

**MASTER IN ISTITUZIONI PARLAMENTARI EUROPEE “MARIO
GALIZIA” PER CONSULENTI D’ASSEMBLEA**

UNIVERSITÀ DI ROMA “LA SAPIENZA”



**Fondazione
Paolo Galizia - Storia e Libertà**

T. SERRA

Il ‘diritto’ di resistenza in Mortati

Roma - Sala del Cenacolo di Vicolo Valdina
Camera dei deputati

IL 'DIRITTO' DI RESISTENZA IN MORTATI

di Teresa Serra

Il mio intervento vuol essere una riflessione che, certamente eccentrica rispetto al coro di voci dei costituzionalisti, nasce dalle sollecitazioni che derivano dal tema del convegno che mi permette di mettere insieme la lezione di Mortati con la crisi della democrazia e quindi anche con il tema della resistenza. E dirò, anche, che da questo punto di vista, più che guardare all'insieme della visione mortatiana, forse faccio tesoro di alcuni 'atomi teorici' che traggo da Mortati e che spero di sviluppare sulla linea di alcune indicazioni di Mortati stesso.

Ho riletto la breve nota sul convegno che appare nel dépliant realizzato dal prof. Lanchester e resto convinta che occorra guardare al tema della resistenza tenendo presente appunto la tensione tra costituzione formale e i soggetti politicamente rilevanti all'interno delle dinamiche di integrazione e globalizzazione, da intendersi in senso ampio, in un periodo in cui in si è realizzata una società plurale nella quale si dà un onnicentrismo che difficilmente può trovare mediazioni in grado di dar vita a un sistema.

Direi che la posizione di Mortati riguardo al diritto di resistenza si gioca sempre tra due aspetti in qualche modo tra di loro quasi inconciliabili. Il primo lo si trova nel

famoso emendamento Mortati presentato alla Costituente che suona: “È diritto e dovere dei cittadini, singoli e associati, la resistenza che si rende necessaria a reprimere la violazione dei diritti individuali e delle libertà democratiche da parte della pubblica autorità”. Il secondo lo troviamo ancora negli Atti dell’Assemblea costituente: “il diritto di resistenza riveste carattere metagiuridico e mancano nel convegno costituzionale i mezzi e le possibilità di accertare quando il cittadino eserciti una legittima ribellione al diritto e quando invece questa sia da ritenere illegittima” (1). Il famoso articolo 50 del Progetto della costituzione, mai approvato, così recitava. “Quando i poteri pubblici violano le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all’oppressione è diritto e dovere del cittadino”. Si trattava di un diritto non vago, ma preciso, di resistenza contro atti dei pubblici poteri che violassero “le libertà e i diritti garantiti dalla presente costituzione”. Quindi un diritto a fini di conservazione della costituzione.

Ma Mortati, nella seduta del 5 dicembre 1946, fece un ragionamento netto che si basava sul fatto che ormai era stato inserito all’interno del testo costituzionale un sistema di garanzie volto a tutelare i diritti dei cittadini di fronte agli abusi dei supremi organi della Repubblica, e sarebbe stato il ricorso a questo sistema di garanzie positivo – e non certo l’esercizio del diritto di resistenza – a tutelare i cittadini dagli abusi del potere costituito. In tal modo il diritto di resistenza, pur riconosciuto da Mortati in via di principio, veniva in qualche modo ad essere ridimensionato, se non addirittura vanificato come diritto, proprio per la consapevolezza della difficoltà di accertare nei casi specifici la sua legittimità, restando solo come possibilità dipendente dalle dinamiche sociali.

Ma nel leggere gli appunti che Mortati prese ai fini della stesura di una relazione per il Convegno di Sassari sul diritto di resistenza al quale era stato invitato, nell’incipit della bozza di una relazione, che poi Mortati non tenne, leggiamo che la formula diritto di resistenza presenta un’intima contraddizione fra i due termini: “Diritto che presuppone una fonte positiva che nel conferirlo determina i modi e le forme dei comportamenti rivolti ad attuarlo, e resistenza che, intesa nel suo senso più proprio,

1) Atti dell’Assemblea costituente. Discussione sul progetto, X, Roma, 1946, pp. 2854 ss.

appare insuscettibile di assoggettarsi ad una preventiva determinazione di tali modi e forme". La resistenza è pur sempre, per Mortati, una violazione dell'obbligo giuridico, quindi una contraddizione in termini. Da qui il riconoscimento della sua metagiuridicità, che pure nella visione mortatiana ha un suo ruolo importante.

Mortati opera una equilibrata e garbata critica all'esasperazione positivista condotta però con una chiara consapevolezza dell'importanza del principio di legalità. Solo che questa legalità va precisata nella sua giusta definizione e, al pari della politica e del diritto, deve essere relazionata alla legittimità per non perdere il suo valore. È forse per questo che Lanchester parla di sintesi metodologica tra gli indirizzi formalistico e realistico.

La critica mortatiana al legalismo, che significa esasperazione di una forma scissa dal contenuto, è controbilanciata dalla critica all'esasperazione di un contenuto che non si traduca in forme. Ora il diritto di resistenza, ma io a questo punto parlerei di resistenza e non di diritto di resistenza, per Mortati è fatto difficilmente suscettibile di essere sottoposto a una regolamentazione giuridica e, quindi, altrettanto difficilmente suscettibile di tradursi in forma ed essere inserito in una disposizione costituzionale. E, ciononostante, secondo Costantino Mortati, dal silenzio della Costituzione non si può ricavare l'antigiuridicità della resistenza intesa quale giudizio di non conformità all'ordinamento giuridico.

Dopo l'esperienza della Costituente Mortati torna sul diritto di resistenza negli anni Settanta e, oltre che nella citata bozza di relazione per il Convegno di Sassari, se ne occupa nel Commentario alla Costituzione. La sua posizione si gioca ancora sulla dialettica tra le due citazioni che ho riferito all'inizio, e sulla contraddizione in termini che esiste tra diritto e resistenza, ma si precisa. Anzi direi che dagli appunti sparsi presi mentre preparava la relazione, sembra diventare più complessa e problematica. Ma è l'epoca in cui si discute di costituzione inattuata e nella quale si intravede anche la crisi della rappresentanza partitica, quindi delle forme di mediazione, quindi ancora torna il problema dei soggetti politicamente rilevanti.

La consapevolezza del dinamismo delle società, che Mortati ha, impone, infatti, non certamente un ripensamento, ma una maggiore attenzione ad alcuni aspetti di quel

‘fenomeno’ che, come si legge sempre negli appunti per la preparazione della relazione sassarese, “si presenta come movimento ineliminabile del ritmo di sviluppo di ogni organizzazione politica. È pel suo tramite che forze sociali poste ai margini dell’apparato decisionale tendono ad inserirsi in esso, che situazioni soggettive di vantaggio giungono a trovare il sostegno di garanzie istituzionali e così assorbire nell’una o nell’altra guisa il contenuto e la ragione di una resistenza diversa da quella che trova in esse soddisfazione, salvo a riprendere il suo ruolo quando l’equilibrio raggiunto si dissolva pel sopravvivere di nuove situazioni, quali quelle che inducono i detentori del potere di scuotere il giogo dei limiti ad esso imposti, o le altre che sorgono dal sociale tese alla ricerca di nuovi assetti istituzionali”. Concetto molto ampio e ‘generalissimo’, quello di resistenza, annota ancora Mortati, che ci fa chiedere se vi possa “essere margine per una sua delimitazione i... (la parola è illeggibile) idonea a conferire al concetto una sua autonomia”. Ancora un riconoscimento della resistenza legata al ‘ritmo di sviluppo di ogni organizzazione politica’, ma la perplessità sulla sua autonomia e sulla possibilità di un suo riconoscimento giuridico non viene ancora superata. Anche se lo studioso, sempre consapevole del dinamismo sociale, legge la realtà politica e già comincia ad avere dei dubbi sulla tenuta del sistema dei partiti, guarda ancora al pluralismo sociale e ad una società che sta trasformandosi in società plurale e torna sull’importanza dell’associazionismo. E su questo punto si è soffermato Lanchester facendo riferimento allo scritto del 1910.

È per questo forse che, nel commentare l’art. 1 della Costituzione, Mortati riconosce la possibilità di figure organizzative del popolo al di fuori di schemi normativi che traggono il titolo della loro legittimazione dal principio della sovranità popolare perché questa, “basata com’è sull’adesione attiva dei cittadini ai valori consacrati nella Costituzione, non può non abilitare quanti siano più sensibili ad essi ad assumere la funzione di una loro difesa e reintegrazione quando ciò si palesi necessario per l’insufficienza o la carenza degli organi ad essa preposti” (2). Di fronte alla prevaricazione dell’apparato, di fronte alla perdita dell’unità delle istituzioni, il corpo sociale deve difendere l’ordine violato e spetta al popolo la sua difesa. Ora, nel

²⁾ C. Mortati, *Commento all’art. 1*, in *Comm. Cost. Branca*, I, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., 1975, p. 32, nota 1.

commentare l'art. 1 della Costituzione, Mortati ritiene che il diritto di resistenza si sarebbe potuto desumere dalla lettura combinata degli artt. 1 e 3 secondo comma della costituzione (3). Si tratta di un ripensamento teorico che fa della resistenza un dovere di difendere la costituzione ai fini della realizzazione della solidarietà democratica. Come dice Mortati, si tratta di un dovere che non ha a che fare con il rifiuto dell'ordinamento e quindi con la rivoluzione. Si tratta semplicemente di un' "... applicazione dell'esigenza della preminenza del fine sui mezzi, quando questi si rivelino inadonei" .

La resistenza, collegata ancora con la piena sovranità del popolo, è un momento di difesa della costituzione e dei suoi valori quando questi valori dovessero essere messi in discussione.

Ma come mettere in relazione sovranità e resistenza? Mortati scrive in un foglietto, sono sempre gli appunti per la preparazione della relazione di Sassari, che la fonte del diritto di resistenza non è la sovranità popolare, ma sono i diritti inviolabili. E qui devo aggiungere che del diritto di resistenza Mortati parla anche nel Corso di diritto pubblico. Mettendo accanto l'edizione 1962 e quella del 1975 non troviamo grandi differenze se non una chiusura del paragrafo del 1975 dove, dopo aver detto che il popolo, insorgendo a sostegno della costituzione materiale contro i tentativi di sovversione effettuati da chi, assunto al potere di governo, si rivolge contro il regime, "assume una figura che si potrebbe assimilare a quella del *negotiorum gestio*", aggiunge: "all'infuori di questa ipotesi il movimento popolare contro i poteri costituiti assume il diverso carattere di 'rivoluzione'".

Ma il capitolo in entrambe le edizioni si chiude con il riferimento alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Quale il bene protetto dal diritto di resistenza? Potrebbe essere l'ordinamento giuridico oggettivo, contro il quale il diritto di resistenza non si pone se non per

3) Cfr. anche L. Carlassare, *Stati di eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Mortati*, in AAVV., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 490: a garantire contro gli abusi e l'arbitrio del governo "in ultima istanza si ipotizza il ricorso ad un'altra forma di garanzia: la resistenza. Resistenza in primo luogo dell'opposizione in seno al parlamento, e resistenza popolare al di fuori, diretta sempre alla reintegrazione dell'ordine costituzionale".

conservarlo entro i limiti costituzionali. Ma più probabilmente sono i diritti dell'uomo, garantiti, peraltro, dalla Costituzione. È chiaro, comunque, che il diritto-dovere di resistenza, di cui si parla, è sempre all'interno dell'ordinamento e mai contro l'ordinamento. Senza la presenza costante del cittadino, senza la sua vigile virtù civica, quindi il suo consenso ma anche la sua voce critica, la democrazia potrebbe restare una *fictio* ma niente di più.

Ma può Mortati considerare il dissenso quale fattore di partecipazione e integrazione? Può vedere la sovranità popolare nella sua dimensione dinamica, come prassi deliberativa che riconosce il dissenso come un fattore di integrazione? Sovranità del popolo al quale appartiene, nelle dovute caratteristiche, senza alcun dubbio il potere costituente? Avrei qualche perplessità a credere che Mortati possa vedere nel dissenso un fattore di integrazione anche perché non mi pare che abbia la consapevolezza che l'opinione inascoltata possa aver bisogno di rafforzarsi attraverso atti di resistenza. Ma come si può coniugare la resistenza con la pubblica opinione?

Nel momento in cui prepara la relazione per Sassari Mortati si rende conto della crisi della rappresentanza e sa anche che la pubblica opinione può essere manipolata.

Ricorda giustamente Lanchester che Mortati ha una intensa sensibilità realistica che connette il mondo dei principi e dei valori alla concretezza dei rapporti di forza.

Nella visione di Mortati, è la dialettica tra costituzione formale e soggetti politicamente rilevanti, ad essere importante. Ma quale il ruolo che questi soggetti politicamente rilevanti – da vedere come si individuano – svolgono? E il concetto di soggetti politicamente rilevanti non rinvia ad un problema di forza e alla distanza che può separare la quantità dalla qualità? Scrive Mortati, in uno di questi foglietti, che la resistenza trova la sua fonte in se stessa, non “nella sovranità popolare, ma nei diritti inviolabili, ancora nella sua riuscita nel porsi come diritto vivente”.

La sua fonte è sempre comunque a) il diritto o naturale positivizzato, vale a dire i diritti inalienabili, o b) il diritto espressamente positivo. Ma cosa intendere per rilevanza all'interno di un contesto concreto? Come si realizza la mediazione tra l'insieme dei cittadini e i soggetti politicamente rilevanti? Come far sì che la resistenza possa diventare rilevante? Cioè possa avere successo? Alla fine, la resistenza viene

legittimata solo *ex post* in base al suo successo. Il punto è, dunque, che la qualità può diventare quantità legittimando i suoi contenuti solo attraverso il successo. Ma come far sì che si passi dalla qualità alla quantità, quindi al successo che la legittima - se il diritto di resistenza trae solo da sé la sua legittimazione e non è riconosciuto come diritto in quanto tale? Come le minoranze, su cui pure Mortati si sofferma - ma si tratta quasi sempre di minoranze di natura diversa - possono legittimamente far sentire la loro voce in termini reali e concreti e diventare rilevanti? E qui non posso che ricordare quanto dice Cervati: "l'approfondimento del tema del diritto di resistenza, soprattutto se considerato in connessione con eventuali forme di disobbedienza civile ed in genere quale strumento a disposizione di formazioni di cittadini che si autoassumono funzioni di tutela di interessi trascurati o violati dai poteri pubblici, rivela una potenzialità dirompente. Esso si fonda infatti sull'idea che in un ordinamento effettivamente operante sotto l'impulso del principio democratico le forze che garantiscono il mantenimento della Costituzione dovrebbero vivere dell'intervento diretto e cosciente di ogni cittadino in quanto tale" (4).

A leggere il Mortati degli anni settanta si potrebbe avere l'impressione che non sia cambiato molto. Ma proprio negli appunti per la preparazione della relazione per il convegno sassarese Mortati sottolinea che i congegni istituzionali, di cui aveva parlato a garanzia dei cittadini, non bastano, ma che la resistenza può essere anche effettuata nei confronti di questi organi posti a tutela dei cittadini quando essi dovessero prevaricare.

E proprio il tema del potere costituente spinge a guardare alla resistenza, come un momento della dialettica libertà e potere, ma, come scrive in un altro foglietto Mortati, "è la contrapposizione tra fatto e diritto che altera lo schema astratto di libertà e autorità". Ed ecco che si impone il rapporto antitetico tra obbligo giuridico e resistenza, tra resistenza e principio di legalità. E in un altro appunto di Mortati si legge "legittimità contro legalità" "inteso il dualismo nel senso di diritto in atto e diritto in divenire". Quindi stretto legame tra resistenza e costituzione materiale. Resistenza e

4) A. A. Cervati, *Le garanzie costituzionali nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 462.

dinamismo sociale. Nell'appunto si legge ancora "conflitto di forze sociali. Le nuove élites al posto delle vecchie". Di fronte alla situazione di fatto si determinano nuovi equilibri. Ma si legge ancora in un appunto immediatamente vicino a quello appena richiamato che il "fatto si richiama a principi dell'ordinamento, determinando ordini di priorità e di scelta attraverso l'intervento dell'organo legale che ratifica", ma anche "fatto che esce dallo schema realizzando rottura non dell'ordinamento ma del sistema normale (o normativo) dell'azione dello stato (emergenza)", infine "fatto rivoluzionario che nega la struttura".

Quando Mortati prende appunti per la relazione di Sassari enumera i caratteri della resistenza che considera "espressione di volontà minoritaria che tende a forzare la maggioranza" "fuori dai mezzi legali o abusando di essi". "Creando una struttura organizzativa, utilizzando quella in atto presente".

Essa trova il suo fondamento a) nel diritto naturale positivizzato, e qui torna il rispetto completo e pieno di Mortati per la costituzione che vorrebbe pienamente attuata. Ed è per questo che aggiunge che il fondamento della resistenza è

b) nel diritto positivo ed è in questo aspetto che Mortati lo mette in relazione ai principi:

1. non attuati oppure che siano attuati innovando rispetto al senso voluto dalla cost.
2. disconosciuti in modo da far venir meno quelli attuati.

Ma subito dopo scrive in un foglietto che è anche di difficile decifrazione

3. "si ...momento compromissorio facendo prevalere una delle alternative (quella che assicura una maggiore giustizia)". È un punto che ricorda il volume del 1945, sul quale si è soffermato Lanchester quando dice che Mortati si rende conto che il potere costituente "quel terribile strumento di ristrutturazione straordinaria degli assetti di potere e di diritto", può essere esercitato anche da soggetti che prospettano differenti valori e principi nell'ambito di un auspicato compromesso efficiente (relazione alla commissione Forti)

Ma è vero che, per quanto riguarda la sua giustificazione, essa "non è diversa dalle altre: è l'effettività, alla stregua dei risultati finali non incontra o supera le repressione" in "quanto riesca a superare le repressione e conseguire i suoi fini".

Tralascio altri appunti che riguardano la resistenza individuale e collettiva, su cui si sofferma anche nel corso di diritto pubblico. Per Mortati quest'ultima è "espressione del pluralismo delle forze", ma nello stesso foglietto, subito accanto, appunta "La crisi della rappresentanza partitica" e ancora "anarchia".

A questo punto il dinamismo sociale, di cui Mortati è fortemente consapevole, porta ad andare oltre Mortati, pur partendo da Mortati (Lanchester ci dice che il contributo di Mortati deve essere analizzato in maniera dinamica). E qui vorrei fare un'ultima considerazione sul diritto di resistenza con attenzione al dinamismo della costituzione materiale, e quindi guardare alla posizione di Mortati, alla sua consapevolezza, che ho già richiamato, con riferimento alla commissione Forti, che il potere costituente possa essere esercitato anche da soggetti che prospettano differenti valori e principi nell'ambito di un auspicato compromesso efficiente.

Con Mortati, oltre Mortati, si può guardare alla resistenza nel contesto degli ultimi trenta anni, quando la trasformazione della società e la conclamata crisi della democrazia rappresentativa sembrano richiedere forme partecipative di nuovo tipo nascenti anche dall'affacciarsi di "differenti valori e principi" in cui consenso e dissenso esprimono entrambi il senso e il bisogno della partecipazione.

Negli appunti per Sassari leggiamo ancora che la resistenza "può esercitarsi in corrispondenza con i mezzi di cui dispone", ma che poi trova nel suo fine la sua vera legittimazione.

Mortati ci invita a riflettere sul problema della mediazione tra la società che, non che essere costituita ormai da un insieme di corpi intermedi, è diventata un insieme di strutture confliggenti, e uno stato che sta modificando i suoi contorni.

All'epoca della costituente prevalse la tesi che – pur senza negare valore al principio della resistenza e senza escluderne la capacità di produrre effetti giuridico-costituzionali – rimarcava l'impossibilità per il diritto di riconoscere situazioni anti-giuridiche, di cristallizzare le modalità dello stesso diritto di resistenza. Il carattere metagiuridico del diritto di resistenza poteva forse avere a che fare coll'obbligo politico, quindi si poteva delineare come un dovere, poteva avere una funzione

pedagogica, come ricorda Mortati nel corso di diritto pubblico, ma non con l'obbligo giuridico che non poteva mai essere messo in dubbio.

Ma negli anni Settanta, come ho già ricordato, nel Commentario alla Costituzione Mortati teorizzò forme di esercizio della sovranità popolare "di germinazione spontanea" e tra queste incluse la resistenza. Nel suo commento all'art. 1 della Costituzione, afferma: "Per contestare l'ammissibilità del diritto di resistenza non vale richiamarsi alla decisione della Costituente di eliminare la norma del progetto che lo prevedeva. In realtà dalla discussione non emergono chiaramente i motivi del rigetto, molto contestato, ma prevalente sembra essere stata l'opinione dell'inutilità di una norma che disciplini i modi di esercizio di un diritto che, per sua stessa natura, sfugge ad astratte predisposizioni".

Resta la difficoltà della pensabilità della resistenza come diritto per il giurista positivo, all'interno di un ordinamento costituzionale liberal-democratico, ma io direi non all'interno di un ordinamento democratico coerentemente inteso. Anche negli anni Settanta, pur allargando la sua visione e rendendosi conto della complessità e problematicità del tema, Mortati non fa quel passo ulteriore che possa fargli riconoscere non la possibilità della resistenza ma il 'diritto' di resistenza.

Eppure Mortati ci dice che quello che è importante è una lettura dei mutamenti sociali che sono alla base delle istituzioni, e quindi ci invita ad avere la consapevolezza della necessità di seguire sempre un criterio di adeguatezza descrittiva. La lettura di Mortati, di un Mortati che si lega in qualche modo a Gaetano Mosca, può darci indicazioni ancora oggi e, forse, getta qualche raggio di luce per completare una riflessione sulla distanza che separa la distribuzione di diritto dei poteri politici dalla distribuzione di fatto, il potere formale sancito da norme, da quel potere sociale, appannaggio di una classe dirigente costituita da tutti i titolari di un potere *effettivo* sul piano della capacità di direzione di un Paese (5). Ed è proprio su questo punto che sorgono alcune riflessioni che prendono vita dal processo di deconstituzionalizzazione accompagnato dal mito della costituzione. Vale a dire la dinamicità interna al sociale del potere di fatto. Il potere costituente si gioca tutto sulla dialettica tra le forze sociali

5) G. Mosca, *Teorica dei governi e governo parlamentare*, a cura di G. Sola, Torino, Utet, 1982, pp. 365-366.

e tra un potere costituente costituito e un potere costituente reale o emergente. Esiste un piano della pensabilità dello stato, che è quello concreto di una realtà e vita statale, che sfrutta la produzione discorsiva creata dalla teoria e deve confrontarsi col piano dei poteri reali che sottende entrambi i momenti e che trova nella società la sua struttura. Il potere costituito si serve delle garanzie costituzionali fino a quando queste sono utili alla sua sopravvivenza ma, nel momento in cui le trasformazioni socioeconomiche realizzano una trasformazione degli stessi poteri reali, tende a riproporsi come potere costituente – legislatura costituente -modificando le costituzioni stesse quando le garanzie in esse contenute non rispecchiano più il suo interesse perché sono sopravvenute forze e dinamiche nuove, nuovi soggetti – rilevanti diremmo- che pretendono di essere riconosciuti e tendono a porsi come nuovo potere costituente e da cui forse occorre difendersi.

Riprendo il brano di Mortati che ho riportato all’inizio: La resistenza “si presenta come movimento ineliminabile del ritmo di sviluppo di ogni organizzazione politica. È per suo tramite che forze sociali poste ai margini dell’apparato decisionale tendono ad inserirsi in esso, che situazioni soggettive di vantaggio giungono a trovare il sostegno di garanzie istituzionali e così assorbire nell’una o nell’altra guisa il contenuto e la ragione di una resistenza diversa da quella che trova in esse soddisfazione, salvo a riprendere il suo ruolo quando l’equilibrio raggiunto si dissolva per sopravvivere di nuove situazioni, quali quelle che inducono i detentori del potere di scuotere il giogo dei limiti ad esso imposti, o le altre che sorgono dal sociale tese alla ricerca di nuovi assetti istituzionali”.

È per questo che occorre ripensare le coordinate del fenomeno stato – e a mio giudizio sta qui la possibilità di aggiornare Mortati e il suo modo di delineare il diritto di resistenza.

Partendo dalla considerazione che si tratta di discutere entro un quadro di accettazione del principio democratico, come definire quali siano i poteri rilevanti? È la costituzione a legittimare, incorporandoli e strutturandoli, i poteri reali della società o sono questi poteri ad autoinserirsi o a chiedere di essere inseriti nella struttura costituzionale formale che quindi va trasformata? In questo braccio di ferro il tema

della legittimazione rincorre il tema del soggetto del potere costituente nel suo rapporto col potere costituito. E non possiamo meravigliarci più di tanto se nell'ultimo secolo sono emerse associazioni terminologiche quali, da un lato, *legislatura costituente*, già accennata e ricordata da Lanchester, e, dall'altro, *guerra costituente* e *disobbedienza civile costituente*, quasi a riproporre, in una società plurale, la distanza tra potere e potere, l'uno appartenente alla classe politica che governa, l'altro, che trova il suo *locus* nella società nella quale si presenta, in periodi di mobilità e transizione, sotto forme diverse e contrapposte, che si definiscono nella separazione esistente tra l'assetto dei poteri effettivi, che indirizzano e dirigono, in maniera chiara o occulta, i poteri governativi, e un assetto emergente, o che tenta di emergere, un potere *in nuce*, che è quello che sembra emergere dalla complessità del sociale e che, non entrando nel gioco dei poteri reali, prende sempre più consapevolezza di questa emarginazione e del fatto che l'emarginazione stessa viene giustificata ideologicamente in vario modo anche grazie ad un uso anomalo del linguaggio. La vera dialettica tra poteri è proprio quella esistente tra queste due forme di potere quando nella dinamica sociale si individuano forze nuove contrapposte e conflittuali pronte ad entrare nel gioco dell'assetto dei poteri.

Andiamo incontro a considerare la costituzione come costituzione infinita, come ha prospettato Maria Rosaria Ferrarese, cioè quella costituzione che non si conclude con un documento ma è perennemente incompiuta e in attesa di nuovi apporti e combinazioni? Costituzione infinita o costituzione dinamica, rapporto tra potere costituente nella sua conflittuale configurazione che aspetta l'esito della lotta, e potere costituito? Da un lato, la costituzione realizza l'incontro del diritto con la politica, dall'altro, esemplifica lo spirito contrattualistico che 'valorizza' la forma contrattuale per se stessa, per cui si realizza una contrattazione permanente sempre basata sui rapporti di forza, che rende difficile l'equilibrio e che contrasta con la realtà stessa di una 'costituzione', essendo più vicina ad un costituire continuo.

Sembra realizzarsi una fusione tra l'orizzonte convenzionalistico e quello positivistico, tra Hobbes e Hume. Il convenzionalismo hobbesiano, intrecciandosi con la

‘convenzione’ di Hume, conduce a un’area pragmatica e procedurale di formazione delle regole, a uno scenario di tipo evolutivo.

La costituzione come volontà di fondazione risponde ad un volontarismo e ad un rifondazionismo che ben si lega con l’onnicestrismo che richiede non tanto il rispetto di gerarchie quanto coordinamento tra i vari poteri. Si tratta di mettere in discussione la equivalenza – tutta occidentale – tra stato e ordinamento giuridico? Vale a dire, lo stesso assetto di poteri, dal quale poi in definitiva ha avuto origine la costituzione formale che su di esso si riversa, è dinamico e mutevole e, proprio per questo suo dinamismo, cerca e trova nella costituzione formale una garanzia almeno fino a quando le trasformazioni sociali non siano tali da rendere difficile un assetto duraturo di poteri. Non la società condiziona la norma né la norma subordina a sé il dato sociale, ma c’è una continua circolarità fra i due momenti. Il dato sociale, l’assetto dei poteri è quello che, nel momento della formazione di una costituzione formale, rivela il suo carattere rivoluzionario di potere costituente, che poi si trasforma in potere costituito per subordinarsi alla norma costituzionale. Ma non per ciò il dato sociale, sempre in evoluzione, perde la sua capacità di generare normatività sostanziale.

D’altra parte, la formulazione di una *disobbedienza costituente* mette in evidenza l’esigenza di riconoscere quel potere ampio anche se poco incisivo, ma che, attraverso atti di immediata evidenza, cerca di diventare incisivo, che la società deve arrogarsi se vuole vivere secondo il principio democratico, costituire la sua organizzazione politica e regolamentare i poteri che nella società esistono. È l’insieme di questi poteri a produrre decisione politica sul comune come potenza costitutiva dell’ordine civile.

Ora sia la primazia del soggetto economico quale potere costituente, che usa lo stato per i suoi fini, sia la formulazione di un potere costituente, che nasca dalla comunità anche in termini di disobbedienza civile costituente, esprimono forse la consapevolezza che si sta arrivando ad una trasformazione della realtà stato il quale potrebbe assumere un carattere chiaramente derivato rispetto ad una presenza umana costitutiva dell’esperienza politica (6). Ed è ben interessante che la formulazione di una disobbedienza civile costituente, che denuncia il ricorso al mito della fondazione

6) F. Riccobono, *I diritti e lo Stato*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 29.

continua, e quindi anche una stretta parentela con la rivoluzione permanente di Rosa Luxembour, faccia leva proprio su una costituzione, garante dei diritti fondamentali, ma anche disponibile ad adeguare continuamente le strutture istituzionali ai cambiamenti sociali.

È chiaro che, di fronte al principio democratico che, se accettato, rende impossibile la rivoluzione, a venire in primo piano è l'evidenza di qualche forma partecipativa che costituisce il mondo comune. La legislatura costituente e la disobbedienza costituente sono risposte contrapposte ad una democrazia che fa naufragio. L'esigenza di rivisitare il principio di legittimazione si accompagna al bisogno di rispondere alla domanda sulla titolarità della sovranità in termini non solo giuridici ma prima di tutto fattuali, tuttavia di una fattualità produttrice di giuridicità e che dalla giuridicità si sente garantita o chiede di essere garantita. La titolarità della sovranità – al pari della legittimità della resistenza di mortatiana memoria -diventa attribuibile solo di fatto ed *ex post* in base al consenso che realizza e quindi al successo.