

METODI STORICO-COMPARATISTICI E MODELLI COSTITUZIONALI NELLO STUDIO DELL'ESPERIENZA REPUBBLICANA IN ITALIA

(A proposito del libro curato da Marco Fioravanti, *Culture e modelli dell'Italia repubblicana*, Cosenza, Pellegrini, 2008, 352 pagine).

Francesco Alicino

Importati dal lessico comune, nel contesto normativo alcuni vocaboli mutano il senso, assumendone uno specificamente giuridico: è il caso di termini quali *colpa*, *dolo*, *negozio*, *delitto* e via dicendo¹. Ciò non toglie che, in un tale contesto, il significato di alcune parole, e dei relativi referenti concettuali, possa rimandare a dei substrati culturali: "Stato costituzionale", ad esempio, sottende complesse variabili filosofiche e politiche che, intrecciandosi con l'esegesi giuridica², vanno a definire un modello ordinamentale – o archetipo teorico –, delimitandone l'ambito del giuridicamente concepibile. Tuttavia, la qualificazione effettiva di un ordinamento positivo non sempre risponde a degli schemi predefiniti, ma è in primo luogo la risultanza delle scelte di quello che la moderna teoria costituzionale suole indicare come il "potere costituente"³, sul quale è notevole l'influenza esercitata dall'*élite* politica del momento, a sua volta culturalmente orientata dalla varietà dei modelli costituzionali.

Questi ultimi, infatti, raggruppano una certa quantità di dati (modi di funzionamento delle istituzioni, principi costituzionali, istituti giuridici, norme etc.), conferendo loro una coerenza d'insieme. Gli archetipi teorici, pertanto, servono a rendere intelligibile un ordinamento, o quantomeno le sue più

¹Anzi, «Ciò che per di più distingue il diritto positivo moderno proprio dello Stato legislativo di diritto dai sistemi giuridici premoderni è il fatto che in esso la lingua giuridica è una lingua interamente artificiale, essendone positivamente stipulate tutte le regole d'uso: sia le regole che definiscono le parole – per esempio "furto", "omicidio", "contratto" – con cui sono nominabili e qualificabili gli atti regolati, sia le regole che disciplinano le forme e le procedure del loro uso operativo nel linguaggio e nella comunicazione giuridica»; Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. 1, p. 847.

²Peter Goodrich, "Language, Text and sign in the History of Legal Doctrine", in Domenico Carzo, Bernard Jackson (cur.), *Semiotics, Laws and Social Science*, Cangelini, Roma, 1985, pp. 130 ss.: l'esegesi, infatti, si afferma come metodo per spiegare, ovvero controllare, la lettura di un testo normativo, e in particolar modo della Carta costituzionale. Per queste ragioni, l'esegesi partecipa alla costruzione dell'autorità del testo, rafforzandone la forza coercitiva. Si veda anche Mauro Bussani, "Choix et défis de l'Herméneutique", *Revue internationale de droit comparé*, 1998, n. 3, pp. 735 ss.

³Che poi s'identifica anche con qualunque situazione metagiuridica, cioè non causata da atti giuridici, ma che nondimeno si pone a fondamento dell'ordinamento. Si veda per tutti (ricordando però che sul tema la letteratura è pressoché sterminata) Carlos S. Nino, "El concepto de poder constituyente originario y la justificación jurídica", in Eugenio Bulygin, Martin D. Farrell, Carlos S. Nino, Eduardo A. Rabossi (cur.), *El lenguaje, del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1983, pp. 339 ss.; Alessandro Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padova, 2002, *passim*; Paolo Pombeni (cur.), *Potere costituente e riforme costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1992, *passim*.

importanti caratteristiche che, se rapportate ad un dato “modello costituzionale”, possono variare dall’opposizione all’identità, passando per l’indifferenza, la verosimiglianza o la perfetta equivalenza. In alcuni casi, infatti, è la stessa struttura costituzionale di qualche ordinamento che assurge a paradigma. In materia di controllo di costituzionalità delle leggi, ad esempio, possiamo individuarne alcuni concretamente operanti in importanti realtà statali, come quella che fa capo agli Stati Uniti d’America, il cui modello di giustizia costituzionale premette un controllo di legittimità di tipo diffuso che, di conseguenza, si contrappone a quello accentrato o misto, così come invece si è affermato in diversi Paesi dell’Europa continentale. Operazione valida anche per ciò che concerne il “modello francese” della *laïcité de combat*, che presenta non poche divergenze rispetto al “modello canadese” della coesistenza multietnica e multiculturale, nonché alla laicità concordata o «confessionista»⁴ italiana, ma anche spagnola, portoghese e tedesca. Il ricorso alla cultura e ai modelli giuridici permette, quindi, di rilevare coerenze o discrepanze in un singolo ordinamento positivo quanto ad una determinata tematica, facilitando così l’opera di interpretazione di alcuni fenomeni normativi, in un dato momento storico.

Per le stesse ragioni, l’utilizzo dei modelli costituzionali agevola anche la comprensione degli elementi che, in vario modo e con una differente intensità, hanno alimentato le “vene” (storiche, politiche, giuridiche, dottrinali) “acquifere” – per utilizzare l’immagine di Thomas Mann⁵ –, sgorgate, in modo sorprendentemente unitario, nella “sorgente” della Costituzione del 1947, il primo e il più eminente prodotto della neonata Repubblica italiana. Ed è quanto emerge dalla lettura dei saggi raccolti e coordinati, con buona cura, da Marco Fioravanti nell’Opera collettanea intitolata *Culture e modelli costituzionali dell’Italia repubblicana*⁶, che arricchisce ulteriormente la già importante Collana – diretta dal Prof. Ferdinando Cordova – dei *Quaderni del Giornale di Storia Contemporanea*. Questo libro, infatti, ha in primo luogo il merito di ricostruire e “illuminare” i vari filamenti teorici, la varietà delle istanze ideologiche e, non ultima, la carismatica autorevolezza di una parte della dottrina italiana, che, in un modo o nell’altro, sono confluiti nell’esperienza repubblicana, la cui trama storica trova un fondamentale punto di snodo in quel importante “laboratorio costituzionale” rappresentato dell’Assemblea costituente del 1946.

Invero, l’Opera curata dal Fioravanti rende palese un altro importante aspetto nello studio del diritto costituzionale che, in una materia come quella ivi esaminata, è importante tenere sempre in considerazione: l’utilizzo di un modello premette una sua adeguata conoscenza, ciò che, a sua volta, passa necessariamente da una compiuta operazione definitoria; da una definizione del modello in questione che, in base alle finalità imposte alla ricerca, possa erigersi a parametro sul quale, eventualmente, formulare un giudizio. E de-finire dei modelli significa innanzitutto de-limitare, ovvero assegnare loro dei confini concettuali. Un modello indefinito è infatti un modello senza alcun limite: non

⁴ Susanna Mancini, *Il potere dei simboli, i simboli del potere. Laicità e religione alla prova del pluralismo*, CEDAM, Padova, 2008, p. 7.

⁵ *Giuseppe e i suoi fratelli*, trad. it. cur. B. Arzen, Mondadori, Milano, 2006, pp. 1 ss.

⁶ Pellegrini editore, Cosenza, 2008.

sappiamo quando e a cosa si applica, cosa include e cosa esclude. Non può pertanto essere utilizzato per accrescere la comprensione di determinati fenomeni.

Valido per tutte le esperienze normative, un tale presupposto risulta particolarmente importante per chi cerchi di ragionare attorno alle tematiche proprie della dottrina costituzionale: dei diritti di libertà e delle forme di Stato o di governo. Ma la definizione dei modelli costituzionali non può prescindere dalle realtà a cui essi intendono rapportarsi: gli ordinamenti giuridici che concretamente hanno avuto origine e vigore in tempi diversi e fra comunità diverse. Altrimenti, l'unico risultato certo a cui si giungerà è che non troveremo mai delle realtà giuridiche di quel tipo: se, invece, di fronte ad un fenomeno normativo dichiariamo che "questo rispecchia una determinata forma di Stato o di governo", ovvero che con codesto paradigma "si pone in netto contrasto", il giudizio dipende dal raffronto della realtà sulla quale si sta indagando e dalla definizione, o quanto meno da una certa idea, di cosa quel archetipo teorico (modello) sia, possa o debba essere.

Insomma, occorre chiarire quali sono le principali caratteristiche di un modello costituzionale: dire che cosa esso significa. Esistono molti metodi per farlo e, in astratto, tutti si equivalgono, essendo ciascuno a suo modo "arbitrario"⁷. Dal punto di vista delle capacità operative, tuttavia, alcuni metodi risultano più efficaci di altri, poiché questi semplificano il discorso e, conseguentemente, la possibilità di intendersi: senza con ciò banalizzare la questione, ed anzi accrescendo il nostro potere di analisi. Si scopre in tal modo che, in molti casi, nella definizione di un modello costituzionale assume un certo rilievo il metodo storico-comparativo, che è poi il filo conduttore che lega i vari contributi contenuti nel libro qui recensito.

Quest'ultimo, infatti, nonostante l'attenzione riposta su alcuni istituti giuridici⁸ o sulle circostanze con cui si è sviluppata una determinata vicenda storica e istituzionale⁹, allarga lo sguardo ben oltre quegli istituti e quelle singole circostanze, aprendo così un *visus* potenzialmente fecondo nello studio dell'esperienza repubblicana: e segnatamente sui "modelli" che, più di altri, hanno influenzato la struttura costituzionale italiana¹⁰. In effetti, complessivamente intesa, quest'Opera dimostra che la comparazione giuridica è innanzitutto operazione intellettuale di rapporto fra ordinamenti, istituti e

⁷ Franco Cordero, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Aragno, Torino, 2008², pp. 141 ss.

⁸ Ad esempio: sul consiglio Superiore della magistratura (di cui al Saggio di Paolo Alvazzi del Frate, *Costituzionalismo e indipendenza del giudice. Il Consiglio superiore della Magistratura tra Francia e Italia*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell'Italia repubblicana*, op. cit., pp. 33-70); o sull'esercizio delle poteri normativi del Governo in Francia e in Italia (Marco Fioravanti, *Le origini delle potestà normative dell'esecutivo in Francia e in Italia*, in *ivi*, pp. 71-103).

⁹ Ad esempio: il processo costituente in Italia e in Francia a seguito del secondo tragico conflitto bellico mondiale (Sandro Guerrieri, *Il processo costituente in Italia e in Francia dopo la Liberazione*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell'Italia repubblicana*, op. cit., pp. 11-31); ovvero gli antefatti del referendum gollista del 28 ottobre 1962, e le ripercussioni che questo ha avuto sugli assetti costituzionali della V Repubblica francese (così come si evidenzia dall'*accurato intervento di Gerri Ferrara, Una Repubblica per de Gaulle. Il referendum del 28 ottobre 1962*, in *ivi*, pp. 103-150).

¹⁰ Fra i modelli considerati maggiore rilevanza è data a quello «francese», al quale è dedicata tutta la Prima Parte del libro in questione (pp. 10-103).

modelli: un'operazione che comporta la presa in considerazione dell'esistenza di differenti discipline normative appartenenti ad altrettanti sistemi, la cui valutazione può influenzare l'elaborazione dei progetti di una nuova Carta costituzionale, così come è avvenuto per la Costituzione repubblicana del 1947, o la revisione di alcuni dei suoi istituti.

In particolare, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, come è stato evidenziato, la sensibilità nei confronti della dimensione storico-politica e comparativa «dei problemi costituzionali ha un radicamento assai robusto nella storia della cultura giuridica»¹¹. Tanto che nella prima letteratura di epoca statutaria «in quasi tutte le trattazioni non mancano profili storici e comparatistici»¹² i quali, però, si sono soventi scontrati con la (molto spesso) irriducibile peculiarità (politico-giuridica) del contesto statale. Sotto quest'ultimo aspetto, in uno dei saggi contenuti nel libro in commento, Andrea Buratti osserva che, dal periodo unitario fino «alla stagione costituente», in Italia «il ruolo della comparazione giuridica sembra» invero «essere rimasto quello di fornire alla classe politica definizioni sintetiche e semplificatorie in grado di circoscrivere il novero delle prospettazioni istituzionali mediante la progressiva esclusione di modelli da rifiutare, in ragione dell'irriducibile peculiarità [appunto] ... nazionale»¹³. Lo dimostra la delicata questione delle autonomie regionali, che «attraversa la storia dell'Italia dal risorgimento sino alle più recenti proposte di revisione costituzionale»¹⁴, diventando uno dei temi principali nella quotidiana lotta politica. Nella seconda metà dell'Ottocento, infatti, il «problema» del regionalismo alimentò una buona parte dell'opposizione «alle forze di governo e per queste vie si trasferì, con il progressivo allargamento del suffragio, dalle trattazioni degli uomini rimasti esclusi dagli equilibri di maggioranza alle rivendicazioni dei movimenti politici di stampo cattolico e meridionalista durante il giolittismo, seguendo l'onda del progressivo debordare del processo politico dalle aule parlamentari ai partiti di massa»¹⁵.

Parallelamente, sulla cultura giuridica del tempo continuava a pesare l'autorità dottrinale di alcuni studiosi. È il caso, fra gli altri, di Vittorio Emanuele Orlando¹⁶, che nell'analisi «degli istituti giuspubblicistici», rispondendo alla «domanda» di maggiore scientificità – ossia apoliticità – nello studio del diritto, sotto l'influenza della cultura giuridica tedesca¹⁷, «determinò una retrocessione

¹¹ Angelo Antonio Cervati, «A proposito dello studio del diritto comparato in una prospettiva storica e della comparazione tra ordinamenti giuridici», *Diritto romano attuale*, 1999, p. 15.

¹² Mario Galizia, «Profilo storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale», *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1963, p. 83.

¹³ Andrea Buratti, *Dottrina costituzional-comparatistica ed elaborazione dello Stato regionale in Assemblea costituente*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell'Italia repubblicana*, op. cit., p. 227.

¹⁴ *Ivi*, p. 228.

¹⁵ *Ivi*, pp. 228-229.

¹⁶ Si veda Vittorio Emanuele Orlando, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, opera pubblicata per la prima volta nel 1886 (ora in Vittorio Emanuele Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1954, pp. 345 ss.), nonché Vittorio Emanuele Orlando, *Principi di diritto costituzionale*, del 1889 (si veda la V^a edizione del 1920, Barbera, Firenze).

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *La cultura giuridica in Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 20 ss.; Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, op. cit., Tomo 1, p. 944, nota 3.; Maurizio Fioravanti, «Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato», in Aldo Schiavone (cur.), *Stato e cultura giuridica in Italia, dall'Unità alla Repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 13 ss.

del metodo storico-comparativo, ed un'accentuazione degli aspetti formali ed astratti»¹⁸. In questo contesto intervenne la dottrina di stampo fascista che, incentrata su una concezione pervasiva dello Stato centrale, ossia su una visione "sott'ordinata" delle autonomie territoriali, ridotte prevalentemente a organi e funzioni dello Stato, di fatto favorì «un ripiegamento del metodo costituzionalistico su temi astratti e lontani dalla realtà politica»: un metodo «che si sottraeva vieppiù alla comparazione con gli assetti istituzionali delle democrazie contemporanee». Questo, però, non comportò il venir meno di «un dialogo con la dottrina giuridica straniera, ed in particolare con quella tedesca di epoca guglielmina», che peraltro «aveva affrontato per prima il tema della qualificazione della natura giuridica dello Stato federale e delle autonomie locali»¹⁹: ciò che trovò motivi di notevole interesse durante i lavori della Costituente del 1946, in cui si registra una spiccata ed "alleviante" attenzione per il diritto comparato²⁰.

Da quanto precede si può desumere che, per vero, nel farsi di un avvenimento c'è sempre un concorso di minuti avvenimenti, che in un moto di attrazione e di aggregazione corrono verso un "centro": un campo magnetico in cui prende forma quello che nella storia occidentale si suole definire come "evento", ossia un fatto di grande interesse collettivo. In questo senso, per quanto minuto e apparentemente insignificante, nessun avvenimento è incidentale, accidentale ovvero fortuito: sia pure in forma molecolare, le parti si "realizzano" nel tutto e il tutto si "realizza" nelle parti, trovando una qualche spiegazione nel processo di aggregazione. Ed è quello che avviene quando si dà vita e corpo ad una nuova Costituzione che, non a caso, è sempre il frutto di un "processo" – appunto – costituente.

Dopo il tragico "evento" della seconda guerra mondiale, in Europa le esperienze (processi) costituenti si moltiplicarono, e su ognuna pesarono il susseguirsi degli avvenimenti i quali, per necessità o coincidenza, hanno dato un contributo fondamentale nel definire i singoli istituti giuridici posti a base dei nascenti regimi. Il che rende più evidente la circostanza per cui il diritto non è solo un insieme di regole iscritte nei testi, ma che a queste spesso s'affianca un *corpus* di principi che sottostanno ai singoli fenomeni normativi, di cui gli atti statali costituiscono l'espressione esterna, e sovente nemmeno la più interessante: si pensi, ad esempio, al "principio supremo" di laicità dello Stato o a quello di legalità; principi cardini dell'ordine costituzionale italiano, ancorché non espressamente citati nella Carta del 1947.

¹⁸ Andrea Buratti, *Dottrina costituzional-comparatistica ed elaborazione dello Stato regionale in Assemblea costituente*, op. cit., p. 229.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Ne è un esempio l'attività del Ministero della Costituente che curò un "Bollettino di informazione costituzionale" ed una collana di documentazione all'interno della quale furono pubblicati numerosi testi costituzionali stranieri commentati da autorevoli studiosi, con cui «appare più chiaro lo sforzo di ampliare l'angolo visuale in una prospettiva comparatistica». Assunto che invero resta valido, nonostante lo «scarso rilievo» che, in generale, venne poi attribuito «in sede costituente» ai «materiali predisposti dal Ministero della Costituente»; Paolo Caretti, Paolo Sorace, *Tecnica e politica nel contributo dei giuristi al dibattito costituente*, in Ugo de Siervo (cur.), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Vol. I, *Costituzione italiana e modelli stranieri*, il Mulino, Bologna, 1980, pp. 24-25.

L'assunto, invero, assume un certo rilievo proprio se connesso con il diritto costituzionale, il cui studio molto spesso non può prescindere dall'analisi dei relativi processi costituenti, che, per gli stessi motivi, si pone a presidio della comprensione delle radici storico-politiche di un dato ordinamento e della sua «*identité constitutionnelle*» (direbbe il Consiglio costituzionale francese)²¹. Ma anche qui, la *performance* operativa di un'indagine può essere accresciuta mediante il metodo comparatistico, come ad esempio dimostra il saggio di Sandro Guerrieri che, nel libro in commento, mette a raffronto il *Processo costituente in Italia e in Francia dopo la Liberazione*²². Di queste due esperienze si evidenziano «rilevanti analogie», ma anche «numerosi aspetti di diversità e alcuni di vera e propria divaricazione» che, mediante il «gioco dei contrasti», mettono in luce «le differenze riscontrabili nelle condizioni oggettive dei due paesi così come nelle strategie perseguite dai principali attori»²³.

In entrambi i Paesi, infatti, si favorì la rinascita della democrazia, ma il corso degli eventi che suggellarono questo risultato pone in rilievo un aspetto, per molti versi, paradossale: «la Francia, che riuscì ad operare in maniera condivisa una vasta azione di riforma dopo la Liberazione, si spaccò radicalmente quando procedette alla stesura della nuova Costituzione ed approdò a un risultato giudicato assai deludente da un largo settore dell'opinione pubblica»; in Italia, invece, benché solcato «da divisioni più profonde» e «di varia natura», il processo costituente «si rilevò in grado di portare a termine con successo l'elaborazione di una carta costituzionale che, a differenza di quanto sarebbe avvenuto nella storia della Quarta Repubblica, rimase un punto fermo di riferimento essenziale anche nei momenti più acuti dello scontro politico»²⁴. Ma, come giustamente sottolinea il Guerrieri, il paradosso è «forse più apparente che reale»: in Francia si era infatti storicamente costituito un modello ordinamentale sui cui fili normativi pesavano concetti, ideologicamente connotati, che a partire dalla Grande Rivoluzione del 1789 avevano dominato l'articolato percorso storico-istituzionale dell'Esagono. Tra essi spicca per importanza l'idea di cittadinanza che, proprio per le sue storiche, intrinseche caratteristiche, trascende la dimensione puramente costituzionale. Un'idea, quindi, di cui il «modello repubblicano» si era fatto portatore e che durante la parentesi del regime di Vichy era stato in parte soffocato, ma non del tutto eliminato: tanto che ritrovò nuova linfa vitale «dopo la Liberazione», estendendosi viepiù alla dimensione sociale. Le «difficoltà sorte nella formazione della Costituzione della Quarta Repubblica erano pertanto compensate da un patriottismo repubblicano che trovava espressione anche in numerose forme simboliche e rituali, a cominciare dalla celebrazione del 14 luglio»²⁵. Ciò detto, dalla lettura del saggio in questione emerge un'altra delle «condizioni oggettive» che segnarono le differenze fra questi due Paesi e che, in verità, coinvolgono non tanto la macchina normativa costituente, quanto la carismatica influenza di taluni personaggi, che di quella esperienza furono parte

²¹ Si veda, fra le altre, la Decisione n. 2006-543 del 30 novembre 2006, spec. il cons. 6, consultabile su www.conseilconstitutionnel.fr.

²² In Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell'Italia repubblicana*, op. cit., pp. 11 ss.

²³ *Ivi*, p. 12.

²⁴ *Ivi*, p. 31.

²⁵ *Ibidem*.

attiva ed integrante. Il che è particolarmente vero per il contesto francese dell'immediato secondo dopoguerra.

In questo Paese, infatti, tale processo, che per le ragioni sopra dette si estende fino a solcare la soglia della Quinta Repubblica (e, forse, anche oltre), è per molti aspetti dominato dalla personalità di Charles de Gaulle. Di modo tale che, nell'Opera in commento, Gerri Ferrara arriva giustamente a prospettare un fenomeno normativo in larga parte "ricucito sugli abiti" mentali e politici del Generale²⁶. In verità, l'intervento del Ferrara focalizza l'attenzione sui fatti e, soprattutto, sugli antefatti del referendum gollista del 28 ottobre 1962, che sancì l'elezione diretta del Presidente della Repubblica francese. Ma esso è importante anche in una prospettiva d'indagine che va oltre quella singola circostanza: poiché è in grado di "illuminare" alcuni aspetti fondamentali dei percorsi storici che hanno caratterizzato la nascita della Quarta e della Quinta Repubblica. Percorsi, avvenimenti legati a doppio filo con le vicende, umane e politiche, di «un uomo» che da solo riuscì ad «incarnare lo spirito unitario della nazione»²⁷, arrivando a riformulare alcuni dei pilastri portanti della cultura giuridica francese e del suo secolare costituzionalismo. Fra questi, il principio della sovranità assoluta del Parlamento che, secondo «le "verità" costituzionali» germinate dalla vicenda ("evento") rivoluzionaria del 1789, era stato fino a quel momento considerato come l'unico organo in grado di dare corpo, voce ed *expression* alla *volonté générale*: un «mito», come afferma Carré de Malberg²⁸, che, coltivato nell'alveo della Grande Rivoluzione e consolidatosi durante la III e la IV Repubblica, perse nondimeno gran parte della sua capacità operativa proprio sotto il "possente" influsso gollista²⁹, su cui adeguatamente si sofferma il contributo del Ferrara. Con una compiuta ricostruzione della trama degli eventi, l'Autore, oltre a chiarire molti aspetti strettamente connessi con la vicenda referendaria, della sua incidenza sugli assetti costituzionali – dimostrando fra l'altro di saper cogliere al meglio il legame fra gli avvenimenti storici e i riflessi giuridici –, ha anche il merito di porre in evidenza il connotato propriamente politico del temperamento del Generale; che è poi uno dei tratti fondamentali della sua complessa e composita personalità (politica).

Molti, invero, lo definiscono un "grande statista". Ma, a ben riflettere – e la riflessione è in questo caso alimentata dal saggio del Ferrara –, la mente del Generale era ben più "ammobiliata" (avrebbe detto Alberto Savinio) per ricoprire il ruolo del "grande politico". Statista, infatti, è propriamente un uomo di Stato: colui che alla struttura giuridica che lo costituisce, alle leggi che lo disciplinano,

²⁶ Gerri Ferrara, *Una Repubblica per de Gaulle. Il referendum del 28 ottobre 1962*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell'Italia repubblicana*, op. cit., pp. 103 ss.

²⁷ *Ivi*, p. 110.

²⁸ Reymond Carré de Malberg, *La loi expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1931, trad. it. cur. Marina Calamo Specchia, *La legge espressione della volontà generale*, Giuffrè, Milano, 2008, spec. pp. 243 ss.

²⁹ Si vedano, per tutti, Enrico Grosso, *Francia*, il Mulino, Bologna, 2006, pp. 49 ss.; Gaetano Quagliariello, *De Gaulle e il gollismo*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 555 ss.; Marina Calamo Specchia, *Le trois âges del settennato*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. pp. 166 ss.; Paola Piciacchia, *La forma di governo della IV e V Repubblica. Recenti trasformazioni e caratteri del costituzionalismo francese*, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 187 ss.

devolve «intelligente fedeltà, meditazione, studio»³⁰. Inteso in questo senso, de Gaulle non è stato un grande statista, ma il più eminente prodotto della politica francese del secondo dopoguerra: vigile, accorto, calcolatore, apparentemente irremovibile, ma fattualmente duttile, il Generale ebbe la capacità di entrare in sintonia con la stragrande maggioranza dei cittadini, sapendone scrutare lo «stato d'animo»³¹. E proprio in ciò stava la sua peculiarità: nella visione d'insieme, completa e precisa, delle forze, ovvero delle debolezze, che animavano la politica francese. Una visione tra le più vaste e sicure che un politico abbia mai avuto. L'uomo, infatti, proprio per queste sue peculiari caratteristiche, «sopravanza le istituzioni ... repubblicane», utilizzandole strumentalmente per l'affermazione «della propria politica»³², tanto da piegare la Costituzione formale al «primato della Costituzione materiale», ritagliata a sua volta sul «costituzionalismo gollista»³³ (appunto).

Paradossalmente, in politica de Gaulle era «il meno implicato di tutti». Ma proprio questo suo essere in meno implicato di *tutti* (e con tutti intendo gli uomini di Partito, legati alla vita e alle vicende di un Partito o di una organizzazione politica), gli dava l'incontrastabile autorità di parlare in nome di *tutti* i cittadini francesi. E non è certo un caso se la sua «uscita di scena» concise con la *débâcle* referendaria dell'aprile del 1969, che registrò la sua diminuita capacità di leggere lo stato d'animo di quel popolo, che fino a quel momento aveva scandito i passaggi di una carriera politica fra le più floride, gloriose e potenti, come solo in Francia potevano essere concepite.

Se un'idea ebbe de Gaulle dello Stato, questa idea era tutta politica, la cui affermazione venne difatti favorita dai tratti tipici e qualificanti del costituzionalismo francese, incardinato su alcuni fondamentali principi, come quelli che fanno riferimento alla sovranità nazionale e alla legge espressione della volontà generale. Due elementi che, variamente configurati – ora come espressione della volontà assoluta del Parlamento, ora come espressione del potere presidenziale, «force ... guide ... et garante de l'État»³⁴ –, restano nondimeno radicati nella cultura di quel Paese, incidendo profondamente sugli assetti istituzionali: sul ruolo e sulla conformazione di alcuni poteri, fra cui, ad esempio, il giudiziario.

Sin dai tempi della Grande Rivoluzione, infatti, la collocazione costituzionale del potere giudiziario³⁵, e della relativa funzione, ha sempre evidenziato elementi di marcata problematicità³⁶. Lo dimostra, fra gli altri, la questione dei

³⁰ Come ebbe a dire Leonardo Sciascia in quel suo straordinario affresco dell'*Affaire Moro*, in *Leonardo Sciascia. Opere 1971.1983*, a cura di Claude Ambrosie, Bompiani, Milano, p. 482.

³¹ E per «stato d'animo» intendo quel dualismo fra i fenomeni interiori e le manifestazioni esterne: sentimenti interni che spesso si diffondono fra i componenti di una data comunità, accomunandone scelte ed orientamenti politici. Si veda sul punto Franco Cordero, *Osservanti*, cit., pp. 152 ss.

³² Gerri Ferrara, *Una Repubblica per de Gaulle. Il referendum del 28 ottobre 1962*, op. cit., p. 150.

³³ *Ivi*, p. 141.

³⁴ Charles de Gaulle, *Discours et messages, avec le Renouveau : mai 1958-julliet 1962*, Plon, Paris, 1970, Tomo 4, p. 35.

³⁵ Si veda, da ultimo, Luciano Violante, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, *passim*.

³⁶ Infatti, come sottolinea Maurizio Fioravanti, durante il periodo rivoluzionario, nel «vuoto tra la deliberazione della legge e la sua» applicazione non v'è spazio per altri poteri, distinti dal legislativo; ciò vale soprattutto per il giudiziario, che viene dalla Grande «rivoluzione integralmente depoliticizzato», indi «ridotto a mera esecuzione della legge»; Maurizio

référéés législatifs, la cui lunga e travagliata vicenda³⁷ serve proprio a rendere evidente il fatto «que la vinculación» delle suddette «ideas ... sempre ha permanecido presente en Francia», condizionando fra l'altro l'affermazione della «“judicial review”», che in realtà «non haya sido nunca realmente aceptada en ese país»³⁸. Il che si riverbera nel modo di concepire non solo il *Conseil constitutionnel*³⁹, ma anche il Consiglio Superiore della Magistratura

Fioravanti, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 83. Cfr. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, “*Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional*”, *Historia Constitucional*, 2007, n. 8, pp. 8 ss.

³⁷ Si vedano, fra gli altri e per tutti, Paolo Alvazzi del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 1 ss.; Franco Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 1113 ss.

³⁸ Francisco Fernández Segado, “*Fétichisme de la loi, séparation des pouvoirs et gouvernement des juges*”. *Tres ideas-fuerza para el rechazo del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en Francia (1789-1958)*”, Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 291.

³⁹ Introdotto con la Quinta Repubblica, il Consiglio costituzionale rappresenta una novità senza precedenti nella storia costituzionale francese. Ciononostante, a riprova di quanto testé affermato, con la sola previsione del controllo preventivo, questa novità è stata per lungo tempo “murata” o relegata entro il potere legislativo. In effetti, questo tipo di controllo è tuttora in vigore, ed è stato l'unico previsto durante l'arco della Quinta Repubblica, sino alla recente “grande riforma” costituzionale del 23 luglio 2008 (Legge cost. n. 2008-724, del 23 luglio 2008, in *Journal Officiel*, n. 171 del 24 luglio 2008). Questa riforma, invero, introducendo in Costituzione una nuova disposizione (art. 61-1 Cost.), ha di fatto sancito un repentino allineamento del sistema di giustizia costituzionale francese al modello kelseniano. L'articolo in questione, infatti, attribuisce al *Conseil constitutionnel* il compito di verificare la costituzionalità delle leggi su rinvio incidentale da parte del Consiglio di Stato o della Corte di Cassazione (Guy Canivet, “*La mise en place de la révision constitutionnelle en France et la question préjudicielle de constitutionnalité. Rapport présenté à Madrid*», 2-4 aprile 2009, www.conseil-constitutionnel.fr): siamo innanzi ad un vero e proprio sindacato di costituzionalità *a posteriori*, ma che può essere però utilizzato solamente su una legge che «porte atteinte aux droits et aux libertés que la Constitution garantit». In altri termini, il giudizio incidentale introdotto dalla riforma del 2008 è circoscritto alla verifica del rispetto dei diritti, costituzionalmente garantiti, e non anche della Costituzione, complessivamente intesa. E questo perché quello dei diritti e delle libertà configura il settore del diritto costituzionale nazionale che più di altri sembra esposto al progressivo “incalzare” del processo di integrazione europea, che come sappiamo si caratterizza per una progressiva sottrazione di quote importanti di sovranità agli Stati membri. Donde l'orientamento del legislatore della riforma, ulteriormente solcato dal Progetto di legge organica *relatif à l'application de l'article 61-1*, appunto, che esclude per le giurisdizioni (ordinaria ed amministrativa) la possibilità di sollevare d'ufficio la questione di legittimità, per la quale si rende così necessaria una istanza di parte (art. 1, 1°, a e b, del *Project de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, n. 1599, in www.assemblee-nationale.fr). Quest'aspetto della riforma del 2008 è reso ancor più evidente dal medesimo Progetto di legge organica lì dove, con riferimento al rapporto fra diritto interno e ordinamento comunitario, si dichiara apertamente che la giurisdizione «qui sera saisie de la question de constitutionnalité» dovrà «se prononcer» prima di tutto sulla legittimità o meno della norma di legge rispetto alle norme di rango costituzionale, e solo successivamente, «sous réserve», sulle esigenze derivanti «de l'article 88-1 ... en matière de droit communautaire». Una priorità «d'examen» che, secondo il legislatore francese, è legata all'effetto *erga omnes* «de la déclaration d'inconstitutionnalité qui conduira à l'abrogation de la disposition législative contestée». Donde quell'esplicita, chiara e netta «volonté de réappropriation de la Constitution par les justiciables», così come espressa dal revisore costituzionale il 23 luglio 2008. Sul punto Olivier Dutheillet de Lamothe, “*Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France. Rapport présenté à Madrid*”, 2-4 aprile 2009, www.conseilconstitutionnel.fr.

che, come ben argomentato da Paolo Alvazzi del Frate⁴⁰, è maggiormente «caratterizzato in senso “politico” – a causa della presenza nel Consiglio del Ministro della giustizia (in qualità di Vice-Presidente) e di una maggioranza di laici di nomina politica –»; soprattutto se comparato con quello italiano, connotato invece da una vena più corporativa «per la presenza di due terzi di consiglieri togati e per l’assenza di Consiglieri in diretta rappresentanza dell’esecutivo»⁴¹. Secondo Alvazzi del Frate, nel suo concreto operare, rispetto all’omologo francese, il CSM italiano ha in tal modo avuto la possibilità di sviluppare «un più elevato grado di autonomia, condizione che gli ha consentito di esercitare un ruolo di primaria importanza nella dinamica politica e istituzionale nazionale». L’Autore è così in grado, per un verso, di individuare le «caratteristiche salienti» di quello che assurge a «modello» di CSM «italiano»⁴² e, per l’altro, di rendere evidente il solco profondo che sovente divide la caratterizzazione teorica di alcuni paradigmi (modelli) costituzionali e il loro concreto operare. Lo vediamo in riferimento alla dottrina della separazione dei poteri che, sotto l’influsso delle vicende rivoluzionarie francesi, è stata elevata a vera e propria «norma di riconoscimento» o, meglio, a «modello» di una moderna «democrazia costituzionale»⁴³.

In termini di *performance* operativa, tuttavia, pur rimanendo per molti versi ancorato alla sua originaria accezione teorica, l’archetipo della separazione dei poteri ha nel corso degli anni (se non dei secoli) subito delle varianti che via via lo hanno estenuato, fino ad essere completamente ridefinito. Tanto che alcuni ne hanno parlato in termini un “vuoto santuario giuridico” o di moderna *superstition juridique*⁴⁴. In altre parole, le concrete dinamiche istituzionali hanno in molti casi portato ad un mutamento del paradigma della separazione dei poteri, coincidente con una differente concezione del costituzionalismo, i cui segni sono in primo luogo rintracciabili nell’evoluzione del ruolo e delle funzioni del potere giudiziario, e in particolare del Pubblico ministero, ma anche del rapporto che intercorre fra il Legislativo e l’Esecutivo. In questo senso, viene in rilievo il mutamento del criterio di ripartizione delle potestà normative fra questi due poteri, così come si evince dai saggi di Michele Natale⁴⁵ e Marco Fioravanti⁴⁶: ovvero da altre due importanti “caselle” di questo apprezzabile e fecondo “mosaico” dottrinale, adeguatamente “assemblato” nel libro qui recensito.

Nel primo caso si pone l’accento sulla lunga linea genetica sottostante l’affermazione dell’organo della Pubblica accusa in Italia durante il secolo XIX.

⁴⁰ Paolo Alvazzi del Frate, *Costituzionalismo e indipendenza del giudice. Il Consiglio superiore della Magistratura tra Francia e Italia*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell’Italia repubblicana*, op. cit., pp. 13 ss.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ivi*, p. 69.

⁴³ Christian Stark, *Der demokratische Verfassungsstaat*, Mohr, Tübingen, 1995, pp. 2 ss.

⁴⁴ Carlos-Miguel Pimetel, “*Le sanctuaire vide: la séparation des pouvoirs comme superstition juridique?*”, *Pouvoirs*, 2002, n. 102, pp. 119 ss.

⁴⁵ Michele Natale, *Una riflessione sul pubblico ministero nei principali sistemi processuali italiani dell’Ottocento. Ruolo, funzioni e problematiche della pubblica accusa nel primo quarantennio di unità nazionale*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell’Italia repubblicana*, op. cit., pp. 193 ss.

⁴⁶ Marco Fioravanti, *Le origini delle potestà normative dell’Esecutivo in Francia e in Italia*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell’Italia repubblicana*, op. cit., pp. 71 ss.

In particolare, l'Autore si sofferma sulla complessa figura del Pubblico Ministero, il cui sviluppo fu, nel primo quarantennio di unità nazionale, sottoposto ad influenze diametralmente opposte: da un lato, i «vecchi paradigmi ereditati dal primo Ottocento»; dall'altro, le moderne «istanze riformatrici» alimentate dalla crescente «domanda» di giustizia penale. E già in questo contesto l'Autore pone in evidenza come, nel concreto operare di questa figura, fino dalla prima metà dell'Ottocento, una delle questioni più scottanti riguardò proprio «il potenziale condizionamento che l'organo esecutivo avrebbe potuto esercitare su quei procedimenti penali "scomodi" per i soggetti in essi coinvolti o per il titolo di reato in essi contestato o, addirittura, perché d'intralcio ai piani politici del Governo attuati ai limiti della legalità, in nome di una pretesa ragion di Stato»⁴⁷. Problematiche, per vero, condivise con i nostri "cugini" d'Oltralpe. E non è certo un caso, infatti, se in questo ambito i contenuti della legge francese del 16-24 agosto del 1790 (art. 1, tit. 8) e del *Code d'instruction criminelle* del 1808 (artt. 222-224), che definivano la Pubblica accusa come «Agente del Governo», trasmigrarono senza alterazioni nel nascente fenomeno normativo italiano (legge 13 novembre del 1859, n. 3781), lì dove (art. 146) la suddetta figura assurge a «rappresentante del potere esecutivo presso l'Autorità giudiziaria» e con funzioni esercitate «sotto la direzione del Ministro» statale. Scelta poi ribadita nella legge 8 giugno 1890 (n. 6878), nel primo ordinamento giudiziario novecentesco (art. 73 r.d. 14 dicembre 1909, n. 1978) e nei regi decreti del 30 dicembre 1923 (n. 2786, art. 77) e del 30 gennaio 1941 (n. 12, art. 69)⁴⁸. In tutti questi casi il Pubblico ministero rimane qual era: un cripto-rappresentante dell'Esecutivo. Si spiegano così le non poche obiezioni sollevate da una parte importante della dottrina, che prefigurava un palese contrasto fra i canoni teorici del principio di separazione dei poteri e il suo concreto operare⁴⁹. Uno vero e proprio scarto fra questo principio e la prassi costituzionale, che si estende anche alla questione della ripartizione delle competenze normative fra Parlamento e Governo, così come emerge dal citato intervento di Marco Fioravanti (il quale, lo ricordiamo, è anche curatore del libro in commento).

Lo scritto si propone di «ricostruire ... la dottrina e la prassi relative alle potestà normative del governo nell'esperienza del costituzionalismo francese, le cui origini sono rintracciabili soprattutto nel periodo della Restaurazione, quando si sviluppò il dibattito intorno all'art. 14 della *Charte* del 1814 e dell'art. 13 di quella del 1830». Un dibattito che l'Autore, opportunamente, pone a base dell'analisi «dell'evoluzione della dottrina italiana che, a sua volta, recepì l'esperienza teorica e pratica francese e, a partire dalla metà del XIX secolo, affrontò la questione delle potestà normative del governo e della loro legittimità»⁵⁰. Ed è proprio su questa evoluzione che dal saggio in questione emergono dei dati davvero interessanti i quali, adeguatamente coadiuvati dalle

⁴⁷ Michele Natale, *Una riflessione sul pubblico ministero nei principali sistemi processuali italiani dell'Ottocento. Ruolo, funzioni e problematiche della pubblica accusa nel primo quarantennio di unità nazionale*, op. cit., p. 204.

⁴⁸ In questo caso va tuttavia precisato che alla formula alla formula «sotto la direzione del Ministro ... s'aggiunge» che il PM «esercita le funzioni che la legge gli attribuisce».

⁴⁹ Michele Natale, *Una riflessione sul pubblico ministero nei principali sistemi processuali italiani dell'Ottocento. Ruolo, funzioni e problematiche della pubblica accusa nel primo quarantennio di unità nazionale*, op. cit., p. 205.

⁵⁰ Marco Fioravanti, *Le origini delle potestà normative dell'Esecutivo in Francia e in Italia*, op. cit., p. 71.

riflessioni sulle origini della disciplina francese, pongono in evidenza il concreto modo di operare del principio della separazione dei poteri in questo rilevante e delicato settore. Un modo che in realtà trascende le schematiche teorizzazioni tendenti a tracciare un confine netto tra il potere esecutivo e quello legislativo.

Sotto quest'aspetto, invero, la dottrina della separazione dei poteri assume una qualche utilità se ad essere *separati* sono i tempi, le modalità, le dimensioni e la qualità di due diverse esigenze di produzione normativa. Riguardo all'Assemblea parlamentare, l'attenzione cade pertanto su alcuni elementi quali: dialettica delle opinioni; approfondimenti conoscitivi (operati, ad esempio, con le audizioni); controllo riflessivo sul lavoro degli altri organi istituzionali; dissenso aperto e non sottomesso; stimoli provenienti dall'esterno. Il tutto si manifesta attraverso atti che nella maggior parte dei casi portano il timbro delle statuizioni generali. L'ambito del potere esecutivo si sostanzia, invece, nella perentorietà delle decisioni: cioè a dire, nella capacità di intervento immediato sui problemi contingenti nonché nelle sollecitazioni che possono essere effettuate sul Parlamento. In altri termini, se nella funzione legislativa è importante il momento della *riflessione*, alimentata dal dibattito e dal confronto fra le differenti opinioni, viceversa la funzione esecutiva si caratterizza soprattutto per il bisogno di un'azione istantanea. Lo dimostra lo schema elaborato dal Fioravanti (a pag. 79), là dove si «evidenzia come» in Italia «l'utilizzo delle decretazioni d'urgenza sia stato molto limitato nei primi decenni dell'ordinamento statutario, segnando un aumento considerevole all'inizio del XX secolo e durante la Grande guerra»: cioè nei momenti in cui emerge con maggiore vigore la necessità di velocizzare il processo decisionale delle istituzioni di vertice. Donde le ulteriori riflessioni circa le concrete circostanze che a partire dal secondo dopoguerra hanno investito gran parte delle democrazie costituzionali. Un esempio emblematico lo troviamo proprio nella Quarta Repubblica francese. Qui un sistema di governo incentrato su un esasperato parlamentarismo cerca a fatica di resistere nel mare tempestoso dei suoi dodici anni di vita. Alla fine cede: non regge ai ritmi imposti dalla rivolta algerina⁵¹. E questo perché vi sono momenti in cui la riflessione (parlamentare) deve, necessariamente, cedere il passo all'intervento rapido e dinamico (del Governo). Motivo per cui durante i conflitti armati si è soliti chiedere al Parlamento di recedere da alcuni dei suoi poteri, che sono così trasferiti al Governo in carica⁵². Segno evidente e tangibile del fatto che, in alcuni periodi, per quanto riguarda il processo decisionale, è più marcato il bisogno di un'«azione istantanea»: un'azione che, per le medesime ragioni, tende a surclassare la «riflessione», eclissandola.

Orbene, in passato queste ipotesi erano relegate ai casi d'eccezione. Oggi invece la cosiddetta globalizzazione sembra aver accentuato la necessità di decisioni rapide e mirate. Patologico o fisiologico che sia, il fenomeno si è capillarmente diffuso nei moderni sistemi giuridici. Il che, oltre ad aver inciso sulla – già peraltro problematica – capacità descrittiva della dottrina della separazione dei poteri, ha reso ancor più evidente la sua scarsa capacità operativa; soprattutto se rapportata agli originali canoni teorici. Motivo per cui in questo rinnovato contesto culturale, economico e giuridico alcuni hanno prospettato una vera e propria riformulazione della suddetta dottrina, e

⁵¹ Marina Calamo Specchia, «Introduzione», in «La 'deriva parlamentare' nella storia costituzionale francese», in *Giornale di Storia costituzionale*, 2004, pp. 19 ss.

⁵² «Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari», si afferma nell'art. 78 della Costituzione italiana.

segnatamente del ruolo del Parlamento⁵³, ma senza per questo stravolgere i principi costituzionali relativi alla potestà normativa dell'Esecutivo. Il momento della riflessione parlamentare, infatti, non deve mai venir meno, anche perché questa rimane una delle *prerogative* (una dote singolare e tipica) di un regime costituzionale. In tal senso appaiono più che opportune le conclusive affermazioni del Fioravanti che, invero, pone l'accento sull'«abuso» della decretazione d'urgenza» nel periodo repubblicano: e questo nonostante l'oculata valutazione del Costituente italiano che sottopose l'istituto in questione (art. 77 Cost.) «a precisi limiti e con determinate garanzie»⁵⁴; come d'altronde ha tenuto a sottolineare la stessa Consulta con una oramai consolidata giurisprudenza, adeguatamente richiamata dal medesimo Autore⁵⁵.

Detto altrimenti, le due funzioni, quella esecutiva e quella legislativa, rimangono essenziali per la vita e la gestione delle democrazie costituzionali, ed entrambe devono essere tenute separate: vale a dire esercitate da organi differenti, dotati ognuno di capacità operative il più possibile aderenti alla due diverse necessità di produzione normativa. Infatti, se il potere esecutivo è reso inerte, riassorbito cioè nel potere legislativo, si perde l'elemento di dinamicità nella complessiva gestione della macchina statale: il sistema va inevitabilmente incontro ad uno stallo. Ma se viene meno il potere legislativo, a sua volta riassorbito nel potere esecutivo, viene di conseguenza a mancare il momento della riflessione: il sistema si assoggetta al pericolo di una gestione arbitraria e dispotica. Lo sottolinea la vicenda storica di Weimar, e segnatamente il noto art. 48 della relativa Costituzione⁵⁶. Questo articolo fu infatti concepito per i momenti critici: per rimediare, in modo immediato e drastico, ai danni provocati da un eccessivo iter parlamentare. Tuttavia, questa disposizione costituzionale da originale eccezione, con il passare del tempo divenne sempre più la regola, fino a configurarsi come il perno attorno a cui ruotava tutta la macchina costituzionale tedesca. Controllare quell'articolo significava, allora, assumere un ruolo centrale nella direzione del complessivo assetto istituzionale: il *Reichstagsbrandverordnung* del 28 febbraio 1933⁵⁷ è lì a dimostrarlo. E non è

⁵³ «Non più funzioni di “determinazione” della politica nazionale, ma compiti di elaborazione politico-culturale, di controllo del sistema di governo»; Andrea Manzella, *Il Parlamento*, il Mulino, Bologna, 1991, pp. 10 ss.

⁵⁴ Marco Fioravanti, *Le origini delle potestà normative dell'Esecutivo in Francia e in Italia*, op. cit., pp. 101-102.

⁵⁵ *Ibidem*, nota 96.

⁵⁶ «Il presidente può prendere le misure necessarie al ristabilimento dell'ordine e della sicurezza pubblica, quando essi siano turbati o minacciati in modo rilevante».

⁵⁷ Il giorno prima (27 febbraio 1933) scoppiò un devastante incendio presso la sede del *Reichstag*. I nazisti, alla ricerca di un pretesto per bandire una crociata anti-bolscevica e rendere illegali i Partiti di opposizione, incolparono dell'accaduto i comunisti. Si arrestando così i dirigenti del *KPD*, chiudendone vieppiù le sedi e vietandone le manifestazioni. L'incendio venne appiccato da uno squilibrato olandese, Marinus van der Lubbe, che in passato aveva avuto contatti con il Partito comunista ma che si rivelò estraneo a complotti. Hitler colse l'occasione per convincere il Presidente della Repubblica von Hindenburg a firmare un decreto (il *Reichstagsbrandverordnung*, appunto), intitolato significativamente il «Decreto dell'incendio del Reichstag», che, di fatto, sospendeva la maggior parte dei diritti umani sanciti dalla Costituzione della Repubblica di Weimar. Una successiva integrazione determinò l'incarcerazione preventiva nei confronti di tutti i dirigenti comunisti o coloro che, in qualche modo, avessero mostrato un atteggiamento di dissenso col Partito nazionalsocialista. Il successivo passo fu l'instaurazione della dittatura: nel quadro di un progetto detto di *Gleichschaltung* (normalmente tradotto «coordinamento»), fu approvato il decreto dei pieni poteri, che garantiva ad Hitler ed al suo

un caso se nove anni dopo (26 aprile 1942), sulla base dei presupposti che avevano portato all'approvazione del *Reichstagsbrandverordnung*, un valore assoluto è conferito ad ogni comando proferito da Hitler. Gli atti formalmente concepiti dall'istituzione "Führer" e gli atti concepiti del "Reichstag" si confondono: non separati o distinti, ma ordinariamente confusi. In breve, la funzione parlamentare è riassorbita in quella governativa. Viene così meno l'elemento *riflessivo* nel delicato meccanismo costituzionale weimariano.

La vicenda di Weimar, pertanto, rende evidente come in assenza della *riflessione* parlamentare, in mancanza cioè del confronto dialettico prodotto in Assemblea, si può solo sperare che al Governo si insedi un soggetto – individuo singolo ovvero organo collegiale – *illuminato*. Ma, pur non mancando esempi del genere nella storia europea, questi possono essere circoscritti nella solita eccezione che conferma la regola. Insomma, è probabile che in questo caso il potere esecutivo ripieghi su se stesso, con il rischio di una chiusura dogmatica, prologo di una politica intollerante verso ogni dissenso. Per questa via si concretizza la fine del pluralismo. Il che torna a dire la fine di un sistema di governo improntato al costituzionalismo⁵⁸. Motivi per cui, come afferma Enrico R. Cerulli Irelli in uno dei saggi dell'Opera in commento⁵⁹, nella Costituente italiana, quanto alla concezione dello Stato, «il modello di Weimar» assume un doppio riferimento: «negativo per ciò che riguarda la procedura di nomina del Capo dello Stato, positivo per ciò che riguarda la struttura dello Stato»⁶⁰. Ma l'«avallo» alle osservazioni testé richiamate arriva proprio dal riferimento operato in Costituente al citato art. 48: infatti, in questo consesso venne rigettata l'iniziativa dell'On. Amerigo Crispi (dell'Unione Democratica Nazionale) sullo stato d'assedio, poiché la disposizione da lui proposta «ricordava decisamente l'art. 48 della Costituzione di Weimar, soprattutto quando parlava di motivi di ordine pubblico». Ed è così che l'Assemblea non «includesse nel testo [della Costituzione] alcun riferimento esplicito allo stato d'assedio, mantenendo, tuttavia, la "necessità" come "super-fonte", quale presupposto per la decretazione d'urgenza; *decretazione d'urgenza che veniva vincolata fortemente alla approvazione delle due Camere*»⁶¹, ossia del Parlamento. Da questo punto di vista, «il modello di Weimar» fu invero considerato «un modello da non imitare; anzi in quella particolare disposizione della Costituzione tedesca, che concedeva tanto potere al Presidente del Reich in caso di potenziale pericolo per la Nazione, da molti e per molto tempo, è

gabinetto di governo di promulgare leggi; il Parlamento è svuotato dei suoi originari poteri. Il potere legislativo è così riassorbito nel potere esecutivo: infatti, il principale obiettivo del decreto era quello di abolire la separazione del potere esecutivo da quello legislativo. Pertanto, il suddetto provvedimento veniva nei fatti a rappresentare un emendamento della Costituzione. Richiedeva dunque una maggioranza parlamentare dei due terzi. La coalizione nazionalsocialista-nazionalista disponeva solamente della maggioranza semplice e Hitler si adoperò per ottenere il supporto del *Zentrum* cattolico che, infine, accettò. I voti dei piccoli partiti rappresentativi del ceto medio completarono l'opera: la dittatura hitleriana era stata formalmente approvata.

⁵⁸ Joachim Fest, *Hitler*, trad. it. a cura di Francesco Saba Sardi, Garzanti, Milano, 2005, pp. 817 ss.

⁵⁹ Enrico R. Cerulli Irelli, *L'esperienza costituzionale di Weimar nel dibattito costituente in Italia*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell'Italia repubblicana*, op. cit., pp. 257 ss.

⁶⁰ *Ivi*, p. 283.

⁶¹ *Ivi*, p. 300 (corsivo mio).

stata rintracciata una delle principali cause del declino della Repubblica tedesca»⁶².

Una vicenda (“avvenimento” lo abbiamo definito in precedenza) quella appena evocata che, assieme ad altri episodi, concorsero a determinare l’“evento” della Costituente del 1946, e che comunica, in modo concreto e tangibile, l’importanza del metodo storico-comparativo nello studio del diritto costituzionale. Questo, metodo, infatti, oltre a fare emergere le relazioni, simmetriche o asimmetriche, esistenti fra istituti e concetti appartenenti ad ordinamenti differenti, serve anche a superare certi “mitologici santuari giuridici” (parafrasando Polo Grossi)⁶³, come quello che fa riferimento al diritto di proprietà. Da questo punto di vista, infatti, si può evincere che il metodo comparativo può essere utile sia in senso “spaziale” (allorquando ad essere comparati sono ordinamenti, istituti, principi e norme appartenenti a differenti contesti nazionali: la Germania, la Francia e l’Italia, ad esempio) che in senso “temporale” (qui ad essere comparati sono ordinamenti, istituti, principi e norme appartenenti al medesimo contesto nazionale fra epoche diverse e fra Costituzioni diverse). Ed è proprio in questo senso che si muove l’analisi di Andrea Ridolfi, il quale nel libro in commento affronta la controversa, quanto affascinante, questione dello statuto costituzionale della proprietà privata in Italia, evidenziando simmetrie e asimmetrie fra l’esperienza statutaria e quella repubblicana⁶⁴.

In particolare, il Ridolfi dimostra che, rispetto al tema in oggetto, «con l’entrata in vigore della» Carta del 1947 in realtà non c’è stato «nessun stravolgimento delle concezioni precedenti, tale da dividere la storia in due: prima della Costituzione, il completo trionfo delle visioni assolutistiche del “terribile diritto”; a seguito della Costituzione, la piena affermazione della funzione sociale» della proprietà. Viceversa, la questione è molto più complessa, «ed il ripensamento critico della proprietà che si ha sul finire del XIX secolo è più vicino alle concezioni odierne di quel che non si voglia credere»⁶⁵. Del resto, come ha già dimostrato attenta dottrina⁶⁶, una società in cui gli individui godano di diritti di proprietà pieni ed assoluti e in cui il mercato è del tutto libero dalle interferenze statali è esistito «soltanto nel regno dell’immaginazione e il suo avvento auspicato unicamente da un piccolo gruppo di teorici del (cosiddetto) anarco-capitalismo»⁶⁷. Né più e né meno che il frutto di una moderna mitologia (appunto) politico-giuridica, come quelle che, in tutt’altro contesto istituzionale, si sono avviluppate attorno al sistema di relazioni fra Stato e Chiesa cattolica in Italia, e in particolare all’interpretazione del “famigerato” art. 7 della Carta costituzionale. Donde l’analisi di Antonella Ratti⁶⁸

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁶⁴ Andrea Ridolfi, *Costituzione repubblicana e Statuto albertino (in particolare, a proposito dello statuto costituzionale della proprietà)*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell’Italia repubblicana*, op. cit., pp. 153 ss.

⁶⁵ *Ivi*, p. 191.

⁶⁶ Ci riferiamo in particolare a Elena Diciotti e al suo *Il mercato delle libertà*, il Mulino, Bologna, 2006, spec. il par. 1 del cap. Primo, *Libertà individuale, proprietà privata e mercato nell’idea liberale*, pp. 11-21.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Antonella Ratti, *Il problema delle relazioni tra Stato e Chiesa: dal dibattito costituente sull’articolo 7 all’elaborazione del principio di laicità*, in Marco Fioravanti (cur.), *Culture e modelli costituzionali dell’Italia repubblicana*, op. cit., pp. 315 ss.

la quale, con il suo intervento, è in grado di fornire alcuni punti fermi (il minimo comune denominatore) nella definizione, costituzionalmente orientata, del “modello” italiano di laicità, distanziandola da quelle formule interpretative “vaghe” e, sovente, asservite ad un dato e pre-determinato orientamento ideologico.

In effetti, l’elaborazione del principio di laicità è stata in Italia piuttosto travagliata: benché elevato dal giudice delle leggi a “principio supremo”⁶⁹ dell’ordinamento, i contenuti giuridici della laicità hanno spesso coinciso con quello che ciascuno ha trovato più consono con i propri postulati ideologici. Così, mediante la fissazione di preventive prese di posizioni, la concezione dello Stato laico è ancor oggi ricondotta ad un calderone di possibilità polivalenti, in cui l’interprete sa già *ab initio* quale prevarrà. In tal modo, il principio di laicità somiglia sempre più al crogiolo dell’alchimista: chiunque vi trova l’oro, purché ve lo metta prima. Nell’affiorare delle incongruenze paiono valide anche proposizioni simili al detto “sublime” del Cambronne, secondo il quale «la guardia muore e non si arrende»⁷⁰. Un paradosso che può essere ben presto sciolto: basta che al segno verbale della parola *muore* si attribuisca l’immagine di una persona in pieno possesso di tutte le sue facoltà, fisiche ed intellettive. Il gioco è fatto: la guardia, ancorché morta, è capace di difendersi e combattere. Un modo di procedere con cui, ad esempio, s’è espressa anche una parte della giurisdizione amministrativa, la quale ha affermato come “evidente” qualcosa di cui si può ben dubitare: «è evidente che il crocifisso è esso stesso un simbolo che può assumere diversi significati e servire per intenti diversi; innanzitutto per il luogo ove è posto»⁷¹. Così, analogamente all’inciso del Cambronne, un segno religioso, com’è il crocifisso, può (a parole) miracolosamente trasformarsi in un “simbolo laico”: poiché, «nonostante l’inquisizione, l’antisemitismo e le crociate», e pur non negando che nel recente passato siano stati ad esso attribuiti «altri valori, quale, al tempo dello Statuto albertino, di segno del cattolicesimo inteso come religione di Stato, utilizzato quindi per cristianizzare un potere e consolidare un’autorità», il crocifisso deve «essere considerato ... quale simbolo di un sistema di valori di libertà, eguaglianza, dignità umana e tolleranza religiosa ... e quindi in ultima analisi il fondamento stesso della laicità dello Stato»⁷². Ed Ecco inverata l’“identità dei contrari”⁷³. Ovvero l’affermazione di quelli che George Orwell definiva come i «sacri principi del Socing (Neolingua, bipensiero, la mutabilità del passato)»: per cui, ad esempio, «la guerra è pace, la libertà è schiavitù, l’ignoranza è

⁶⁹ Si veda per tutte la celebre sentenza della Corte costituzionale del 11 aprile 1989, n. 203, Giur. cost., 1989, pp. 890 ss., in cui per la prima volta la Consulta identifica nella laicità uno dei principi supremi dell’ordinamento: ovvero uno «dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica»; cons. in diritto, p.to 4.

⁷⁰ In Benedetto Croce, *Identità della definizione e del giudizio individuale (o storico)*, Biblioteca Treccani, Roma, 2006, p. 57.

⁷¹ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 13 febbraio 2006, n. 556, reperibile in [www. olir. it](http://www.olir.it).

⁷² TAR per il Veneto, sez. III, sent. 17 marzo 2005, n. 1110, p.ti 11.4, 11.5 e 11.6, reperibile in www. olir. it. (corsivo mio). Una visione che, come è stato giustamente rilevato, potrebbe apparire «intrisa di integralismo, perché postula che il significato e la portata dei diritti fondamentali non possono essere colti integralmente senza riferimento alla loro origine, pretesamente religiosa» (Nicola Colaianni, “*Il Crocifisso a scuola: l’integralismo del consiglio di Stato*”, Il Ponte, 2006, n. 4, p. 86).

⁷³ Come rilevò Francesco Merlo, “*Se il crocifisso nelle aule diventa simbolo di laicità*”, La Repubblica, 16 febbraio 2006.

forza». Un'identità, insomma, piuttosto "strana", che nel corso degli anni è stata invero alimentata da «Quell'aporia maggioritaria [determinata sulla base di un trattamento differenziato tra la "fede" cattolica e le altre fedi, diverse dalla cattolica⁷⁴], che ha pesato notevolmente nel nostro ordinamento giuridico quanto all'affermazione del paradigma della laicità». Da cui una «via italiana alla laicità» che, come afferma la Ratti, «rileva ancor oggi tutta la sua ambiguità e debolezza»⁷⁵. Ambiguità e debolezza che solo ricerche accurate ed approfondite, oltretutto avulse da preventive prese di posizioni (da qualunque parte esse provengano), possono rendere pienamente visibili.

Valutazione che, in ultima analisi, si estende al complesso dei contributi contenuti nel libro in commento e che, per le medesime ragioni, trasmettono la nostra ammirazione per il curatore e per tutti gli studiosi (nella maggior parte dei casi, "giovani studiosi"), variamente coinvolti in questa apprezzabile, lodevole "vicenda" editoriale.

⁷⁴ Come infatti è stato autorevolmente sostenuto, in Italia il principio di laicità non può prescindere da un preciso contenuto valoriale, offerto dalla Costituzione e che, tra le altre cose, s'afferma mediante «un criterio per giustificare differenziazioni nel trattamento positivo delle diverse confessioni religiose. L'impegno a tutelare ... il patrimonio storico della nazione, sancito dall'art. 9 Cost. può infatti costituire il titolo idoneo a giustificare politiche pubbliche di sostegno alle confessioni che vantino un radicamento nella tradizione storica del popolo italiano, a differenza di quei culti che abbiano fatto solo di recente comparsa nel nostro Paese. Che, poi, fra le religioni radicate nella storia italiana, sia possibile un trattamento differenziato di quella numericamente più diffusa anche nell'epoca presente ... appare conforme non solo al "buon senso spicciolo" ... ma allo stesso testo costituzionale, il quale, nell'art. 7, ha inteso conferire uno specifico e (differenziato) rilievo alla religione cattolica»; Marco Olivetti, *"Incostituzionalità del vilipendio alla religione di Stato, uguaglianza senza distinzioni di religioni e laicità dello Stato"*, Giur. cost., 2000, p. 3977.

⁷⁵ Antonella Ratti, *Il problema delle relazioni tra Stato e Chiesa: dal dibattito costituente sull'articolo 7 all'elaborazione del principio di laicità*, op. cit., pp. 337.