



Rivista N°: 1/2017  
DATA PUBBLICAZIONE: 30/01/2017

AUTORE: Angel Antonio Cervati\*

## DIRITTO COSTITUZIONALE, MUTAMENTO SOCIALE E MANCATE RIFORME TESTUALI

Il dibattito politico sulle riforme, in vista del referendum costituzionale, ha portato gli studiosi italiani di diritto costituzionale a interrogarsi sul proprio ruolo sociale e più in generale su quello dei giuristi in relazione alle funzioni che il corpo elettorale svolge al momento della consultazione referendaria. Si può affermare anche che tra gli studiosi di materie giuridiche gli specialisti di diritto costituzionale sono stati quelli che più si sono impegnati nel dibattito preparatorio della decisione del corpo elettorale, pronunciandosi anche sul contenuto delle riforme e sul modo in cui intendere le connessioni tra politica, economia e diritto. Sono riemerse più o meno indirettamente le concezioni che, soprattutto in un passato non troppo lontano, mettevano in luce i vantaggi di un alto grado di specializzazione giuridica in contrapposizione con quelle, più tradizionali, di uno studio aperto e non eccessivamente tecnico del diritto costituzionale; sono stati anche fatti valere opportunamente i benefici che possono derivare da uno studio del diritto costituzionale che riesca a mantenere viva una dimensione trasversale e dinamica della riflessione in tema di istituzioni e di valori costitutivi della convivenza.

I problemi accennati fanno pensare che sarebbe il caso di tornare a ricostruire quei ponti con lo studio della storia e della filosofia politica che erano stati fatti saltare in nome di una visione sistematica e formale dello studio del diritto pubblico, talmente rigida e chiusa da non lasciare aperte allo studioso di discipline giuridiche, prospettive che possano consentire di riflettere sui fenomeni umani e sulle aspettative della collettività, così come sulle esperienze dei singoli cittadini. In effetti il problema del grado di tecnicismo imposto nel corso del tempo allo studio del diritto pubblico e alla sua ricostruzione sistematica meriterebbe una trattazione storica non astratta, ma consapevole dell'esigenza di interrogarsi sui percorsi della conoscenza giuridica, come avviene per ogni altra ricerca storica, nel quadro di un'adeguata contestualizzazione, che proprio perciò non può prescindere dalla ricostruzione dei ponti con lo studio della storia e della filosofia politica. Accade spesso che i protagonisti

---

\* Emerito di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Roma "Sapienza".

della lotta politica e persino i mezzi di comunicazione di massa si rivolgano ai giuristi per rivestire dei panni di verità scientifiche o normative soluzioni organizzative che mirano a modificare il funzionamento dei congegni istituzionali, fino a toccare i valori costitutivi dell'ordine giuridico. Dinanzi al rischio che il ricorso ai tecnici del diritto finisca per nascondere alla stessa collettività le gravi contraddizioni della storia e dell'economia, orientando i comportamenti verso un dogmatismo formale, particolarmente caro a chiunque eserciti il potere, occorre che la partecipazione degli esperti di diritto sia utilizzata soprattutto per mettere in luce le ragioni della diversità delle opinioni e per arricchire la riflessione sulla complessità dei fenomeni del diritto costituzionale, non per guidare il corpo elettorale verso una scelta che, per quanto limitata possa essere, riguarda soltanto i comuni cittadini.

La disponibilità ad intervenire nel dibattito preliminare al referendum da parte degli studiosi di diritto costituzionale ha suscitato alcuni fraintendimenti e ha potuto far credere che spettasse ad essi il compito di guidare la formazione del consenso o del dissenso sulle riforme costituzionali. È appena il caso di ricordare che le costituzioni, quanto le stesse riforme costituzionali, sono un portato della storia e hanno radici nelle esigenze di mutamento sociale, spesso avvertite più dai comuni cittadini che dalla cultura specialistica o dal volontarismo dei politici di professione.

In un'epoca come la nostra, in cui il mito della specializzazione tende a offuscare la considerazione dei vantaggi che potrebbero derivare da un aperto scambio di opinioni tra cittadini, il ricorso al referendum costituzionale e il dibattito che lo precede potrebbero offrire a tutti i partecipanti, compresi gli specialisti, l'occasione per uno scambio di idee sui valori storici, sociali, politici, costitutivi della convivenza, dissipando ingombri linguistici e dottrinari spesso creati proprio dagli specialisti. In particolare, il referendum costituzionale previsto dall'art. 138 Cost. affida direttamente al popolo la possibilità di confermare o rifiutare una legge costituzionale approvata da una maggioranza del Parlamento che non abbia raggiunto i due terzi dei componenti di ciascuna Camera. Non si tratta di una valutazione di tipo giuridico, anche se solleva non pochi problemi di diritto, perché la pronuncia del popolo è sostanzialmente politica, anche se tende ad assumere un carattere politicamente non omogeneo, che nella prassi potrebbe persino rivelarsi dirompente.

In questo quadro, accanto alla figura dell'intellettuale e dello studioso di scienze umane, sembra recuperare un suo ruolo l'immagine tradizionale del giurista in grado di comunicare, al di là delle cerchie accademiche e istituzionali, facendo valere una credibilità sociale che è associabile alla propria capacità di riflettere sui fenomeni umani mantenendo un distacco critico dalle prese di posizione dei titolari del potere economico, politico o accademico. Volendo insistere sulla distinzione tra il giurista e il politico, si può aggiungere che i giuristi, per la loro stessa educazione, tendono a porre in primo piano i problemi della giustizia e delle regole dirette ad assicurare equi rapporti tra gli uomini, laddove i politici sembrano spesso più attenti all'analisi delle dinamiche collettive, agli equilibri tra diversi centri del potere pubblico e privato e a guardare agli immediati comportamenti elettorali dei cittadini.

Non si può non condividere perciò l'orientamento dell'"Associazione dei costituzionalisti" che non ha creduto di prendere ufficialmente posizione nel dibattito sui contenuti del referendum durante la campagna preparatoria della consultazione finale, non solo perché ciò

avrebbe comportato il rischio di conflitti interni alla corporazione, ma soprattutto perché ci si è trovati di fronte a una decisione nel merito della legge di revisione costituzionale che non poteva che spettare al popolo. Gli studiosi di diritto costituzionale intervenuti nel corso del dibattito preparatorio non possono essere considerati perciò vincitori o vinti in una competizione che avrebbe contrapposto, nella qualità di specialisti, i sostenitori di diversi metodi giuridici, soprattutto perché i giuristi sono tenuti a mantenere un atteggiamento di riserbo anche quando esprimono legittimamente le loro preferenze nel merito di determinate riforme costituzionali.

La funzione del referendum costituzionale prevista dall'art. 138 Cost. segue una logica del tutto diversa da quella delle revisioni costituzionali deliberate esclusivamente dal Parlamento. Si tratta di una funzione aperta, che merita di essere valutata attentamente e realisticamente dal punto di vista del diritto costituzionale, guardando al significato che il ricorso al giudizio del corpo elettorale può assumere in concreto, tenendo conto del mutare delle condizioni di fatto in presenza delle quali gli elettori sono chiamati a pronunciarsi. Se nella procedura di revisione costituzionale che potremmo chiamare ordinaria (quella in cui non si fa ricorso al referendum) a restare protagonisti delle trattative sui contenuti delle innovazioni costituzionali sono i partiti politici e le loro articolazioni interne, nel caso del ricorso al referendum costituzionale ad avere l'ultima parola sono i cittadini. Emergono pertanto in primo piano le aspettative della gente comune, il variare delle opinioni e dei sentimenti diffusi in varie parti della società ed è ben possibile che gli esiti della consultazione popolare possano sfuggire di mano ai partiti e, a maggior ragione, agli specialisti di diritto costituzionale, per rappresentare piuttosto una manifestazione dei differenziati orientamenti di una variegata maggioranza di cittadini.

Il significato della previsione dell'art. 138 Cost., che limita la possibilità del ricorso al referendum costituzionale alle sole ipotesi in cui le Camere non siano riuscite a raggiungere la maggioranza dei due terzi dei loro membri, si fonda su una solida logica istituzionale connessa alla previsione testuale secondo cui i dubbi sulla rispondenza delle innovazioni costituzionali alle reali esigenze del Paese possono essere superati solo quando si siano espresse a favore di esse delle maggioranze che abbiano raggiunto i due terzi dei componenti di ciascuna delle due Camere. La funzione del referendum costituzionale previsto dall'art. 138 Cost. non si presta a essere definita in termini troppo rigidi, perché, come accade ogni volta che si aprano varchi ai cittadini comuni, compresi quelli che vivono esperienze sociali molto lontane dai palazzi del potere, le funzioni e gli esiti del ricorso al giudizio popolare diventano imprevedibili e non si lasciano guidare dall'alto. In altre parole, può accadere tanto che il significato politico e costituzionale assunto dalla pronuncia popolare rappresenti una mera conferma delle deliberazioni parlamentari, quanto che esso riesca ad esprimere orientamenti politici alternativi rispetto a quelli della maggioranza parlamentare o persino che si ponga come prevalentemente strumentale ai fini della eventuale consacrazione di un leader carismatico da parte della maggioranza del corpo elettorale. Forse per questa imprevedibilità del suo significato politico, ma anche per la diffusa convinzione che il popolo non sarebbe in grado di esprimere scelte che presuppongono una cultura politica e istituzionale particolarmente elevata, se non addirittura tecnica, non è mancato tra gli specialisti di diritto costitu-

zionale neppure chi ha proposto di modificare *pro futuro* la stessa procedura di revisione costituzionale prevista dall'art. 138 Cost., in modo da eliminare la possibilità di una pronuncia del corpo elettorale.

Altre opinioni hanno contestato l'interpretazione dell'art. 138 Cost. finora prevalente nella prassi, secondo cui il voto popolare è diretto a investire l'insieme di una legge di revisione costituzionale approvata dalle Camere, considerando già praticabile *de iure condito* una disgiunzione dei quesiti referendari, al fine di renderli più omogenei tra loro. In effetti, ove al popolo fosse chiesto di pronunciarsi separatamente nel merito delle diverse ipotesi di modifica della Costituzione, in relazione a gruppi di temi di diritto costituzionale omogenei tra loro, la funzione e gli esiti di un voto popolare sulle riforme costituzionali, così come quella del dibattito preparatorio di esso, potrebbero mutare radicalmente di significato. Vorrei aggiungere che l'idea di provocare un voto popolare complessivo su un intero testo di una legge di grado costituzionale, in cui siano presenti anche temi tra loro del tutto eterogenei, non è affatto isolata in un panorama comparativo del diritto costituzionale, mentre l'idea, apparentemente più democratica, di chiedere al popolo più voti separati su testi distinti e specifici sembra difficilmente realizzabile e forse perfino utopistica.

I temi attinenti alla legittimazione popolare nelle grandi scelte istituzionali si scontrano spesso con le difficoltà nascenti dalle incongruenze e contraddizioni presenti nella storia politica nazionale. Le funzioni della scrittura dei testi volti a documentare il mutamento dei valori costitutivi dell'ordine giuridico e politico, della loro revisione e quella del referendum costituzionale sono state oggetto di ampie riflessioni teoriche e di interpretazioni diverse da parte della dottrina italiana. Si tratta di temi che non meritano di essere banalizzati o ridotti a minime dimensioni concettuali, a visioni formalistiche o esclusivamente dogmatiche, con il rischio che vada perduta la loro significativa valenza teorica e storica. La dottrina italiana resta ancora divisa sulla funzione storica e istituzionale svolta dall'Assemblea costituente, così come sulla valutazione della continuità non soltanto formale con il nostro travagliato passato istituzionale. Secondo un diffuso insegnamento, che si fa risalire a Costantino Mortati e che sembrò prevalere in Assemblea costituente, al momento dell'inserimento della disciplina del procedimento di revisione sotto il titolo delle "garanzie costituzionali", l'istituto della revisione costituzionale andrebbe inserito anche sistematicamente nel quadro degli strumenti previsti per il mantenimento dell'ordine repubblicano. Un'altra dottrina, che risale ad Esposito, insiste sulla distinzione testuale, pure contenuta nell'art. 138 Cost., tra legge costituzionale e legge di revisione costituzionale, aprendo così la strada a possibili deroghe alla procedura di revisione costituzionale, soprattutto per far fronte a situazioni di emergenza istituzionale che potrebbero legittimare deroghe ai principi della Costituzione (Esposito, Legge costituzionale, legge di revisione della costituzione e "altre" leggi costituzionali). Occorre soprattutto ricordare che non sono mancati nella prassi italiana rilevanti tentativi di avviare procedure alternative rispetto alle previsioni del testo costituzionale in tema di revisione della Costituzione, tentando di attuare *una tantum* riforme costituzionali che sembravano raccogliere l'adesione di larghe maggioranze partitiche (si veda sul punto Cervati, Panunzio, Ridola, Studi sulla riforma costituzionale Torino 2001, p. 1 ss.). Quando si parla di potere costituente, di tradizione costituzionale o di percorsi ordinari per la revisione testuale sarebbe necessario avvertire il

lettore che ci si trova dinanzi a temi di straordinaria complessità teorica e storica, ricchi di contraddizioni e incongruenze, difficilmente eliminabili attraverso astratte elaborazioni dottrinarie; ci si dovrebbe perciò guardare dal far ricorso a esposizioni eccessivamente elementari, evitando nello stesso tempo di fare riferimento ad *obiter dicta* rinvenibili nelle motivazioni di alcune pronunce della stessa Corte costituzionale, perché i problemi di storia e di teoria costituzionale non si possono risolvere in sede giurisprudenziale, ma solo approfondendo il dibattito storiografico e teorico.

Il ricorso al referendum costituzionale, negli ordinamenti in cui viene praticato rivela spesso un carattere prevalentemente politico, anche perché chi esprime con il voto il proprio consenso o dissenso su riforme costituzionali non si pone tanto problemi sulla migliore formulazione possibile dei testi, ma tende piuttosto a interrogarsi sul passato del proprio Paese, a riflettere sulle proprie esperienze e sulla reale necessità di profondi mutamenti dei valori costitutivi della convivenza. Nel 1946 in Francia il popolo, prima di esprimere il suo consenso al secondo testo della Costituzione della IV Repubblica, aveva espresso un voto negativo nei confronti di un testo che era stato elaborato dai migliori esperti di diritto costituzionale e di scienza politica del tempo. Quando de Gaulle sottopose la Costituzione della V Repubblica al popolo francese si avvalse certamente dell'opera di ottimi specialisti, ma è innegabile che si sia presentato al popolo con un testo di cui si assumeva direttamente la responsabilità, così come quando scelse la via delle dimissioni dopo il referendum che segnò l'insuccesso della riforma costituzionale. Noi non abbiamo un de Gaulle, ma non abbiamo neppure necessità di affrontare nuove prove referendarie, mentre abbiamo assoluto bisogno di leggi elettorali che non siano espressione di manovre tendenti ad assicurare, attraverso incontri non ufficiali con i tecnici delle manipolazioni elettorali, la vittoria di un'unica forza politica o di una sola coalizione su tutte le altre, ma che restituiscano al popolo la propria legittimazione a scegliere dei rappresentanti. Nel valutare l'esito del referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, non si può tacere che proprio dall'orientamento di condanna della legge di revisione emerge l'urgenza di procedere ad un'altra riforma, quella della legge elettorale già approvata nell'aprile del 2015, tenendo conto del mutato contesto politico e dell'esigenza di restituire al corpo elettorale il diritto di eleggere i propri rappresentanti secondo i propri effettivi orientamenti politici.

I classici del pensiero liberale hanno costantemente considerato i mutamenti costituzionali come un portato della storia e dello sviluppo sociale, senza per questo restare necessariamente allineati agli interessi dominanti nella società, mentre è facile dimostrare che è stato soprattutto il successivo prevalere del tecnicismo giuridico a diffondere concezioni sempre più autoritarie e imperative delle esperienze istituzionali. Per non ripetere gli stessi errori del nostro passato, occorrerebbe riuscire a mantenere quel distacco critico che costituisce il fondamento stesso di ogni impegno scientifico, attenuando i rapporti tra specializzazione disciplinare, militanza partitica e dipendenza dalle richieste del potere economico. Occorrerebbe tornare a riflettere storicamente, e cioè criticamente, sul significato istituzionale di alcune scelte economiche, finanziarie e politiche, che investono direttamente i valori della convivenza, come erano soliti fare i primi studiosi di diritto costituzionale, compresi quelli del periodo che corre tra le due guerre. Prevalevano allora anche nei confronti del tecnicismo

formale, criteri di valutazione che prestavano attenzione alle radici sociali dei mutamenti istituzionali, etici e politici, senza lasciarsi fuorviare dal dogmatismo formalistico. La disciplina che va sotto il nome di diritto costituzionale ha vissuto, soprattutto nelle riflessioni dei classici del liberalismo e del socialismo, momenti di particolare profondità e lo studio di quegli scrittori continua a offrire, anche per i contemporanei, suggerimenti e stimoli a prendere posizione nei confronti del volontarismo politico e del tecnicismo normativo. Negli anni venti e trenta del Novecento la dottrina del diritto costituzionale italiano dedicò particolare attenzione allo studio comparativo delle dinamiche sociali e della psicologia collettiva, prima che prevalessero scuole di metodo giuridico tendenti a concentrare lo studio del diritto costituzionale, nel caso migliore, sulla formazione delle *élites* politiche. Diritto e politica restano fenomeni saldamente connessi che non dovrebbero però sovrapporsi fino al punto di far prevalere nettamente il formalismo e la tecnica argomentativa rispetto a uno studio realistico e critico dei rapporti sociali e politici.

Solo restituendo allo studio del diritto costituzionale il tradizionale respiro filosofico, giuridico, storico che lo hanno caratterizzato in passato, si evita il rischio di cadere in gravi fraintendimenti e in un isolamento della cultura giuridica dalle altre forme di conoscenza. Non si tratta di consigliare agli studiosi di diritto pubblico, e in particolare a quelli che si dedicano ai temi di diritto costituzionale, di realizzare invasioni di campo in altri ambiti di studio delle dinamiche sociali, ma di evitare che essi restino coinvolti nelle contingenti vicende del potere politico e economico, senza tener conto degli orientamenti delle collettività nazionali, finendo per concentrare tutti gli sforzi sulle riforme dell'organizzazione politica.

L'Associazione francese dei costituzionalisti ha deciso fin dal 2005 di cambiare nome in "*Association française de droit constitutionnel*", attenuando alcune delle più evidenti ambiguità insite nell'espressione "costituzionalisti", propria di epoche della storia di Francia lontane dai nostri tempi e fondate sul mito di un diritto costituzionale concepito come una scienza dello Stato essenzialmente imperativa, fondata sull'uso di rigide categorie dogmatiche piuttosto che su un impegno di studio diretto ad approfondire le radici storiche e sociali degli sviluppi della dottrina e della giurisprudenza. D'altra parte, il positivismo giuridico, che ha avuto tra i propri meriti anche quello di aver affinato gli strumenti concettuali per uno studio rigoroso del diritto costituzionale, è stato costantemente messo alla prova dall'esigenza di utilizzare categorie adeguate a uno sviluppo del discorso giuridico che riesca a mantenere quel grado di "purezza" della riflessione del giurista che, come è stato ben messo in luce specialmente nel dibattito suscitato dalla scuola di Vienna, dovrebbe avere come esito il distacco critico nell'uso dell'argomentazione giuridica, in modo da non dissociarla da una severa analisi dei significati che le espressioni assumono nei diversi contesti sociali (Si veda in tal senso A. Giuliani, *Contributi ad una nuova teoria pura del diritto*, Pavia 1953). Per tornare a interrogarsi liberamente sui limiti di un uso esclusivamente formale e sistematico della retorica specialistica dei costituzionalisti occorrerebbe ricostruire, come già accennato, quei ponti tra lo studio del diritto costituzionale e la cultura giuridica nazionale, tra la storia sociale e politica e le discipline umanistiche che sono stati fatti saltare attraverso un lungo processo di esasperato tecnicismo giuridico, con il risultato di rendere le singole discipline giuridiche sempre più permeabili alle richieste dei detentori del potere economico e politico.

