

IL POTERE COSTITUENTE COME PROBLEMA TEORICO-GIURIDICO

Por GAETANO SILVESTRI*

SOMMARIO**

1. IRRAZIONALISMO E CONCEZIONE SOGGETTIVISTICA DEL POTERE COSTITUENTE.—2. LA TEORIA MORTATIANA DELLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE ED I SUOI FRAINTENDIMENTI.—3. DIRITTO E POLITICA: COMPROMESSO O INTEGRAZIONE?—4. IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA DEL POTERE COSTITUENTE E LE SUE CONSEGUENZE PRATICHE.—5. AUTOLIMITAZIONE DEL POTERE SOVRANO E CONTRADDIZIONI DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ.—6. IL PROBLEMA DELLE BASI RAZIONALI DELL'INTANGIBILITÀ DEL «NUCLEO ESSENZIALE» DELLA COSTITUZIONE.—7. È VERAMENTE INUTILE IL CONCETTO DI POTERE COSTITUENTE?—8. PRINCIPIO DI AUTORITÀ E AUTORITÀ DEI PRINCIPI: VECCHIE INCROSTAZIONI TEORICHE E NUOVE PROSPETTIVE.

1. IRRAZIONALISMO E CONCEZIONE SOGGETTIVISTICA DEL POTERE COSTITUENTE

Il problema del potere costituente rappresenta un autentico «rompica-po» per una cultura giuridica abituata a lavorare con le due categorie complementari del *legittimante* e del *legittimato*. Con differenti variazioni di terminologia si ripropone sempre la dualità di posizioni giuridiche fondamentali composta da un soggetto che conferisce il potere ed un soggetto che lo riceve e lo esercita. Si tratta naturalmente di una estrema semplificazione teoretica, giacché nella concretezza dei rapporti giuridici i conferimenti e le traslazioni di potere sono plurimi e variegati e spesso non è

* Catedrático (*Professore Ordinario*) de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Messina (Italia), de la que acaba de finalizar su mandato como Rector. Entre 1990 y 1994, por elección del Parlamento italiano, fue Vocal del Consejo Superior de la Magistratura italiana. Autor de numerosos ensayos y monografías.

** Trabajo inicialmente publicado en el volumen *Studi in onore di Leopoldo Elia*, tomo II, Giuffrè Editore, Milano, 1999.

facile distinguere la fonte principale del potere, anche se non si dubita che il potere stesso trovi la sua origine nella *volizione* di un altro soggetto che glielo trasmette.

Nel campo del diritto pubblico, e costituzionale in particolare, i contorni del problema sono più netti che nella sfera del diritto privato per l'inerenza degli interessi sottesi al o incisi dal potere alla generalità dei cittadini o almeno ad una parte cospicua di essi. È naturale la domanda volta a conoscere il titolo di legittimazione del soggetto che pretende di esercitare potere sulla collettività o su una parte cospicua di essa, sia pure quando gli atti di esercizio investano, volta per volta, singole persone. Una sorta di istinto di naturale eguaglianza degli uomini ha portato in tutte le epoche storiche ad interrogarsi sulla fonte del potere, sulla causa che rende l'uomo superiore all'altro uomo e gli consente di «comandare», di imporre cioè la sua volontà ad altri.

La monarchia legittimista aveva esaurientemente risposto al quesito, dal suo punto di vista, con l'indicazione di una fonte trascendente, la volontà di Dio, dalla quale promanerebbero poteri legittimati in partenza dalla superiorità ontologica indiscutibile della loro causa. La caduta del principio monarchico legittimistico non ha impedito, nel corso dell'Ottocento, che le stesse Costituzioni *octroyées* continuassero a beneficiare dell'originario fondamento divino della monarchia, che si riverberava idealmente sulle Carte concesse, divenute ben presto una sorta di patto tra parlamento e sovrano, ma esenti tuttavia, per la legittimazione del monarca, dalla necessità di trovarsi un «padre».

Dall'altra parte dell'Oceano Atlantico, la ribellione dei Coloni americani alla Madrepatria inglese recideva il legame con la fonte di legittimazione originaria —ormai puramente formale, vista la preponderanza del Parlamento nell'esercizio del potere— ed introduceva un nuovo soggetto ontologicamente superiore, non ultramondano, ma sempre astratto, il popolo. Anche un esame superficiale della Costituzione degli Stati Uniti mette in rilievo il contrasto tra l'astrazione del suo *incipit* (Noi, popolo degli Stati Uniti...) e la concretezza della determinazione degli elettori (maschi, liberi, non-indiani). Nel Vecchio Continente, dove il principio legittimista non poteva operare neppure indirettamente, come nella Francia repubblicana, l'astrazione del popolo veniva rafforzata dall'idea di Nazione, mentre il concetto di Stato sovrano, prevalso in Germania e in Italia, inglobava in sé il popolo come uno dei suoi elementi costitutivi.

Alcune figure astratte prendevano il posto della Divinità, con il corredo di una serie di «dogmi teologici secolarizzati»¹. Mentre lo stesso Cromwell riteneva ancora il suo potere derivato direttamente da Dio, dopo le Rivoluzioni americana e francese, la fonte unica e originaria del potere

¹ C. SCHMITT, «Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità» (1934), in *Le categorie del «politico»*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna, 1972, 61.

scende definitivamente sulla Terra, ma non si materializza, perché mantiene in sé il mistero della sua consistenza e della sua potenzialità espansiva. In ogni caso, si tratta di un'entità (mi si passi, per ora, questo termine generico) *completamente eterogenea* rispetto a qualsivoglia determinazione giuridica, radicalmente estranea al giuridicamente pensabile.

Il celebre motto di Sieyès che la Nazione è sempre nello Stato di natura viene sviluppato da Schmitt nel senso dell'impossibilità di definire il *pouvoir constituant* in termini di razionalismo meccanicistico. Con inesorabile coerenza, egli delinea un quadro adeguato alle premesse del discorso: «Il popolo, la nazione, forza originaria di ogni entità statale, costituisce organi sempre nuovi. Dall'abisso infinito e insondabile del suo potere sorgono forme sempre nuove, che essa può infrangere quando vuole e nelle quali essa non cristallizza mai definitivamente il proprio potere. (...) Non è mai autocostituente, ma sempre costituente altro da sé; perciò il suo rapporto giuridico con l'organo costituito non si pone mai in termini di reciprocità»².

Questo è il punto cruciale, il capo delle tempeste sul quale sono andati ad infrangersi tanti, pur elaborati tentativi di dare una risposta al quesito di fondo sulla natura del potere costituente. L'irrazionalismo schmittiano porta all'acuta, ma difficilmente condivisibile conclusione che l'idea di Sieyès «prelude già in qualche modo alla filosofia del XIX secolo, diametralmente opposta al razionalismo, nella quale Dio è posto al centro del mondo come alcunché di "oggettivamente oscuro", come il *pouvoir constituant*, informe eppure produttore di forme sempre nuove, è il centro della vita dello Stato»³.

Se si vuole rinunciare a spiegare il potere costituente e gli effetti dei suoi atti come eventi miracolosi, se si vuole tentare di dare una risposta agli interrogativi sempre rinascenti sulla prodigiosa nascita del diritto dal non-diritto, bisogna incamminarsi su strade diverse, nella consapevolezza però che la teorizzazione schmittiana rappresenta il punto più alto dell'elaborazione teorica di stampo soggettivistico del potere costituente. Di essa non è facile liberarsi se non si chiariscono accuratamente gli itinerari del percorso teorico alternativo che si sceglie.

2. LA TEORIA MORTATIANA DELLA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE ED I SUOI FRAINTENDIMENTI

Le riflessioni recenti più significative della dottrina italiana sul tema si orientano ad abbandonare la concezione soggettivistica, allo scopo di arri-

² C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, trad. it. sull'ed. tedesca del 1964 a cura di B. LIVERANI, Roma-Bari 1975, 154.

³ C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 155.

vare ad una faticosa oggettivizzazione del concetto di potere costituente, che può significare, come è stato messo in luce, sia perdita della sua totale eterogeneità rispetto alla sfera del giuridicamente regolato, sia scomparsa dalla scena della teoria del diritto costituzionale, in quanto nozione ormai inutile.

Il punto di partenza è lo sforzo teorico poderoso di Costantino Mortati, che si rende conto della necessità del giurista di superare il positivismo acritico basato sulla mera constatazione della vigenza della legge positiva scritta e statutale. Il livello costituzionale dell'ordinamento, dove è maggiormente visibile l'innesto tra potenza della volontà politica e disciplina giuridica del potere, offre un campo di sperimentazione privilegiato per individuare e descrivere i processi di trasformazione del non-giuridico in giuridico. Mortati avverte che sarebbe erroneo ricondurre la differenziazione tra potere costituente e poteri costituiti alla contrapposizione tra fatto e diritto, poiché «il primo non potrebbe conferire agli altri la giuridicità, che loro si riconosce, se già non ne fosse esso stesso fornito, se cioè non si presentasse quale forza ordinata, accompagnata da una fondata presunzione di stabilità e di durata»⁴.

L'affermazione mortatiana che lo Stato e il diritto nascono nello stesso momento⁵ non è mera riproposizione della nota impostazione istituzionistica di Santi Romano, che per spiegare la legittimità simultanea di Stato e diritto richiama, come necessario e sufficiente, il principio di effettività⁶ e relega pertanto il momento formativo dell'ordine costituzionale in una sfera del tutto estranea alla considerazione meramente esistenziale dell'ordinamento positivo. La coincidenza genetica di Stato e diritto è nutrita, nella visione di Mortati, dal suo concetto di costituzione in senso materiale che non è —come pure una certa vulgata ha tentato per lungo tempo di accreditare— la glorificazione dell'effettività, della prassi come frutto del dispiegarsi della volontà reale delle forze politiche egemoni, ma implica invece il rifiuto di accettare qualunque esito delle procedure formali di produzione delle norme giuridiche.

Il «nucleo essenziale di fini e di forge» che *costituisce* (nel senso che instaura) l'ordinamento storico e positivo non compone soltanto il sostrato materiale della costituzione —del che non dubita neppure il più rigoroso formalista— ma è la costituzione, che si caratterizza come espressione istituzionale e normativa del quadro originario del *pactum societatis*. La costituzione «pone un ordine totale, fa sorgere un sistema di valori, in quanto afferma e fa valere una concezione fondamentale della vita associa-

⁴ C. MORTATI, «La teoria del potere costituente» (1945), ora in *Raccolta di scritti*, I, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano 1972, 17.

⁵ C. MORTATI, *op. cit.*, 14.

⁶ S. ROMANO, «L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione» (1901), ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano 1969, 92 ss.

ta»⁷. Solo in questa chiave le storiche sentenze della Corte costituzionale italiana sull'intangibilità dei principi «supremi» o «fondamentali»⁸ anche da parte di fonti in sé idonee a derogare o modificare la Costituzione —norme comunitarie e concordatarie, leggi di revisione costituzionale— possono non apparire pure insensatezze giuridiche.

Bisogna però fare alcune essenziali precisazioni. La conclusione sull'intangibilità del «nucleo fondamentale» della Costituzione, accettata dalla Corte e da larga parte della dottrina⁹, resta pur sempre legata alla dicotomia potere costituente — potere costituito, riferendo al secondo termine di essa il potere di revisione costituzionale. Non si esce così dalla difficoltà di concepire un potere non giuridico, e perciò illimitato, che crea miracolisticamente un potere giuridico. Non si esce, in altri termini, dall'orizzonte classico del positivismo —ma anche del normativismo— nel quale è *necessariamente e fundamentalmente* ricompresa l'irrazionalità incontrollabile della decisione fondatrice. Schmitt è presente e non si lascia superare facilmente.

Il nucleo immodificabile di valori fondamentali in tanto possiede forza di resistenza alle modifiche provenienti da fonti abilitate ad incidere sul livello costituzionale, in quanto sia *altro* rispetto alla sfera del giuridicamente regolato secondo le ordinarie procedure di formazione del diritto. In caso contrario, non si esce dalla scoraggiante alternativa tra una concezione «miracolistica» della nascita di un nuovo ordinamento giuridico per opera di un creatore misteriosamente scomparso dopo l'atto di creazione, ed una artificiosa ricerca di un livello ancora superiore di fonte normativa, che riproporrebbe gli stessi problemi irrisolti al gradino più basso.

Mortati si rende conto della difficoltà e scarta decisamente l'idea che il «potere costituente» possa avere la breve vita del *fiat* originario, per formulare invece l'ipotesi che «la costituzione originaria permanga, come una costituzione che si potrebbe chiamare alla seconda potenza, accanto a quella formale, dalla prima derivata, mai interamente assorbita in questa, ma tuttavia della stessa sua natura»¹⁰. Il potere originario, che ha svolto la funzione costituente, si è oggettivizzato nella costituzione materiale, che tende a compenetrarsi con quella formale. Per questo motivo va respinta una soggettivizzazione politica estrema della stessa costituzione materiale, che sopravvive all'estinzione delle forze politiche che l'hanno determinata. Dice infatti Mortati: «La permanenza (...) delle forze di instaurazione non

⁷ C. MORTATI, «Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale» (1952), ora in *Raccolta di scritti*, cit., II, *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, 14.

⁸ Valga per tutte la famosa sentenza n. 1146 del 1988 della Corte italiana (in *Giur. cost.* 1988, I, 5565 ss.).

⁹ Cfr. indicazioni delle varie posizioni dottrinali in A. CERRI, «Revisione costituzionale», in *Enc. giur.*, XXVII, Roma 1991, *ad vocem*.

¹⁰ C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale* (1940), ristampa, Milano 1998, 120.

deve intendersi riferita alla composizione materiale delle medesime, poiché questa può mutare e anzi muta di solito dopo la costituzione della nuova forma di Stato, bensì alla aderenza agli stessi interessi fondamentali che han determinato il sorgere di questa, e ai ceti sociali portatori dei medesimi»¹¹.

Il tentativo mortatiano di parziale oggettivizzazione della costituzione materiale è un passo avanti molto importante sulla via del recupero alla scienza giuridica della problematica del potere costituente. Non sembra tuttavia il passo risolutivo, perché resta ancora aperto il problema di fondo della posizione reciproca del potere costituente —accostato metaforicamente da Mortati al legislatore delegante— e del potere costituito —accostato simmetricamente al legislatore delegato¹². La metafora mortatiana è difatti molto suggestiva, ma non dà una soluzione giuridico-razionale del problema, giacché la posizione reciproca di legge di delega e legge delegata è definita da un fonte superiore, la Costituzione, che non è possibile reperire per esplicitare il rapporto costituente-costituito.

3. DIRITTO E POLITICA: COMPROMESSO O INTEGRAZIONE?

Nel solco tracciato da Mortati, è stato precisato che il potere costituente è il prodotto di un compromesso tra diritto e politica, poiché in esso «è (...) inscindibilmente presente l'aspetto "politico" della decisione che scaturisce dalla differenziazione, dalla competizione e dal conflitto, e l'aspetto "giuridico" del disciplinamento degli interessi in gioco, della loro riconduzione ad opzioni di lungo periodo, da incardinare nella costituzione formalmente intesa e nelle istituzioni politiche che essa è in grado di costruire e di legittimare»¹³. Resta sempre insoluto però il problema della combinazione, della sintesi e dell'interazione reciproca tra l'elemento «politico» e quello «giuridico» del potere costituente. Il che non è poco, perché dalla sua soluzione dipende il modo in cui si imposta la problematica dei limiti alla revisione costituzionale e la stessa possibilità di dar vita ad istanze «costituenti» nel corso dello sviluppo del processo costituzionale avviato dal primitivo atto politico di decisione, ormai obbiettato nella Carta e sorretto dal consenso perdurante della comunità politica.

Non è senza fondamento la preoccupazione che la persistente carica di politicità del «superiore» potere costituente possa avere effetti di continua destabilizzazione sul «sottostante» potere costituito, con la conseguenza che la costituzione vigente sarebbe «sotto minaccia costante di sovvertimenti

¹¹ C. MORTATI, *op. ult. cit.*, 119 n. 10.

¹² C. MORTATI, «Concetto, limiti, procedimento», *cit.*, 12 ss.

¹³ M. FIORAVANTI, «Potere costituente e diritto pubblico», in *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino 1993, 233.

per definizione imprevedibili», «in una situazione di perenne emergenza»¹⁴. La costituzione conterrebbe in sé un dispositivo di autoaffondamento in logico contrasto con la sua aspirazione ad essere regolazione stabile di una comunità, secondo una tavola di valori non contingente, ma potenzialmente senza limiti di tempo.

4. IL PROBLEMA DELLA NATURA GIURIDICA DEL POTERE COSTITUENTE E LE SUE CONSEGUENZE PRATICHE

La coabitazione di politica e diritto, se intesi come entità contrapposte che addivengono, nel momento costituente, ad un compromesso, può rivelarsi difficile nel corso degli anni. In realtà finiscono per convivere nello stesso contesto normativo e istituzionale non politica e diritto, che devono sempre integrarsi, se la prima non vuole ridursi a pura azione quotidiana e il secondo non vuole restare statica enunciazione di regole astratte, ma concezione soggettivistica ed oggettivistica del potere.

Il punto di vista soggettivistico porta a valorizzare al massimo *le forze* che sostengono l'organizzazione dei pubblici poteri e individua nei principi e nelle norme portatrici di essi solo il riflesso oggettivo della particolare natura dei soggetti sociali e politici che hanno dato vita all'ordine costituzionale esistente. L'estensione del punto di vista soggettivo è molto grande: quasi tutti i manuali di diritto costituzionale parlano del compromesso tra le grandi forze politiche presenti in Italia dopo la caduta del regime fascista. Ancora di recente, nel rivisitare la sequenza di atti che ha portato alla definitiva approvazione della Costituzione italiana del 1948, è stato ribadito il convincimento, del tutto aderente al presupposto soggettivistico, che «il vero potere costituente (salvo i limiti impliciti nel dominio degli Alleati), la forza maggiore e determinante sul piano costituzionale, stava nell'accordo fra i tre partiti di massa»¹⁵. L'atto iniziale ed autofondato, che dà inizio al processo costituente è una decisione, unilaterale o frutto di compromesso, dei soggetti politicamente egemoni. Il resto è conseguenza, a meno che durante il processo costituente non si verifichi un'ulteriore rottura, che spezzi il nesso di continuità con quell'atto di impulso iniziale e dia luogo ad un altro processo costituente. L'unico processo costituente giuridicamente rilevante è quello che si conclude con l'approvazione definitiva di una costituzione¹⁶.

¹⁴ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova 1995, 79.

¹⁵ G. U. RESCIGNO, «La discussione nella Assemblea costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle assemblee costituenti, dei processi costituenti», in *Diritto pubblico*, 1996, 30.

¹⁶ G. U. RESCIGNO, *op. cit.*, 34 ss.

Tutto ciò è senza dubbio aderente alla realtà storico-evenemenziale dei processi costituenti. V'è da chiedersi tuttavia se non sono state sottovalutate le difficoltà teorico-sistematiche poste dal rapporto, da investigare e spiegare, tra il potere costituente, il procedimento di formazione della costituzione, la sua validità e la sua attuazione. In altre parole, se l'atto iniziale autofondato è la decisione delle forze politiche dominanti, che, nell'ipotesi italiana, si accordano su formule normative di compromesso, la validità (nel senso di effettiva vigenza) prima e l'attuazione dopo della Costituzione positiva dovrebbero essere frutto del sostegno pratico delle medesime forze, ipotizzandosi la necessità di un nuovo processo costituente ogni qual volta vi sia una trasformazione nella composizione sociale e politica del Paese.

Per evitare questa conseguenza, vi sono due possibili strade teoriche: a) distinguere nettamente, come fa gran parte della dottrina, tra legittimazione e validità; b) ipotizzare l'apertura di processi costituenti impliciti ogni qual volta vi siano rivolgimenti politici di una certa entità. Le due vie non sono divergenti. Anzi la scissione, comunemente accettata, di validità e legittimazione, consente variegate operazioni di scomposizione e ricomposizione di fatti e norme, forze politiche e poteri istituzionali, principi fondamentali e valutazioni congiunturali. Il tutto sotto l'ombrello onnicomprensivo dell'appello al popolo sovrano, che, nella prospettiva soggettivistica, rappresenta *il deus ex machina* delle situazioni difficili.

Nell'arco delle posizioni soggettivistiche coesistono impostazioni metodologicamente molto rigorose e conseguenti, come quella cui si accennava prima, e proposte, come quella di eleggere un'assemblea costituente con «mandato delimitato» allo scopo di creare le condizioni favorevoli alla nascita di un partito di governo della borghesia e garantire così l'alternanza¹⁷, che mettono a nudo ingenuamente un'idea strumentale di costituzione come mezzo per risolvere problemi politici contingenti. Sia nelle trattazioni serie che in quelle più disinvolute emerge il *leit-motiv* della costituzione come frutto della volontà del potere costituente, il quale o sparisce e resta indifferente alla valutazione del giurista o accompagna la vita della costituzione formale e interviene ogni qual volta lo ritenga opportuno.

Se non si vuole aderire ad una visione irrazionalistica estrema, bisogna convenire che la comparsa del potere costituente non può essere concepita come un evento sovrumano, imprevedibile e incontrollabile, provocato da forze sconosciute e improvvisamente rivelatesi. Si tratta di un intervento posto in essere da forze reali e quindi già esistenti nella società, che operano nel senso di modificare le norme costituzionali vigenti. Per valutare se l'intervento è sistematico o extrasistematico servono a poco sia le con-

¹⁷ Cfr., ad esempio, G. VACCA, «Intervento nel Dibattito sul processo costituente», in *Dem. dir.*, 1995, n. 3-4, 522 ss.

clamate intenzioni che la quantità delle norme incise o abrogate. Sarebbe facile essere sviati dalla futilità con cui nel teatrino della politica si parla di «fasi costituenti» ogni volta che si registrano parziali vittorie o sconfitte elettorali, litigi su nomine di sottogoverno, inchieste giudiziarie sgradite o contrasti interni di partito. E sarebbe pure facile essere ingannati dall'apparente esiguità di una modifica, senza valutare attentamente i suoi effetti sistemici. L'ingresso in scena del potere costituente può essere mascherato nel doppio senso che esso si celi sotto le mentite spoglie del potere di revisione o che si proclami tale senza esserlo, per dare l'illusione di una inesistente palingenesi

Come fare ad orientarsi? Come evitare che ad ogni squillo di tromba dei *media* si parli, più o meno a vanvera, di «Costituente». Come giudicare, ad esempio, il lavoro, testé concluso, della Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali? È stato opera di un rinato potere costituente o si tratta di opera modificatrice di un potere costituito? Il punto di vista soggettivistico sembra offrire pochi appigli per non cadere, influenzati dalla proprie inclinazioni ideologiche, in un facile entusiasmo o in uno scetticismo totale. Né si può uscire da questi dilemmi semplicemente alzando le spalle, nella convinzione che si tratta di problemi irrilevanti per il giurista. Un simile formalismo positivistico non è più consentito dopo il consolidamento della giurisprudenza costituzionale che rivendica al giudice delle leggi il controllo sulla compatibilità di sistema delle leggi di revisione della Costituzione. Bisognerebbe coerentemente negare cittadinanza nel mondo del diritto a questo controllo perché se si ipotizza una possibile eccedenza dai propri limiti del potere (costituito) di revisione, si deve necessariamente ipotizzare una linea di confine con un altro potere giuridico. Nessun potere può essere limitato dal nulla: se si ipotizzano limiti giuridici al potere di revisione si deve in qualche modo attribuire rilevanza giuridica al potere costituente.

Se si attribuisce rilevanza giuridica al potere costituente e nello stesso tempo se ne dà una configurazione soggettivistica, il risultato è la disponibilità giuridica della costituzione da parte delle forze politiche dominanti: un esito di «costituzione materiale» ben lontano dalla autentica teoria di Mortati.

5. AUTOLIMITAZIONE DEL POTERE SOVRANO E CONTRADDIZIONI DEL PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ

In genere i sostenitori del punto di vista soggettivistico rifuggono dall'affermazione brutale che il potere assoluto spetta alle forze politiche dominanti al di là e al di fuori di qualsiasi regola procedurale. Si preferisce far riferimento al «popolo», la cui maestà sovrana è destinata a coprire

in modo plebiscitario le decisioni dei detentori effettivi del potere. Non c'è stata dittatura del XX secolo che non abbia evocato la legittimazione popolare, tanto più vasta quanto più ottenuta con mezzi suggestivi o con votazioni onnicomprensive, per loro natura inadeguate ad esprimere una vera volontà di governo popolare. La divinizzazione della folla (*vox populi, vox dei*) si contrappone alla democrazia critica¹⁸.

Eppure in tempi recenti l'idea della sovranità popolare capace di porre fine in forme libere alla Costituzione vigente, per creare una nuova Costituzione, è stata ancora autorevolmente sostenuta. Di fronte alla pluralità di modelli e procedure astrattamente prospettabili per addivenire ad una riforma profonda della Costituzione italiana vigente, il Presidente della Repubblica Cossiga, in un suo messaggio alle Camere del 26 giugno 1991 teneva a sottolineare che la sovranità popolare è principio fondamentale, preventivo e sovraordinato rispetto all'ordinamento costituito¹⁹. Concepire in tal modo il rapporto tra popolo e istituzioni significa sostanzialmente ritenere sempre legittimo qualunque intervento *extra ordinem* sulla Costituzione da parte di soggetti purché vi sia una qualche investitura o convalida, espressa o tacita, dell'operato anticostituzionale. Il popolo, come ogni sovrano che si rispetti, ha sempre ragione. Poco importa, nelle circostanze concrete, che la sua volontà sia espressa in forme democraticamente corrette, perché il consenso può essere presunto o dedotto da comportamenti significanti. Non sarebbe difficile trovare sottili argomentazioni, e studiosi disposti a sostenerle, per dimostrare che l'inerzia popolare seguita ad un colpo di Stato sia da intendere come legittimazione popolare dell'atto di forza.

In altre parole, il popolo esercita legittimamente il potere costituente perché è sovrano, nel senso che dispone di un potere *giuridico* antecedente alla Costituzione e superiore ad essa.

È stato osservato che bisogna distinguere tra sovranità (giuridica), che si sostanzia in funzioni giuridicamente determinate, e quindi non è illimitata, e potere costituente, di mero fatto e perciò stesso insofferente di qualunque limite giuridico²⁰. I limiti del potere costituente sono da ricercarsi, secondo questo punto di vista tradizionale e tuttora ampiamente condiviso, sul piano storico e sociologico, nel senso che i costituenti non possono mai sfidare troppo apertamente gli orientamenti dominanti nella comunità politica da governare, pena la perdita di effettività della nuova costituzione²¹.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il «Crucifige» e la democrazia*, Torino 1995, 98 ss.

¹⁹ Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Francesco Cossiga del 26 giugno 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 3380.

²⁰ A. PACE, «L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale», in *Quad. cost.*, 1997, 14 ss.

²¹ A. BALDASSARRE, «Il "referendum" costituzionale», in *Quad. cost.*, 1994, 247; A. PACE, *op. cit.*, 44 ss.

A ben vedere però postulare la a-giuridicità del potere costituente è solo un espediente per introdurre nel sistema teorico del diritto costituzionale un potere giuridico senza limiti. Il problema lo aveva avvertito Jellinek, che aveva fatto ricorso al concetto di *autolimitazione*, per tentare la quadratura del cerchio della corrispondenza tra sovranità e diritto. Senza entrare nel merito di questa complessa problematica²², mi sembra di poter dire che, anche a voler chiamare potere costituente quello che una volta si chiamava potere sovrano, rimane tutto intero il problema di un mero fatto giuridicamente non qualificabile, che produce effetti giuridici imponenti. Nel mondo dei fenomeni giuridici qualunque fatto (naturale o umano) per poter produrre effetti giuridici deve assumere rilevanza ad opera di una norma giuridica che lo contempra. In caso contrario resta un indifferente giuridico che produce altrettanti indifferenti giuridici.

In realtà tutte le teorie soggettivistiche si basano su una norma presupposta, che potrebbe suonare pressappoco così: «Obbedite a chi comanda e vi costringe ad obbedire». Si tratta della ben nota autovalorizzazione della forza, che si avvale di una mera tautologia, il principio di effettività. Le persone costrette ad obbedire non hanno bisogno, per farlo, di sapere che esiste il principio di effettività, ma solo di prevedere un male grave derivante dalla disobbedienza. Il potere costituente è, in questa prospettiva, *meramente formale*, come la vecchia sovranità di Jellinek.

In definitiva la concezione soggettivistica del potere costituente sconta due contraddizioni: *a)* Per poter qualificare illimitato il potere in questione se ne postula la a-giuridicità, pur riconnettendo ai suoi atti effetti giuridici precisi; da tale contraddizione si esce solo facendo ricorso al «miracolo» di Schmitt (che, a sua volta, si rifà a Donoso Cortés); *b)* L'identificazione del potere stesso nelle forze politiche dominanti in un dato momento storico parte da un'intenzione di forte realismo metodologico e finisce per rovesciarsi nel suo contrario, in quel potere *rein formal* che Jellinek ritiene coerentemente contrassegno della sovranità.

6. IL PROBLEMA DELLE BASI RAZIONALI DELL'INTANGIBILITÀ DEL «NUCLEO ESSENZIALE» DELLA COSTITUZIONE

Le incongruenze e le aporie delle concezioni soggettivistiche hanno stimolato la ricerca di altre vie per superare le difficoltà.

Se Sieyès aveva già proclamato la straordinarietà del momento costituente, in cui la Nazione esercita direttamente il suo potere ed affida l'intero processo di governo ai poteri costituiti, salvo riassumere poteri diretti in momenti parimenti eccezionali, una parte della dottrina costituziona-

²² Per la quale mi permetto di rinviare a G. SILVESTRI, «La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto», in *Riv. dir. cost.*, 1996, 20 ss.

listica contemporanea non solo trae da questo ritrarsi della Nazione, e quindi del potere costituente, la conclusione del suo «esaurimento», ma tende a costruire, pur senza negarlo in via di principio, condizioni eccezionali per la sua reviviscenza. La maggior parte degli autori che ammettono infatti l'esistenza di limiti assoluti alla revisione costituzionale, lasciano aperta la porta ad un ipotetico, ancorché improbabile, ritorno in campo del potere costituente.

Il Tribunale costituzionale tedesco riconosce il vincolo del potere di revisione al rispetto del nucleo essenziale dell'ordine costituzionale, dichiara che sarebbe inammissibile un *referendum* popolare volto a legittimare una legge di revisione tendente ad incidere su quel nucleo essenziale, ma, alla fine, abbassa le armi di fronte al potere costituente, che non si può vincolare giuridicamente²³.

Se persino un *referendum* popolare non è sufficiente ad intaccare il nucleo fondamentale della Costituzione, mentre il potere costituente può farlo, allora si deve pensare necessariamente a situazioni eccezionalissime, che si ritiene, e si spera, siano fuori dal campo dello storicamente probabile. In fondo la stessa teoria c.d. gradualistica del potere costituente²⁴ parte dalla constatazione storica dell'inerenza stabile di un certo *corpus* di valori alla cultura diffusa dei popoli contemporanei, con una tendenza nettamente espansiva, per cui le modificazioni delle varie costituzioni si pongono come tappe di una evoluzione costituzionale, nella quale sempre più rare sono le rotture e le discontinuità assolute. Quello di potere costituente si riduce ad essere un concetto-limite²⁵, utile a puri fini teorici, ma inattivo nella prassi del diritto costituzionale.

La «blindatura» del nucleo fondamentale della Costituzione realizzata ponendo limiti rigorosi e garantiti al potere di revisione, senza intaccare il feticcio dell'incomprimibilità del potere costituente, è apparsa, in tempi recenti, insufficiente rispetto ad un'allegria attitudine della classe politica a risolvere in termini di evocazione disinvolta di «poteri» e «fasi» costituenti di vario tipo problemi di riassetto del sistema politico. Con maggiore approfondimento, si è precisato che il potere costituente non può essere rivendicato da nessuna parte allo scopo di incidere su quei principi e diritti «naturali» che Sieyès condensava sotto il nome di Nazione, precedente e superiore alla costituzione. Se oggi si fa riferimento a tale fonte primigenia della costituzione, bisogna tener presente che «la teoria settecentesca del *pouvoir constituant* non è affatto negatrice dell'idea centrale di tutto il

²³ Sentenza 12 ottobre 1993, tr. it. in *Giur. cost.*, 1994, 688.

²⁴ Cfr. P. Häberle, «Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat», in *Arch. öff. R.*, 1987, 55 ss.

²⁵ Cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, «Die Verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbe-griff des Verfassungsrecht» (1986), ora in *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main 1992, 103.

costituzionalismo antico: dell'idea di una legge che non dipende dal potere politico, nemmeno dal più forte»²⁶.

Sostenere la sottrazione della costituzione, quale Carta dei diritti dei singoli e dei gruppi, al potere delle forze politiche, anche se maggioritarie, significa in pratica affermare l'immodificabilità assoluta del «nucleo essenziale» della costituzione stessa. Questa conclusione sembra entrare in collisione diretta con qualunque impostazione realistica del rapporto tra diritto e fattualità storica. Sarebbe facile obiettare che una nuova costituzione, se sostenuta da una forza capace di farsi obbedire, è tuttavia «valida» e che al principio di legittimazione democratico-pluralistico si potrebbe ben sostituire un altro principio —per esempio, democratico-maggioritario— in base al quale si potrebbe affermare esercitato nuovamente, con effetti rivoluzionari, il potere costituente. Si può tuttavia trarre dall'impostazione più rigida ora richiamata un richiamo alla serietà nell'evocare un potere costituente che, per essere tale, implica una *discontinuità storica e di civiltà*.

Detto questo, rimane in piedi interamente il problema della improvvisa comparsa, nella discontinuità, di un potere capace di imporre *ex novo* un principio di legittimazione, alla luce del quale per il futuro dovrà essere riguardata qualunque norma giuridica, anche già esistente al momento dell'entrata in vigore della nuova costituzione (così come è avvenuto per la Costituzione italiana del 1948, che ha imposto la ri-valutazione della legittimità costituzionale delle leggi anteriori, secondo la nota giurisprudenza della Corte).

7. È VERAMENTE INUTILE IL CONCETTO DI POTERE COSTITUENTE?

L'apparente impossibilità di risolvere quello che all'inizio ho chiamato un «rompicapo» giuridico, ha portato a concludere per l'inutilità dello stesso concetto. Che ce ne facciamo in sede di teoria del diritto costituzionale di un potere che incontra solo limiti logici e storici e non giuridici-positivi? Se il potere costituente può essere individuato solo *dopo* che una costituzione è stata instaurata e vige effettivamente, allora il *proprium* della costituzione «non può essere la sua immediata derivazione dal potere costituente —perché, a tal punto, questo è il *posterius*— bensì (per le concezioni descrittive) la sua giuridicità e la sua effettiva vigenza ovvero (per quelle prescrittive) la sua corrispondenza al modello tramandato dai fondatori del costituzionalismo, e dal costituzionalismo di oggi costantemente aggiornato. Solo in questo modo (...) si può sfuggire alla trappola del *regressus ad infinitum...*»²⁷.

²⁶ M. DOGLIANI, «Potere costituente e revisione costituzionale», in *Quad. cost.*, 1995, 31.

²⁷ M. LUCIANI, «L'antisovrano e crisi delle costituzioni», in *Riv. dir. cost.*, 1996, 154 s.

Già in precedenza era stata rilevata l'inadeguatezza di tutte le teorie che rimettono all'onnipotenza della volontà umana la formazione del diritto costituzionale e delle istituzioni: con la conseguenza che la nozione di potere costituente non sarebbe utile né a fini euristici né a fini pratici, perché contraddirebbe l'assunto, provato dall'esperienza storica, della formazione graduale degli ordinamenti costituzionali²⁸.

Che la nozione di potere costituente debba essere radicalmente espunta dall'arsenale dei concetti giuridici dei costituzionalisti o debba essere depotenziata sino a ridursi a concetto-limite è questione cui non mi sento di proporre una risposta. Forse, se le cose stessero soltanto in questi termini, facendosi forti dell'insegnamento che la giurisprudenza è una scienza pratica, si dovrebbe concludere per la cancellazione del concetto, fonti più di equivoci che di chiarificazioni.

Mi permetto però di dubitare che questa sia una conclusione obbligata.

8. PRINCIPIO DI AUTORITÀ E AUTORITÀ DEI PRINCIPI: VECCHIE INCROSTAZIONI TEORICHE E NUOVE PROSPETTIVE

Rinunciare a dare una risposta al problema del fondamento significa rendere acefalo, privo di un criterio ordinatore unitario, tutto il sistema dei principi e delle regole che va sotto il nome di diritto costituzionale. L'interpretazione delle disposizioni positive, il bilanciamento dei valori, lo stesso controllo della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi di revisione finirebbero per obbedire a logiche particolari, legate a situazioni contingenti.

Non bisogna dimenticare che «il sistema giuridico nel suo complesso ha un grado più alto di legittimità che non le singole norme giuridiche»²⁹. Questo grado superiore di legittimazione non può essere trovato in logiche particolari di equilibrio, che pur sono necessarie nell'operare quotidiano, ma deve essere rinvenuto nel fondamento del tutto. In altre parole è sempre necessario individuare, come ho tentato di dimostrare in altra sede³⁰, il *punto archimedeo* dell'ordinamento costituzionale. Le contraddizioni e le aporie delle concezioni soggettivistiche del potere costituente non possono essere superate semplicemente negando il problema. Non si sfugge alla divinizzazione del potere costituente sostituendovi una divinizzazione immanentistica della costituzione, senza rischiare di concedere involontariamente al principio di effettività molto di più di quanto i teorici dello Stato di diritto ottocentesco fossero disposti a concedere.

²⁸ P. G. GRASSO, «Potere costituente», in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano 1985, 657 ss.

²⁹ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), ed. it. a cura di L. Ceppa, Milano 1996, 40.

³⁰ G. SILVESTRI, «La parabola della sovranità», cit., 55 ss.

Comunque si rivolti il problema, il nodo da sciogliere sta nella figura del sovrano. I passaggi teorici non eludibili sembrano essere i seguenti: il sovrano pone la costituzione, che da quel momento regola come norma suprema tutti i rapporti sottostanti; la costituzione, scritta o non scritta, esiste sempre perché ogni ordinamento giuridico ha bisogno di un principio ordinatore unitario; tuttavia il sovrano inteso come suprema potestà soggettiva di comando è rovinato definitivamente negli orrori del XX secolo; dal secondo dopoguerra in poi la sovranità si è oggettivizzata nel nucleo essenziale di valori epocali emersi progressivamente in luce dopo il crollo dei totalitarismi novecenteschi, che hanno rappresentato l'estremo limite teorico e, purtroppo, pratico della concezione soggettivistica della sovranità.

Non bisogna cadere in equivoci. Il nucleo essenziale dei valori epocali afferma la sua sovranità *al di sopra del diritto*, come sopra il diritto si collocava il sovrano hobbesiano, artefice dell'ordine e non soggetto ad esso. Ciò non significa che esso sia giuridicamente irrilevante perché la sua ragion d'essere è solo nella potenzialità di produrre diritto. Il potere costituente, in quanto «fonte di produzione delle norme costituzionali»³¹, è il modo in cui il sovrano crea le condizioni obbiettive del suo regno. Mentre il sovrano soggettivo poteva, almeno in teoria, essere guidato solo dal suo capriccio, i valori sovrani hanno esistenza solo se si traducono in principi giuridici e quindi in regole di comportamento. Che poi i valori sovrani siano storicamente condizionati è affermazione ovvia, come ovvia è la constatazione che essi possano essere violati o resi ineffettivi da atti di forza contrari, così come il sovrano-soggetto poteva essere sempre detronizzato e sostituito da altri.

Il punto importante per il giurista è un altro: l'immodificabilità del nucleo essenziale della costituzione trascende il livello della giuridicità formale dell'ordinamento per attingere un livello superiore sostanziale che possiamo definire in tanti modi — se il termine sovranità non piace e se l'espressione costituzione materiale è stata irrimediabilmente inquinata dalle cattive interpretazioni — ma che non è quello della sistematica formale delle fonti. Anni addietro segnalavo la difficoltà teorico-giuridica di instaurare una gerarchia tra norme costituzionali, allo scopo di individuare il nucleo duro della Costituzione italiana³². Giustamente è stato precisato che «*la primazia del valore-principio non ha nulla a che vedere con una sorta di superiorità gerarchica tra fonti o tra norme*», perché «quando si parla dei principi supremi non si allude a norme superiori ad altre, bensì ad *entità diverse, irriducibili al normativo*» (corsivi dell'A.)³³.

³¹ P. BARILE, «Potere costituente», in *Noviss. Dig. It.*, XIII, Torino 1976, 444.

³² G. SILVESTRI, «Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale», in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, Milano 1987, II, 1198 ss.

³³ F. MODUGNO, «Il problema dei limiti alla revisione costituzionale (in occasione di un

Concordo pienamente e mi permetto di osservare che queste affermazioni si conciliano perfettamente sia con la perplessità da me manifestata in passato verso la costruzione di scale gerarchiche formali tra norme ugualmente di rango costituzionale, sia con l'idea, espressa più di recente, che la sovranità vada cercata in un nucleo di valori superiori al livello formale della costituzione scritta.

Passare da un'idea soggettiva di sovranità (e di potere costituente) ad un'idea oggettiva richiede il superamento di uno dei più resistenti crampi mentali della dottrina costituzionalistica moderna. Bisogna superare sia il pregiudizio dell'insostituibilità del principio autoritario soggettivo nel diritto pubblico, sia la preoccupazione che l'oggettivizzazione sia il veicolo per l'introduzione di un «governo dei custodi»³⁴.

Il primo impedisce la ricerca di un terreno unificatore nella scienza del diritto, condannando il diritto pubblico ed il diritto privato ad una perenne eterogeneità teorica per l'inconciliabilità del principio negoziale e del principio di autorità. La seconda prova troppo perché coerentemente dovrebbe negare ogni forza vincolante ai principi superiori della stessa costituzione positiva perché fondamento del potere dei guardiani (giudici costituzionali e comuni) messi in funzione di contraltare alla potenza della volontà politica (popolare o meno).

È appena il caso di osservare che gli immani disastri provocati da questo modo di concepire il rapporto tra politica e diritto mi esimono da un ulteriore sforzo di confutazione. Bisogna però restare in vigile attenzione anche per segnalare la comparsa di sintomi minori e meno ingenuamente dichiarati dello stesso male. Quando, ad esempio, si dice che bisogna eleggere un'assemblea costituente per uscire dalle retoriche dei valori, per entrare nell'universo dei meccanismi³⁵ si dice una cosa ragionevole se ci si riferisce all'esigenza di ammodernare l'apparato istituzionale, senza coinvolgere i valori fondamentali dell'ordinamento. Sorge però il dubbio che il riferirsi ad una assemblea costituente e non ad un'opera di revisione costituzionale non sia solo una concessione alla moda del giorno, ma implichi la convinzione che la «vera» costituzione sia l'insieme delle norme organizzative del potere pubblico, mentre l'elencazione dei diritti e dei principi sia mera declamazione retorica fonte, tutt' al più, di una rendita di posizione per i poco amati giudici della Repubblica.

Che una simile idea della costituzione sia ancora in circolazione e sia ricomparsa nettamente nel dibattito attuale in Italia è confermato dal ta-

commento al messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica del 26 giugno 1991), in *Giur. cost.*, 1992, 1672 s.

³⁴ Cfr. G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari 1997, 107 n. 22.

³⁵ G. REBUFFA, *La costituzione impossibile. Cultura politica e sistema parlamentare in Italia*, Torino 1995, 137.

gliente sarcasmo che un noto politologo ha riservato alle costituzioni intese come documenti espressivi dei valori fondamentali: «Se gli estensori di costituzioni non sanno resistere alla tentazione di ostentare i loro nobili intenti, questi dovrebbero essere collocati in un Preambolo programmatico. Dopodiché i costituenti sono tenuti ad occuparsi seriamente di ciò che seriamente dovrebbero fare: elaborare uno schema di governo che, tra l'altro, soddisfi le esigenze di governabilità»³⁶. Si potrebbe dire: evviva la sincerità! Ad una simile concezione ottocentesca di costituzione, ben si addice un'idea del tutto soggettivistica di potere costituente.

Per fortuna la capacità di resistenza dei valori epocali contenuti nella Costituzione italiana sembra sufficiente ad arginare le offensive di tanti aspiranti principi sinora senza scettro, come sembra dimostrare il recentissimo esito dei lavori della Bicamerale, che, pur tra tante incongruenze e soluzioni pasticciate, non sembra davvero aver dato vita ad una discontinuità storica. Il potere costituente continua a dormire, nonostante le alte grida di alcuni innovatori millenaristi. Speriamo che duri.

³⁶ G. SARTORI, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*, Bologna 1995, 216 s.

