

A12



Mario Toledo Tedesco  
**Salvate la Costituzione**





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXX  
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.gioacchinoonoratieditore.it](http://www.gioacchinoonoratieditore.it)  
[info@gioacchinoonoratieditore.it](mailto:info@gioacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20  
00020 Canterano (RM)  
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-3275-3

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: aprile 2020

# Indice

- 7 *Introduzione*
- 9 *Capitolo I*  
*La fragilità della Costituzione*
- 29 *Capitolo II*  
*Della nozione di Costituzione rigida e flessibile*
- 49 *Capitolo III*  
*Potere e individuo*
- 69 *Capitolo IV*  
*Lo Stato e la pena di morte*
- 79 *Capitolo V*  
*Che cos'è il "popolo"?*
- 99 *Capitolo VI*  
*Le formazioni sociali e la famiglia*



## Introduzione

La Costituzione è indiscutibilmente il documento fondamentale per lo Stato, sia da un punto di vista giuridico sia da un punto di vista dei valori etici e sociali di cui questa si fa portatrice. Tuttavia, oggi si sente parlare sempre più spesso di inadeguatezza di tale testo alla modernità, di necessità di riforme e di incapacità di tale fonte di adattarsi al reale, tanto che spesso viene sentita quasi più come un limite, che come una matrice dalla quale generano una serie di posizioni giuridiche di primaria importanza. Si tratti di un testo che a ben vedere, pur avendo riscosso un ruolo primaria per la storia dello Stato italiano, ad oggi viene sentito sempre più come opprimente e costrittivo.

Tuttavia, sulla base di ciò sorge spontanea una domanda: se si desse per appurato che la Costituzione come testo normativo stia effettivamente cedendo il passo di fronte a fenomeni come quelli del populismo, tanto che oggi molti tendono a credere più a ciò che l'eventuale leader di turno afferma sulla pubblica piazza, piuttosto che al rigore di un documento giuridico come lo è appunto il testo costituzionale, quale tutela resta della Costituzione? Ancora, alla luce del fatto che questa nasce in primo luogo come testo giuridico, evidentemente finalizzato al contenimento di eventuali nuove derive autoritarie come quelle del ventennio fascista, cosa accadrebbe se questa venisse meno, se la sua forza giuridica scemasse a favore del populismo e delle nuove forme di politica, che declassano il testo costituzionale a sterile insieme di diritti? Questo è il nucleo sul quale si basa proprio tale analisi, che si badi, non vuole affermare che oggi si corra realmente il pericolo di un nuovo autoritarismo o di derive di potere, anzi tutt'altro; tuttavia, se ne mette in luce la possibilità, di certo non astratta che ciò possa accadere in un prossimo futuro. È bene, infatti, assumere piena consapevolezza di ciò, di come questo Stato evidentemente non sia eterno e neanche la Costituzione per l'appunto. E su queste basi, come la stessa Costituente abbia costruito il testo costituzionale non di certo con l'intento di creare un testo giuridico qualunque, che incappasse nuovamente nell'errore

e nella debolezza del precedente Statuto albertino, ma semmai un testo forte, che restituisce piena coscienza al popolo, rimettendo a quest'ultimo il compito attivo di fugare l'ascesa di nuovi autoritarismo. Si parla, tuttavia, di un popolo di uomini consapevoli, messo in pericolo di fronte a fenomeni di massa come il populismo.

Ora, mi piacerebbe descrivere questa breve analisi citando uno dei testi fondamentali della filosofia del 1900, il *Tractatus logico-philosophicus* di Ludwig Wittgenstein. Questa vorrebbe essere, infatti, "come una scala da usare per salire più in alto e poi gettare via, come un dito puntato per andare oltre lo stesso dito", cioè come una trattazione che auspicherebbe miseramente a dare una chiave di lettura del testo Costituzionale, che restituisca forza al soggetto nella sua capacità di scelta, senza che questo si lasci scadere a mero individuo massificato, riconoscendo il proprio potere. Il che, si faccia molta attenzione, non significa come si vedrà, dover credere ciecamente e rispettare per forza l'ordine costituzionale così come costituito, per cui anche i Costituenti erano consapevoli della non eternità di quel testo, ma implica la piena coscienza del soggetto nel decidere se disattendere o meno quel dato legale.

## La fragilità della Costituzione

L'uomo comune tende a concepire il diritto in primo luogo come una "costrizione", "devo fare quello perché lo dice la legge", "mi hanno detto che si deve fare così" e ancora "che ci vuoi fare? Così dice la legge".

Spesso si tende a concepire il fenomeno giuridico solo come un insieme di norme, che sono poste da qualcuno e che l'uomo comune, l'uomo come tutti noi, vede come tante leggi che disciplinano la vita di tutti i giorni, senza interrogarsi sul perché di quelle norme e sul perché vi si ubbidisca o meno.

La risposta più immediata di fronte alla norma giuridica è "si deve fare così per lo dice la legge" o "la legge è questa, dura sed lex", tuttavia questo è solo un modo per sviare il problema, per evitare di rapportarsi in modo critico a un fenomeno, che è indiscutibilmente complesso anche per i massimi esperti del settore.

Si possono registrare, dunque, tre tipi di risposte dell'uomo comune di fronte alla norma, tre tipi distinti di atteggiamento che ciascuno di noi istintivamente può decidere di adottare: si potrebbe decidere di ubbidire alla norma senza porsi domande su cosa significhi o sul perché si stia obbedendo; qualcun altro potrebbe, invece, decidere di disubbidire volontariamente per i motivi più diversi: ad esempio qualcuno potrebbe ritenere che quella norma vada contro la sua cultura o la sua etica. Infine, l'uomo comune potrebbe assumere un atteggiamento critico, chiedendosi "che cosa significa questa norma?".

Da tale interrogativo nasce la domanda fondamentale. Che cos'è il diritto, ma soprattutto perché si ubbidisce? E in secondo luogo, anche se si tratta di una questione tutt'altro che secondaria, si deve ubbidire o è lecito il comportamento dell'uomo che decida deliberatamente di infrangere la legge?

Alla luce di questi tre possibili approcci dell'uomo comune al fenomeno giuridico, sia il comportamento di chi ubbidisca acriticamente

alla norma, sia di chi la disattenda senza un valido motivo, appaiono pericolosi e controproducenti. In ogni caso un tipo di atteggiamento acritico di fronte al fenomeno giuridico porta inevitabilmente a considerare il diritto un grosso ammasso incomprensibile di norme, che potrebbe avere una logica, ma che non è indispensabile la abbia. La non comprensione della portata di questo fenomeno e dell'importanza che ha il diritto sulla vita di tutti i giorni porta l'uomo comune o a essere ostile verso una dimensione che non capisce o a essere schiavo di quel fenomeno, in quanto ubbidisce, ma non sa perché e neppure se lo chiede, l'importante è "non avere problemi con la legge", mentre tutto il resto passa a un piano secondario, il fatto ad esempio che sia stato leso eventualmente un suo diritto fondamentale non rileva. In ultima analisi, questo tipo di atteggiamento (sia di mera ubbidienza, sia di mera disubbidienza) porta a un confronto sterile nei confronti di un fenomeno tanto complesso, portando inevitabilmente a un risultato tutt'altro che proficuo.

Rapportarsi su queste basi all'intero fenomeno giuridico presuppone concepire il diritto come una dimensione meramente astratta, che non trova alcun riscontro nel dato reale. Anzi, a ben vedere, presuppone una tensione di fondo tra il diritto e la realtà, assumendo che la norma in fondo non sia altro che una disposizione o una frase qualunque, che non deve per forza avere una corrispondenza fattuale nel mondo concreto. La stessa scelta di ubbidire senza chiedersi il perché di tale ubbidienza, implica l'assunto logico che quella norma non vada rispettata in quanto e perché trovi riscontro nel dato reale, cioè, come direbbe l'uomo comune, perché "la realtà è così" e, quindi, sotto questo profilo la norma rappresenterebbe una razionale descrizione del reale, ma al contrario non ci si pone domande, semplicemente si riscontra il dato fattuale che quella disposizione esiste e, in quanto esistente, si sente di doverla rispettare per un non precisato motivo.

Per esemplificare, consideriamo ad esempio il disposto dell'art. 129 bis comma 1 c.c. in tema di matrimonio putativo, rubricato "Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo", che dispone: "*Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto. L'indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. È tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati.*"

Ora, alla lettera del disposto dell'art. 129 bis comma 1 c.c. l'uomo comune che si avvicinasse alla norma in modo acritico, potrebbe intendere frettolosamente, come per giunta è accaduto, che questa norma fosse da applicare in modo automatico ogni qual volta fosse stata dichiarata l'invalidità dell'atto matrimoniale, salvo il rispetto dei due presupposti della buona fede di uno dei coniugi e dell'addebitamento della causa di nullità all'altro coniuge.

Certamente a una analisi superficiale questa disposizione potrebbe apparire non problematica e particolarmente chiara, si potrebbe affermare lecitamente che sulla base del disposto dell'art. 129 bis comma 1 c.c. che "ogni volta che sia pronunciata una sentenza di annullamento del matrimonio, per una delle varie cause di invalidità dell'atto, disposte dalla legge, se uno dei due coniugi è in buona fede e l'altro coniuge, in buona fede o meno, è stato causa della nullità dell'atto, allora il giudice deve (non "può") prevedere un indennizzo a carico del coniuge cui è imputata la causa di nullità e a favore del coniuge in buona fede, prevedendo il pagamento di una somma pari a tre anni di mantenimento senza alcuna prova del danno subito". Questa lettura della norma non crea grandi problemi se si pensa, ad esempio, al caso in cui un soggetto già sposato contragga nuove nozze con una donna, che essendo in buona fede, non sappia di star stipulando un atto invalido. Appare chiaro che in questo caso, qualora la donna abbia creduto di costruire una famiglia con il proprio sposo e magari abbia vissuto qualche anno della sua vita, ritenendo di esser validamente sposata e abbia costruito degli affidamenti e dei progetti di vita, confidando sulla sua attuale famiglia, in tal caso l'indennizzo pari a tre anni di mantenimento acquisterebbe quasi il carattere punitivo e di risarcimento del danno che la donna avrebbe subito a causa della condotta dolosa del suo falso sposo.

Ma poniamo un esempio diverso, un esempio più specifico, che metta in luce il pericolo di una lettura sterile e acritica di questa stessa norma. L'art. 119 c.c. afferma che "*Il matrimonio di chi è stato interdetto per infermità di mente può essere impugnato dal tutore, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano un interesse legittimo se, al tempo del matrimonio, vi era già sentenza di interdizione passata in giudicato, ovvero se l'interdizione è stata pronunciata posteriormente ma l'infermità esisteva al tempo del matrimonio. Può essere impugnato, dopo revocata l'interdizione, anche dalla persona che era interdetta (comma 1). L'azione non può essere proposta se, dopo revocata l'interdizione, vi è stata coabitazione per un anno (comma 2).*" Sulla base di questo articolo si

desume che anche l'interdizione di uno dei due coniugi per infermità di mente costituisce un vizio dell'atto di matrimonio, che quindi rende impugnabile l'atto stesso.

Sotto questo profilo, alla luce di quanto sopra affermato circa il disposto dell'art. 119 c.c. si può affermare che in caso di dichiarazione di invalidità del matrimonio per interdizione di uno dei coniugi, se l'altro coniuge era in buona fede, sulla base del disposto dell'art. 129 bis c.c. il giudice dovrebbe disporre a carico del coniuge infermo di mente il pagamento a favore dell'altro coniuge in buona fede di una indennità pari a tre anni di mantenimento, senza neanche necessità che quest'ultimo provi l'esistenza di un danno. Ora, il nostro uomo comune potrebbe dire "è giusto! Quale sarebbe il problema?", ma siamo davvero sicuri che sia giusto condannare un soggetto infermo di mente a pagare una indennità al coniuge, sulla base di un vizio di mente che non è di certo un vizio voluto?

Appare chiaro che non ci troviamo più nell'ipotesi dell'uomo che, pur sapendo di essere sposato, decide di ingannare l'amante sposandola, pur sapendo che il matrimonio sarà invalido. In questo caso, infatti, ci troviamo di fronte a un soggetto, che proprio per la sua infermità mentale non può che essere in buona fede. Se, infatti, il soggetto non è in grado di comprendere appieno il significato delle proprie azioni, come si può pensare che possa aver agito con dolo, contraendo un matrimonio essendo pienamente cosciente del vizio? Ma ancora, appare forse ragionevole "punire" quel soggetto incapace per aver compiuto una azione della quale non si rendeva conto, disponendo a suo carico il pagamento di una indennità pari a tre anni di mantenimento a favore dell'ex coniuge, senza che quest'ultimo debba provare di essere in difficoltà economica o di aver subito un danno? L'uomo comune probabilmente risponderebbe "lo dice la legge, quindi è così. . . dura lex sed lex", ma siamo sicuri sia davvero così? Siamo sicuri sia per forza necessario tenere un comportamento passivo di fronte alla legge?

È lecito affermare che una concezione di questo tipo tende a snaturare completamente il fenomeno giuridico, che assume agli occhi dell'uomo comune la forma di un complesso sterile di norme da rispettare, non in quanto logiche, ma perché semplicemente poste.

Per giunta si deve riscontrare che un tipo di ubbidienza cieca è di fatto anche una ubbidienza labile, in quanto non fonda il rispetto della norma su base razionale e logica, ma si assume che il rispetto della norma non sia un atto dovuto, piuttosto la si rispetta solo perché

questa è stata posta dalla maggioranza parlamentare, che di volta in volta si trova a comporre l'Assemblea. Tuttavia, il dubbio sorge spontaneo, quale sicurezza si può avere del rispetto di una norma se questa non è legata a un qualche dato razionale, morale, etico o culturale dell'individuo? Cosa dovrebbe impedire all'individuo che rispetta acriticamente una norma di svegliarsi un giorno e di decidere di non rispettarla più per partito preso?

Ecco che si rende necessario, allora, introdurre il terzo comportamento con cui l'uomo comune può decidere di rapportarsi alla norma e, cioè, l'atteggiamento critico di chi si rapporta al diritto chiedendosi "perché esiste questa norma, ma soprattutto perché dovrei ubbidire?". Si rende necessario, in altre parole, comprendere la logica che risiede dietro l'imposizione, di inquadrare l'intero fenomeno giuridico nel suo contesto politico, storico e culturale, al fine di comprenderne la reale portata. Bisogna, tuttavia, puntualizzare, non si tratta in questo caso di comprendere la logica che sta dietro alla singola disposizione o al singolo testo legislativo, ma di comprendere in modo generalizzato come l'individuo dovrebbe rapportarsi all'intero fenomeno giuridico, per acquisire quella consapevolezza di non essere solo un oggetto cui il diritto si rivolge, ma di avere un ruolo attivo nella manifestazione di quel fenomeno e, quindi, di dover per forza avere un atteggiamento critico nei suoi confronti.

Ritornando al caso sopra esposto la Corte di cassazione ha ritenuto che in caso di matrimonio dichiarato nullo per vizio di mente di uno dei coniugi, la regola da applicare ai rapporti patrimoniali conseguenti al venir meno del vizio sono quelli previsti dall'art. 129 c.c. e non quelli dell'art. 129 bis c.c., ritenendo, a ragione, contraddittorio ritenere che un soggetto incapace di intendere e di volere e, quindi, di autodeterminarsi fosse in grado di conoscere il vizio del negozio giuridico che stava stipulando.

Al contrario la Corte d'Appello aveva applicato alla lettera il disposto dell'art. 129 bis c.c. che impone l'indennità al coniuge "al quale si deve far risalire la nullità del matrimonio". Tale interpretazione ovviamente rappresenta una lettura frettolosa e non critica del disposto del codice, che in questo caso avrebbe portato a una applicazione della legge contraria al principio di ragionevolezza. Tuttavia, alla luce di ciò ci si deve chiedere, qual è allora il metodo giusto per avvicinarsi al diritto, quello acritico e riferito esclusivamente alla letteralità della norma, come ha fatto in questo caso la Corte d'Appello, oppure l'uomo comune dovrebbe fermarsi ad analizzare la norma in

modo consapevole e con raziocinio, come ha fatto, invece, la Corte di cassazione?

La Costituzione italiana afferma solennemente all'art. 1 che "*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*". Questa disposizione con la quale si apre il documento fondativo del nuovo Stato repubblicano rappresenta non solo al comma 1 la base giuridica del nuovo Stato, nato dopo la frattura della Seconda Guerra mondiale, ma è soprattutto strumento di riconoscimento della sovranità popolare al comma 2. La Costituzione del 1948 non rappresenta, infatti, o almeno non è solo un testo programmatico di carattere etico, che enuncia un elenco di valori ed ideali da perseguire, ma è soprattutto un testo giuridico.

Alla luce di ciò, come si analizzerà, si rende necessaria una sua analisi critica, per evitare che un testo di cruciale importanza come questo venga svuotato del suo significato, in primo luogo giuridico e quindi anche del suo carattere etico e programmatico. Non è, infatti, un caso che tale documento nasca contemporaneamente come testo al vertice del sistema delle fonti del diritto e come strumento di enunciazione di principi fondamentali, considerati dai Costituenti meritevoli della massima tutela. Solo una tutela di natura giuridica, da parte di una fonte sovraordinata alla legge formale ordinaria avrebbe potuto e può ancora oggi, garantire (o come vedremo almeno auspicare a garantire) l'inviolabilità di quei principi da parte dell'eventuale maggioranza transitoria che si trovasse in Parlamento.

Quale tutela potrebbe vantare l'affermazione del principio di inviolabilità della libertà personale ex art. 13 Cost. se un semplice atto formale del Parlamento potesse prevedere forme di compressione del diritto stesso? Sono proprio i caratteri di giuridicità e di sovraordinazione a garantire appunto la vincolatività del contenuto del testo costituzionale nei confronti di ogni Organo o soggetto, che operi giuridicamente all'interno dello Stato, dal Parlamento nell'elaborazione delle leggi, ai singoli cittadini nell'esercitare i propri diritti ("*La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*" art. 1 co. 2 Cost.) e nel avanzare proprie posizioni giuridiche all'interno di rapporti intersoggettivi. Tuttavia, si rende necessaria una analisi ulteriore e che svisceri il problema alla radice.

È necessario e pacifico affermare che il contenuto del testo costituzionale è giuridicamente vincolante e sovraordinato all'interno del sistema delle fonti giuridiche, ma questo per quale motivo? In

altre parole, si può affermare che i caratteri di vincolatività giuridica e sovra-ordinazione del testo costituzionale derivino solo dal fatto che all'interno del sistema delle fonti del diritto il contenuto della Costituzione sia ritenuto gerarchicamente superiore o tali caratteri sono desumibili da qualcosa di più profondo?

L'art. 1 Preleggi disciplina il sistema delle fonti del diritto. Tale articolo prevede che “*Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) le norme corporative (oggi abrogato); 4) gli usi*”, disciplinando un sistema delle fonti gerarchico, del quale la Costituzione, seppur il tenore letterale della norma non lo preveda, rappresenta l'apice. In realtà in fatto che tale disposizione, promulgata nel 1942 in concomitanza con il nuovo codice civile, non sia stata modificata dopo l'introduzione nel 1948 della Costituzione nel suo tenore letterale, ma che sia stata semplicemente adattata alla nuova gerarchia delle fonti, trova un senso in una logica giuridica per l'appunto di gerarchia delle fonti. Le Preleggi sono, infatti, disposizioni di rango legislativo, cioè hanno la forma di leggi formali ordinarie, il cui contenuto dal 1948 deve essere conforme e inevitabilmente non in contrasto con la Costituzione, ma allora quale senso avrebbe avuto modificare il disposto dell'art. 1 Preleggi in un sistema che già per sua definizione è a struttura gerarchicamente rigida? Che senso avrebbe avuto modificare il disposto dell'art. 1 Preleggi in una forma del tipo “*Sono fonti del diritto: 1) la Costituzione; 2) le leggi; 3) i regolamenti; 4) gli usi*”, fondando il carattere vincolante della Costituzione su una fonte sotto-ordinata alla stessa, che quindi per definizione non avrebbe potuto vincolare giuridicamente il Parlamento al rispetto di tale norma? Appare ovvio allora che i caratteri di vincolatività e sovra-ordinatezza della Costituzione si devono fondare su qualcos'altro, qualcosa che, come vedremo, si può riscontrare nello stesso progetto dei Costituenti.

Ancora secondo un'altra prospettiva si potrebbe forse affermare che la Costituzione è il documento giuridico vincolante di più alto rango all'interno del sistema giuridico italiano per il semplice fatto che così è stato stabilito dall'Assemblea costituente sulla base di un risultato referendario a seguito del referendum istituzionale del 1946?

Riproponendo ancora il medesimo problema, da un punto di vista strettamente di dogmatica giuridica, quale vincolatività poteva avere il risultato di un referendum istituzionale, che tra l'altro non sarebbe o sarebbe a fatica inquadrabile all'interno del sistema delle fonti stesso? Quale rango avrebbe, infatti, il referendum istituzionale del 1946? Forse rango legislativo? Ma allora non avrebbe la forza gerarchica

necessaria a fondare la forza giuridica della Costituzione, al pari dell'art. 1 Preleggi. Oppure avrebbe forza di legge costituzionale? Sì, è pur sempre vero che il punto diciotto delle "Disposizioni transitorie e finali" della Costituzione afferma che *"La presente Costituzione è promulgata dal Capo provvisorio dello Stato entro cinque giorni dalla sua approvazione da parte dell'Assemblea Costituente, ed entra in vigore il primo gennaio 1948..."* e ancora *"...La Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale della Repubblica da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato"*, ma pare davvero convincente la tesi per cui ciò basti a fondare il carattere gerarchicamente vincolante del nuovo testo costituzionale?

La verità è che non esiste una norma costituzionale o di rango costituzionale che sancisca la vincolatività della Costituzione e a ben vedere, i Costituenti si sono ben avveduti dal prevederla, in quanto giuridicamente inutile. Cosa avrebbe impedito, infatti, al Parlamento ex art. 138 Cost. di modificare, abrogare o derogare con legge costituzionale o legge di revisione costituzionale proprio a tale disposizione, permettendo a fonti legislative ordinarie di vincere la forza costituzionale?

In realtà qualcuno potrebbe sostenere a ragione che proprio il sindacato di legittimità costituzionale ex art. 136 Cost. e la previsione di un procedimento "aggravato" per la promulgazione delle leggi costituzionali o di revisione costituzionale ex art. 138 Cost. implicano il presupposto concettuale della sovraordinatezza della Costituzione alle altre fonti del diritto. Se, infatti, un sistema delle fonti gerarchico implica che solo fonti equipotenti possano derogare o abrogare altre fonti di medesimo rango, allora prevedere in Costituzione un procedimento aggravato per la promulgazione di leggi costituzionali e leggi di revisione costituzionale (che appunto abrogano o derogano al contenuto della Costituzione), implicherebbe a livello logico che il contenuto della Costituzione fosse gerarchicamente superiore alle fonti legislative ordinarie, per le quali appunto è richiesto un procedimento "ordinario".

Tuttavia, anche tale concezione dovrebbe tener conto di una precisazione: "abrogare" o "derogare" non significa per forza "modificare". A un osservatore attento e critico nei confronti del problema ciò appare chiaro. Ritornando al sindacato di legittimità costituzionale ex art. 136 Cost., quale senso avrebbero le sentenze di accoglimento parziale della Corte costituzionale nelle quali la Corte dichiara "l'incostituzionalità della norma nella parte in cui... ", se si assumesse che

“abrogare” è uguale a “modificare” il testo? La Corte costituzionale, infatti, con queste sentenze si limita a dichiarare l’incostituzionalità non della parola scritta, cioè non “cancella” materialmente “la parte della norma in cui si prevede che. . .”, ma semmai espunge dall’ordinamento una delle tante interpretazioni che la norma può assumere. In altre parole la Corte costituzionale attraverso le sentenze di accoglimento parziali abroga (cioè espunge dall’ordinamento) quello specifico significato che l’interprete ha dato alla norma, considerando quella interpretazione non conforme a Costituzione, ma di fatto non modifica per forza materialmente il testo legislativo, pur potendolo fare. Tale considerazione è di estrema importanza.

Assunto allora che vi è una differenza innegabile e degna di rilevanza tra i concetti di “abrogazione” o “deroga” e di “modifica”, cosa impedirebbe alla legge ordinaria di modificare il testo della Costituzione, non per forza stravolgendone il significato, ma propriamente di modificarne il testo, con le relative ricadute sul piano giuridico?

Per esemplificare, l’art. 1 Cost., come già analizzato, dispone che *“L’Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”*, ma secondo la logica appena esposta, cosa impedirebbe al legislatore ordinario di modificare il testo dell’articolo 1, si badi bene senza stravolgerne l’orizzonte applicativo e interpretativo, altrimenti si dovrebbe parlare di abrogazione o derogazione, aggiungendo semplicemente un terzo comma che reciti, ad esempio, “il diritto degli animali è tutelato dalla Repubblica, in quanto esseri viventi dotati di ragione”?

Ora, al di là dell’esempio ovviamente improbabile e a tratti ridicolo, il problema assume una rilevanza estrema a livello giuridico e avrebbe soprattutto una ricaduta estremamente pesante a livello pratico, in quanto significherebbe in questa logica svincolare almeno in parte l’orizzonte di applicazione dell’art. 138 Cost., permettendo in taluni casi l’inserimento di nuove disposizioni nel testo costituzionale, qualora queste non abroghino o derogino a nessun’altra disposizione costituzionale, senza la necessità di una legge di revisione costituzionale o una legge costituzionale, cioè attraverso un semplice procedimento ordinario.

La domanda allora sorge spontanea, perché fino ad oggi qualunque legge di modifica della Costituzione è stata promulgata attraverso un procedimento aggravato ex art. 138 Cost. e, anzi, anche nel nostro esempio il nuovo comma terzo dell’articolo 1 per diventare giuridica-

mente vincolante dovrebbe essere approvato mediante procedimento aggravato e non con semplice delibera ordinaria di entrambe le Camere?

Insomma, tutti questi quesiti e problematiche ci riportano nuovamente alla domanda iniziale: cosa fonda allora i caratteri di vincolatività e di sovraordinazione del testo costituzionale?

La risposta? Il fatto che il “popolo” di cui ci parla l’art. 1 Cost. ci creda. Cioè il fatto che l’uomo comune affermi che quella disposizione “è vincolante perchè è legge”. Infatti, alla luce del nostro sistema costituzionale quale uomo comune si sentirebbe di affermare che una legge formale ordinaria possa validamente modificare il testo della Costituzione?

Si può notare come ritorni inevitabilmente la nozione di “popolo”, che rinvia irriducibilmente alla nozione di individuo, cioè di quell’uomo comune sul quale fin dal principio ci siamo soffermati a ragionare, di quell’uomo che come abbiamo visto fonda con il suo consenso, anche se spesso inconsapevole, la Costituzione e quindi l’intero sistema giuridico.

Ciò pone un ulteriore problema: se è il “popolo” a fondare la vincolatività del sistema giuridico, può allora deciderne lo sgretolamento, privandolo di ogni significato? Beh la risposta può essere solo il frutto di una analisi più profonda del problema, di cosa intendessero i Costituenti con il concetto di “popolo” e del rapporto effettivo che intercorre tra individuo e potere.

Solo una comprensione autentica, data da un approccio critico dell’uomo comune nei confronti del fenomeno giuridico e, quindi, anche della Costituzione come testo normativo, può restituire all’individuo consapevolezza della sua rilevanza e del suo potere, rendendolo garanzia della salvaguardia di quei valori contenuti in Costituzione ed evitando che l’intero testo costituzionale, fondativo del nostro sistema istituzionale e del nostro sistema delle fonti giuridiche, venga svuotato di significato.

Si pone come necessaria allora una presa di coscienza generale, attraverso un approccio di tipo critico e consapevole, per evitare che quei diritti e quelle libertà riconosciuti dal testo Costituzionale, ma in generale dalle fonti del diritto nel loro complesso, vengano dati per scontati o ancora peggio vengano invocati in modo sterile e senza comprenderne la reale portata sia a livello storico sia a livello giuridico. A nulla servono affermazioni del tipo “io ho il diritto di . . .” qualora l’approccio acritico di fronte al fenomeno giuridico porti a

pensare che il fondamento di quella posizione giuridica sia il fatto che “lo dice la legge”. Cosa accadrebbe, infatti, qualora la legge da un momento all’altro privasse proprio quel soggetto di quel diritto o libertà? Quel soggetto sarebbe ancora disposto ad affermare che lui non possiede nella sua sfera giuridica quel diritto o libertà perché “la legge non lo prevede” più?

Appare chiaro che un approccio di questo tipo si potrebbe anche avallare o ritenere accettabile di fronte al riconoscimento o all’eventuale lesione di diritti considerati “minori”, come ad esempio i diritti di natura patrimoniale, ma cosa accadrebbe di fronte a una eventuale lesione di diritti ritenuti, invece, “fondamentali” quali ad esempio il bene della vita, della salute o dell’integrità fisica? Cosa accadrebbe in caso di violazione di quelle posizioni giuridiche a tal punto personali da esser state prevedute in apertura del testo costituzionale? Ora, si badi bene, si tratta di una questione tutt’altro che secondaria. Si rende inutile l’approccio meramente passivo di colui che ritenga di godere di un diritto perché dà per scontato che quel diritto sia suo e personalissimo e che lo Stato, in quanto Stato di diritto, non interverrà nel comprimerlo. Un approccio di questo tipo è solo pericoloso e le dimostrazioni di questa tesi sono tutt’altro che infrequenti. Si pensi, ad esempio, a fenomeni storici come quelli delle leggi razziali, alla luce dell’analisi operata fino ad ora e tenuto conto della debolezza formale a un occhio critico del testo Costituzionale, l’uomo comune potrebbe davvero affermare che una compressione tale dei diritti fondamentali della persona oggi sarebbe irrealizzabile? È possibile affermare seriamente e con la piena convinzione che un fenomeno di attentato da parte dello Stato ai diritti fondamentali della persona (o di un gruppo di persone) sia davvero irrealizzabile solo perché il dato testuale della Costituzione sancisce principi quali quello di eguaglianza ex art. 3?

Beh semmai si potrebbe affermare che quei diritti esistono e persistono, non perché la Costituzione li prevede, ma perché il “popolo” ci crede, o meglio perché la Costituzione fa credere al popolo di possedere quelle posizioni giuridiche. In sintesi si potrebbe allora affermare che la Costituzione non crei tanto un vincolo giuridico, ma semmai una credenza generalizzata nell’esistenza di quelle posizioni giuridiche. Ma senza una reale consapevolezza dell’uomo comune di ciò, come farebbe costui a tutelarsi, o meglio a proteggere il testo costituzionale, di fronte magari a una legge che violi i suoi diritti e gli “insegni” che quei diritti non esistono?

Per dirla con altre parole, appurato che la Costituzione è vincolante nella misura in cui il “popolo” crede nella sua vincolatività, cioè nella misura in cui si autoimpone e insegna al popolo a farsi ubbidire, cosa precluderebbe a una legge posteriore di insegnare al popolo a rispettare quest’ultima e a non considerare più la Costituzione come vincolante? Cosa impedirebbe, ad esempio, a una legge successiva che abbia la capacità di essere sentita come più vincolante della Costituzione e che insegna a non rispettare più il disposto della Costituzione a per esempio discriminare un individuo perché di “razza” ebraica o a ucciderlo perché di una “razza inferiore”? Ancora una volta il fatto che il “popolo” creda nel disposto costituzionale, ma in primo luogo che abbia consapevolezza della sua portata e, in ultima analisi, che si rapporti in senso critico con il dato costituzionale. L’uomo comune, insomma, non deve “credere” e rispettare la Costituzione perché questa è giuridicamente vincolante, ma la deve rispettare perché crede veramente nel suo disposto, cioè in quei diritti e libertà che questa prevede.

Alcuni esempi? Uno degli esempi più lampanti è rappresentato dall’art. 39 Cost. che recita *“L’organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce”*. Ora, nonostante la previsione costituzionale di fatto i sindacati oggi sono considerati a livello giuridico associazioni non riconosciute, quindi senza personalità giuridica e autonomia patrimoniale perfetta e soprattutto non riconosciuti dalla Stato come persone giuridiche, ma semmai come soggetti di diritto, cioè come semplici centri di imputabilità di situazioni giuridiche soggettive attive e passive. Tale mancata applicazione del disposto dell’articolo 39, o meglio tale applicazione parziaria dell’articolo 39, si può pacificamente ricondurre a una mancata fiducia da parte del “popolo” nei confronti di questa norma, i sindacati, infatti, hanno sempre rifiutato di sottoporsi a forme di controllo da parte dello Stato e alla luce di ciò hanno sempre rifiutato di sottoporsi all’iter previsto dalla legge per il riconoscimento e l’attribuzione della personalità giuridica. Tale iter prevede, infatti, che la personalità giuridica della fondazione o dell’associazione (in questo