

La giustizia degli Stati e il loro divenire

Pochi mesi fa, nel nostro Paese, era accesissima la discussione attorno all'approvazione di un'importante riforma costituzionale – approvazione che è stata respinta dall'esito del referendum dello scorso 4 dicembre.

Da studente di filosofia, mi sono sentito provocato sul tema della riformabilità a cui sono aperte le costituzioni scritte dei moderni Stati democratici, tra le quali è inclusa la Costituzione della Repubblica Italiana. La domanda principale è: ha senso pensare che uno Stato debba mutare i propri assetti, se a suo tempo è stato costituito secondo criteri di giustizia?

Il mio intervento partirà dall'assunto che tale riformabilità si basi su uno stretto rapporto tra principi normativo- astratti e condizioni storico-concrete da cui sorgono tali Stati. Per affrontare il tema, si farà riferimento tanto all'articolo Storia e costituzione (1996) del presidente emerito della Corte Costituzionale Gustavo Zagrebelsky, quanto alla riflessione di alcuni filosofi antichi, tra cui spicca il nome di Cicerone. Il percorso esplorerà anche alcuni usi degli strumenti storici nel giustificare, comprendere e criticare gli assetti costituzionali.

1. Giustizia, fonti del diritto, Stato

Nel *De republica* ciceroniano, il personaggio di Scipione pone la giustizia in quanto condizione necessaria per la sussistenza di una sfera di proprietà e di affari comuni, quella che oggi verrebbe tradotta con la parola «Stato». La «cosa pubblica» per Cicerone è difatti da intendersi come la «proprietà del popolo» (*res populi*). Il popolo non è però riducibile a una qualsiasi unione tra più persone, poiché condizione costitutiva di tale unione sono:

- a. una comunione di interessi;
- b. un accordo giuridico.¹

Qualora il potere fosse esercitato non per l'interesse comune, ma soltanto per quello di una particolare fazione o di specifiche persone, la *res publica* avrebbe fine, e con lei verrebbe meno la concordia tra le diverse parti sociali; lo stesso dicasi per la giustizia, che è condizione necessaria per il rispetto di qualsiasi patto, compreso quel particolare accordo di diritto che è costitutivo del popolo.² Con una lieve forzatura filologica, si potrebbe dire che la giustizia, intesa come fonte prima del diritto, è per Cicerone un elemento costitutivo dello Stato.

2. Dalla giustizia ciceroniana alle moderne costituzioni scritte

Il legame tra il fondamento del diritto e la sussistenza di entità statali non può non far pensare a quelle particolari fonti giuridiche che sono le costituzioni scritte dei moderni Stati democratici. Se la giustizia dell'arinate è però un valore astratto e generale,³ le costituzioni sono documenti

¹ Cfr. Cicerone, *De republica*, I, 25 [tr. it. contenuta in *Opere politiche e filosofiche*, Utet, Torino 1974, p. 199]; cfr. Agostino, *De Civitate Dei*, II, 21 [tr. it. di L. Alici, Bompiani, Milano 2015].

² Cfr. Agostino, *De Civitate Dei*, II, 21 [tr. it. cit., p. 155].

³ Valore riassumibile nella massima del «risparmiare tutti, di provvedere all'universalità degli uomini, di dare a ciascuno il suo, di non toccare le cose sacre, le cose pubbliche e le altrui» e la cui individuazione è dovuta, nell'argomento prima presentato, a considerazioni di ordine trascendentale (cfr. Cicerone, *De republica*, III, 15 [tr. it.

scaturiti in determinati momenti storici e in risposta a condizioni politiche particolari. La loro formazione è perciò dettata da contingenze, perlomeno apparenti. Possono questi testi pretendere di essere davvero costitutivi per gli Stati nel modo in cui lo è la giustizia per la *res publica* ciceroniana?

Per rispondere a quest'ultima domanda, converrà prima chiedersi se la forte normatività su cui si fonda la *res publica* ciceroniana sia in qualche modo auspicabile. Per farlo si darà uno sguardo alla riflessione politica precedente il *De republica*, in particolare alla riflessione costituzionale antica e ai dialoghi dell'ultimo Platone.

3. La riflessione costituzionale antica: una questione di sovranità?

Il discorso antico circa le costituzioni viene spesso descritto come la scelta tra le possibili forme di attribuzione dell'esercizio del potere: se sia meglio affidarlo a un singolo, a una élite, o all'insieme dei pari. Da qui sorge, ad esempio, la distinzione aristotelica tra monarchia, aristocrazia e *politeia*, a cui sono contrapposte con accezione negativa le rispettive categorie di tirannia, oligarchia e democrazia, più le diverse teorizzazioni di costituzione mista.⁴ Al riguardo lo stesso Cicerone, prediligendo l'assetto istituzionale della Repubblica Romana, ha in mente un modello di costituzione mista come sistema ideale.⁵

4. Giustizia e categoricità della legge in Platone

Nella riflessione costituzionale antica, tuttavia, non è presente soltanto una ricerca volta a stabilire quale sia la migliore tra le costituzioni secondo il criterio della sovranità; al suo fianco v'è una riflessione che orienta la propria valutazione sulla base della giustizia delle leggi che, entro tali assetti, vengono istituite.

Ad esempio, nel *Politico* di Platone è presente una constatazione che sfugge a quel cliché che vuole il fondatore dell'Accademia immerso nell'elaborazione di modelli puramente ideali: infatti, egli scrive, «la legge non può mai, abbracciando ciò che è ottimo e giustissimo, prescrivere nello stesso tempo con precisione ciò che è meglio per tutti».⁶ Per l'ultimo Platone è più forte che mai il contrasto tra l'eternità della giustizia ideale, a cui le leggi tendono, e le concrete applicazioni delle stesse nella prescrizione di ciò che è giusto. Compito del detentore della sovranità è quello di mediare tra queste due polarità, tra:

- a. la categoricità dei principi di giustizia;
- b. la contingenza delle situazioni a cui la giustizia deve essere applicata.

È solo stabilendo modelli di sovranità e istituzioni capaci di mediare tra questi due poli (siano esse la divinità, il re filosofo o l'assemblea cittadina coordinata al consiglio dei Custodi) che, per Platone, si potrà ottenere una giusta costituzione.⁷ Essa sarà dunque quella la cui sovranità è capace di rendere le leggi degne di rispetto e obbedienza, senza che queste siano imposte come il capriccio di «un uomo prepotente e ignorante e che a nessuno non lascia far nulla senza il suo ordine»,⁸ ma assunte liberamente dai cittadini in virtù della loro apoditticità. In questo senso, “categorico” e

cit. p. 321]).

4 Cfr. S. Petrucciani, *Modelli di filosofia politica*, Einaudi, Torino 2008, p. 54.

5 Cfr. *De republica*, I, 45 [tr. it. cit. p. 229].

6 Platone, *Politico*, 294, [tr. it. in *Tutte le opere*, a cura di G. Pugliesi Carratelli, Sansoni, Firenze 1974, p. 308], cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, pp. 311-312.

7 Cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 312.

8 Platone, *Politico*, 295 [tr. it. cit., p. 309].

“assoluto” non sono sinonimi di “imperativo”, ma di “universale”, perciò di “condivisibile” e “autorevole”.

5. *Controfattuale del Patto, fattualità delle costituzioni scritte*

Si può allora intendere come, quando Cicerone indica il dipendere dell’esistenza del popolo da un principio di giustizia generale, lo faccia in virtù dell’idea che solo un simile principio sia categorico in maniera tale da fondare patti validi e vincolanti per le parti. Questo aspetto non lo rende molto diverso dalle moderne teorie dei contratti sociali; anch’esse si pongono il problema di quale sia il patto che chiunque sottoscriverebbe a fondamento dello Stato, in funzione del suo essere un giusto accordo.⁹

Se però il contrattualismo pone le proprie speculazioni su un piano controfattuale, le carte costituzionali e i loro contenuti hanno origine tra gli eventi della storia, e inoltre sono a loro volta interpretabili in quanto eventi storici. Come è perciò possibile che, proprio a partire da condizioni contingenti della realtà, si possa determinare un orizzonte normativo capace di conferire al diritto l’autorità che gli è propria? A partire da quest’ultima domanda, si va a delineare il contrasto che si intende analizzare nei prossimi paragrafi: quello tra fonti del diritto e storia.

6. *Storia e costituzione*

Intendendo le odierne costituzioni scritte come fonti prime del diritto, il problema può essere articolato più specificamente attraverso il rapporto tra costituzioni e storia: per fare ciò, ci si rifarà a un articolo di Gustavo Zagrebelsky, insigne giurista, già Giudice e Presidente della Corte Costituzionale italiana.¹⁰

Per compiere quest’analisi, Zagrebelsky richiede di allontanarsi da un certo “positivismo giuridico”, cioè quell’atteggiamento che assume il diritto come un dato di fatto e, proprio per questo, di per sé categorico. Le varie forme di positivismo giuridico, difatti, non considerano nella propria analisi né i processi storici che hanno portato all’uso della forma costituzionale come una particolare fonte del diritto né, tantomeno, quali siano le diverse concezioni costituzionali sottese alle diverse Carte susseguitesi nel tempo.¹¹

La storia, qui, è anzitutto rivalutata da Zagrebelsky in veste di «scienza ausiliaria» del diritto, uno strumento d’indagine aggiuntivo con cui analizzarne i fondamenti, cosicché il giurista disponga quale materia del proprio studio non solamente le costituzioni presenti, ma anche quelle passate. Ciò, secondo Zagrebelsky, è utile a raffrontare non tanto i diversi eventi che ne hanno causato le rispettive stesure, bensì le diverse concezioni su cui queste si sono basate. Forte di questo strumento, egli individua due linee teoriche poste a fondamento delle Carte di fine Settecento e inizio Ottocento, tra loro radicalmente opposte:

- a. le concezioni della Rivoluzione;
- b. le concezioni della Conservazione.

All’interno delle due alternative, Zagrebelsky tratteggia poi i diversi rapporti tra costituzione e storia loro correlati. Questa volta la storia sarà però intesa sia come fonte sia come ostacolo alla categoricità dei contenuti delle costituzioni scritte.

9 Cfr. S. Petrucciani, *Modelli di filosofia politica*, cit., p. 59.

10 Cfr. G. Zagrebelsky, *Costituzione e storia*, in *Il futuro della Costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Einaudi, Torino 1999.

11 Cfr. *ivi*, § 3, pp. 37-38.

7. Le concezioni della Rivoluzione

Le concezioni della Rivoluzione sono descritte da Zagrebelsky in rapporto all'ottica assunta dai rivoluzionari francesi che, a partire dal 1789, si trovarono a stendere le prime costituzioni scritte del Regno dei Francesi prima e della Repubblica Francese poi.

L'idea che guidò la stesura di questi testi nel loro rapporto con la storia fu quello di una forte rottura con il passato. Lo stato di cose storicamente determinato a cui esse si opponevano, infatti, era inteso come il sovrapporsi di leggi, istituzioni e magistrature spurie, formatesi senza una coordinazione normativa (qualora questa fosse presente) di tipo unitario: in un'altra parola, imposte ai liberi individui da forze reali e fatti contingenti e, per questo, illegittime.¹² Gli apologeti dell'*ancien régime*, di rimando, sostenevano che tali determinazioni storiche erano invece normativamente connotate, poiché interamente guidate dalla Provvidenza divina; sebbene nessuno avesse mai confermato tale assetto nella forma di una Carta, la monarchia francese era già munita da una costituzione normativamente foggata dall'intervento di Dio nella storia.¹³

A questa storia costituente, i rivoluzionari si opposero concependo la propria costituzione come un atto storico, a prescindere dalle condizioni concrete che lo avevano preceduto; da lì in avanti, si sarebbe potuto parlare solo di una storia delle costituzioni, intese queste come atti determinati da puri criteri normativi e, dunque, categorici.¹⁴

8. Due modi rivoluzionari di guardare al futuro

Ciò detto, Zagrebelsky evidenzia due orientamenti molto differenti con cui può essere inteso il forte assetto normativo di questa concezione costituzionale.

- I. Da una parte, la costituzione è pensata come il riflesso di un assetto assoluto e reale, fino ad allora nascosto sotto le contingenze della storia. La costituzione scritta così intesa, una volta deliberata, si pone nel futuro come una costituzione fissa e immutabile, poiché compiuta. Per affermare questo ordine normativo reale non è affatto necessario credere nelle idee platoniche: essa, piuttosto, fu pensata in funzione di considerazioni tipiche del giusnaturalismo oggettivo, cosicché la carta costituzionale sarebbe riuscita a indicare e garantire quei diritti realmente presenti in natura, gli unici legittimamente affermabili. Il concetto di costituzione così inteso, sebbene compiuto in seguito a un atto rivoluzionario, non avrebbe però accolto al proprio interno il concetto di rivoluzione che, anzi, gli sarebbe stato contrario.¹⁵
- II. Su un altro fronte, che potremmo definire illuministico, la normatività della Carta è pensata tale in quanto frutto dell'autonoma delibera razionale del potere costituente. In questa concezione, la normatività del contenuto costituzionale è determinata dal libero atto razionale che lo pone. In tale ottica, il futuro della costituzione deve essere pensato non più come fisso; esso deve essere capace di permettere alle generazioni a venire di compiere i propri liberi atti costitutivi, indipendente da quelli della generazione passata le cui decisioni, altrimenti, sarebbero loro imposte. Questa concezione è quindi quella che sposa l'ottica della storia delle costituzioni prima citata, per cui l'atto libero e normativo presente non può che divenire fatto storico e contingente in futuro.¹⁶

Entrambe le concezioni non ebbero affermazione, sul lungo periodo. Preferita alla prospettiva giusnaturalista oggettiva, la concezione illuministica fu infine sconfitta dalla profonda instabilità

12 Cfr. *ivi*, §§ 4-5, pp. 39,40.

13 Cfr. G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, cit., p. 322.

14 Cfr. G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., § 4, p. 39.

15 Cfr. *ivi*, § 7a, p. 43-45.

16 Cfr. *ivi*, § 7b, p. 45-47.

politica da essa stessa implicata; dopo svariati travagli e riformulazioni, l'esperienza costituente dei francesi ebbe un forte arresto con l'avvento dell'impero napoleonico che, nella propria «costituzione materiale», affidò al suo sovrano l'ambiguo compito di «garante e conservatore della Rivoluzione».¹⁷

9. Strategie rivoluzionarie che guardano al passato

Sebbene il loro sguardo fosse totalmente orientato verso il futuro, i poteri costituenti guidati dalla concezione rivoluzionaria non sono stati del tutto estranei a un uso retorico e politico della materia storica: ciò è in contraddizione con lo spirito avveniristico della Rivoluzione? Nel suo articolo, Zagrebelsky considera due differenti strategie, escogitate l'uno nella propaganda, l'altro nell'azione educativa di area rivoluzionaria, e ne trae le seguenti considerazioni.

- I. A livello retorico, sono considerate le perorazioni compiute nei parlamenti sorti in contesto rivoluzionario: spesso gli oratori non esitavano a nutrire la propria visione intendendola come la riproposizione di un passato ideale, come poteva essere la classicità greca o romana per i francesi di fine Settecento, o la liberazione ebraica dell'Esodo per i puritani del Seicento inglese;¹⁸ ciò che Zagrebelsky invita a considerare di questi esempi è la loro natura aneddotica e paradigmatica, che non considera tali storie e tali modelli in quanto un passato da cui apprendere, ma una più chiara esplicazione del progetto e del corpo di valori rivoluzionari.¹⁹
- II. A livello educativo, invece, la storia può essere impiegata con intenti conservativi, cercando di raccordare tale strumento con il diritto di autodeterminazione costituente delle generazioni future: è di James Madison, ma non soltanto sua, l'idea che occorra trasmettere ai figli della rivoluzione la storia dei padri fondatori, affinché i primi comprendano il senso dell'opera dei secondi ed esercitino il proprio potere costituente non in antitesi con la rivoluzione, ma a perpetuazione e miglioramento della stessa. La storia è intesa, in questo senso, non come la ragione per imporre un passato, ma per rendere desiderabili gli obiettivi allora perseguiti. A tale scopo, la storia dei padri fondatori viene santificata, istituendo *de facto* una gerarchia tra generazioni. Il contraltare di questa mitizzazione civile, osserva Zagrebelsky, è però che, qualora si scontri con il desiderio riformatore insito nella concezione rivoluzionaria, essa divenga il primo obiettivo polemico di chi intende modificare la costituzione; polemica che può portare i riformatori non solo a demitizzare gli eventi, ma a negare i meriti della generazione passata. In Italia, il caso degli esponenti di maggioranza che, a sostegno della corrente riforma costituzionale, invitarono l'Associazione Nazionale Partigiani d'Italia a non introdursi nel dibattito sul referendum confermativo è un chiaro esempio di questa tipologia di reazione volta al misconoscimento.²⁰ Per mitigare tali contrasti, alla gerarchia di generazioni è dunque preferita una gerarchia di epoche, per cui il «momento costituente» diventa un momento eccezionale nella storia, che si può riproporre nella veste di riforma solo in corrispondenza a una particolare «pienezza dei tempi».²¹

17 Ivi, § 9, p. 50.

18 L'uso paradigmatico della storia di liberazione narrata nell'Esodo all'interno di contesti rivoluzionari, come la Firenze piagnona di Girolamo Savonarola, l'Inghilterra puritana di Oliver Cromwell o l'insurrezione delle Tredici Colonie, è stato attentamente esposto da Michael Walzer nel suo saggio *Esodo e rivoluzione*, tr. it. di M. D'Alessandro, Feltrinelli, Milano 2004.

19 Cfr. G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit. § 11, pp. 53-55.

20 Sul caso dell'ANPI, vedi D. Pretini, A. Dall'Oca, D. Evangelisti, *25 aprile, la lite Pd-ANPI sul referendum.*, in *Il Fatto Quotidiano*, edizione online del 25 aprile 2016.

21 Cfr. G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., § 8, pp. 47-49.

Se il primo uso della storia qui esposto assolve un compito meramente esplicativo, perciò coerente con l'avvenirismo normativo rivoluzionario, il secondo, cercando di supplire ai suoi limiti strutturali, conclude integrando la normatività rivoluzionaria con una valutazione storico-concreta che permetta l'introduzione di caratteri conservativi più o meno compatibili con essa.

10. Le concezioni della Conservazione

Si può passare ora a trattare quelle che Zagrebelsky indica come le concezioni costituzionali della Conservazione, evidenziando quali sono i rapporti che tali prospettive intrattengono con la storia e le considerazioni di ordine concreto a fondamento della scienza del diritto.

A modello di queste concezioni il giurista italiano non ripropone gli apologeti dell'*ancien régime*, bensì i loro eredi: i teorici della Restaurazione d'inizio Ottocento. Il loro conservatorismo non si risolve più, infatti, in un mero mantenimento dello *status quo*, ma in una proposta riformativa che sceglie come proprio modello il ripristino di una situazione passata e che, dunque, vede nella riflessione circa un trascorso concreto il criterio per compiere un'azione futura. Gli apologeti e i restauratori partono infatti da due differenti criteri di trasvalutazione assiologica del passato:

- I. Secondo i primi, il passato è normativo in quanto mero passato temporale, categorico per il solo fatto di essere avvenuto, ed essi adducono al più come giustificazione la sua totale adesione al progetto di una indeterminabile Provvidenza divina;
- II. Per i secondi, invece, il passato è considerato non categorico in sé, ma in quanto contenente un principio informatore, un germe originario, uno «spirito» verso cui far tendere nuovamente il presente.

Se nella prima accezione il passato riceve una giustificazione dogmatica, il secondo approccio assume su di sé il compito teorico di rintracciare, entro la storia di particolari corpi collettivi, i nuclei che ne compongono l'effettiva costituzione.²²

11. La storia come strumento filogenetico

È importante osservare che le concezioni della Conservazione, a differenza di quelle della Rivoluzione, pongono quale proprio oggetto politico non più i singoli individui e l'accordo razionale che essi sottoscrivono come propria legge fondamentale, bensì alcuni particolari enti collettivi, nella misura in cui sono pensabili in quanto corpi viventi e, dunque, descrivibili secondo sistemi di sviluppo loro propri; le costituzioni sono perlopiù costituzioni concrete di popoli e di nazioni. Tali costituzioni sono dunque rintracciabili nella storia delle suddette entità, ove è possibile riconoscere attraverso quali leggi questi corpi nascono e crescono, muoiono e deperiscono.²³ Questa particolare procedura critica, che cerca di individuare negli accadimenti storici di enti particolari un principio di sviluppo essenziale, è detta "filogenesi", ed è il principale strumento di ricerca assunto dalle concezioni della Conservazione per individuare il proprio orizzonte normativo.

È chiaro che l'idea di storia qui implicata è diversa da quelle considerate finora: l'idea di una storia universale tipica delle prospettive provvidenzialistiche, in questo quadro in cui la storia è sempre storia filogenetica di corpi viventi, viene meno; parimenti, viene meno l'idea rivoluzionaria di un futuro autonomamente determinabile su base volontaristica e razionale.²⁴ A quest'ultima è invece preferita la tesi per la quale sussistono linee di sviluppo naturali che il diritto, nel riconosce la sussistenza di un particolare organismo sociale mediante la Carta, deve assumere come propria

22 Cfr. *ivi*, § 12, pp. 57-58.

23 Cfr. *ivi*, § 13 pp. 58-60.

24 Sulla «storia filogenetica» contrapposta ad altri usi della disciplina, cfr. *ivi*, § 15, p. 63.

norma. In questo senso la costituzione, in quanto fonte del diritto, viene però a coincidere con la sua stessa storia, facendosi principio concreto.²⁵

12. Critica alla storicizzazione delle costituzioni

Al fine di criticare queste ultime posizioni, è giunto il momento di tornare a considerare l'argomento di Cicerone, che è stato analizzato in principio nella dimensione in cui egli lega il concetto di «cosa comune» al valore della giustizia. Questo però è soltanto uno dei due costituenti della riflessione ciceroniana, nonché, lo è in seconda ricaduta. Infatti, l'arinate lega anzitutto alla propria definizione di *res publica* la nozione di «popolo».

Questo sembra un punto d'incontro con le concezioni costituzionali della Conservazione. Tuttavia per esse, stando a come le descrive Zagrebelsky, il popolo è un organismo vivente storicamente dato, un oggetto esterno al diritto e a quest'ultimo imposto come norma in quanto fatto concreto già orientato nel proprio sviluppo. Per Cicerone, invece, esso rimane pur sempre un'entità costituita e, più precisamente, costituita da:

- a. la giustizia, normativa e astratta, intesa come fonte del diritto, attraverso il quale sancire e garantire il patto giuridico fondativo;
- b. la concordia, fattuale e concreta, intesa come l'armonia tra le differenti parti sociali nel perseguimento di un interesse comune.

Se le concezioni della Conservazione pongono il fine comune del popolo come un dato concreto, cercando di fondare su un fatto inoppugnabile il dovere dell'obbedienza, per Cicerone non c'è popolo fino a che tale fine comune non sia assunto come impegno dalle diverse parti, così da fissare la concordia fattuale e contingente come norma categorica per la comunità. Il popolo è dunque costituito tramite la cosciente fissazione di un particolare stato di cose che si è presentato contingentemente, trasvalutandolo in un vincolo normativamente necessario. Per usare un esempio tratto dalla nostra storia nazionale: la nostra costituzione non ci sarebbe senza la liberazione dal nazifascismo, ma ciò non implica che, avvenuta la liberazione dal nazifascismo, ci dovesse essere proprio la nostra costituzione con i suoi contenuti, come vorrebbero le concezioni della Conservazione. Il fatto storico è un motivo per i padri costituenti, non una norma necessaria per la costituzione scritta; esso consente e rende comprensibile il vincolo giuridico della Carta, ma non lo rende perciò giusto né dovrebbe farlo.

13. Storia e costituzione in Cicerone

Questa impostazione, tuttavia, non rende la concezione di Cicerone simile a quelle rivoluzionarie, anzi: l'analisi degli aspetti concreti della costituzione attraverso lo strumento storico è l'apporto che Cicerone stesso rivendica come contenuto originale della propria riflessione politica.²⁶

Si può infatti osservare che il secondo libro del *De republica* è perlopiù composto da una lunga storia della costituzione romana, il cui assetto è stato determinato non in unico atto deliberativo, ma a più riprese nel corso del tempo, in relazione a particolari eventi e stati di fatto, nonché a opera di poteri costituenti tra loro molto diversi. La storia dunque, per Cicerone, è un mezzo per studiare quali sono le contingenze concrete che hanno permesso la fissazione di alcuni caratteri piuttosto che di altri all'interno del diritto, ma al fine di spiegarne l'assetto normativo complessivo; inoltre, è lo strumento critico per valutare se le costituenti concrete dello Stato siano ancora sussistenti, cioè se il tempo presente sia ancora capace di sottostare alla norma che in passato è stata stabilita concordemente e secondo giustizia.

25 Cfr. *ivi*, § 14, p. 60.

26 Cfr. Cicerone, *De Republica*, II, 1, 11 [tr. it. cit., pp. 233, 248-49].

Tuttavia, a differenza di Cicerone che, al venire meno delle componenti concrete del popolo, opta per la morte della *res publica*, le costituzioni scritte degli odierni Stati democratici sono state concepite per reagire diversamente al mutare del loro fondamento concreto.²⁷

14. *Categoricità e condizionalità nelle odierne concezioni costituzionali*

Sul tema della possibile condizionalità delle costituzioni rispetto a fattori concreti si sofferma anche l'articolo di Zagrebelsky. Come una costituzione scritta è oggi pensata per reagire ai mutamenti del contesto di cui vuole essere norma?

Abbiamo visto come le concezioni della Rivoluzione e della Conservazione intendono la categoricità della costituzione secondo un'accezione positiva assoluta, sia questa sostenuta attraverso argomenti di tipo legalistico come nelle prime, o storicista come nelle seconde. Tuttavia, proprio in virtù di una così forte positività, esse mal si prestano a normare non solo la pluralità delle opinioni che si presentano lungo l'arco temporale della storia, ma anche quella pluralità di forze che, siano esse politiche, ideologiche o sociali, compiono l'atto costitutivo.

La categoricità della norma costituzionale non può dunque essere ridotta all'imperativo delle forze costituenti o di una loro parte, e non importa quanto la posizione di queste sia sbandierata come una necessità razionale, storica o oggettiva: nel compromesso costituzionale, gli echi della concordia ciceroniana sono più forti che mai.²⁸ Le Carte costituzionali perciò, secondo Zagrebelsky, non devono essere pensate come il deliberato comando dei padri costituenti, o come sottomesse a un sedicente corso della storia. Esse sono categoriche in tutt'altra accezione.

15. *La continuità del corpo politico nella Costituzione della Repubblica Italiana*

Per spiegare il senso di questa categoricità, Zagrebelsky conclude il suo articolo attraverso un'analisi della Costituzione della Repubblica Italiana. Di essa evidenzia anzitutto due caratteristiche:

- a. la Costituzione offre una serie di principi normativi;
- b. la Costituzione è aperta alla propria riformabilità.

I principi e la possibilità della riforma non sono però assunti nell'accezione sposata dalle concezioni della Rivoluzione. I principi non sono validi in quanto stabiliti da una pura ragione storica, la quale legittimerebbe le generazioni successive a riformare la Costituzione a propria discrezione. Ciò sarebbe fuorviante, poiché nemmeno i padri costituenti agirono nella forma di una pura decisione razionale. È importante sottolineare che, quando la Costituzione afferma un principio come l'inviolabilità della persona umana, sta al contempo «inserendo l'attuale fase del diritto costituzionale del nostro Paese nella grande tradizione dell'*habeas corpus*», impegnandosi a escogitare mezzi sempre migliori per garantirne la tutela e il rispetto.²⁹

Questo è l'asse portante della tesi di Zagrebelsky: la Costituzione fissa assiologicamente alcuni elementi del passato, ponendoli come domande necessarie da rivolgere al futuro; il cittadino non deve più «obbedire alla Costituzione», bensì «interrogare la Costituzione», facendone lo strumento ermeneutico principe del proprio presente storico e politico.³⁰ I contenuti della Costituzione sono dunque categorici in quanto precomprensione necessaria e comune con cui osservare il proprio

²⁷ Per il tema della «morte della Repubblica Romana», si veda Agostino, *De Civitate Dei*, II, 21 e XIX, 21 [tr. it. cit., pp. 155-156, 975-976], generalmente riconosciuti come un resoconto del III libro del *De republica* ciceroniano, andato in parte perduto.

²⁸ Cfr. G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, cit., § 20, p. 76.

²⁹ Ivi, § 22, pp. 80-81.

³⁰ Cfr. ivi, §19, pp. 74-75.

contesto concreto; ciò che essa esige, se vogliamo essere legittimati a determinare il futuro, è di aver compreso il presente alla luce di un passato condiviso, cosicché sia garantita alla comunità politica non tanto una immutabilità, bensì una continuità nel suo procedere lungo le vicissitudini della storia.

Bibliografia

- Agostino, *De Civitate Dei*, II, 21, XIX, 21 [tr. it. di L. Alici, Bompiani, Milano 2015, pp. 153-157, 975-977].
- Cicerone, *De republica*, I-III [tr. it. contenuta in *Opere politiche e filosofiche*, testo latino a fronte, a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti, Utet, Torino 1974, pp. 156-341].
- S. Petrucciani, *Modelli di filosofia politica*, Einaudi, Torino 2008.
- D. Pretini, A. Dall'Oca, D. Evangelisti, *25 aprile, la lite Pd-ANPI sul referendum.*, in *Il Fatto Quotidiano*, edizione online del 25 aprile 2016.
- V. Roghi, *Non c'è Resistenza senza Antifascismo*, in *Internazionale*, edizione online del 22 aprile 2015.
- M. Walzer, *Esodo e rivoluzione*, tr. it. di M. D'Alessandro, Feltrinelli, Milano 2004.
- G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Einaudi, Torino 1996, pp. 35-82.
- G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, pp. 311-375.