



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence



Volume 1
Number 1
June 2021

Bononia
University Press

Innovazione e tradizione nelle costituzioni del Novecento¹

Note preliminari

Massimo Luciani

Facoltà di Giurisprudenza, Università Sapienza, Roma, Italia

Abstract (Italiano)

Difficile è l'equilibrio che le costituzioni devono trovare fra la tradizione e l'innovazione. Il rispetto della tradizione è essenziale per segnalare la continuità della comunità politica; la progettazione dell'innovazione è essenziale per segnalare la rottura con un ordine costituzionale travolto dalla storia. Gli esempi di questo difficile equilibrio sono innumerevoli (particolarmente significativo è qui ritenuto quello degli Stati Confederati d'America) e si possono facilmente cogliere studiando l'evoluzione dei simboli politici, specie nei momenti di passaggio costituzionale. La questione dell'equilibrio fra tradizione e innovazione è qui studiata con particolare riferimento alle costituzioni del Novecento.

Keywords: diritto costituzionale, giurisprudenza costituzionale, tradizione, innovazione, storia del diritto costituzionale

Abstract (English)

The balance that constitutions must find between tradition and innovation is a complex issue. Respect for the tradition is essential to mark the continuity of the political community; the planning of innovation is essential to mark the break with a constitutional order overwhelmed by history. Examples of such a difficult balance are countless (particularly significant is here considered that of the Confederate States of America) and can easily be understood by studying the evolution of political symbols, especially in times of constitutional transition. The issue of the balance between tradition and innovation is studied here with particular reference to the constitutions of the twentieth century.

Keywords: constitutional law, judicial review, tradition, innovation, history of constitutional law

¹ Relazione al Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto, "Fine della tradizione? Coscienza storica e identità del giurista", Verona, 24-26 ottobre 2019. Il saggio è destinato alla Raccolta di scritti in onore di Pietro Ciarlo.

1. Passaggi ordinamentali: esigenze di conservazione ed esigenze di innovazione. Una lezione dall'Ottocento

Il 21 marzo 1861, a Savannah, in Georgia, Alexander Hamilton Stephens, Vicepresidente degli Stati Confederati d'America, teneva ai suoi concittadini un lungo discorso, che sarebbe passato alla storia come *Cornerstone Speech*². La ragione di questa denominazione è nota. Mentre l'idea prevalente di Jefferson e di altri *Founding Fathers* della Costituzione degli Stati Uniti (diceva Stephens, peraltro con più d'una forzatura)³ – era quella che «the enslavement of the African was in violation of the laws of nature», quella caratterizzante la nuova entità politica nata dalle *ordinances of secession* era del tutto diversa:

«Our new government is founded upon exactly the opposite idea; its foundations are laid, its corner-stone rests, upon the great truth that the negro is not equal to the white man; that slavery – subordination to the superior race – is his natural and normal condition»⁴.

Erano passati pochi giorni dall'approvazione della Costituzione degli Stati Confederati e pochi ne mancavano allo scoppio della guerra civile: qualificare l'«enslavement of the African» «pietra angolare» del nuovo ordine politico significava confermare quel profondo collegamento fra guerra e schiavitù che già si era manifestato in varie *Declarations of the Causes* della secessione⁵ e che sarebbe durato per tutto il conflitto. Il sistema produttivo del Sud, fondato soprattutto sulla raccolta del cotone, aveva bisogno di molta manodopera a bassissimo costo e quella servile corrispondeva pienamente alle sue esigenze: certo non per un caso, nonostante fosse ormai evidente la piega negativa presa dalla guerra, Jefferson Davis avrebbe respinto la tanto impossibile quanto lungimirante proposta presentata il 2 gennaio 1864 da Patrick Ronayne Cleburne, «one of the most respected military leaders of the civil war»⁶, di promettere la liberazione agli schiavi che si fossero arruolati nelle fila dell'esercito secessionista, dissanguato dalle perdite⁷. Il Presidente,

² Può leggersi in CLEVELAND 1866, p. 717 ss.

³ La diffusione non solo del razzismo, ma anche di atteggiamenti favorevoli alla schiavitù nell'«illuminata» classe dirigente americana del Settecento è opportunamente messa in luce da JENNINGS 2000, specialmente p. 201 ss.

⁴ CLEVELAND 1866, p. 721.

⁵ Come si legge nella prima, quella del South Carolina, la secessione era la conseguenza della vittoria del partito repubblicano e dell'elezione di Lincoln, contrario all'istituto della schiavitù (per la verità, all'epoca, solo alla sua estensione ai nuovi Territori): «On the 4th day of March next, this party will take possession of the Government. It has announced that the South shall be excluded from the common territory, that the judicial tribunals shall be made sectional, and that a war must be waged against slavery until it shall cease throughout the United States».

⁶ RUBY 1971, p. 193.

⁷ Può leggersi, online, p. es., all'indirizzo <https://www.battlefields.org/learn/primary-sources/patrick-cleburnes-proposal-arm-slaves>. Sulla mitica figura di Cleburne, vd. SYMONDS 1997.

Bastano a dimostrare la grande lucidità della proposta di Cleburne anche questi pochi passaggi, che davvero non hanno bisogno di commento (ma per due d'essi – cruciali – farò rapidissime eccezioni):

a) «We have now been fighting for nearly three years, have spilled much of our best blood»;

b) «Instead of standing defiantly on the borders of our territory or harassing those of the enemy, we are hemmed in today into less than two-thirds of it»;

com'era da attendersi⁸, l'avrebbe considerata «a potential bombshell»⁹ e la cosa sarebbe finita lì, rimanendo segreta per anni proprio per volere dello stesso Jefferson Davis¹⁰. Nel marzo del 1865, quando il suo esercito aveva ormai l'acqua alla gola, il Congresso confederato, senza nemmeno saperlo, avrebbe fatto propria quella che era stata la proposta di Cleburne, ma anche questa tardiva e forzata conversione, passata per pochissimi voti e oltretutto solo in una versione edulcorata, dimostrava quanto la schiavitù fosse importante per il Sud.

Nel dibattito pubblico e scientifico americano (gravemente viziato, su questo terreno, da opposti, indigeribili, ideologismi) il *Cornerstone Speech* è ricordato soprattutto perché darebbe la dimostrazione del fatto che la guerra civile fu una pura questione di mantenimento o di abolizione della schiavitù. Sarebbe interessante soffermarsi su un punto così controverso e chiedersi quanto quest'impegnativa affermazione possa accettarsi nella sua nettezza. Sarebbe interessante chiedersi se la lotta alla schiavitù, oltre a costituire l'evidente sfondo *oggettivo* della guerra (realtà, questa, assurdamente negata dal revisionismo neoconfederato)¹¹, peraltro insieme agli evidenti interessi economico-finanziari del Nord (realtà, anche questa, quasi sempre trascurata

c) «If this state continues much longer, we must be subjugated. Every man should endeavour to understand the meaning of subjugation before it is too late [...]. It means that the history of this heroic struggle will be written by the enemy; that our youth will be trained by Northern school teachers; will learn from Northern school books their version of the war; will be impressed by all the influences of history and education to regard our gallant dead as traitors, our maimed veterans as fit objects for derision» (questo mi sembra il passaggio più impressionante, nel quale si antevede il destino dello sconfitto, la cui storia è sempre scritta dal vincitore);

d) «The enemy already opposes us at every point with superior numbers, and is endeavouring to make the preponderance irresistible»;

e) «Our single source of supply is that portion of our white men fit for duty and not now in the ranks. The enemy has three sources of supply: First, his own motley population; secondly, our slaves; and thirdly, Europeans whose hearts are fired into a crusade against us by fictitious pictures of the atrocities of slavery»;

f) «[...] slavery is a source of great strength to the enemy in a purely military point of view»;

g) «All along the lines slavery is comparatively valueless to us for labour, but of great and increasing worth to the enemy for information»;

h) «[...] we propose [...] that we immediately commence training a large reserve of the most courageous of our slaves, and further that we guarantee freedom within a reasonable time to every slave in the South who shall remain true to the Confederacy in this war»;

i) «Our country has already some friends in England and France, and there are strong motives to induce these nations to recognize and assist us, but they cannot assist us without helping slavery, and to do this would be in conflict with their policy for the last quarter of a century» (anche qui la lucidità dell'analisi, addirittura in chiave geopolitica, traspare con particolare evidenza);

l) «This measure [...] will leave the enemy's negro army no motive to fight for, and will exhaust the source from which it has been recruited»;

m) «The measure will at one blow strip the enemy of foreign sympathy and assistance, and transfer them to the South; it will dry up two of his three sources of recruiting; it will take from his negro army the only motive it could have to fight against the South, and will probably cause much of it to desert over to us; it will deprive his cause of the powerful stimulus of fanaticism, and will enable him to see the rock on which his so called friends are now piloting him. The immediate effect of the emancipation and enrolment of negroes on the military strength of the South would be: To enable us to have armies numerically superior to those of the North, and a reserve of any size we might think necessary; to enable us to take the offensive, move forward, and forage on the enemy».

⁸ Si trattava di una proposta letteralmente inaudita, che metteva in discussione alcuni dei pilastri fondamentali della società del Sud (così, fra gli altri, CATTON 1956, p. 309 ss.).

⁹ SYMONDS 1997, p. 194.

¹⁰ DAVIS 1977, p. 20.

¹¹ Vd., p. es., WILSON 2016.

dall'opposta pubblicistica), fosse anche la motivazione *soggettiva* di chi combatteva. Sarebbe interessante riflettere sui molti documenti dell'epoca che, soprattutto nei primi anni, mostrano una certa freddezza dei leaders politici e militari dell'Unione quanto al tema dell'abolizionismo, freddezza che certo non avrebbe favorito, negli anni a venire, l'estirpazione della mala pianta del razzismo¹²: per fare solo un esempio, forse meno conosciuto di quelli di Grant¹³ e dello stesso Lincoln¹⁴, nelle sue memorie William Tecumseh Sherman, lo spietato distruttore di Atlanta¹⁵, narra di una cena avuta nel 1860 con il governatore della Louisiana in cui non dimostrò affatto d'essere un abolizionista e si limitò ad affermare che «were I a citizen of Louisiana, and a member of the Legislature, I would deem it wise to bring the legal condition of the slaves more near the status of human beings under all Christian and civilized governments», ma senza affatto pensare a liberarli¹⁶. Sarebbe interessante tornare sulle ragioni che spinsero i soldati in divisa grigia ad andare a morire sui campi di battaglia: un tema sul quale s'è scritto molto¹⁷, ma che

¹² La stessa schiavitù, a dire il vero, sopravvivrà *de facto* alla guerra civile. La formulazione del Tredicesimo Emendamento, cuore della revisione costituzionale postbellica, infatti, si rivelò tale da consentire agli Stati del Sud di approvare leggi capaci di costringere gli afroamericani al lavoro servile, anche per tutta la vita. Se, infatti, «neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction», vuol dire che la servitù imposta dalla legge per la violazione di un precetto penale è ammessa. Molti Stati del Sud approfittarono di questa evidente falla per approvare leggi *ad hoc*, punitive di comportamenti che proprio gli afroamericani erano costretti a tenere, a cominciare dal vagabondaggio. S'innescava così una perversa spirale di condanna penale, di obbligazione al pagamento delle spese di mantenimento in prigione, di ovvia impossibilità di assolverla, di condanna ai lavori forzati per saldare un debito che non poteva mai essere saldato. La vicenda, che ha interessato migliaia di (veri e propri) schiavi è narrata da BLACKMON 2008, il quale dà conto anche del fatto che molti di questi schiavi furono impiegati (non nelle piantagioni, ma) nelle miniere e nelle acciaierie che gli investitori del Nord avevano aperto negli Stati meridionali (BLACKMON 2008, specialmente p. 39 ss.).

¹³ Vd. alcune sintetiche, ma significative, informazioni in KANE 2017.

¹⁴ Fiumi d'inchiostro sono stati versati sulla questione della posizione di Lincoln in ordine alla schiavitù e all'eguaglianza tra le razze. Troppe indicazioni, però, confortano la tesi che, da un lato, egli si riconoscesse, al più, in quello che sarebbe diventato il principio *separate but equal* – l'espressione si trova nell'opinione (peraltro) dissenziente del giudice Harlan in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), che legittimò le c.d. *Jim Crow Laws* – e, dall'altro, ponesse la lotta alla schiavitù su un piano inferiore e ancillare alla difesa dell'Unione. Sul primo punto si può leggere soprattutto il primo dibattito elettorale che ebbe con Douglas, a Ottawa, Illinois, il 21 agosto 1858: «I have no purpose to introduce political and social equality between the white and the black races. There is a physical difference between the two, which, in my judgment, will probably forever forbid their living together upon the footing of perfect equality, and inasmuch as it becomes a necessity that there must be a difference, I, as well as Judge Douglas, am in favor of the race to which I belong having the superior position. I have never said anything to the contrary, but I hold that, notwithstanding all this, there is no reason in the world why the negro is not entitled to all the natural rights enumerated in the Declaration of Independence, the right to life, liberty, and the pursuit of happiness» (lo si trova *online* all'indirizzo <https://www.nps.gov/hibo/learn/historyculture/debate1.htm>). Sul secondo basta il richiamo alla famosissima lettera indirizzata a Horace Greeley il 22 agosto 1862 (che può leggersi *online* all'indirizzo <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/greeley.htm>). Lincoln scriveva: «my paramount object in this struggle is to save the Union and is not either to save or to destroy slavery. If I could save the Union without freeing any slave I would do it, and if I could save it by freeing all the slaves I would do it; and if I could save it by freeing some and leaving others alone I would also do that. What I do about slavery, and the colored race, I do because I believe it helps to save the Union; and what I forbear, I forbear because I do not believe it would help to save the Union». Non solo. Come è ben noto, il progetto di Lincoln era quello di risolvere il problema afroamericano rimuovendolo, cioè trasferendo (gradualmente) tutti gli schiavi liberati in colonie oltremare o in Liberia. Il fallimento di questo progetto non è meno noto.

¹⁵ E realizzatore di un piano di strangolamento della Confederazione, per terra oltre che per mare, che ricordava – sia pure con molte variazioni – l'*Anaconda Plan* del vecchio Winfield Scott.

¹⁶ SHERMAN 1957, p. 149.

¹⁷ Il contributo più noto (che esamina anche le ragioni dei soldati dell'Unione) è quello di McPHERSON 1997.

ancora attende una trattazione sistematica¹⁸. Per cosa si batterono? Per la difesa della *peculiar institution*¹⁹ o per la libertà, l'indipendenza e la difesa dall'invasore, come emergerebbe dalle citatissime parole di quel giovane soldato di umile condizione sociale che, catturato dagli unionisti all'inizio della guerra, avrebbe detto semplicemente «I'm fighting because you're down here»²⁰? E per cosa combatterono i giovani in divisa blu? Per liberare gli schiavi, per un sentimento religioso di giustizia, per l'eguaglianza o per preservare l'Unione? Sarebbe interessante, appunto, ma non possiamo farlo qui, perché ai nostri fini il *Cornerstone Speech* ha rilievo per motivi molto diversi. E ha rilievo perché, già in apertura, Stephens affermò di volersi occupare della «new constitution, or form of government» nella chiave dell'analisi di quanto della vecchia Costituzione era rimasto e di quanto era cambiato.

Stephens aveva cura di mettere in luce, anzitutto, gli elementi di continuità con la vecchia Costituzione federale: la nuova, in particolare, «amply secures all our ancient rights, franchises, and liberties»²¹, confermando (ancor più indietro nel tempo) «all the great principles of Magna Charta»²². In definitiva, «all the essentials of the old constitution, which have endeared it to the hearts of the American people, have been preserved and perpetuated»²³.

Subito appresso, però, menzionava le modificazioni che erano state apportate (almeno quelle da lui condivise), elencando questi miglioramenti:

a) il vecchio «thorn of the tariff, which was the cause of so much irritation in the old body politic, is removed forever from the new»²⁴;

b) il potere del Congresso di regolare il commercio, il cui esercizio aveva incontrato la frequente opposizione degli Stati del Sud, è limitato, impedendo i grandi trasferimenti di risorse

¹⁸ Lo stesso libro di McPherson che ho appena ricordato, p. es., parla poco delle specifiche ragioni dei combattenti afroamericani e non considera quelle degli immigrati, come gli italiani, gli irlandesi, i tedeschi (comunemente detti "dutch", olandesi, per la corruzione di "deutsch"), o dei nativi americani (e sì che l'ultimo generale confederato ad arrendersi fu il capo cherokee Stand Watie, assunto ai gradi più alti dell'esercito sudista). Sul gruppo più numeroso (quello degli irlandesi), comunque, può leggersi l'interessante volume di GLEESON 2013.

¹⁹ Questa (a dir poco ipocrita) espressione, allora assai diffusa negli Stati del Sud, è usata da Stephens sia nel *Cornerstone Speech* che in vari altri discorsi e note di corrispondenza. Cfr. CLEVELAND 1866, pp. 133, 464, 689, 721, 814 e 817.

²⁰ Diversi autori riportano questa dichiarazione. vd., p. es., FOOTE 1986, p. 65; MCPHERSON 1988, p. 311; GWYNNE 2014, p. 30. La fonte sarebbe una lettera di T.B. Webber alla madre, datata 15 giugno 1861. Personalmente, non sono stato in grado di reperirla e – dunque – di verificarla.

La memorialistica confederata nega strenuamente che la difesa della schiavitù abbia avuto la minima importanza nello spingere i soldati del Sud a combattere. Così, fra le molte testimonianze, JACKSON 1895, p. 82 (secondo la testimonianza della moglie, il mitico braccio destro di Lee «would never have fought for the sole object of perpetuating slavery»), ma – corsivo nell'originale – «it was for her *constitutional rights* that the South resisted the North and slavery was only comprehended among those rights»; ROBSON 1891, p. 27 (il quale afferma di aver combattuto, come tutti i suoi commilitoni, «as a tribute to pure patriotism and unselfish devotion to home and native land», reagendo a «the desolation of our loved Southern land and the subjugation of our people»); POWER SMITH 1906, p. 13 («It was not for the defense of slavery that these men left their homes and suffered privation, and faced the peril of battle»); WOOD 1910, p. 59 (il soldato confederato «fought for home on his own soil» e – p. 135 – i combattenti del Sud «were not rebels as they had not rebelled against lawful authority, but fought for a right as they and their ancestors viewed it, that was denied them»).

²¹ CLEVELAND 1866, p. 718.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ivi*, p. 719.

pubbliche da una parte all'altra del Paese per il finanziamento di interventi locali, in quanto «this is again the broad principle of perfect equality and justice, and it is especially set forth and established in our new constitution»²⁵;

c) la nuova Costituzione «provides that cabinet ministers and heads of departments may have the privilege of seats upon the floor of the Senate and House of Representatives and may have the right to participate in the debates and discussions upon the various subjects of administration»²⁶, così avvicinandosi (sebbene non del tutto, perché non è previsto che i membri del Governo siano tratti dal Parlamento) alla pratica del Parlamento inglese, oggetto di universale ammirazione;

d) il mandato presidenziale è esteso a sei anni, ma con la previsione della non rieleggibilità, al fine di «remove from the incumbent all temptation to use his office or exert the powers confided to him for any objects of personal ambition»²⁷;

e) la legittimità della schiavitù è confermata, mettendo fine a tutte le «agitating questions relating to our peculiar institution»²⁸.

Questo giuoco di equilibrio fra vecchio e nuovo, fra conservazione e innovazione, potrebbe sorprendere: il potere costituente ha ragion d'essere, si potrebbe obiettare, solo per registrare o tracciare linee di frattura, per segnare nei termini del passaggio ordinamentale un cambio di fase sociale o politica, non certo per operare semplici aggiustamenti dell'esistente, nella prospettiva d'una sostanziale continuità²⁹. Le cose, però, non sono così semplici.

Il laboratorio politico della Confederazione doveva mescolare più elementi chimici perché il composto che andava elaborando rimanesse stabile. La rottura con il passato era avvenuta quasi *obtorto collo* ed era necessario che fosse imputata alla prepotenza del Nord colonizzatore, non certo all'arroganza di un Sud difensore dell'indifendibile. Non il Sud, ma un tiranno, il Presidente dell'Unione, aveva rotto il vincolo di solidarietà tra fratelli ed era contro la tirannide che la Confederazione s'era ribellata: il *sic semper tyrannis* che si dice John Wilkes Booth avesse gridato all'atto di uccidere Abraham Lincoln ricordava la leggendaria frase che Bruto avesse pronunciato pugnalandolo Cesare. E quella frase campeggiava sulla bandiera della Virginia, lo Stato chiave del teatro militare dell'Est, lo Stato che aveva dato i natali a Robert E. Lee, il più autorevole generale dell'esercito secessionista, lo Stato in cui si trovava la seconda (e più duratura) capitale della Confederazione, Richmond. Molti valori del (recente) passato erano ancora condivisi e non si poteva dare alla popolazione il segnale del loro abbandono, sicché il nuovo doveva forzatamente convivere con il vecchio.

La prova migliore di questo tormentato rapporto fra passato e presente la danno i simboli. Non si tratta tanto dell'inno (anche se *Dixie*, il coinvolgente inno confederato, era un motivo

²⁵ *Ivi*, p. 720.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 721.

²⁹ «Certo, qualche rottura la rivoluzione deve determinarla», ha scritto esattamente Ferrara 2000, p. 50. La questione posta nel testo, tuttavia, è quella – diversa – del rapporto tra innovazione e tradizione *dentro* la rottura costituzionale.

musicale molto popolare in tutto il Nord America, scritto da un musicista dell'Ohio e che venne suonato da «many a Yankee regiment off to war»³⁰, quanto della bandiera. Fu proprio per segnalare il legame con il passato che, nonostante il parere contrario di William Porcher Miles, che lo presiedeva, il *Committee on the Flag and Seal*, nominato dal Congresso provvisorio della Confederazione il 9 febbraio 1861, scelse una bandiera (la *Stars and Bars*) che ricordava molto quella dell'Unione, quasi a voler segnalare che la Confederazione era parte integrante della storia iniziata nel 1776 e anzi ne era addirittura l'autentica erede e continuatrice³¹. Per la verità, fu appunto per questa eccessiva somiglianza (causa anche di gravi fraintendimenti sul campo di battaglia e di numerosi incidenti dovuti al fuoco amico) che la *Stars and Bars* non fu amata da tutti e che si finì per sostituirla prima (nel 1863) con la *Stainless Banner* e poi (nel 1865) con la *Blood Stained Banner*, che recavano, nella parte più “nobile” (quella in alto a sinistra, accanto all'asta), un riquadro con quella croce di Sant'Andrea stellata che molti considerano la bandiera della Confederazione, ma che era solo la sua bandiera *di guerra*. “Solo”, in realtà, per modo di dire, perché bandiera nazionale e bandiera di guerra dovevano finire in qualche modo per sovrapporsi, in una nazione che poteva vivere unicamente in quanto il suo esercito ne preservasse l'indipendenza con le armi³². Il solco del distacco si approfondiva, dunque, anche simbolicamente, ma questo avveniva solo dopo due anni di guerra e solo dopo che era stato versato così tanto sangue che fatalmente l'equilibrio fra passato e presente doveva cominciare a pendere a favore del secondo.

Ma perché ricordare questa vicenda ottocentesca per intendere il rapporto fra conservazione e innovazione nelle costituzioni del Novecento? Non basterebbe rispondere che è necessario farlo perché il presente s'intende col passato, visto che si tratta anche di capire se quel passato sia davvero pertinente: “tutto si tiene”, ma i materiali storici vanno in qualche modo selezionati, perché nessuno è in grado di dominare o anche semplicemente di raccogliere l'intera massa dei fatti già accaduti. In questo caso l'obbligazione di dimostrare la pertinenza dell'esempio sembra ancor più stringente e difficile da assolvere, considerato che nessuna delle esperienze costituzionali del Novecento ha conosciuto un passaggio che esibisca tratti paragonabili a quelli della guerra civile americana. Il ventesimo secolo è stato duramente attraversato da guerre civili: da quella spagnola a quella greca, da quella alto-balcanica a (se si accetta il noto quadro concettuale elaborato da Claudio Pavone)³³ quella italiana, ma nessuna presenta

³⁰ CATTON 1956, p. 21. Sulla storia di *Dixie* (scritta da Daniel Decatur Emmett, nativo appunto di Mount Vernon, Ohio), McWHIRTER 2012, p. 65 ss. Il travolgente successo del brano nel Sud si dovette molto anche al fatto che fu suonato il 18 febbraio 1861 in occasione dell'insediamento di Jefferson Davis come Presidente della Confederazione (la sua scelta – del tutto casuale – fu del direttore della banda locale, Herman F. Arnold, un immigrato prussiano: McWHIRTER 2012, p. 66)

³¹ La vicenda della bandiera confederata (civile e di guerra) è puntualmente descritta da COSKI 2005, p. 3 ss.

Quanto alla questione di chi fosse davvero in linea con la tradizione politica e sociale del passato, MCPHERSON 1988, p. 860, acutamente osserva che la pretesa del Sud era tutt'altro che infondata: «the South's concept of republicanism had not changed in three-quarters of a century; the North's had». La visione socio-politica del Nord industriale sarebbe diventata quella del futuro del mondo, ma nel presente di allora la normalità (a parte la *peculiar institution...*) stava dalla parte del Sud agricolo.

³² Così ancora COSKI 2005, p. 14.

³³ Il riferimento, ovviamente, è soprattutto a PAVONE 1991.

le caratteristiche del tutto particolari di quella americana, contraddistinta dalla lotta per la secessione di una *parte* e non da quella per la conquista del potere nel *tutto*, nonché dall'assenza di qualunque *contrapposizione etnica* (gli afroamericani non erano una delle parti, ma tutt'al più una delle motivazioni o uno degli "oggetti" della lotta). Le ragioni per parlarne, tuttavia, emergeranno con chiarezza da quando appresso s'andrà dicendo e, comunque, saranno più avanti esplicitate.

2. Strategie costituzionali fondative e dimensione temporale

Come si è articolato il rapporto fra passato, presente e futuro nei processi fondativi dei nuovi ordini costituzionali che si sono sviluppati nel Novecento, cioè nel secolo nel quale (mai come prima nella storia) il *Kampf um's Recht*³⁴ si è manifestato prioritariamente come *Kampf um die Verfassung*?

Anzitutto delimitiamo il campo. Ciò di cui qui mi occupo non è il fenomeno della semplice evoluzione ordinamentale, bensì quello della vera e propria sostituzione di un ordine costituzionale, che, come è noto, può assumere sia il tratto più pacifico dell'avvicendamento di una costituzione scritta a un'altra, ma mantenendo fermo l'assetto delle forze sociali che avevano prodotto la vecchia (in questo caso, con Carl Schmitt, possiamo parlare di *Verfassungsbeseitigung*), sia quello più corrusco dell'accompagnamento della sostituzione testuale con la contemporanea distruzione del precedente equilibrio (si tratta della *Verfassungsvernichtung*)³⁵. Restano fuori campo³⁶, dunque, la mera revisione costituzionale (*Verfassungsänderung*), la trasformazione costituzionale (*Verfassungswandlung*) intesa come «incongruenza tra le norme costituzionali da un lato e la realtà costituzionale dall'altro»³⁷, nonché la rottura della costituzione (*Verfassungsdurchbrechung*)³⁸. Più che di *successione* gli usi linguistici oggi in voga preferiscono parlare di *transizione* costituzionale, ma questo è termine alquanto polisemico³⁹ e scivoloso, non a caso sovente sostituito da altri⁴⁰. Usato correttamente, esso dovrebbe cogliere esclusivamente l'aspetto dinamico del fenomeno, cioè il processo del passaggio ordinamentale⁴¹, ma risulta evidente *ictu oculi* che le centinaia di opere che parlano di transizioni costituzionali lo fanno considerando anche il profilo (ormai statico) del passaggio già compiuto⁴².

³⁴ Inutile dire che il richiamo è a VON JHERING 1872.

³⁵ SCHMITT 1970⁵, p. 99.

³⁶ Dei fenomeni di cui poi si dice nel testo mi sono occupato, invece, in LUCIANI 2013, p. 3 ss.

³⁷ Hsü DAU LIN 1932, p. 17.

³⁸ Sulla quale vd. ancora SCHMITT 1970⁵, p. 100, ma già prima, per una sistemazione teorica del rapporto fra rottura, deroga e sospensione, JACOBI 1924, p. 109 ss.

³⁹ La variabilità degli usi è segnalata e ricostruita da SPADARO 2000, p. 17 ss.

⁴⁰ Indicazioni in proposito in MEZZETTI 2000.

⁴¹ Infatti «il concetto di transizione può essere utilizzato per indicare il *processo dinamico* di formazione di una nuova costituzione [...]» (DE VERGOTTINI 1998, p. 168; corsivo nell'originale); «il vocabolo "transizione" intende indicare un passaggio di condizione» (MEZZETTI 2005, p. 9).

⁴² La cosa si può registrare anche nello stesso DE VERGOTTINI 1998, *passim*.

Non solo: anche quando l'uso è linguisticamente sorvegliato, finisce per essere scientificamente azzardato, perché, se si ha transizione solo quando il punto d'arrivo è la successione di un ordine costituzionale a un altro, che transizione sia (stata) possiamo saperlo solo *a posteriori*, cioè se e quando un altro approdo costituzionale s'è effettivamente raggiunto⁴³.

Da un ordine costituzionale all'altro dunque. Questo è quanto ci interessa indagare, ragionando sulle molteplici varianti in cui nel passaggio si mescolano i richiami al passato, le urgenze del presente, le suggestioni del futuro⁴⁴.

In nessuna successione costituzionale il passato svanisce del tutto. Non si tratta solo dell'ovvia constatazione che gli edifici della storia degli uomini non si costruiscono *ex nihilo*, ma poggiano su fondamenta ineluttabilmente già esistenti. Si tratta, semmai, di una più profonda e specifica ragione politico-costituzionale, radicata, a me pare, nel problema della *legittimazione*⁴⁵. Anche il più screditato dei regimi politici conta pur sempre su qualche sostenitore e ha dalla sua la forza dell'inerzia e della continuità. Il suo rovesciamento ha dunque sempre un costo in termini di perdita di regole consolidate e di cancellazione di vecchie abitudini, che deve essere compensato da una contropartita che sappia rendere attivo il saldo e giustificare il cambiamento. Qui i fondatori dei nuovi ordini costituzionali hanno a disposizione tre strategie, le quali hanno tutte a che fare con la dimensione del tempo.

i) La prima attiene al *presente*. Come è stato esattamente osservato a proposito dell'esperienza sudafricana, nessuna nuova costituzione si può scrivere se non si conosce «lo scenario in cui si andrà ad inserire», perché le scelte dei costituenti sono sempre «obbligatoriamente dettate dalla situazione esistente»⁴⁶. La strategia di legittimazione deve dunque far leva, anzitutto, sulla corrispondenza razionale alle condizioni storiche date e questo è il limite essenziale di un potere apparentemente sconfinato qual è quello costituente, che può fare la storia, certo, ma *non può non farla*, e deve farla secondo le compatibilità squadernate dalle contingenze in cui gli è dato d'essere esercitato⁴⁷. Se la corretta interpretazione del presente, tuttavia, è condizione necessaria, non è condizione sufficiente della buona riuscita della strategia, perché le forze politiche dell'innovazione costituzionale devono adempiere anche a una duplice obbligazione ulteriore: a) farsi anche *percepire* come le corrette interpreti della fase storica; b) promuovere l'idea ch'essa costituisca un progresso rispetto alla precedente e che la traduzione delle sue esigenze in regole costituzionali non sia semplicemente doverosa e inevitabile, ma opportuna e vantaggiosa.

⁴³ Per questa banale (ma forse non inutile) notazione, rinvio a LUCIANI 2001, p. 428 ss.

⁴⁴ È stato esattamente scritto che «tutte le esperienze costituenti sono caratterizzate dall'affannosa ricerca di un modello da ritrovare nella storia, come negli eventi più vicini, se non addirittura contemporanei» (Ciarlo 2000, p. 224). Anche sul piano dell'identificazione dei modelli d'ispirazione, dunque, oltre che su quello delle concrete scelte sostanziali, i diversi piani temporali s'intrecciano inestricabilmente.

⁴⁵ Sono appunto le esigenze di legittimazione che inducono sovente i costruttori di un nuovo ordine costituzionale anche a servirsi delle *forme* normative di quello che intendono travolgere (il punto è perspicuamente colto da Pace 2000, p. 121). Nel testo, però, si cerca di indagare il tema dei lasciti *sostanziali* del vecchio ordine.

⁴⁶ PHILIPPE 2005, p. 284.

⁴⁷ Con maggiore ampiezza d'argomentazione esprimevo quest'ordine di concetti in LUCIANI 1996, p. 148.

Nelle pagine che seguono, dedicate al rapporto tra conservazione e innovazione costituzionale, la questione della corretta lettura del presente emergerà ovviamente solo a tratti e non sarà oggetto di considerazione specifica.

ii) La seconda attiene al *passato*. Qui il discorso si fa necessariamente più articolato e le questioni da risolvere sono molteplici.

La prima è quella della ricostruzione del passato, la cui oggettività certo non esclude soggettive letture o riletture. Esiste una “tradizione costituzionale”, che sia da conservare o da cui discostarsi? Se sì, in cosa consiste?

Se “tradizione” significa «trasmissione, consegna, da una generazione all'altra, di antiche memorie, di abitudini, di costumanze»⁴⁸, va subito detto che su questa problematica la discussione è particolarmente serrata negli Stati Uniti. Già Edward Corwin l'aveva aperta interrogandosi su come la Costituzione dovesse essere considerata: «as an instrument of popular government for the achievement of the great ends of government» oppure «as symbol and bulwark of a previously achieved order of human rights»⁴⁹? La sua prospettiva era quella di uno studioso *liberal* che intendeva opporre le prerogative del potere legislativo al conservatorismo di una Corte Suprema che sabotava tutte le misure del *New Deal* rooseveltiano, aprendo una «constitutional crisis of unpredictable gravity, a crisis due chiefly to the Court's endeavor to put “Big Business” and its methods – the “American Way” – out of reach of effective government»⁵⁰. Nella sua impostazione, porre l'accento sull'autogoverno democratico significava rafforzare il *welfare State* e la capacità d'indirizzo pubblico dell'economia. Paradossalmente, il richiamo all'autogoverno è oggi usato, invece, in prospettiva esattamente speculare, da quella dottrina liberista e conservatrice che si oppone al *big government* e al proliferare dei diritti, le cui esigenze di tutela giustificherebbero un sempre più penetrante intervento della mano pubblica negli affari privati. Per questa seconda impostazione, la tradizione costituzionale americana non sarebbe “diritti ed eguaglianza”, bensì «self-government by a virtuous people deliberating under God»⁵¹, e questa tradizione sarebbe stata alterata, addirittura rovesciata, solo più tardi e solo con l'avvento di Lincoln, specie con il famoso (sebbene brevissimo) *Gettysburg address*⁵². L'originalismo giuridico americano, alimentato dalla medesima intenzione politica, ha estremo bisogno di questa ricostruzione storica, perché i contenuti di un'interpretazione costituzionale “secondo l'intenzione dei Padri Fondatori” che possa evitare la «judicial prevarication»⁵³, ovviamente, dipendono da come quell'intenzione, storicamente, viene ricostruita.

Nell'ipotesi in cui il passato sul quale si edifica non sia lineare, ma si articoli in fasi diverse, talora contraddittorie, il titolare del potere costituente deve stabilire con quale fase intenda

⁴⁸ DI SALVATORE 2017, p. 11.

⁴⁹ CORWIN 1936, p. 1072.

⁵⁰ CORWIN 1936, p. 1084.

⁵¹ CAREY 1995, p. IX.

⁵² CAREY 1995, p. XIV. Il *Gettysburg address* si può leggere *online* all'indirizzo <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>.

⁵³ SCALIA 1995, p. 313.

confrontarsi e se ritenga di dover segnalare continuità o marcare linee di differenziazione. Anche qui le cose sono meno semplici di quanto possa apparire a prima vista.

In Italia, ad esempio, se il costituente repubblicano ha dovuto tracciare una netta discontinuità con il fascismo, non per questo ha potuto acquietarsi nel ritorno agli schemi costituzionali dello Statuto. L'impedivano sia i dubbi sulla tesi crociana (se pienamente crociana è davvero) del fascismo come «parentesi»⁵⁴, sia la compromissione della monarchia con il regime totalitario ch'essa aveva pur ospitato, sia l'oggettiva incompatibilità tra le forme e i valori di una monarchia costituzionale di stampo vetero-liberale e il nuovo scenario che la resistenza e l'avvento dello Stato di partiti stavano aprendo. Rifiuto totale del fascismo, dunque (di qui la XII disp. trans. e fin.), ma quanto dell'esperienza statutaria doveva essere ripreso e quanto abbandonato?

Non più semplice la vicenda del secondo dopoguerra tedesco, anzi. Qui il rifiuto della vicenda costituzionale immediatamente precedente doveva essere addirittura più netto, mentre quella cancellata dalla *Machtergreifung*, veramente pionieristica, sembrava poter essere ripresa senza riserve, visto che era in armonia con quel *Sozialstaat* che i bisogni della ricostruzione esigevano. Invece il lineare ritorno indietro, saltando il passaggio nazionalsocialista, si rivelò nella pratica impossibile⁵⁵. Da un lato, come in Giappone, anche in Germania «i vincitori finirono per imporre il testo della costituzione»⁵⁶ e la loro pressione precluse l'approdo a lidi in odor di socialismo; dall'altra, la tragica fine della Costituzione del 1919 suggeriva scelte istituzionali sia più diffidenti nei confronti dei poteri monocratici (una disposizione come l'art. 48 della *Reichsverfassung* non poteva resuscitare), sia meno aperte nei confronti di un indiscriminato pluralismo. La parola d'ordine «Bonn ist nicht Weimar», che sarebbe stata coniata di lì a poco⁵⁷, esprimeva la consapevolezza dei numerosi profili differenziali (politici, culturali, economici, geopolitici) fra la Germania di prima e quella di allora⁵⁸, ma anche la volontà di proteggere la sovranità popolare da sé stessa e rappresentava plasticamente quella scelta in favore della *verteidigte Demokratie* che già aveva condotto alle dure sentenze del *Bundesverfassungsgericht* applicative del divieto dei partiti politici antisistema⁵⁹.

Problemi (solo) concettualmente analoghi si sono posti nei Paesi dell'Europa orientale dopo l'abbandono dell'esperienza del socialismo reale, quando s'è dovuto scegliere: darsi im-

⁵⁴ CROCE 1993, I, p. 54 ss. Plausibile o meno che sia su un piano storico più generale, quell'opinione non regge in prospettiva giuridica: lo Stato italiano mantenne la sua continuità; non è identificabile un momento in cui il fascismo avrebbe determinato una vera e propria «rottura» dell'ordinamento statutario; non pochi istituti fascisti sono sopravvissuti a lungo nell'Italia repubblicana (così PALADIN 1967, p. 888).

⁵⁵ Lo sarebbe stato agevolmente, in teoria. Per un verso, perché il *Reich* nazionalsocialista non s'era dato una nuova costituzione (la dottrina dominante era quella dell'inoperatività della Costituzione weimariana in seguito all'entrata in vigore delle leggi naziste). Per l'altro, perché il nazionalsocialismo, abbandonando l'idea della coincidenza fra statualità e politicalità (Schmitt 1932, *passim*), aveva reso «fatto concreto» una «crisi della statualità» (Ciarlo 1988, p. 17) che avrebbe potuto essere simbolicamente contestata proprio con il recupero di Weimar.

⁵⁶ DE VERGOTTINI 1998, p. 21.

⁵⁷ ALLEMANN 1956.

⁵⁸ Li analizza dettagliatamente ALLEMANN 1956, specialmente p. 415 ss.

⁵⁹ Cui non a caso fa riferimento ALLEMANN 1956, p. 426. Cfr. *BVerfGE* 2, 12; *BVerfGE* 5, 85, 140. Più di recente, un allentamento di questa rigorosa giurisprudenza in *BVerfG* - 2 BvB 1/13,

mediatamente una nuova costituzione, adottare testi provvisori o richiamare in vita testi costituzionali di precedenti fasi storiche⁶⁰?

Non solo *quanto*, dunque, ma anche *quale* passato: questa è una delle scelte fondamentali d'ogni nuova Costituzione.

iii) la terza attiene al *futuro*. È abbastanza diffusa nella letteratura di diritto costituzionale la distinzione fra costituzioni-bilancio e costituzioni-programma. Le prime («rivolte al presente») avrebbero per fine il «dare forma giuridica ad una realtà sociale già esistente»; le seconde avrebbero per fine il «promuovere la trasformazione di tale realtà, indicando gli obiettivi da raggiungere e gli strumenti idonei a tale scopo»⁶¹. Se la si usa al fine di cogliere i lineamenti predominanti di una singola vicenda costituzionale, a me sembra, si tratta di una coppia oppositiva utile, ma se la si assolutizza, cercando di incasellare le costituzioni nell'una o nell'altra categoria, la rigidità della distinzione rischia di far perdere di vista la complessità degli incroci fra le varie dimensioni temporali della Costituzione. Dimensioni varie che, ovviamente, vengono in considerazione perché qui si muove da una concezione eclettica della storia, non coincidente né con la visione lineare di stampo positivistico né con quella ciclica che, muovendo da Pitagora⁶², passa per l'*anakúklesis* platonica⁶³ per l'*anakúklosis* polibiana⁶⁴, per l'alternanza vichiana delle forme politico-sociali⁶⁵ e giunge alla profezia spengleriana del ripetuto (e ormai – se volesse il suo quadro concettuale – nuovamente prossimo!) avvento del cesarismo⁶⁶.

Abbiamo visto che nessuna scelta costituente può pretendere di librarsi in un presente sradicato dal passato che l'ha preceduto, ma a più forte ragione non può darsi una scelta costituente che sia puntata sul futuro senza avere i piedi fermamente poggiati sulla solida terra del *qui e oggi*. Dare forma all'esistente e progettare il futuro vanno di pari passo e non possono essere disgiunti, perché questo è il destino del sovrano, titolare del potere costituente: «il sovrano rappresenta la storia. Tiene in mano l'accadere storico come uno scettro»⁶⁷, ma poiché la storia si articola in tutte e tre le forme di manifestazione del tempo (sì, anche in quella del futuro, nella misura in cui essa è antevoluta), quello scettro è necessariamente tricipite; la *main de justice*, simbolo (francese) della regalità, se figurativamente è rappresentata con due dita alzate, concettualmente ne ha tre, puntate, ciascuna, su uno dei tre volti di *Krónos*.

⁶⁰ Sul punto, fra gli altri, MEZZETTI 2000, specialmente p. 60 ss.

⁶¹ MARTINES 2013¹³, p. 193.

⁶² Cfr. i frammenti di testimonianze nn. 1, 8 e, soprattutto, 8a («ciò che una volta è esistito ritorna, [...] nulla è nuovo in senso assoluto») in REALE 2006, p. 227. La concezione pitagorica dell'andamento storico (cosmico) transita nella modernità (attraverso gli stoici: «a intervalli determinati di tempo, periodicamente, Dio risolve in sé l'intera realtà dell'universo e di nuovo la genera da se stesso»: DIOGENE LAERZIO, *Vite e dottrine dei più celebri filosofi*, VII, 138, trad. it. a cura di G. Reale, Milano, Bompiani, 2ª ed., 2006, 855) soprattutto grazie alla sua recezione romana. Sul punto, vd. CARCOPINO 1930, specialmente p. 32 ss.

⁶³ Pl., Plt., 269e.

⁶⁴ Plb., *Hist.*, L. VI, II, 9, 10.

⁶⁵ Inutili i richiami, ché tutta l'opera vichiana n'è pervasa.

⁶⁶ SPENGLER 1923, *passim*. Ho discusso di questa profezia in LUCIANI 2019, specialmente p. 156 ss.

⁶⁷ BENJAMIN 1928, p. 47.

3. I molteplici costituzionalismi del Novecento e il rapporto fra conservazione e innovazione

Quale rapporto, dunque, fra conservazione e innovazione nelle costituzioni del Novecento? Per rispondere dobbiamo dare un contenuto minimamente più articolato a questa espressione (“costituzioni del Novecento”).

In astratto, sarebbe ovviamente necessario definire, anzitutto, una nozione di “costituzione”, argomentandone poi le ragioni. Poiché si tratta di un compito impossibile da assolvere in questa sede, mi accontento di precisare che, per quanto mi riguarda, il termine “costituzione” è carico di una storia che va rispettata. Pertanto non può essere utilizzato abusivamente, ad esempio per parlare di una “Costituzione europea”, della quale mancano *tutti* gli elementi (dal monopolio della forza alla definizione della sovranità; dal riconoscimento di un vero popolo europeo alla condivisione del medesimo destino economico-finanziario, ecc.). Tra le costituzioni novecentesche cui qui si farà cenno, dunque, non si troverà quella europea, per la semplice ragione ch'essa non esiste⁶⁸.

Distingueri sei gruppi principali, precisando che il qualificativo “principali” è indispensabile, sia perché l'elenco potrebbe essere più lungo, sia perché non tutte le singole costituzioni possono essere inquadrate senza *distinguo* nell'uno o nell'altro, menzionando, per ciascuno d'essi, solo qualche esempio paradigmatico.

i) Il primo è quello delle *costituzioni conservatrici*, cioè delle c.d. *old constitutions* che restarono formalmente invariate al passare da un secolo all'altro, apparentemente insensibili al mutamento profondo dei rapporti sociali che s'andava delineando. Di queste vecchie costituzioni ne sono rimaste, oggi, nel mondo occidentale, solo tre: la statunitense (del 1787), la belga (del 1831) e la norvegese (del 1814). Alcuni ne contano quattro, aggiungendo quella francese, perché la Dichiarazione del 1789 fa parte del «bloc de constitutionnalité»⁶⁹, ma questo sembra un passo classificatorio azzardato (sono cose diverse il permanere nel tempo come diritto costituzionale vigente e l'essere oggetto di recezione da parte di una realtà costituzionale nuova). Quale che sia il loro numero, per queste costituzioni il problema cruciale è lo iato fra le concezioni politico-filosofiche dei fondatori e quelle prevalenti al giorno in cui, di volta in volta, vengono interpretate⁷⁰. Uno iato che solo talvolta è colmato da revisioni formali e non da forzature legislative o giurisprudenziali. Il problema del rapporto fra passato e presente, dunque, è primario nella loro concreta vicenda storica⁷¹.

⁶⁸ Ha scritto di recente WEBER 2019, p. 1, che «the notion of European Constitutional Law is widely accepted among European scholars», ma “widely” non significa “unanimously” (vd., da ultimo, p. es., con ampia argomentazione, YANNAKOPOULOS 2019, specialmente p. 89 ss.) e, soprattutto, lo stesso Weber offre un'ottima ragione per non parlare di una Costituzione europea o di un diritto costituzionale europeo, visto che aggiunge che questo «does not entail necessarily the nature of the EU as a fully-fledged constitution in the traditional sense». E, se non c'è una “costituzione”, non intendo come possa darsi un “diritto costituzionale” europeo, del quale in sua vece – quasi per una sorta di ritegno – si parla.

⁶⁹ SMITH 1995, p. XI ss.

⁷⁰ Così, esattamente, SMITH 1995, p. XIX.

⁷¹ È per questo che il tema della teoria dell'interpretazione costituzionale non è eludibile. E, a mio avviso, non si risolve opponendo una lettura “descrittiva” di quel che in concreto è accaduto nel corso dei decenni e dei secoli, constatando che il

ii) Il secondo è quello delle *costituzioni della prima democratizzazione*. Si tratta di una fase politico-istituzionale molto complessa, che, almeno se limitiamo lo sguardo all'Europa del Novecento (o ai suoi immediati confini: pensiamo alla Costituzione turca del 1923)⁷², si è dipanata lungo un periodo compreso tra i primi anni del secolo e l'inizio degli anni Trenta, sino alla Costituzione della seconda repubblica spagnola (1931). Una fase che ha visto venire alla luce costituzioni anche di grande importanza, come quella cecoslovacca del 1920 e quella austriaca di pochi mesi successiva (che tutti ricordano perché in entrambe si prevedeva un controllo accentrato di costituzionalità), ma nella quale occupano un posto a parte alcune vere e proprie *costituzioni anticipatrici*, tra le quali vanno segnalate almeno quelle di Portogallo (1911), Messico (1917) e Germania (1919), che si mossero qualche decennio prima lungo un percorso che più tardi sarebbe stato seguito dalla maggioranza delle esperienze costituzionali che poi menzioneremo nel quarto gruppo. Le prime due di queste costituzioni sono rimaste più nell'ombra, ma non per la brevità della loro durata: in questo, infatti, ebbero sorte comuni alla *Reichsverfassung*. Per quella del Messico fu la natura periferica (rispetto all'Europa) di quel Paese che ebbe, a me sembra, un peso decisivo. I suoi contenuti, infatti, erano eccezionalmente innovativi e disegnavano anche la trama di uno Stato sociale *ante litteram*: l'intero Titolo VI (artt. 123 ss.), dedicato alla tutela del lavoro e della previdenza sociale, prevedeva l'orario massimo della giornata lavorativa, il diritto al riposo, il salario minimo, ecc., mentre l'art. 28 c. 2 introduceva addirittura il principio della tutela dei consumatori⁷³. Quanto alla Costituzione portoghese, invece, si trattò probabilmente di un difetto di audacia, almeno rispetto alle scelte weimariane. Essa, infatti, si distingueva più per l'opzione (all'epoca ancora eterodossa) a favore della forma repubblicana che per la natura progressiva delle previsioni in materia di rapporti Stato-cittadino. Se si eccettuano l'art. 3 c. 29 («É reconhecido o direito à assistência publica»), e l'art. 4, che conteneva una clausola di apertura nell'interpretazione delle norme sui diritti («A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma do governo que ela estabelece e dos princípios que consigna ou constam de outras leis»), il contenuto di quelle norme era piuttosto tradizionale e si fondava sul mantenimento del classico binomio proprietà-libertà che aveva segnato tutte le costituzioni borghesi del secolo precedente. La prima guerra mondiale non aveva ancora sconvolto il panorama politico-sociale dell'Europa ed è ben comprensibile che le esigenze dell'innovazione si avvertissero in misura minore di quanto sarebbe accaduto solo pochi anni dopo

testo costituzionale, ormai, non è che una parte del materiale del giurista, che opera anche e soprattutto (almeno negli Stati Uniti) sui precedenti giurisprudenziali (nel senso qui criticato, invece, MONAGHAN 1995, specialmente p. 186).

⁷² Una Costituzione «non [...] del tutto armonica», ma pur sempre la «Costituzione di uno Stato moderno», scriveva GIANNINI A. 1925, p. 80.

⁷³ Impegnando il legislatore a sanzionare «todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados».

sulle rive dell'Ilm. Weimar sarebbe stata cosa ben diversa e, *echte* o *unechte* che fossero i suoi *Kompromisse*⁷⁴, avrebbe funzionato come punto di riferimento e – visto il suo destino – come segnale d'allarme per tutte le costituzioni che l'avrebbero seguita.

iii) Il terzo è quello delle *costituzioni fasciste*. Per la verità, mentre il Portogallo (il cui regime, pur autoritario e liberticida, invero, non intendeva qualificarsi formalmente fascista) si diede una nuova Costituzione nel 1933, Italia, Germania e Spagna preferirono farne a meno, anche se per motivazioni e con strategie politico-istituzionali assai diverse. In Italia, per rafforzare la legittimazione del regime affettando un saldo collegamento alla monarchia, si voleva accreditare l'idea di una continuità con lo Statuto, che infatti rimase formalmente in vigore. In Germania nemmeno ci si curò di abrogare la Costituzione di Weimar e semplicemente la si ritenne *de facto* sostituita da una sorta di *völkische Verfassung* radicata nel sentimento nazionale tedesco, che nemmeno aveva bisogno d'essere scritta (e tuttavia trovava espressione nei documenti programmatici del NSDAP). Neppure in Spagna si sentì la necessità di una nuova Costituzione sostitutiva di quella del 1931 (che si ritenne implicitamente abrogata dall'art. 5 del Decreto n. 138/1936 della *Junta de Defensa Nacional*, a tenor del quale «Quedan derogadas y sin vigor cuantas disposiciones se opongan a este Decreto»), ma le *leyes fundamentales del Reyno* cambiarono esplicitamente la struttura istituzionale dello Stato, modellando il sistema franchista. In tutti e tre i casi una sorta di “indifferenza costituzionale”, più o meno marcata, che sembra in qualche modo segnalare, con il disinteresse per il prodotto (la costituzione) l'avversione per il movimento politico-culturale che l'aveva reclamato (il costituzionalismo).

iv) Il quarto è quello delle *costituzioni della seconda democratizzazione*. Anche questa è una fase lunga e articolata, di vera e propria rottura storica, è stato detto⁷⁵, che ospita le costituzioni dell'immediato secondo dopoguerra (basta ricordare Italia e Francia *in primis*); quelle degli anni Settanta, dopo la caduta dei regimi fascisti, in Grecia (1975), Portogallo (1976) e Spagna (1978); quella dei Paesi dell'Europa orientale tra la fine degli anni Ottanta e gli anni Novanta, dopo il crollo del Muro di Berlino. Siamo di fronte a un gruppo molto variegato, ma i punti di contatto e i processi imitativi, talora circolari, consentono di cogliere alcune costanti. Difficile dire, tuttavia, se nell'area UE tali costanti riescano a integrare quelle «tradizioni costituzionali comuni», di cui, con complessa e ottimistica formula, parla l'art. 6 c. 3 del Trattato UE⁷⁶, formula replicata (ma con contenuto normativo in parte distinto)⁷⁷ dalla

⁷⁴ Nel senso che quei compromessi sarebbero stati “impuri” o “apparenti” (*Scheinkompromisse*), come è ben noto, SCHMITT 1970³, p. 31.

⁷⁵ Cfr. FIORAVANTI 2016, p. 199 ss.

⁷⁶ «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

⁷⁷ Nella prima delle previsioni menzionate in nota le tradizioni costituzionali comuni sono evocate a fini costruttivi (per delimitare il campo dei principi generali del diritto dell'Unione); nella seconda, a fini difensivi (per confermare che la Carta di Nizza non impoverisce, ma conferma, il patrimonio di diritti del quale sono titolari i cittadini dell'Unione).

“Dichiarazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”, annessa al medesimo Trattato⁷⁸.

v) Il quinto è quello delle *costituzioni della decolonizzazione*, gruppo ancor più degli altri eterogeneo e privo di un’identità comune, sebbene sovente segnato dal «passaggio da una subordinazione passiva alla potenza straniera a una subordinazione costituzionalmente assicurata a un nuovo potere autoritario»⁷⁹. Il processo costituzionale della decolonizzazione novecentesca è stato suddiviso dalla dottrina comparatistica in vari “cicli”, nel primo dei quali i testi costituzionali delle nuove realtà statali indipendenti sono stati meno distanti, perché largamente ispirati alle tradizioni giuridiche delle vecchie potenze coloniali di riferimento⁸⁰, mentre successivamente, anche per specifiche ragioni politiche interne e generali ragioni geopolitiche esterne, l’allontanamento dal calco coloniale s’è fatto più marcato e l’eterogeneità è cresciuta.

vi) Il sesto è quello delle *costituzioni dei Paesi socialisti*. Quello socialista è un modello scelto da non pochi Paesi usciti dalla decolonizzazione, sicché in questo sesto gruppo vanno classificate solo le esperienze costituzionali dei Paesi che hanno compiuto la scelta socialista o senza avere avuto un passato coloniale (l’URSS) o avendolo superato, almeno formalmente, da tempo (Cuba).

Pur nell’evidente difficoltà di un compito così immane⁸¹, le ricerche comparatistiche hanno proceduto alla ricostruzione sistematica degli atteggiamenti che, nei sei gruppi segnalati, hanno contrassegnato le singole esperienze costituzionali⁸². Non è un’intrapresa in cui intenda avventurarmi. Non soltanto perché la prospettiva che ho scelto (perché la ritengo particolarmente significativa) è unicamente quella del posizionamento rispetto alla dimensione cronologica, ma anche perché preferisco mettere in luce solo alcune questioni generali che nessuna delle scelte concretamente assunte in ordine a quel posizionamento ha potuto eludere. Le esigenze di un corretto rapporto fra scelte costituzionali e dimensione temporale si sono poste in modo assai diverso in ciascuno dei gruppi che prima ho menzionato, ma possiamo identificare, comunque, alcuni temi fondamentali, d’interesse trasversale, limitandoci a quelli che

⁷⁸ «La Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri».

⁷⁹ DE VERGOTTINI 1998, p. 18.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 129.

⁸¹ Considero la comparazione una fondamentale risorsa di comprensione del reale, ma ritengo indispensabile la consapevolezza di un suo limite strutturale. Una comparazione pienamente attendibile, a me sembra, richiederebbe la conoscenza approfondita della storia, dell’economia, dei rapporti politico-partitici, della cultura dei sistemi messi a raffronto, ma quando si oltrepassa un certo numero di oggetti di studio questo (fosse pure con l’ausilio degli odierni sistemi informatici) eccede le forze di qualunque ricercatore o gruppo di ricercatori. Come ha osservato André Tunc recensendo *Les grands systèmes de droit contemporains* di René David, si possono ben disegnare dei “sistemi” o delle “famiglie” delle forme di esperienza giuridica, ma facendolo si deve inevitabilmente rinunciare a cogliere le particolarità dei singoli casi che vi collochiamo (TUNC 1965, p. 254). E aggiungo io: se l’esigenza della sistematizzazione impone di mettere in luce più i punti comuni che quelli differenziali, non è detto affatto che questa opzione teorica sia necessariamente sempre vantaggiosa sul piano cognitivo.

⁸² Nella letteratura italiana, un ampio studio in questa direzione è quello di MEZZETTI 2000, *passim*.

hanno toccato direttamente il passato e il futuro, perché l'adeguatezza delle costituzioni al loro presente (al presente, cioè, della loro adozione) si costruisce proprio grazie al corretto rapporto con le altre due dimensioni temporali.

4. Le Costituzioni (del Novecento): il passato, il presente e il futuro

Non fare i conti con il passato è, per una costituzione, impossibile. Facendoli, del resto, la costituzione li fa anche col presente e col futuro, perché tutto quanto resta del passato non è conservato tanto per virtù propria, quanto per la sua capacità di armonizzarsi col presente e di proiettarsi negli anni a venire, che la costituzione aspira a normare. Delle molteplici dimensioni in cui quei conti vanno fatti tratterò solo di quella mitico-simbolica e di quella istituzionale (delle istituzioni di governo, intendo). Trascurerò, invece, perché troppo sondata e ovvia, quella dei rapporti Stato-cittadini (della forma di Stato, per seguire il lessico familiare ai costituzionalisti italiani), nella quale il secolo trascorso ha conosciuto la più accanita lotta costituzionale, lacerato fra rivisitazione dell'individualismo proprietario, compressione autoritaria delle spinte innovatrici, costruzione del nuovo Stato sociale e passaggio al socialismo.

4.1. La dimensione mitico-simbolica

Le costituzioni sono anche luoghi di riconoscimento simbolico e di costruzione di strutture mitiche. Simboli e miti possono porsi in collegamento con il passato (meglio: con uno dei possibili passati di riferimento) o possono segnare uno stacco netto con tutto ciò che ha preceduto la nuova costituzione o semplicemente con la fase storica immediatamente antecedente. La scelta dipende da ragioni che non esito a definire psicologiche o, se si preferisce, di valutazione politica di esigenze psicologiche.

La rottura con l'ordine previgente, per quanto desiderata e fermamente voluta possa essere, crea sempre tensione psicologica e incertezza: quando si ritiene che il disagio sia molto forte può stimarsi necessario, anche in prospettiva costituzionale, elaborare espedienti lenitivi attraverso il recupero di miti e simboli. Se, invece, si ritiene che il rifiuto del passato sia netto, oppure si pensa di governare il disagio con altri strumenti (fosse pure autoritari), si può stimare necessario operare rotture simboliche o trasformazioni mitiche anche profonde.

Mentre per i simboli (bandiere, inni, stemmi, ecc.) vale l'esatto contrario, il posto del mito in una fonte giuridica qual è una costituzione non è tanto quello del vero e proprio testo normativo, nel quale v'è una difficoltà logica e tecnica a calarlo, quanto quello dell'eventuale preambolo. *Non* redigere un preambolo, pertanto, è anche una scelta di moderazione, che sottrae la costituzione all'arduo compito di definire il mito, rimettendolo, semmai, ai suoi interpreti. Qui la vicenda italiana è illuminante: nessun mito in Costituzione, ma elaborazione dottrinale dei miti, a partire da quello, invero storicamente meno infondato di quanto si pensi, del Risorgimento come nuovo Rinascimento e della Resistenza come nuovo Risorgimento.

Affermare che simbolo e mito hanno posti diversi nelle costituzioni, ovviamente, significa postulare che fra i due si possa concettualmente distinguere. E in effetti, mentre i simboli sono rappresentazioni (grafiche, musicali, ecc.) che, sollecitando complessi processi psicologico-emozionali⁸³, evocano altrettanto complesse dimensioni di credenze, identità, storie comuni, i miti sono strumenti di indiretta dimostrazione esemplare di una verità (pensiamo a quello platonico della caverna)⁸⁴ o racconti che consentono di cogliere il permanere di coordinate valoriali condivise dagli appartenenti a una comunità⁸⁵. Nondimeno, nell'universo del diritto costituzionale, miti e simboli operano comunque in stretto coordinamento gli uni con gli altri: i miti possono far uso di simboli e i simboli possono rappresentare miti; entrambi, comunque, sono funzionalizzati all'attivazione e alla conservazione di quei meccanismi costitutivi dell'unità delle comunità politiche che la smendiana *Integrationslehre* aveva così bene indagato quando, nei primi anni del Novecento, la sfida del pluralismo li aveva resi drammaticamente necessari⁸⁶.

Ma veniamo, nell'ordine, ai miti e ai simboli per come si presentano nelle costituzioni del Novecento.

i) Nella tradizione occidentale della modernità matura, uscita dalla lotta al potere assoluto dei re, il mito per eccellenza fu quello di una sovranità popolare posta accanto a quella divina, della quale era concepita come una continuazione terrena (da Dio autorizzata) o come un vero e proprio succedaneo, come un Dio in terra che era indispensabile adorare una volta che all'unto dal Dio dei cieli s'era sottratta la corona (e magari s'era tagliata la testa su cui la corona poggiava). In una simile prospettiva l'aggancio al passato esibiva una radicalità assoluta affinché l'azione (rivoluzionaria!) del presente venisse legittimata da un incardinamento addirittura nelle origini: che queste fossero nell'atto creativo della divinità o, più laicamente, nella natura, era irrilevante.

La sostanza del mito si rivela appieno nell'implicito avvicinamento della sovranità popolare a quella divina ogni volta che il potere costituente del popolo è rappresentato come "creatore" di un nuovo ordine o anche semplicemente come "restauratore" dei diritti della natura. Le due concezioni della sovranità popolare come continuazione o come succedaneo di quella divina emergono abbastanza chiaramente, nel Settecento, nella cultura politica statunitense e in quella francese. Per la verità, il Preambolo della Costituzione degli Stati Uniti («We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America») e quello della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 («Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale

⁸³ Analogamente, ZAGREBELSKY 2012, p. 24 ss.

⁸⁴ Pl., R., VII, 518.

⁸⁵ Nel medesimo senso, LONGO 2017, p. 240.

⁸⁶ Vd. soprattutto SMEND 1923, p. 83 ss.; SMEND 1928, specialmente p. 136.

[...], ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme») non bastano a rendere visibile la diversità, ma l'intera storia costituzionale dei due Paesi la dimostra.

Concezioni e formulazioni simili s'incontrano ancora, tardivamente, in testi costituzionali del Novecento.

Per fare un solo, significativo, esempio, il Preambolo della Costituzione polacca del 1997⁸⁷ afferma quanto segue:

«noi, Nazione Polacca – cittadini tutti della Repubblica, credendo in Dio, fonte di verità, giustizia, bontà e bellezza, o non condividendo questa fede ma gli stessi valori universali sgorganti da altre fonti, uguali nei diritti e nei doveri verso il bene comune – la Polonia, grati ai nostri antenati per il loro lavoro, per la loro battaglia per l'indipendenza, pagata con immensi sacrifici, per la cultura radicata nell'eredità cristiana della Nazione e nei valori universali, riportandoci alle migliori tradizioni della Prima e della Seconda Repubblica, obbligati a mostrare alle future generazioni quanto di più prezioso da un patrimonio ultramillenario, stretti da vincoli di comunione ai nostri connazionali sparsi per il mondo, consapevoli della necessità di collaborare con tutti i paesi per il bene della Famiglia Umana, memori delle amare esperienze dei tempi in cui le basi della libertà e dei diritti dell'uomo erano nella nostra Patria infrante, desiderando garantire per sempre i diritti dei cittadini, e assicurare all'attività delle istituzioni pubbliche accuratezza e funzionalità, con senso di responsabilità verso Dio e la nostra coscienza, deliberiamo la Costituzione della Repubblica Polacca [...]».

Non mancano, però, i casi in cui l'esaltazione del potere costituente non si rinviene. Questo è forse inevitabile quando non si fa menzione della divinità, come nella Costituzione portoghese del 1976, il cui Preambolo (ove si esordisce ricordando che «a 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista») è essenzialmente una breve lezione di storia della “rivoluzione dei garofani”. Ma è quanto accade anche in casi in cui il richiamo alla divinità è presente, ma il potere costituente del popolo è visto in una prospettiva più sobria e moderata. Penso, ad esempio, alla Costituzione albanese del 1998⁸⁸, il cui Preambolo esordisce con «Noi, genti dell'Albania, orgogliosamente consci della propria storia, responsabilmente verso il futuro, con fede in Dio e/o negli altri valori universali», ma prosegue senza alcuna eccessiva sottolineatura dell'illimitatezza del potere costituente.

⁸⁷ Cito dalla traduzione di Diego Conte, che può leggersi *online* all'indirizzo <http://www.consiglioveneto.it/croportal/BancheDati/costituzioni/pl/polonia.pdf>.

⁸⁸ La cito nella traduzione di Ana Bregu, che può leggersi *online* all'indirizzo <http://www.giurcost.org/links/Costituzione%20della%20Repubblica%20di%20Albania.htm>.

Pure nelle esperienze costituzionali nelle quali il mito, attraverso un preambolo, emerge anche a livello di fonti normative, l'apporto fondamentale alla costruzione mitica è dato dall'elaborazione culturale, soprattutto degli storici e dei giuristi, chiamati a reperire anche nel passato le ragioni profonde delle scelte costituzionali del presente.

ii) Se il tema dei miti è complesso, quello dei simboli è sterminato: nella stessa dottrina giuridica non mancano studi generali, in particolare, sulle bandiere⁸⁹ e sugli inni⁹⁰. Mi limito, dunque, a poche notazioni, che mi paiono particolarmente significative, considerando solo il simbolo per eccellenza, cioè la bandiera.

Quando si crea un nuovo ordine costituzionale la scelta della bandiera nazionale è davvero cruciale. La vicenda della Confederazione americana, che prima ho sommariamente ricostruito, è davvero emblematica e non poteva non essere ricordata: staccarsi dal passato o richiamarlo? Simboli proiettati nel futuro o memorie della propria storia? E, in questo secondo caso, di quale parte della propria storia? Opzioni multiple, declinate, di fatto, in modi assai diversi.

Un primo modello è quello della *continuità*. Il cambio di regime non comporta alcuna innovazione simbolica: si resta dove si era, nel presupposto d'essere gli eredi di una tradizione solo abusivamente occupata da chi ci ha preceduti. È, questo, il caso italiano⁹¹. La nostra bandiera ha una rimarchevole storia di stabilità. Nata come simbolo repubblicano, essa viene assorbita nell'ordine monarchico grazie all'imprevisto (ma lungimirante) passo compiuto da Carlo Alberto. Lo Statuto, concesso il 4 marzo del 1848, non faceva menzione del tricolore, anzi, all'art. 77, disponeva che «lo Stato conserva la sua bandiera, e la coccarda azzurra è la sola nazionale». Solo pochi giorni appresso, però, il 23 marzo 1848, il re, nel proclama che dava inizio alla I Guerra di indipendenza⁹², rovesciava completamente la situazione, dichiarando che «per viemmeglio dimostrare con segni esteriori il sentimento dell'unione italiana, vogliamo che le Nostre truppe, entrando sul territorio della Lombardia e della Venezia, portino lo scudo di Savoia sovrapposto alla Bandiera tricolore italiana». Una decisione storica, che assumeva il tricolore come simbolo *nazionale*, privandolo della carica sovversiva, repubblicana, dalla quale – assai più di quello francese –⁹³ era stato segnato per cinquant'anni, e consegnandolo a *tutti* come di *tutti* il segnacolo di riconoscimento. Proprio per questo nessuno, in nessun cambio di regime, avrebbe osato abbandonare il tricolore: non lo fece la RSI, non l'ha fatto la Costituente repubblicana. Certo, la rimozione dello scudo Savoia era doverosa, ma il tricolore era e doveva restare il simbolo dell'unità del popolo italiano, al di là delle vicende storiche che l'avevano segnato.

Il secondo modello, opposto, è quello della *rottura*. Questa è una scelta che sovente hanno compiuto le costituzioni della decolonizzazione, per marcare con nettezza il distacco dal

⁸⁹ HÄBERLE 2008.

⁹⁰ HÄBERLE 2007.

⁹¹ Per la cui analisi mi permetto di rinviare a LUCIANI 2018 e alle indicazioni bibliografiche *ivi* offerte.

⁹² Può leggersi in BELLOCCHI 1996, p. 224.

⁹³ Che era nato dall'aggiunta del dinastico bianco al rosso e al blu dei rivoluzionari parigini, proponendosi, all'inizio, non già come simbolo puramente repubblicano, ma come simbolo d'un compromesso fra monarchia e repubblica (vd., sul punto, di nuovo LUCIANI 2018, p. 33).

recente passato di dipendenza. Fra tutti, comunque, va segnalato l'interessante caso del Sudafrica. Nel momento della fine dell'*apartheid* la consapevolezza dell'importanza dei simboli fu acquisita assai rapidamente e non a caso, già nel 1993, si costituì una *Commission on National Symbols*, che doveva sottoporre le proprie ipotesi al *Negotiating Council*. Quanto alla bandiera, la Commissione dovette rispettare alcune linee direttive, fra le quali spiccava quella di tenere conto dell'inserimento del Sudafrica nel contesto africano. Il procedimento, peraltro, divenne rapidamente più complesso, con la partecipazione anche di agenzie pubblicitarie private e di un comitato tecnico nominato dal governo provvisorio, che infine stabilì la foggia provvisoria della bandiera nel 1994, in tempo per le prime elezioni legislative a suffragio universale. Foggia provvisoria che, però, divenne definitiva per scelta dell'Assemblea costituente nel 1996, sicché l'art. 5 della nuova Costituzione dispone che «the national flag of the Republic is black, gold, green, white, red and blue, as described and sketched in Schedule 1». La vicenda ha assunto, di recente, anche tratti di pressante attualità, perché l'*Equality Court* di Gauteng, Johannesburg, sedendo anche come *High Court of South Africa*, con sentenza in data 21 agosto 2019, nel caso EQ 02/2018, *Nelson Mandela Foundation Trust e altri*, ha statuito che «the display of the old national flag of South Africa» costituisce: a) «hate speech»; b) «unfair discrimination on the basis of race»; c) «harassment». Una decisione obiettivamente molto delicata (e chissà quanto politicamente condivisibile per lo stesso Mandela, se oggi fosse con noi), questa, che non a caso ha dato luogo a un aspro dibattito.

Il terzo modello è quello del *recupero*. In questo caso il rifiuto dei simboli del regime precedente si unisce al recupero, appunto, di quelli di un regime ancor più risalente, al quale ci si vuole in qualche misura riagganciare per le ragioni politiche più varie. È questo il caso della Federazione russa, che ha sostituito la bandiera con falce e martello in campo rosso con il tricolore a strisce orizzontali bianco, blu e rosso. Una foggia, questa, tardo-zarista, la cui scelta si deve probabilmente più alla volontà di sottolineare il destino imperiale della Russia (del resto, Mosca non è forse concepita come la «terza Roma»?) che a quella di segnalare una continuità di coordinate assiologiche con il regime degli zar.

Il quarto modello, infine, il più articolato, è quello del *compromesso*. In questo caso si cerca di conciliare la necessità di marcare il distacco dal regime precedente con quella di non rompere la continuità della storia nazionale, intessendo una complessa trama di richiami e di innovazioni, nella quale il passato è variamente rappresentato, in negativo (con la cancellazione di alcuni simboli) o in positivo (con la perpetuazione di altri). Uno dei casi più interessanti è quello della bandiera repubblicana portoghese, definita dalla Costituzione del 1911. I colori monarchici (il bianco e l'azzurro) dovevano essere necessariamente banditi, ma se tutta la simbologia monarchica fosse stata abbandonata il prezzo pagato sarebbe stato troppo alto, perché la monarchia portoghese (al contrario d'altre) era senza macchia ed era stata protagonista non solo del processo di unificazione nazionale, ma anche della cacciata dei mori dalla penisola iberica e dell'espansione trasmarina, mitizzata come vicenda di esportazione della civiltà occidentale in tutto il mondo. La soluzione escogitata fu abilissi-

ma⁹⁴, anche se va detto che la bandiera portoghese non è certo una bandiera “giusta” secondo i dettami della vessillologia (è troppo complicata e difficile da disegnare) o secondo quelli dell’araldica (mette a contatto due colori che l’araldica medievale imponeva di separare con una fascia intermedia, bianca o gialla)⁹⁵. In sintesi: a) al posto del bianco e dell’azzurro subentrano il verde (simbolo repubblicano, positivista e massonico)⁹⁶ e il rosso (simbolo del sangue dei patrioti); b) il rapporto fra i due colori è sostanzialmente paritario, perché il rosso occupa la parte più grande della bandiera, ma il verde sta al posto d’onore, accanto all’asta; c) al centro (non della bandiera, ma) della linea di confine fra i due colori si situa uno stemma molto complicato, nel quale alla sfera armillare del re Manuel I (simbolo della potenza marina portoghese) si sovrappone il tradizionale scudo dei re portoghesi, con le cinque *quinas* al centro (cinque scudi, che simboleggiano i re mori sconfitti da Alfonso I a Ourique, recanti cinque piccole macchie bianche, a loro volta simboleggianti le cinque ferite di Cristo) e attorno una bordatura con sette castelli (simbolo della *Reconquista*). L’equazione a due incognite (un passato da conservare e uno da rifiutare) è stata così brillantemente risolta⁹⁷.

4.2. La dimensione istituzionale

La questione del passato, così visibilmente percepibile nel mondo dei miti e dei simboli, è presente anche in quella meno coinvolgente emotivamente, ma certo non meno importante, delle istituzioni.

Le forme giuridiche possiedono una naturale vischiosità, che non solo le rende refrattarie al cambiamento, ma le fa capaci di riprodursi anche in tempi successivi a quello del loro primo concepimento. Non solo. Le costituzioni plasmano la *forma mentis* dei loro stessi interpreti e anche dopo il cambiamento costituzionale inducono il mantenimento di attitudini analitiche e ricostruttive spesso inadatte alla comprensione del nuovo, che tuttavia si solidificano, si perpetuano e diventano *idées reçues* anche nel mutato scenario ordinamentale. Questo della forza d’inerzia degli antichi schemi concettuali mi sembra il terreno più interessante da sondare, perché, anche qui, troppo studiate per essere ancora riprese sono le questioni del peso del passato nell’opzione in favore del bicameralismo; del peso del futuro nella scelta del sindacato (in genere accentrato) di costituzionalità; del peso dell’uno o dell’altro nella definizione del tipo di Stato, unitario o federale che sia.

Venendo, dunque, alle resistenze culturali degli interpreti, se ne possono segnalare soprattutto due, che emergono con chiarezza proprio nel dibattito scientifico italiano: l’incapacità di

⁹⁴ È attentamente ricostruita in METELO DE SEIXAS 2019.

⁹⁵ PASTOUREAU 2004, p. 294 ss. Lo stesso A. (p. 281) osserva che oltre l’80% delle bandiere contemporanee rispetta le antiche prescrizioni dell’araldica medievale.

⁹⁶ METELO DE SEIXAS 2019, p. 93.

⁹⁷ Consentendo alla bandiera di passare indenne attraverso l’*Estado novo* di Salazar e il ristabilimento della democrazia con la Rivoluzione dei garofani (cfr. METELO DE SEIXAS 2019, p. 108 ss.).

cogliere la grande novità delle norme costituzionali su diritti e programmi sociali; il perdurante successo della dottrina ottocentesca del potere neutro. Vediamo.

i) La prima questione parrebbe essere stata risolta una volta per tutte dalla sentenza che inaugurò la giurisprudenza della Corte costituzionale, che in genere si dice ha fatto giustizia della dottrina delle norme programmatiche. Un supplemento di riflessione, tuttavia, appare necessario⁹⁸.

Quella sulle norme programmatiche, infatti, è una discussione che ha assunto i toni dell'agiografia, se non della trama cinematografica: ci sono i buoni (alcuni giudici di merito, alcune sezioni semplici della Suprema Corte); ci sono i cattivi (altri giudici di merito e le Sezioni Unite della Cassazione); c'è l'eroe che salva i buoni dai cattivi (la Corte costituzionale). Lo schematismo di questa ricostruzione non mi ha mai convinto e credo che la cosa più interessante da fare sia vedere cosa ci fosse sotto il duro scontro che mise a rumore il mondo giuridico fra l'entrata in vigore della Costituzione e il 5 giugno del 1956, giorno in cui la Corte costituzionale depositava la propria prima sentenza, che almeno in apparenza metteva fine alle ostilità. Cosa ci fosse, dunque, ma anche cosa ancora oggi sia rimasto di quella grande questione, ammesso che qualcosa ancora ne sia davvero rimasto (e dico subito che secondo me, sia pure in prospettiva assai mutata, molto tutt'oggi ne traluce).

Quali fossero i termini della questione e quali le posizioni teoriche è noto e basta limitarsi a qualche cenno.

Paradigmatico era stato il problema del rapporto fra l'art. 113 del T.U.L.P.S. del 1931⁹⁹ e l'art. 21 Cost.: il primo era stato abrogato per incompatibilità a seguito dell'entrata in vigore del secondo oppure l'abrogazione non si era prodotta, poiché la natura dell'art. 21 Cost. programmatica e non precettiva l'aveva impedito?

La prima posizione fu sostenuta, ad esempio, dalla sentenza Cass. Pen., sez. III, 24 gennaio 1950¹⁰⁰ e, in buona sostanza, si risolveva in questo: per quanto il dettato costituzionale fosse d'ampia portata, la sua "integrazione" da parte del legislatore non era necessaria, sicché

⁹⁸ Mi permetto di riprodurre, anche testualmente, le considerazioni che facevo in un saggio frutto di una relazione tenuta al Convegno organizzato dal CSM a Torino, il 6 marzo 2012 (LUCIANI 2012, p. 75 ss.), sol perché la pubblicazione in cui è ospitato ha avuto limitatissima diffusione.

⁹⁹ Così il comma 1: «salvo quanto è disposto per la stampa periodica e per la materia ecclesiastica, è vietato, senza licenza dell'autorità locale di pubblica sicurezza, distribuire o mettere in circolazione, in luogo pubblico o aperto al pubblico, scritti o disegni».

¹⁰⁰ *Rossi e Fatti*, in *Sinossi giur.*, marzo-maggio 1950, fasc. 644. In essa così si scrisse: «è evidente che si è voluto coll'art. 21 abolire ogni controllo anteriore alla sua espressione, che è sottoposta solo a quello successivo dell'A. giudiziaria, ove concreti un illecito penale (diffamazione, vilipendio, ecc.). Indiscutibile conseguenza di questa premessa è pertanto l'incompatibilità dell'art. 113 della legge di P.S., che tali preventivi controlli stabilisce, con l'art. 21 della Costituzione, secondo l'opinione in dottrina stabilita da chiari autori. [...] Le norme consacranti diritti di libertà sono, di massima, precettive e di immediata applicazione, purché non abbiano bisogno di essere integrate dal legislatore ordinario (Sez. unite, 7 febbraio 1948). E la norma dell'art. 21 risponde a tali requisiti per la sua formula completa, categorica, sostanzialmente analoga a quella dell'art. 111 successivo, relativamente alla quale questo supremo Collegio già ha riconosciuto natura precettiva (Sez. unite, 25 giugno 1949)».

la norma di legge che disponeva in difformità doveva ritenersi implicitamente abrogata per incompatibilità¹⁰¹.

La seconda posizione trovò accoglienza nella sentenza Cass. Pen., S.U., 15 aprile 1950¹⁰², e in buona sostanza si risolveva in questo: l'art. 21 conteneva precetti non definiti, sicché un contrasto diretto e puntuale non si poteva determinare e di abrogazione non si poteva parlare.

Entrambe le pronunce, si badi, postulavano l'esistenza della categoria delle norme "programmatiche", ma mentre la prima (secondo l'orientamento – poi abbandonato – che in quel torno di tempo andava sostenendo Vezio Crisafulli) ravvisava la programmaticità nell'assunzione del legislatore a destinatario esclusivo della norma costituzionale, la seconda la ravvisava nella peculiare genericità o vaghezza di questa.

È evidente che sulla discussione gravava una pesante ipoteca dommatica, cioè che i rapporti tra la Costituzione e le leggi anteriori potessero ricostruirsi solo nei termini dell'abrogazione e non in quelli dell'invalidità. Se, infatti, si fosse applicato il criterio gerarchico e non quello cronologico, la problematica sarebbe stata impostata in termini più corretti e anche le soluzioni prospettate avrebbero potuto essere più attentamente costruite.

Appunto il tema della gerarchia tra le fonti, e dunque dell'ammissibilità del sindacato di costituzionalità sulle leggi anteriori alla Costituzione, s'intersecava fatalmente con quello della natura programmatica o precettiva delle norme costituzionali e ne condizionava la soluzione: se infatti si fosse ammesso che le leggi anteriori alla Costituzione si potevano qualificare *invalidae* ove con essa contrastanti, la natura delle norme-parametro sarebbe divenuta recessiva, perché da molto tempo, ormai, l'ordinamento si era abituato ad ammettere l'invalidità di un atto anche in carenza di un contrasto diretto e puntuale con un paradigma normativo di altrettanto puntuale precettività. L'intera vicenda della giustizia amministrativa, dall'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato in poi, era orientata in questo senso e, se si vuole, addirittura la stessa elaborazione del vizio di eccesso di potere poteva essere ricostruita nella chiave dell'ammissione di vizi derivanti dal contrasto con paradigmi fluidi ed elastici.

I tempi, però, non erano maturi perché si giungesse a un simile approdo: la Costituzione aveva costruito un sindacato accentrato di costituzionalità, ma l'organo cui l'aveva affidato non era ancora in funzione, sicché era fatale che le istituzioni cui, nelle more, era stato affidato il

¹⁰¹ È interessante ricordare che, dopo la pronuncia delle Sezioni Unite che appresso si menziona, la Sez. III penale mutò indirizzo e affermò che «per mancanza di concretezza conviene attribuire all'art. 21 della Costituzione l'efficacia di semplice, per quanto solenne, monito rivolto, oltre al futuro legislatore, anche agli altri poteri dello Stato, di guisa che, nel sistema delle leggi vigenti esso non venga trascurato dagli organi giudiziari e da quelli amministrativi».

¹⁰² Bonazzi, in *Sinossi giur.*, marzo-maggio 1950, fasc. 644. In essa così si scrisse: «il citato articolo [e cioè l'art. 21 Cost.], per la sua astratta dizione, non ha carattere precettivo di valore attuale, contenendo solo principi direttivi e programmatici che hanno bisogno di essere concretati e completati da ulteriori leggi ordinarie, le quali dovranno altresì fissare i limiti della libertà di manifestazione del pensiero che nell'articolo stesso non è stabilita in modo indiscriminato. [...] È da aggiungere che la dizione usata dal comma 2 ("la stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure") si adegua assai più ad una norma direttiva e programmatica, che non ad una norma precettiva di immediata applicazione, quale sarebbe apparsa quella del comma in questione se si fosse usata la diversa formulazione "la stampa non è soggetta ad autorizzazioni o censure"».

controllo di costituzionalità¹⁰³ lo esercitassero secondo i moduli concettuali e argomentativi cui erano abituati.

I giudici italiani, a questo proposito, erano in possesso della conoscenza della problematica dell'abrogazione più raffinata che si potesse desiderare, mentre esitavano – comprensibilmente –, ad applicare al contrasto tra Costituzione e legge un criterio gerarchico che (nelle more della concreta istituzione della Corte costituzionale) avrebbe imposto di raggiungere il medesimo esito già determinatosi quanto al contrasto tra legge e regolamento: la disapplicazione. La tradizione del precedente ordinamento statutario e la difficoltà di abbandonare, tutto d'un tratto, il principio di supremazia della legge rendevano questa strada particolarmente impervia e suggerivano di imboccare il più agevole sentiero tracciato dal criterio cronologico.

La limitazione dell'orizzonte al criterio cronologico (e dunque all'abrogazione) portava con sé l'accentuazione dell'importanza di due elementi che non sarebbero stati altrettanto centrali se si fosse entrati nell'universo del criterio gerarchico (e dunque dell'invalidità): la puntuale precettività della norma-parametro; il puntuale contrasto fra la norma-oggetto e la norma-parametro. Il principio di esclusione, che, nell'ipotesi del contrasto fra due previsioni normative, impone di applicare o l'una o l'altra, si può declinare nelle variegate forme dei singoli criteri per la risoluzione delle antinomie tra le fonti, ma l'opzione per l'una o per l'altra non è innocente e non è priva di conseguenze.

Che serie difficoltà si sarebbero verificate all'avvento della Costituzione repubblicana e che gli apparati giuridici avrebbero faticato a trovarne l'esatta collocazione nel sistema delle fonti era inevitabile. Da tempo insisto¹⁰⁴ sull'erroneità della diffusa tesi che concepisce lo Stato costituzionale di diritto (fondato sulla Costituzione rigida e sul controllo di legittimità delle leggi) come il pacifico e logico svolgimento dello Stato di diritto (fondato sul primato della legge e sulla impensabilità salvo ipotesi eccezionali di un suo vizio). Non è, infatti, così.

Lo Stato costituzionale di diritto non è nato d'un colpo, ma è scaturito dalla crisi dello Stato di diritto (che si era dimostrato incapace, negli Stati Uniti, di governare i grandi processi di trasformazione del capitalismo e, in Europa, di impedire la legittimazione dei totalitarismi, dei quali secondo alcuni aveva semplicemente certificato la regolarità formale). Ne è derivato che la legalità costituzionale è succeduta e si è sovrapposta alla legalità legale, che le preesisteva e aveva già costruito i propri schemi di funzionamento e le proprie istituzioni di garanzia. L'avvento di altre strutture ordinamentali e soprattutto di nuove istituzioni preposte alla funzione di garanzia ha sconvolto il panorama precedente e ha posto il problema della conciliazione, con queste, di quelle che l'ordinamento già conosceva. I noti (sebbene quantitativamente limitati) episodi di "guerra" tra la Corte costituzionale e la Corte di cassazione stanno a testimoniare la delicatezza del problema e l'esistenza di due distinte sfere della legalità, la cui armonizzazione è tutt'altro che automatica. Già prima che la questione si ponesse

¹⁰³ I giudici comuni, ai sensi del comma 2 della VII Disposizione transitoria e finale.

¹⁰⁴ E sono in buona compagnia: vd. ancora FIORAVANTI 2016, specialmente p. 201 ss.

nei termini del confronto-scontro fra le due istanze di garanzia, però, essa aveva avuto modo di mostrarsi in quelli dell'interpretazione della Costituzione e del suo rapporto con le altre fonti dell'ordinamento: il passato non si poteva cancellare d'un tratto e le sue vestigia costituivano pur sempre il sedime di fondazione del nuovo edificio ordinamentale.

Una netta cesura storica separa, dunque, il modello ottocentesco dello Stato di diritto da quello novecentesco dello Stato *costituzionale* di diritto. Se l'Ottocento – come ha mostrato Pierre Rosanvallon – è nella dimensione politica il secolo della lotta per il suffragio universale¹⁰⁵, in quella istituzionale è il secolo del consolidamento della realtà e del mito della centralità della legge (realtà e mito che troveranno la loro più compiuta ricostruzione critica in Carré de Malberg)¹⁰⁶. Il Novecento, invece, è il secolo del disincanto e dell'aspirazione alla costruzione di una rete di protezione dei diritti che sappia essere più salda di quella intrecciata dai fili della legge. È, in sintesi, il secolo della crisi della legge.

Era fatale, dunque, che un simile passaggio epocale avesse difficoltà a essere assorbito da strutture ordinamentali concepite in tutt'altra atmosfera politico-istituzionale. Eppure, sul piano dommatico la questione sarebbe stata di grande semplicità. Come scrisse Crisafulli già nel 1952, «una Costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo»¹⁰⁷. In questo modo, sebbene lo stesso Crisafulli non lo ricordasse esplicitamente, il problema dell'antinomia tra legge e Costituzione veniva impostato come già il *Chief Justice* Marshall aveva indicato nel 1803: se la Costituzione è *paramount law*, è la Costituzione, non la legge, che deve prevalere. Dunque, come si legge in *Marbury vs. Madison*, «Between these alternatives there is no middle ground. The Constitution is either a superior, paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it».

Se, come è giocoforza fare, si opta per la prima alternativa, la conseguenza è che la legge contraria alla Costituzione è invalida:

«If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written Constitutions are absurd attempts on the part of the people to limit a power in its own nature illimitable».

Data questa logica premessa la conseguenza è infallibile: la legge è invalida in presenza di *qualunque* forma di contrasto con *qualunque* norma della Costituzione, nessuna esclusa. Il grado di difformità, che può essere importante nell'apprezzamento di un'intervenuta *abrogazione*, non conta quando ci si trova sul terreno dell'*invalidità*, perché il criterio gerarchico non conosce le medesime *nuances* di quello cronologico, non tollera problematiche coesistenze, ma impone l'espunzione dall'ordinamento (o quanto meno la disapplicazione) della norma di fonte inferiore che sia in contrasto con quella superiore.

¹⁰⁵ Vd., in particolare, ROSANVALLON 2000, specialmente p. 155 ss.

¹⁰⁶ CARRÉ DE MALBERG 1931, *passim*.

¹⁰⁷ CRISAFULLI 1952, p. 128.

Come dicevo prima, il principio del primato della Costituzione in quanto *paramount law* non bastò alla nostra giurisprudenza per risolvere compiutamente il problema dell'antinomia tra Costituzione e legge: scartata l'ipotesi dell'invalidità sopravvenuta una volta che si era operato l'indebito slittamento dal criterio gerarchico a quello cronologico, si aprivano le porte alla contaminazione della problematica del primato della Costituzione con quella dell'abrogazione, che, come accennato, implica l'applicazione di schemi concettuali affatto inadatti alla soluzione delle nuove questioni poste dall'avvento di una Costituzione rigida. Di tutto questo fu pienamente consapevole la Corte costituzionale, che nella sentenza n. 1 del 1956 esordì proprio contestando il metodo seguito sino allora. Si legge, infatti, in quella decisione, che «non occorre [...] fermarsi ad esaminare se e in quali casi, per le leggi anteriori, il contrasto con norme della Costituzione sopravvenuta possa configurare un problema di abrogazione [...]. I due istituti giuridici dell'abrogazione e della illegittimità costituzionale delle leggi non sono identici fra loro, si muovono su piani diversi, con effetti diversi e con competenze diverse. Il campo dell'abrogazione inoltre è più ristretto, in confronto di quello della illegittimità costituzionale, e i requisiti richiesti perché si abbia abrogazione per incompatibilità secondo i principi generali sono assai più limitati di quelli che possano consentire la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge».

Conclusioni ineccepibili, ma che – come ho cercato di dimostrare qui sopra – solo la Corte costituzionale, solo il giudice chiamato in posizione di monopolio a esercitare il rivoluzionario potere di annullamento delle leggi, poteva, probabilmente, raggiungere in quel momento storico. La resistenza delle costruzioni concettuali sollecitate dal precedente assetto costituzionale era vinta, non a caso, da un'istituzione nuova, che il passato non aveva conosciuto.

ii) Veniamo all'altra incrostazione dommatico-concettuale.

Nella concezione ancor oggi predominante il nostro capo dello Stato è visto come titolare di un "potere neutro". Per la maggioranza degli studiosi che la pensano così, questa qualificazione si fonda sul fatto ch'egli sarebbe titolare, essenzialmente, solo di poteri di interdizione, ma non manca chi la fa risalire alla sua funzione di organo di garanzia¹⁰⁸. Da tempo considero questa diffusa opinione non convincente.

La sua ascendenza storica è chiara: la dottrina constantiana del *pouvoir neutre*, che a me sembra, invece, inutilizzabile¹⁰⁹. Inutilizzabile, insisto, proprio perché elaborata nel passato e per intendere passate istituzioni, oggi non più esistenti e indebitamente riesumate. A Constant, infatti, essa serviva per razionalizzare la complessa struttura della monarchia costituzionale, nella quale l'assemblea rappresentativa si era emancipata solo parzialmente da un *roi* che, certo, *ne gouverne pas*, epperò tuttora *regne*. E quella dottrina, a sua volta, va considerata il frutto di una riesumazione, se si vuole di origini ancor più nobili, della distinzione medievale

¹⁰⁸ Così MARTINES 1996, p. 624: «Il Presidente della Repubblica è [...] un "potere neutro" [...] proprio in ragione della funzione di garanzia a lui assegnata dall'ordinamento».

¹⁰⁹ Le considerazioni che seguono sono state sviluppate soprattutto in LUCIANI 2017, p. 1 ss.

fra i *duo magna luminaria*, che troviamo nella decretale *Solitae* di Gregorio IX¹¹⁰, a sua volta figlia (ma – diciamo – illegittima, perché l'interpretava in senso assai più favorevole al potere spirituale) di quella gelasiana delle due spade¹¹¹.

Orbene, se già questa serie di riesumazioni rende sospetto il mantenimento di un simile quadro concettuale, quel che più conta è che tutte le teorie dualiste della sovranità sono tipiche di fasi politiche o costituzionali nelle quali la questione del sommo potere è ancora *in-decisa*¹¹². Era esattamente questa la condizione nella quale si trovava la monarchia costituzionale francese nella prima metà dell'Ottocento e d'essa Constant si faceva puntuale interprete¹¹³, ma non è questa la condizione delle democrazie contemporanee, che confidano la sovranità al popolo. Riproporre quella ricostruzione e il suo lessico in una condizione costituzionale totalmente diversa appare davvero un controsenso. Se parlando di "potere neutro" a proposito del nostro Presidente della Repubblica s'intende fare riferimento a un potere lontano dalla politica, non c'è bisogno di sottolinearlo, si dice qualcosa del tutto al di fuori della realtà. Se, invece, ci si limita ad alludere a un potere semplicemente non partigiano, si usa la terminologia sbagliata (magari perché ingannati dal fatto che in francese "neutro" e "neutrale" si rendono sempre con "*neutre*").

Insomma, nonostante il consenso che questa dottrina ha ricevuto anche da parte di alcuni Presidenti della Repubblica, il suo uso è un errore. Nella condizione costituzionale *in-decisa* della monarchia costituzionale essa serviva a conservare al capo dello Stato alcuni poteri di primario rilievo politico, che contraddittoriamente i suoi odierni sostenitori, invece, vorrebbero sottratti al nostro Presidente della Repubblica. Ma, soprattutto, una dottrina adatta a una condizione dualistica è inservibile in una condizione monistica: cosa ha da spartire la nostra Costituzione con quella francese della Restaurazione, se allora la questione dell'appartenenza della sovranità non era stata ancora definita (sovrano è il parlamento, il re, o l'unione di entrambi?), mentre oggi non sussistono dubbi sull'appartenenza della sovranità al popolo? Le categorie del dualismo costituzionale, insomma, sono inutilizzabili nelle atmosfere del monismo.

Si potrebbe obiettare che, per la vischiosità ch'io stesso ho prima ricordato, potrebbe essere la stessa Costituzione repubblicana ad aver conservato alcuni elementi costitutivi di quella monarchico costituzionale, sicché i sostenitori della dottrina qui criticata non farebbero altro che adeguarsi al dato normativo. Ma sarebbe un'obiezione senza fondamento.

Quando, a causa di quella vischiosità, le costituzioni conservano alcuni istituti del passato, non mettono comunque in discussione i principi costitutivi del nuovo ordine che vanno

¹¹⁰ Poi trasfusa nel *Liber Extra* L. I, Tit. XXXIII, Cap. VI.

¹¹¹ L'epistola di Papa Gelasio I all'Imperatore Anastasio si trova in PL 59.41-47.

¹¹² La dottrina dei *duo luminaria* sembra istruttiva anche quanto alla polemica che, come ben si sa, oppose Erik Peterson (vd., in particolare, PETERSON 1935) a Schmitt (vd., in particolare, SCHMITT 1934, p. 32 ss.; SCHMITT 1970) quanto all'origine teologica dei concetti politici ovvero all'origine politica dei concetti teologici. Teologica e politica all'un tempo, la dottrina di cui si dice nel testo parrebbe determinare un'inattesa *coincidentia oppositorum*.

¹¹³ CONSTANT 1815, p. 34 ss.

costruendo, perché non deve esserci contraddizione fra il passato che resta e il nuovo che sopraggiunge. Pensare che la scelta monista della nostra Costituzione, formalizzata *in capite libri* con la severa affermazione dell'appartenenza della sovranità al popolo, sia poi smentita dalla disciplina della Presidenza della Repubblica è, a me pare, un azzardo teorico del tutto inappropriato.

5. In chiusura

La partita del tempo è forse la più delicata che i fondatori di un nuovo ordine costituzionale siano chiamati a giocare, perché definire male l'equilibrio fra innovazione e conservazione può determinare gravi problemi di legittimazione e di consenso. Se davvero «la légitimité n'est qu'un système de croyances»¹¹⁴, le credenze legittimanti vanno alimentate attraverso l'uso sapiente di plurime strategie (molte delle quali lucidamente antevolute nella ciceroniana definizione di *populus*)¹¹⁵: la rassicurazione sulla continuità della comunità politica; la definizione di una tavola di valori condivisi; l'attività di produzione mitico-simbolica; il disegno di regole giuridiche comuni; l'identificazione di un patrimonio di interessi condivisi; il radicamento nel presente e la proiezione nel futuro dell'impegno sociale a soddisfare i bisogni individuali e collettivi. Non è un compito da poco. Soprattutto, non è un compito che si possa assolvere senza forze politico-sociali generatrici di identità, catalizzatrici di consenso, mobilizzatrici di partecipazione civica. Questo seppero fare i vecchi partiti, tanto da meritarsi l'appellativo (critico e laudatorio all'un tempo) di “nuovo principe”. E oggi?

References

- ALLEMANN 1956 = F.R. ALLEMANN, *Bonn ist nicht Weimar*, Köln-Berlin 1956.
- BELLOCCHI 1996 = U. BELLOCCHI, *Il Tricolore. Duecento anni. 1797-1997*, Modena 1996.
- BENJAMIN 1928 = W. BENJAMIN, *Ursprung des deutschen Trauerspiels*, Berlin 1928 [trad. it.: E. FILIPPINI, *Il dramma barocco tedesco*, Torino 1980].
- BLACKMON 2008 = D.A. BLACKMON, *Slavery by Another Name. The Re-Enslavement of black Americans from the Civil War to World War II*, New York 2008.
- CARCOPINO 1930 = J. CARCOPINO, *Virgile et le mystère de la IV^e Églogue*, Paris 1930 [trad. it.: D. MAZZONE, *Virgilio e il mistero della IV Egloga*, Roma 2001].
- CAREY 1995 = G.W. CAREY, *Preface*, in W. KENDALL, G.W. CAREY, *The Basic Symbols of the American Political Tradition, with a new preface*, Washington D.C. 1995, pp. IX-XXIII.
- CARRÉ DE MALBERG 1931 = R. CARRÉ DE MALBERG, *La Loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris 1931.

¹¹⁴ DUVERGER 1961, p. 47.

¹¹⁵ Cic., Rep., I, 39.

- CATTON 1956 = B. CATTON, *This Hallowed Ground. A History of the Civil War*, New York 1956.
- CIARLO 2000 = P. CIARLO, *Verso una costituzione normale. 1948 e dintorni*, in AA.Vv., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Padova, 2000, pp. 221-247.
- CIARLO 1988 = P. CIARLO, *Mitologie dell'indirizzo politico e identità partitica*, Napoli, 1988.
- CLEVELAND 1866 = H. CLEVELAND, *Alexander H. Stephens, in Public and Private. With Letters and Speeches, before, during, and since the War*, Philadelphia et al. 1866.
- CONSTANT 1815 = B. CONSTANT, *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la constitution actuelle de la France*, Paris 1815.
- CORWIN 1936 = E.S. CORWIN, *The Constitution as Instrument and as Symbol*, in *The American Political Science Review* 30.6 (1936), pp. 1071-1085.
- COSKI 2005 = J.M. COSKI, *The Confederate Battle Flag. America's Most Embattled Emblem*, Cambridge 2005.
- CRISAFULLI 1952 = V. CRISAFULLI, *Introduzione*, in V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952 [ora in V. CRISAFULLI, *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli 2015].
- CROCE 1993 = B. CROCE, *Scritti e discorsi politici (1943-1947)*, a cura di A. Carella, I, Napoli 1993.
- DAU-LIN 1932 = H. DAU-LIN, *Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig 1932.
- DAVIS 1977 = S. DAVIS, "That extraordinary document". *W.H.T. Walker and Patrick Cleburne's Emancipation Proposal*, in *Civil War Times Illustrated* 16.8 (1977), pp. 14-20.
- DE VERGOTTINI 1998 = G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*, Bologna 1998.
- DI SALVATORE 2017 = E. DI SALVATORE, *La tradizione costituzionale. Cultura giuridica e giurisprudenza*, Soveria Mannelli 2017.
- DUVERGER 1961 = M. DUVERGER, *De la dictature*, Paris 1961.
- FERRARA 2000 = G. FERRARA, *L'instaurazione delle costituzioni. Profili di storia costituzionale*, in AA.Vv., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Padova 2000, pp. 47-78.
- FIORAVANTI 2016 = M. FIORAVANTI, *Legislazione e giurisdizione in Europa: l'età dello Stato costituzionale*, in A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER, *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino 2016 [ora in M. FIORAVANTI, *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano 2018, pp. 199-212].
- FOOTE 1986 = S. FOOTE, *The Civil War. A Narrative*, I, *Fort Sumter to Perryville*, New York 1986.
- GIANNINI 1925 = A. GIANNINI, *La Costituzione turca*, in *Oriente Moderno* 5.2 (1925), pp. 65-80.
- GLEESON 2013 = D.T. GLEESON, *The Green and the Gray. The Irish in the Confederate States of America*, Chapel Hill 2013.
- GWYNNE 2014 = S.C. GWYNNE, *Rebel Yell. The Violence, Passion, and Redemption of Stonewall Jackson*, New York et al. 2014.
- HÄBERLE 2007 = P. HÄBERLE, *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin 2007.

- HÄBERLE 2008 = P. HÄBERLE, *Nationalflaggen. Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, Berlin 2008.
- JACKSON 1895 = M.A. JACKSON, *Memoirs of Stonewall Jackson by his widow*, II ediz., Louisville 1895.
- JACOBI 1924 = E. JACOBI, *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach art. 48 der Reichsverfassung*, in *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten. Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Jena am 14. und 15. April 1924*, Berlin-Leipzig 1924, pp. 105-136.
- JENNINGS 2000 = F. JENNINGS, *The Creation of America. Through Revolution to Empire*, Cambridge 2000.
- VON JHERING 1872 = R. VON JHERING, *Der Kampf um's Recht*, Wien 1872.
- KANE 2017 = S. KANE, *Myths & Misunderstandings. Grant as a slaveholder*, pubblicato on-line il 21 novembre 2017 (<https://acwm.org/blog/myths-misunderstandings-grant-slaveholder/>).
- LINCOLN 1858 = A. LINCOLN, *First Debate, discorso tenuto a Ottawa (Illinois) il 21 agosto 1858*, consultabile on-line (<https://www.nps.gov/liho/learn/historyculture/debate1.htm>).
- LINCOLN 1862 = A. LINCOLN, *Letter to Horace Greeley*, lettera scritta il 22 agosto 1862, consultabile online (<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/greeley.htm>).
- LINCOLN 1863 = A. LINCOLN, *Gettysburg Adress*, discorso tenuto a Gettysburg (Pennsylvania) il 19 novembre 1863, consultabile on-line (<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>).
- LONGO 2017 = A. LONGO, *Edmund Burke e Thomas Paine: stralci di una mitografia costituzional-rivoluzionaria*, in *Diritto pubblico* 23.1 (2017), pp. 239-280.
- LUCIANI 1996 = M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale* 1 (1996), pp. 124-188.
- LUCIANI 2001 = M. LUCIANI, *Il Parlamento negli anni Novanta*, in L. VIOLANTE (ed.), *Il Parlamento (Storia d'Italia. Annali, XVII)*, Torino 2001, pp. 419-442.
- LUCIANI 2012 = M. LUCIANI, *Le norme programmatiche e la sentenza n. 1 del 1956 della Corte costituzionale*, in *La Magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita. Atti del Convegno di Studi del CSM (Torino, 6 marzo 2012)*, Torino 2012, pp. 75-85.
- LUCIANI 2013 = M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti* 1 (2013), pp. 1-18.
- LUCIANI 2017 = M. LUCIANI, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista Associazione Italiana Costituzionalisti* 2 (2017), pp. 1-24.
- LUCIANI 2018 = M. LUCIANI, *Costituzione italiana: articolo 12*, Roma 2018.
- LUCIANI 2019 = M. LUCIANI, *Bonapartismo, oggi?*, in *Teoria politica* 9 (2019), pp. 139-168.
- MARTINES 1996 = T. MARTINES, *Organi costituzionali: una qualificazione controversa (o, forse, inutile)*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, III, Modena 1996 [ora in T. MARTINES, *Opere, I, Teoria generale*, Milano 2000].
- MARTINES 2013¹³ = T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XIII ediz., interamente riveduta da G. SILVESTRI, Milano 2013.

- McPHERSON 1988 = J.M. McPHERSON, *Battle Cry of Freedom. The Civil War Era*, New York-Oxford 1988.
- McPHERSON 1997 = J.M. McPHERSON, *For Cause and Comrades. Why Men Fought in the Civil War*, New York-Oxford 1997.
- McWHIRTER 2012 = C. McWHIRTER, *Battle Hymns. The Power and Popularity of Music in the Civil War*, Chapel Hill 2012.
- METELO DE SEIXAS 2019 = M. METELO DE SEIXAS, *Quinas e castelos. Sinais de Portugal*, Lisboa 2019.
- MEZZETTI 2000 = L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino 2000.
- MEZZETTI 2005 = L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico. La qualità della democrazia agli inizi del nuovo millennio*, in A. DI GIOVINE, S. SICARDI (edd.), *Democrazie imperfette. Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (Torino, Università degli Studi, 29 marzo 2002)*, Torino 2005, pp. 7-82.
- MONAGHAN 1995 = H.P. MONAGHAN, *The Constitution of the United States and American Constitutional Law*, in E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague-London-Boston 1995, pp. 175-188.
- PACE 2000 = A. PACE, *L'instaurazione di una nuova costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in AA.Vv., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Padova 2000, pp. 79-125.
- PALADIN 1967 = L. PALADIN, s.v. *Fascismo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano 1967, pp. 887-902.
- PASTOUREAU 2004 = M. PASTOUREAU, *Une histoire symbolique du Moyen Age occidental*, Paris 2004.
- PAVONE 1991 = C. PAVONE, *Una guerra civile. Saggio storico sulla moralità nella Resistenza*, Torino 1991.
- PETERSON 1935 = E. PETERSON, *Der Monotheismus als politisches Problem. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Theologie im Imperium romanum*, Leipzig 1935 [trad. it.: H. ULIANICH, *Il monoteismo come problema politico*, Brescia 1983].
- PHILIPPE 2005 = X. PHILIPPE, *Dall'apartheid alla democrazia liberale: un percorso accidentato*, in A. DI GIOVINE, S. SICARDI (edd.), *Democrazie imperfette. Atti del convegno dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo (Torino, Università degli Studi, 29 marzo 2002)*, Torino 2005, pp. 275-288.
- POWER SMITH 1906 = J. POWER SMITH, *Stonewall Jackson and Chancellorsville. A Paper read before the Military Historical Society of Massachusetts, on the First of March, 1904*, Richmond 1906.
- REALE 2006 = G. REALE (ed.), *I Presocratici. Prima traduzione integrale con testi originali a fronte delle testimonianze e dei frammenti nella raccolta di Hermann Diels e Walther Kranz*, Milano 2006.
- ROBSON 1891 = J.S. ROBSON, *How a One-Legged Rebel Lives. Reminiscences of the Civil War. The Story of the Campaigns of Stonewall Jackson, as told by a high Private in the "Foot Cavalry"*, Charlottesville 1891.
- ROSANVALLON 2000 = P. ROSANVALLON, *La démocratie inachevée. Histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris 2000.

- RUBY 1971 = B.C. RUBY, *General Patrick Cleburne's Proposal to Arm Southern Slaves*, in *The Arkansas Historical Quarterly* 30.3 (1971), pp. 193-212.
- SCALIA 1995 = A. SCALIA, *Modernity and the Constitution*, in E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague-London-Boston 1995, pp. 313-318.
- SCHMITT 1932 = C. SCHMITT, STAAT, *Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, 1932.
- SCHMITT 1934 = C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, II ediz., München-Leipzig 1934 [trad. it.: P. SCHIERA, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in G. MIGLIO, P. SCHIERA, *Le categorie del "politico". Saggi di teoria politica*, Bologna 1972, pp. 27-86].
- SCHMITT 1970 = C. SCHMITT, *Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder politischen Theologie*, Berlin 1970 [trad. it.: A. CARACCILO, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Milano 1992].
- SCHMITT 1970⁵ = C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, V ediz. [rist. inalterata della I ediz., Berlin 1928], Berlin 1970.
- SHERMAN 1957 = W.T. SHERMAN, *Memoirs of General William T. Sherman by Himself*, Bloomington 1957.
- SMEND 1923 = R. SMEND, *Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform*, in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*, Tübingen 1923, pp. 3-25 [ora in R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1955, pp. 68-88].
- SMEND 1928 = R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig 1928 [ora in R. SMEND, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, Berlin 1955, pp. 119-276].
- SMITH 1995 = E. SMITH, *Introduction*, in E. SMITH (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, The Hague-London-Boston 1995, pp. XI-XIX.
- SPADARO 2000 = A. SPADARO, *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in A. SPADARO (ed.), *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione. Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999*, Torino 2000.
- SPENGLER 1923 = O. SPENGLER, *Der Untergang des Abendlandes. Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte*, München 1923 [trad. it.: J. EVOLA, *Il Tramonto dell'occidente. Lineamenti di una morfologia della Storia mondiale*, II ediz., Milano 1970].
- SYMONDS 1997 = C.L. SYMONDS, *Stonewall of the West. Patrick Cleburne and the Civil War*, Lawrence 1997.
- TUNC 1965 = A. TUNC, Rec. a R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains (droit comparé)*, in *Revue internationale de droit comparé* 17.1 (1965), pp. 254-257.
- WEBER 2019 = A. WEBER, *European Constitutions Compared*, München-Oxford-Baden Baden 2019.
- WILSON 2016 = C. WILSON, *Why The War Was Not About Slavery*, pubblicato online il 9 marzo 2016 (<https://www.abbeyvilleinstitute.org/clyde-wilson-library/why-the-war-was-not-about-slavery/>).

WOOD 1910 = J.H. WOOD, *The War. "Stonewall" Jackson. His Campaigns, and Battles, the Regiment as I saw them*, Cumberland 1910 [rist. TOCCOA 2016].

YANNAKOPOULOS 2019 = C. YANNAKOPOULOS, *La déréglementation constitutionnelle en Europe*, Athènes-Salonique 2019.

ZAGREBELSKY 2012 = G. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino 2012.