



## **LEGALITÀ E LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE NEL DOPOGUERRA\***

di Tatiana Gallozzi\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La fase transitoria e l'Assemblea costituente. – 3. L'inattuazione costituzionale. – 4. Il “disgelo costituzionale” e la “grande supplenza”. – 5. La fedeltà alla Costituzione e alle leggi.

### **1. Premessa**

L'ordinamento giuridico italiano, nell'immediato dopoguerra, esprime il rinnovamento della legalità e dei principi costituzionali nel *referendum* del 2 giugno 1946 che, per la prima volta, demanda al popolo la scelta istituzionale. Vi si afferma una nuova legalità, sia nella partecipazione popolare alle scelte istituzionali, sia nell'essere questo *referendum* la prima fonte di diritto della nuova Repubblica, che vincolerà l'Assemblea costituente a quel modello costituzionale prescelto, senza potersene discostare; ma vi si intravedono anche i fermenti di una nuova Costituzione materiale (pur in assenza di quella scritta), intesa come insieme dei principi e dei fini pubblici essenziali perseguiti dalle forze politiche dominanti, nell'ambito di un'unità politica organizzata.

Il concetto di legalità presuppone quello di libertà, in quanto garantisce l'insieme delle regole che ne assicurano il rispetto; è traduzione nell'ordine politico, cioè pratico, dell'idea morale di libertà; l'obbedienza alle leggi propria dello spirito del giurista (non come formalismo statico ma corrispondente al significato sostanziale del concetto di legalità) ed il sentimento di giustizia trovano la loro sintesi nello Stato legalitario, che vede la collettività partecipare del processo di formazione delle leggi ed il politico dotato di strumenti predisposti dalle norme costituzionali per operare quei cambiamenti necessari al mutamento degli interessi comuni, per adattare continuamente la legalità alla giustizia, senza ricorrere alla rivoluzione.

\* 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.

\*\* Ricercatrice del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

Per altro verso la legalità non deve tramutarsi in onnipotenza della legge e supremazia dell'organo a ciò demandato; in proposito si è osservato che la tradizione liberale italiana dimostra come un'eccessiva focalizzazione sul parlamentarismo (quale ebbero Giolitti e Cavour) rischia di svuotare di significato il liberalismo ed i fermenti che lo hanno animato.<sup>1</sup>

Nello Stato legalitario il riconoscimento dei diritti di libertà implica la tutela dei cittadini da parte dello Stato medesimo, non soltanto rispetto agli altri concittadini o alle istituzioni, ma anche “contro le sue stesse leggi”, in quanto limite interno alla funzione legislativa; dunque, anche l'autorità deve essere sottoposta alla legge (art. 54 Cost.), secondo criteri di autolimitazione determinati dalla dialettica democratica (*concordia discors*),<sup>2</sup> dalla separazione dei poteri e dalla disciplina delle forme costituzionali.<sup>3</sup> La Costituzione comprende la “disciplina del rapporto fondamentale autorità-libertà, governanti-governati”<sup>4</sup> e, nel costituire l'ordinamento vigente, è regola, limite e fondamento della sovranità, dei poteri, dei diritti;<sup>5</sup> la presenza di una Costituzione garantisce il “controllo del potere” sia da parte delle opposizioni che della società civile.<sup>6</sup> Caduto il fascismo, dunque, la sola strada per impedire il caos politico era la Costituente e coloro che avessero ostacolato questo cammino, avrebbero violato la legalità.<sup>7</sup>

Ma il percorso per realizzare questo nuovo Stato repubblicano appare lungo e tormentato. L'ordinamento giuridico italiano infatti, all'indomani del ventennio fascista, si colloca in uno scenario del tutto diverso, che impone di tradurre il rinnovato modello costituzionale (concepito dalle nuove forze politiche in un'instabile dialettica di equilibri) in istituzioni governative, capaci di gestire le contingenze attuali e di far fronte a quelle future, all'interno di realtà storiche e sociali del tutto eterogenee.

Le notevoli difficoltà insorte ad un'effettiva obbedienza alle leggi e ad una sostanziale conformità ai principi contenuti nella Costituzione si legano al paradosso della nascita di una Costituzione unitaria, in un contesto di lacerazioni politiche e sociali talmente profonde da risultare incompatibili con gli equilibri politici, che sarebbero stati indispensabili alla sua fase attuativa.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> A proposito dell'Italia statutaria Jemolo osserva che “il Paese legale erano i deputati, e solo il Paese legale contava” (cfr. U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana: lo Stato liberale, il regime fascista*, Cagliari, 1983, 198).

<sup>2</sup> Polemicamente richiamata da Benedetto Croce a proposito dei lavori della Costituente (cfr. L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 54).

<sup>3</sup> P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1965, 58, 123, 92 ss.

<sup>4</sup> V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1968, 108-109.

<sup>5</sup> G. Azzariti, *La costituzione come norma e la crisi del costituzionalismo contemporaneo*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, 2013, 191.

<sup>6</sup> A. Pace, *La causa della rigidità costituzionale: una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, 1996, 92.

<sup>7</sup> P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici – Storia di dodici anni*, I, Firenze, 1966, 85.

<sup>8</sup> Nel nuovo assetto delineatosi, i concetti giuridici di legalità e di legittimità costituzionale divengono un punto di valutazione dialettica dei nuovi principi rispetto ai previgenti, che inevitabilmente si originano da eventi storici, percorrono aspetti di sociologia politica, attingono alle rinnovate esigenze espresse dal popolo e si realizzano nelle risposte di una diversa forma di governo; e tali risposte, a loro volta, rappresentano il “banco di prova” dell'effettiva fedeltà del nuovo, democratico assetto istituzionale ai mutati interessi pubblici, all'insieme dei valori e degli ideali fondati sulla sovranità popolare. Tuttavia la parziale attuazione costituzionale durante l'arco repubblicano che vede progressivamente, da un lato, il radicamento dei diritti di libertà e degli istituti di garanzia ma, dall'altro lato, la permanenza dell'instabilità degli apparati istituzionali e delle strutture di governo (segnata negli anni '90 dalla crisi dei partiti politici, dal tentativo di bicamerale, dal tramonto del principio

## 2. *La fase transitoria e l'Assemblea costituente*

Nel periodo transitorio che va dalla caduta del fascismo (25 luglio 1943) all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana (1° gennaio 1948) emerge già il nodo irrisolto della scarsa reciproca legittimazione tra le forze politiche, originatasi appunto all'indomani della caduta del fascismo e manifestatasi con evidenza al momento della prima realizzazione del nostro sistema istituzionale.

Ciò non significa necessariamente totale assenza di legalità, intesa come completo tradimento da parte delle forze di governo delle aspettative di democrazia assunte dal popolo con il rifiuto del fascismo, la lotta partigiana e il Comitato di Liberazione Nazionale, perlomeno nella fase transitoria dell'immediato dopoguerra. Se è vero, infatti, che si è ancora ben lontani dal fondare quel sistema ordinato di regole che assicurano il rispetto delle libertà dei cittadini e la partecipazione della collettività al processo di formazione delle leggi (il potere legislativo è affidato al Governo), è tuttavia possibile cogliere alcuni fermenti significativi, che si tradurranno nell'affidamento al popolo della scelta istituzionale (fortemente voluta dal partito di centro e considerata, fra l'altro, una scelta di opportunità politica)<sup>9</sup> e di quella elettorale per eleggere i membri dell'Assemblea costituente. A fronte dell'estrema eterogeneità delle forze politiche, i fatti succedutisi sembrano manifestare l'impegno a superare<sup>10</sup> le numerose e profonde divergenze che si frapponevano continuamente alla realizzazione di decisioni comuni.

Sotto altro profilo la legalità, il rispetto della legge, è l'insieme delle regole riferibili alla permanenza di un ordinamento; per tali ragioni, a partire dalla caduta del fascismo, l'analisi della legalità repubblicana contiene il discusso problema della continuità o discontinuità fra ordinamento repubblicano e ordinamenti preesistenti, generalmente risolto in termini di cesura,<sup>11</sup> perlomeno sul terreno giuridico.<sup>12</sup> Dal punto di vista interno al nuovo ordinamento, la delegittimazione sostanziale dei governi precedenti si ha con il *referendum* del 2 giugno del 1946, che evidenzia la fine di ogni legame del popolo con il regime fascista ma anche con quello statutario, che tramonta assieme alla figura del monarca destituito "per volontà della Nazione".<sup>13</sup>

La legalità fascista si recide con la revoca di Mussolini e i primi decreti legge approvati dal governo Badoglio; vige una sorta di reviviscenza della legalità statutaria, più in senso formale che sostanziale, come osservanza delle procedure previste dalla legge vigente nell'ordinamento statutario: Mussolini è destituito in base ad un preciso potere di revoca del primo ministro spettante al re (art. 2 della legge n. 2263/1925); legittimamente si ricorre ai decreti legge ("stato di necessità per causa di guerra" e rinvio alle leggi n. 100/1926 e n. 129/1939 sulla potestà

---

proporzionalistico) sembrerebbe rispecchiare appunto una fragilità originaria (mai superata) delle forze politiche operanti nella transizione dal previgente all'attuale ordinamento giuridico.

<sup>9</sup> M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana*, Milano, 2000, 181-182.

<sup>10</sup> Già dal Patto di Salerno, nell'aprile del 1944, in cui Togliatti cerca di comporre i contrasti fra Badoglio (in carica dal 25 luglio del 1944), gli antifascisti ed i monarchici.

<sup>11</sup> Cfr. L. Elia, *La difesa della Costituzione* in A. Cerri (a cura di), *Costituzione, storia, valori*, Roma, 2008, 83-84.

<sup>12</sup> Calamandrei affermerà *incipit vita nova* (*Scritti cit.*, I, 104).

<sup>13</sup> V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 156.

legislativa esercitata dal Governo); il Senato dopo la quiescenza è soppresso con legge costituzionale n. 8/1947 e la Camera dei fasci è “sciolta”, per convocazione ed inizio di una nuova Legislatura (decreto legge n. 705/1943).<sup>14</sup>

Con l’abdicazione di Vittorio Emanuele III e la luogotenenza c’è la “tregua istituzionale” che, se da un lato sedò fermenti rivoluzionari non ancora sopiti (il rischio di guerra civile era elevato), dall’altro lato fu considerato un espediente di continuità formale in contrasto con i nuovi ideali esprimenti cesura con i sistemi precedenti ed un primo incrinarsi della legalità sostanziale, che si fonda sulla fedeltà delle forze politiche ai principi democratici costituenti la base di fatto della nuova realtà delineatasi.<sup>15</sup>

Con il Patto di Salerno nell’aprile del 1944<sup>16</sup> e con l’elezione dell’Assemblea costituente anche la legalità statutaria tramonta definitivamente. I decreti legge 25 giugno 1944 n. 151 e 16 marzo 1946 n. 98 (definiti prima e seconda Costituzione provvisoria) regolano l’ordinamento provvisorio e delegano l’esercizio del potere legislativo al Governo; il primo indice l’elezione dell’Assemblea costituente a suffragio universale diretto e segreto, il secondo, modificando il primo, demanda la “scelta istituzionale” al popolo; è il primo caso di partecipazione popolare diretta e di consultazione referendaria ed elettiva contemporanea. L’adozione del sistema proporzionale pressoché puro,<sup>17</sup> per garantire la partecipazione democratica di un maggior numero possibile di forze politiche (dotate di un minimo di rappresentatività delle diverse ideologie nel popolo) alla redazione del testo costituzionale, è risultato l’“unico strumento atto a rappresentare la realtà, contraddistinta da un alto grado di frammentazione delle forze”.<sup>18</sup>

Tale scelta, al contempo, è anche espressione di fedeltà ad una Costituzione non ancora scritta ma già presente come spirito, nel principio democratico di garanzia delle minoranze<sup>19</sup> e,

<sup>14</sup> V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 145-149.

<sup>15</sup> Benché già segnata da contrasti politici interni (la sinistra preme per l’anticipazione delle elezioni politiche, i monarchici al contrario sperano di temporeggiare anche con l’abdicazione di Vittorio Emanuele III e l’ascesa di Umberto II che rafforzano la loro posizione, De Gasperi ritiene più democratico e politicamente prudente rimettere la decisione istituzionale al popolo in sede referendaria), la “tregua istituzionale” è l’avvio di un primo compromesso che conduce a riunire, il 2 giugno, *referendum* istituzionale ed elezioni della Costituente. Sotto altro profilo, la tregua istituzionale evitò “una irrimediabile cesura costituzionale con il sistema preesistente, assorbendo i comitati di liberazione all’interno dell’organizzazione governativa monarchica” (A. Reposo, *Lezioni sulla forma di governo italiana: dalla monarchia statutaria al modello semipresidenziale*, Torino, 1997, 57), malgrado sancisse una continuità militare in evidente contrasto con la già proclamata discontinuità costituzionale, in ossequio al principio inglese *quieta non movere* che prevede il mantenimento della continuità delle forme anche in presenza di cambiamenti sostanziali, per non alimentare i dissensi politici (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 116).

<sup>16</sup> A. Reposo, *op. cit.*, 59-60.

<sup>17</sup> Scelta su cui incise anche la “etichetta fascista” del sistema maggioritario (A. Reposo, *op. cit.*, 64-65).

<sup>18</sup> Frammentazione riassumibile in quella che è stata definita la “esarchia” antifascista, interna alla Costituente (L. Paladin, *Per una storia cit.*, 25-26, 34) e corrispondente in sostanza alle tre principali culture: liberale, cristiana, marxista (A. Pizzorusso *Le stagioni della Costituzione – Postfazione al volume conclusivo de “Commentario della Costituzione”* in G. Branca, *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1995, XXXVI).

<sup>19</sup> La legalità nella democrazia è precostituzione delle regole ad evitare l’arbitrio *ex post*; la legge è “l’unica salvaguardia contro l’arbitrio della tirannia”, non è strumento ma limite dell’autorità; e la democrazia repubblicana segna il passaggio a due fondamentali principi giuridici: la sovranità popolare che rende il popolo partecipe dall’interno al procedimento di formazione delle leggi e l’intangibile garanzia delle libertà individuali che preserva le libertà civili e politiche anche di coloro che, facendo parte della minoranza, non partecipano al processo posto in atto dalla maggioranza (limite all’onnipotenza della

come Costituzione materiale, nel perseguimento degli interessi dell'intera collettività da parte delle forze politiche; ed è espressione di legalità, quale obbedienza dei governanti all'opzione repubblicana espressa dal popolo, mediante il riconoscimento di un diritto costituente in capo ad un ampio e diversificato numero di forze politiche.

Ciò che permane della normativa previgente nella rinnovata (se pure ancora transitoria) legalità repubblicana sarà indicato espressamente nelle V, VI, VII, IX, XVI disposizioni transitorie; la successiva conversione in legge di tutti i provvedimenti governativi adottati dopo il 25 luglio del '43 ad opera della Costituente (XV disp. trans.) sembra peraltro segnare discontinuità anche con il periodo transitorio, se è vero che la necessità di legittimare gli atti normativi anteriori secondo i principi dell'ordinamento giuridico legittimante presuppone una cesura ed un rinnovamento dell'intero sistema normativo.<sup>20</sup>

Ancor più netta la separazione con gli ordinamenti preesistenti ove si prenda in considerazione la Costituzione materiale, che offre già qualche spunto di analisi di questa fase storica, in termini costituzionali, pur in assenza della Costituzione scritta. La Costituzione materiale è intesa come assetto di principi intrinseci ad un dato ordinamento, come complesso di fini istituzionali, perseguiti dalle forze politiche dominanti.<sup>21</sup> Per Schmitt la Costituzione è “decisione politica fondamentale del titolare del potere costituente”, è “unità politica di un popolo”; dunque c'è discontinuità quando il nuovo ordinamento risale ad un diverso potere costituente, è espressivo di una diversa decisione politica.<sup>22</sup> Se mutano i principi supremi il trapasso ad una nuova Costituzione materiale, anche se in forma legale, dà vita ad un ordinamento nuovo e l'indiscusso passaggio ad un diverso potere costituente, espressivo di un mutato contenuto politico sostanziale, segna la frattura del nuovo ordinamento anche in presenza della permanenza di norme previgenti, purché non incompatibili col nuovo ordinamento.<sup>23</sup>

Non mancano, tuttavia, posizioni più favorevoli a ritenere che vi sia continuità fra il nuovo ed i precedenti ordinamenti giuridici, sul presupposto che l'ordinamento estinto non sia receduto a mero fatto, né la normativa anteriore a diritto straniero; ciò che si estingue non è l'ordinamento previgente ma la “capacità produttiva di diritto delle vecchie fonti” e la continuità

---

legge); in tal modo la Costituzione diviene lo strumento preventivo attraverso il quale si impedisce alla maggioranza di espugnare la voce della minoranza (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 75 ss.).

<sup>20</sup> V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 154.

<sup>21</sup> C. Mortati, *Costituzione*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 167, 169. (Sulle definizioni di Costituzione materiale cfr. V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 109, 110, 113, 117).

<sup>22</sup> C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione*, 1928, trad. it., Milano, 1984, 41, 15, 132-133. In Schmitt il potere costituente si distingue dall'Assemblea costituente perché è primigenio, è “sempre nello stato di natura”, non è trasferibile, alienabile, né consumabile; il voto del popolo, che deve sempre partecipare direttamente, è una legittimazione a posteriori dell'originario potere costituente e ciò avviene quando, essendo lo Stato presupposto, non è più popolo ma Nazione, ovvero unità politica capace di agire politicamente (Id., 114, 130, 120 ss.). Diversamente da Schmitt, Mortati non crede nel primigenio potere costituente, ma in un comune fine politico non pregiudicato bensì formante l'essenza stessa della Costituzione e dunque fonte prima del diritto dello Stato (C. Mortati, *Costituzione cit.*, 169 ss.).

<sup>23</sup> C. Mortati, *Costituzione cit.*, 212 ss. (Sulla Costituzione come “documento giuridico capace di esprimere gli orientamenti ideali in base ai quali debba evolversi l'assetto politico di un paese”, significato originatosi a partire dal XVIII sec., cfr. A. Pizzorusso, *La Costituzione ferita*, Bari, 1999, 3 ss.).

è data dalla permanenza di quegli elementi essenziali affinché permanga lo Stato come ordinamento complessivo, e cioè il popolo “politicamente ordinato”, un “corpo politico unitario” (*mutata forma regiminis non mutatur et ipsa civitas*) ed il territorio.<sup>24</sup> La successione degli ordinamenti, dunque, più che in termini di rottura va analizzata in termini di stratificazione degli uni sugli altri.<sup>25</sup>

Una visione intermedia nega la presenza di una Costituzione materiale preesistente al dato testuale di una Costituzione scritta e coglie aspetti di continuità (normativi, burocratici, nelle istituzioni), alternati a concezioni del tutto nuove (una sorta di Giano bifronte); ferma restando l'indiscussa presenza di fermenti e ideali preesistenti alla redazione della Carta costituzionale, l'enucleazione in corrispondenti valori e beni giuridici da preservare è avvenuta con l'entrata in vigore della Costituzione scritta e la loro concretizzazione effettiva è stata un processo lento e graduale, nel corso del quale la democrazia ha assunto connotazioni più determinate e la Costituzione vivente si è progressivamente adattata alle mutevoli esigenze della realtà quotidiana.<sup>26</sup>

A prescindere dalla conclusione che la frattura ci sia stata o meno, le questioni pratiche relative al rapporto tra le norme anteriori e la nuova Costituzione rimangono analoghe.<sup>27</sup> Peraltro, durante la fase costituente, i continui contrasti politici hanno indotto a chiudere tra parentesi i lavori dell'Assemblea e della Commissione dei 75, creando una sorta di vita parallela fra gli sforzi di convergenza interni alla redazione della Carta costituzionale (ostacolati dall'intento di tradurre in norme costituzionali, che dettano regole di condotta, i propri programmi politici, all'esito di una “rivoluzione vittoriosa che non aveva ancora esaurito il proprio ciclo storico”)<sup>28</sup> e la politica quotidiana.<sup>29</sup> Il pluralismo politico, felice espressione del

<sup>24</sup> V. Crisafulli, *La continuità dello Stato*, 1964, ora in *Stato, popolo, governo*, Milano, 1985, 16, 29, 32, 36 nota 47 e 37. È interessante notare una sorta di palinodia da parte di Crisafulli che, in precedenza, aveva sottolineato la presenza di criteri politici tra loro non omogenei fra il vecchio ed il nuovo ordinamento e sembrava manifestare maggiore propensione per la tesi sostanziale piuttosto che per quella formale, dunque, per la discontinuità (V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 179 ss.); resta solo da domandarsi se sulla rivisitazione delle posizioni assunte inizialmente non ci sia stata anche l'amarezza di constatare la persistente inattuazione costituzionale, negli anni successivi alla sua entrata in vigore, segnata dalla pubblicazione, nel 1951, dell'articolo intitolato “La Costituzione tradita” (in *Rinascita*, 1951, 118 ss.); ma già negli anni della inattuazione costituzionale non è mancato chi ha ravvisato nei suoi scritti, se pure implicitamente, il riconoscimento di una certa continuità di fondo (L. Paladin, *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 2008, 184-185).

<sup>25</sup> A sostegno della continuità vi sarebbero una serie di norme costituzionali (disp. trans. e norme costituzionali) che, rinviando al concetto di coordinamento e adoperando il termine “vigente” in riferimento all'ordinamento prerепubblicano (VII disp. trans.), sembrerebbero rivelare una continuità fra ordinamenti “stratificati”, rafforzata dalla permanenza dei magistrati e del personale amministrativo del periodo precedente (M. Fiorillo, *op. cit.*, 282-288; in senso analogo, cfr. V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 180-181).

<sup>26</sup> L. Paladin, *Per una storia cit.*, 33-40.

<sup>27</sup> V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 179.

<sup>28</sup> P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 290-294.

<sup>29</sup> L'Assemblea costituente afferma quegli ideali che il Risorgimento aveva lasciato incompiuti, per la prevalenza data da Cavour all'endiadi unità-indipendenza rispetto ad un maggiore sviluppo in senso liberale e democratico, scelta che porterà poi alla crisi che aprirà la strada al fascismo (A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 11). Peraltro nel timore di un'Assemblea costituente “senza freni”, in base al decreto n. 98 del 1946 il Governo manterrà un suo potere legislativo (ad eccezione di alcune materie) temperato da un vincolo di responsabilità politica verso l'Assemblea (si profila una forma parlamentare di governo, L. Paladin, *Per una storia cit.*, 26, 57; altra dottrina, più che di fiducia-responsabilità politica, ha parlato di attività consultiva, d'iniziativa legislativa ed ispettiva, cfr. M. Fiorillo, *op. cit.*, 179). All'esito del *referendum* nessun atto conteneva la proclamazione ufficiale della Repubblica, che dovrà attendere la dichiarazione testuale nell'art. 1 della Carta costituzionale

principio di libertà,<sup>30</sup> nel post-fascismo diviene però eterogenea frammentazione delle forze politiche; ben si comprende allora come una tale dispersione ideologica (sostanzialmente mai risolta), già dai lavori dell'Assemblea, abbia inciso a porre solide fondamenta all'unico obiettivo comune, una Costituzione antifascista, e non anche alle forme di governo che l'avrebbero dovuta attuare.<sup>31</sup> La massima moltiplicazione degli organi costituzionali, in contrasto con il previgente accentramento del potere in capo al primo ministro ha comportato, fra l'altro, l'inserimento nella Costituzione del principio di preminenza dell'organo legislativo su tutti gli altri,<sup>32</sup> con evidenti conseguenze sul ruolo della legalità, da un lato, e sulla controversa questione dell'onnipotenza della legge, dall'altro.

Un'impostazione meno severa, tuttavia, ha evidenziato come in molti dei punti in cui si raggiunse un accordo fra le diverse ideologie politiche non vi fu compromesso, inteso come baratto (presente semmai nella Costituzione economica), ma “profonda convergenza su un umanesimo di varia origine”, una “convergenza culturale di forze”<sup>33</sup> che si espresse in particolare nell'articolato ambito dei diritti di libertà.<sup>34</sup>

La propensione per l'una o l'altra delle accennate impostazioni comporta inevitabilmente valutazioni differenti in ordine all'effettiva fedeltà alla legge ed ai valori repubblicani, emersa in questa travagliata fase costituente.<sup>35</sup>

### 3. *L'inattuazione della Costituzione*

Con l'entrata in vigore della Costituzione e l'avvio della prima legislatura iniziano a porsi i nuovi quesiti circa la legalità e la Costituzione vivente; fino all'entrata in funzione della Corte costituzionale (che coinciderà con il “disgelo costituzionale” e si realizzerà dopo cinque anni di

---

(se pure “ricognitivo” della volontà già espressa da popolo) e nell'art. 139, rafforzato dal riconoscimento di una sorta di “superconstituzionalità”, che ricorda la visione Schmittiana del potere costituente (V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 121-122).

<sup>30</sup> A. C. Jemolo, *La crisi dello stato moderno*, Bari, 1954, 100.

<sup>31</sup> Secondo questa impostazione, lo scopo primario di scongiurare il ritorno ad un regime autoritario e di garantirsi la sopravvivenza politica in caso di sconfitta elettorale è stato il solo punto di incontro di tutte le forze politiche operanti all'interno dell'Assemblea (al contrario, Calamandrei ricorda che “la schiettezza di una democrazia è data dalla lealtà con cui il partito che è al potere è disposto a lasciarlo”, *Scritti cit.*, I, 521); ciò ha portato, in ordine al primo profilo, la moderazione dei poteri attribuiti al Primo ministro e la previsione di numerosi organi costituzionali ad erosione di un potere supremo; in ordine al secondo, ha determinato il rifiuto del bipartitismo e la conservazione di un sistema proporzionale pressoché puro (L. Paladin, *Per una storia cit.*, 2004, 61).

<sup>32</sup> G. Balladore Pallieri, *La Costituzione italiana nel decorso quinquennio*, in *Foro padano*, 1954, IV, 33 ss.

<sup>33</sup> L. Elia, *La difesa cit.*, 86-88.

<sup>34</sup> L. Paladin, *Per una storia cit.*, 56 ss. I diritti sociali (una rivoluzione promessa al posto di una rivoluzione mancata, dirà Calamandrei, cfr. Id, *Opere cit.*, 332), fortemente voluti dalle forze di sinistra al momento dell'elaborazione della Carta costituzionale e affiancati ai diritti tradizionali di libertà, implicano diritti a prestazioni da parte dello Stato, il che rende la nostra Costituzione un modello particolare; i due tipi di diritti si coniugheranno nel patto social-democratico avvenuto con il disgelo costituzionale del 1960-1963 (L. Elia, *La difesa cit.*, 85 e 91).

<sup>35</sup> Calamandrei osserva che in questa fase la debolezza politica diviene debolezza giuridica e l'inattuazione dell'ordinamento costituzionale rimane sullo sfondo della lotta per il predominio ministeriale; l'insufficienza politica e morale della classe dirigente tradiscono quell'unità di valori che si auspicava di ritrovare dopo la disgregazione e l'isolamento fascista (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 272-275, 100). Ciò nonostante non si è mancato di sottolineare, per altro verso, il legame profondo con la Costituzione da parte delle forze di opposizione, oltre che di quelle di maggioranza (cfr. A. Cerri, *La Costituzione nella storia dell'Italia repubblicana*, in A. Cerri (a cura di), *Costituzione, storia, valori*, Roma, 2008, 121).

contrasti politici per giungere ad approvare la l. cost. 11 marzo 1953, n. 1 e la l. 11 marzo 1953, n. 87), la legittimità costituzionale rimarrà una questione insoluta interna alla questione della legalità, se non nella parte precettiva autoapplicativa (immediata e non differita),<sup>36</sup> peraltro mantenuta ai margini delle norme programmatiche,<sup>37</sup> che richiedevano necessariamente l'attuazione legislativa (Cassazione, SS. UU. penali del 7 febbraio 1948). Per l'esigua parte restante, la giustizia costituzionale sarà affidata al sindacato diffuso dei giudici comuni (ai sensi della VII disp. trans.), con sacrificio della omogeneità delle pronunce e talvolta, ad avviso di autorevole dottrina, della sensibilità democratica nelle decisioni.<sup>38</sup>

Tuttavia la carenza della magistratura nell'opera di attuazione costituzionale è certamente di grado inferiore rispetto alle mancanze imputabili al Legislatore e agli organi di governo.<sup>39</sup> Sebbene oscillante e non privo di contrasti, in ordine alle norme precettive non vi è dubbio che il lavoro svolto dai giudici comuni sia stato notevole ed esteso sia ai vizi formali che sostanziali<sup>40</sup> delle leggi previgenti; in ordine alle norme programmatiche, che esigevano invece l'intervento del Legislatore, il criterio seguito è stato la disapplicazione delle leggi incompatibili finché la Corte costituzionale, entrando in funzione, ne avesse dichiarato l'illegittimità; il che ha prodotto un'attuazione a "mosaico" delle diverse norme costituzionali<sup>41</sup> ed un quadro giuridico del tutto eterogeneo e confuso: in attesa, infatti, della dichiarazione di illegittimità costituzionale operata dalla Corte, le norme incompatibili erano esecutorie, ma né valide, né obbligatorie (prima dell'entrata in funzione della Corte costituzionale, infatti, i giudici comuni potevano disapplicarle; successivamente, potevano sospenderne il giudizio per rimettere la questione dinanzi ai giudici costituzionali).<sup>42</sup>

Il ritardo nell'attuazione delle norme programmatiche è avvenuto, malgrado le disposizioni transitorie avessero affidato al Parlamento il compito primario di revisionare la legislazione anteriore entro dei termini precisi che, tuttavia, sono stati considerati meramente ordinatori;<sup>43</sup>

<sup>36</sup> P. Calamandrei, *Scritti e discorsi politici – Discorsi parlamentari e politica costituzionale*, II, Firenze, 1966, 485-486.

<sup>37</sup> L'estensione della natura programmatica anche a norme che sarebbero state immediatamente operative ridusse molto la diretta attuazione dei precetti costituzionali benché, al contrario, la fedeltà allo spirito della nuova Costituzione avrebbe richiesto il riconoscimento del carattere precettivo a tutte le norme che avessero presentato un minimo di applicabilità (G. Balladore Pallieri, *La Costituzione cit.*, 50 ss.; in tema, cfr. anche U. Allegretti, *Profilo cit.*, 401-402; A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XXXVIII; A. Cerri, *Spunti e riflessioni sulla Costituzione nella storia dell'Italia repubblicana e nel presente momento*, in A. D'Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, 407).

<sup>38</sup> In tema di riserva di legge in materia penale, la divergenza di vedute espressa da autorevole dottrina favorevole all'avocazione a sé da parte della Corte costituzionale del sindacato su tutti gli atti del governo emanati anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione, era stata giustificata dalla dottrina dissenziente con l'intento, fra l'altro, di sottrarre il relativo giudizio al sindacato diffuso, data la "minore sensibilità talvolta dimostrata dai giudici comuni nell'interpretare e applicare la Costituzione in chiave autenticamente democratica" (A. M. Sandulli, *Riserve di legge introdotte dalla Costituzione e regolamenti anteriori*, in *Giur. cost.*, 1969, 2173; analogamente, V. Onida, *L'attuazione della Costituzione fra magistratura e Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Varese, 1977, 506-508, 542; si è anche parlato, in proposito, di consolidati orientamenti giurisprudenziali e dottrinali ancora vincolati al passato, cfr. L. Paladin, *Per una storia cit.*, 37-38).

<sup>39</sup> G. Azzariti, *La mancata attuazione della Costituzione e l'opera della magistratura*, in *Il Foro it.*, 1956, IV, 1 ss.

<sup>40</sup> Cfr. le tre sentenze delle SS. UU. civili della Cassazione, 15 gennaio 1953, n. 107, n. 108 e n. 109.

<sup>41</sup> L. Paladin, *Per una storia cit.*, 78-79.

<sup>42</sup> C. Esposito, *La Costituzione italiana – saggi*, Padova, 1954, 270-272; A. M. Sandulli, *Fonti del diritto*, in *Ns. D. I.*, Torino, 1961, 526-527.

<sup>43</sup> Formalmente la natura perentoria avrebbe determinato la (inconcepibile) nullità degli atti posti in essere successivamente alla scadenza (G. Azzariti, *La mancata attuazione cit.*, 5 ss.), ma è chiaro che l'obbligatorietà dei termini si fondava sull'intero tessuto giuridico introdotto con la Costituzione repubblicana.

ed, anzi, si sono approvate leggi che, al contrario, poco si discostavano dal regime autoritario del passato,<sup>44</sup> segnando una parentesi buia nel percorso di realizzazione e consolidamento del nuovo ordinamento repubblicano.<sup>45</sup> La mancata solerzia del Legislatore sia nell'ambito delle norme programmatiche, sia in quello della giustizia costituzionale lo aveva lasciato libero, sostanzialmente, di legiferare in assenza di un controllo democratico del suo operato. La legalità da sola considerata, infatti, presupporrebbe l'infallibilità del Legislatore (*summum jus summa iniuria*), mentre la diversificazione dei poteri fra distinti organi costituzionali comporta, fra l'altro, che il controllo di costituzionalità rappresenti un argine all'onnipotenza del Legislatore e la certezza del diritto non si trasformi in sacrificio della giustizia.<sup>46</sup> Ed è indubbio che ai giudici di merito non si sarebbe potuto chiedere di assumere di fatto il ruolo che l'organo costituzionalmente legittimato, il Parlamento, si esimeva dall'esercitare; ciò, a maggior ragione, se si considera il delicato rapporto fra il principio di legalità ed il principio di subordinazione dei giudici alla legge (art. 101 Cost.), in relazione all'indiscussa, effettiva capacità dei giudici di creare il diritto nonostante la "supremazia della legge",<sup>47</sup> della quale peraltro, nell'ambito del sindacato diffuso, la magistratura ordinaria ed amministrativa era chiamata a valutare anche i vizi di contenuto, oltre che di forma.

Sul terreno istituzionale, gli anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione hanno visto un uso frequente della tecnica del "rimpasto" governativo, segnato da maggioranze di volta in volta diverse e legate alle contingenze politiche del momento, indicative della persistenza di un sistema istituzionale destabilizzato da monadi di partito, serrate nell'orto concluso degli interessi particolari, ed ancora incapaci di legittimarsi reciprocamente convergendo su una linea politica comune,<sup>48</sup> che fosse espressiva di una sovranità statale democratica ed autonoma rispetto alle pressioni esterne e agli scenari internazionali.<sup>49</sup> Sono

<sup>44</sup> Fra gli esempi più significativi vi furono la legge (n. 62/1953) istitutiva degli organi regionali che sostanzialmente ne svuotava l'autonomia; le leggi (n. 150/1953 e n. 343/1954) per il decentramento amministrativo, che non riformarono la pubblica amministrazione ma ne mantennero l'originaria impronta autoritaria; la legge di riforma del codice di procedura penale (n. 517/1955) che lasciò inalterata la politica giudiziaria fascista (poi modificata dalla Corte costituzionale a partire dalla sent. n. 54/1971 e fino alla riforma del 1988); la legge (n. 195/1958) istitutiva del CSM che di fatto lo privava di autonomia e ne conservava l'ingerenza politica e l'impronta gerarchica (successivamente rielaborata, a cominciare dalla sent. n. 168/1963, ad opera della Corte costituzionale) (A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 13-14).

<sup>45</sup> Cfr. E. Cheli, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, 520 ss.

<sup>46</sup> P. Calamandrei, *Opere cit.*, 82, 85.

<sup>47</sup> S. Fois, *Legalità (principio di)*, *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 695 ss.

<sup>48</sup> Si parlerà di violazione della legalità da parte di un governo che ha adattato la Costituzione a se stesso invece di adattarsi alla Costituzione, operando quei ritardi nell'emanazione delle leggi attuative delle norme costituzionali programmatiche, che non avrebbero incontrato autorità superiori capaci di imporre l'obbligo di adempimento (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 520 e 556). Per tali ragioni questa è definita "epoca di crisi" in quanto lo Stato, invece che rappresentare un elemento di stabilità, costituisce motivo di incertezza e di timore per il futuro, malgrado le recenti deviazioni dallo Stato di diritto (come il fascismo) avrebbero dovuto infondere una rinnovata energia in coloro che operandovi, ne avrebbero potuto riaffermare i principi (G. Balladore Pallieri, *La crisi della personalità dello Stato*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 150-152).

<sup>49</sup> A livello internazionale, anche i primi tentativi di integrazione europea si trasformano in terreno di contrasto politico: sono gli anni del piano Marshall (1947-1951), dell'ingresso nella Nato e del blocco occidentale (1949), dell'adesione alla Ceca (1952) e, soprattutto, della guerra fredda. A livello nazionale, nei primi anni '50, si hanno soltanto una parziale riforma agraria e l'istituzione della Cassa per il Mezzogiorno; dal punto di vista costituzionale è da rilevare la rivendicazione del Presidente

dunque anni di arresto sul piano costituzionale, se non di retrocessione nella salvaguardia dei diritti di libertà, in cui l'atteggiamento politico che Calamandrei definirà "ostruzionismo di maggioranza"<sup>50</sup> concorrerà a determinare il cosiddetto "congelamento costituzionale" (1948-1953).

Nel clima della guerra fredda, i vari governi centristi succedutisi al potere, da un lato, tendevano all'emarginazione delle forze di sinistra (che pure avevano contribuito, e non poco, alla formazione della Costituzione) e, dall'altro lato, si mantenevano in un atteggiamento difensivo dell'egemonia conquistata, in quella che è stata qualificata la "repubblica dei partiti".<sup>51</sup> La permanenza della legislazione fascista, di un preesistente personale burocratico (almeno fino agli anni '60) e dei vecchi apparati repressivi, favoriti dall'assenza dell'organo di giustizia costituzionale, erano diffusamente considerati una precisa volontà della maggioranza volta al mantenimento dell'ordine pubblico e all'emarginazione delle forze di sinistra; questo, insieme al protrarsi di una certa organizzazione autoritaria, della mentalità e delle consuetudini maturate nell'epoca anteriore (come gli arresti o i licenziamenti *ad nutum* per motivi politici o sindacali), era avvertito come un profondo tradimento della fiducia riposta nel nuovo ordinamento repubblicano e come un'indebita compressione dei diritti di libertà.<sup>52</sup>

Innegabilmente, la forza "coesiva-inclusiva" della Costituzione è passata per un radicamento talmente travagliato da suscitare intense delusioni<sup>53</sup> ed autorevoli giuristi, ma soprattutto, appassionati sostenitori dei nuovi ideali sanciti nella Carta costituzionale non nascosero l'amarezza per un rinnovamento fallito: nel 1951 Crisafulli scriverà "*La Costituzione tradita*", Giannini "*La Costituzione fluida*", nel 1954 Ballardore Pallieri riassumerà nella parola "nessuna" l'entità dell'attuazione costituzionale e Calamandrei, parlando del disfacimento della Costituzione, dirà che "non era neppure pensabile che un Parlamento nato dalla Costituzione potesse tradire l'impegno costituzionale che la Costituente gli aveva trasmesso", operando una "deliberata volontà di lasciarla incompiuta".<sup>54</sup> Nel 1952 il film "*Umberto D.*" esprimerà la sintesi

---

Einaudi di alcuni dei poteri presidenziali previsti dalla Costituzione, come il potere di rinvio delle leggi alle Camere (art. 74, comma 1, Cost.) e la nomina dei senatori a vita (art. 59 Cost.).

<sup>50</sup> P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 516-519, 558-559; fenomeno "singolare", in quanto strumento "estremo" solitamente adottato dalla minoranza (A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 120). A posteriori, tuttavia, lo stallo determinatosi fu paradossalmente considerato un bene per la "sopravvivenza" formale della Costituzione, che nell'acceso clima politico della prima Repubblica, specialmente dopo le elezioni del 18 aprile del 1948, avrebbe rischiato assai di più con un tentativo di attuazione di quanto sia avvenuto con il congelamento verificatosi; la "evasione costituzionale" è stato dunque il prezzo da pagare per mantenere il modello di gestione pluralista del potere, voluto dalla Costituzione (E. Cheli, *op. cit.*, 523-524).

<sup>51</sup> A cui farebbe eccezione soltanto il *referendum* istituzionale che tuttavia, a ben guardare, appare anch'esso frutto di scelte politiche (L. Paladin, *Saggi cit.*, 138 ss.).

<sup>52</sup> L. Paladin, *Per una storia cit.*, 39, 93; V. Crisafulli, *Lezioni cit.*, 180; A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XXXVI-XXXVII; P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 564-565. A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 120-121. La Costituzione è passata "sopra gli apparati statali senza toccarli" determinando così, nei corpi burocratici, un'indubitabile continuità col passato (S. Cassese, *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974, 227-228), che si è manifestata anche nei settori del giornalismo, dell'università, dell'industria, delle Confederazioni (A. C. Jemolo, *Italia tormentata (1946-1951)*, Bari, 1951, 40).

<sup>53</sup> L. Elia, *La difesa cit.*, 92.

<sup>54</sup> V. Crisafulli, *La Costituzione tradita*, in *Rinascita*, 1951, 118 ss.; M. S. Giannini, *La Costituzione fluida*, in *Società*, 1951, 497 ss.; G. Ballardore Pallieri, *La Costituzione cit.*, 60; P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 519-520.

dell'estrema miseria e della profonda dignità presenti nell'Italia di quel momento. Due anni dopo l'*Economist* definirà l'italiano comune “più un suddito che un cittadino”.<sup>55</sup>

Il riflesso di tali contrasti si è manifestato nella difficoltà di raggiungere la maggioranza prevista per la nomina dei giudici costituzionali. L'incoerenza politica ha dunque prevalso, malgrado l'impegno dei governi De Gasperi succedutisi in quegli anni a comporre le divergenze (comprese le correnti contrarie interne al partito) e a mantenere all'interno della realtà istituzionale anche i partiti osteggiati da eventi esterni<sup>56</sup> (la scomunica dei comunisti ad opera di Pio XII nel 1949, la formazione del Msi malgrado il divieto prescritto dalla XII disp. trans.). Benché non siano mancati passaggi di emendamenti fra le due Camere volte all'ostruzionismo, i cinque anni occorsi per l'approvazione delle due leggi regolanti, la prima, il procedimento dinanzi alla Corte costituzionale, e la seconda, la costituzione e il funzionamento della Corte (l. cost. 1/1953 e l. 87/1953) sono stati determinati non da manovre dilatorie, ma da scontri politici volti a far prevalere ciascuno il proprio orientamento sui criteri di nomina dei componenti della Corte costituzionale (per gestirne l'operato) e sui rapporti di questa con gli altri organi costituzionali di indirizzo politico.<sup>57</sup> Il maggior timore risiedeva nella “divisione del potere” che la Consulta avrebbe reso effettiva con l'avvio della propria attività.<sup>58</sup>

L'epilogo sarà la riforma elettorale del 1952 (definita “legge-truffa”), diffusamente ritenuta incostituzionale in quanto lesiva dei principi di uguaglianza e di garanzia dei partiti minori all'interno delle istituzioni.<sup>59</sup> L'evidente finalità di favorire il partito di governo nelle imminenti elezioni (che si sarebbero tenute l'anno successivo) renderà tale riforma la prima esplicita *conventio ad excludendum*<sup>60</sup> che, già emersa nella prassi politica degli anni precedenti come tentativo di garantire maggioranze politiche a determinate forze di partito a scapito di altre, susciterà dubbi di costituzionalità,<sup>61</sup> che tuttavia rimarranno irrisolti per l'assenza dell'organo costituzionale di controllo.<sup>62</sup>

<sup>55</sup> L. Paladin, *Per una storia cit.*, 94.

<sup>56</sup> U. Allegretti, *Storia costituzionale italiana. Popolo e istituzioni*, Bologna, 2014, 137 ss.

<sup>57</sup> L. Paladin, *Per una storia cit.*, 98 ss. In sede costituente la natura giurisdizionale della Corte aveva fatto prevalere la scelta di una composizione che fosse espressiva della massima differenziazione politica (L. Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 522-523).

<sup>58</sup> A. Cerri, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. trim. d. pubb.* 2001, 1328-1329; E. Cheli, *op. cit.*, 521.

<sup>59</sup> A. Reposo, *op. cit.*, 70-72.

<sup>60</sup> L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 657 ss. La convenzione “*ad excludendum*”, peraltro, risulta alternativa al progetto di “democrazia protetta” fortunatamente non riuscita (L. Elia, *La difesa cit.*, 90-91; cfr. anche L. Paladin, *Per una storia cit.*, 101 e 112 ss.), ma alimenta la sfiducia “quanto alla fedeltà alla costituzione” dei titolari del maggior partito di opposizione (A. Reposo, *op. cit.*, 87 ss.).

<sup>61</sup> La legge elettorale del '52 stabilirà un premio di maggioranza per garantire, formalmente, la stabilità di governo e, sostanzialmente (data l'entità dei 2/3 dei seggi al partito di maggioranza), per consegnare il potere in mano ad unico partito; tuttavia, alle elezioni del 1953, ne deriverà un indebolimento del partito centrista che l'aveva voluta, ed un rafforzamento delle forze di sinistra. Da questo momento la forma di governo italiana manifesterà una fragilità esposta a continui contraccolpi: per venticinque anni nessun partito metterà mano ad una consistente riforma elettorale (la legge elettorale del 1957 per lungo tempo rimarrà sostanzialmente inalterata, salvo i correttivi ad opera della l. cost. n. 2/1963, cfr. A. Reposo, *op. cit.*, 68) e la legge elettorale del '52 sarà abrogata e sostituita da una legge di stampo proporzionalistico; anche nei comuni sarà tolto il premio di maggioranza e reintrodotta il sistema proporzionale.

<sup>62</sup> P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 562 ss.

#### 4. Il “disgelo costituzionale” e la “grande supplenza”

Dal 1954 la maggioranza centrista avvia un processo di apertura politica alla sinistra più moderata e l'elezione di Gronchi nel 1955<sup>63</sup> segna la prima fase del “disgelo costituzionale” (la seconda si avrà nel corso degli anni '60), un'inversione rispetto all'emarginazione delle sinistre, un concreto segnale di rinnovamento;<sup>64</sup> ne deriva l'inizio dell'attività del Consiglio Superiore della Magistratura e della Corte costituzionale (nel 1956) che, nell'avvio, risulta svincolata dalla politica e si fa portavoce degli ideali presenti all'interno della Costituzione, diffondendoli; contribuisce al cambiamento della legge istitutiva del CSM, che nella sua versione originaria ne svuotava l'indipendenza, per ricondurla all'interno del dettato costituzionale. Ci si rende conto che anche le strutture pubbliche fanno parte del complessivo assetto istituzionale, non ne rimangono fuori; anche esse sono la Costituzione.<sup>65</sup>

In questa prima fase di giurisprudenza costituzionale, si evidenzia inoltre il contributo essenziale della sua opera che non si limita, in senso negativo, a reprimere le eventuali restrizioni delle libertà ma si estende, in senso positivo, a promuoverne la piena attuazione secondo i principi e le finalità di rinnovamento contenute nella Costituzione; tali principi, oltre a non poter essere modificati con legge, fissano per le leggi future quali scopi perseguire e da quali rifuggire, rispetto ai quali il controllo di costituzionalità rappresenta uno degli strumenti predisposti dal “diritto precostituito” (la Costituzione) per garantire maggiore effettività alle regole che disciplinano la produzione giuridica.<sup>66</sup> In tal modo la legittimità costituzionale diviene un aspetto della legalità sostanziale come supremo principio di giustizia immanente all'opera di attuazione del Legislatore.

Peraltro la Corte costituzionale si è trovata ad operare in una posizione intermedia fra giudiziario e legislativo ed il suo distacco dalla politica è emerso nei tentativi dell'Avvocatura dello Stato di escluderne il sindacato su leggi anteriori e norme programmatiche;<sup>67</sup> e non è un caso se al contrario, già nella prima sentenza (n. 1/1956), la Corte ne abbia rivendicato la piena cognizione, specificando la presenza di contenuti precettivi anche nelle norme costituzionali programmatiche (in modo da costituire anch'esse parametro di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie di attuazione, quantomeno nello scopo da perseguire)<sup>68</sup> ed, al contempo, abbia adoperato una fermezza ed una prudenza tali da far escludere un'indebita invasione dell'ambito di discrezionalità sulle leggi che la Costituzione assegna al Parlamento.<sup>69</sup>

L'indagine sul fondamento della giustizia costituzionale, sui confini del suo legittimo esercizio e sul rischio di oltrepassarne il limite si collega inevitabilmente, in questo periodo

<sup>63</sup> Elezione appoggiata dai partiti di sinistra, assai più che dalle forze di governo (G. Crifò, *L'Italia contemporanea alla luce delle sue costituzioni*, in A. Cerri (a cura di), *Costituzione, storia, valori*, Roma, 2008, 67).

<sup>64</sup> A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 121. Anche a livello internazionale se ne intravedono i segnali: nel 1957 l'Italia è tra i paesi firmatari dei due Trattati di Roma, dando così il proprio contributo alla nascita della Comunità europea.

<sup>65</sup> S. Cassese, *op. cit.*, 229.

<sup>66</sup> C. Esposito, *La Costituzione cit.*, 264-265.

<sup>67</sup> A. Cerri, *La giurisprudenza cit.*, 1331 ss.

<sup>68</sup> A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 123.

<sup>69</sup> C. Mortati, *Premessa a P. Calamandrei, Opere cit.*, XVI-XVII, XXII-XXIV.

storico, all'inerzia del Legislatore, rispetto alla quale la Corte costituzionale, tramite sentenze manipolative e con il sostegno della dottrina e delle magistrature inferiori,<sup>70</sup> ha avviato una vasta ed impegnativa attività di “ristrutturazione” della legislazione previgente, alla luce dei rinnovati principi costituzionali e senza lasciare vuoti normativi che avrebbero destabilizzato la già precaria realtà sociale.<sup>71</sup> Per queste ragioni, si parlerà della “grande supplenza” operata dalla Corte costituzionale.<sup>72</sup>

Particolarmente nel sindacato incidentale, infatti, si esercita una vera e propria attività normativa, che non si limita alla cessazione dell'efficacia di norme vigenti ma crea precetti che le sostituiscono e le integrano, così da assumere un ruolo simile a fonte del diritto, di supplenza del Legislatore.<sup>73</sup> Benché si sia parlato di ambiti “occupati a buon diritto” nello slancio che sostenne la faticosa attività di adeguamento della legislazione previgente al 1947 e nonostante la giurisprudenza costituzionale, nella sua complessità, abbia manifestato sin dall'inizio un atteggiamento costantemente in bilico fra audacia e cautela a non cedere a tentazioni surrogatorie,<sup>74</sup> non è mancata una visione più restrittiva che, pur riconoscendole un ruolo fondamentale nella garanzia dei diritti fondamentali dagli abusi del potere, ad un sindacato nel merito (che rischiava di lambire il confine della discrezionalità legislativa) avrebbe preferito un sindacato diffuso, più elastico e dalle conseguenze meno generalizzate.<sup>75</sup> È dalla medesima autorevole fonte, peraltro, che sono scaturite parole vibranti, fra le più intense che siano state scritte sul valore della Costituzione e della giustizia costituzionale.<sup>76</sup>

D'altro canto qualsiasi argomentazione giuridica deve inevitabilmente tener conto, in un determinato momento storico ed in riferimento ad un dato ordinamento giuridico, dei rapporti fra legislatore e giudice; e per raggiungere i risultati perseguiti, la logica giuridica “deve sapersi negare dialetticamente come astrazione, andare al di là di questo pur essenziale momento per confrontarsi con i problemi reali.”<sup>77</sup>

<sup>70</sup> Non di rado, la manifesta infondatezza ravvisata dalle magistrature superiori è stata efficacemente compensata dalle motivazioni elaborate dai giudici delle magistrature inferiori, che hanno determinato l'accoglimento del ricorso dal parte della Corte (A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 123; cfr. anche V. Onida, *L'attuazione cit.*, 542 ss.).

<sup>71</sup> A. Cerri, *Spunti cit.*, 408-409. Per i sostenitori della frattura con il passato, sfuggire al rischio di anarchia è posta come giustificazione all'iniziale mantenimento della legislazione fascista che, altrimenti, avrebbe segnato continuità col vecchio regime (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 108). Di contrario avviso è la dottrina che ha rilevato come il ricorso ad interpretazioni adeguatrici, al posto di una più incisiva opera di “demolizione” della legislazione previgente, abbia invece sancito la continuità dell'apparato legislativo, in evidente contrasto con la discontinuità storica (V. Onida, *L'attuazione cit.*, 516 ss., 538 ss.).

<sup>72</sup> L. Elia, *La Corte cit.*, 525-526, 531. Quasi un “terzo incomodo” fra giudiziario e legislativo (A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 121-122).

<sup>73</sup> A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 42 e 117. Per la funzione normativa dell'interpretazione, cfr. C. Mortati, *Costituzione cit.*, 180 ss.

<sup>74</sup> L. Elia, *La giustizia costituzionale nel 1984*, Conferenza stampa del Presidente Leopoldo Elia, Palazzo della Consulta, 8 febbraio 1985, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), 22.

<sup>75</sup> Il sindacato diffuso avrebbe scongiurato il rischio che il sindacato di legittimità operato dalla Corte costituzionale degenerasse in un “potere incontrollabile”, non tanto in ordine ai vizi formali delle legge, quanto a quelli sostanziali che implicano un giudizio nel merito, foriero di possibili conflitti politici (C. Esposito, *La Costituzione cit.*, 275-281).

<sup>76</sup> C. Esposito, *La Costituzione cit.*, 266.

<sup>77</sup> “La realtà del diritto ... è un interagire e contraddirsi di vari e molteplici elementi. E tra le regole più generali di conoscenza ... non può non esservi il rispetto del reale come movimento, difformità, storia.” (V. Marinelli, *L'argomentazione giudiziaria tra retorica e logica*, in *Verifiche*, 1983, 67-68).

Sotto altro profilo, la questione della frattura-continuità della legalità repubblicana poneva il problema dell'adozione di criteri validi per filtrare le norme degli ordinamenti preesistenti, approvate anteriormente al 1° gennaio 1948, singolarmente considerate e, dunque, non travolte dalla complessiva operazione di cesura con la legalità fascista e statutaria. Posta l'evidente diversità formale dell'organo e dell'*iter* legislativo previsti nell'ordinamento repubblicano (Senato elettivo, suffragio universale), che se tradotta in criterio selettivo avrebbe travolto automaticamente tutte le leggi anteriori, è stato progressivamente privilegiato un criterio di valutazione sostanziale, fondato sui principi vigenti alla luce della Costituzione materiale, valutando, di volta in volta, quali atti dichiarare illegittimi perché incompatibili con il nuovo ordinamento repubblicano e con i diritti dei cittadini, così come delineati dalla Costituzione, e quali mantenere.<sup>78</sup>

Chiariti sin dalla prima pronuncia i confini del sindacato costituzionale, nella sentenza n. 4/1959 la Corte sancisce “l'imperio della nuova Costituzione”, sotto la quale il criterio distintivo fra atti illegittimi ed atti da conservare è il tempo della loro applicazione e non quello della loro produzione,<sup>79</sup> avviando con ciò un successivo orientamento giurisprudenziale prevalentemente conforme a tale decisione.<sup>80</sup> Ma si dovrà attendere la sentenza n. 30/1971 perché sancisca la intangibilità di alcune norme costituzionali (i principi supremi), non modificabili neanche con il procedimento di revisione di cui all'art. 138 della Costituzione.<sup>81</sup>

In tema di riserva di legge, garanzia sostanzialmente assente nella produzione normativa prerепubblicana,<sup>82</sup> le pronunce della Consulta subiscono un'oscillazione: dall'iniziale

<sup>78</sup> In tema è stata evidenziata l'analogia fra l'indicato criterio di valutazione, adottato dalla Corte costituzionale, e quello contenuto in una pronuncia della suprema Corte federale americana risalente al 1897 (cfr. A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico. Casi e materiali*, Milano, 2009, 26).

<sup>79</sup> Secondo la decisione n. 4/1959 un giudice della Repubblica non può applicare una norma contraria alla Costituzione, ancorché la fattispecie concreta si sia originata anteriormente alla sua entrata in vigore in base ad una norma abrogata; ferma restando la distinzione fra abrogazione e dichiarazione di illegittimità costituzionale (la conservazione-abrogazione delle norme e delle regole previgenti in sede di controllo di legittimità costituzionale avviene in termini di validità e non più di incompatibilità-abrogazione ad opera dei giudici comuni), può ammettersi un giudizio di legittimità su una norma anteriore abrogata, qualora questa produca ancora situazioni giudicabili alla stregua della conformità alla Costituzione (cfr. C. Esposito, *Controllo di costituzionalità di leggi abrogate*, in *Giur. cost.*, 1959, 28). Nella prospettiva della Costituzione materiale, ove la costituzionalizzazione operi un mutamento di principi particolari l'abrogazione verte direttamente su questi e solo in via mediata sulle leggi; ove ci sia l'abrogazione dell'intero assetto di principi fondamentali si ha estinzione del potere; è impossibile dunque lasciar sussistere norme derivanti da un potere estinto e non è da distinguere il giudizio di accertamento dell'avvenuta abrogazione da quello di legittimità di cui all'art. 134, in quanto il fine pubblico, costitutivo degli atti delle pubbliche autorità, è condizione della loro validità in relazione all'assetto di interessi riferibile a quel dato momento; il venir meno di quegli interessi equivale comunque a vizio di legittimità (C. Mortati, *Abrogazione legislativa e instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, 109-112, 123-126).

<sup>80</sup> A. Cerri, *Istituzioni cit.*, 38.

<sup>81</sup> A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 32. Per la ineliminabilità di alcuni principi sostanzialmente costituzionali anche ad opera di leggi costituzionali e, dunque, come limite superiore anche di esse, cfr. anche C. Esposito, *La validità delle leggi*, Padova, 1934, (rist. Padova, 1964), 205-208.

<sup>82</sup> La riserva di legge, presente nello Statuto albertino in varie disposizioni sulle libertà individuali (artt. 24, 26-30, 32 St.), era tuttavia vanificata dalla flessibilità delle disposizioni statutarie che, in quanto tali, potevano essere liberamente derogate dal Legislatore a favore della competenza regolamentare; progressivamente l'emanazione di atti con forza di legge da parte del Governo divenne una prassi che, nel periodo della guerra, si estese e si consolidò fino a svuotare di ogni significato questo importante istituto di garanzia.

dichiarazione di illegittimità di disposizioni regolamentari approvate dal governo precedente (sentenza n. 4/1962), successivamente ne afferma la piena validità ed applicabilità, riservando l'incostituzionalità ai soli regolamenti adottati successivamente al 1° gennaio 1948, in virtù dell'illegittimità sopravvenuta della previgente legge attributiva della competenza (sentenza n. 73/1968, ribadita dalla sentenza n. 117/1969). Fermo restando il chiaro intento della Corte di sorvolare su questioni vertenti più sui profili formali che sostanziali, più sul procedimento che sui principi,<sup>83</sup> la modifica dell'orientamento alimenta dibattiti dottrinali, che offrono spunti interessanti sul significato sostanziale della riserva assoluta di legge, in special modo, in materia penale. La dottrina conforme a tale indirizzo sottolinea come la riserva attenga alla validità dell'atto, alla sua formazione, alla competenza e non al contenuto normativo; dunque la dichiarazione di illegittimità non potrebbe retroagire ad un momento anteriore a quello in cui la norma è diventata incompatibile con i nuovi principi,<sup>84</sup> anche se tale norma derivasse da una “perdurante legittimazione del Governo ad emanare norme penali con una latitudine di poteri non compatibile con la riserva di legge stabilita dalla Costituzione”.<sup>85</sup>

La posizione dottrinale contraria ritiene invece che il precetto della riserva non abbia carattere meramente organizzatorio, ma natura sostanziale e sia quindi volto a disciplinare gli effetti sulle situazioni giuridiche soggettive, anche con valore retroattivo;<sup>86</sup> e ciò, a maggior ragione, se si considera la delicatezza dell'ambito di incidenza della materia penale. In tal modo la riserva di legge diviene, più ampiamente, “garanzia della minoranza contro la maggioranza” e dei diritti dei singoli “fin nel loro fondamento, cioè appunto nelle norme della Costituzione”, dal momento che la procedura meno rapida imposta dall'*iter* legislativo impedisce alla maggioranza di governo di eludere i divieti costituzionali ed impone al Legislatore di osservare i limiti derivanti dal “trattamento” a cui sono sottoposti i suoi atti; questo, a sua volta, rappresenta una tutela obiettiva della Costituzione e delle sue norme.<sup>87</sup> Peraltro nella citata

---

<sup>83</sup> In linea con questo orientamento, nella sentenza n. 37/1957 la Corte costituzionale aveva ritenuto valide le deleghe esercitate anteriormente alla Costituzione, anche se non corrispondenti ai criteri dettati dal nuovo art. 76 della Costituzione; e, confermando un criterio di selezione ispirato alla conformità sostanziale e non formale con i principi costituzionali, nelle sentenze n. 29/1961 e n. 46/1964 la Corte sorvolerà sul divieto di retroattività delle leggi penali (art. 25 Cost.), stabilendo la legittimità di un decreto legge del 1946 che disponeva la confisca dei beni agli eredi di condannati per delitti legati al fascismo, quasi alla stregua di un'obbligazione civile da illecito (C. Pinelli, *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza*, Napoli, 2012, 18-19). D'altro canto già nel 1947, per assicurare la continuità dei servizi pubblici, era stata sottolineata la necessità di distinguere tra gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, limitando ai secondi la valutazione di conformità al nuovo ordinamento ed attribuendo ai primi una presunzione di efficacia (A. M. Sandulli, *Fatti dannosi della repubblica sociale e responsabilità dello Stato italiano*, in *Il Foro it.*, 1947, I, 156-157), pur se emanati da un governo illegittimo (o “irrelevante”, cfr. M. S. Giannini, *Il governo neofascista e i suoi atti normativi*, in *Giur. Cass. civ.*, 1945, I, 183), quale era il governo instauratosi nella repubblica sociale italiana, nel territorio poi riassorbito nello Stato italiano.

<sup>84</sup> A. M. Sandulli, *Riserve di legge cit.*, in particolare, 2174 ss.

<sup>85</sup> Corte cost., cit. sent. n. 73/1968.

<sup>86</sup> S. Fois, *Norme anteriori e riserva di legge*, in *Giur. cost.*, 1968, 1075-1077. Il regolamento è privo delle garanzie di forma e di sostanza assicurate dalla legge, come affermato dalla Corte medesima nella precedente sent. n. 4/1962 in cui, peraltro, la questione verteva sulla riserva prevista dall'ultimo comma dell'art. 41 Cost. in tema di libertà di iniziativa economica privata e non su quella ex art. 25 Cost.

<sup>87</sup> S. Fois, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, 295-303. È interessante notare che il “valore giuridico” della legge (il particolare “trattamento” che le è riservato dalla Costituzione) fosse stato posto in rilievo anche

sentenza n. 4/1962, che ha preceduto le successive dichiarazioni di validità dei regolamenti anteriori, era stata proprio la Corte a porre in rilievo che, negli ambiti riservati alla legge, i principi informatori dell'ordinamento democratico richiedono che ogni specie di limite imposto ai diritti dei cittadini avvenga con il consenso dell'organo che trae da costoro la propria diretta investitura.<sup>88</sup>

Complessivamente però si può affermare che, con l'entrata in funzione della Corte costituzionale, la divisione tipica della guerra fredda è mantenuta, ma con qualche allentamento, e la continuità segnata dalla conservazione delle norme previgenti non incompatibili subisce una lenta e progressiva attenuazione. La fedeltà alla Repubblica e ai principi costituzionali da parte delle forze politiche, nella seconda fase del disgelo costituzionale, sembra rafforzarsi e produce risultati politici di convergenza,<sup>89</sup> forieri di un riavvicinamento fra istituzioni e popolo; sul piano dell'attuazione costituzionale, nel 1962 è introdotta la scuola dell'obbligo, è nazionalizzata la rete elettrica, sono ammesse le donne nel pubblico impiego. La forza coesiva-inclusiva del dettato costituzionale sembra realizzare la prima rimozione della *conventio ad excludendum* della sinistra più moderata.<sup>90</sup>

Ma ciò non è sufficiente a recuperare la sintonia con una parte cospicua dell'elettorato, che sembra non esserci più o, meglio, non esserci mai stata. Nel 1968 la classe media e medio-colta avvia la contestazione insieme alla classe operaia, con il sostegno del Pci, e si formano gruppi extra-parlamentari che rappresentano il primo grave segnale di rescissione esplicita del legame fiduciario tra governanti e governati: la necessità di condurre al di fuori delle istituzioni la protesta popolare non segna soltanto la fine della legalità come strumento di giustizia e di adattamento della politica alle mutate esigenze sociali, ma esprime un'involuzione estrema del rapporto forze dominanti-perseguimento dei fini pubblici essenziali. Il 1969 è un anno caldo: contestazioni studentesche, prima guerra di mafia, indebolimento della Dc che, insieme ai socialisti, tenta alcune aperture alle richieste della collettività; ma gran parte di questa ormai è su una linea diversa dalle forze di governo e le risposte offerte dalla politica risultano inadeguate e

---

dalla medesima autorevole dottrina che successivamente ne afferma la natura meramente organizzatoria, in ordine alla disciplina della materia penale (A. M. Sandulli, *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Riv. trim. d. pubb.*, 1957, 273 ss.).

<sup>88</sup> Già nel *Bill of Rights* del 1689 era previsto il divieto di imporre tributi o altre prestazioni patrimoniali o personali senza il consenso del Parlamento.

<sup>89</sup> L'apertura a sinistra segna l'inizio di un più democratico pluralismo delle forze politiche (almeno rispetto a quelle socialiste) e di una significativa evoluzione culturale (tramite anche i mezzi di comunicazione di massa) ma, ancora, ne è tenuto fuori il partito comunista (A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XL-XLII).

<sup>90</sup> Tra il '58 ed il '63 la parziale convergenza politica tra le due forze (le "convergenze parallele" dirà Moro) coincide con il c.d. miracolo economico (e forse non ne è completamente estranea), che sembra finalmente avviare quell'auspicato sollievo che dalla fine della guerra non si era ancora realizzato; questo ritardo aveva rappresentato uno dei segni più evidenti del tradimento, da parte della classe politica, delle aspirazioni e degli ideali del popolo che, ribellandosi all'oppressione, aveva sperato nel rinnovamento di cui la Repubblica e le nuove istituzioni sarebbero dovute essere portatrici (le riforme economiche, previste dalle norme programmatiche, che "promettevano ai poveri non la ricchezza, ma un po' meno di miseria, ai disoccupati non l'elemosina, ma un po' di lavoro", P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 517). Al contempo tuttavia, negli anni '60 si origina un fenomeno in contrasto con la legalità ed i principi costituzionali, la partitocrazia, che si caratterizza per un indebito accesso al potere pubblico da parte dei partiti (sfruttando la propria rappresentanza parlamentare), che lo gestiscono in sostituzione degli organi previsti dalla Costituzione. Il 1963 è l'anno in cui si manifesta per la prima volta la criminalità organizzata; subentra Moro, che inizia l'opera di apertura a sinistra che avrà il tragico epilogo del 1978.

tardive. L'emergenza istituzionale ed il disordine sociale di questi anni fanno sì che il sistema politico, "luogo, spesso inafferrabile, dove si formano le volontà che ci governano", non coincida con ciò che è scritto nella Costituzione e la democrazia non sia più avvertita come valore a cui orientare il proprio futuro, ma come un qualcosa rimasto dietro le spalle.<sup>91</sup>

I tentativi di riallinearsi con forze di estrema sinistra e l'intervento incisivo della Corte costituzionale segnano la terza fase del disgelo costituzionale (tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70), che si caratterizza per un cospicuo e significativo numero di riforme: il riallineamento dei sindacati e, nel 1970, l'approvazione dello Statuto dei lavoratori, la riforma pensionistica, l'istituzione delle Regioni (con capacità legislativa), la riforma del processo penale e dell'ordinamento penitenziario, la disciplina del diritto di assemblea, l'introduzione dell'istituto del divorzio; nonostante la disorganicità dei testi, la giurisprudenza costituzionale ed ordinaria offrono un contributo rilevante a realizzarne l'inserimento concreto nel tessuto legislativo applicabile.<sup>92</sup>

Alla contestazione avviata nel '68 si associa la "contestazione giudiziaria", che vede parte di una magistratura ribelle reinterpretare i codici in modo meno repressivo e severo; ne deriverà un riavvicinamento delle magistrature, favorito anche dall'enucleazione del concetto di "diritto vivente" da parte della Corte costituzionale, come limite alle sentenze manipolative o interpretative della Corte medesima, in caso di indirizzo giurisprudenziale uniforme in ordine all'interpretazione di una legge.<sup>93</sup>

Incalzeranno sempre più numerose le richieste di riforme costituzionali, come mezzo per raggiungere quegli obiettivi rimasti irrealizzati tramite la politica ordinaria<sup>94</sup> delegittimando, sostanzialmente, il testo costituzionale vigente;<sup>95</sup> la deriva di questa tendenza è che il procedimento di revisione costituzionale divenga l'espedito per una *conventio ad excludendum* definitiva, con conseguente svolta del potere in senso sostanzialmente autoritario.<sup>96</sup> Come osservato dai teorici della Costituzione materiale, la rottura col vecchio regime non necessariamente passa per la rivoluzione, essendo ben possibile che uno snaturamento sostanzialmente rivoluzionario avvenga tramite le medesime procedure legali previste per la

<sup>91</sup> A. M. Sandulli, *Ombre sulle istituzioni*, in *Riv. trim. d. pubb.*, 1972, 477 ss.

<sup>92</sup> A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 16.

<sup>93</sup> A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 125.

<sup>94</sup> A. Pizzorusso, *La Costituzione cit.*, 18. Ferma restando la convergenza delle forze politiche in ordine alle cause esterne che erano alla base delle proposte di riforma istituzionale (instabilità politica, scarsa legittimazione e rappresentatività delle forze politiche, inadeguata efficienza operativa), la "diagnosi" della situazione, e delle proposte conseguenti, appariva notevolmente divergente e riassumibile in due diversi orientamenti: il primo ne ravvisava l'origine nell'insufficienza della politica, incapace di cogliere i mutamenti sociali e di adeguarvi la propria attività; il secondo, tramite le riforme, intendeva riaffermare l'imperio della legge, strumento ordinatore dei contrasti e dei disordini della collettività (V. Onida, *Un anno di dibattiti sulle riforme istituzionali*, in *Riv. trim. d. pubb.*, 1972, 465 ss.). Nei fatti però (benché la prima richiesta di riforma avanzata sia già di poco successiva all'entrata in vigore della Costituzione), il limite principale è consistito ogni volta nella scarsa capacità di raggiungere le maggioranze necessarie; negli anni '80 il tentativo ha assunto più rilievo, ma poi ne è ancora mancata la maggioranza; il primo progetto concreto, poi fallito per la debolezza dei partiti, l'inadeguatezza e la mancanza di unità, sarà la bicamerale del 1992-1993 (cfr. A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XLIII-XLIV).

<sup>95</sup> A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 129.

<sup>96</sup> Il rifiuto del dialogo e della reciprocità democratica fra i partiti di maggioranza e quelli di opposizione è già "un preludio al totalitarismo" (P. Calamandrei, *Scritti cit.*, 540).

revisione costituzionale.<sup>97</sup> Se invece permangono inalterati gli ideali e i valori espressi dalle forze politiche dominanti, il procedimento di revisione costituzionale di una Costituzione rigida scritta (che consentendo di misurare il potere si colloca logicamente al di sopra di questo) evita di vincolare le generazioni successive al rispetto di norme non più espressive delle dinamiche attuali ed, al contempo, evita che le modificazioni avvengano tramite espedienti extralegali o azioni violente.<sup>98</sup>

Al contrario, invece, sul finire degli anni '60 inizierà a manifestarsi la strategia della tensione.<sup>99</sup>

## 5. *La fedeltà alla Costituzione e alle leggi*

Per certi aspetti, è possibile affermare che la dichiarazione di legittimità costituzionale di un atto normativo, riferita alla legalità in una determinata fase ordinamentale, investe anche (e più ampiamente) il principio di obbedienza alla Costituzione e alle leggi, sancito dall'art. 54 della Carta costituzionale medesima; in tal senso quindi vale l'assunto che la legalità è il fondamento della legittimità costituzionale, in quanto la garanzia della prima preserva la fedeltà alla Costituzione sia da parte dei rappresentanti delle istituzioni sia, simmetricamente, da parte dei consociati verso l'autorità chiamata ad attuare e rendere effettivi i valori fondamentali, codificati nella Costituzione e in cui la comunità si riconosce.<sup>100</sup>

Le leggi si impongono agli organi esecutivi allo stesso modo e per le medesime ragioni per cui si impongono ai cittadini e ai giudici, in quanto manifestazione del potere dello Stato e non per la supremazia di un organo costituzionale su un altro; in linea generale, dunque, il controllo giurisdizionale sulle leggi non crea la supremazia del giudiziario sul politico, non produce commistione di giuridico in politico, né viola la separazione dei poteri in quanto non costituisce esercizio di potere legislativo ma attività di "mero accertamento"; l'indipendenza del legislativo non esclude il controllo reciproco dei poteri divisi; per tali ragioni il controllo sulla legge è attuazione del principio per cui "il potere deve arrestare il potere, costituisce garanzia di libertà dei cittadini, limite all'onnipotenza degli organi legiferanti, estensione dello stato di diritto al campo medesimo della formazione delle leggi".<sup>101</sup>

E nella Costituzione sono confluiti i valori, le libertà, gli ideali ed i modi affinché questi siano realizzati; vi sono presenti la "memoria" (unità, indipendenza, antifascismo), un "progetto" (la trasformazione della società, art. 3 Cost.), il "credo repubblicano" (che l'art. 54 Cost. affida al principio di fedeltà alla Repubblica di tutti i cittadini). L'art. 54 Cost. richiede

<sup>97</sup> C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, rist. 1991, 76.

<sup>98</sup> A. Pace, *op. cit.*, 89-91.

<sup>99</sup> Gruppi eversivi della destra neofascista (piazza Fontana, 1969) e, a partire dagli anni '70, il susseguirsi di atti terroristici di varia natura e di oscuro significato ebbero nel caso Moro solo l'epilogo più clamoroso; brigate rosse, tentativo di golpe di destra (1970), organi statali deviati erano il sabotaggio ad una Italia repubblicana che stava perdendo ogni parvenza di legalità: corruzione, criminalità organizzata, finanziamento illecito ai partiti e progressivo indebitamento dello Stato per procacciare consensi ne sono gli esempi più emblematici (A. Pizzorusso, *Le stagioni cit.*, XXXI-XXXII).

<sup>100</sup> C. Mortati, *Costituzione cit.*, 140.

<sup>101</sup> C. Esposito, *La validità cit.*, 8, 14, 24, 26, 28-33, 205.

questo “credo repubblicano”, questo “patriottismo costituzionale”, prima che ai rappresentanti delle istituzioni (impegnati ad agire con disciplina e onore, comma 2), a tutti i cittadini; e non solo come sentimento, ma anche come conseguente comportamento di astensione dalla illegalità e come effettivo contributo di solidarietà civica.<sup>102</sup> Ma è vero anche che l’art. 54 Cost. contiene in sé una tautologia nel sancire un principio di obbedienza, soddisfabile a condizione che tale fedeltà sussista già.

In proposito è stato osservato che le “norme costituzionali si articolano con la comunità sociale e implicano la lealtà sociale nella forma di un’associazione legittimata in termini di valori”; la legge invece concerne “la moralità dei cittadini”, ma non necessariamente l’intera moralità nel suo complesso. “Sebbene l’elemento costituzionale possa essere presuntivamente applicato coercitivamente, tuttavia fa sorgere il problema della legittimità”, intesa come limite e giustificazione dei poteri governativi a protezione della comunità e a prevenzione dell’uso arbitrario del potere; in tal modo si ha la copertura di legittimità dell’azione dei governanti, esercitata secondo la loro interpretazione dell’interesse pubblico. Tale legittimazione passa attraverso l’interazione del popolo con il Legislatore (mediante le elezioni) e tramite il controllo di costituzionalità della legge.<sup>103</sup> È il codice istituzionalizzato (la Costituzione) che “definisce i diritti di partecipazione nel sistema di potere” che, a sua volta, deve essere considerato “autorità”; la collettività, invece, definisce l’ambito di estensione entro cui un sistema di diritti istituzionalizzati (secondo Costituzione) a detenere ed esercitare il potere, può essere fatto valere.<sup>104</sup>

Ma come afferma Calamandrei, ricordando il *Critone*, quando la legge è concessa dall’alto, è espressione di tirannia, la sola alternativa all’inibita contestazione esplicita è la trasgressione, vissuta dai sudditi come unica forma di protesta contro l’oppressione, come un dovere civico;<sup>105</sup> la disobbedienza consegue alla “perdita di prestigio” della legge.<sup>106</sup> Ne deriva che la condivisione dei valori fondanti la produzione legislativa e la complessiva attività istituzionale è il nucleo originario della fedeltà alla Costituzione e alle leggi, ed è in grado di resistere e di adattarsi ai mutamenti contingenti assai più della soggezione-obbedienza, se è sostenuta da un’autentica ed

<sup>102</sup> U. Allegretti, *Popolo e istituzioni nella storia costituzionale dell’Italia unita*, in *Dir. pubb.*, 2014, 400-401, 409. Schmitt, nel sistema pluralistico di Weimar accentrato sui partiti, vede un modello colpevole di aver determinato un allentamento del dovere di fedeltà verso lo Stato (cfr. M. Fiorillo, *op. cit.*, 252, nota 30), che si evidenzia poi nei dilatori compromessi formali, operati dalle eterogenee forze politiche presenti nella costituente (C. Schmitt, *op. cit.*, 43-57).

<sup>103</sup> Il *leader* invece “non è legittimato dall’aver raccolto le preferenze dell’elettorato, ma dal riconoscimento popolare della legittimità della sua posizione” (che richiama l’acclamazione di cui parla Schmitt); i dittatori originariamente sono *leaders* di partito che partecipano alla competizione per il potere insieme agli altri, salvo attuare il modello “carismatico” denigratorio dell’opposizione; questo procedimento, certamente non ortodosso, conduce poi alla dittatura sostanziale, antidemocratica nell’eliminazione degli oppositori ma paradossalmente democratica in un punto, l’appello alle masse (T. Parsons, *Sistema politico e struttura sociale*, trad. it., Milano, 1975, 69-72, 136 ss., 151).

<sup>104</sup> L’autorità si fonda sull’istituzionalizzazione dell’ordinamento normativo, che consiste appunto nel “codice istituzionale in base al quale l’uso del potere come mezzo è organizzato e legittimato”; la delegazione del potere è compiuta come scambio con un “valore”, consistente nei mezzi necessari alla concreta realizzazione dei fini pubblici; il controvalore di questo scambio è il “consenso ad accettare l’autorità dell’organizzazione” (T. Parsons, *op. cit.*, p. 476, 474, 417-418).

<sup>105</sup> P. Calamandrei, *Opere cit.*, 133.

<sup>106</sup> F. Canelutti, *La morte del diritto*, in AA. VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, 181 ss.

attiva partecipazione popolare<sup>107</sup> (mediata dalla rappresentanza politica) al processo medesimo di formazione delle leggi.

Si tratterebbe solo di ritrovare nel “mutato contesto le ragioni di una fedeltà costituzionale, che talvolta è sembrata incrinarsi”. Venuta in essere in un momento in cui “le tensioni ideali hanno permesso di superare i particolarismi”, la Costituzione “trascende le circostanze della sua origine senza rinnegarle ma, anzi, confermandole”; “trascende le tentazioni della politica quotidiana”, senza la quale non potrebbe esservi la coscienza sociale che contribuì ad originarne il testo.<sup>108</sup> E, forse, la risposta alla predita di fiducia risiede anche, semplicemente, nel non trasformare l’effetto in causa e, dunque, nel non attribuire al mancato rinnovamento della Costituzione la debolezza delle forze politiche e l’instabilità di quelle di governo, ma individuare essenzialmente nel fallimento politico e nell’assenza di legalità l’origine dell’incompleta, farraginoso, inadeguata attuazione dei principi costituzionali.

Quando i contrasti sono talmente accesi da divenire scontro aperto tra la massa sociale e gli apparati statali, l’analisi giuridica non può limitarsi all’indagine delle tradizionali fonti del diritto, ma deve andare più in profondità e tener conto di quel complesso sistema di interdipendenza che lega i fatti storici alle dinamiche politiche, sociali, economiche, da cui i principi medesimi di un dato ordinamento giuridico traggono la loro stessa ragion d’essere, il loro fondamento ultimo.

Il problema, sorto con la caduta del fascismo, si ripropone ogni qual volta la circolarità che lega le forze di governo al popolo e all’insieme dei principi e delle norme che ne costituiscono e ne regolano l’esistenza (la Costituzione e le leggi), in un rapporto di continua interrelazione dinamica, si altera e la reciproca equivalenza si trasforma in una spirale involutiva, in cui la progressiva sovraordinazione partitica erode, lentamente ma inesorabilmente, gli altri due elementi fondanti l’ordinamento democratico; soltanto un’inversione in senso evolutivo potrebbe ricondurli verso un percorso di riavvicinamento a quell’originario equilibrio circolare, alimentato dalla fiducia reciproca.

Già nel 1946 era stato evidenziato che “il perno di una Costituzione non è la lettera, ma l’uso che se ne fa” e che “ogni Costituzione vale non per le sue formule, ... vale per le forze che la mettono in movimento”.<sup>109</sup> Tutte “le leggi, anche quelle costituzionali ... vivono finché siano appoggiate a una forza politica capace di farle vivere”.<sup>110</sup>

<sup>107</sup> L’attiva partecipazione popolare è un contributo indispensabile ad arginare le possibili derive estreme nella gestione del potere (Jemolo parla dei “prudentissimi” che, “per non compromettere il prestigio delle istituzioni”, avevano ratificato il colpo di stato di Mussolini, lasciando che si compissero gravi violazioni delle libertà individuali, A. C. Jemolo, *La politica dei partiti nel 1953*, Parma, 1953, 11-12).

<sup>108</sup> A. Cerri, *La Costituzione cit.*, 129-131. Ricostruire il nesso costituzionale fra tradizione e mutamento non significa obsolescenza dei principi costituzionali, perdita della memoria della Costituzione dalla fondazione repubblicana alla sua prima attuazione, in un clima di scontri culturali prima che politici (*Premessa* a C. Pinelli, *op. cit.*); la complessiva stabilità delle istituzioni, le trasformazioni economiche, il progresso sociale, il rifiuto di “reiterate tentazioni autoritarie”, a fronte dell’onnipotenza partitica, delle tensioni sociali e di una lunga serie di attentati alla libertà, dimostrano che il quadro costituzionale possiede una forza ed una solidità di straordinaria portata (G. Crifò, *op. cit.*, 70).

<sup>109</sup> Frasi pronunciate, rispettivamente, da Einaudi e da Missiroli (L. Paladin, *Per una storia cit.*, 54).

<sup>110</sup> P. Calamandrei, *Scritti cit.*, I, 525.