

Indice

I. I costituzionalisti	3
II. La materia della costituzione e dei costituzionalisti	29
III. La costituzione è il nostro compito	55
IV. Il «non scritto» costituzionale	79
V. La morale, la legge, la costituzione, i costituzionalisti	115

Capitolo I

I costituzionalisti

1. *La scienza della costituzione: le aspettative* I costituzionalisti esistono? Come no? Esiste perfino un'associazione, la grande Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC). Gli iscritti sono quasi cinquecento. In verità, già questo numero impressionante fa dubitare che sotto il mantello d'una sigla ci sia qualcosa di riconoscibile, di identificabile. Nel suo statuto campeggia come compito «la promozione e la difesa delle peculiarità della cultura costituzionalistica». Cultura costituzionalistica? Che cos'è? Quali sono le sue «peculiarità» da «promuovere e difendere»? Se ci si interrogasse, non si saprebbe come rispondere. Meglio, allora, non fare domande. Infatti, in quasi quarant'anni di vita, l'associazione non se le è mai fatte. Ci si è talora interrogati sul rapporto tra la «scienza costituzionale» e «altre scienze», come se quella che per noi è la prima scienza sia un dato certo a partire dal quale si possa procedere a stabilire rapporti, confronti, differenze. Su che cosa sia la costituzione di cui si occupano i giuristi-costituzionalisti e in che modo la si debba trattare, un silenzio che copre un vuoto. Di fronte a questioni costituzionali cruciali come quelle che abbiamo conosciuto, conosciamo e probabilmente conosceremo, che cosa fa questa associazione che raccoglie la gran parte di «i costituzionalisti»? Niente, per il timore di indurre tensioni o spaccature, di essere «divisivi». Meglio tacere o parlare d'al-

tro. Ciò è altamente significativo d'un disagio. «I costituzionalisti» come tali non esistono e, sulle questioni più importanti, volerli tenere insieme per forza sarebbe un'illusione. Sia chiaro: questa non è una critica, ma una constatazione e, insieme, una delusione, un dispiacere e, forse, *pro parte*, anche un rimorso. Un tentativo di modificare qualcosa, infine, questo scritto non è di certo; ma forse può essere un aiuto a conoscerci meglio.

Bisogna trattare con cautela le questioni che questi interrogativi pongono. Rifiutiamo senza tentennamenti di essere e di essere considerati una corporazione. L'attività intellettuale e la sua libertà rifiutano l'inquadramento in identità organiche. Ma, da qui a concludere che ognuno è e deve essere in sé e per sé con i suoi pensieri, le sue idee, i suoi studi, le sue fantasie, e che non c'è nulla di comune che debba essere ricercato e preservato per dare un senso sociale alla nostra professione, il passo è troppo lungo.

Possiamo prendere lo spunto da una proposizione formulata da Carl Schmitt nel 1936, a imitazione di quella che sta nell'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*: «un popolo che non ha un ceto (*Stand*) di giuristi, non ha alcuna costituzione»¹. «Prendere lo spunto», non più di questo. Nel contesto di quel periodo della storia politica europea, la formula portava in sé un veleno mortale. Si trattava di costruire una giurisprudenza nazionale pura, cioè «ariana», affrancata dalle idee costituzionali liberal-democratiche e affidata a un corpo di giuristi inquadrati nell'ideologia nazionalsocialista. Tutto ciò ha da essere buttato via,

¹ C. Schmitt, *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes*, in «Deutsches Recht. Zentralorgan des Bundes National-Sozialistischer Deutscher Juristen», 6, 1936, p. 181.

tra i rifiuti delle esperienze totalitarie. Ma resta qualcosa di vero, di essenziale; qualcosa che viene alla luce quando il pubblico profano, per esempio attraverso gli organi d'informazione, di fronte a un problema di diritto costituzionale controverso, si rivolge «ai costituzionalisti» per avere la risposta o, almeno, un orientamento plausibile. In realtà, si interpella questo o quel «costituzionalista», ma il responso è presentato come quello «dei costituzionalisti». Poi, magari, si deve prendere atto che le opinioni divergono e, talora, si contraddicono e, allora, la conseguenza che si è autorizzati a trarre è che «la cultura costituzionalistica» è semplicemente una bugia.

Il presupposto implicito in quest'atteggiamento d'attesa e di disillusione nei nostri confronti è che ci sia qualcosa che, al di là delle differenze che nascono dalla libertà del pensiero, unifica il senso del nostro essere costituzionalisti, cioè il senso dell'esercizio d'una professione intellettuale che non ha come oggetto una «materia» qualunque, ma proprio quella materia che è la costituzione ed è, pertanto, piena di aspettative. Per questa ragione – la peculiarità dell'oggetto: la costituzione, per l'appunto – la discussione circa la posizione dei costituzionalisti non si confonde con quella di chi opera in altri ambiti intellettuali, dove comunque vale sempre la pretesa e l'onere della libertà; ma, forse, non vale ugualmente quella responsabilità che è un corollario di una libertà particolare, come è quella dei costituzionalisti.

Non è la stessa cosa essere «i costituzionalisti», piuttosto che, ad esempio, «gli economisti», «gli storici» o «i filosofi morali». Infatti, non risulta – o, almeno, a me non risulta – che a questi ci si rivolga con la medesima aspettativa con la quale ci si rivolge a «i costituzionalisti». Gli studi costituzionali ruotano su un perno comune che è la costituzione e la

costituzione è un dato dal quale ci si aspetta lo svolgimento di un compito politico storico-concreto, vale a dire tenere insieme e far convivere pezzi della società che altrimenti sarebbero pezzi sparsi. Unire è «costituzionale»; dividere è «anticostituzionale». Non è così, per rimanere agli esempi di prima, per «la scienza economica», «la storiografia», «la filosofia», ecc. La scienza economica non esiste se non come l'insieme delle tante teorie e dottrine circa la natura dell'essere umano rispetto ai fatti economici e circa le «leggi» che da questa presunta natura si fanno derivare; *idem* per la storiografia o per la filosofia, condizionate, nel rispetto dei dati di fatto, dall'assunzione *a priori* di determinate visioni delle forze che muovono il mondo e l'azione umana nel mondo, e quindi dall'assunzione di determinate categorie interpretative. Ci si può chiedere: non è la stessa cosa per la scienza della costituzione? Non vale forse ciò che è stato espresso con le parole: «Ciò che è davvero fondamentale» – cioè costituzionale nel senso più profondo – «non può mai essere posto, ma deve sempre essere presupposto»? Non è, dunque, la scienza dei costituzionalisti, a sua volta, anch'essa condizionata da una selva di assunzioni *a priori* pre-positive, principi ispirati alla metafisica, all'etica, alla filosofia della storia, ecc., che la rendono, nel suo insieme, polifonica se non talora cacofonica? Se i costituzionalisti si interrogassero su questo punto, dovrebbero registrare risposte diverse che ruotano, precisamente, proprio sui fondamenti delle loro visioni (come si vedrà più avanti). Sotto questo aspetto, «i costituzionalisti» non si distinguono da «gli economisti», da «gli storici», ecc.

Si distinguono invece sotto un altro aspetto, cioè dal punto di vista del loro compito, un compito che deriva dalla costituzione e che la costituzione assegna in primo luogo proprio

a loro. La scienza del diritto costituzionale appartiene certamente al novero delle scienze pratiche, non solo nel senso di scienze che servono alla pratica, ma nel senso aristotelico di scienze che, sviluppandosi, vanno costruendo il loro oggetto: un oggetto che non è dunque indipendente dalla riflessione scientifica che li riguarda. La scienza del diritto, e del diritto costituzionale in particolare, in quanto «scienza pratica» non si distingue dall'economia, dalla storiografia, dalla filosofia morale. Se ne distingue invece per la natura del suo compito: la costituzione deve primariamente «costituire» e, così, anche la scienza che si occupa di essa. Si pensi all'etimologia: *st* indica *stare* e *co* indica insieme. I discorsi che riguardano la costituzione che creano dispersione o, comunque sia, che non mirano primariamente a «costituire» una scienza che possa sorreggere una costituzione a sua volta capace di «costituire» non sono discorsi costituzionali. Possono essere discorsi politici o di politica costituzionale; possono essere memorie di parte in procedure costituzionali; possono essere pareri forniti agli attori della lotta politica, quando questa si avvale di argomenti costituzionali; possono perfino essere attentati alla costituzione. Ma in nessun senso sono diritto costituzionale, in quanto sono indipendenti o addirittura contrari al compito della scienza costituzionale. Chi fa tali discorsi non è costituzionalista.

Lo comprendiamo facilmente. Una scienza costituzionale che non mira a un orientamento di fondo comune, ma si dissolve in tante parti in lotta tra di loro, distrugge innanzitutto sé stessa, in quanto contraddice il suo compito d'essere costituzionale, e così si rende, nel suo insieme, impotente, inutile, o utile solo come repertorio d'argomenti polemici strumentali, forniti a chi li userà per i suoi scopi. In secondo luogo, una simile scienza farebbe a brandelli la costituzione

stessa, quale unitario punto focale della vita politica e sociale comune. Sotto questo secondo aspetto, la frase di Schmitt è pienamente giustificata: una scienza della costituzione divisa, divisiva, conflittuale, in disaccordo sui fondamenti, non solo è nulla, ma è anche distruttiva del suo oggetto. Tradisce il suo compito pratico. Quella frase citata all'inizio fu scritta avendo alle spalle la frammentazione politica, molto feconda d'idee ma non per questo meno disgregatrice, della scienza della costituzione al tempo della crisi della Repubblica di Weimar; e avendo di fronte l'intento di ricomporne l'unità. Che poi si trattasse di una unità al servizio del potere totalitario è certo rilevante, ma sotto un aspetto diverso. Era l'unità al prezzo della libertà. Era un modo per salvaguardare la costituzione come compito d'insieme, liquidando, tuttavia, la libertà della scienza giuridica della costituzione in quanto scienza, e per ridurla a prestazione di servizio come prostituta della politica.

2. *Convergenze e divergenze* Il compito che attende i giuristi della costituzione in una società libera, in una democrazia costituzionale, pare dunque possa condensarsi così: in quanto «società aperta degli interpreti» – per usare una celebre espressione di Peter Häberle² che allude, rovesciandone però il senso per mezzo dell'aggettivo, alla formula di Schmitt (lo *Stand* dei giuristi) citata all'inizio – perseguire una libera concorrenza pratica a partire dalla comune accettazione dei fondamenti costituzionali. In assenza – ripeto – non ci sono «i costituzionalisti», ma tanti discorsi intorno

² P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (1975), in Id., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Duncker & Humblot, Berlin 1996², pp. 155 ss.

alla costituzione privi di base comune, che confondono e disorientano, portando con sé effetti distruttivi, per incoscienza o per interessi di parte, magari con l'intento di farne un'altra, di costituzione. Dunque, in assenza di costituzionalisti consapevoli dei caratteri della materia che trattano, non c'è costituzione.

D'altra parte, se non ci sono «i costituzionalisti», non c'è nemmeno una scienza costituzionale. Infatti, una scienza pratica come quella costituzionale, indecisa o contraddittoria rispetto ai suoi fini, non solo non è pratica, ma non è nemmeno scienza. È l'insieme d'altre cose, magari nobilissime e giustificatissime, ma diverse.