

L'ISTITUZIONE DELLA COSTITUZIONE ITALIANA DEL 1947

1. Premessa

Il presente lavoro si propone – assumendo a riferimento teorico il neoistituzionalismo giuridico di MacCormick e Weinberger¹ – di trattare la nascita della Costituzione italiana del 1947 come un caso storicamente concreto di “istituzione di un’istituzione”.

Alla base c'è l'idea di riflettere sull'attualità di un modo di considerare l'ordinamento giuridico che, almeno nel campo del diritto costituzionale italiano, tende a essere visto più come un fenomeno legato alla storia del pensiero giuridico (Duguit, Hauriou, Romano) che alla sua contemporaneità (nonostante il recupero di almeno alcuni dei temi tipici del (neo)istituzionalismo da parte di studiosi contemporanei come Azzariti, Dogliani, Modugno, Zagrebelsky).

Lo spazio a disposizione non consentirà di approfondire adeguatamente l'insieme dei profili teorici chiamati in causa, a partire dalla questione (propria dell'insieme delle scienze sociali) di che cosa siano le istituzioni, fino alla domanda (più specificamente giuridica) se la costituzione possa essere considerata un'istituzione². Si può, però, affrontare il problema di spigolo, osservando che tutte le riflessioni sulle istituzioni sviluppate nelle diverse scienze sociali conducono, in ultima istanza, a interrogarsi sul tema dei fenomeni sociali, riflessi o irriflessi, aventi carattere normativo: un tema ben noto alla stessa scienza giuridica, che lo studia attraverso la categoria del diritto non scritto e dei vari elementi in cui questo può essere articolato (situazioni condizionanti, precedenti, convenzioni, consuetudini)³.

* I saggi di I. Massa Pinto e di F. Pallante, che si pubblicano, sono stati presentati a un seminario tenutosi il 27 aprile 2012, presso il Dipartimento di Filosofia dell'Università degli Studi di Torino, organizzato dalla rivista «Filosofia e Teologia», e sono destinati alla pubblicazione sul prossimo numero della medesima rivista, dedicato al concetto di «Istituzione».

In questa prospettiva, i due lavori – l'uno su un piano di teoria generale, l'altro con riferimento alle vicende storiche italiane – si propongono di riconsiderare dal punto di vista dell'istituzionalismo la nozione di Costituzione, in tal modo rifacendosi a una tradizione che, in ambito giuridico, risale, tra gli altri, ad autori come Santi Romano, Maurice Hauriou, Léon Duguit, Karl N. Llewellyn, e che è stata più recentemente ripresa dal neoistituzionalismo giuridico di MacCormick e Weinberger.

L'espressione «istituzione di una Costituzione» ha dunque un significato tecnico-scientifico: altro è infatti l'adozione della Costituzione in quanto atto normativo, altro quel necessario processo storico che conduce l'atto a diventare «effettivo, vivo e vitale» (Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962 (ed. orig. 1917-1918), p. 52); una prospettiva esemplarmente espressa, nei primissimi anni dell'attuazione della Costituzione, da Carlo Esposito: «Se ... finalmente l'Italia avrà un po' di pace non solo esterna, ma anche interna, e la Costituzione malgrado i suoi difetti sarà conservata, e non si continueranno a vagheggiare, ad ogni difficoltà di applicazione, mutamenti radicali del testo, sconsacrandolo ad ogni momento ... Se tutto questo avverrà, con il passar degli anni, le fredde parole e le formule del testo costituzionale potranno animarsi, ed entrare nella viva storia del popolo italiano. In quel momento all'interprete non spetterà più solo di dare una fredda ricostruzione concettuale delle astratte formule della Costituzione, ma, ispirandosi alla storia e agli svolgimenti degli istituti, di dare una viva ricostruzione della vivente Costituzione italiana» (C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, ora in Id., *La Costituzione italiana: saggi*, Cedam, Padova, 1954 (ed. orig. 1950), p. 266).

¹ Cfr. N. MacCormick e O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, Giuffrè, Milano 1990 (ed. orig. 1986).

² Su cui cfr. l'ormai classico K.N. Llewellyn, *The Constitution as an Institution*, in «Columbia Law Review», n. 1, January 1934, pp. 1-40.

³ Non è possibile ricostruire in questa sede il complesso dei lavori dedicati dalla dottrina italiana al diritto non scritto. Ci si limiterà, pertanto, a ricordare le opere che nella prospettiva qui accolta – per la quale a venire in luce sono non le convenzioni e le consuetudini prodotte dagli organi costituzionali, ma quelle che segnalano il passaggio allo «Stato effettivo, vivo e vitale» (S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962 (ed. orig. 1917-1918), p. 52) – risultano maggiormente significative: N. Bobbio, *Consuetudine (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 426-442; B. Celano, *Consuetudini, convenzioni*, in P. Comanducci e R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 35-87; M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi. Testo e diritto*, n. 2, 1997, pp. 103-136; C. Esposito, *Consuetudine (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 456-476; F. Modugno, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Ist.

Nelle pagine che seguono si proverà, allora, a descrivere il processo storico-politico culminato nella nascita della Costituzione italiana attraverso le categorie che i giuristi utilizzano per parlare del diritto non scritto. Più precisamente l'approvazione della Costituzione da parte dell'Assemblea costituente sarà interpretata come il sintomo (o l'emersione) di una convenzione, alla quale è stato possibile giungere in forza dell'operare congiunto di un insieme di situazioni condizionanti e precedenti, e a partire dalla quale si è innescato un processo di radicamento nel corpo sociale destinato a sfociare in una consuetudine⁴.

2. Il quadro teorico

Due brevi approfondimenti sembrano necessari per meglio precisare il quadro teorico di riferimento.

Il primo riguarda la definizione delle categorie del diritto non scritto. Si assumerà qui a riferimento la ricostruzione desumibile dall'opera di Leopoldo Elia⁵, secondo il quale:

- 1) le consuetudini vanno intese come regolarità produttive di diritto, dunque come vere e proprie norme giuridiche;
- 2) le convenzioni vanno intese come regolarità consapevoli, politicamente motivate, che condizionano l'interpretazione degli atti normativi (a partire dalla costituzione), ma non sono norme, perché non vietano né impongono una interpretazione (si limitano a motivare una determinata interpretazione, ne sono la causa);
- 3) i precedenti vanno intesi come atti politici significativi che, pur senza generare convenzioni, proiettano nel futuro un'interpretazione saggia del passato;
- 4) le situazioni condizionanti vanno intese come distinte in: (a) riflessivamente percepite come tali: non generano convenzioni, ma condizionano l'interpretazione (es. il terrorismo); (b) non riflessivamente percepite come tali: sono mere prassi suscettibili di descrizione, prive di forza prescrittiva.

Il secondo approfondimento riguarda la teoria del diritto che verrà presa a riferimento. Come anticipato, si tratta del neoinstituzionalismo giuridico di MacCormick e Weinberger, di cui viene, in particolare, in rilievo l'idea della consuetudine di riconoscimento, secondo la quale alla base dell'ordinamento giuridico opera «la consuetudine [...] di ricondurre tutte le questioni giuridiche in ultima istanza ai criteri e alle disposizioni poste nel documento costituzionale»⁶. È opportuno sottolineare come la consuetudine di riconoscimento non sia una sorta di norma fondamentale, à la Kelsen, concepita come concreta anziché ipotetica; la consuetudine di riconoscimento, da un lato, è l'insieme degli atteggiamenti di coloro che si rivolgono alla costituzione per trovarvi criteri di condotta e, dall'altro, è l'insieme delle interpretazioni stabilizzate della costituzione che scaturiscono dalle risposte che sono state trovate e si continuano a trovare interrogandola⁷.

In questa prospettiva scopo del presente lavoro diventa quello di individuare il momento in cui, dal punto di vista della storia costituzionale italiana, si può ritenere venuta in essere la consuetudine di riconoscimento della Costituzione (dunque ciò che conta non sarebbe tanto il momento dell'approvazione della Costituzione, quanto piuttosto quello del suo effettivo radicamento).

3. Situazioni condizionanti e precedenti: dal 25 luglio 1943 al 2 giugno 1946

Iniziando dalle situazioni condizionanti e dai precedenti che hanno anticipato l'approvazione della Costituzione, occorre prendere in considerazione il periodo che va dal 25 luglio 1943 (caduta del fascismo) al 2 giugno 1946 (elezione dell'assemblea costituente).

enc. it., Roma, 1997, pp. 1-25; G.U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972; G. Zagrebelsky, *Sulla consuetudine costituzionale nella teoria delle fonti del diritto*, Utet, Torino 1970.

⁴ Le vicende storiche di rilievo costituzionale saranno ricostruite principalmente sulla base di M. Dogliani, *Il sistema costituzionale*, in M. Firpo, N. Tranfaglia, P.G. Zumino (diretta da), *Guida all'Italia contemporanea*, vol. II, *Istituzioni politiche e forme di governo*, Garzanti, Milano 1988 e L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna 2004.

⁵ Cfr. M. Dogliani, *Leopoldo Elia: dalla verità dei fatti alla verità nella scienza del diritto*, in «Diritto pubblico», n. 3, 2008, pp. 905-907.

⁶ N. MacCormick, *La morale istituzionale e la costituzione*, in N. MacCormick e O. Weinberger, *op. cit.*, p. 232.

⁷ Cfr. M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura cit.*, p. 107.

Si può ritenere condivisa l'idea che l'avvenimento che maggiormente ha segnato questo periodo sia stato il c.d. patto di Salerno (31 marzo 1944). Come noto, i contenuti di questo patto – stipulato tra i partiti del Cln e la corona – prevedevano, oltre all'ingresso di tutti i partiti del Cln nel governo, il ritiro del re a vita privata dopo la liberazione di Roma, la nomina di suo figlio Umberto a luogotenente generale del regno e l'affidamento a un'Assemblea costituente del compito di risolvere la questione istituzionale (monarchia-repubblica) e di redigere la nuova costituzione. Questo accordo è alla base della nascita del secondo governo Badoglio (22 aprile 1944) e dell'approvazione del d.lgs. 26.6.1944, n. 151 (la c.d. prima costituzione provvisoria, che del patto di Salerno è la formalizzazione giuridica).

Alla base dell'accordo c'è il superamento della pregiudiziale antimonarchica da parte delle sinistre, che rappresentava il principale motivo di divisione tra i partiti antifascisti. Occorre, dunque, considerare il modo in cui essi riuscirono a superare le proprie divergenze. In proposito, la circostanza che all'origine del patto di Salerno vi sia stata la svolta impressa alla posizione del Pci da Togliatti – svolta che fece cadere anche le resistenze azioniste e socialiste – lascia intendere che le componenti moderate del Cln non si sentissero autorizzate a cercare un'intesa con la corona mancando il consenso di tutti. Si potrebbe allora pensare che a quell'epoca fosse già emerso nei partiti quantomeno un atteggiamento (se non ancora una regola) favorevole all'azione all'unanimità.

E in effetti, se si volge lo sguardo alle vicende precedenti alla svolta di Salerno, sembra difficile individuare significativi episodi, successivi al 9 settembre 1943 (nascita del Cln), in cui i suoi membri agirono autonomamente. Fin da subito i partiti furono compatti nel denunciare la non rappresentatività del governo Badoglio (deliberazione del Cln centrale del 16 ottobre 1943, poi fatta propria dal congresso di Bari del 28 e 29 gennaio 1944), così come fin da subito furono preoccupati per le conseguenze laceranti che avrebbe comportato l'affrontare la questione istituzionale (lo stesso congresso di Bari evitò di pronunciarsi sul punto, limitandosi a reclamare l'abdicazione di Vittorio Emanuele III). Anche i passaggi critici sembrano confermare l'esistenza di un vincolo di collaborazione. Si pensi alle tensioni tra il Cln-Alta Italia, schierato su posizioni più immediatamente riformiste, e le forze politiche moderate, superate grazie alla mediazione di Togliatti (discorso del 19 maggio 1945 a favore del mantenimento dell'unità governativa fino alle elezioni) e, comunque, spiegabili più come il riflesso della frattura esistente tra Nord e Sud del Paese che come un conflitto interno all'esarchia. Si pensi – ancora – alla caduta del governo Parri, vicenda nella quale le sinistre sacrificarono, in nome dell'unità antifascista, un governo vicino alle loro posizioni. E si pensi, infine, all'approvazione del d.lgs. 16 marzo 1946, n. 98 che – devolvendo la scelta tra monarchia e repubblica direttamente al popolo e delimitando in via preventiva i poteri legislativi dell'Assemblea costituente (per evitare il rischio di una legislazione "rivoluzionaria" in caso di vittoria delle sinistre) – modificò i contenuti del patto di Salerno per fugare i timori nel frattempo emersi presso le forze moderate del Cln (e gli anglo-americani).

Importanti conferme della regola dell'unanimità si trovano nelle vicende inerenti alla ricostruzione del sindacato e, con evidenza ancora maggiore, in quelle della lotta partigiana. In proposito, può essere sufficiente ricordare che, considerata nel suo complesso, l'attività militare e politica della resistenza fu improntata a un'unitarietà di fondo (anche nei rapporti con gli alleati e con il governo di Roma), che sfociò nella nomina condivisa dei questori e dei prefetti nelle zone liberate dopo il 25 aprile 1945. Quanto alla vicenda sindacale, finché resse la regola dell'unanimità tra i partiti del Cln questa si riprodusse nella guida unitaria della Confederazione generale italiana del lavoro (Cgil), istituita il 9 giugno 1944, la cui direzione non fu inizialmente eletta, ma nominata in maniera egualitaria dai partiti dell'esarchia (in tal modo evitando il predominio dei delegati comunisti).

Sembra dunque ragionevole ipotizzare che il patto di Salerno – che della collaborazione tra le forze antifasciste può essere considerato la consacrazione – poggiasse, a sua volta, sul previo consolidamento di una prassi favorevole all'azione all'unanimità. Ma cosa spinse, in concreto, i partiti del Cln a dare origine a tale prassi?

Senz'altro un'influenza decisiva fu esercitata dalla situazione contingente: la guerra – in entrambe le accezioni in cui sono stati letti gli avvenimenti bellici successivi all'8 settembre 1943 (guerra di liberazione contro i tedeschi e guerra civile tra fascisti e antifascisti) – può essere considerata la più condizionante delle situazioni, a partire dall'esigenza di far fronte comune contro il nemico. Ma occorre riconoscere che a motivare l'atteggiamento inclusivo del fronte antifascista fu anche un atteggiamento razionale di carattere strategico. Innanzitutto, l'unità consentì ai partiti del Cln di presentarsi, specie di fronte agli alleati, come gli unici soggetti davvero rappresentativi del popolo italiano (subentrando, in questa funzione, alla corona). In secondo luogo, i principali dirigenti politici antifascisti erano consapevoli di quanto profondamente la società italiana fosse divisa e di quali rischi avrebbero potuto scaturire da tale divisione (gli avvenimenti greci erano sotto gli occhi di tutti). Infine, un rilievo decisivo può essere riconosciuto alla circostanza che i partiti versassero nell'ignoranza (rawlsiana)⁸ dell'effettivo consenso di cui ciascuno godeva presso l'elettorato, circostanza che rendeva il reciproco riconoscimento come interlocutori legittimi in vista di una duratura collaborazione l'unica opzione razionalmente percorribile (e proprio in quest'ottica può essere vista la scelta condivisa di una legge elettorale rigorosamente proporzionale per l'elezione dell'Assemblea costituente).

4. Convenzione: dal 2 giugno 1946 al 22 dicembre 1947

In questo quadro, i risultati delle elezioni del 2 giugno 1946 possono solo in parte essere considerati un elemento di rottura. È vero che l'esito delle elezioni, sancendo il predominio elettorale della Dc, fece cadere il "velo d'ignoranza" sulla forza dei singoli componenti del Cln. Ma, in realtà, se si guarda ai risultati ottenuti dai due schieramenti in cui si riproducevano le divisioni internazionali (Dc e alleati minori, da un lato; partiti della sinistra, dall'altro), si deve registrare un risultato tutto sommato equilibrato, sicché sembra di poter dire che il "velo d'ignoranza" cadde solo parzialmente. Questo è un primo elemento condizionante di cui occorre tener conto, perché giustifica il mantenimento di un atteggiamento rawlsianamente inclusivo da parte delle forze politiche.

L'altro importante avvenimento condizionante – anche se in senso opposto – la fase in esame è l'evoluzione della situazione internazionale. Il raffreddamento delle relazioni tra Usa e Urss, conseguente alla proposizione della dottrina Truman sul contenimento dell'espansionismo sovietico (discorso al Congresso del 12 marzo 1947), ridusse drasticamente il margine d'azione di Pci e Psi. Per le sinistre, il mantenimento dell'alleanza di governo con la Dc (e, per di più, in posizione subordinata) divenne la sola opzione percorribile; al contrario, per la Dc quell'alleanza si trasformò in una sorta di "coabitazione forzata", la rottura della quale avrebbe potuto configurarsi come un rischio calcolato (ed elettoralmente pagante), considerata la garanzia rappresentata dall'inserimento dell'Italia nel blocco occidentale. È in questo contesto – segnato anche dal viaggio del Presidente del Consiglio negli Stati Uniti (gennaio 1947) – che vanno inserite le ragioni dell'esclusione delle sinistre dal governo e la nascita del quarto governo De Gasperi (31 maggio 1947).

Sorprendentemente, però, questo vero e proprio sconvolgimento politico non ebbe ricadute sui lavori dell'Assemblea costituente. È come se, da questo momento, le vicende inerenti alla politica quotidiana e quelle relative alla scrittura della costituzione avessero imboccato due binari paralleli, l'uno conflittuale, l'altro collaborativo. Esemplicativi di questo duplice atteggiamento possono essere considerati, sul lato del conflitto, l'immediato abbandono dello "spirito del Cln" nell'organizzazione sindacale: proprio il 31 maggio 1947 si aprì a Roma il I congresso della Cgil, che si concluse con l'elezione – e non la nomina – della direzione (con la conseguente conquista della maggioranza assoluta da parte dei comunisti); sul lato della collaborazione, l'approvazione in assemblea costituente del Trattato di pace (31 luglio 1947), atto che può essere considerato preliminare all'esercizio della sovranità costituente e che avvenne con i voti favorevoli anche di Pci e Psi (che dunque non si sottrassero alle proprie responsabilità, nonostante le dure condizioni imposte dagli alleati).

⁸ Cfr. J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano 1982 (ed. orig. 1971).

L'approccio riflessivo segnò tutti i lavori della Costituente: ne sono testimonianza, per un verso, il voto dei comunisti a favore dell'approvazione dell'art. 7 Cost. sui Patti lateranensi e, per altro verso, la ricerca, per opera della sinistra Dc, di un punto di incontro tra liberali e social-comunisti in merito alla definizione dei rapporti economici e sociali (la c.d. costituzione economica). Ovviamente a favore della collaborazione operò – svelenando il clima generale – anche la previa risoluzione della questione istituzionale e l'attribuzione al governo del compito di provvedere alla legislazione ordinaria; così come la decisione di affidare la redazione del testo costituzionale a un comitato ristretto (il c.d. Comitato dei 75, che concluse i propri lavori il 31 gennaio 1947, vale a dire prima della cacciata delle sinistre dal governo), il quale, agendo al riparo dai riflettori dell'opinione pubblica, risultò meno esposto al rischio che i partiti cedessero alla tentazione – strategicamente pagante, se esercitata al cospetto degli elettori – di radicalizzare le proprie posizioni⁹.

Quel che forse più conta, però, è che nel riconoscersi reciprocamente come interlocutori legittimi, i partiti scelsero non solo un metodo (quello della collaborazione), ma anche il contenuto embrionale della futura costituzione, riconducibile agli elementi fondamentali della visione del mondo di cui ciascuno di essi era portatore (un qualsivoglia riconoscimento, per essere davvero tale, implica l'accettazione almeno degli elementi essenziali di ciò che si riconosce). Si può allora sostenere che il patto di Salerno resse l'impatto della guerra fredda perché le forze politiche lo vollero, e ciò sulla base di una duplice motivazione: (a) in negativo, per via dei timori derivanti dall'incertezza circa l'esito delle elezioni politiche (si pensi a come, dopo l'esclusione dal governo, cambiò l'atteggiamento del Pci – da sfavorevole a favorevole – su Corte costituzionale e regioni, potenziali contropoteri al blocco governo-maggioranza parlamentare); (b) in positivo, per via della consapevolezza che, chiunque avesse ottenuto la maggioranza dei suffragi, non avrebbe comunque potuto governare una società divisa, come quella italiana, avendo del tutto escluso una sua parte consistente dalla predisposizione delle regole della futura convivenza.

In definitiva, dire che la Costituzione approvata il 22 dicembre 1947 può essere intesa come un atto avente natura convenzionale significa intendere la Costituzione come l'espressione (o, meglio, il sintomo) di una sottostante convenzione avente come contenuto: (a) prima dell'approvazione della Costituzione: l'impegno di approvare la Costituzione tutti assieme, avendo già individuato e accettato un dato nucleo di principi fondamentali; (b) dopo l'approvazione della Costituzione: l'impegno di rivolgersi al testo costituzionale per risolvere i problemi derivanti dalla convivenza comune (al testo, perché – ovviamente – l'approvazione della Costituzione configurava un accordo sul significante, non sul significato: la definizione del significato sarebbe stato oggetto della lotta politica successiva).

5. Consuetudine: dal 1° gennaio 1948 all'inizio degli anni Settanta (e ai giorni nostri)

Sulla base dello schema iniziale, resta da vedere se e come la convenzione si sia successivamente trasformata in consuetudine.

Osservando la storia costituzionale a ritroso, sembra opportuno distinguere due profili: il consolidamento della Costituzione nel sistema politico e il consolidamento della Costituzione nel corpo sociale. Usando il linguaggio dei costituzionalisti si potrebbe dire: nella «forma di governo» e nella «forma di Stato». Naturalmente i due profili risultano tra loro collegati, in particolare per via della funzione di mediazione tra cittadini e istituzioni (a lungo) svolta dai partiti politici.

In questa sede sarà possibile affrontare il tema solo per rapidissimi cenni, il che risulta particolarmente penalizzante per il profilo relativo alla forma di Stato, che richiederebbe – al contrario – un attento studio dell'attesa soggettiva dei cittadini (come singoli e come parti dei corpi intermedi) nei confronti del complesso dei principi fondativi dei loro diritti politici, civili e sociali. Tenuto conto della difficoltà di analizzare i dati rilevanti (si pensi ai giudizi – all'*opinione* – relativi al servizio sanitario nazionale, al sistema fiscale, al mercato del lavoro, ...) sulla base di parametri affidabili e omogenei, si è scelto di assumere come sintomo

⁹ Cfr., per una riflessione di carattere generale sulla pubblicità dei lavori costituenti, J. Elster, *Lo studio dei processi costituenti: uno schema generale*, in G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Einaudi, Torino 1996, pp. 218 ss. (ed. orig. 1991).

riassuntivo della complessiva *opinio* l'atteggiamento dei cittadini nel momento in cui si rivolgono ai giudici comuni. Il modo in cui vengono prospettate le domande (fondandole sulla Costituzione) e il modo in cui queste vengono trattate (applicando direttamente la Costituzione o proponendo questioni di incostituzionalità nei confronti della legislazione ordinaria) sono elementi indicatori dell'effettivo radicamento nel corpo sociale dei principi costituzionali come principi di un dover essere suscettibile di effettività in quanto già riflettenti precedenti attese. Col che – è bene sottolinearlo – non si intende aderire alla tesi secondo la quale i giudici sono gli interpreti privilegiati delle istanze di giustizia provenienti dalla società. Molto più semplicemente, si tratta di prendere atto del fatto che attraverso l'attività giurisdizionale passano alcune di tali istanze e, soprattutto, che lo svolgimento di tale attività risulta più precisamente "misurabile" di quanto lo sia il complesso delle aspettative portate dai singoli individui.

Tornando alla storia costituzionale, in estrema sintesi sembra possibile distinguere quattro fasi principali¹⁰:

- 1) la fase 1948-1955 in cui: (a) sotto il profilo della forma di governo: alle prime attuazioni della costituzione economica (riforma agraria, edilizia popolare, Cassa per il Mezzogiorno, piano di opere pubbliche: 1948-1950) seguì la riduzione della percezione della Costituzione ad armistizio (con la "guerra fredda" la Costituzione fu ridotta a regola minima della convivenza democratica – diritti politici e forma di governo – allo scopo di scongiurare la guerra civile); (b) sotto il profilo della forma di Stato: tra i giudici comuni si aprì un confronto sull'immediata normatività di tutta la Costituzione (alla posizione della Corte di cassazione, che riteneva le disposizioni costituzionali di programma e di principio non precettive, si contrappose l'atteggiamento di alcuni giudici di merito, per i quali occorreva dare diretta e immediata applicazione a tutte le disposizioni costituzionali, specie se in materia di diritti sociali);
- 2) la fase 1956-fine anni '60 in cui: (a) sotto il profilo della forma di governo: si riprese il completamento del disegno istituzionale della Costituzione (Corte costituzionale e CSM; rimasero inattuate le regioni, in quanto rappresentative) e, con i primi governi di centro-sinistra, l'attuazione della sua parte "non minima" (1962: Enel e scuola media unica obbligatoria e gratuita); (b) sotto il profilo della forma di Stato: l'attivismo della Corte costituzionale appena entrata in funzione (fin da subito affermò la precettività dell'intera Costituzione e si dotò di strumenti decisori idonei a orientare l'interpretazione giurisprudenziale per aggirare l'inerzia del Parlamento di fronte alle leggi incostituzionali) si scontrò con l'ostilità dei giudici comuni (poco propensi a sollevare questioni di incostituzionalità e tendenzialmente indisponibili a riconoscere efficacia retroattiva alle sentenze di annullamento);
- 3) la fase fine anni '60-metà anni '90 in cui: (a) sotto il profilo della forma di governo: a un periodo (1969-1978) di attuazione della parte programmatica della Costituzione (riforma pensionistica, statuto dei lavoratori, attuazione delle regioni, legge sul divorzio, legge sul referendum, nuovo diritto di famiglia, realizzazione del servizio sanitario nazionale), favorita dal progressivo abbandono della *conventio ad excludendum* ai danni del Pci, seguì – sulla scia della rivoluzione passiva tatcheriana e in reazione ai possibili sviluppi del c.d. "compromesso storico" – l'avvento della retorica delle riforme costituzionali (poi sfociata nell'introduzione del principio maggioritario: 1993); (b) sotto il profilo della forma di Stato: i giudici comuni – mutato il loro atteggiamento nei confronti della giustizia costituzionale – entrarono in stabile relazione con il giudice delle leggi, iniziando a sollevare con regolarità questioni di incostituzionalità;
- 4) la fase metà anni '90-giorni nostri in cui: (a) sotto il profilo della forma di governo: si affermano come dominanti gli atteggiamenti svalutativi della Costituzione (nel 1997 e nel 2006 si tenta di utilizzare il potere di revisione per creare una discontinuità costituzionale), sino all'invocazione di una nuova assemblea costituente da parte del Presidente della Repubblica; (b) sotto il profilo della forma di

¹⁰ Cfr. M. Dogliani, *Il sistema costituzionale* cit., pp. 1-75 e M. Dogliani e C. Pinelli, *Italien*, in A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P.M. Huber (a cura di), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, volume I, *Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts*, C.F. Müller, Heidelberg 2007, pp. 273-325.

Stato: il controllo di incostituzionalità si trasforma, coinvolgendo attivamente i giudici comuni in una sorta di sistema di controllo diffuso (come esemplarmente dimostra il passaggio dalla non manifesta infondatezza all'interpretazione costituzionalmente conforme)¹¹.

Tirando le fila dei due percorsi esaminati (forma di governo e forma di Stato), occorre provare a individuare il momento in cui – nella prospettiva neoistituzionalista – può ritenersi avvenuto il consolidamento della Costituzione attraverso il sorgere della consuetudine di riconoscimento.

Iniziando dalla forma di governo, se ci si limita a considerare la Costituzione nella sua funzione armistiziale, si può ritenere che la convenzione costituente si sia trasformata in consuetudine costituzionale sin da subito, posto che neanche durante la “guerra fredda” i termini di quell’armistizio vennero realmente messi in discussione. Se invece si guarda alla Costituzione come “cornice” politica, a determinarne il consolidamento sarebbe stata l’attuazione delle componenti istituzionali non rappresentative (la Corte costituzionale e il CSM), avvenuta, come ricordato, nella seconda metà degli anni ‘50. Se, infine, si guarda alla Costituzione come a un programma di riforma sociale, occorre allora fare i conti con la cesura rappresentata dal periodo 1951-1968 e concludere che solo con i provvedimenti realizzati a cavallo tra gli anni ‘60 e gli anni ‘70 si sia davvero radicata la sua effettività.

Anche sotto il profilo della forma di Stato il consolidamento della Costituzione procede progressivamente: dapprima, dopo i primi contrasti interni alla giurisprudenza comune, nella Corte costituzionale (a partire dal 1956); poi, superata una fase di resistenza, nei giudici comuni come soggetti remittenti le questioni di incostituzionalità (inizio degli anni ‘70); infine nei giudici comuni come soggetti attivamente coinvolti, attraverso il meccanismo dell’interpretazione conforme, nel controllo di incostituzionalità (metà anni ‘90). Se si volesse individuare un punto di svolta, sembra – di nuovo – possibile collocarlo all’inizio degli anni ‘70, momento a partire dal quale la Consulta venne effettivamente a trovarsi nella condizione di poter svolgere la propria funzione in modo compiuto.

6. Conclusione

In definitiva, è all’inizio degli anni ‘70, con il parallelo affermarsi della Costituzione come programma politico da realizzare e come documento pienamente normativo anche sul piano delle fonti del diritto, che può essere collocato il momento di perfezionamento della consuetudine di riconoscimento complessivo della Costituzione italiana del 1947.

Se si prova a gettare un rapido sguardo sulla fase successiva si può notare, in essa, un mutamento rispetto allo schema precedente. Mentre nelle prime tre fasi della storia costituzionale si assiste a un progressivo consolidamento della Costituzione sotto entrambi i profili considerati (Costituzione come armistizio / scontro sulla normatività; Costituzione come “cornice” istituzionale / entrata in funzione della Corte costituzionale; Costituzione come programma di riforma / giudici comuni come soggetti promotori del giudizio di incostituzionalità), l’ultima fase è segnata da una divaricazione: e infatti, mentre sul piano della forma di governo va in crisi il circuito rappresentativo (cittadini-partiti-Parlamento), sul piano della forma di Stato va a regime il circuito cittadini-giudici-Corte costituzionale.

Tutto ciò sembra riflettersi sulla fortuna di cui sempre più godono presso la dottrina (e la giurisprudenza) le correnti di pensiero a vario titolo riconducibili al c.d. neo-costituzionalismo, che proprio nei giudici, in dialogo tra di loro e con i loro colleghi sovranazionali, individuano il nuovo punto di equilibrio del sistema costituzionale. Una prospettiva – quella neo-costituzionalista – nella quale l’indebolimento della Costituzione sotto il profilo della forma di governo finisce col rappresentare non un male, ma un bene, perché consente di

¹¹ Molto sinteticamente: se in origine la Corte costituzionale richiedeva ai giudici comuni di sollevare questione di incostituzionalità ogni qualvolta nutrissero un minimo dubbio sulla legittimità costituzionale di una disposizione (detto altrimenti: ogni qualvolta la questione gli sembrasse non manifestamente infondata), a partire dagli anni ‘90 la Corte – ribaltando il proprio atteggiamento iniziale – pretende che i giudici, prima di sollevare la questione, esplorino tutte le possibilità interpretative della disposizione alla ricerca di un significato costituzionalmente conforme e sollevino la questione solo in caso tale ricerca abbia esito negativo.

abbandonare la pretesa di risolvere politicamente il problema della giustizia, rimettendolo alla riflessione terza di soggetti – i giudici – percepiti come idonei a farsi direttamente interpreti delle istanze sociali.

E tuttavia è, questa, una prospettiva che sembra segnata da un'intrinseca debolezza, perché – proprio a causa del suo insistere sulla titolarità individuale dei diritti costituzionalmente riconosciuti – rischia di porsi su una lunghezza d'onda non dissimile da quella delle teorie incentrate sulla libertà naturale dell'individuo (ricapitolabili nell'ideologia neo-liberista) in forza delle quali, negli ultimi trent'anni, è stato condotto l'attacco alla Costituzione (che pure il neo-costituzionalismo si propone di difendere). Ecco, allora, l'interesse per la prospettiva neoistituzionalista, che consente di slegare il riconoscimento della Costituzione da ogni presupposto individual-volontaristico. La consuetudine di riconoscimento presuppone, sì, i comportamenti individuali, ma ne prende in considerazione solo il risultato complessivo: la validità neoistituzionalista è – à la Durkheim – qualcosa di più della mera somma dei riconoscimenti individuali; è un fatto istituzionale che richiede di essere preso in considerazione di per sé.

Va peraltro sottolineato che del neoistituzionalismo è preferibile assumere una versione "moderata", che eviti di subordinare la validità della Costituzione a una misurazione rigorosa della sua effettività, così da non minare la pretesa di validità sul lungo periodo della Costituzione medesima. Anche sulla scorta dell'insegnamento kelsensiano relativo alla media effettività che consente di presupporre la norma fondamentale, sarà da ricomprendere nel calcolo dell'effettività non solo la posizione di chi "lotta" per l'attuazione della Costituzione, ma anche quella di chi, pur essendo responsabile della sua non attuazione, riconosce come giuridicamente valide le pretese volte all'attuazione medesima.

Si potrebbe, in conclusione, dire che le costituzioni possono essere intese come derivanti non esclusivamente da un atto di produzione formale: apparentemente sono il frutto di un atto positivistico, ma nel loro radicarsi in via consuetudinaria c'è qualcosa di analogo alla produzione del diritto dal basso. E ciò sotto un duplice profilo: (a) in primo luogo, perché l'ordine costituzionale formale sorge a partire da condizioni che si sono prodotte spontaneamente al di fuori del diritto¹²; (b) in secondo luogo, perché la costituzione formale opera come punto di riferimento per generare e ordinare ulteriori processi di produzione spontanea di ordine. In una battuta conclusiva: le costituzioni (in media) effettivamente vigenti, da un lato, *sono* il prodotto di un ordine spontaneo, dall'altro, *hanno* (posto le condizioni perché potesse essere continuativamente ri-) prodotto un ordine spontaneo.

¹² Si può, in proposito, ricordare il richiamo effettuato da L. Elia, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, Giuffrè, Milano 1958, p. 76 a quella che definisce la «legge generale» di George Vedel, secondo la quale «le regole giuridiche sono impotenti a creare le condizioni del loro funzionamento».