

Francesco Viola

## Politica e diritto nella Costituzione

1. Per essere amici non è necessario avere la stessa concezione del diritto e della Costituzione, ma non è un atto di amicizia occultare il proprio dissenso, soprattutto quando esso è totale. Per questo ho sentito il bisogno di manifestare le mie reazioni all'intervento di Riccardo Guastini sul tema della revisione costituzionale pubblicato nello scorso numero di questa rivista (R. Guastini, *Revisione costituzionale: problemi di forma e di sostanza*, in "Ragion pratica", 3, 1994, pp. 245-255).

La concezione che Guastini ha del diritto non è per nulla cinica. Riconosco che è animata da buone intenzioni e da nobili sentimenti, poiché è rivolta ad assicurare la certezza delle regole e la convivenza pacifica tra esseri attratti e travolti da una grande varietà di passioni ideologiche e capaci di formulare una molteplicità di concezioni filosofico-politiche. Per individui siffatti la stabilità nell'interpretazione delle regole giuridiche è l'unica (o una delle poche) possibilità di un punto di riferimento oggettivamente vincolato. Per questo il pericolo maggiore o il *summum malum* è la manipolazione ideologica, più o meno occulta o palese, delle regole giuridiche attraverso le attività interpretative e le teorie della scienza del diritto. Per allontanare questa minaccia bisogna che queste regole siano enunciate in modo chiaro e trasparente, sì da neutralizzare il più possibile tutte quelle ambiguità di cui approfittano a man bassa quei manipolatori di professione che spesso ricoprono il ruolo di giuristi o, peggio, di politici fattisi interpreti del diritto.

L'ideale ovviamente sarebbe di eliminare del tutto l'interpretazione in base al noto brocardo "in claris non fit interpretatio". Di fatto ciò è impossibile per diverse ragioni, sia a monte nel momento della formulazione della legge, sia a valle nel momento della sua applicazione. L'etica che Guastini suggerisce all'interprete è, dunque, quella di sforzarsi di restare aderente il più possibile all'interpretazione letterale degli enunciati normativi. Insomma, da questo punto di vista, Guastini è a tutti gli effetti un epigono italiano della francese Scuola dell'esegesi,

erede della convinzione di Voltaire per cui ogni interpretazione è una corruzione del testo.

Applicando quest'orientamento all'interpretazione del testo costituzionale e, specificamente, al problema della sua revisione, ne vien fuori che, a parte la riserva dell'art. 139 riguardante la forma repubblicana dello Stato (da interpretarsi anch'essa in senso strettamente letterale, cioè non estensivo ai principi della democrazia), *tutto* può essere modificato sul piano della legalità costituzionale, seguendo cioè la procedura aggravata prevista dall'art. 138 (p. 251).

Tuttavia Guastini precisa che questa posizione riguarda solo il diritto, la scienza giuridica e il suo uso, mentre *sul piano politico*, cioè sul piano delle passioni ideologiche dei cittadini, che non sono certo né trascurabili né disprezzabili, una modifica di alcune parti della nostra carta costituzionale potrebbe essere ritenuta inopportuna o, addirittura, molto pericolosa per la tutela di quelle libertà fondamentali diffuse in tutte le nazioni civili. Tra i cittadini che la pensano così ed hanno queste preoccupazioni c'è senza dubbio lo stesso Guastini, ma egli sostiene che l'onestà intellettuale impone di riconoscere che questa è un'opinione politica e non già una "verità" giuridica. Non bisogna contrabbandare per esigenze della legalità le proprie passioni e opinioni politiche, anche se rispettabilissime e più che giustificate. Sarebbe un vero e proprio imbroglio ed una menzogna farlo. Un'etica della conoscenza che si rispetti deve avere come valore primario la verità. Guastini è uno dei più rigorosi custodi di questo precetto e, coerentemente, ritiene la menzogna "scientifica" una cosa disdicevole in qualsiasi circostanza, ovvero ciò che la recente enciclica *Veritatis Splendor*, sulla scia del trattato di S. Agostino *De mendacio*, ha chiamato un «atto intrinsecamente cattivo».

Pertanto una concezione formalistico-esegetica del diritto unita ad una tensione etico-politica inducono Guastini a chiedersi (e soprattutto a chiedere, provocatoriamente, ai custodi dell'integrità della nostra costituzione) se non sarebbe preferibile per difendere i valori originali sottostanti al testo costituzionale far ricorso alle armi (e al diritto di resistenza) piuttosto che mentire spudoratamente, facendo uso di una fuorviante concezione del diritto e dell'interpretazione giuridica.

Siccome questa conclusione è palesemente paradossale anche per il suo autore e, tuttavia, perfettamente coerente rispetto alle premesse, c'è da sospettare che qualcosa non vada bene in queste, che qualcosa non funzioni a dovere nella concezione generale del diritto, della Costituzione, della scienza giuridica e dell'interpretazione difesa da Guastini. Se questa fosse vera, allora dovremmo concludere che abbiamo torto ad affidare al diritto quel compito di pacificazione e di neutraliz-

zazione dei conflitti politici che pure lo stesso Guastini gli riconosce. In realtà, il diritto e lo Stato di diritto sarebbero strumenti estremamente fragili, in quanto la ristrettezza dell'ambito interpretativo non darebbe molto spazio a quell'opera di composizione legale dei conflitti di valore e di interesse che è essenziale per ogni convivenza pacifica. Ed è per questo che è opportuno evidenziare almeno alcune aporie interne contenute nel discorso di Guastini, senza ovviamente esaurire tutta l'ampiezza della problematica che - come abbiamo visto - è non solo giuridica, ma anche politica ed etica. Trascurerò, infatti, due problemi di estrema importanza come la rivedibilità dei diritti dell'uomo e della forma democratica. Partirò dalla conclusione per risalire verso le premesse.

2. La prima aporia risiede nella constatazione che il discorso del giuspositivista Guastini è inficiato di giusnaturalismo, e di un cattivo giusnaturalismo.

Infatti, invocare il diritto di resistenza come rimedio per impedire la modifica della Costituzione italiana, che pure non lo prevede espressamente (cioè non lo positivizza) come fa quella tedesca (richiamata nell'esergo dell'articolo), significa appellarsi al diritto naturale.

Non avrei nulla da obiettare in questo "appello al cielo" se esso significasse il ricorso ai principi fondamentali che ogni convivenza civile non può non accettare e che sono il presupposto irrinunciabile di ogni patto sociale. Ma per Guastini non è così, perché al di fuori del diritto positivo c'è soltanto la politica, cioè le credenze soggettivistiche sul giusto e sull'ingiusto. Il suo diritto naturale è quello hobbesiano della guerra di tutti contro tutti; è quel diritto dell'individuo per neutralizzare il quale è necessario inventare il diritto positivo e lo Stato (*ne cives ad arma veniant*). Non si può pertanto far ricorso ad esso per salvare proprio il diritto positivo in pericolo.

3. La seconda aporia ha una natura etica.

Nella gerarchia dei valori etici seguiti da Guastini il rigetto della manipolazione dei testi giuridici si trova ad un livello superiore a quello del rifiuto della violenza. Ciò significa che la fedeltà al testo scritto è ben più importante del rispetto della vita umana.

Ammiro quest'etica della scrittura, retaggio secolarizzato della convinzione del carattere divino dell'autore del testo, ma non mi pare il caso di applicarla ai documenti giuridici di cui si tratta, anche se essi hanno un carattere costituzionale. Non voglio dire che manipolare testi di diritto positivo sia cosa commendevole, ma solo che, se, per salvare i valori fondamentali della convivenza civile, dovessi essere posto

nell'alternativa drastica tra usare le armi o manipolare testi giuridici, molto probabilmente tenterei prima la seconda strada. In ogni caso sono convinto che dalla violenza non può venire mai niente di buono, neppure la difesa della Costituzione. E di "violenza" vera e propria si tratterebbe, non già di "forza", perché - come s'è visto - manca a quest'uso delle armi una giustificazione correttamente giusnaturalistica.

4. La terza aporia riguarda la riduzione drastica dei casi in cui si può parlare di rottura della continuità costituzionale.

Se quasi tutto è legalmente modificabile con la procedura prevista dall'art.138 (tranne la "forma repubblicana"), allora nel nostro ordinamento si potrebbe cambiare sostanzialmente tutta la Costituzione nel pieno rispetto di essa. Attraverso un uso abile dell'art. 138 si potrebbero raggiungere legalmente gli stessi effetti di un colpo di Stato. Conseguentemente, questo non potrebbe più essere giuridicamente individuato in base alla violazione dei principi e dei valori costituzionali, ma solo in base ai metodi seguiti, cioè se violenti o meno. Semmai il colpo di Stato lo farebbero quelli che ricorrono alle armi per impedire un uso improvvido dell'art. 138. Si arriverebbe così all'assurdo che la difesa dei contenuti valorativi ed istituzionali della nostra Costituzione è affidata alla rottura della sua continuità formale. Insomma, deve poter esserci una differenza giuridica tra "modificare" e "cancellare" l'identità di una Costituzione. Ogni procedimento di revisione si basa sul presupposto che questa differenza ci sia.

Nell'ottica di Guastini il nostro ordinamento non appare molto diverso dall'esempio kelseniano di primordiale sistema giuridico, quello che contiene un'unica norma: obbedisci agli ordini del capo della tribù. Ma gli ordinamenti giuridici dei paesi civilizzati si distinguono per il fatto di porre anche dei vincoli contenutistici all'esercizio del potere, dei vincoli che non sono a disposizione del potere stesso. Questo sembra essere anche l'intento della nostra Costituzione. Ma delle buone intenzioni poco importa se esse non sono protette da esplicite riserve di legge. Bisognerebbe allora concludere che il nostro non è un ordinamento proprio di un paese civilizzato. Certamente non sarebbe difficile individuare chi è oggi il nostro capo tribù, ma la nostra Costituzione non vuole essere la regola di una società di selvaggi. La sua origine antifascista parla chiaro.

5. La quarta aporia riguarda la concezione della superiorità della legge costituzionale.

Guastini non mette in dubbio la superiorità formale della Costituzione nella gerarchia delle fonti. Basta infatti prendere in considera-

zione le norme (artt. 54 e 134 e disp. fin. XVIII 4° comma e non già l'art. 138) che disciplinano il contenuto e la forma degli atti legislativi e che dichiarano, o comunque presuppongono, tale superiorità per rendersene conto. Ma egli nega che questa superiorità sia anche sostanziale o assiologica. Per arrivare ad affermare ciò bisognerebbe, infatti, far ricorso a criteri non formali, cioè a quelli rigorosamente esclusi dalla concezione del diritto di Guastini. La legge può avere qualsiasi contenuto e, pertanto, questo è dal punto di vista giuridico irrilevante anche per la legge costituzionale. La sua superiorità deve essere mantenuta in modo rigoroso al livello formale. Ma ciò significa forse che la superiorità della legge costituzionale nei confronti della legge ordinaria è dello stesso genere di quella che quest'ultima ha nei confronti del regolamento? Non credo che questo si possa affermare. Il ruolo "fondamentale" della legge costituzionale conduce ad ammettere una superiorità formale *sui generis* che in ogni caso costituisce un problema da risolvere.

A differenza della legge ordinaria, la legge costituzionale non si limita ad affermare la sua superiorità nei confronti delle altre fonti del diritto, ma stabilisce anche la stessa gerarchia delle fonti. È la fonte delle fonti. Ed è per questo che la sua superiorità formale non è dello stesso genere di quella intrasistemica, è cioè una superiorità "costitutiva" che regola tutto l'esercizio del potere normativo. È la natura stessa delle disposizioni costituzionali a renderle sovraordinate, altrimenti non avrebbe alcun senso parlare di Costituzione e di "legge fondamentale".

Nel diritto positivo non tutte le vacche sono nere, cioè non tutte le leggi devono essere considerate allo stesso modo. In più la Costituzione è un documento unitario e non semplicemente una molteplicità di singole leggi. Conseguentemente, non si può mettere sullo stesso piano tutto ciò che si trova nella Costituzione. La posizione di Guastini rientra perfettamente in quello che Schmitt ha considerato come il concetto relativo di Costituzione, che è formalizzante, in quanto indifferente nei confronti dei contenuti delle norme, e relativizzante, in quanto mette tutte le norme sullo stesso piano.

Questa superiorità formale "rafforzata" della legge costituzionale induce ad esplorarne le conseguenze e gli effetti.

Nei confronti delle Costituzioni emanate da un'autorità superiore a quella legislativa ordinaria si pensava correttamente che solo da questa potessero essere modificate. Il teorico della distinzione tra Costituzioni rigide e flessibili, James Bryce, collegava la rigidità proprio a questo tipo di Costituzioni. Di recente Alessandro Pace ha notato che questa tesi è legata ad una specifica "teologia politica" per cui in quanto superiore la legge fondamentale dovrebbe provenire da un'autorità

superiore. Sembrerebbe, dunque, che le Costituzioni pattizie, tra cui la nostra, non debbano essere considerate "naturalmente" rigide a meno che non lo dichiarino espressamente. Questo è infatti il pensiero di Guastini (pp. 245 e 249). Ora qui si offrono a noi due possibilità interpretative: la prima ritiene che le Costituzioni pattizie siano in linea di principio modificabili con la legislazione ordinaria a meno che espressamente non prevedano la loro assoluta rigidità o una procedura aggravata per modificarle in toto o in parte; la seconda, invece, ritiene che le Costituzioni pattizie siano in linea di principio (o "naturalmente") rigide e che la procedura di modifica eventualmente prevista è diretta ad assicurare loro una certa limitata flessibilità al fine di adeguarle ai mutamenti sociali. In quest'ultimo caso le norme che prevedono uno speciale procedimento di revisione provocano senza dubbio un indebolimento della rigidità costituzionale, ma nel lungo periodo si risolvono in una garanzia per la Costituzione stessa (tant'è vero che il titolo VI della Cost. parla appunto di "garanzie costituzionali"). Una Costituzione assolutamente immutabile non reggerebbe di fronte alle tensioni sociali. Credo che la seconda alternativa sia quella di gran lunga preferibile per più di un motivo. Non elencherò tutte le ragioni a suo sostegno, basterà soltanto osservare che tra questi vi sono motivi "giuridici" e non solo "politici", cioè nel linguaggio di Guastini motivi incontrovertibili e non solo opinabili.

Se la Costituzione ha una superiorità formale sulle altre fonti del diritto, allora non può essere modificata da queste. In particolare non può essere modificata dalla legislazione ordinaria. Conseguentemente, se essa espressamente *non* prevede alcun procedimento di modifica, si deve ritenere che essa sia assolutamente immutabile. Dissento, pertanto, dal modo in cui Guastini distingue le Costituzioni rigide dalle flessibili (p. 245), e seguo invece A. Pace, *La naturale rigidità delle costituzioni scritte*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1993, 6, pp. 4085 ss.

Tuttavia resta ancora una volta un'alternativa: pur ammettendo la rigidità in linea di principio di una Costituzione pattizia, si potrebbe pensare che la previsione di un procedimento specifico di revisione senza esplicita riserva per alcune materie fondamentali implichi una rinuncia totale alla rigidità. Cosa in linea di principio possibile. Ed è questo il pensiero di Guastini. Oppure si potrebbe pensare che, poiché - come s'è detto - deve mantenersi la differenza concettuale tra una Costituzione modificata e una Costituzione nuova, il procedimento di revisione non possa stravolgere ciò che caratterizza la Costituzione italiana. Quale di queste due alternative scegliere?

La scelta tra queste due soluzioni interpretative dipende dalla considerazione della Costituzione come documento unitario o come

pura e semplice molteplicità di leggi. Se la Costituzione è un unico documento, allora ha una sua identità e non tutte le parti hanno lo stesso valore. In questo caso credo si sia costretti ad optare per la seconda possibilità interpretativa. Voglio dire che la tesi di Guastini implica il rifiuto di considerare dal punto di vista giuridico la Costituzione come un documento unitario. E non si può neppure sostenere che la considerazione della Costituzione come documento unitario sia una interpretazione politica e non logico-giuridica se non a condizione di ammettere che anche quella opposta è politica.

In realtà il tentativo di sterilizzare completamente la considerazione giuridica della legge costituzionale dalla dimensione valoritativa è una tesi non strettamente logico-giuridica al pari di quella opposta. Il mero formalismo giuridico si trasforma in un'ideologia se applicato al testo costituzionale.

**6.** La quinta aporia riguarda l'individuazione dei valori costituzionali fondamentali.

Pur ammettendo che la Costituzione sia un documento unitario, non si è risolto ancora il problema dell'individuazione della sua identità. Questa potrebbe risultare ampiamente controversa. Tutta la storia dell'interpretazione costituzionale ci mostra sia la convinzione dell'esistenza di "principi supremi" caratterizzanti, sia la grande incertezza riguardante la loro esatta formulazione. È chiaro che l'individuazione di questi principi fondamentali non può risolversi nell'additare un certo numero di articoli della Costituzione ritenuti più importanti degli altri. L'unitarietà di un documento legislativo richiede che tali principi possano essere desunti dal modo stesso in cui si dispone la tutela dei diritti e gli assetti istituzionali e non soltanto da disposizioni circoscritte e ben precise.

In ragione del fatto che una Costituzione pattizia, in assenza di un'autorità politica superiore che ne dia l'interpretazione autentica, non possa difendersi da sé, la nostra Costituzione ha affidato l'individuazione autoritativa della sua identità alla Corte Costituzionale. Il che mi sembra una conferma indiretta dell'importanza che i costituenti hanno attribuito alla custodia dei contenuti del testo costituzionale. Ma Guastini critica l'operato di questa Corte che si sarebbe attribuito «un potere discrezionale vastissimo e incontrollabile» a cominciare dall'introduzione di un divieto di revisione inesistente nel testo costituzionale (p. 253). Ora io non intendo difendere *a priori* l'operato della Corte Costituzionale. Come qualsiasi giudice, e quello Costituzionale più di tutti gli altri, può farsi surrettiziamente legislatore. Mi preme soltanto ricor-

dare a Guastini un autore che gli è molto caro, cioè Alf Ross, e la sua tesi per cui il diritto è ciò che dicono i giudici che esso sia.

Il diritto positivo ha bisogno di un momento autoritativo che ponga fine all'interpretazione infinita. Nelle Costituzioni non emanate da un'autorità politica superiore questo compito può essere affidato a giudici supremi, che non sono interpreti della volontà di un organo politico ma di un testo giuridico legato alla storia politico-istituzionale di un popolo. Resta il fatto che questi giudici sono i "custodi" della Costituzione e non i suoi creatori.

Ora, nell'esame dell'operato della Corte Costituzionale italiana, io distinguerei due livelli: quello dell'approccio interpretativo di carattere generale e quello dell'individuazione dei singoli principi fondamentali. Se si possono ammettere senza gravi inconvenienti degli abusi interpretativi nel secondo livello, rilevarne nel primo significa contestare il modo stesso in cui la Corte ha inteso il suo ruolo istituzionale. Ma la Corte Costituzionale - come lo stesso Guastini ammette - ha sposato l'orientamento che condurrebbe alla manipolazione in grande stile del testo costituzionale, cioè quella per cui alcuni principi sono sottratti al procedimento di revisione. Non si tratta quindi di un peccato veniale, ma di una discrezionalità selvaggia, che sarebbe stata evitata se i giudici della Consulta avessero avuto l'accortezza di prendere per tempo visione della concezione dell'interpretazione giuridica di Guastini. Non l'hanno fatto e, d'altra parte, non c'è nessuna norma costituzionale che obblighi in tal senso o, comunque, che detti i criteri d'interpretazione del testo costituzionale.

7. La sesta aporia riguarda i rapporti tra superiorità formale e superiorità sostanziale, o valorativa, del testo costituzionale.

Guastini ammette molte delle considerazioni sopra fatte a proposito del testo costituzionale ed, in particolare, la differenza tra mera revisione e instaurazione di una nuova Costituzione, cioè in sostanza la possibilità d'identificare una Costituzione. Ma pensa che si tratti di osservazioni fatte *dal punto di vista della scienza politica* empirica, cioè di osservazioni non proprie della scienza giuridica. Sono, dunque, rilievi scientifici e non meramente opinabili o passionali, ma non della scienza giuridica e del ruolo del giurista e del giudice. È ovvio, però, che i rimedi a cui conduce l'uso della scienza giuridica sono pacifici, mentre quelli a cui ricorrere in seguito alle analisi politologiche sono violenti o, comunque, non legali. (Ma perché escludere da questi ultimi anche la manipolazione dei testi giuridici, ammesso, e non concesso, che di manipolazione si tratti?)

Non starò qui a discutere questo modo di distinguere la scienza



giuridica dalla scienza politica, osservo soltanto che esso conduce alla completa distruzione del senso stesso di una Costituzione. Ammiro le analisi linguistiche quando aiutano a non confondere problemi differenti, ma non quando hanno l'effetto di separare ciò che nelle cose è unito. Nella cosa "Costituzione" diritto e politica sono inscindibilmente uniti. Se non fosse così, non avrebbe alcun senso porre in essere Costituzioni, patti sociali e cose del genere.

L'idea di Costituzione, come quella di Stato di diritto, ha preso le mosse dall'esigenza di sottoporre l'uso del potere politico alle regole del diritto e, con le Costituzioni pattizie, si è diretta anche a dare fondamenti giuridici alla legittimità del potere. La Costituzione vuole essere un esempio di governo delle leggi e non degli uomini. Che le leggi governano, significa che il diritto ha una funzione politica e che la politica si sottomette al diritto. Insomma, la Costituzione è proprio il tentativo di superare la separazione tra diritto e politica. Si può - forse con qualche ragione - sostenere che questo tentativo non sia pienamente riuscito. Ma deve essere chiaro che questa è una critica al costituzionalismo e non già un'interpretazione della Costituzione.

In realtà l'ottica di Guastini è palesemente ancora troppo dipendente dal modello giuspositivistico tradizionale per cui il diritto è il prodotto di una volontà politica superiore. Qui è chiara la separazione tra la volontà dominante e il suo prodotto. Ma questo modello non aiuta a capire le Costituzioni pattizie, e Guastini lo sa bene. Tuttavia non vuole rinunciarvi e, al pari di altri orfani dell'imperativismo giuridico passati attraverso la *purificazione* kelseniana - un altro perspicuo esempio lo si ritrova in M. Troper, *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, in *Recueil d'études en hommages à Charles Eisenmann*, Éditions Cujas, Paris, 1975, pp. 133-151 - continua ad inseguire la separazione della forma giuridica dal fondamento politico e di questo da quella. Mettere la Costituzione da una parte o dall'altra, cioè nella parte giuridico-formale o nella parte politico-sostanziale, significa distruggerne il senso, perché una Costituzione è l'uno e l'altro aspetto insieme ed inscindibilmente.

Con ciò tengo a precisare che non sono un sostenitore della tesi opposta a quella di Guastini, cioè che tutto nella Costituzione italiana sia imm modificabile. Al contrario sono convinto che sia modificabile non solo ciò che non è caratterizzante, ma anche la formulazione dei principi fondamentali se questa è tesa a catturare sempre meglio la loro espansività interna.

Vorrei in conclusione notare che, se Guastini avesse ragione, il compito del diritto costituzionale ai fini della pacificazione sociale sarebbe molto limitato. La crescita della litigiosità istituzionale oggi in pieno

sviluppo troverebbe una giustificazione teorica e la Costituzione si configurerebbe sempre di più, con piena soddisfazione di Gianfranco Miglio, come quel patto che i vincitori impongono ai vinti. Ma per fortuna Guastini ha torto.