella di Arturo Carlo Jemolo, storico e giurista di livello altissimo, personaggio di assoluta probità, credente dalla fede purissima, quello stesso che, in nome di una accesa purezza, aveva altamente rimproverato al partito di ispirazione cattolica di avere spento con le sue compromissioni il 'rovetto ardente' (bellissimo sintagma suo dalla palese ispirazione biblica): la Costituente è stata un luogo di accordi transattivi, troppo spesso all'insegna di una politica bassamente partitica, come nell'esem-

pio clamoroso di quel risultato per Jemolo negativo che è l'articolo 7 regolatore dei rapporti fra Stato e Chiesa Cattolica.

Valutazione severa, venata di massimalismo e, pertanto, a mio avviso, falsante. Io credo, al contrario, che il grosso impegno maieutico alla genesi dello Stato repubblicano meriti una valutazione decisamente positiva.

Tipica Costituzione scaturente dal secondo momento costituzionalistico, la nostra è il frutto, almeno per quanto attiene ai principii fondamentali, di una consapevolezza salvante che circolò nella Assemblea: di poter ovviare allo sfacelo presente soltanto con un'opera sinergica che valorizzasse gli elementi unitivi e che potesse perciò proiettarsi nei tempi lunghi della storia italiana dopo il 1945. Dunque, non un rimedio provvisorio atto a colmare il vuoto contingente, bensì una costruzione solida idonea a durare per un futuro indefinito; insomma, fu veramente una Costituzione 'presbite', secondo la immaginifica calzantissima qualificazione di Piero Calamandrei.

9. *I padri costituenti al lavoro e la loro bussola orientativa: una 'sinergia' costruttiva*

Per poter arrivare a una meta così ambiziosa i Costituenti italiani seguirono con profonda persuasione la scelta forte già operata nel costituzionalismo novecentesco di guardare al di là della singola fazione politica, di guardare al di là dello Stato, attingendo direttamente nella società italiana e individuando quei valori storici che — soli — avrebbero potuto sorreggere il costruendo edificio nei tempi lunghi.

I padri costituenti — dobbiamo riconoscerlo — si interrogarono pressantemente e sinergicamente affinché negli articoli della nascente carta non vi fossero né sublimi geometrie astratte né la somma delle voglie dei vari partiti politici, ma il volto del popolo italiano quale entità vivente storicamente concreta; affinché il cittadino non vi trovasse i sermoni filosofico-politici delle vecchie carte giusnaturalistiche parlanti di una *felicità* irraggiungibile e di una *uguaglianza* vuota e irridente, ma più semplicemente un fondamentale breviario giuridico come breviario di vita.

Per motivare meglio le precedenti considerazioni e toglierle dalle secche della bassa retorica, non c'è che da scendere alla osservazione dei Costituenti al lavoro, puntando — entro la Commissione dei 75 — sulla Prima Sotto-commissione chiamata a elaborare una bozza concernente il nodo più rilevante e anche più difficile: i diritti e i doveri del cittadino. Ne facevano parte degli autentici protagonisti come i democristiani Dossetti e La Pira, il socialista Basso, i comunisti Marchesi e Togliatti. Ecco: qui, come risulta limpidamente dagli 'atti', vediamo la sinergia all'opera.

Seguiamo per un momento l'approccio del più preparato fra i suoi membri anche sul piano teorico, il giurista Giuseppe Dossetti. Alla premessa che «su questi principi fondamentali, che debbono dare la fisionomia sintetica del nuovo Stato e dei rapporti tra i cittadini e lo Stato, è necessario sia riscontrato il consenso di tutti»²⁰ segue la dichiarazione ottimistica che «non sarà impossibile accordarsi su una base ideologica comune»²¹ ma segue anche la motivazione di tanto ottimismo: si dovrà, infatti, arrivare ad «affermazioni fondate soltanto sulla ragione»²². Il terreno del

razionale e del ragionevole è, dunque, visto come il tipico campo di incontro perché è solo lì che può prevalere una lettura critica dei nodi problematici e dei modi per scioglierli.

È, poi, illuminante la verifica di come si allunghi lo sguardo di Dossetti fino ad arrivare a una realtà pre-statuale dove ci siano in assai minor grado dei condizionamenti originati dalle contingenze. Infatti, lo Stato può essere borghese, marxista, nazista, fascista provocando con le sue specifiche caratterizzazioni divisioni e lacerazioni insanabili. Il merito dei Costituenti fu di guardare al di là dello Stato senza cadere negli artifici giusnaturalistici e mantenendo — al contrario — i piedi ben saldi sul terreno solido di un popolo che vive la sua storia quale comunità fondata su valori diffusi e condivisi.

Un esempio limpidissimo è come Dossetti affronta e propone di risolvere il problema della posizione della persona nel formando Stato costituzionale. Il retto angolo di osservazione, che avvia la discussione, è la «anteriorità della persona di fronte allo Stato», esplicitando subito che «questo concetto fondamentale dell'anteriorità della persona, della sua visione integrale e della interpretazione che essa subisce in un pluralismo sociale può essere affermato con il consenso di tutti»²³. E la sinergia (il termine che uso è carissimo a Dossetti) si verifica, e il costituente democristiano non ha troppe difficoltà nell'ottenere il consenso di Palmiro Togliatti, un costituente ideologicamente assai lontano.

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi, e si sarebbe potuto innanzi tutto menzionare l'intensissima operosità di Giorgio La Pira, Relatore per la I.a Sotto-commissio-

ne e autore di una Relazione articolatissima, sensatissima, dottissima²⁴, ma scopertamente innestata in una visione metafisica assai più di quella del parimente cattolico Dossetti che ama mettersi su un terreno d'incontro con personaggi agnostici o, comunque, di ideologie differenti.

Il frutto fu una Costituzione 'presbite', che dovette la propria indubbia lungimiranza (non ne potremmo festeggiare oggi il vitale sessantennio di vita) grazie al tentativo difficile ma riuscito di una intelaiatura (La Pira avrebbe detto: architettura) di principii pensata e disegnata come atto

di ragione. Credo che si farebbe torto ai nostri padri costituenti se non si ravvisasse alle radici del loro lavoro lo sforzo di liberarsi dagli elementi contingenti che possono dividere, di puntare su quelli unificanti cercando di realizzare una unità giuridica non fittizia del paese. Il che si poteva fare — ed essi hanno tentato di fare — «riconoscendo» (termine peculiarissimo della nostra Carta²⁵) una realtà anteriore e traducendola in una norma giuridica suprema della intiera collettività italiana.

¹ Io l'ho sostenuto da tempo e non per apologia del mio mestiere di storico del diritto. Si vedano, in particolare: *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)* (1996), ora in *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006; *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXX (1997); *La storia del diritto nella formazione del giurista di oggi*, in *Per una riflessione sulla didattica del diritto con particolare riferimento al diritto pubblico*, a cura di V. Cerulli Irelli e O. Roselli, Milano, Angeli, 2000.

² È l'intuizione elementare che sorregge il mio volume *L'ordine giuridico medievale*, Roma/Bari, Laterza, 2008¹³.

³ *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 90, art. 4.

⁴ È notevole che San Tommaso riconduca a una attività razionale ordinativa anche il comando, lo *imperium*. Si veda *Summa Theologica*, Prima Secundae, q. 17, art. 1.

⁵ Ho esaminato questo grave problema storico-giuridico in *Modernità politica e ordine giuridico* (1998), ora in *Società, diritto, Stato*, cit..

⁶ Jean Bodin, *Les six livres de la Republique*, Aalen, Scientia, 1977 (rist. anast), liv. I, chap. VIII, pp. 132-33.

⁷ *Essais*, liv. III, chap. XIII.

⁸ Ho segnato questo itinerario in *Il diritto tra potere e ordinamento* (2005), ora in *Società, diritto, Stato*, cit..

⁹ Mi sia consentito di rinviare ad alcune mie recenti riflessioni: *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, ora in *Società, diritto, Stato*, cit..

¹⁰ Ho ritenuto di doverle 'commemorare', perché resti salda in ogni giurista la memoria di quella nefandezza legale: *Pagina introduttiva (a sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 27 (1998).

¹¹ P. Calamandrei, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina* (1942), ora in *Opere giuridi-*

che, vol. I, Napoli, Morano, 1985.

¹² Se ne accorse lo stesso Calamandrei alla fine della sua vita, in quei primi anni Cinquanta quando egli, portatore di un fervido credo post-illuministico, nello sfascio di un disastroso dopoguerra, cominciò a confrontarsi con le erosive visioni cattolica e marxista. È di questi giorni (settembre 2008) la pubblicazione, a cura della nipote Silvia, del testo inedito di una conferenza fiorentina del gennaio 1940, nella quale però il giurista appare ancora sostanzialmente immerso nel suo inveterato legalismo (cfr. P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2008). Calamandrei non aveva ritenuto di pubblicarla, e si sarebbe fatto probabilmente bene a rispettare questa implicita volontà dell'autore, tanto più che, a far data dal suo primo 'corso' costituzionalistico dopo la liberazione, il suo atteggiamento si fa complesso, e i dubbii cominciano a prevalere sulle vecchie convinzioni ormai insostenibili (cfr. P. Grossi, *Stile*

fiorentino — *Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859/1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 160 ss.).

¹³ Un disegno sommario ne abbiamo dato, da ultimo, in una recente sintesi: *L'Europa del diritto*, Roma/Bari, Laterza, 2008³.

¹⁴ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³.

¹⁵ Faccio mia una espressione felice dello storico Fernand Braudel.

¹⁶ È la diagnosi, acuta e storicamente esatta, che il giovane Santi Romano compie nel famoso discorso inaugurale pisano del 1909, intitolato senza reticenze "Lo Stato moderno e la sua crisi" (ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi* — *Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969).

¹⁷ Un esempio — che diviene allarmante per essere ancora formalmente intatto — è rappresentato dalle 'Disposizioni preliminari' al Codice Civile italiano del 1942.

¹⁸ Esemplari almeno gli articoli 2, 4, 5, 29, 42, 45, 46.

¹⁹ G. Dossetti, *La ricerca costituyente 1945-1952*, a cura di A. Melloni, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 105.

²⁰ G. Dossetti, *La ricerca costituyente*, cit., p. 103.

²¹ Ibidem, p. 101.

²² Ibidem, p. 102.

²³ Ibidem, p. 102.

²⁴ La Relazione lapiriana convalida, infatti, pienamente quanto si è or ora detto. Si ponga mente a questo passo concernente i primi articoli della redigenda Carta: «Questi due articoli imposterebbero così organicamente tutta la prima parte della Costituzione: questa prima parte, infatti — con la determinazione progressiva che in essa viene fatta dei diritti essenziali della persona e di quelli delle comunità, verrebbe a costituire

uno specchio fedele della reale struttura della società. La quale non conosce soltanto singole unità personali; essa conosce altresì quelle comunità naturali — comunità familiare, comunità religiosa, comunità di lavoro, comunità locali, comunità nazionale — delle quali le singole persone sono necessariamente membri e nelle quali sono organicamente e progressivamente integrate» (G. La Pira, *La casa comune — Una costituzione per l'uomo*, a cura di U. De Siervo, Firenze, Cultura, 1979, p. 152). Nella 'Discussione' La Pira insisterà sul fine della Costituzione individuato nella «tutela dei diritti originari ed imprescrittibili della persona e delle comunità naturali» (ibidem, p. 181). Nell'intervento sul progetto di Costituzione tenuto nella seduta dell'11 marzo 1947, sottolineando l'esigenza di una Costituzione duratura e domandandosi il perché del crollo di altre Carte costituzionali europee, La Pira precisa: «Ora perché questo crollo? Perché c'è sproporzione fra la reale natura umana, la reale struttura del corpo sociale e la volta giuridica. C'è sproporzione e una Costituzione è in crisi perché ha errate le fondamenta e i muri maestri» (ibidem, p. 239). Quel che si può trarre da queste citazioni è che in esse ci si sforza di riportare l'analisi della Assemblea Costituente a una lettura di quella realtà anteriore rappresentata dal popolo italiano con il suo patrimonio di valori diffusi.

²⁵ Cfr. più sopra, nt. 18.