

70 ANNI DOPO ATTUALITÀ E MITOLOGIE DELLA COSTITUENTE

Discutendo le Relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto

Roberto Bin

1. *Questione di occhiali* - Se è vero – come scriveva Ridola¹ – che l'esperienza della costituente viene periodicamente rivisitata, e ogni rilettura è inevitabilmente influenzata dalla situazione politica e culturale del momento, il titolo del nostro Convegno non potrebbe essere più chiaramente espressivo dell'attuale situazione. Reduci da una brutta campagna elettorale per il *referendum* sulla revisione costituzionale, che ha lasciato una situazione politica difficile e ha prodotto lacerazioni non facilmente componibile nella “comunità” dei costituzionalisti, ci troviamo una volta di più a discutere dei lavori dell'Assemblea costituente segnati dalle recenti vicende. E il titolo del Convegno di questo ci parla, della *attualità*, indubbiamente triste se paragonata al *mito* della Costituente.

Con questi occhiali i nostri relatori hanno affrontato quattro nodi cruciali – cruciali soprattutto per noi, forse – della Costituente, e con questi occhiali mi accingo a mia volta a commentare le loro relazioni. Ciò che mi ha colpito in esse è la permanenza del mito, ossia il fatto che a distanza di 70 anni i lavori dei nostri “padri fondatori” vengano ancora letti attraverso le lenti deformanti di una realtà di quei lavori che forse non è mai esistita.

2. *Presbiopia* - Il primo mito è la presbiopia dei nostri costituenti. «Dote rara», dice Giacomo D'Amico, unendosi a una tradizione elogiativa di un disturbo visivo di cui di solito non andiamo fieri, ma che Calamandrei ci ha fatto amare se coniugato con la nostra Costituzione. Ma questa capacità di vedere lontano, nell'avvenire, e non guardare a dove si mettono i piedi non è una gran dote, a ben vedere (scusate il bisticcio). È sicuramente vero che i nostri costituenti hanno lavorato dietro a quello che Rawls ha chiamato il «velo d'ignoranza», ossia l'umana ignoranza del futuro, aggravata dall'assenza di un passato recente e significativo, capace di consentire previsioni sulle sorti politiche delle parti poste a confronto; ed è sicuramente vero che questo ha fatto prevalere un atteggiamento di prudenza dettato dal timore di soccombere politicamente e di veder travolte le proprie posizioni politiche, i valori di cui ci si è eretti difensori. Ma è anche vero che l'ignoranza causata dall'opacità del velo spinge a preoccuparsi non tanto dello sviluppo di un futuro più o meno lontano, quanto dell'immediato, degli esiti possibili della prima mano che si farà con le regole nuove: che potrebbe risultare anche l'ultima, se la fragilità di quelle regole non consentirà di mantenere aperta la partita.

Ciò può spiegare certi disequilibri che vi possono essere tra una parte e l'altra della Costituzione: il che certo non è una caratteristica solo della nostra Carta². Più che la lungimiranza, sembra che dominante fosse un'altra circostanza, cioè la difficoltà di giungere ad accordi più precisi, che comportassero scelte immediatamente operative.

Giustamente Pietro Faraguna richiama gli «accordi non completamente teorizzati» di Sunstein: in presenza di contrasti insuperabili nel decidere casi specifici, si indietreggia cercando una convergenza su principi più astratti e meno compromettenti. Ma questa strategia non era certo vista come una virtù dai contemporanei, e neppure dallo stesso Calamandrei, assai critico – come ricorda bene Saitto – con quegli «articoli che sono rimasti calvi» e che non esprimono norme giuridiche, ma solo «precetti morali, definizioni, velleità, programmi, propositi, magari manifesti elettorali, magari sermoni». Presbiopia e calvizie viaggiano spesso assieme, potrei dire con un vago accenno autobiografico: ma il problema non è con ciò risolto.

Il fatto è che l'immagine oleografica dei nostri costituenti che approvano quasi unanimi il testo finale nasconde il profondo conflitto politico che ha accompagnato tutti i lavori dell'Assemblea: la quale, mentre cercava di

¹ P. RIDOLA, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, II, Milano 1999, 1402.

² Osserva per es. Donald O. Dewey (*Truly the Weakest Branch: the U.S. Supreme Court, 1789-1803*, in *Constitution & Revolution*, a cura di R. Martucci, Macerata 1995, 107), che il peso dedicato dalla Convenzione del 1787 all'esecutivo, relativamente scarso in proporzione all'attenzione prestata al legislativo, si spiega con il fatto che tutti i partecipanti sapevano per certo che il primo presidente sarebbe stato George Washington, è cioè consentiva di avere la massima fiducia nello sviluppo futuro della presidenza, cioè di bucare il "velo d'ignoranza".

arretrare verso basi comuni di principio, si spaccava già sulle immediate scelte politiche che il Governo imponeva e la opposizione non poteva contrastare. La presbiopia cede di fronte alle scelte imposte dalla prassi di governo, specie in politica estera, come raccontano Saitto e Faraguna. Così come viene a sgretolarsi quella patina di grande e fraterno compromesso che invece è stato segnato da gravi e radicali contrasti e da votazioni, proprio sui punti cruciali, decise a maggioranza risicatissima dopo discussioni assai dure.

Però l'oleografia e il mito della presbiopia sono sopravvissuti e hanno condizionato anche le vicende a noi vicine. Se non si è riusciti a dimenticare il dibattito che ha preceduto il *referendum* costituzionale del 2016, si ricorderà quante volte si è evocata l'immagine irenica di una Costituzione approvata da una maggioranza che sfiorava l'unanimità in contrapposizione ad una riforma portata in porto "a colpi di maggioranza"; e quante volte si è esaltata la precisione del testo costituzionale, denigrando all'opposto la riforma "non chiara", "pasticciata" e così via. Si è dimenticato cosa dicevano Croce, uscendo dalla Assemblea, o Jemolo, commentandone i lavori con una improvvida dichiarazione di rimpianto per il vecchio Statuto Albertino, della «secchezza, oserei dire la serietà»³ in confronto ad un testo di cui pronosticava il probabile fallimento. Un'oleografia che forse va forse parlando ai ragazzi delle scuole, con le immancabili commoventi citazioni di Calamandrei sulla Resistenza, ma che è penosa se impronta un discorso che si vorrebbe ammantare della serietà scientifica del diritto costituzionale.

3. *Giocare in difesa è un'arte* – Retrocedere per individuare una base comune da trasformare in un principio, e quindi in un "accordo non completamente teorizzato", non è affatto una cattiva tecnica e può dare ottimi frutti. Faraguna ci ricorda come il principio di apertura internazionale si sia sviluppato presso i costituenti grazie all'individuazione «del massimo comune denominatore dell'istanza pacifista e della convinzione che una politica isolazionista non fosse auspicabile per il Paese»: di più certo non si poteva dire, in una situazione le cui coordinate storiche e geografiche rendevano assai difficile tracciare una più precisa e definitiva opzione di politica estera. Ed infatti la politica estera fu teatro di un duro scontro *politico* appena si pose il problema imminente della collocazione dell'Italia negli schieramenti militari e nella Comunità europea.

Ancora più evidente è stata la questione della definizione della "costituzione economica", che ci ha ricordato Francesco Saitto. Una base comune fu definita dal condiviso accettare sia la libertà di iniziativa economica sia una certa misura di intervento pubblico nell'economia. Di più non si poteva dire, e non certo per presbiopia. Non si poteva dire perché sarebbe caduto il consenso, «non si riuscì a trovare un minimo comune denominatore, se non nell'idea per cui, rispetto al liberalismo classico, era necessario ripensare le modalità di intervento in economia dello Stato». Insomma «non si arriva a stabilire in modo dettagliato e univoco come lo Stato avrebbe dovuto intervenire in economia», e perciò – fortunatamente, direi io – quello che ne esce è una «costituzione economica aperta», dato che la sinistra non ha cercato di forzare la mano per un sistema economico più marcato in senso sociale, se non socialista.

C'è, a mio avviso, qualcosa di "tattico" nel modo in cui la sinistra ha operato nei lavori della Costituente. Giacomo D'Amico contrappone, per esempio, la relazione di Giorgio La Pira su *I principi relativi ai rapporti civili*, piena di grandi principi e «slanci generosi» (parole di Aldo Moro), all'atteggiamento dell'altro relatore, Lelio Basso, che D'Amico definisce "attendista". Mi verrebbe da parodiare un noto proverbio yiddish (*Mensch tracht un Gott lacht*) dicendo che «La Pira parla, Togliatti ride», per definire il ruolo che spesso ha assunto la sinistra, e Togliatti per primo, nei lavori dell'Assemblea. Scarso interesse per i grandi discorsi, i principi etici, i modelli teorici – e certo non era solo La Pira ad indugiare – e, dall'altra parte, un'assoluta attenzione alle buche che potevano essere scavate per terra. La sinistra non disponeva della maggioranza, è la prima indispensabile premessa; per cui doveva giocare in difesa; non avrebbe neppure potuto spuntarla sul piano dei principi supremi, se mai lo avesse desiderato, ma doveva preoccuparsi di raggiungere l'obiettivo che più le poteva essere caro: quello di consentire al regime democratico basato sul suffragio universale di ottenere in futuro gli obiettivi che alla sinistra stavano a cuore, senza il rischio di vedersi opporre limiti e steccati inavvertitamente inseriti nel testo costituzionale.

Curando, con Sergio Bartole, l'antologia degli "scritti politici" di Vezio Crisafulli⁴, che negli anni 1944-1955 fu il costituzionalista di riferimento del PCI, ho avvertito chiaramente questa preoccupata attenzione di fronte ad ogni specifico snodo della scrittura (e poi dell'applicazione) della Costituzione, come in particolare a proposito del sistema bicamerale (il ben noto nodo della seconda Camera) e la questione regionale. Ma se si

³ A.C. JEMOLO, *La Costituzione: difetti, modifiche, integrazioni*, Quaderno n. 79 dell'Accademia dei Lincei, Roma 1965.

⁴ Vezio Crisafulli, *Politica e Costituzione - Scritti "militanti" (1944-1955)*, Franco Angeli editore, Milano 2018.

guarda agli interventi di Togliatti nel corso dei lavori non si può che trarre conferma di questa impressione. Si prenda la questione dell'apertura internazionalistica dell'Italia, su cui pure molte parole si sono spese in Costituente anche per rafforzare i vincoli che il Paese avrebbe dovuto acquisire nel consesso degli Stati democratici: la diffidenza che Togliatti espresse – come ricorda Faraguna - per i principi di diritto internazionale, «elaborati da una scienza molto complicata», non era rivolta agli studiosi di diritto internazionale, ma mirava ad evitare che l'evoluzione dell'ordinamento giuridico si trovasse un giorno impedita e pregiudicata da principi non codificati, che potevano costituire un condizionamento normativo non voluto e deciso dal parlamento italiano. Bastarono poche sue parole nella Commissione dei 75 per bloccare la proposta di Tupini di introdurre un vincolo al legislatore italiano nei confronti di tutte le norme internazionali (quello che poi accadde nell'inavvertita riforma dell'art. 117.1 Cost. nel 2001).

4. *Riserva di parlamento* – Alessandro Morelli evoca un altro mito che è fatto discendere dalla Costituente, quello del «carattere parlamentare» della Costituzione e delle sue modifiche. Indossando di nuovo gli scomodi occhiali dell'attualità, non posso non ricordare quanto l'uso prescrittivo del “modello” parlamentare abbia pesato nel corso del dibattito sulla riforma costituzionale, screditata per esser stata proposta e “imposta” dal Governo. Morelli cita il “precedente” di Calamandrei, la famosa frase: «Quando l'assemblea discuterà pubblicamente la nuova Costituzione, i banchi del governo dovranno essere vuoti; estraneo del pari deve rimanere il governo alla formulazione del progetto, se si vuole che questo scaturisca interamente dalla libera determinazione dell'assemblea sovrana». Ma Morelli avverte subito che in essa non si può riconoscere un “modello” prescrittivo e valido fuori dello specifico dei lavori dell'Assemblea costituente. Sarebbe oltretutto un modello smentito clamorosamente dalla storia.

Le revisioni della Costituzione (per non parlare delle “altre leggi costituzionali”) sono state molte volte proposte dal Governo, bisogna pur ricordarlo per togliere di mezzo gli equivoci. Lo fu la prima revisione, quella che mutò la durata in carica del Senato, incentivando una lettura “paritaria” del bicameralismo alquanto estranea alle intenzioni del Costituente; lo fu la terza legge di revisione (1/1967), sull'estradiizione per il delitto di genocidio; e poi la legge cost. 1/2003 (riforma art. 51 Cost.). D'iniziativa mista (unificando proposte parlamentari e quella del Governo) furono le leggi cost. 1/1992 (amnistia e indulto), 3/2001 (Titolo V), 1/2012 (pareggio di bilancio). Sì, è vero, la maggior parte risulta d'iniziativa parlamentare, ma forse non la *pars valentior* in senso qualitativo: le leggi cost. 3/1963 (istituzione della Regione Molise), 2/1967 (modifica dell'art. 135), 1/1989 (sui reati ministeriali), 2/1989 (referendum d'indirizzo per la costituente europea), 1/1991 (sul c.d. “ingorgo istituzionale”), 3/1993 (prerogative ex art. 68 Cost.), 1/1999 (elezione presidenti delle regioni), 2/1999 (giusto processo), 1/2000 e 1/2001 (le famigerate leggi “Tremaglia” su circoscrizioni estero), 1/2002 (rientro dei Savoia), 1/2007 (cancellazione della pena di morte).

Come si vede, la “riserva parlamentare” per l'iniziativa delle revisioni della Costituzione non solo non è un modello, ma è una vera e propria *fake news*. Qualcosa che però sembra fondersi con l'immagine oleografica di un processo costituente fondato su larghe intese e generosi compromessi che avrebbero caratterizzato i lavori dell'Assemblea costituente in ogni sua fase. Una mitologia che distorce la verità storica e si traduce talvolta in impudiche contraffazioni ideologiche. Anche questo rivela il modo in cui capita che la storia costituzionale venga riletta con gli occhiali dell'attualità.

5. *Magis ut valeat* – Tutto quello che ho detto finora mostra come sia infondato un altro “mito” della Costituzione, ben incarnato in una nota affermazione di Barile, riportata da Giacomo D'Amico: è l'idea rivolta all'interprete della Costituzione, della «presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali», che prescrive una «interpretazione estensiva delle norme relative, tendente ad affermare la massima ampiezza da riconoscere alla libera sfera di attività dell'individuo e del gruppo»⁵.

L'obiettivo polemico di Barile era l'interpretazione costituzionale che, sin dagli esordi, aveva sostenuto che i diritti «nascono per loro natura limitati» e che perciò i limiti dei diritti vanno ricercati anche fuori da quelli indicati dal testo costituzionale. Bisogna distinguere – scriveva Barile in quella pagina – tra «limiti *particolari* che la costituzione pone contestualmente alla creazione di una libertà, e nella stessa sede», e «i limiti *generali* ricavabili da altre norme costituzionali collocate “fuori sede”, poiché tendono a proteggere beni o interessi *diversi*»: i primi «paralizzano automaticamente i diritti che ne nascono», i secondi no, sono paralizzanti solo «quando, in un *giudizio di comparazione*, siano da ritenere *prevalenti* sulle situazioni nascenti dalla libertà stessa»⁶. Tutto ciò è perfettamente condivisibile, non nega affatto la prospettiva del bilanciamento degli

⁵ P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 41

⁶ *Ibidem* (i corsivi sono originali).

interessi (il «giudizio di comparazione»), come talvolta si vorrebbe sostenere. C'è da aggiungere che quando la giurisprudenza costituzionale affermava (e lo fece nella sua prima sentenza storica) che «il concetto di limite è insito nel concetto di diritto»⁷ esprimeva con mirabile efficacia l'antagonismo che accompagna strutturalmente il riconoscimento di un diritto e l'affermazione del suo limite. Insomma, i suggerimenti di Barile vanno collocati nel loro quadro storico: non erano lontani dal criterio ermeneutico *magis ut valeat* sostenuto – come ricorda sempre D'Amico – da Vezio Crisafulli⁸. La preoccupazione di quest'ultimo autore era resa esplicita nei suoi “scritti militanti”, che ho già citato, specie in quelli che hanno seguito l'instaurarsi di quello che lui battezzò «il regime del 18 aprile»⁹. È chiaro che la preoccupazione di chi aveva tanto sperato nel nuovo ordine costituzionale portasse ad opporsi con ogni forza al tradimento perpetrato dalle forze di governo, da quell' «ostruzionismo della maggioranza» denunciato con forza da Calamandrei: si trattava di esaltare la capacità regolativa della Costituzione in opposizione alla chiara volontà di non applicarla. Ricordiamo che il Governo si costituì nei primi giudizi davanti alla Corte sostenendo la tesi – potremmo tranquillamente definirla “golpista” – per cui la nuova Costituzione non poteva prevalere sulla vecchia legislazione fascista, di cui per altro non si intendeva minimamente proporre una revisione (altro tema molto caro a Crisafulli, che dedicò all' «epurazione» dei codici penali ben quattro articoli su *L'Unità* del 1944).

Barile e Crisafulli parlano dunque di una difesa della Costituzione in anni in cui la sua “presa sulla realtà” appariva assai debole e incerta persino nella giurisprudenza costituzionale. Ben diverso è invece la ripresa di questi spunti polemici in alcune più recenti riedizioni del principio della massima estensione dei diritti o – come si suole spesso chiamare – del *maximum standard*, sostenute da alcuni autori che Giacomo D'Amico non manca di citare, in senso adesivo mi pare. Anche qui si evoca una mitologia della Costituzione e della sua funzione regolativa. Che i diritti possano espandersi all'infinito non rientrerebbe di certo nella visione né di Barile né di Crisafulli, ma è oggi una tesi alimentata dall'attuale contesto dei rapporti tra la nostra carta costituzionale, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti dell'UE, e tra le rispettive giurisdizioni. La stessa Corte costituzionale non è priva di responsabilità, quando si avventura a parla della «massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti» e di un risultato dell'integrazione tra le Carte che sempre «deve essere di segno positivo»¹⁰. Sono tesi che trovano ampio seguito nella letteratura, sia costituzionalistica¹¹ che penalistica¹² e, naturalmente, negli studi di diritto comunitario¹³. Ma appellarsi al “precedente” di Barile, definito «la vera stella polare della navigazione giurisprudenziale in materia di diritti fondamentali»¹⁴, non mi persuade affatto. L'apertura “multilivello” del discorso sui diritti non è un modo per “rivitalizzare” quello che la Costituzione ha voluto scrivere affiancando ai diritti più tradizionali i “diritti sociali”.

Ho elaborato negli ultimi anni la convinzione che i diritti siano “a somma zero”¹⁵: ogni progresso nella tutela di un diritto ha un suo contrappeso, provoca cioè la regressione della tutela di un altro diritto o di un altro interesse. Può essere che a pagarne le spese sia il diritto di un altro individuo (il diritto proprietario di recintare il mio fondo produce la limitazione del diritto di circolazione degli altri individui) o di un interesse generale (il diritto di portare armi riduce la sicurezza della collettività). È quello che, con altre parole, ha sempre ripetuto la Corte costituzionale italiana sin dalle sue primissime sentenze: che «nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata

⁷ Sent. 1/1956.

⁸ Nei saggi raccolti nel volume *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952.

⁹ *Da un regime all'altro (storia costituzionale d'Italia)*, in *Rinascita* 1951, n. 5 (compreso nella citata Antologia).

¹⁰ Corte cost., sent. 317/2009, in tema di processo contumacia.

¹¹ Si veda in particolare, tra i suoi molti scritti, A. RUGGERI, *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?* in «Consulta on-line» del 5.2.2015 (in cui per altro si risponde alle mie critiche basate sull'assioma che qui ripropongo).

¹² Si veda l'analisi che ne fa S. BERNARDI, *I controlimiti al diritto dell'Unione europea e il loro discusso ruolo in ambito penale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Napoli 2017, XV ss.

¹³ Uno dei primi cenni alla teoria del *maximum standard* si trova in uno scritto di un autorevole giudice della Corte di giustizia, P. PESCATORE, *Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne*, in «Cah. Dr. Eur.», 1974, 512 s. (in nota).

¹⁴ *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in «Quad. cost.» 2006, 15.

¹⁵ Ho approfondito questo tema, con particolare riferimento ai diritti dei consumatori, in *I diritti di chi non consuma*, in *Diritti dell'individuo e diritti del consumatore*, a cura di G. Cocco, Milano, 2010, 95 ss.; e poi in *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Desafios para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Madrid 2013, 91 ss. (ora anche in *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli 2014, 75 ss.). Ma il tutto viene ora approfondito in un piccolo libro che sto per dare alle stampe (con Franco Angeli): *Critica della teoria dei diritti*.

convivenza civile»¹⁶. È vero, Barile intendeva opporsi a questa “invenzione” dei limiti dei diritti, chiedendo un maggior ancoramento al testo della Costituzione. Ma, come ricordava Faraguna, i diritti in Costituzione hanno assai spesso una struttura programmaticamente contraddittoria (si pensi agli artt. 41 e 42, per fare solo un esempio classico), e questo è il frutto del pluralismo che ne ha segnato il processo di formazione, degli «accordi non completamente teorizzati». Anche laddove il conflitto di valori e interessi non era emerso nei lavori dell’Assemblea costituente, trovando nelle sue disposizioni “contraddittorie” la sua rappresentazione, sono i casi infiniti della vita a porre l’esigenza di bilanciare interessi che solo per caso – nel “caso” – si scoprono in contrasto.

L’irriducibile pluralismo della Costituzione è, per l’appunto, un altro mito che le appartiene. Un mito che, finalmente, mi sento di condividere senza riserve.

¹⁶ Sent. 1/1956. Il *Tribunal constitucional* spagnolo ha affermato lo stesso principio in modo icastico in una delle sue prime sentenze in un giudizio incidentale: “*Ninguna libertad es ilimitada*” (Sent. 5/1981, punto 13).