

Rivista N°: 1/2014
DATA PUBBLICAZIONE: 06/02/2014

AUTORE: Cesare Pinelli*

VARIAZIONI SU STABILITÀ E MUTAMENTO NEL DIRITTO COSTITUZIONALE **

1. "Continuo e discontinuo" da Salvatore Pugliatti ai costituzionalisti. – 2. Il totalitarismo, o l'esperienza del rovescio del costituzionalismo. – 3. La ricerca della stabilità attraverso le forme di governo nella storia del pensiero politico. – 4. Il tempo del costituzionalismo rivoluzionario. – 5. Il significato di "eterno" nelle "clausole di eternità". – 6. Stabilità e mutamento nello Stato costituzionale.

1. "Continuo e discontinuo" da Salvatore Pugliatti ai costituzionalisti

Il rapporto fra stabilità e mutamento acquista nel diritto costituzionale uno spessore problematico tale da farne un punto dirimente di ogni discorso sui suoi fondamenti ultimi. Non si può dire lo stesso degli altri campi del diritto, tanto che, alle prese col tema, un grande civilista finirà con lo scrivere un saggio di diritto costituzionale¹.

Alla domanda se "continuo e discontinuo" dovessero considerarsi "principi opposti e incompatibili, oppure "entrambi necessari e complementari", tali "da formare le *coordinate*, per mezzo delle quali si coglie e si valuta, nella sua integrità, l'esperienza giuridica"², Pugliatti aveva risposto che tanto chi "fa la storia degli istituti giuridici", quanto il dogmatico che li descrive "isolati e staccati dal fluire del tempo", lasciano fuori quel "sottosuolo delle realizza-

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli Studi di Roma "Sapienza" — cesare.pinelli@uniroma1.it

** Scritto destinato al *Liber amicorum* Augusto Cerri.

¹ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto* (1954), in *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, 79 ss.

² S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., 83-84, dove il ricorso a tali termini è consapevolmente ricavato dalla fisica dei primi del '900 in vista di un'operazione analogica da compiere nella scienza giuridica. L'analogia rimane però appena accennata, a differenza di un saggio successivo, dove l'uso della coppia continuo/discontinuo in molti campi del sapere oltre a quello della fisica è trattato estesamente, a costo di una dispersione eccessiva (S. PUGLIATTI, *Nota su continuo e discontinuo* (1976), in *Grammatica e diritto*, cit., 259 ss.). Per un altro ricorso alla stessa analogia, v. molto più tardi L.H. TRIBE, *The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn From Modern Physics*, in *Harvard Law Review*, Vol. 103, 1989, 1 ss.

zioni concrete e spontanee” il quale solo costituisce “il continuo che dà senso e vita, tanto alla descrizione diacronica quanto alla descrizione sincronica degli istituti”³.

Ancora, per comporre il dualismo fra ordinamento giuridico, che “rappresenta la concretezza storica, e quindi il continuo mobile” che “si evolve *insensibilmente*”, e sistema normativo, che “rappresenta il discontinuo astratto” ammettendo “soltanto l’intrusione di entità normative nuove, e l’esclusione di talune entità normative preesistenti”⁴, non ci sarebbe altra via che l’integrazione nella storia, in cui confluiscono i problemi generali della scienza costituzionalistica, compreso quello che riguarda il mutamento della costituzione nei due aspetti di “*decostituzionalizzazione e rottura della costituzione*”; il primo, graduale e insensibile, il secondo, brusco e visibile”. In ambedue il “continuo mobile” si presenta “sotto la veste del principio della conversione della quantità in qualità, che sintetizza nel *continuo del processo*, non solo i puntuali *momenti* del suo svolgimento, bensì anche la *conversione medesima*”⁵.

Occorrerà “determinare l’ampiezza o estensione o grado minimo di discontinuità, al di sotto del quale questa non rileva come tale”⁶, non solo per fenomeni “di massime dimensioni e complessità”, come quelli della continuità fra ordinamenti, ma anche di dimensioni minori, quale la dinamica dei rapporti fra legge e consuetudine e in generale la teoria delle fonti, o “minime”, riguardanti atti e fatti giuridici⁷. Con un appello ad ancorarsi in ogni caso “a ragioni pratiche e a principi razionali, che devono essere assunti nella loro unità inscindibile, in armonia colla fondamentale natura del diritto, che è prodotto umano pratico e razionale insieme”⁸.

La nuova consapevolezza della storicità del diritto, se non basta a liberare Pugliatti “dalla duplice influenza del logicismo giuridico e del formalismo filosofico”⁹, attesta una percezione inedita nella scienza giuridica della specialissima rilevanza costituzionalistica dell’alternativa fra continuo e discontinuo.

L’alternativa giungerà a strutturare la stessa identità del diritto costituzionale, come attesta da ultimo il rilievo che, se “governare il mutamento senza disconoscerlo è...problema e obiettivo di tutta la realtà giuridica”, soltanto nel diritto costituzionale, e in particolare nel procedimento di revisione, il concetto di conservazione implica l’idea del mutamento così come questo implica la prima, al punto che “*La relazione tra mutamento e conservazione dell’identità è, dunque, il problema fondamentale della costituzione nel tempo*”¹⁰.

Non ci si riferisce, si badi, al tempo oggettivato e astratto, o al “tempo interno” costruito dalla normazione costituzionale, il quale non differisce da quello costruito da normazioni afferenti a qualunque altro ramo del diritto, bensì al “tempo storico”, o “all’esperienza del mu-

³ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., 86-87.

⁴ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., 87.

⁵ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., 90.

⁶ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., 97-98.

⁷ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., 97 ss.

⁸ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo*, cit., 98.

⁹ E. PARESCHE, *Presentazione*, in S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., XVI.

¹⁰ A. LONGO, *Tempo interpretazione costituzione. I. Premesse teoriche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, risp. 144 e 134.

tamento”¹¹, ovvero a un’accezione di tempo riferita alla legittimazione del potere, funzione cardine delle costituzioni moderne¹². E a un’idea di costituzione che si svolge nel tempo storico è legata, prima ancora, la consapevolezza con cui il costituzionalismo moderno, nel riutilizzare l’antica ambivalenza del concetto di costituzione fra organismo e quadro di regole della convivenza, ha riferito la seconda versione a regole che creano l’organizzazione politica e dunque ne pre-determinano in modo giuridicamente vincolante le caratteristiche principali¹³. In questo approdo è inscritta l’idea che la costituzione sia lo strumento giuridico per eccellenza del legame col futuro¹⁴, che indica il verso che rende cruciale il rapporto fra stabilità e mutamento nel diritto costituzionale, e invita a ricercare come vi venga affrontato.

Ma abbiamo anche imparato che quella presa di posizione verso il tempo non si può dare per scontata nelle collettività umane. Se funzione cardine delle costituzioni moderne è la legittimazione del potere anzitutto attraverso una sua proiezione temporale, la forma più radicale del rifiuto di una costituzione da parte del potere consiste nel privare le collettività umane dell’esperienza del tempo quale condizione di pensabilità di una costituzione. Sarà bene partire da questo rovescio.

2. Il totalitarismo, o l’esperienza del rovescio del costituzionalismo

La schiavitù del popolo ebraico sotto il Faraone ne offre un primo esempio. A differenza degli schiavi obbligati a costruire piramidi, che il sistema religioso egiziano considerava consacrati a edificare i templi delle loro divinità, gli ebrei erano condannati a costruire città chiamate *are miskanot*, da *miskan*, che in lingua ebraica significa ‘naufragio del tempo’, e con esso l’uomo sottratto alla condizione umana, perché lasciato senza protezione al dominio dei suoi padroni. I nomi propri di queste città erano Pithom e Raamsès. Nel linguaggio biblico Pithom significa ‘Bocca del Nulla’, e in ebraico vuol dire anche ‘improvviso’, la brusca e brutale rottura delle regolarità temporali e delle strutture istituzionali, mentre la radice di Raamsès è *ratsas*, ossia ‘ciò che non si tienE’, come i materiali friabili con cui gli schiavi ebrei lavoravano: i loro lavori forzati erano inutili, compiuti in pura perdita per provocarne la perdita di identità. Da cui l’associazione a un altro campo di concentramento, quello di Auschwitz, che il regime nazista battezzò “*anus mundi*”, a significare il rinnovato intento di consumare la scomparsa del popolo ebraico¹⁵.

¹¹ A. LONGO, *Tempo*, cit., 128. T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1978), in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, 477 ss., aveva distinto un tempo “esterno” da un tempo “interno” al diritto costituzionale, in una prospettiva ancora affine a quella di Pugliatti.

¹² A. LONGO, *Tempo*, cit., 151.

¹³ M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, 33-34. V. già G. Tarello, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO e A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna, 1984, 23.

¹⁴ F. OST, *Le temps du droit*, Jacob, Paris, 1999, 210.

¹⁵ R. DRAI, *La sortie d’Egypte. L’invention de la liberté*, Fayard, Paris, 1992, 79-81.

Dal canto suo il Faraone non aveva un nome proprio, che ne avrebbe fatto riconoscere una delimitazione temporale¹⁶: nella risposta a Mosè e ad Aronne – “je suis le roi de l’Univers. Je me suis engendré moi-meme, j’ai créé le Nil” – si dispiega tutto il senso di questo radicale rifiuto¹⁷, che sembra simmetrico alla negazione della dimensione temporale inflitta agli ebrei. Solo la grandine, che viene dall’alto, e che l’Egitto non aveva mai conosciuto, apparirà al Faraone presagio della fine, ponendogli simmetricamente la questione dell’origine, e per quella via le premesse per accettare l’esodo. Si affaccia così l’idea che “le temps est inhérent à l’existence, à l’humaine réalité. Le fantasme d’extratemporalité ne place pas l’individu où la société qui le nourrit au-delà, mais en deçà du temps et, par là, interdit l’accès à cette réalité encore allusive qui révélera son essence lorsque l’homme et la société auront intégralement assumé la dimension temporelle de leur être”¹⁸.

Se il tempo storico si riferisce alla consapevolezza della dimensione temporale dell’esistenza, che fa tutt’uno con l’identità individuale, questa narrazione ci dice che un potere privo di limiti può sempre destrutturarla completamente.

La vicenda del popolo tedesco durante il nazismo getta luce sulla perdita di identità nella sua dimensione relazionale. La tesi che la propaganda di miti politici avrebbe ridotto ad automi esseri umani liberi¹⁹, con una “colonizzazione delle coscienze” tradotte nel “carcere-rifugio del Noi”²⁰, trascura che si trattava di “individui atomizzati, fortemente dissociati dall’inconscio” e in preda ad elementi distruttivi non paragonabili a quelli dell’epoca ancestrale del primato del gruppo, tanto che per attuare le loro esecuzioni sadiche i nazisti erano costretti a staccare il carnefice dal suo gruppo, per il quale “è molto più difficile, se non impossibile, sterminare i ‘propri’ ebrei....Invece un individuo strappato al proprio gruppo e sottoposto a un regime di terrore diventa capace di tutto”²¹.

Più che individui irrazionali o dominati dalle passioni, secondo la contrapposizione cartesiana, erano individui passivi perché dissociati dall’inconscio, o inconsapevoli delle loro passioni nel senso spinoziano del termine: e resi tali da un potere totalitario che provvedeva anzitutto ad isolarli dal gruppo originario e dal tempo storico che lo caratterizza. L’abolizione del passato da parte dei *Khmer* cambogiani è solo un altro esempio, sgradevolmente ancora più vicino a noi, dell’importanza cruciale per ogni regime totalitario del possesso della memoria²².

¹⁶ Osserva DRAI, *La sortie d’Egypte*, cit., 18: «Comme la plupart des Pharaons cosmocrates de l’Egypte absolutiste, il date la naissance du pays du jour de son propre accès au trône. Abolition de l’antériorité. Les traces de ses prédécesseurs, il ordonne qu’elles soient martelées, effacées, les traces de ses échecs et de ses défaites. Infanticide de la mémoire».

¹⁷ R. DRAI, *La sortie d’Egypte*, cit., 176.

¹⁸ R. DRAI, *La sortie d’Egypte*, cit., 231.

¹⁹ E. CASSIRER, *Il mito dello Stato* (1945), Longanesi, Milano, 1971, 483.

²⁰ R. BODEI, *Destini personali. L’età della colonizzazione delle coscienze*, Feltrinelli, Milano, 2003, 251.

²¹ E. NEUMANN, *L’uomo di massa e i fenomeni di ricollettivizzazione*, App. II a *Storia delle origini della coscienza* (1949), Astrolabio, Roma, 1978, 384.

²² I *Khmer* insegnavano ai bambini che “Tutto deve essere chiaro fra noi, ognuno deve riconoscere tutti gli altri come l’immagine della propria faccia riflessa in uno specchio” (F. PONCHAUD, *Cambogia anno zero*, Son-

La natura relazionale dell'identità individuale, con i suoi processi di riconoscimento reciproco, sta e cade con la dimensione diacronica. Quando vengono perdute, non può esservi costituzione. Ma gli apprendimenti che vengono dai totalitarismi non consistono solo nell'accreditare *a contrario* la considerazione della consapevolezza collettiva del tempo quale condizione di pensabilità di una costituzione. Ce ne segnalano pure la precarietà strutturale, avendo i totalitarismi troppo a lungo affiancato la vicenda delle costituzioni moderne per poter scorgere in essa un punto di non ritorno della storia. Di più, la negazione del tempo storico perseguita da ogni potere totalitario insinua il dubbio che essa sia solo l'esito estremo di una tendenza del potere ad appropriarsi del tempo e a farne una risorsa, anche quando la sua consapevolezza collettiva sia stata raggiunta.

La percezione del rovescio totalitario non si risolve dunque in un'equivalenza logica. Invita a tener desto un senso di finitudine nel rileggere l'arco delle scelte costituzionali circa il rapporto fra stabilità e mutamento. Come quando Augusto Cerri, escluso il carattere illimitato del potere costituente, massima espressione di sovranità, invita a "transitare da un ordine di concetti assoluti ad un ordine di concetti relativi"²³.

3. La ricerca della stabilità attraverso le forme di governo nella storia del pensiero politico

Prima di indicare in quali forme la pretesa di possedere il tempo abbia inciso sulle costituzioni della prima modernità, ci si può chiedere se l'invenzione del futuro che in esse era inscritta non ereditasse alcun problema dal passato.

Il problema della stabilità del governo aveva occupato i classici del pensiero politico da Aristotele in poi. Come ricorda Norberto Bobbio, "il regolare e ordinato sviluppo della vita civile non può attuarsi se il sistema politico di una città è sottoposto a continui mutamenti. Uno dei temi ricorrenti della filosofia politica è il tema dell'ordine (molto più il tema dell'ordine che quello del contrario dell'ordine, cioè della libertà). La teoria dei cicli dimostra invece che le costituzioni comuni sono instabili....La tesi di Polibio è che tutte le costituzioni semplici, per il fatto di essere semplici, sono cattive (anche quelle rette). Quale il rimedio? Il rimedio è il governo misto, cioè una costituzione che sia il prodotto di una composizione delle tre forme classiche"²⁴.

I classici avevano visto nel governo un organismo di cui tracciare cicli o leggi naturali di evoluzione, comprensiva di nascita, crescita e dissoluzione o corruzione, e al cui interno

zegno, Milano, 1977, rip. in J.GLOVER, *Humanity. Una storia morale del ventesimo secolo*, Il Saggiatore, Milano, 2002, 382).

²³ A. CERRI, *Revisione costituzionale*, in *Enc.giur. Treccani*, Agg. IX, Roma, 2001, 3, richiamando l'osservazione di E.W. BOECKENFORDE, *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1997, 248, che un potere assoluto che volesse restare tale non sarebbe costituzionalizzabile.

²⁴ N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico. Anno accademico 1975-1976*, Giappichelli, Torino, 1976, 50-51.

disfacimento rimediare attingendo agli *exempla* tratti dalla storia. Sebbene la loro concezione del tempo, in quanto ciclica, fosse rivolta al passato²⁵, la ricerca degli *exempla* mirava pur sempre a stabilire regole, o meglio regolarità, ritenute capaci di garantire la stabilità per il futuro. L'usuale contrapposizione con la proiezione verso il futuro propria delle costituzioni moderne non terrebbe dunque conto che queste si sarebbero fatte carico del compito di assicurare la stabilità che i classici affidavano alle forme di governo.

Seguendo questa pista di ricerca, si potrebbe aggiungere che le costituzioni moderne ridefinirono il loro compito in termini tali da far perdere le tracce del problema che avevano ereditato. Anzitutto, col passaggio a una concezione lineare del tempo, che il cristianesimo aveva diffuso mutuandola dal mondo giudaico, ma che solo con l'Illuminismo e la Rivoluzione francese soppianderà la concezione ciclica²⁶. Un passaggio epocale, non limitato al costituzionalismo rivoluzionario. Lo attesta Jellinek, per il quale "la giustificazione dello Stato può sempre tener davanti agli occhi soltanto lo Stato presente e futuro. Il passato sta, ormai, dietro di noi come un fatto storico, e l'accennare ad esso come a cosa che bisogna riconoscere è vana fatica"²⁷.

Inoltre, cambia radicalmente lo stesso strumento con cui fissare le condizioni della stabilità e, correlativamente, del mutamento. Ai Costituenti americani appariva scontato che le istituzioni politiche disegnate dalla costituzione dovessero risultare frutto di ponderazione e di scelte, anziché del caso o della violenza; la sfida consisteva nel se potesse esserlo la stessa costituzione, e più precisamente se la scrittura costituzionale potesse diventare un elemento costitutivo della democrazia²⁸. Lo stesso accadrà in Francia. I dibattiti fra Jefferson e Madison, e fra Siéyès e Barnave, intorno a se le costituzioni dei padri possano vincolare i figli, dimostrano che tanto una concezione lineare del tempo, quanto l'attribuzione alla costituzione del compito di regolare il rapporto fra stabilità e mutamento erano ormai acquisite alla consapevolezza collettiva.

Una volta radunate queste condizioni, poteva porsi la questione del rapporto fra consapevolezza del tempo e volontà di possederlo.

4. Il tempo del costituzionalismo rivoluzionario

"Ogni Costituzione porta in sé per natura una superba pretesa, per la quale essa si differenzia dalle altre disposizioni del potere statale: la pretesa della durata. Una Costituzione può realizzare quella pretesa, e la realizzerà, solo se, nell'eterna disputa tra spirito umano ed evento storico, l'epoca concreta, saprà liberare l'uomo dalla caparbia e isolamento infruttuosi in cui l'individuo si avvolge proprio oggi con troppo compiacimento, se lo

²⁵ Da ultimo, diffusamente, A. LONGO, *Tempo*, cit., 160.

²⁶ Sugli antefatti della lunga vicenda v. ancora A. LONGO, *Tempo*, cit., 171 ss.

²⁷ G. JELLINEK, *Dottrina generale dello Stato*, II ed., Società editrice libraria, Milano, 1921, 443.

²⁸ J. RUBENFELD, *Freedom and Time. A Theory of Constitutional Self-Government*, Yale University Press, 2001, 165-166.

chiamerà ad essere positivo demiurgo del suo tempo. Con ciò, ogni Costituzione è ancora posta di fronte al problema di trovare una forma per quel processo costante, in cui la volontà si fa signore della realtà. E perciò le Costituzioni, per nascere, richiedono necessariamente tempi in cui volontà e realtà gettano un ponte tra loro nel decisivo momento della conoscenza²⁹. La conoscenza è resa funzionale a una volontà costituzionale che “si fa signore della realtà”. Una volontà prometeica sull’esempio delle rivoluzioni francese e russa, contrapposte ai compromessi che i socialisti avevano stretto a Weimar con le componenti democratico-borghesi³⁰.

L’art. 28 della Costituzione francese del 1793 (“Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures”) è rimasto l’emblema di un potere costituente sempre attivo, che parrebbe entrare in rotta di collisione con la proiezione verso il futuro ascritta alle costituzioni moderne. La contraddizione riguarda gli obiettivi, rispettivamente, di concentrare senza residui nella costituzione la forza necessaria a dominare la realtà su premesse integralmente costruttivistiche, che proietta sulla costituzione l’istanza di una stabilizzazione votata all’eterno, e di fare della costituzione l’espressione della volontà di un popolo libero in quanto sovrano, che ne identifica nel perenne mutamento la cifra esclusiva. Ma rimane comune la pretesa di ordinare per sempre il tempo, e perciò di possederlo.

5. Il significato di “eterno” nelle “clausole di eternità”

Le costituzioni democratiche contemporanee hanno abbandonato quella pretesa, che si presenti sotto forma di un potere costituente sempre attivo o di aspirazione a una stabilità perpetua. In esse, stabilità e mutamento non corrispondono più in modo semplice, rispettivamente, alla conservazione del passato e alla progettazione del futuro. E la complicazione introdotta riguarda la concezione lineare del tempo, che come abbiamo visto è presupposta della pretesa del costituzionalismo rivoluzionario di possedere il tempo, ma non si identifica con essa. Secondo quella concezione, il passato è noto e il futuro è ignoto. Eppure, si è obiettato, poiché solo i fatti sono incancellabili, mentre il loro senso non è fissato una volta per tutte, può farsi spazio l’ipotesi di un “ripercotersi del futuro sul passato”, o più precisamente di una “azione retroattiva della orientazione del futuro sull’apprensione del passato”³¹. Dopo il crollo di un regime totalitario, di fronte a un “passato che non vuole passare, che abita ancora il presente, o piuttosto che lo ossessiona come un fantasma senza distanza”³², ossia di fronte all’inconsapevolezza del tempo storico di cui parlavo, un’ipotesi simile aiuta allora a ripristinare la distanza dal passato, e a riattivare corrispondentemente la fiducia nel futuro.

²⁹ O. KIRCHEIMER, *Il problema della Costituzione* (1928), in *Costituzione senza sovrano. Saggi di teoria politica e costituzionale*, Introduzione e cura di Angelo Bolaffi, De Donato, Bari, 1982, 33.

³⁰ O. KIRCHEIMER, *Il problema della Costituzione*, cit., 34 ss.

³¹ P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare. L’enigma del passato*, il Mulino, Bologna, 2004, 40-41.

³² P. RICOEUR, *Ricordare, dimenticare, perdonare*, cit., 83.

Per il costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra, le esigenze di ricordare il passato senza farne un “fantasma senza distanza” e del guardare al futuro abbandonando la pretesa di addomesticarlo apparivano reciprocamente connesse. Le parole “clausole di eternità” adoperate in Germania non devono ingannare. Gli interpreti designano così i soli principi sottratti a revisione, e in riferimento a una Costituzione che non è intesa “come un’escatologia anticipata” o come “motore del progresso che ancora sta aspettando la sua implementazione”, limitandosi a fissare “le regole del gioco politico e della vita sociale ed economica, senza la pretesa di predeterminare il futuro”³³.

In luogo della *table rase* del costituzionalismo rivoluzionario, “le clausole di eternità” hanno alle spalle un duro apprendimento da trasportare nel futuro, universalmente segnalato nella Dichiarazione del 1948 da quel richiamo agli “atti di barbarie che offendono la coscienza dell’umanità” destinato a segnare uno spartiacque anche rispetto all’affermazione della Dichiarazione del 1789 che “l’ignoranza, l’oblio o il disprezzo dei diritti dell’uomo sono le uniche cause delle sciagure pubbliche e della corruzione dei governi”.

Quelle clausole non escludono per questo che una rottura costituzionale possa verificarsi nei fatti. Ma, mettendo fuori dalla porta della costituzione il potere costituente, offrono alla futura memoria dei cittadini, tanto più nell’ipotesi di rottura, un’invariante identificativa dello Stato costituzionale, consistente nella connessione fra dignità, col corredo dei diritti fondamentali, e democrazia³⁴. Nel contempo, escludendo una sua equiparazione al potere costituente, esse recuperano il potere di revisione costituzionale alla possibilità di processi di apprendimento e di autocorrezione interni alla dinamica dello Stato costituzionale.

Nonostante il silenzio della nostra Costituzione, e un suo sguardo più fiducioso sul futuro, la Corte giungerà ad esiti non dissimili (sent.n. 1146 del 1988)³⁵: nel senso che la salvaguardia di un insieme di principi supremi depositati nella memoria collettiva non si esaurisce in una funzione difensiva o stabilizzatrice, ma mira essa stessa ad orientare la convivenza senza prefigurare un modello di società.

6. Stabilità e mutamento nello Stato costituzionale

Come è stato detto a proposito della Costituzione americana, “A written constitution’s normative force depends ultimately on whether it works to recall a people to itself over time: a means by which a people re-collects itself and its fundamental commitments”³⁶. Questo

³³ M. HARTWIG, *La Costituzione come promessa del futuro*, in *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R.Bifulco e A.D’Aloia, Jovene, Napoli, 2008, 58-59.

³⁴ Nella parte in cui l’art. 79, terzo comma, della Legge Fondamentale, richiama gli artt. 1 e 20.

³⁵ La riflessione potrebbe proseguire tenendo conto che anche il trattamento delle leggi anteriori alla Costituzione, tipico luogo di confronto sul tema della continuità, forma oggetto di espressa disciplina nella Legge Fondamentale e non nella nostra Costituzione, e che anche a questo proposito è stata la Corte a definire la questione (sent.n. 1 del 1956).

³⁶ J. RUBENFELD, *Freedom and Time*, cit., 177.

scambio fra passato e futuro produce una reciproca contaminazione che complica la rappresentazione del tempo, risultando epistemologicamente più sofisticato dell'*aut-aut* fra l'uno e l'altro sottesa a una sua concezione lineare. Esso caratterizza sempre più, nell'esperienza, il senso del diritto costituzionale quale *ius quo utimur*, ma grazie a potenzialità sprigionate dai testi. Non a caso il tentativo di Gerhart Husserl di rileggere in senso diacronico il principio di separazione dei poteri, individuando nel giudice l'uomo del passato, nell'amministratore l'uomo del presente e nel legislatore l'uomo del futuro³⁷, subisce tante eccezioni da renderlo poco credibile³⁸.

Fino a quando si resti nel "sostrato concettuale della modernità", l'inconciliabilità teorica fra democrazia e vincoli costituzionali è tale "che la forza della costituzione debba essere ammessa in virtù di constatazioni pratiche"³⁹. Nel costituzionalismo post-totalitario, la tensione rimane immutata dal punto di vista della legittimazione del potere, esprimibile nelle rispettive formule polemiche della tocquevilliana "dittatura della maggioranza" e della bickeiana "difficoltà contro-maggioritaria". Ma le questioni di legittimazione si pongono nell'ambito di costituzioni che garantiscono i diritti fondamentali dei cittadini nei confronti del potere politico, e che nello stesso tempo ne legittimano l'esercizio tramite la garanzia dei diritti politici dei cittadini stessi. In termini di dover essere costituzionale, le due sfere si presentano inestricabilmente connesse in vista di un'ottimizzazione *ex parte populi*.

Scoperti gli effetti perversi che l'artificio umano aveva dimostrato di provocare sulla condizione umana con la piena attuazione della schmittiana "svolta verso il concreto", il dover essere costituzionale non poteva più esaurirsi nel fiducioso dispiegamento della ragione. La costituzione avrebbe espresso un diritto più alto ma meno astratto della legge, perché subito percepibile dall'"*homme situé*". Avendo alle spalle non solo il totalitarismo ma il fallimento del liberalismo nel fronteggiarlo, il diritto per principi dello Stato costituzionale aveva bisogno di individuare un nuovo equilibrio fra astratto e concreto: di principi indisponibili per il pubblico potere, e tali dunque da rovesciare la prospettiva totalitaria, e al tempo stesso espressivi di valori socialmente condivisi, anziché dei costrutti formali dello Stato liberale, valori che la politica democratica avrebbe interpretato attraverso una pluralità di congegni e in una pluralità di sedi. Con una ricerca della giusta distanza fra pubblico potere e cittadini prefigurata nei suoi termini essenziali, e per il resto affidata al tempo a venire⁴⁰: una ricerca che consentisse di fare ogni volta del presente un punto da cui guardare al passato senza tradurlo in un "fantasma senza distanza", e da cui preparare corrispondentemente il futuro.

Non era questione di prudenza politica. Non si cercava, infatti, un compromesso fra le istanze teoricamente confliggenti del costituzionalismo e della democrazia. Il relativo con-

³⁷ G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto* (1955), Giuffrè, Milano, 1998, 47 ss.

³⁸ M. RUOTOLO, *Il tempo e le funzioni dello Stato (Prime riflessioni sul tempo nell'attività normativa, amministrativa, giurisdizionale e nell'interpretazione giuridica)*, in *Dir. Soc.*, 2000, 620 ss., riferisce tali eccezioni all'ordinamento italiano, anche se le sue osservazioni sono plausibilmente riferibili ad altri.

³⁹ A. LONGO, *Tempo*, cit., 221.

⁴⁰ C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Jovene, Napoli, 2009, II ed., 136 ss.

flitto era piuttosto incorporato fra le premesse funzionali di un sistema volto a far valere il più possibile ambedue le istanze. Per arbitrarlo, per fissare i variabili dosaggi dell'una e dell'altra e i reciproci equilibri, per favorire i possibili apprendimenti ed autocorrezioni, si comincia allora a contare sul tempo.

Allo stesso modo, fra interpretazione e revisione costituzionale si instaura una relazione dialettica, i cui effetti si misurano in termini di differenti modalità di comporre la tensione fra stabilità e mutamento. Un processo aperto, dove non è fissato in anticipo il depositario dell'ultima parola, fra le corti incaricate di interpretare testi e i legislatori di modificare i medesimi⁴¹. E aperto anche nel senso che la scelta di costoro se intervenire o meno in un certo momento è subordinata a condizioni di consenso sociale che il tempo può far maturare. Richiamando Calamandrei, Cerri ha osservato che “la giurisdizione medesima esprime un suo tasso di democrazia”, come “democrazia di principi...che si legittima per la capacità di rinvenire criteri di universale condivisione al di là dei dissensi pur immancabili; i quali non possono non trovare svolgimento e soddisfazione nell'alternarsi delle maggioranze e minoranze, in una sorta di sperimentazione sociale, che ricostruisce un consenso più vasto dopo il dissenso. Sostituire a questa fase sperimentale l'autorità di una pronuncia del giudice non è operazione accettabile, perché sostituisce il dogma alla necessaria verifica”⁴².

Se la democrazia è un regime che si caratterizza per l'indeterminazione delle sue certezze, e che fa delle sue divisioni una forza, ossia lo slancio necessario alla ricerca deliberativa del bene comune⁴³, il tempo diventa una risorsa cruciale per la sperimentazione delle scelte pubbliche e della maturazione della relativa consapevolezza collettiva, come per il funzionamento dei processi di interazione fra istituzioni che consente di arbitrare i loro potenziali conflitti.

Alla pretesa di possedere il tempo, subentra l'idea di contare sul tempo. Ne abbiamo avuto e continuiamo ad averne conferme. Certo le sfide, le incognite, le minacce portate a tale idea sono tutti i giorni sotto i nostri occhi. La “tentazione di una nuova forma di determinismo” indotta da una pretesa autoregolazione dei mercati, che valorizzando il mutamento in quanto tale si rappresenta il futuro come un “presente esteso” e impedisce di riempirlo di senso⁴⁴. La tendenza del dibattito pubblico a “chiudersi in situazioni anziché organizzarsi intorno a principi”, che in un ambiente strutturato mediaticamente sostituisce “la coscienza di un destino comune vissuto nel tempo”⁴⁵. Una politica tenuta ad affrontare problemi decisionali non riconducibili al paradosso della sovranità ma alle condizioni esterne della comunicazione sociale, che anziché la regolamentazione di conflitti richiede la produzione di compor-

⁴¹ Y. HASEBE and C. PINELLI, *Constitutions*, in M. TUSHNET, T. FLEINER and C. SAUNDERS (eds.), *Routledge Handbook of Constitutional Law*, Routledge, New York, 2013, 17-18.

⁴² A. CERRI, *Concezioni proceduralistiche e concezioni sostanzialistiche della Costituzione nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Annuario 2002. Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale. Atti del XVII Convegno Annuale Milano, 11-12 ottobre 2002*, Cedam, Padova, 2004, 149.

⁴³ C. LEFORT, *Essais sur le politique*, Payot, Paris, 1986, 21, cit. in F. OST, *Le temps du droit*, cit., 28.

⁴⁴ F. OST, *Le temps du droit*, cit., 28.

⁴⁵ J.M. GUÉHENNO, *La fine della democrazia*, Garzanti, Milano, 1994, 35 ss.

tamenti specifici, e renderebbe illusorio il fascino delle “professioni di valore” della Legge fondamentale⁴⁶.

Si potrebbe proseguire. Ma l'inviduazione di queste e altre sfide non è solo subordinata logicamente alla individuazione della posta in gioco. È anche meno importante della consapevolezza di cosa significa perderla.

⁴⁶ N. LUHMANN, *La costituzione come conquista evolutiva*, in *Il futuro della costituzione*, cit., 123-124.