



CONTINUITÀ E ROTTURA COME PROBLEMA GIURIDICO*

di Luca Albino**

SOMMARIO: 1.Premessa - 2.Continuità e rottura come problema giuridico – 3.La prospettiva Kelseniana – 4.La prospettiva Schmittiana – 5.Approcci e prospettive della dottrina italiana – 6.Considerazioni di sintesi – 7.La transizione italiana 1943-1946. Continuità e rotture.

1. Premessa

Gli ordinamenti costituzionali non vivono in una dimensione atemporale, ma collocata nel solco di una storia che prima di essere costituzionale è anche storica e politica. Di conseguenza, lo studio dei profili di un ordinamento costituzionale statale comporta anche l'analisi dei suoi profili dinamici. Ponendoci in tale dimensione temporale, il dato da cui occorre partire risiede nel fatto che un dosaggio tra elementi di continuità ed elementi di discontinuità o rottura è in genere presente in tutti i grandi svolgimenti storici anche in quelli che si autodefiniscono rivoluzionari. Il passaggio da un ordinamento costituzionale ad un altro non è infatti mai netto, con una linea di demarcazione ben definita nel segno della rottura ovvero della continuità, ma comporta una serie di fasi storiche di transizione costituzionale o fasi costituenti nelle quali si sovrappongono siffatti elementi in una estrema variabilità di forme.

Per poter procedere ad un'analisi dettagliata di un singolo ordinamento costituzionale nella sua dimensione dinamica occorre preliminarmente chiarire cosa si debba intendere per 'continuità' e di conseguenza cosa sia una 'rottura'. La problematica del rapporto continuità/rottura ha una sua complessità strutturale, la letteratura sul tema è vastissima e

* Contributo pubblicato previa accettazione del comitato scientifico del Convegno. Relazione presentata al Convegno svoltosi il giorno 5 aprile 2017, presso la Sala lauree del Dipartimento di Scienze Politiche di Sapienza, Università di Roma, patrocinato e organizzato da ANPPIA (Associazione Nazionale Perseguitati Politici Italiani Antifascisti) e Master in Istituzioni Parlamentari "Mario Galizia" per Consulenti d'Assemblea.

** Ricercatore confermato, professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università della Calabria.

in questa sede se ne potrà dare solo una traccia sintetica così come sarà evidentemente possibile affrontare in rapida sintesi l'analisi di oggetti quali Stato, Costituzione, popolo che presiedono al problema in esame. In modo particolare, l'ambito temporale-spaziale oggetto del presente studio è quello della transizione italiana degli anni 1943-1946. Tale vicenda politico-istituzionale si colloca nello sfondo storico della drammatica vicenda bellica della seconda guerra mondiale e si intreccia con le vicende del superamento del modello di stato liberale da un lato e del crollo dello stato totalitario dall'alto. Si è scelto dunque, nell'economia del presente lavoro, di analizzare i diversi approcci dottrinari (che sinteticamente possono essere definiti normativisti, sostanzialisti e istituzionalisti) attraverso il pensiero di alcuni tra i maggiori esponenti, con un particolare focus di attenzione su alcuni dei migliori contributi della dottrina italiana.

2. *Continuità e rottura come problema giuridico*

Come ricordava R. Orestano, riflettendo sul concetto di ordinamento giuridico: *“Ogni concetto, ogni astrazione della scienza del diritto è da reputarsi infatti come una decisione metodologica, come un deliberato proponimento di guardare gli «oggetti» considerati in certe maniere e non in altre, di dare rilievo a certi tratti, di stabilire e considerare essenziali certe relazioni. Da ciò il carattere «arbitrario» dei concetti giuridici. E non ci si allarmi della parola, perché qui «arbitrario» si dice nel senso in cui oggi si dice «arbitraria» ogni scienza nel porre – attraverso un delicatissimo gioco di scelte – le proprie stipulazioni fondamentali, mediante le quali essa costruisce ad un tempo il proprio «oggetto», il proprio linguaggio e se medesima.”*¹

E dunque le ricostruzioni della dottrina sono simili oppure divergenti, distinguendosi per gli approcci teoretici che stanno alla base di tali studi, ma anche risentendo delle diverse concrete esperienze storico-politiche, con le conseguenti determinazioni dogmatiche, che hanno portato - e porteranno sempre - a differenziazioni ma anche a parallelismi non solo nelle tesi conclusive ma anche nelle ipotesi di partenza.

Come si diceva poc'anzi, l'analisi di una questione giuridica come quella in esame è debitrice dei diversi approcci dottrinari ma anche della definizione degli oggetti di studio, primo fra tutti quello di Stato. Com'è noto, il concetto di Stato si manifesta, agli occhi dello studioso, come uno di quelli dotati di grande ricchezza e pluralità di significati. Senza alcuna pretesa di compiutezza si può ricordare che l'espressione Stato può rimandare da un lato al concetto di istituzione sociale organizzata che ha un ordinamento giuridico dotato di una forza particolare e che si manifesta nelle sue norme, dall'altro al concetto di ordinamento giuridico quale sistema normativo ordinato, sistema di norme.

Dunque il problema della continuità dell'identità dello Stato può tradursi o nel problema della continuità dell'identità del gruppo sociale che sta alla base dello Stato e che si esprime anche attraverso le sue norme o nel problema della continuità dell'identità del sistema normativo.

¹ R. ORESTANO, *Concetto di ordinamento giuridico e studio storico del diritto romano*, in *Jus*, 1962, 35 ss.

Nell'economia del presente lavoro l'analisi comporta dunque la necessità di porsi in una duplice prospettiva. In primo luogo occorre individuare l'oggetto dell'analisi e cioè è il c.d. ordinamento statale di riferimento. L'individuazione di tale ordinamento (fattore teoretico) va fatta con criteri formali, di teoria generale (teoretici appunto) volti a individuare i profili di continuità e rottura rispetto agli altri ordinamenti statali soprattutto di quelli che lo hanno preceduto. In altri termini, tale punto di vista osserva il fenomeno dal punto di vista esterno cioè esaminando i rapporti tra Stati per arrivare a definire, in una specifica vicenda storica concreta, l'esistenza di un rapporto di continuità cioè il permanere dell'identità ovvero uno di rottura che comporta l'estinzione e la nascita di un nuovo Stato.

In secondo luogo, individuato e distinto l'ordinamento statale di riferimento in riferimento agli altri ordinamenti statali, occorre poi passare ad analizzare le norme costituzionali di tale ordinamento nel loro rapporto di continuità/rottura con quelle immediatamente previgenti o quelle ancora anteriori. Tale operazione valutativa (fattore dogmatico) va fatta con criteri sostanziali, tenendo conto del diritto positivo quanto al contenuto, all'oggetto, ai mezzi o alle forme del mutamento ed in particolare dei molteplici rapporti tra i nuovi principi fondamentali e quelli dell'/degli ordinamento/i previgente/i². In tal senso tale prospettiva si focalizza, nell'analisi dell'ordinamento costituzionale, sulla società di riferimento. Il problema della continuità/rottura di un ordinamento statale può quindi sintetizzarsi nello stabilire se un ordinamento statale o gli ordinamenti statali che succedono ad un altro siano realmente nuovi oppure se uno di essi possa ricollegarsi con un vincolo di continuità al precedente Stato.

In via preliminare va detto che, pur avendo scelto un approccio teoretico per l'analisi del profilo della c.d. continuità esterna, l'estinzione di uno Stato e quindi l'interruzione della sua continuità non può farsi solo in astratto. Il metodo deve comunque tenere conto delle esperienze concrete, e come si vedrà, le diverse ricostruzioni teoretiche concordano sul rilievo da dare, in tale prospettiva al criterio dell'effettività variamente identificato. D'altro canto, come è assodato, i casi della vita sono infiniti e le norme sono finite ed inoltre l'analisi della continuità dello Stato viene generalmente operata con riferimento ad una specifica situazione storico-politica. Peraltro, come si accennava all'inizio, la nozione di Stato è una di quelle definite polisemiche; per cui in ragione delle opzioni scelte – soprattutto per ciò che riguarda gli elementi costitutivi – si avranno risultanze diverse in merito al problema della continuità.

Ad ogni modo, fatte queste premesse si può dire che la rottura della continuità dello Stato da un punto di vista esterno e cioè la perdita della sua identità, si ha quando vengano meno gli elementi essenziali correlati che definiscono l'entità Stato. In via definitoria e preliminare e con riserva di ritornare sull'argomento per analizzare i diversi approcci dottrinari, si può dire che caratteristica essenziale di un ordinamento statale è quella di

² Così A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2009, 24 ss.

assumere decisioni ultime, nei limiti che sono dati dai suoi fini, nell'ambito di un certo popolo e di un certo territorio e di pretendere l'esercizio esclusivo della coercizione fisica³.

Interrogarsi sul rapporto di continuità/rottura da tale prospettiva vuol dire affrontare il problema di quali limiti alla revisione costituzionale vadano superati affinché si produca una rottura della Costituzione vigente cioè una frattura dell'identità dello Stato da un punto di vista interno. Invece, la relazione tra continuità 'esterna' e continuità 'interna' non è strutturata secondo un rapporto di d'implicazione semplice per cui ad ogni rottura costituzionale corrisponde la rottura della continuità esterna dello Stato e quindi la sua estinzione. Le due variabili possono incrociarsi tra loro secondo diverse modalità e anche relativamente a questo secondo profilo l'analisi giuridica è evidentemente debitrice ai diversi approcci dottrinari.

3. La prospettiva Kelseniana

Secondo l'approccio che si può definire normativistico e che vede in **Hans Kelsen** probabilmente il suo maggior esponente, l'esistenza di uno Stato presuppone non solo uno spazio (il territorio) ma anche un tempo. Spazio e tempo definiscono così le sfere di validità territoriale e temporale di uno Stato⁴. Kelsen afferma il principio per cui un ordinamento giuridico statale debba essere efficace per essere valido. Per comprendere tale affermazione occorre ricordare quali sono i postulati della riflessione kelseniana sul diritto e sugli ordinamenti. Secondo l'Autore esistono 'i due regni'. Il primo, il regno della realtà, dell'effettivo comportamento umano, dell'essere è quello al quale appartiene l'efficacia Il secondo regno è quello del diritto, del sistema di norme, del dover essere, al quale appartiene il concetto di validità. Tali 'regni' devono essere necessariamente separati, ma devono presupporre reciprocamente. Non esiste cioè diritto senza efficacia in quanto "ogni norma perde la sua validità quando l'ordinamento giuridico totale alla quale essa appartiene perde, nel suo complesso, la sua efficacia. (...) L'efficacia dell'intero ordinamento giuridico è una condizione necessaria per la validità di ogni norma nell'ordinamento"⁵.

Tuttavia Kelsen precisa che l'efficacia dell'ordinamento giuridico totale è condizione, non fondamento della validità delle norme che lo compongono. In altri termini, le norme sono valide non perché l'ordinamento totale sia efficace, bensì perché sono state create in modo conforme alla costituzione. La loro validità è tuttavia condizionata dall'efficacia dell'ordinamento totale al quale appartengono. Viceversa, le norme cessano di essere valide non soltanto quando vengono abrogate in modo conforme alla costituzione,

³ Così A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2009, 23.

⁴ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 223.

⁵ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 122-123

ma anche quando l'ordinamento totale cessa di essere efficace. In conclusione secondo Kelsen: *“il principio di legittimità è quindi limitato dal principio di effettività”*⁶. Anche la norma fondamentale di un ordinamento non sfugge a tale schema. Infatti *“il contenuto di una norma fondamentale è determinato da quei fatti mediante i quali un ordinamento viene creato ed applicato, ed ai quali si conforma, in complesso, il comportamento degli individui regolato da tale ordinamento. La norma fondamentale di qualsiasi ordinamento positivo conferisce autorità legale solo a fatti mediante i quali sia creato ed applicato un ordinamento, in complesso, efficace”*⁷.

A ben vedere tale assunto altro non è che il principio di effettività proprio del diritto internazionale il quale stabilisce che un ordinamento statale incomincia ad essere valido non appena è diventato, nel complesso, efficace e cessa di essere valido non appena perde questa efficacia⁸. L'Autore ricorda come ai sensi di tale principio, *“una autorità in fatto costituita, è il governo legittimo, l'ordinamento coercitivo posto in essere da tale governo è l'ordinamento giuridico, e la comunità costituita da tale ordinamento è uno Stato nel senso del diritto internazionale, in quanto questo ordinamento è, nel suo complesso, efficace. Dal punto di vista del diritto internazionale, la costituzione di uno Stato è valida soltanto se l'ordinamento giuridico stabilito sulla base di questa costituzione è, nel suo complesso, efficace. E' questo generale principio di effettività, norma positiva del diritto internazionale, che, applicato alle circostanze concrete di un particolare ordinamento giuridico statale, fornisce la norma fondamentale di questo ordinamento giuridico statale. Pertanto, le norme fondamentali dei vari ordinamenti giuridici statali sono esse stesse basate su una norma generale dell'ordinamento giuridico internazionale”*⁹. La conseguenza com'è noto, è da un lato quella del 'primato' del diritto internazionale, quale ordinamento giuridico al quale sono subordinati tutti gli ordinamenti giuridici statali, dall'altro quella che *“l'unica vera norma fondamentale, quella norma cioè che non è creata mediante un procedimento giuridico, ma è presupposta dal pensiero giuridico, è quindi la norma fondamentale del diritto internazionale”*¹⁰.

Dal principio di effettività discendono gli elementi che, secondo Kelsen, identificano l'ordinamento statale e cioè l'esistenza di un governo indipendente, l'emanazione, da parte del governo indipendente, di un ordinamento coercitivo per un dato territorio, l'effettività del potere del governo, cioè la capacità del governo di ottenere obbedienza al suo ordinamento da parte degli individui viventi in quel territorio. Partendo da tali condizioni e passando al problema della continuità esterna dello Stato, anche questa viene fatta dipendere dalle categorie del diritto internazionale. Lo Stato conserva la propria identità fin tanto che il territorio resta essenzialmente lo stesso. Kelsen sottolinea infatti che il punto

⁶ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 120

⁷ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 122

⁸ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 225.

⁹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 123

¹⁰ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 123

essenziale, che consente di definire la cessazione dell'esistenza di uno Stato, non è l'effettività del potere di un governo, ma quello territoriale. In altri termini, se il territorio resta nella sua integrità territorio di uno Stato non si può affermare che uno Stato abbia cessato di esistere e che un altro Stato sia nato in quel territorio. In questo caso è sempre lo stesso Stato che continua ad esistere, ma sotto un nuovo governo salito al potere mediante un evento rivoluzionario. Come afferma l'Autore: *“una rivoluzione vittoriosa o un colpo di stato riuscito non distrugge l'identità dell'ordinamento giuridico che esso muta.”*¹¹. Così il governo portato al potere da un evento rivoluzionario è, ai sensi del diritto internazionale, il governo legittimo dello Stato la cui identità non è toccata da questi eventi.

Passando al secondo profilo – e cioè la continuità da un punto di vista 'interno', occorre ricordare come, secondo tale approccio, ogni ordinamento giuridico statale si fonda su una norma fondamentale di riconoscimento o sulla produzione giuridica (“Grundnorm”) dalla quale derivano tutti gli atti fonte legittimati a produrre validamente le altre norme che compongono l'ordinamento stesso. Come è noto Kelsen sostiene la tesi che *“la norma fondamentale non è creata mediante un procedimento giuridico da un organo che crei il diritto. Essa non è valida – come lo è una norma giuridica positiva – perché è stata creata in una determinata maniera da un atto giuridico, ma è valida perché è presupposta valida; ed è presupposta valida, perché senza tale presupposto nessun atto umano potrebbe essere interpretato come un atto giuridico, e specialmente come creativo di norme (...). L'intera funzione di questa norma fondamentale è quella di conferire il potere di creare diritto all'atto del primo legislatore ed a tutti gli altri atti basati sul primo atto”*.¹² Tale Grundnorm sta fuori e oltre la costituzione positiva di uno Stato e si riconduce al principio di effettività incorporato nel diritto internazionale. Tale principio va però riferito alla c.d. prima costituzione di uno Stato e quindi solo a questo ordinamento preso come un tutto. In altri termini, se noi consideriamo la validità dell'ordinamento nel suo complesso è evidente che essa è legata alla sua effettività. Tuttavia, secondo Kelsen, tale schema di rapporto validità-efficacia può – a certe condizioni – essere applicato anche all'analisi della struttura e della continuità da un punto di vista interno, in particolare al caso della perdita della validità dipendente da una perdita di efficacia: la desuetudine. Ma può rilevarsi anche il caso di validità di norme costituzionali del tutto sganciata dalla loro effettività. Anche una norma mai applicata potrebbe esserlo un bel giorno e non si potrebbe contestarne l'invalidità quale conseguenza della sua mancata applicazione¹³. L'ordinamento giuridico continua ad esistere fintanto che ogni modificazione costituzionale, più o meno vasta, possa venire legittimata in base ad un rapporto di coerenza con la norma fondamentale di riconoscimento. In tal senso si parlerà di continuità dell'ordinamento. In altri termini, ogni ordinamento costituzionale regola la

¹¹ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 225.

¹² H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 127-128

¹³ Così M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, A. CAZZETTA (a cura di) *Dalla costituzione “inattuata” alle costituzioni “inattuali”*, Milano, Giuffrè, 2013, 37.

propria produzione normativa ed in particolare la costituzione stabilisce nelle proprie disposizioni il procedimento di revisione della stessa.

Quando invece le modificazioni costituzionali non trovano più la loro legittimazione sulla norma fondamentale di riconoscimento dell'ordinamento anteriormente vigente, bensì su di una nuova, si determina una situazione di rottura e l'estinzione del vecchio ordinamento. E' evidente che tale modificazioni sono, rispetto all'ordinamento precedente, illegittime poiché tali modificazioni o addirittura la completa sostituzione della Costituzione precedentemente vigente con un'altra avvengono in modo non conforme alle disposizioni normative vigenti. In tale eventualità si parlerà evidentemente di rottura tra ordinamenti statali. Kelsen definisce tale eventualità 'rivoluzione'¹⁴. La rivoluzione, in senso lato comprensiva anche del colpo di stato, è “ogni modificazione costituzionale illegittima, cioè eseguita non conformemente alle disposizioni della costituzione, ovvero la sostituzione di una costituzione con un'altra. (...)”. Il fallimento dell'azione 'rivoluzionaria', invece, avrà come conseguenza la sopravvivenza del vecchio ordinamento e l'illiceità degli atti varati da coloro i quali avevano posto in essere l'azione rivoluzionaria. La conseguenza sarà che non nascerà nessun nuovo ordinamento e che il precedente ordinamento riesca a contrastare il tentativo rivoluzionario riaffermandosi nella sua vigenza ed effettività. In tal senso non vi sarebbe nessuna nuova norma fondamentale e la rivoluzione non sarebbe un procedimento per produrre nuovo diritto ma, ai sensi della costituzione vigente ed in particolare del diritto penale fondato su quest'ultima e ancora valido, una manifestazione del delitto di alto tradimento¹⁵.

Kelsen s'interroga, inoltre sull'essenza di una costituzione democratica e la rinviene anzitutto nel suo avere un fondamento normativo che, in ultima istanza, ritiene la costituzione valida perché è presupposta valida¹⁶. L'ordinamento può dirsi democratico se tutti i poteri sono subordinati alla costituzione. In altri termini, la costituzione democratica non potrà non essere repubblicana, ma anche e soprattutto pluralistica. E' questo un passaggio chiave della teoria kelseniana della costituzione; l'Autore, infatti, ritiene che la costituzione democratica non possa avere un fondamento unitario mediante il richiamo al potere costituente del popolo. La democraticità delle costituzioni del novecento risiede dunque nel loro essere senza autore, in quanto frutto di un complesso processo d'interrelazioni di svariati fattori e soggetti¹⁷. Appare centrale, quindi, il ruolo del Parlamento, quale organo nel quale, attraverso il processo della rappresentanza politica, il pluralismo trova la sua composizione. Tuttavia, la concezione procedurale della democrazia e della costituzione, non può non comportare la previsione di limiti alla legge quale atto della volontà della maggioranza parlamentare. In altri termini, la prevalenza della volontà maggioritaria non può arrivare fino al punto di divenire dominio di alcuni interessi sugli

¹⁴ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, (ed. ital. a cura di M.LOSANO), Torino, Einaudi 1966, 236.

¹⁵ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, (ed. ital. a cura di M.LOSANO), Torino, Einaudi 1966, 238

¹⁶ Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital a cura di S.COTTA e G. TREVES, Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 118

¹⁷ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino 1999, 152.

altri. Di conseguenza, la costituzione costituisce un limite preciso alla stessa legge che può essere fatto valere attraverso l'istituzione del controllo di costituzionalità delle leggi.

Kelsen sembra, così, voler sintetizzare due secoli di costituzionalismo, evidenziando la necessità di recuperare l'intuizione di quello americano della necessaria coerenza delle leggi con la costituzione. Ciò sul piano teorico si giustifica attraverso l'applicazione della costruzione gerarchica del sistema delle fonti del diritto. In altri termini, la prevalenza della costituzione non è altro che la prevalenza di una fonte di livello superiore la quale individua un modello di composizione della pluralità degli interessi rispetto ad un'altra fonte che è tale, solo in quanto individuata come fonte di produzione nella costituzione e che deve produrre diritto coerentemente al modello tracciato nella fonte superiore. Se, perciò, la costituzione democratica è necessariamente pluralista, anche la legge, per non essere dichiarata invalida, non può essere più ricondotta ad un elemento unitario e dominante.

Secondo Kelsen l'essenza di quello che si può definire potere costituente, risiede nell'esercizio di un potere di fatto rilevante per il diritto. Di conseguenza, l'organizzazione politica 'di fatto' si trasformerebbe in un'organizzazione giuridica e la costituzione sarebbe posta dallo Stato, perché lo Stato esiste prima del diritto. E anche quest'accezione è riconducibile alla già esaminata teoria, secondo cui la validità della costituzione deriva dalla norma fondamentale. Tale norma presupposta, consente di valutare l'attività costituente come norma giuridica oggettivamente valida. L'attività costituente è, in altri termini, un fatto giuridicamente rilevante perché qualificato come tale dalla norma fondamentale. Il rapporto tra fatto e diritto viene così capovolto; non è più il fatto che produce il diritto, ma il diritto che riconosce al fatto la capacità di produrre il diritto stesso¹⁸.

Nell'ambito delle teorie normativistiche possiamo ricomprendere anche la riflessione scientifica di Adolf Merkl¹⁹. Anche Merkl nei suoi studi individua una continuità interna, la c.d. Staatsrechtliche Kontinuität (tra costituzioni di uno Stato) e una continuità esterna, la c.d. Völkerrechtliche Kontinuität (tra Stati nell'ambito del diritto costituzionale). Nell'ambito della prima vanno distinte le modifiche conformi alle regole stabilite dalla costituzione (c.d. Verfassungsmässige) da quelle contrastanti con esse (c.d. Verfassungswidrige). Le seconde ovviamente comporteranno sempre una rottura della Costituzione (c.d. Verfassungsbruch).

4. *La prospettiva Schmittiana*

Come si accennava all'inizio, se si cambiano postulati, se si selezionano altre variabili di contesto, mutano in un certo modo anche le conclusioni. Esaminando l'approccio che si può definire sostanzialistico non si può non far riferimento a **Carl Schmitt**. La riflessione

¹⁸ Cfr. M. DOGLIANI, voce *Costituente*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1989, 283.

¹⁹ A. MERKL, *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano ed altri saggi* (ed. ital. A cura di C. GERACI), Milano, Giuffrè, 1987.

dell'Autore, (soprattutto nella *Verfassungslehre* (Dottrina della costituzione)²⁰ del 1928 e nel *Der Hüter der Verfassung* (Il custode della costituzione)²¹ del 1931,) si colloca storicamente in un periodo nel quale la riflessione kelseniana, il metodo formale normativistico viene sottoposto, soprattutto in Germania, a critiche serrate anche in considerazione di una realtà sociale ed economica particolarmente difficile. Tuttavia, tra l'approccio sostanzialistico e quello normativistico appena visto, relativamente al problema che si va affrontando in questa sede, esiste un comune punto di partenza: in caso di rivoluzione, possono essere introdotte nuove forme senza che cessi lo Stato, cioè l'unità politica di un popolo. L'approccio schmittiano a tale problema è però diverso da quello kelseniano. Secondo Schmitt il fattore da analizzare, per comprendere se, in una situazione di rottura costituzionale, ci si trovi di fronte anche ad una rottura della continuità dello Stato ovvero ad un permanere della stessa, è quello del comune fondamento del potere costituente. Di conseguenza non sono utili né le categorie del diritto pubblico interno né quelle del diritto internazionale in quanto *“il fatto che secondo il diritto internazionale, cioè in rapporto agli altri Stati non venga meno in questo caso la continuità dell'unità politica, è generalmente riconosciuto. Dal punto di vista del diritto pubblico interno da questa continuità discende che le leggi e le ordinanze precedenti, purché non contraddicano alla nuova disciplina, continuano senz'altro ad essere valide, cioè senza un particolare atto di accettazione (senza recezione) ”*²². Tale comune fondamento non verrebbe meno anche qualora ci fosse un mutamento nella specie fino ad allora esistita del potere costituente, ad esempio nel caso di una sostituzione di una costituzione monarchica nella quale il titolare del potere costituente è il re, con una democratica. In questi casi (e Schmitt a tale proposito cita alcuni esempi storici in cui il nuovo governo ha contestato la continuità dal punto di vista del diritto internazionale e del diritto interno) sembrerebbe interrompersi la continuità dello Stato. In realtà secondo l'Autore anche in tali situazioni dovrebbe potersi parlare di continuità poiché è possibile *“ricondere ogni costituzione, che abbia una durata, alla volontà espressa o tacita del popolo quale che sia il governo, cioè la forma di esercizio di questa volontà”*²³. Schmitt a tale proposito sostiene la tesi della continuità tra il Reich tedesco fondato nel 1871 e lo Stato tedesco che si era dato la Costituzione di Weimar del 1919.

Proprio perché molto legata alla vicenda storica tedesca, la riflessione schmittiana presenta una serie di limiti dal punto di vista teoretico. Rinvenendo infatti la continuità giuridica dello Stato anche in presenza di mutamenti nella specie del potere costituente, Schmitt nega essenzialmente la possibilità di una rottura della continuità dello Stato basandola su un concetto – espresso in forma piuttosto apodittica – quale quello di decisione politica fondamentale, di potere costituente vero e proprio che non può essere trasferito, alienato assorbito o consumato²⁴. Schmitt, in altri termini, sostiene la tesi che la

²⁰ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984.

²¹ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1981.

²² C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 133

²³ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 132

²⁴ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 130

continuità dello Stato non vada rinvenuta utilizzando il criterio dell'effettività che presiede al rinvenimento della personalità giuridica di diritto internazionale, ma sulla base della presunta inconsumabilità del potere costituente a prescindere dalle forme di esplicazione dello stesso. E tuttavia anche il potere costituente è un fatto, deve essere effettivo.

Secondo l'approccio c.d. sostanzialistico l'ordinamento anche nei suoi profili dinamici va analizzato soprattutto con riferimento alla sua costituzione materiale. Il rapporto di continuità (o di rottura) tra ordinamenti costituzionali va dunque analizzato tenendo conto dell'assetto complessivo degli interessi in un dato ordinamento o del fine perseguito dalle forze politiche dominanti o delle scelte politiche fondamentali di un determinato regime politico al di là dei dati ricavanti dalle disposizioni normative. Schmitt parte dal concetto di costituzione – in senso assoluto - di un determinato Stato come forma effettiva dell'unità politica di un popolo, ovvero *“il concreto modo di esistere che è dato spontaneamente con ogni unità politica esistente”*²⁵. *In tale accezione la costituzione può indicare rispettivamente la concreta condizione generale dell'unità politica e dell'ordinamento sociale di un determinato Stato, la forma particolare del potere che esiste in ogni Stato cioè la forma di Stato e anche il “principio del divenire dinamico dell'unità politica, del processo di nascita e di formazione sempre nuova di questa unità (...). Qui lo Stato è concepito non come qualcosa di esistente, di quietamente statico, ma come qualcosa che diviene, che nasce sempre di nuovo”* e che forma quotidianamente l'unità politica²⁶. Il termine costituzione – sempre in senso assoluto - può tuttavia anche significare un sistema normativo unitario e chiuso dalle norme più alte ed ultime cioè il concetto di costituzione come norma sulle norme. Afferma testualmente l'Autore : *“Qui la costituzione non è una condizione conforme a se stessa, e neppure un divenire dinamico, ma qualcosa di normativo, un semplice «dovere». Non si tratta però di singole leggi o norme, anche se forse molto importanti e poste in rilievo con contrassegni esteriori, ma in genere della normazione globale della vita statale, della legge fondamentale nel senso di una unità conclusa, di «legge delle leggi». Tutte le altre leggi e norme devono poter essere ricondotte a questa unica norma. Con questa accezione del termine lo Stato diventa un ordinamento giuridico che poggia sulla costituzione in quanto norma fondamentale, cioè una unità di norme giuridiche. Qui la parola «costituzione» indica una unità ed una generalità. È perciò pure possibile identificare Stato e costituzione. Non però come nel precedente significato della parola, dove è Stato = costituzione, ma viceversa: la costituzione è lo Stato, poiché lo Stato è considerato come qualcosa che deve essere conforme ad una norma e si vede in essa soltanto un sistema di norme, un ordinamento «del diritto», che esiste non conformemente all'essere, ma vige conformemente al dovere, che però ciononostante istituisce un concetto assoluto di costituzione – poiché qui è posta una unità sistematica, conclusa di norme ed è equiparata allo Stato –”*²⁷. Schmitt, come si accennava precedentemente, precisa tale concetto volendo sottolineare la differenza del suo approccio con quello delle teorie normativistiche e ovviamente in modo particolare con la riflessione scientifica di H. Kelsen. Quest'ultimo *“rappresenta pure lo Stato come un sistema e un'unità di norme giuridiche, a dire il vero senza il minimo tentativo di spiegare il principio logico e oggettivo di questa*

²⁵ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 16

²⁶ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 18

²⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 21

«unità» e di questo «sistema», e senza chiarire come accade e secondo quale necessità si verifica che le numerose disposizioni legislative positive di uno Stato e le diverse norme legislative costituzionali formino un simile «sistema» o una «unità». L'essere o il divenire politico dell'ordine dell'unità statale è trasformato in un funzionare, la contrapposizione di essere e dovere è continuamente confusa con la contrapposizione di essere sostanziale e funzionamento conforme alla legge." La differenza è netta. L'Autore, infatti, prosegue evidenziando come secondo Kelsen, invece, "hanno vigenza soltanto norme positive, cioè quelle norme che hanno effettiva vigenza; esse vigono non perché debbono vigere per la loro maggiore giustizia, ma senza riguardo a qualità come razionalità, giustizia, ecc., solo perché sono positive. Qui cessa improvvisamente il dovere e cade la normatività; al suo posto appare la tautologia di una cruda effettività: qualcosa vige, se vige e perché vige. Questo è « positivismo». Chi insiste seriamente sul fatto che «la» costituzione deve valere come norma fondamentale e da qui deve derivarsi quanto altro v'è di vigente, non può prendere come fondamento di un puro sistema di pure norme qualsivogliano concrete disposizioni perché sono poste da una determinata autorità, sono riconosciute e perciò sono indicate come «positive», cioè sono solo fattualmente efficaci. Solo da principi sistematici, normativamente conseguenti senza riguardo alla vigenza «positiva», cioè giusti in se stessi, in forza della loro razionalità o giustizia, si può far derivare una unità o un ordinamento normativo."²⁸

Posto ciò Schmitt passa alla successiva determinazione secondo cui una costituzione vige, perché emana da un potere costituente (cioè, potestà o autorità) ed è posta dalla sua volontà. E ancora si evidenzia la contrapposizione con l'approccio kelseniano. Il concetto di potere costituente in contrapposizione alle mere norme, porta con sé la parola «volontà», indicando una entità esistente in quanto origine di un dovere. Il concetto di norma fondamentale presupposta non convince l'Autore in quanto una norma non può porre mai se stessa. Dire che una costituzione non vige per la sua giustizia normativa, ma soltanto per la sua positività e che ciò nonostante in quanto pura norma fonda un sistema o un ordinamento di pure norme, è una confusione del tutto contraddittoria. In conclusione, secondo Schmitt, la costituzione vige come norma fondamentale poiché essa è in grado di reggere un sistema chiuso di principi giusti in forza di determinate qualità logiche, morali o di altro genere attinenti al contenuto. In altri termini "non esiste nessun sistema costituzionale chiuso di genere puramente normativo ed è arbitrario considerare come unità e ordinamento sistematico una serie di singole disposizioni, che sono intese come leggi costituzionali, se l'unità non sorge da una volontà unitaria presupposta"²⁹. Con riferimento alla costituzione all'epoca vigente l'Autore afferma che "le raffigurazioni e le parole che parlano della costituzione come di una «legge fondamentale» o di una «norma fondamentale», sono per lo più oscure o imprecise. Esse attribuiscono ad una serie di norme assai diverse, per es. ai 181 articoli della costituzione di Weimar, una «unità» sistematica, normativa e logica. Davanti alla diversità concettuale e contenutistica delle singole disposizioni contenute nella maggior parte delle leggi costituzionali ciò è nient'altro che una gigantesca finzione. L'unità del Reich tedesco poggia non sui 181 articoli e sulla loro vigenza, ma sull'esistenza politica del popolo tedesco. La volontà del popolo tedesco, cioè qualcosa di esistenziale, superando tutte le contraddizioni sistematiche, le sconnessioni e le

²⁸ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 22

²⁹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 23 ss.

*oscurità delle singole leggi costituzionali, fonda l'unità politica e di diritto pubblico. La costituzione di Weimar vige perché il popolo tedesco «si è data questa costituzione».*³⁰ La costituzione ha dunque l'efficacia di una legge fondamentale nel suo essere la decisione fondamentale con cui il potere costituente determina attorno a particolari valori ed interessi la forma dell'unità politica di uno stato; una dimensione, perciò, essenzialmente politica che trova poi anche una traduzione in disposizioni normative. In altri termini, l'atto della legislazione costituzionale costituisce la forma e la specie dell'unità politica la cui esistenza è presupposta; cioè l'unità politica non si forma perché è data una costituzione, ma l'unità politica preesistente estrinseca se stessa, si determina consapevolmente in un atto formale. Come si accennava poc'anzi la costituzione non trova il fondamento della propria validità in una norma presupposta ma nella decisione politica del titolare del potere costituente che si pone accanto e al di sopra della costituzione. In altri termini, tale decisione vale perché preesiste un'unità politica e il titolare del potere costituente nel porre la costituzione stabilisce la specie e la forma di questa esistenza³¹. Tale volontà non può essere naturalmente procedimentalizzata e vincolata ma nasce e si sviluppa in una situazione paragonabile ad uno 'stato di natura' che, attraverso l'opera creativa della forza o dell'autorità, fa emergere dal disordine l'ordine che dà attuazione alla vita costituzionale della comunità.

Interrogarsi sui profili della continuità o della rottura costituzionale in una specifica situazione concreta vuol dire, nella prospettiva schmittiana, interrogarsi su un conflitto costituzionale che tocca i presupposti della decisione politica fondamentale. A tale interrogativo può essere data una risposta solo ricostruendo correttamente la volontà del soggetto che in quella specifica situazione è titolare del potere costituente³². Nel rapporto di continuità tra costituzioni non può esserci evidentemente alcun rapporto di dipendenza gerarchica tra atti di siffatta natura. Afferma infatti Schmitt che laddove si giunga ad una nuova costituzione con l'abolizione della costituzione precedente, la nuova costituzione non è "illegittima" perché è stata rimossa la vecchia. Altrimenti la vecchia costituzione pur abolita continuerebbe ad aver validità. Schmitt, evidenziando come la legittimità della costituzione di Weimar si basa sul potere costituente del popolo tedesco, ribadisce che una nuova costituzione non può essere sottoposta ad un giudizio di conformità alle normative preesistenti e non più vigenti. Il porsi tali problemi si spiega "solo per un male interpretato bisogno di normatività"³³. In tal senso, come ha avuto modo di evidenziare da tempo la dottrina³⁴, la riflessione schmittiana più che una ricostruzione teoretica della dottrina della costituzione è una ricostruzione molto legata al dato dogmatico e al dato storico della concreta situazione in cui venne concepita e quindi non facilmente applicabile a situazioni

³⁰ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 24.

³¹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 124

³² C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 111.

³³ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione* (ed. ital. a cura di A. CARACCILO), Milano, Giuffrè, 1984, 126

³⁴ M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, Giuffrè, 2000, .256 ss.

storiche diverse³⁵. E' dunque evidente la distanza tra le due concezioni di democrazia e di costituzione. La prima, quella schmittiana, è volta a legare indissolubilmente la democrazia al popolo sovrano il quale nella sua presupposta unitarietà, attraverso l'esercizio del potere costituente, genera una costituzione che lo rappresenta e lo manifesta quale unità politica. In questa concezione non può esserci evidentemente spazio per un pluralismo che metta in discussione tale unità. La seconda, quella kelseniana, è volta a proporre un modello di costituzione democratica che rifugga da modelli unidimensionali e che, viceversa, si fondi su quel pluralismo che è fattore di garanzia e che trova la propria concretizzazione, per un verso, nella pluralità delle forze politiche presenti in parlamento e per un altro nella giustizia costituzionale. In tale teoria non può esserci spazio per una concezione del potere costituente che metta in discussione il valore del pluralismo.

5. Approcci e prospettive della dottrina italiana

Il primo approccio metodologico che si vuole esaminare è quello di **Santi Romano** il quale afferma che nella successione tra Stati, laddove si verificano eventi connessi a mutamenti di struttura (riduzioni territoriali, estinzione personalità giuridica di diritto internazionale) non è detto che vi sia la dissoluzione dell'ordinamento giuridico nel suo complesso. Tale dissoluzione si ha solo quando, con atto esplicito, positivo, il nuovo ordinamento intenda farlo. Il principio generale è dunque quello della continuità; la discontinuità va esplicitata³⁶. Invece dalla prospettiva c.d. 'interna', ponendosi il problema della legittimazione di un nuovo ordinamento costituzionale sorto in contrasto con quello vigente, **Santi Romano** conviene che il processo costituente sia da ritenersi un potere di fatto. Tuttavia, l'inizio della vigenza della sfera giuridica non avviene nel momento in cui viene posta la costituzione quale atto fondamentale scritto del nuovo ordinamento, ma nel momento in cui "si ha uno stato effettivo vivo e vitale; la norma invece può essere posta da esso in seguito"³⁷. In altri termini, non è il nuovo Stato - quale organizzazione di fatto - a generare il nuovo diritto e la nuova costituzione, ma è esso stesso, quale nuova istituzione, ad essere il nuovo diritto. In seguito, vi sarà un'opera di legittimazione a posteriori del procedimento costituente che riguarderà anche quelle norme emanate nei periodi di transizione che, altrimenti, verrebbero private del necessario supporto giuridico. Tale operazione è, peraltro, necessaria da un punto di vista pratico e concreto per garantire prevedibilità e certezza, ma lo è anche da un punto di vista logico e ontologico in quanto ogni Stato non può rinnegare

³⁵ Cfr. F. LANCHESTER, *Le radici imperiali della forma di governo weimariana*, in F. LANCHESTER, *Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania*, Milano, Giuffrè, 219.

³⁶ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977, 169 ss.

³⁷ Cfr. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Scritti minori*, Milano, 1952, 110; IDEM, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni 1977, 50 ss..

gli elementi che si pongono alla base della propria nascita³⁸. Tale processo, nonostante sia ricompreso nella sfera fattuale, è oggetto di qualificazioni giuridiche differenziate in virtù della pluralità degli ordinamenti che, com'è noto, è un'altra delle colonne portanti della dottrina romaniana. In tale prospettiva è evidente che un processo costituente, in primo luogo, venga considerato illecito dal vigente ordinamento entro il quale si svolge; in secondo luogo esso potrebbe suscitare interesse da parte di altri ordinamenti statuali che potrebbero porre in essere interventi di svariato tipo; in terzo luogo, potrebbe consentire all'ordinamento internazionale di intervenire nel contesto con modalità variamente articolate³⁹. L'Autore afferma infatti: *“quando poi si costituisce un ordinamento nuovo, risorge la possibilità che la rivoluzione sia di nuovo qualificata da un diritto positivo, che sarà quello che avrà sostituito l'antico. Di regola, è da ritenersi che tale nuovo ordinamento, se sarà stato precisamente instaurato dalla rivoluzione di cui si tratta, legitimerà quest'ultimo, giacché non vorrà rinnegare i suoi prodromi e il procedimento da cui è sorto. Donde la conseguenza che, in mancanza di disposizioni contrarie, che pure può darsi che vengano emanate, gli atti compiuti dalla e per la rivoluzione acquisteranno quella legittimità che prima non avevano. Se, al contrario, la rivoluzione fallisce e il vecchio ordinamento viene restaurato, questo, di solito, a meno che, per ragioni di opportunità, di clemenza, di oblio, non stabilisca diversamente, continuerà a considerare illegittimi gli atti rivoluzionari. Infine, se una rivoluzione non riesce, ma l'ordinamento vigente è ugualmente abbattuto da un altro movimento, dipenderà dall'ordinamento nuovo la valutazione giuridica degli atti in cui sarà concretato il primo e non è possibile dire a priori quale siffatta valutazione potrà essere: che se esso, come può anche darsi, non li prenderà in considerazione, gli atti stessi dovranno considerarsi giuridicamente irrilevanti”*⁴⁰.

Più specificatamente Santi Romano distingue - nell'ambito dei processi costituenti - l'ipotesi dell'instaurazione di un ordinamento costituzionale posta in essere da forze superiori e contrarie al diritto finora vigente e l'instaurazione di un ordinamento non in opposizione alle norme vigenti, ma al di fuori di esse. Nel primo caso, in momenti di crisi, può accadere che venga meno l'efficacia del diritto di un ordinamento e che questo venga sostenuto, a sua volta, dall'efficacia di un diritto estraneo ad esso. Ad esempio, in conseguenza di una sconfitta bellica, all'estinzione dello Stato segue l'instaurazione di fatto, di una nuova costituzione, così come voluta e prevista dalle forze vincitrici. Nel secondo caso si parla, invece, d'instaurazione 'di fatto' del nuovo ordine costituzionale, quando il rispetto delle norme vigenti è solo esteriore e fittizio poiché l'ordinamento costituzionale, che viene qualificato come 'nuovo' da chi ha voluto e attuato il mutamento, deriva da una enorme forzatura interpretativa e applicativa. Si attua, in pratica, una sostanziale violazione o una falsa applicazione delle norme vigenti, con l'intento di pervenire e di facilitare la legittimazione dell'instaurazione di un 'nuovo' ordine costituzionale; tutto ciò non al fine di prestare ossequio al 'vecchio' ordine anche se modificato. Si può, quindi, affermare che

³⁸ Cfr. S. ROMANO, voce *Costituente*, in *Digesto italiano*, VIII, Torino 1899-1903, p.350 ss.; IDEM, voce *Rivoluzione e diritto*, in IDEM., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1953, 223.

³⁹ Cfr. a tale proposito P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Il diritto costituzionale*, in *Le dottrine di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè 1977, 88 ss..

⁴⁰ S.ROMANO, *Rivoluzione e diritto*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, 221

l'instaurazione di un nuovo Stato avviene sempre e solamente 'di fatto', perché esso non può trovare la sua qualificazione giuridica da un preesistente ordinamento giuridico. Il procedimento costituente e gli atti di transizione trovano, allora, la propria giuridicità, il fondamento, nel 'dover essere' contenuto nella costituzione che si afferma⁴¹. In altri termini, l'effettività del procedimento costituente, secondo Santi Romano, è elemento di supporto della giuridicità che, nello stato di transizione, è obiettivamente incerta⁴². La conclusione è che nelle situazioni di transizione costituzionale è inevitabile un certo affievolimento della certezza del diritto o, quantomeno, maggiori difficoltà interpretative-applicative di disposizioni e norme. Ad esempio la transizione italiana del 1945-47, anche se rinviene un fondamento iniziale nel vecchio ordinamento statutario, viene guidata successivamente da regole nuove, formalizzate nelle costituzioni provvisorie, che si sovrappongono al precedente ordinamento fondato sullo Statuto Albertino. Tale processo ha avuto una sua gradualità e non è pervenuto ad un totale superamento dell'ordinamento precedente anche perché, fino al referendum istituzionale e all'elezione dell'Assemblea costituente, le nuove norme di funzionamento degli organi costituzionali sopravvissuti, cioè le regole della c.d. transizione costituzionale, si sono intrecciate non solo con alcune delle regole proprie dell'Istituto monarchico, quanto più in generale con norme e regole del precedente ordinamento⁴³.

Invece secondo **Veziò Crisafulli**, la rottura della continuità esterna dello Stato – e questo è estremamente rilevante per il caso della transizione italiana - non può avvenire solo per il venir meno dell'organizzazione autoritaria sostituita da un'altra anche dopo una fase provvisoria di poliarchia o di temporanea sospensione dell'esercizio della sovranità per altre cause o anche in presenza di alcuni mutamenti negli elementi materiali quali il territorio. Secondo Crisafulli l'elemento decisivo è il mantenere ferma l'unità politica del gruppo. Occorre dunque chiedersi se quel popolo, in presenza di mutamenti dell'organizzazione autoritaria, possa ritenersi sottoposto al potere che è espressione del gruppo stesso. In altri termini occorre rilevare, anche qui basandosi sull'analisi della concreta manifestazione della situazione di presunta rottura, se esso rimanga popolo indipendentemente dai mutamenti quantitativi che possano intervenire nella sua composizione per ragioni di ordine naturale o di ordine politico-giuridico o viceversa⁴⁴. Certamente la diversa strutturazione dell'organizzazione governante (attorno alla quale si ricostituisce l'unità politica del gruppo), il suo richiamarsi a diversi principi, ad una nuova costituzione, sono elementi fondamentali per analisi di tipo politico, storico ed anche per ciò che riguarda il diritto internazionale (ad es. rapporti tra Stati), ma sono irrilevanti dal punto di vista dell'analisi di diritto costituzionale volta a interrogarsi sui profili della

⁴¹ Cfr. P. BARILE, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, CEDAM 1967, 597 ss.

⁴² Cfr., sul punto, le considerazioni di A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, CEDAM 1997, 104

⁴³ Così A. SACCOMANNO, *La transizione italiana: le costituzioni provvisorie*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzionalismo europeo e transizioni democratiche*, Milano, Giuffrè, 2003, 412

⁴⁴ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 40

continuità/rottura⁴⁵. In tali casi la sovranità e il popolo si estinguono necessariamente tutti insieme perché viene meno appunto il collegamento tra il gruppo sociale e il potere politico al quale si subordina che ne è espressione. E dunque non appaiono elementi discriminanti la situazione di continuità o di rottura la permanenza o meno di strutture normative, amministrative o giudiziarie perché “*l’esperienza giuridica non si arresta ad un tratto per ricominciare da capo*”⁴⁶. Né rileva la concreta strutturazione della forma di Stato o di governo successiva alla fusione, all’incorporazione, al frazionamento. E dunque il fatto fondamentale che costituisce uno Stato è quello che sempre Crisafulli chiamava l’ “*ordinarsi subordinandos?*”. Al di là quindi delle qualificazioni che il diritto interno di uno Stato possa dare dell’esperienza statale previgente (continuità o rottura), da un punto di vista teorico esisterà o una rottura della continuità dello Stato, con conseguente estinzione dello stesso e della sua identità e nascita di un nuovo Stato oppure una situazione di continuità (con o senza modificazioni normative) che non comporta l’estinzione del vincolo politico tra il popolo e il detentore del potere.

Naturalmente l’analisi teorica rapportata ai casi concreta va completata da quella dogmatica, atteso che ogni ordinamento stabilisce una serie di norme di diritto positivo volte a stabilire le regole di appartenenza o meno al popolo di quello Stato. E qui si innesta un’altra difficoltà di ordine concettuale a seconda se si delimita l’oggetto di studio ‘popolo’ solo a coloro i quali, positivamente, posseggono la cittadinanza di quello Stato oppure se allarghiamo i confini correlando tale concetto a quello di sovranità popolare e ai diritti di cittadinanza⁴⁷. Inoltre il popolo, nell’ambito di una scelta politica di fondo che vuole inglobare il pluralismo sociale (quale è stata quella che ha dato vita alla Costituzione italiana ad esempio), non è un soggetto unitario ma un soggetto necessariamente disomogeneo perché pluralista.

Il problema del parametro su cui basare il discriminante tra una situazione di rottura è uno dei punti approfonditi nella riflessione di **Costantino Mortati**. Anche Mortati rigetta uno dei postulati delle teorie normativistiche e cioè quello di configurare in modo unitario i vari ordinamenti giuridici sovrani con la conseguente supremazia del diritto internazionale sul diritto interno. E dunque, afferma l’Autore: “*se si ritenesse che esiste un principio di diritto internazionale, secondo cui la personalità internazionale di uno stato rimane immutata qualunque sia il mutamento verificatosi nell’organizzazione dei poteri costituzionali o nel suo fine fondamentale, si sarebbe in possesso di un criterio sicuro atto ad eliminare ogni indagine rivolta al mutamento costituzionale, bastando a dare ragione del mantenimento dell’identità dello stato la permanenza del suo elemento materiale ed indirettamente di quello personale. (...) ‘forma regiminis mutata non mutatur ipsa civitas’*”⁴⁸. Secondo l’Autore vi sono tuttavia altre forme di mutamento per le quali tale criterio non è sufficiente

⁴⁵ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 40

⁴⁶ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 40

⁴⁷ Su cui cfr. ad es. C. AMIRANTE, voce *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enciclopedia Giuridica* (vol. XII – Aggiornamento), Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2004

⁴⁸ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM 1969, 71.

ma per valutare la continuità o meno di un dato Stato nell'ambito dell'ordinamento internazionale si deve tener conto dell'ordinamento interno. In tali casi “*non potrebbe non procedersi ad un'indagine di specie rivolta ad indagare di volta in volta quando gli organi di uno stato che hanno subito la mutazione di uno dei suoi elementi si possano considerare prosecutori degli antichi e quando no*”⁴⁹. Se infatti nelle variabili che subiscono il mutamento non ci sono solo le istituzioni costituzionali, ma anche l'elemento territoriale sia nel senso dell'ampliamento che nel senso della riduzione, la conclusione non è detto che si collochi nel senso della continuità necessaria dello Stato nel senso appena illustrato. Ancora una volta riemerge la necessità di un'analisi che tenga conto delle effettive vicende storiche. La conclusione di Mortati, diversamente da Schmitt, è che la questione della continuità dello Stato deve essere affrontata sia utilizzando le categorie di diritto internazionale che quelle di diritto interno ognuna di esse con un rilievo autonomo. In tal senso, nella prospettiva dei rapporti tra Stati, vengono rigettate dall'Autore, in primo luogo, le ricostruzioni monistiche del diritto che affermando la supremazia dell'ordinamento internazionale su quelli interni affermano la necessità di configurare in modo unitario gli ordinamenti statali. In secondo luogo, Mortati non è convinto neanche dalla ricostruzione schmittiana laddove viene posto il richiamo alla decisione fondamentale del popolo quale forma del potere costituente e “*fonte di giuridificazione di qualsiasi instaurazione costituzionale*” che afferma la continuità dello Stato qualsiasi sia l'entità del mutamento intervenuto⁵⁰.

Per ciò che riguarda invece la c.d. continuità interna secondo Mortati occorre utilizzare categorie o variabili di diritto interno atte a rilevare se esista un nuovo ordinamento costituzionale sopravvenuto e se esso si ponga in una relazione di continuità o di rottura con l'ordinamento previgente. In tal senso l'elemento decisivo ai fini di una tale configurazione è quello della volontà dello stesso ordinamento sopravvenuto espressa dai suoi organi di vertice o rinvenibile in atti politici o normativi. Tuttavia, se è vero che la volontà dello stesso ordinamento sopravvenuto ha rilevanza decisiva, è vero altresì che tale volontà non si palesa in ogni circostanza, né sempre in modo univoco⁵¹. Di conseguenza, relativamente al problema della continuità interna, occorre rinvenire un criterio di distinzione maggiormente dettagliato. L'Autore ritiene che ci si trovi di fronte ad una frattura tra il vecchio e il nuovo tutte le volte che la trasformazione attenga alla costituzione materiale operando una sovversione del preesistente assetto sociale e l'annientamento delle forze che lo sostenevano. In tal senso dunque non rileva l'aspetto procedimentale (l'aver rispettato le procedure di revisione previste dalla costituzione previgente o no) ma il risultato sostanziale.

Mortati dunque non accoglie le ricostruzioni kelseniane perché può avvenire che il nucleo della costituzione materiale venga intaccato anche da procedure formalmente

⁴⁹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM 1969, 72.

⁵⁰ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM 1969, 74.

⁵¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, CEDAM 1969, 72.

conformi alla costituzione previgente. Per ciò che riguarda il potere costituente diversamente dalle concezioni finora esposte che, si ricorda, evidenziano come la costituzione sia il prodotto di un atto unilaterale di un soggetto ben determinato (popolo o nazione), le concezioni bilaterali o dualiste, alla quale può essere ricondotta la riflessione mortatiana, sottolineano un'accezione 'neocontrattualista' nella nozione di potere costituente. Secondo questo modello, il momento iniziale dei processi costituenti va ricondotto all'azione di un soggetto promotore, di una élite che si impone con la forza dell'effettività. In seguito, però, è indispensabile l'adesione, esplicita o implicita, a tale progetto da parte della comunità. L'adesione della comunità dei sottoposti non va considerata, riduttivamente, quale mera ratifica di un atto e di un processo posto in essere da altri, bensì quale fonte di legittimazione del potere costituente esercitato in concreto da una minoranza di promotori, di costituenti. In tale direzione si colloca la nozione di potere costituente contenuta nella teoria mortatiana della costituzione materiale che riafferma la funzione strumentale del diritto, il quale cessa di essere unicamente valido in sé e ritorna ad essere funzionale per qualcosa che è fuori di sé⁵². La costituzione non viene così analizzata solo in riferimento alla sua validità ed effettività, ma, soprattutto, analizzando la corrispondenza esistente tra il contenuto delle sue norme e l'insieme dei principi strutturanti la società regolata dalle norme stesse. Il potere costituente in tale prospettiva non viene ad essere limitato ad una mera dimensione fattuale, ma è l'espressione di un insieme di forze che mirano all'ordine; è l'inizio di un processo che conduce alla costruzione di un nuovo ordine, di una nuova costituzione. In altri termini, tra costituente e costituito non sussisterebbe una contrapposizione logica e concettuale, ma una linea di continuità di tipo temporale, laddove il processo costituente è l'inizio di ciò che verrà costituito successivamente. Il potere costituente nel momento in cui si afferma come tale, attuando l'ordine di cui è portatore, diviene già esso stesso Stato, cioè un'organizzazione giuridica dotata dell'attributo della sovranità⁵³. Il contenuto essenziale del potere costituente non risiederebbe, perciò, nella libertà di volere, ma nell'equilibrio dei rapporti di forza politici. Il titolare del potere costituente, diviene, così, non più la nazione, il popolo, o gli individui, ma l'effettiva organizzazione politica che si realizza sulla base dei rapporti di forza. Il titolare del potere costituente non è più un soggetto unitario e conseguentemente universale, ma un insieme di forze che sono in equilibrio tra loro. D'altronde tale concetto si sostituisce a quello, antico, di *convenant* tra tutti i membri della comunità politica. Una volta, comunque, che il processo costituente abbia raggiunto il suo obiettivo, la legittimazione del nuovo ordinamento si traduce nella legittimazione degli atti compiuti dal governo provvisorio, ai sensi del diritto prodotto dal nuovo ordinamento e non più secondo il diritto prodotto dal

⁵² Cfr. in generale C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, (ristampa inalterata con una premessa di G. ZAGREBELSKY) Milano, Giuffrè, 1998.

⁵³ C. MORTATI, *La Costituente*, ora in *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato. Raccolta di scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1972, 11ss..

governo provvisorio stesso. Il governo provvisorio diverrebbe, pertanto, organo del nuovo stato in quanto assorbito da quest'ultimo per identità di interessi⁵⁴.

6. Considerazioni di sintesi

Se dunque è palese la diversità di conclusioni a cui si giunge partendo da diversi punti di vista e quindi selezionando variabili diverse, è anche vero che, come si accennava all'inizio, esistono parallelismi tra le costruzioni c.d. 'formalistiche' e quelle c.d. 'sostanzialistiche'. Già Mortati aveva evidenziato tale fatto rilevando che *“non senza sorpresa si constata come vengano a confluire verso risultati convergenti correnti di pensiero, le quali pur muovono da punti di vista contrapposti. Così, per esempio, il solco che sembra dividere l'istituzionalismo del ROMANO ed il normativismo del KELSEN si appiana per il fatto che l'uno e l'altro finiscono con il respingere nel campo del pregiuridico la realtà sociale, richiamata da entrambi, ma su presupposti e con fini diversi. Così ancora il formalismo kelseniano, svincolando la volontà della suprema autorità da ogni limite sostanziale di contenuto, consentendole qualunque mutamento, anche il più radicale dell'ordine costituito, viene in certo senso a sboccare nel «decisionismo»⁵⁵.*

Ma anche Crisafulli sottolineava che *“tanto il Kelsen quanto lo Schmitt, il primo beninteso, nell'ordine normativistico formale, il secondo sopra un terreno istituzionalistico accentuatamente sociologico, muovono dallo sdoppiamento del concetto di costituzione (...). Come, per lo Schmitt, la decisione politica fondamentale non si identifica con le “leggi costituzionali”, ma le precede e condiziona, così, per il Kelsen, la Grundnorm sta fuori ed oltre la costituzione positiva (o la serie delle costituzioni positive l'una dall'altra deducibili) (...) condizionante la costituzione in senso giuridico-positivo. Ed è, rispettivamente nella Grundnorm (o nella decisione politica suprema, per lo Schmitt) e non nella costituzione positiva (...) che consisterebbe l'identità dello Stato. Ma poiché la Grundnorm non è che una “cifra” in chiave normativistica per indicare il fatto storico originario o la “fattispecie fondamentale” che sta a base dell'ordinamento (la deliberazione di una assemblea o l'arbitrio di un usurpatore, come dice ripetute volte Kelsen), appare evidente il parallelismo di fondo tra questa concezione e quella schmittiana; tanto più che da quest'ultima, all'inverso, non riesce ad essere del tutto assente un elemento normativistico”⁵⁶. E dunque “anche per le dottrine normativistiche formali s'impone una scelta che, per non essere astrattamente arbitraria, deve avere pur riferimento all'esperienza [sia che] si operi tale scelta all'atto di individuare la prima costituzione originaria e la sua Grundnorm, ovvero in un momento ulteriore quando, interrottasi la concatenazione produttiva, si debba riconoscere una nuova Grundnorm”⁵⁷. Tale situazione potrebbe preludere ad una sorta di problema irrisolvibile per le contraddizioni insite nelle premesse (aporia). In altri termini come ricordava Crisafulli, “per individuare una la costituzione (o la norma fondamentale) di un*

⁵⁴ Cfr. in tal senso G. P. CALABRO' *Potere costituente e teoria dei valori – La filosofia giuridica di Costantino Mortati*, Lungro, Marco editore, 1997, 44 ss..

⁵⁵ C. MORTATI, voce *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, 162

⁵⁶ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 5

⁵⁷ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 38

*ordinamento, bisogna muovere induttivamente da quella stessa esperienza che si tratta di qualificare giuridicamente. Ma l'aporia è inevitabile se voglia farsi scienza del diritto positivo*⁵⁸

Cercando di trarre delle conclusioni di sintesi, è allora senz'altro da preferirsi l'approccio metodologico di **Augusto Cerri** volto a superare le tesi che, come si è potuto vedere, privilegiano nell'analisi continuità/rottura l'aspetto formale ovvero quello sostanziale⁵⁹. Viceversa, un tale approccio, maggiormente articolato, consente di utilizzare categorie e criteri formali nell'individuazione dell'ordinamento di riferimento e categorie e criteri sostanziali nella valutazione delle norme costituzionali dell'ordinamento oggetto dell'analisi nel loro rapporto con quelle dell'ordinamento statale previgente. Tutto ciò in modo correlato e non scisso. Sempre secondo Cerri infatti, i principi fondamentali di un ordinamento costituiscono fattore formale e sostanziale di identità dell'ordinamento stesso. I suddetti principi, infatti, non possono essere modificati da organi e procedure costituite ed hanno un contenuto normativo in contrasto con le norme c.d. rivoluzionarie o innovative. Laddove dunque si verificasse una tale antinomia sarebbe evidente il rinvenire una situazione di rottura sia da un punto di vista formale che da quello sostanziale.

In tal senso i problemi inerenti al rapporto continuità/rottura possono essere così sintetizzati. Per ciò che riguarda le rotture nella continuità esterna, esse sono riconducibili a quelle che la dottrina chiama la formazione secondaria previa estinzione di uno o più Stati che può avere luogo secondo le forme del frazionamento, della fusione e dell'incorporazione. In tutti questi casi sorge il problema dell'identità; in altri termini occorre stabilire se l'ordinamento statale o gli ordinamenti statali successivi a tali eventi siano realmente nuovi oppure se uno di essi possa ricollegarsi con un vincolo di continuità al precedente Stato⁶⁰. Come si è visto il problema non è di semplice soluzione dal punto di vista teorico, dipendendo tale soluzione da come si ritiene configurare i c.d. elementi costitutivi dello Stato. Ma c'è di più; nella realtà giuridica tali modificazioni rilevano da un punto di vista applicativo e quindi dogmatico con riferimento al singolo Stato in quanto, nei casi specifici, si tratta di risolvere i problemi concreti relativi alle diverse situazioni giuridiche soggettive che possono venir toccate dalle vicende in esame e per le quali occorre rinvenire la loro base giuridica⁶¹. In tal senso l'analisi della questione della continuità esterna dello Stato, come si accennava all'inizio, deve essere necessariamente accompagnata da quella della c.d. continuità interna.

⁵⁸ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, Giuffrè, 1985, 38

⁵⁹ A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico – Casi e Materiali*, Milano, Giuffrè, 2009, 24ss.

⁶⁰ Si può ricordare a tale proposito il problema relativo all'unificazione italiana del 1861 che vide confrontarsi dialetticamente DIONISIO ANZILLOTTI (*La formazione del Regno d'Italia, nei riguardi del diritto internazionale*, 1912, ora in *Scritti di diritto internazionale pubblico*, Padova, CEDAM, 1956, 631 ss.) il quale sostenne la tesi che gli Stati preunitari si fossero fusi in una nuova entità: il Regno d'Italia e SANTI ROMANO (*I caratteri giuridici della formazione del Regno d'Italia*, 1912, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1950, 327 ss.) secondo cui, invece, gli Stati preunitari erano stati incorporati dal Regno di Sardegna che si era trasformato in Regno d'Italia.

⁶¹ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto Costituzionale*, Napoli, Jovene, 1989, 71

Per ciò che riguarda quest'ultima, si può dire che le teorie normativistiche, sia quella di Kelsen che quella di Merkl, pur nel rigore metodologico riconosciuto, scontano il limite di un approccio esclusivamente teoretico basato fundamentalmente sul concetto di norma fondamentale presupposta e configurata come norma di riconoscimento sulla produzione normativa che semplifica l'analisi dei contenuti concreti (dogmatici) della modificazione costituzionale. Tali teorie infatti ritengono che gli unici limiti alla revisione costituzionale siano quelli procedurali o quelli espliciti, escludendo la possibilità di limiti impliciti. In tal senso, tende a semplificare il problema ritenendo sussistente il rapporto di continuità c.d. interna in presenza di qualsiasi mutamento, anche il più profondo, che però si ponga in un rapporto di coerenza/validità con la norma fondamentale sulla produzione giuridica cioè che rispetti essenzialmente i profili procedurali stabiliti nella costituzione vigente. Di conseguenza, si dovrebbe parlare di rotture costituzionali solo in presenza di profili di contrasto con le suddette variabili. Le teorie sostanzialistiche scontano invece il limite di utilizzare come parametro una serie di elementi politico-sociali (decisione fondamentale del popolo, costituzione materiale) che non possono per loro natura avere le stesse caratteristiche di esattezza e precisione di un criterio teoretico-formale. In particolare riguardo al rapporto tra popolo e potere costituente è stato ad esempio fatto notare che ricostruzione schmittiana sancisce la sostanziale estraneità del popolo reale alla determinazione della forma politica. Come ha affermato AZZARITI: *“Solo rifiutando il popolo reale Schmitt può porlo a base del potere costituente. Un popolo, che può essere indicato come il portatore dell'infinita energia del potere costituente, solo in quanto trasceso, assunto non nella sua reale soggettività, ma in base ad un processo di astrazione e dunque idealizzato, privato di ogni differenziazione al proprio interno e di ogni concreta dialettica storica e materiale”*⁶².

Ed allora, come si diceva inizialmente, sembra opportuno incrociare le due variabili che si sono scelte e analizzate: il procedimento seguito nella revisione costituzionale e i contenuti normativi della revisione stessa. I risultati potranno essere allora riconducibili alle seguenti alternative:

a) Revisione costituzionale conforme alle procedure costituite – Contenuti coerenti con i principi della costituzione previgente

In questo caso trattasi di un classico caso di semplice revisione costituzionale che si manifesta negli ordinari poteri costituiti. Si parlerà dunque di una continuità formale e sostanziale.

b) Revisione costituzionale conforme alle procedure costituite – Contenuti contrastanti con i principi della costituzione previgente

In questo caso ci si trova di fronte ad una revisione costituzionale che si è svolta secondo le procedure formalmente previste ma che, contenutisticamente, ha intaccato il nucleo duro dei principi della costituzione. Ci sarà dunque una rottura sostanziale nell'ordinamento costituzionale pur avendo rispettato una continuità di tipo formale-

⁶² G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Bari, Laterza 2008, 35

procedurale. Ipotesi questa, si ricorda, che viene rigettata dalle teorie normativistiche di tipo kelseniano.

c) Revisione costituzionale contraria alle procedure costituite – Contenuti contrastanti con i principi della costituzione previgente

Queste ipotesi di rottura, formale e sostanziale, sono state variamente classificate. La dottrina le ha ricondotte alle fattispecie della rottura, della deroga e della sospensione⁶³. In sostanza ci si trova di fronte ad una consapevole rimozione della forza normativa di alcune disposizioni costituzionali al fine di perseguire un mutamento sostanziale da un punto di vista politico-costituzionale.

d) Revisione costituzionale contraria alle procedure costituite – Contenuti coerenti con i principi della costituzione previgente

Questo caso, che si potrebbe definire di rottura formale e continuità sostanziale sembrerebbe una mera ipotesi di scuola. Tuttavia, a ben guardare, non è così. La dottrina fa ricadere sotto tale ipotesi la vicenda stessa dello Statuto Albertino che, concepito come rigido, venne in seguito ritenuto e trattato come costituzione flessibile. Come ricorda CERRI, in primo luogo il regime configurato da questo statuto era probabilmente di tipo costituzionale ma fin dall'inizio subì un'evoluzione parlamentaristica; in secondo luogo esso, nato come liberale e con elettorato ristrettissimo, attraverso successivi ampliamenti legislativi dell'elettorato attivo si trasformò in liberal democratico. Ora questi mutamenti, queste revisioni rilevanti sotto il profilo formale e dei rapporti tra fonti del diritto, potrebbero essere configurati come atti di rottura costituzionale anche da un punto sostanziale, costituenti dunque. Ma non così vennero intese “*nel contesto del « regime » di volta in volta « attuale », che sempre rivendicò una sua continuità con quello « statutario » delle origini*”⁶⁴.

Dunque le due prospettive, esterna ed interna, sono concettualmente differenziate e nella trattazione fin qui seguita si è cercato di mostrare quali siano le variabili e le tipologie di situazioni che possono generarsi. Tuttavia, come si diceva all'inizio, l'analisi complessiva dei profili dinamici di un ordinamento costituzionale va fatta tenendo contestualmente presenti le due prospettive. Se dunque si è appurato che continuità dell'ordinamento costituzionale da un punto di vista interno e continuità dell'identità dello Stato da un punto di vista esterno (e correlativamente rottura dell'ordinamento costituzionale da un punto di vista interno e rottura dell'identità dello Stato da un punto di vista esterno) non possono essere in corrispondenza biunivoca, potremo dunque avere le seguenti situazioni:

a) Continuità dell'ordinamento costituzionale e continuità dell'identità dello Stato

Queste situazioni sono quelle che possono ricondursi all'ordinaria manifestazione di poteri costituiti come i casi di revisione costituzionale avvenuti seguendo le procedure previste.

b) Rottura dell'ordinamento costituzionale e rottura dell'identità dello Stato

⁶³ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, in G. BRUNELLI, A. CAZZETTA (a cura di) *Dalla costituzione “inattuata” alla costituzione “inattuale”*, Milano, Giuffrè, 2013, 37.

⁶⁴ A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, Giuffrè, 2009, 28.

Tale eventualità è ascrivibile al caso in cui, seguendo la riflessione di CRISAFULLI, si verifica un mutamento costituzionale che non solo trasforma modi e forme organizzative dello Stato, ma addirittura fa venir meno il vincolo politico unitario e sovrano⁶⁵. Secondo l'Autore tale situazione non è così scontata o frequente. Va anche detto che se si opera secondo l'implicazione contraria, allorquando si verifichi l'estinzione di uno Stato, la rottura della sua identità esterna, molto più frequentemente ci sarà una rottura della Costituzione previgente e la sua sostituzione con un nuovo atto normativo fondamentale espressione dell'identità del nuovo Stato.

c) Rottura dell'ordinamento costituzionale e continuità dell'identità dello Stato

Tale eventualità è, con tutta probabilità, quella statisticamente più diffusa. Come si vedrà più avanti anche la transizione italiana 1943-1946 viene fatta rientrare in questa categoria. In siffatte situazioni come ricorda E. Tosato “*nonostante il rivolgimento costituzionale, popolo e territorio restano determinati nella loro consistenza dalle norme, di natura sostanzialmente se non formalmente costituzionali, già vigenti in materia. Cadono solo le norme, costituzionali o non, incompatibili con il nuovo ordine, e restano in vigore tutte le altre, costituzionali o non, che non siano esplicitamente o implicitamente abrogate dalle nuove norme*”⁶⁶.

Tale risultanza, come si è visto precedentemente, accomuna sia la riflessione kelseniana che quella schmittiana; in caso di rivoluzione, possono cioè essere introdotte nuove forme senza che cessi lo Stato, cioè l'unità politica di un popolo.

d) Continuità dell'ordinamento costituzionale e rottura dell'identità dello Stato

Tale eventualità appare piuttosto remota a verificarsi in quanto appare evidente che un mutamento sostanziale nell'identità esterna dello Stato non si accompagni anche ad una nuova Costituzione.

Nelle vicende della successione temporale degli Stati, in caso si verifichi una rottura sia nella prospettiva che si è definita ‘esterna’ sia in quella ‘interna’ uno dei problemi principali è quello del rapporto tra fonti del diritto appartenenti ai due ordinamenti. Sia nel caso di estinzione dello Stato sia nel caso di nuova costituzione dello Stato, infatti, non vengono mai meno tutte le norme vigenti nell'ordinamento anteriore né esse degradano per il fatto in sé della rottura a meri fatti. Come scrive CRISAFULLI: “*Quel che «si estingue», nella realtà dell'esperienza giuridica, è la capacità produttiva di diritto delle vecchie fonti (...) alle quali altre vengono, in tutto od in parte, a sostituirsi per l'avvenire*”⁶⁷. Nel corso di queste fasi di rottura normalmente si assiste dunque ad una sostituzione della Costituzione e di alcune leggi ‘politicalmente essenziali’, mentre un certo numero di norme vigenti sotto la precedente costituzione resta in vigore in una relazione di apparente continuità. Nell'immediatezza e nella fluidità caratterizzanti le fasi di transizione di tali periodi l'*horror vacui* non può che spingere a soluzioni di tal genere. Certamente va sempre ricordato che il nuovo ordinamento può valutare come meglio crede il diritto precedente; tuttavia generalmente

⁶⁵ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano Giuffrè, 1985, 48

⁶⁶ E. TOSATO, voce *Stato (diritto costituzionale)* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1984, 775

⁶⁷ V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano Giuffrè, 1985, .29

vengono applicati i consueti criteri cronologico e gerarchico di risoluzione delle antinomie o anche quelli relativi alla forza del giudicato⁶⁸. In altri termini, per le norme vigenti nell'ordinamento precedente permangono tali fino a che il nuovo ordinamento non disponga esplicitamente in modo contrario. Tale disporre può passare fisiologicamente attraverso le specie dell'abrogazione *ex nunc*, ma anche di quella *ex tunc* in alcuni casi. Naturalmente la rottura ordinamentale - statale e/o costituzionale - genera quasi sempre problemi di 'patologia' cioè di validità. Ebbene, com'è noto, l'eventuale annullamento di norme anteriormente vigente potrà aversi per vizi formali (relativamente al rispetto delle forme e dei procedimenti previgenti) ma soprattutto per vizi materiali derivanti dal contrasto di contenuto normativo tra i due ordinamenti.⁶⁹

7. La transizione italiana 1943-1946. Continuità e rotture.

Nell'economia del presente lavoro, che non può evidentemente compiere un'analisi esaustiva secondo le categorie delle scienze storiche, al fine di analizzare la transizione italiana nel periodo 1943-1946 con riferimento al parametro continuità/rottura, occorre anzitutto definire alcune variabili di contesto: la vicenda bellica che in quegli anni non vede coinvolte le forze armate italiane solo all'estero ma che apre un altro fronte sul territorio nazionale; le strategie contrastanti dei Tedeschi e degli Alleati che combattono sul territorio nazionale su fronti contrapposti, ma anche quelle differenziate, mutevoli nel tempo e quindi non sempre coerenti tra loro degli stessi Alleati; le strategie delle forze politico-partitiche italiane; il ruolo della Corona.

In tal senso si può far riferimento alla teorizzazione mortatiana che sottolinea come il potere costituente sia frutto di spinte endogene ed esogene che lo condizionano ed evidenzia come nel caso italiano siano state *“le condizioni esogene che hanno imposto la democratizzazione dell'ordinamento, mentre gli accordi endogeni hanno certificato sia la tregua istituzionale sia il percorso del cambiamento.”*⁷⁰.

La strategia perseguita dalla Corona nel deporre Mussolini e nell'affidare il Governo a Badoglio era dunque quella di generare una rottura con il Regime fascista tentando di creare una situazione di continuità con l'assetto del Regno d'Italia pre-1922. Questo allo scopo di scindere le responsabilità della Corona da quelle del regime fascista nel timore che la caduta del regime potesse travolgere anche la monarchia. Tale operazione di rivendicazione della continuità fu in un certo senso facilitata perché, com'è noto, il regime fascista non aveva eliminato l'istituzione monarchica pur avendola svuotata notevolmente

⁶⁸ F. PIERANDREI, *La rivoluzione e il diritto*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 1952, 138.

⁶⁹ Sul punto si possono vedere le considerazioni di H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (ed. ital. a cura di S. COTTA e G. TREVES), Milano, Edizioni di Comunità, 1952, 119. Per ampie valutazioni critiche e ulteriori riferimenti dottrinari si veda V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano Giuffrè, 1985, 15 ss.

⁷⁰ Così F. LANCHESTER, *Introduzione generale al Convegno: Mortati e la “legislatura costituente”*, Roma - Sala del Cenacolo di Vicolo Valdina Camera dei Deputati, 14 dicembre 2015

dei suoi poteri. Tuttavia, sostanzialmente, è come se tale strutturazione del sistema avesse generato un duplice ‘senso di appartenenza’ e dovere di fedeltà per i cittadini. Da un lato allo Stato italiano rappresentato dalla monarchia, dall’altro al Regime fascista. Tale duplicità si manifestò tragicamente negli eventi che si succedettero in quel periodo soprattutto nella contrapposizione tra chi ritenne prevalente il dovere di fedeltà allo Stato italiano anche nel mutato scenario politico-militare e chi invece ritenne prevalente il dovere di fedeltà al regime fascista, alle sue alleanze politico-militari. La continuità ricercata dal sovrano con il Regno pre-1922 “mettendo tra parentesi” l’esperienza fascista si fondava sul tentativo di salvare l’istituzione monarchica in un contesto politico-militare quanto mai difficile ed ambiguo e che di lì a pochi mesi avrebbe portato all’armistizio. E’ indubbia invece la rottura costituzionale ‘interna’ con il Regime Fascista. La deposizione di Mussolini fu un fatto che ruppe parzialmente con l’assetto costituzionale vigente in merito alle vicende inerenti la figura del Capo del governo. Dunque la deposizione fu un legittimo atto di revoca del sovrano ai sensi dell’art. 65 dello Statuto senza che il Gran Consiglio del Fascismo attivasse l’applicazione dell’art.13 della legge 2693 del 1928 che prevedeva l’elaborazione di una lista di ‘nominabili’ da parte dello stesso Gran Consiglio⁷¹.

Il governo Badoglio si caratterizzò per essere di fatto un governo militare che si poneva in un rapporto di frattura con il regime fascista anche perché di esso non faceva parte il segretario del PNF (secondo quanto disposto dal Rdl 11 gennaio 1937 n.4). In questo senso, e le analisi storiche paiono confermarlo, Vittorio Emanuele III approfittò della deliberazione del Gran Consiglio del Fascismo per creare una sorta di governo tecnico-militare sotto l’egida del re, creando consapevolmente una frattura con il Regime Fascista. Al di là delle considerazioni appena svolte, ciò è spiegato sia dall’aver vanificato le aspettative di alcuni dei membri del Gran Consiglio che pare sperassero di instaurare una sorta di ‘fascismo senza Mussolini’, sia dello stesso Mussolini che si recò nella residenza privata del sovrano, contando di conservare il suo potere in virtù del suo rapporto personale col re e senza timore di essere arrestato. In tal senso la dottrina pare rinvenire nelle vicende

⁷¹ Cfr. Statuto Albertino,
Art. 65 “Il Re nomina e revoca i suoi Ministri”;

L. 24 dicembre 1925, n. 2263 - N. 2531, (in Gazz. uff., 29 dicembre, n. 301) - Attribuzioni e prerogative del capo del governo, primo ministro segretario di Stato.

Art. 1. Il potere esecutivo è esercitato dal Re per mezzo del suo governo. Il governo del Re è costituito dal primo ministro segretario di Stato e dai ministri segretari di Stato.

Il primo ministro è capo del governo.

Art. 2. Il capo del governo primo ministro segretario di Stato è nominato e revocato dal Re ed è responsabile verso il Re dell’indirizzo generale politico del governo.

Il decreto di nomina del capo del governo primo ministro è controfirmato da lui, quello di revoca dal suo successore.

Legge 9 dicembre 1928, n. 2693 - Ordinamento e attribuzioni del gran consiglio del fascismo. (pubblicata nella gazzetta ufficiale n.287 del 11 dicembre 1928)

Art.2 Il capo del governo, primo ministro segretario di stato, è, di diritto, il presidente del gran consiglio del fascismo. Egli lo convoca quando lo ritiene necessario e ne fissa l’ordine del giorno.

Art.13 Il gran consiglio, su proposta del capo del governo, forma e tiene aggiornata la lista dei nomi da presentare alla corona, in caso di vacanza, per la nomina del capo del governo, primo ministro segretario di stato.

Ferme restando le attribuzioni e le prerogative del capo del governo, il gran consiglio forma altresì e tiene aggiornata la lista delle persone che, in caso di vacanze, esso reputa idonee ad assumere funzioni di governo.

del 25 luglio 1943 i caratteri del colpo di Stato – voluto consapevolmente da alcuni e inconsapevolmente da altri - concretizzantisi in una trasformazione anticostituzionale volta al sovvertimento del regime politico vigente ma non all'estinzione dello Stato da un punto di vista esterno⁷².

Tale volontà di porsi in una condizione di rottura con il regime precedente appare ancora più evidente alla luce di una serie di provvedimenti normativi volti a smantellare alcuni assi portanti, da un punto di vista 'costituzionale' e istituzionale, del regime stesso. In tale senso si possono ricordare il R.d.l. 29 luglio 1943 n. 668. Soppressione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, il R.d.l. 2 agosto 1943 n. 704 . Soppressione del Partito Nazionale Fascista; il R.d.l. 2 agosto 1943 n. 705. Scioglimento della Camera dei fasci e delle corporazioni, il R.d.l. 2 agosto 1943 n. 706. Soppressione del Gran Consiglio del Fascismo, il R.d.l. 9 agosto 1943 n.721. Soppressione degli organi corporativi centrali. Interessante appare, a tale proposito, il disposto dell'art unico del R.d.l. 705/1943 laddove nello sciogliere la Camera dei Fasci e delle corporazioni prevedeva che *“Sarà provveduto, nel termine di quattro mesi dalla cessazione dell'attuale stato di guerra, alla elezione di una nuova camera dei deputati e alla conseguente convocazione ed inizio della nuova legislatura. Il presente decreto, che entra in vigore il giorno della sua pubblicazione nella gazzetta ufficiale del regno, sarà presentato alle assemblee legislative per la conversione in legge.”*.

Come si accennava poc'anzi, il governo Badoglio si caratterizzò anche da misure normative di segno chiaramente autoritario la cui ragion d'essere può farsi rinvenire da un lato nella contingenza tumultuosa con il timore, da parte del re, che la caduta del fascismo comportasse la caduta della monarchia, dall'altro con la volontà regia di creare una sorta di potere personale tendente all'assoluto.

Dal punto di vista delle fonti del diritto appare interessante operare alcune considerazioni. La soppressione del Gran Consiglio e lo scioglimento della Camera dei fasci e delle corporazioni con la contestuale chiusura della legislatura, comportarono l'assunzione di fatto della funzione legislativa da parte del Governo che la esercitò nella forma dei regi decreti legge. Tali atti non potevano avere alcun limite di materia posto che, con la soppressione del Gran Consiglio, veniva soppresso anche il potere di quest'organo su tutte le questioni aventi carattere costituzionale; con ciò intendendo introdurre una distinzione gerarchica tra materie di carattere costituzionale e di carattere non costituzionale che all'indomani del Rdl 705 veniva a cadere sia sul piano formale che da quello sostanziale.

L'armistizio dell'8 settembre, letto da un punto di vista della continuità/rottura dell'ordinamento giuridico statale e costituzionale, rappresentò un ulteriore fattore di complessità. Da un punto di vista strutturale ci si trovò dinanzi ad una situazione di divisione sul territorio italiano. L'Italia meridionale era soggetta all'occupazione Alleata, l'Italia centro settentrionale diventò nei giorni immediatamente successivi all'armistizio soggetta all'occupazione Tedesca. In tale scenario nel quale le vicende belliche furono preponderanti si innestarono due situazioni giuridicamente di grande rilievo per i problemi

⁷² Cfr. M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica Italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano Giuffrè, 2000, 41.

che si vanno trattando. Da un lato la fuga del re e dei ministri a Brindisi, nel territorio soggetto al controllo alleato, consentì di esercitare la sovranità - seppure in modo limitato secondo quanto avevano stabilito gli Alleati - all'inizio solo su quattro province: Brindisi, Lecce, Taranto e Bari e quindi di garantire la continuità dello Stato italiano. Dall'altro il 27 settembre 1943 si costituì, nel territorio dell'Italia centro settentrionale controllata dai tedeschi, la Repubblica Sociale Italiana le cui autorità sia politiche che amministrative erano sottoposte all'autorità del Reich tedesco. Peraltro va ricordato come le province di Trento, Bolzano e Belluno da un lato e quelle di Udine, Gorizia, Trieste, Pola, Fiume erano state affidate alla diretta potestà dei Gauleiter tedeschi. Tali situazioni ordinamentali, com'è noto, proprio in virtù dell'evolversi della guerra andarono progressivamente a modificarsi e comunque vanno analizzate separatamente.

Nelle zone che vennero via via soggette all'occupazione alleata, partendo dalla Sicilia, l'amministrazione diretta veniva esercitata dall'AMGOT poi AMG, cioè dal Governo Militare Alleato dei Territori Occupati. In altri termini, il Governo militare alleato esercitava di fatto il potere sui territori via via occupati e dunque, rientrando tale ipotesi nella fattispecie dell'occupazione bellica disciplinata dal diritto internazionale, il potere di fatto si trasformava in autorità di diritto. Tale situazione perdurò fino all'8 settembre 1943. La firma dell'armistizio nelle sue versioni lunga e breve, e l'entrata in vigore delle relative clausole ampliarono la base normativa di tale forma di occupazione che accompagnava alle Convenzioni internazionali vigenti, gli atti dell'armistizio. Tale forma di occupazione bellica va fatta rientrare in quella comunemente definita occupazione mista o d'armistizio. Venne stabilito che l'amministrazione militare non si esercitasse inizialmente sulle province di Brindisi, Lecce, Bari, Taranto affidate all'amministrazione del Governo Badoglio. Tuttavia la Commissione Alleata di Controllo (ACC) aveva poteri di vigilanza anche su queste province. Tale situazione fu progressivamente estesa. In altri termini, man mano che la 'risalita' degli Alleati proseguiva, i territori provinciali vennero restituite all'amministrazione italiana e quindi sottratte all'AMG⁷³, ma il controllo dell'ACC proseguì addirittura fino a guerra finita (esattamente fino al 28 dicembre 1945). I poteri dell'amministrazione militare alleata furono assai pervasivi sia nei confronti dei cittadini cui venne inflitto un trattamento ispirato al modello delle colonie, sia nei confronti del Governo i cui poteri sovrani furono veramente molto limitati tanto che alcuni studiosi hanno parlato di totale perdita della sovranità nazionale e quindi di una frattura nella continuità dello Stato da un punto di vista esterno⁷⁴. Tuttavia bisogna sempre ricordare che tali misure per quanto dure furono accettate dal Governo Badoglio e dallo stesso Re, probabilmente quale condizione necessaria proprio per garantire la sopravvivenza dell'identità statale e della continuità monarchica nel quadro convulso di una guerra tra potenze in atto sul territorio nazionale.

⁷³ Si veda ad es. il r.d.l. 11 febbraio 1944 n. 30 con il quale il Governo italiano riassumeva "l'esercizio di tutti i poteri dello Stato" nei territori a sud dei limiti settentrionali delle province di Salerno, Potenza e Bari, nonché sulla Sicilia e isole adiacenti fatta eccezione per Pantelleria, Lampedusa e Linosa.

⁷⁴ Così U DE SIERVO, *La transizione costituzionale (1943-1946)*, in *Diritto Pubblico*, 1996, 552.

Questo lo scenario da un punto di vista internazionale. Da un punto di vista interno invece si sviluppò e si accentuò il dissidio tra partiti politici democratici e Corona. In tal senso va ricordato che i primi si erano coalizzati nei Comitati di Liberazione Nazionali i quali rappresentarono un ulteriore elemento di novità della transizione italiana e che furono uno degli elementi via via più determinanti della vera e propria fase costituente. Tali comitati si caratterizzarono per una duplice modalità di azione. Nelle zone via via attribuite nuovamente all'Amministrazione italiana svolsero un'azione di pressione politica incentrata sulla questione istituzionale che, come si vedrà, trovò importanti formulazioni normative mentre, nelle zone militarmente occupate dai Tedeschi e nel territorio della RSI, operarono con un'organizzazione politico-militare autonoma in rapporto dialettico con il Governo italiano e con l'Amministrazione militare alleata. La contrapposizione tra Corona e CLN conobbe una sospensione dal 12 aprile 1944 quando il PCI decise di posticipare a guerra finita la questione istituzionale (c.d. tregua istituzionale).

In buona sostanza, in questo quadro a più dimensioni, la Corona tentò di rilegittimarsi davanti al popolo cercando di salvare se stessa e la continuità dinastica; il Governo cercò di ripristinare progressivamente l'autorità dello Stato cercando di attenuare la politica delle potenze militari alleate occupanti; il CLN di ricostruire un quadro politico e civile sul comune denominatore dell'antifascismo nonostante ci fosse un pluralismo molto accentuato tra le forze politiche, specchio di visioni del mondo anche molto diverse; gli Alleati quello di guidare la trasformazione politica nel medio e lungo periodo anche alla luce di un quadro internazionale che andava modificandosi rapidamente e che, era chiaro fin da allora, avrebbe visto la fine delle alleanze tenute insieme anche qui dalla guerra comune al nemico nazifascista e la nascita di nuove contrapposizioni⁷⁵.

Tornando al problema della continuità esterna va detto che nonostante tale soggezione, l'amministrazione militare alleata non ebbe l'obiettivo di anettere il territorio nazionale a quello delle potenze occupanti e quindi di estinguere lo Stato italiano. Essa restò nell'ambito della tradizionale occupazione militare bellica, disciplinata dal diritto internazionale caratterizzata dalla temporaneità e dalla necessità. Da un punto di vista giuridico tale assunto può trovare un suo riscontro ad esempio nel Rdl 11 febbraio 1944 n.31 "Provvedimenti sul regime giuridico dei territori italiani liberati" che trasferì peraltro la sede del Governo a Salerno⁷⁶. Ad esso seguirono una serie di atti normativi che si

⁷⁵ Sul punto si può vedere M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, Giuffrè, 2000, 141.

⁷⁶ Rdl 11 febbraio 1944 n.31 "Provvedimenti sul regime giuridico dei territori italiani liberati"

Art. 1 Con la cessazione della Amministrazione Militare alleata non avranno più vigore nei territori Italiani già ad essa sottoposti tutti i proclami e le ordinanze finora emanate dal Generale Governatore militare delle Forze Alleate o dai suoi delegati. Resta ferma l'efficacia degli atti o fatti compiuti dalle Autorità Militari Alleate, di cui al comma che precede, in virtù di detti proclami ed ordinanze, comprese le nomine e licenziamenti da uffici pubblici o privati, cui sarà riconosciuta in ogni caso piena validità agli effetti di legge, come se compiuti dal Governo Italiano. Lo stato giuridico ed economico di coloro che siano stati assunti a pubblici uffici dal Governo Militare alleato sarà regolato a norma delle leggi Italiane.

Art. 2 Resta ugualmente ferma l'efficacia delle sentenze pronunciate dai Tribunali Militari Alleati che ad ogni effetto avranno valore come se pronunciate da tribunali Italiani, a meno che non siano revocate o modificate dalla Commissione Alleata di Controllo o il consenso della Commissione Alleata. I procedimenti presso i Tribunali militari

ponevano in un rapporto di coerenza con quanto appena detto: il Rdl 8 febbraio 1944 n.100 (Sezioni speciali Corte di Cassazione), il Rdl 12 aprile 1944 n.109 (Sezioni speciali Corte dei Conti), il Rdl 16 marzo 1944 n.136 (Ridenominazione da Capo del Governo in Presidente del Consiglio), il Rdl 29 maggio 1944 n.136 (Trasformazione del Ministero dell'Educazione in Ministero della Pubblica Istruzione), il Rdl 4 aprile 1944 e 14 aprile 1944 (Ripristino degli organismi provinciali e comunali ma non elettivi).

In altri termini nel territorio del c.d. Regno del Sud ci fu una coesistenza di due ordinamenti statali di cui quello italiano era chiaramente in uno stato di soggezione politica, amministrativa e giudiziaria e di funzionalizzazione agli interessi degli occupanti. Si configurò pertanto la c.d. occupazione armistiziale nella quale la gran parte degli attributi tipici della sovranità statale vengono esercitati in un lasso di tempo limitato dallo stato occupante previa accettazione – con l'armistizio - dello stato occupato. Allo stato occupato, che mantiene in via generale l'architettura ordinamentale, restano alcuni limitati poteri che vanno via via espandendo man mano che le contingenze politico-militari lo consentono. Naturalmente la particolare situazione portò allo stravolgimento delle modalità di esercizio dei poteri normativi, amministrativi ma anche giudiziari che videro la compresenza ed anche la sovrapposizione di fonti tipiche ed atipiche provenienti sia dagli organi delle potenze alleate sia da quelli dello Stato italiano. Situazione eccezionale frutto dell'emergenza.

Per quanto riguarda la vicenda della Repubblica Sociale Italiana il problema principale per quello che si sta trattando, è quello di inquadrare la RSI dal punto di vista teorico e cioè, da un lato, che cosa fu la RSI dal punto di vista del diritto internazionale soprattutto alla luce dei suoi rapporti con l'occupante tedesco; dall'altro come si pose da un punto di vista dei profili della continuità/rottura con l'ordinamento precedente del Regime Fascista soprattutto ma anche del Regno d'Italia. La RSI a detta dei suoi fondatori e uomini di governo non volle porsi come Stato nuovo, quindi come momento di rottura da un punto di vista esterno rispetto all'Italia. In altri termini non si volle avallare l'idea di un frazionamento dello Stato italiano dopo l'8 settembre 1943 in due nuovi Stati, la RSI appunto e il c.d. Regno del Sud. L'idea invece fu quella in primo luogo di reputarsi, da un

Alleati per i reati precedentemente commessi, previsti dai proclami e dalle ordinanze di cui all'art. 2, saranno continuati e definiti da detti Tribunali, ai sensi di dette norme.

Art. 3 Chiunque entro il territorio Italiano liberato compia atti ostili o delitti contro il patrimonio in danno delle forze Militari Alleate e dei membri di esse o dei funzionari, rappresentanti od agenti delle Nazioni Unite, o compia manifestazioni sediziose contro le Forze Alleate o atti che comunque ostacolino lo sforzo bellico o aiutino il nemico, sarà passibile delle pene previste dalle leggi penali italiane e sarà giudicato dai Tribunali Militari Alleati, secondo la propria procedura. Nell'ipotesi di cui al comma che precede, qualsiasi membro delle Forze Armate alleate potrà procedere all'arresto di ogni persona che si abbia ragionevole motivo di ritenere implicata nei fatti ivi previsti, salvo che si tratti di un Ufficiale o di un alto funzionario italiano, nel qual caso il Governo Italiano o la competente superiore Autorità locale sarà richiesta di cooperare negli atti cui si ritenga necessario procedere.

Art. 4 Qualora nel territorio Italiano liberato vengano istituite da parte delle forze Armate Alleate zone militari, sarà riserbato alle stesse, nell'ambito di dette zone, anche ogni potere di polizia, compreso quello di emanare ed applicare in esse regolamenti ed ordinanze.

punto di vista esterno, l'unico Stato in grado di rivendicare la continuità con lo Stato italiano contrapposto al Regno del Sud considerato invece quale governo di usurpatori. A titolo di esempio si può citare il Decreto del Duce del fascismo – Capo dello Stato repubblicano 27 ottobre 1943 – (Scioglimento delle forze armate regie e costituzione delle forze armate repubblicane) nel quale veniva dichiarato lo scioglimento delle forze armate regie poiché esse erano state deliberatamente tradite dalla dinastia e dai capi militari ad essa legati e disonorate con la resa dell'8 settembre 1943. La costituzione delle nuove forze armate repubblicane voleva così riprendere un'ideale continuità in nome dell'onore militare e nazionale e una concreta continuità mantenendo i soggetti che avrebbero fatto parte delle nuove forze armate nel grado di appartenenza. Dal punto di vista delle fonti del diritto si possono citare i Decreti del Duce del fascismo – Capo dello Stato repubblicano 3 dicembre 1943 n.794 (Ricostituzione del tribunale speciale per la difesa dello Stato); 23 gennaio 1944 n. 38 (Riconoscimento giuridico del Partito Fascista Repubblicano e riorganizzazione delle associazioni già dipendenti dal Partito Nazionale Fascista) che dichiaravano l'abrogazione esplicita dei già citati R.d.l. 29 luglio 1943 n. 668. Soppressione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato e R.d.l. 2 agosto 1943 n. 704 . Soppressione del Partito Nazionale Fascista approvati dal Governo Badoglio che ne avevano dichiarato la soppressione

In secondo luogo però, da un punto di vista interno, costituzionale, si volle avvalorare l'idea di una discontinuità con lo stato monarchico-fascista pre-25 luglio. Infatti nel Manifesto di Verona elaborato durante il congresso del Partito Fascista Repubblicano del 14 Novembre 1943, si poteva leggere al punto 1) *“Sia convocata la Costituente, potere sovrano d'origine popolare, che dichiarare la decadenza della monarchia, condannare solennemente l'ultimo re traditore e fuggiasco, proclamare la repubblica sociale e ne nominare il Capo.”* In sostanza si immaginò un modello di repubblica presidenziale così come venne poi esplicitato nel progetto di costituzione della RSI. Inoltre, sempre da un punto di vista delle dichiarazioni programmatiche, si volle avvalorare l'idea di una sorta di ritorno alle origini del fascismo da un punto di vista sociale ed economico anche qui creando una discontinuità costituzionale sia rispetto allo Stato Monarchico ma anche rispetto a quello che era stato il Regime Fascista fino al 25 luglio 1943. Riemerse così con la creazione della RSI il problema della doppia appartenenza Monarchia-Fascismo che la RSI sciolse ovviamente in favore del secondo.

Com'è noto la RSI subì, per l'andamento delle vicende belliche, un progressivo assottigliamento territoriale e contemporaneamente il c.d. Regno del Sud-Regno d'Italia un progressivo ampliamento. Da un punto di vista teorico, si può dire, che la RSI non fu uno Stato nuovo ma nemmeno un mero organo amministrativo del Reich tedesco. La RSI da un punto di vista ordinamentale fu un ordinamento giuridico originario inquadabile nell'ambito del governo di fatto, locale, a fini tendenzialmente generali⁷⁷.

Anche per ciò che riguarda le fonti del diritto ci fu una grande sovrapposizione di atti normativi sia di provenienza dagli organi della RSI che da parte dell'occupante tedesco. Più in generale la produzione di atti normativi ed amministrativi provenienti dal Regno del Sud

⁷⁷ M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano, Giuffrè, 2000, 133; ivi per ulteriori riferimenti bibliografici.

e dalla RSI generò anche una serie di problemi concreti relativi a precise situazioni giuridiche soggettive che dovettero essere successivamente affrontati man mano che le province occupate dagli Alleati vennero restituite al governo del Regno. In tal senso centrale fu il d.l.lgt 5 ottobre 1944 n. 249 che non andò ad affrontare direttamente il problema della natura della RSI come ordinamento giuridico, ma piuttosto l'esistenza e l'effettività di atti normativi, amministrativi e giurisdizionali della RSI che dovevano essere in qualche modo valutati relativamente alle situazioni giuridiche soggettive da essi creati in capo a soggetti che progressivamente, in ragione dell'andamento delle vicende belliche, vennero sottoposti nuovamente ai poteri delle autorità del Regno d'Italia. Questo venne fatto, da un lato, per segnare una discontinuità, una rottura esplicita tra i due ordinamenti che nasceva evidentemente da un contrasto a livello di principi fondamentali; dall'altro però si volle evitare che tale rottura producesse effetti pregiudizievoli in capo ai singoli per fattispecie prive di rilevanza politica, garantendo così la continuità dell'efficacia o della validità di tali atti. In tal senso il d.l.lgt 249/1944 distinse gli atti della RSI in tre categorie: atti privi di efficacia giuridica per il loro contenuto politico; atti privi di efficacia giuridica ma che entro un anno dall'entrata in vigore del decreto potevano essere convalidati in ragione del loro contenuto spiccatamente amministrativo e non politico; altri provvedimenti non riconducibili alle categorie precedenti che possono essere dichiarati inefficaci; atti che *ope legis* venivano dichiarati produttivi di effetti in ragione della loro oggetto riconducibile ad alcune fattispecie di diritto privato o all'ambito dello stato civile.

L'anno 1944, per ciò che riguarda i problemi che si stanno trattando, apparve di fondamentale importanza. Come si vedrà, nel quadro di una continuità esterna dello Stato italiano, gli avvenimenti di quest'anno segnarono una frattura, una discontinuità costituzionale interna. Lo scenario di questa fase della transizione italiana fu chiaramente legato anche qui all'evolversi della vicenda bellica ed in tal senso vanno ricordati:

- a) Il proclama del Re del 12 aprile 1944 con il quale venne annunciata la nomina del figlio a Luogotenente generale subordinandone l'effettività all'ingresso delle truppe alleate a Roma⁷⁸.
- b) La nascita del II Governo Badoglio (22.04.1944 - 08.06.1944) Governo di unità nazionale.
- c) L'ingresso delle truppe alleate a Roma avvenuto il 4 giugno 1944.
- d) Il Rdl 5 giugno 1944 n. 140 che formalizzò la nomina di Umberto di Savoia a Luogotenente.

⁷⁸ *“Il popolo italiano sa che sono stato sempre al suo fianco nelle ore gravi e nelle ore liete. Sa che otto mesi or sono ho posto fine al regime fascista e ho portato l'Italia, nonostante ogni pericolo e rischio, a fianco delle Nazioni Unite, nella lotta di liberazione contro il nazismo. L'Esercito, la Marina, l'Aviazione, rispondendo al mio appello, si battono intrepidamente da otto mesi contro il nemico fianco a fianco con le truppe alleate.*

Il nostro contributo alla vittoria è, e sarà, progressivamente più grande. Verrà il giorno in cui, guarite le nostre profonde ferite, riprenderemo il nostro posto, da popolo libero accanto a nazioni libere. Ponendo in atto quanto ho già comunicato alle autorità alleate e al mio governo, ho deciso di ritirarmi dalla vita pubblica nominando Luogotenente Generale mio figlio Principe di Piemonte. Tale nomina diventerà effettiva, mediante il passaggio materiale dei poteri, lo stesso giorno in cui le truppe alleate entreranno in Roma. Questa mia decisione, che ho ferma fiducia faciliterà l'unità nazionale, è definitiva e irrevocabile.”

e) La nascita del I Governo Bonomi (Presidente del CLN centrale) del 18.06.1944; Governo supportato da una coalizione politica di cui facevano parte DC - PCI - PSI- PLI - PRI - PdL - Pd'A – PSIUP.

La Luogotenenza generale fu un istituto *sui generis* che non può essere letto in un rapporto di continuità con lo Statuto. Sostanzialmente il Re si ritirò senza abdicare anticipando la rottura costituzionale ‘interna’ sancita pochi giorni dopo dal d.l.lgt 25 giugno 1944 n. 151 non a caso definita la prima costituzione provvisoria⁷⁹. La rottura ‘interna’ fu evidente e palese fin dal titolo laddove si legge ‘Assemblea per la nuova Costituzione dello Stato’ e prosegue all’art. 1, il quale sia pure con una tempistica indeterminata e con forme e procedure da stabilire, deliberò l’attribuzione al popolo italiano delle future forme istituzionali per il tramite di un’Assemblea Costituente. Il decreto luogotenenziale si mosse peraltro in coerenza con la scelte sia delle potenze alleate che con gli intendimenti dei partiti che formavano il Governo Bonomi. Ulteriore elemento di rottura risiedette nella

⁷⁹ Decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151. Assemblea per la nuova costituzione dello stato, giuramento dei membri del governo e facoltà del governo di emanare norme giuridiche.

Umberto di Savoia Principe di Piemonte luogotenente generale del regno

In virtù dell'autorità a Noi delegata;

Visto il R. decreto-legge 30 ottobre 1943, n. 2/B; Visto l'art. 18 della legge 19 gennaio 1939, n. 129;

Ritenuta la necessità e l'urgenza per causa di guerra; Sentito il Consiglio dei Ministri; Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, Primo Ministro Segretario di Stato;

Abbiamo decretato e decretiamo:

Art. 1

Dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato.

I modi e le procedure saranno stabiliti con successivo provvedimento.

Art. 2

È abrogata la disposizione concernente la elezione di una nuova Camera dei Deputati e la sua convocazione entro quattro mesi dalla cessazione dell'attuale stato di guerra, contenuta nel comma terzo dell'articolo unico del R. decreto-legge 2 agosto 1943, n. 175, con cui venne dichiarata chiusa la sessione parlamentare e sciolta la Camera dei fasci e delle corporazioni.

Art. 3

I Ministri e Sottosegretari giurano sul loro onore di esercitare la loro funzione nell'interesse supremo della Nazione e di non compiere, fino alla convocazione dell'Assemblea Costituente, atti che comunque pregiudichino la soluzione della questione istituzionale.

Art. 4

Finché non sarà entrato in funzione il nuovo Parlamento, i provvedimenti aventi forza di legge sono deliberati dal Consiglio dei Ministri.

Tali decreti legislativi preveduti nel comma precedente sono sanzionati e promulgati dal Luogotenente Generale del regno con la formula: Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri; Sulla proposta di ...Abbiamo sanzionato e promulghiamo quanto segue:...

Art. 5

Fino a quando resta in vigore la disposizione dello art. 2, comma primo, del R. decreto-legge 30 ottobre 1943, n. 2/B, i decreti relativi alle materie indicate dall'art. 1 della legge 31 gennaio 1926, n. 100, sono emanati dal Luogotenente Generale del regno con la formula: Sentito il Consiglio dei Ministri; Sulla proposta di ..Abbiamo decretato e decretiamo ...

Art. 6

Il presente decreto entra in vigore il giorno stesso dalla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del Regno - serie speciale - e sarà presentato alle Assemblee legislative per la conversione in legge.

Il Presidente del Consiglio dei Ministri, proponente, è autorizzato a presentare il relativo disegno di legge.

Ordiniamo, a chiunque spetti, di osservare il presente decreto e di farlo osservare come legge dello Stato.

Dato a Napoli, addì 25 giugno 1944

UMBERTO DI SAVOIA

configurazione delle fonti del diritto individuata dagli artt. 4 e 5 che porta a qualificare tutta la legislazione successiva al d.lgs 151 e soprattutto i c.d. decreti legislativi autorizzati quali atti normativi *extra ordinem*. In sostanza la c.d. prima costituzione provvisoria fu appunto il frutto di una situazione provvisoria e di transizione nella quale il vecchio assetto costituzionale era venuto ormai meno e il nuovo assetto di principi, fini e valori era ancora in embrione anche in ragione della situazione bellica che, come si è visto, non consentiva previsioni precise dal punto di vista temporale-procedurale; una sorta di soluzione temporanea collegata alla decisione costituente. Come ebbe a scrivere C. MORTATI la forma di governo di questa fase fu la risultante di una definizione dei rapporti fra Luogotenenza, Comitato di liberazione nazionale e Governo: il Luogotenente era vincolato alle decisioni del Comitato di liberazione nazionale – che in quella fase assunse il ruolo di una sorta di Parlamento – per quel che riguarda l’indirizzo politico e la scelta delle persone destinate ad attuarlo, così come per eventuali mutamenti ministeriali. L’atipicità della figura del Luogotenente, capo dello Stato, fu il segno più evidente dell’instaurazione di un ordinamento provvisorio⁸⁰.

Il quadro delle fonti del diritto ne è ulteriore testimonianza. I decreti legislativi non furono più subordinati ai requisiti di necessità e urgenza e furono svincolati da ogni successivo esame del Parlamento che si sarebbe costituito e quindi costituiscono delle vere e proprie “leggi formali” emanate dal Consiglio dei Ministri che, in quella particolare e straordinaria situazione, fu l’unico organo che poteva porre in essere atti normativi di siffatta natura. Certo tali atti non erano privi di limiti i quali erano da rinvenire nella stessa prima costituzione provvisoria che all’art. 3 impediva ai membri del Governo compiere, fino alla convocazione dell’Assemblea Costituente, atti che comunque pregiudicassero la soluzione della questione istituzionale.

Il d.lgs 151 conteneva poi una norma, l’art. 6, di dubbia comprensibilità e coerenza con il resto dell’atto. Infatti non si capisce quale possa essere stata la ragione della previsione della futura presentazione alle Assemblee del decreto stesso per la conversione viste le premesse normative contenute nei primi cinque articoli ed in particolare della previsione della non conversione per i decreti lgt. Ad ogni modo, anche quest’ultimo elemento può essere inquadrato in un contesto straordinario, rappresentando un tentativo di salvare una continuità con un passato assetto ormai perduta.

E’ comunque indubbio che il d.lgs 151 fu sicuramente atto costituente, di rottura col precedente ordinamento perché mutò il fondamento della sovranità affidandola alla decisione del popolo sulla forma di Stato e la cui base ideologica e politica non era più né quella dello Statuto albertino né tantomeno quella del regime fascista.

Nel periodo della prima costituzione provvisoria vennero poi approvati una serie di decreti di particolare importanza: il d.lgt n.247 del 28 settembre 1944 – Compilazione liste elettorali; il d.lgt.n. 23 del 1 febbraio 1945 – Estensione diritto di voto a tutte le donne; il

⁸⁰ C. MORTATI, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano* (1945), in IDEM., *Raccolta di scritti. I. Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1972, 224

d.lgt nn. 146 del 5 aprile 1945 e 168 del 30 aprile 1945 – Istituzione della Consulta Nazionale; il d.lgt n.435 del 31 luglio 1945 – Istituzione del Ministero per la Costituente.

Non rientrando nell'economia del presente lavoro un'analisi dettagliata e storico politica del periodo si può porre a confronto il d.lgt 151/1944 con il successivo d.lgt 98/1946 noto come seconda costituzione provvisoria al fine di operare alcune considerazioni sempre nel segno del problema della continuità o rottura da un punto di vista 'interno'⁸¹. Se si presta attenzione all'intitolazione e quindi da un punto di vista

⁸¹ DECRETO LEGISLATIVO LUOGOTENENZIALE 16 MARZO 1946, N. 98
INTEGRAZIONI E MODIFICHE AL DECRETO-LEGGE LUOGOTENENZIALE 25 GIUGNO 1944, N. 151, RELATIVO ALL'ASSEMBLEA PER LA NUOVA COSTITUZIONE DELLO STATO, AL GIURAMENTO DEI MEMBRI DEL GOVERNO ED ALLA FACOLTÀ DEL GOVERNO DI EMANARE NORME GIURIDICHE
UMBERTO DI SAVOIA Principe di Piemonte Luogotenente Generale del Regno

In virtù dell'autorità a Noi delegata;

Visto il decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, relativo all'Assemblea per la nuova costituzione dello Stato, al giuramento dei Membri del Governo ed alla facoltà del Governo di emanare norme giuridiche;

Visto il decreto legislativo luogotenenziale 1 febbraio 1945, n. 58, concernente nuove norme sull'emanazione, promulgazione e pubblicazione dei decreti luogotenenziali e di altri provvedimenti;

Ritenuta la necessità di apporare integrazioni e modifiche al sopra citato decreto-legge luogotenenziali 25 giugno 1944, n. 151;

Udito il parere della Consulta Nazionale;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri;

Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, Primo Ministro Segretario di Stato, e del Ministro per la Costituente di concerto con tutti i Ministri;

Abbiamo sanzionato e promulgato quanto segue:

Art. 1

Contemporaneamente alle elezioni per l'Assemblea Costituente il popolo sarà chiamato a decidere mediante referendum sulla forma istituzionale dello Stato (Repubblica o Monarchia).

Art. 2

Qualora la maggioranza degli elettori votanti si pronuncerà in favore della Repubblica, l'Assemblea, dopo la sua costituzione, come suo primo atto, eleggerà il Capo provvisorio dello Stato, che eserciterà le sue funzioni, fino a quando sarà nominato il Capo dello Stato a norma della Costituzione deliberata dall'Assemblea.

Per l'elezione del Capo provvisorio dello Stato è richiesta la maggioranza dei tre quinti dei membri dell'Assemblea. Se al terzo scrutinio non sarà raggiunta la maggioranza, basterà la maggioranza assoluta.

Avvenuta l'elezione del Capo provvisorio dello Stato, il Governo in carica gli presenterà le sue dimissioni e il Capo provvisorio dello Stato darà l'incarico per la formazione del nuovo Governo.

Nella ipotesi prevista dal primo comma, dal giorno della proclamazione dei risultati del referendum e fino alla elezione del Capo provvisorio dello Stato, le relative funzioni saranno esercitate dal Presidente del Consiglio dei Ministri in carica nel giorno delle elezioni.

Qualora la maggioranza degli elettori votanti si pronuncerà in favore della Monarchia, continuerà l'attuale regime luogotenenziale fino alla entrata in vigore delle deliberazioni dell'Assemblea sulla nuova Costituzione e sul Capo dello Stato.

Art. 3

Durante il periodo della Costituente e fino alla convocazione del Parlamento a norma della nuova Costituzione il potere legislativo resta delegato, salva la materia costituzionale, al Governo, ad eccezione delle leggi elettorali e delle leggi di approvazione dei trattati internazionali, le quali saranno deliberate dall'Assemblea.

Il governo potrà sottoporre all'esame dell'Assemblea qualunque altro argomento per il quale ritenga opportuna la deliberazione di essa.

Il Governo è responsabile verso l'Assemblea Costituente.

Il rigetto di una proposta governativa da parte dell'Assemblea non porta come conseguenza le dimissioni del Governo. Queste sono obbligatorie soltanto in seguito alla votazione di una apposita mozione di sfiducia, intervenuta non prima di due giorni dalla sua presentazione e adottata a maggioranza assoluta dei Membri dell'Assemblea.

Art. 4

strettamente formale, il decreto legislativo n. 98 del 1946, integrò e modificò il decreto-legge luogotenenziale n. 151 del 1944. In realtà i mutamenti costituzionali e quindi l'ordinamento costituzionale transitorio vennero profondamente cambiati in ragione del mutamento politico intervenuto tra il 1944 e il 1946. Se la prima Costituzione provvisoria, aveva rinviato la decisione sulle forme istituzionali all'Assemblea «a tal fine eletta», la c.d. seconda Costituzione provvisoria, introdusse innanzitutto un elemento di profonda novità con la previsione, all'art.1, del referendum istituzionale sulla forma di Stato contemporaneamente alle elezioni per l'Assemblea Costituente. Tale novità pose un vincolo preciso alla stessa Assemblea che, nel suo esercizio del potere costituente, doveva rispettare la deliberata volontà popolare sulla forma di Stato. Per ciò che riguarda la forma di governo e specificatamente per ciò che riguarda i rapporti tra gli organi costituzionali, lo stesso d.lgt stabilì, per il periodo transitorio, una forma di governo di tipo parlamentare con la previsione del rapporto fiduciario tra Governo e Assemblea Costituente (art. 3). Il potere legislativo restò delegato al Governo (art. 3), salva la materia costituzionale e ad eccezione delle leggi elettorali e di quelle di approvazione dei trattati internazionali riservate

L'Assemblea Costituente terrà la sua prima riunione in Roma, nel Palazzo di Montecitorio, il ventiduesimo giorno successivo a quello in cui si saranno svolte le elezioni.

L'Assemblea è sciolta di diritto il giorno dell'entrata in vigore della nuova Costituzione e comunque non oltre l'ottavo mese dalla sua prima riunione. Essa può prorogare questo termine per non più di quattro mesi.

Finché non avrà deliberato il proprio regolamento interno l'Assemblea Costituente applicherà il regolamento interno della Camera dei deputati in data 1 luglio 1900 e successive modificazioni fino al 1922.

Art. 5

Fino a quando non sia entrata in funzione la nuova Costituzione le attribuzioni del Capo dello Stato sono regolate dalle norme finora vigenti, in quanto applicabili.

Art. 6

I provvedimenti legislativi che non siano di competenza dell'Assemblea Costituente ai sensi del primo comma dell'art. 3, deliberati nel periodo ivi indicato, devono essere sottoposti a ratifica del nuovo Parlamento entro un anno dalla sua entrata in funzione.

Art. 7

Entro il termine di trenta giorni dalla data del decreto luogotenenziale che indice le elezioni della Assemblea Costituente i dipendenti civili e militari dello Stato devono impegnarsi sul loro onore a rispettare e far rispettare nell'adempimento dei doveri del loro stato il risultato del referendum istituzionale e le relative decisioni dell'Assemblea Costituente.

Nessuno degli impegni da essi precedentemente assunti, anche con giuramento, limita la libertà di opinione e di voto dei dipendenti civili e militari dello Stato.

Art. 8

Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio dei Ministri, saranno emanate le norme relative allo svolgimento del referendum, alla proclamazione dei risultati di esso e al giudizio definitivo sulle contestazioni, le proteste ed i reclami relativi alle operazioni del referendum, con facoltà di variare e integrare, a tali fini, le disposizioni del decreto legislativo luogotenenziale 10 marzo 1946, n. 74, per l'elezione dei deputati dell'Assemblea Costituente e di disporre che alla scheda di Stato, prevista dal decreto anzidetto, siano apportate le modificazioni eventualmente necessarie.

Per la risposta al referendum dovranno essere indicati due disegni contrassegnati.

Art. 9

Il presente decreto entra in vigore il giorno della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del Regno.

Ordiniamo che il presente decreto, unito del sigillo dello Stato, sia inserito nella raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti del Regno d'Italia, mandando a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare come legge dello Stato.

Dato a Roma, addì 16 marzo 1946

UMBERTO DI SAVOIA

all'Assemblea Costituente. Il Governo poteva, peraltro, sottoporre all'esame dell'Assemblea Costituente qualunque argomento per il quale ritenesse opportuna la sua deliberazione. Venne introdotta anche la ratifica dei provvedimenti legislativi adottati dal Governo da parte del nuovo Parlamento entro un anno dalla sua entrata in funzione (art. 6). In sostanza, la scelta politica fu quella di riservare all'Assemblea Costituente la funzione costituente di scrittura della nuova Costituzione e di approvazione di alcune leggi ordinarie nelle materie sopradette. Secondo la dottrina la c.d. seconda costituzione provvisoria non si pose in un rapporto di rottura interna con la prima costituzione provvisoria. Tuttavia il d.lgt 98/1946, pur permanendo nel solco della continuità, circoscrisse e depotenziò il contenuto innovativo del d.lgt 151/1944⁸².

Tale scelta fu rappresentativa di un quadro politico mutato e di un dopoguerra che stava vedendo la modificazione di alcune variabili significative nello scenario politico internazionale e quindi interno. Sul piano internazionale la fine della guerra aveva palesato le divergenze profonde tra gli Alleati con la sostanziale divisione, quantomeno dell'Europa, in zone d'influenza. Sul piano interno al II Governo Bonomi (12.12.1944 - 19.06.1945), sostenuto da una coalizione politica formata da DC - PCI - PLI - PdL - Pd'A - PSIUP era succeduto al termine della guerra il Governo Parri (21.06.1945 - 08.12.1945), e poi il I Governo De Gasperi (10.12.1945 - 01.07.1946) sostenuti sostanzialmente dalle stesse forze politiche. Nel frattempo, per ciò che riguarda la forma di Stato l'abdicazione, il 10 maggio 1946 di Vittorio Emanuele III, ruppe la c.d. tregua istituzionale, con la trasformazione del ruolo di Umberto da Luogotenente a Re in un quadro sicuramente più confuso da un punto di vista formale, ma che non cambiò sostanzialmente il corso degli eventi. Il referendum istituzionale del 2 giugno 1946 servì a ribadire la rottura costituzionale che già c'era stata fin dalla prima costituzione provvisoria e l'avvio di una nuova legalità costituzionale legittimata dal voto popolare che trovò successivamente la sua espressione normativa nella Costituzione della Repubblica Italiana deliberata ed approvata dall'Assemblea Costituente.

⁸² Cfr. M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica Italiana e i problemi giuridici della continuità*, Milano Giuffrè, 2000, 188