

**CARLO ALBERTO BIGGINI**

---

**MODIFICAZIONI COSTITUZIONALI  
E NUOVA COSTITUZIONE**



---

Tipografia e Linotypia U, FABBIANI  
... Via Cittadella. 2 - La Spezia ...

**CARLO ALBERTO BIGGINI**

---

**MODIFICAZIONI COSTITUZIONALI  
E NUOVA COSTITUZIONE**



---

Tipografia e Linotypia U, FABBIANI  
... Via Cittadella. 2 - La Spezia ...

## VI

Il diritto, ci siamo chiesti, che è coesistente al processo di formazione ed all'effettivo realizzarsi di un nuovo ordinamento costituzionale dello Stato costituisce un diritto sostanzialmente nuovo rispetto al diritto del precedente ordinamento costituzionale o una relazione di continuità esiste tra i due diritti, sì da ritenerli diversi in ordine alla loro fonte formale e al contenuto delle rispettive norme e dei rispettivi istituti, ma uniti in ordine alla sostanza, che perennemente costituisce lo Stato, come realtà e come spirito? Ed una volta avvenuta l'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale, rispetto a quale ordinamento deve l'ordinamento instauratosi dirsi legittimo? E se una norma esiste, quale è la norma giuridica alla cui stregua si deve valutare il processo dell'instaurazione del nuovo ordinamento costituzionale?

Secondo il Romano, come già abbiamo visto (1), il fondamento della legittimazione di un ordinamento costituzionale instauratosi di fatto è la necessità: è legittimo l'ordinamento che ha vita attuale e vitalità. Ossia la legittimazione di un ordinamento è una qualità immanente all'esistenza effettiva dell'ordinamento stesso; esistente e legittimo è solo

---

(1) Vedi p. 36 e segg. del mio estratto da *Studi Sassaressi*, 1935.

quell'ordinamento cui non fa difetto non solo la vita attuale, ma altresì la vitalità. E fondamento di questa legittimazione è la necessità, poiché la trasformazione del fatto in uno stato giuridico si fonda sulla sua necessità, sulla sua corrispondenza ai bisogni ed alle esigenze sociali.

Ma la soluzione dei quesiti da noi posti presuppone un esatto sunto di riferimento che è costituito dalla realtà positiva dello Stato, nel cui ambito si determina la sostituzione di un governo da parte di un governo rivoluzionario.

Se si concepisce lo Stato come istituzione che costituisce l'espressione sovrana unitaria di tutte le forze sociali e che risolve un aggregato di uomini in un ordinamento giuridico, non può neppure astrattamente pensarsi uno Stato che non sia simultaneamente e sempre un ordinamento giuridico e che nella sua esistenza storica possa vivere, anche per un fuggevole istante, fuori del diritto o senza diritto. Se un tale istante sorgesse esso perderebbe la qualità di Stato, pur ammettendo che possa nuovamente acquistarla in un momento immediatamente successivo.

Ma poiché il diritto è immanente ad ogni assetto politico ed alla natura stessa dello Stato, di una instaurazione e quindi, di una rivoluzione, che non porti all'estinzione dello Stato, entro il quale essa si verifica, ma dia vita ad un nuovo ordinamento costituzionale, come assimilazione o assorbimento da parte del precedente ordinamento, o ponga un nuovo ordinamento, che si sostituisce interamente a quello precedente, è non solo possibile ma anche necessaria una valutazione giuridica.

Nella ipotesi di un movimento rivoluzionario, che culmini in un mutamento del governo di uno Stato attraverso una procedura formalmente extracostituzionale, si deve escludere la tesi dell'irrelevanza per il diritto di quel movi-

mento, se non si vuole arbitrariamente affermare che ogni sostituzione rivoluzionaria dell'elemento governo implica creazione di un nuovo Stato. Se l'estinzione di un governo prodotta dalla rivoluzione fosse estinzione di fatto e se l'instaurazione del governo rivoluzionario, fosse correlativamente, instaurazione di fatto, dovrebbe concludersi che la società, in cui detti fatti storici si sono verificati, ha vissuto per un certo tempo, sia pure breve, senza diritto, cioè ha perduto la qualifica di Stato. Conclusione che non può trovare consensi in dottrina, perché contrastante con principii giuridici, che sono espressione immediata dell'esperienza politica.

Il concetto di Stato, che consente un preciso orientamento, è quello di una viva ed unitaria realtà che non si esaurisce nelle norme poste e nell'ordinamento giuridico esistente, è quello di uno Stato che, nella sua natura etica, anima e muove il diritto positivo.

Se non si vuole accettare la teoria che accanto al diritto positivo assume un diritto o razionale o ideale, secondo le norme ed i criteri del quale il primo dovrebbe essere completato ed interpretato, si deve convenire che nell'interiorità stessa del diritto formalmente posto si sviluppa una convinzione giuridica che è già diritto, in quanto sia praticata mediante la consuetudine o divenga diritto positivo mediante l'eventuale recezione formale, che di essa convinzione effettuino gli organi normativi dello Stato.

La scienza giuridica non può estendere i suoi confini sino a comprendere l'eterno contrasto tra diritto vigente e diritto ideale, ma può valutare alla stregua dei suoi principii scientifici gli effetti positivi, che quel contrasto determina.

Quando un movimento politico cessa di essere soltanto sentimento e dai programmi ideali passa a realizzarsi in a-

zioni ed omissioni e precisa i suoi concreti scopi, delle une e degli altri si fa necessariamente una valutazione giuridica e, in conseguenza, si giudicano gli atti rivoluzionari irrilevanti o leciti o illeciti in rapporto all'ordinamento giuridico positivo, sotto il cui vigore si verificano. E se tale movimento politico rivoluzionario, raggiungendo il suo scopo, attua il trasferimento dell'esercizio del potere sovrano, è estinto il diritto positivo e formale secondo le cui norme si possono giudicare gli atti che integrano la instaurazione del nuovo governo: né, d'altra parte, possono assumersi le norme emanate dal governo instauratosi per valutare quegli atti. Così basta ricordare il principio dell'indipendenza dell'ordinamento interno dall'ordinamento internazionale per escludere che alla stregua di quest'ultimo possa farsi la legittimazione dell'instaurazione rivoluzionaria.

Esclusi, dunque, tutti i possibili ordinamenti positivi e formali, in rapporto ai quali possa darsi legittimazione, e cioè l'ordinamento immediatamente antecedente all'instaurazione, l'ordinamento prodotto dall'instaurazione e l'ordinamento internazionale, resta la teoria, per la quale, abbiamo detto, la legittimazione è una qualità immanente all'esistenza effettiva dello stesso ordinamento instauratosi, sì che è legittimo il governo che esiste, che, cioè, ha vita attuale e vitalità.

Teoria alla quale abbiamo mosso nel precedente capitolo alcune osservazioni e che ora cerchiamo di valutare criticamente in relazione al fenomeno rivoluzionario nella vita dello Stato: fenomeno che attraverso una più intima analisi rivela una sua essenza giuridica.

Anzitutto il termine legittimazione, in quanto sta a significare il divenire conforme al diritto di un certo ordine di fatti, implica un quid, che è diverso ed è più della giuridi-

cità dei fatti osservati. Ciò implica che dei fatti che sono giuridici sono altresì legittimi, poiché producono effetti giuridici che devono definirsi conformi ad un dato diritto che è posto.

Indicando il fondamento della legittimazione nella necessità, si identificano inesattamente la giuridicità e la legittimità di una instaurazione. Secondo noi, è certo che esistono numerosi rapporti giuridici che originano necessariamente da particolari situazioni che sono ineliminabili dalla struttura delle società organizzate e che producono, appunto, quei rapporti cui l'ordinamento giuridico riferisce norme che sono altre da quelle che si riferiscono ai fatti volontari.

Ma dall'ammissione che taluni fatti sorgono e si fondano sulla necessità che, pertanto, è produttiva di conseguenze di diritto, non può senz'altro derivarsi la legittimità delle conseguenze di diritto che per necessità si sono verificate. Intanto, sarebbe opportuno dichiarare quale sia il carattere della necessità, cui si fa riferimento nella soggetta materia, se, cioè, essa debba intendersi in senso oggettivamente assoluto come uno stato di fatto che rende impossibile l'esistenza di uno stato di fatto diverso, o — come sembra più rispondente all'esperienza storica — in senso relativo. Non può invece, censurarsi in astratto, il fatto che la necessità di cui si ragiona non sia una fonte di diritto riconosciuta da un particolare sistema positivo, ma sia una fonte logica di diritto, la cui esistenza è postulata da esigenze e da principii che il giurista ritrova e fissa nell'armonia dell'ordinamento statale.

Ma l'accedere a tale concetto non comporta, naturalmente, che si debba condividere la applicazione specifica che ne è stata fatta al problema che ora studiamo: la necessità non perde tuttavia la sua natura di forza misteriosa

ed indefinita. E se pure si attribuisca alla necessità un positivo ben definito contenuto, in questo, però, non sembra possa includersi l'elemento volontà, che quasi unanimemente è considerato come la più intensa delle energie che creano il diritto e che, ad ogni modo, ha un valore preminente nella formazione degli atti che hanno avuto la capacità di mutare le fonti in senso formale del diritto positivo di uno Stato. Perciò riteniamo una felice integrazione di tale teoria il coordinamento dell'elemento « necessitas »\* con gli elementi « consuetudo » e « consensus », che valgono a dare risalto al fattore volontà.

Tuttavia, se si dichiara legittimo l'ordinamento che esiste, si snatura il problema della legittimazione, che è problema di indole squisitamente giuridica, in quanto, mentre si dovrebbe presupporre l'esistenza di una « *questio facti* » e di una « *questio iuris* », con tale teoria si riduce la « *questio iuris* » nella « *questio facti* » senza residuo, limitandosi l'indagine della legittimità al mero accertamento empirico dell'esistenza di un governo che abbia vita attuale e vitalità. Che tale riduzione non sia ammissibile è provato dalla conseguenza cui si addiène ricevendo tale teoria: la trasposizione del problema della legittimazione dall'ambito della scienza giuridica in quello della scienza politica.

Infatti lo studio della vitalità di un ordinamento è estraneo alla dogmatica giuridica ed è compito dello storico e del politico: ossia dalla riduzione della legittimazione a un semplice accertamento della vita attuale e della vitalità di un governo, deriva ineluttabilmente che il giurista non può risolvere il problema della legittimazione di un ordinamento, non potendo con i principii della sua scienza dichiarare se un ordinamento attuale abbia vitalità, cioè se esista, e, quindi, se sia legittimo. Ed il problema rimane problema politico, an-

che quando si precisi che la vitalità consiste nell'esistenza della forza e del suo effettivo esercizio, perché siffatta precisazione non contiene un'apprezzabile nozione giuridica (1).

Abbiamo del resto già rilevato che la logica giuridica non può riuscire a spiegare il divenire conforme al diritto di un fatto mediante il fatto stesso che si deve valutare, ed abbiamo anche ricordato la recente riaffermazione di una verità che non sembra confutabile, ossia che la qualità precede logicamente la cosa qualificata, che la qualità di essere conforme al diritto anziché scaturire dal fatto al quale siffatta qualità viene attribuita non può che precedere il fatto stesso (2).

Quindi il concetto di legittimazione ci induce a ritenere che soltanto in rapporto ad un ordinamento giuridico è pensabile la legittimazione di un'instaurazione di fatto o rivoluzionaria.

La dottrina ha dimostrato che è da escludersi che legittimazione possa aversi rispetto ai varii ordinamenti giuridici positivi e formali; ma rimane ancora un ordinamento giuridico, che non è formale e che è tuttavia positivo per il giurista, rispetto al quale ordinamento è prospettabile la legittimazione.

E questo ordinamento giuridico non formale è l'ordinamento dello Stato nel quale l'instaurazione ha avuto luogo: un ordinamento giuridico che riflette lo Stato nella sua interezza e nella sua unità storica, sostanziata dalle norme di un diritto che contiene e supera la successione dei varii continuamente nuovi diritti positivi. E' soltanto alla

(1) Vedi VITTA op. cit.

(2) Vedi CESARINI SFORZA op. cit. p. 2 e p. 4-5, nota 3.

stregua di questo più ampio e vero diritto che può giudicarsi la rivoluzione.

A parte ogni concetto intorno all'indole politico-giuridica della rivoluzione, devesi vedere in quale modo, dal punto di vista tecnico, essa si profili. Sino a quando la rivoluzione si svolge mentre ancora vige un governo ed un correlativo diritto, alla stregua del più ampio ordinamento la rivoluzione si rapporta come un « opinio iuris » che non ha forza immediata di farsi valere coattivamente « contra legem ». In senso giuridico la rivoluzione è la convinzione che debba essere diritto il principio di autorità e di organizzazione che essa oppone al principio formalmente ricevuto.

Ove la rivoluzione riesca di fatto all'eliminazione del governo costituito, essa ha prodotto simultaneamente due effetti che è necessario giustificare, e cioè: l'estinzione di un ordinamento costituzionale positivo e l'instaurazione di un nuovo ordinamento costituzionale positivo. Interpretando tali fatti alla stregua del concetto di « opinio iuris », dovrà dirsi che essa « opinio » dianzi « contra legem » ha avuto l'energia di abrogare l'ordine normativo costituzionale, avverso il quale essa era insorta.

L'estinzione del governo e l'estinzione del diritto positivo antecedente l'instaurazione sono, dunque, estinzioni giuridiche e non di fatto.

Il nuovo governo ed il correlativo nuovo diritto sono il prodotto dell'« opinio iuris » che la rivoluzione reca con sé: attraverso il fatto dell'instaurazione tale « opinio » subisce, per così dire, il processo di recezione formale, in virtù della quale cessa di essere convinzione giuridica e diviene vero e proprio diritto positivo.

La successione di due diritti costituzionali positivi è un procedimento unitario e continuo, ove la si riguardi dal

punto di vista dell'intero ordinamento statale e secondo quella concezione dello Stato, che siamo andati delineando.

Dell'unità e continuità del diritto statale attraverso il fenomeno rivoluzionario si può dare del resto una più penetrante giustificazione di logica giuridica. Per la scienza giuridica costituzionale l'instaurazione rivoluzionaria di un governo è un fatto giuridico che, indipendentemente dalla procedura voluta dalle leggi positive, attua la materiale trasposizione dell'esercizio della sovranità da uno a più soggetti che ne erano titolari ad altro o altri soggetti che per l'instaurazione divengono titolari dell'esercizio della sovranità; o, come anche può dirsi, è un fatto giuridico mediante il quale si determina il mutamento della sovranità intesa in senso soggettivo, cioè con riferimento alla persona o alle persone dalle quali può legittimamente emanare l'organizzazione, il comando ed il divieto, ferma rimanendo la sovranità intesa in senso oggettivo, per il quale senso è sovrano l'ordinamento stesso dei comandi e dei divieti.

Abbiamo altre volte affermato che la sovranità è qualità specifica e distintiva dello Stato, attributo inalienabile ed esclusivo del soggetto Stato, qualità oggettiva immanente allo Stato considerato quale ordinamento giuridico: ossia che lo Stato è dotato di personalità, e, quindi, di una propria volontà e della capacità di esteriorizzare autoritariamente in concreto gli atti delle sue interne autodeterminazioni.

La personalità dello Stato è l'autonomo prodotto della superiore mediazione continua delle singole personalità che costituiscono il popolo, che è elemento dello Stato, corpo dello Stato, al quale la sovranità può essere riferita, senza eliminare il processo di unificazione delle molteplici volontà individuali, che può essere attuato soltanto dal soggetto Stato, in quanto esso è lo spirito del popolo, come ha affermato Benito Mussolini.

La sovranità, così intesa, rimane in sé, come potestà, immutata anche attraverso le rivoluzioni e modificazioni costituzionali che soltanto sostituiscono gli organi cui è affidata l'attività sovrana diretta dello Stato, creando nuovi organi costituzionali atti ad individualizzare con la loro attività la realtà dello Stato in un dato momento storico.

Le rivoluzioni non mutano la personalità dello Stato, se la personalità resta integra in ordine al territorio, in ordine al popolo, in ordine al governo che detiene l'esercizio della potestà sovrana, cioè se integra rimane l'entità storica dello Stato nei suoi elementi fisici e nel suo aspetto politico.

Ma la continuità della personalità dello Stato attraverso le rivoluzioni ha una sua profonda giustificazione nella stessa sovranità dello Stato che, evidentemente, non può essere annullata dal fatto della rivoluzione, perché uno Stato non sovrano non è ammissibile. La considerazione che il moto rivoluzionario può far sì che per un certo tempo il governo dello Stato non sia detenuto da organi particolari ma coincida con lo stesso popolo, ci porta ad esaminare in quali o in quale elemento risieda la sovranità dello Stato come potestà.

E' pacifico che gli elementi costitutivi dello Stato, nell'aspetto giuridico, sono il governo, il popolo, il territorio. Riguardo al popolo si deve riconoscere che la sua qualità di elemento costitutivo dello Stato è tuttora controversa, asserendosi autorevolmente che, essendo il popolo oggetto dell'attività del soggetto Stato, non possa ad un tempo essere sostanza costitutiva del soggetto stesso (1).

(1) Così, ad es., il DONATI, *La persona reale dello Stato*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1921, I, pag. 10: contra ROMANO, *Corso di dir. costituz.* 1932 e PANELLETTI, *Istituz. di dir. pubblico*, 1933, alle argomentazioni dei quali Autori facciamo riferimento.

E' anche opportuno accennare in ordine all'elemento governo che mentre vi è una teoria che sostiene essere tale elemento detentore dell'esercizio della sovranità in nome proprio, altra teoria sostiene che i governanti esercitano la sovranità in nome della persona reale dello Stato, costituita dal popolo; per altri, invece, essa consiste nel popolo e nel territorio; per altri, infine, non ritenendo che gli elementi fisici possano integrare in modo essenziale lo Stato, la persona reale è data dal complesso dei funzionari in quanto tali, cioè dall'organizzazione statale.

Quindi se tre sono gli elementi costitutivi dello Stato e se la sovranità è attributo specifico dello Stato, deve concludersi che la sovranità come potestà o risiede in tutti e tre gli elementi simultaneamente o in due di essi o in uno solo.

E se è esatto insegnamento che nello Stato il governo ha l'esercizio della sovranità ed il territorio è ambito di validità ed oggetto della sovranità, questa in sé, come potestà, deve necessariamente risiedere nel popolo, inteso, come abbiamo affermato e chiarito nei precedenti capitoli, non in senso giusnaturalistico e tanto meno secondo i principii della sovranità popolare.

La soluzione ha natura eminentemente giuridica, in quanto concepisce il popolo come un'entità che è costitutiva e che è parte del soggetto Stato e che non può quindi assolutamente infrangere ciò che per noi è un dogma nel diritto pubblico, cioè la personalità sovrana dello Stato. Inoltre la positiva normale coesistenza del popolo e del governo, come elementi separati e distinti include l'erroneità del concetto di inalienabilità della sovranità, perché l'esercizio della sovranità ha per titolare il governo e non il popolo.

Ora tali osservazioni non solo provano quanto già abbiamo enunciato relativamente all'unità storica dello Stato

ed alla continuità del diritto, ma intendono anche porre il fondamento logico dell'« opinio iuris » nella quale si risolve, nell'aspetto giuridico, il fenomeno della rivoluzione.

L'argomentazione giuridica riceve conforto dall'analisi della coscienza sociale che determina con le azioni ed afferma con i rinnovamenti politici la sua volontà contro i principii e gli istituti inadeguati alla soddisfazione delle esigenze ideali del popolo e della Nazione. Ed è, appunto, la diffusa coscienza politica tradotta nei termini tecnici dell'« opinio iuris » ed in norma positiva attraverso l'intero processo rivoluzionario che agevola la determinazione della struttura della norma, alla cui stregua si deve legittimare l'instaurazione di un ordinamento costituzionale.

La fonte di una tale norma, intanto, non può essere formale ma « logica », cioè postulata da esigenze che sono caratteristiche, univoche ed insopprimibili in ogni ordinamento statale.

L'aderenza necessaria e perpetua della norma alla struttura di ogni ordinamento statale consente di definirla in senso lato « positiva » e può profilarsi come una norma che non ammette né deroga né abrogazione. E ciò anche per una considerazione razionale: poiché quella qui considerata è l'unica norma che possa dirsi originariamente creativa del diritto positivo.

Ossia essa è una norma « costruttiva », perché essenziale alla struttura dell'ordinamento statale unitariamente considerato.

Brevemente, essa norma può così formularsi: è legittimo ogni governo che emani delle norme positive. L'elemento spirituale di tale norma consiste nella convinzione che sia diritto del popolo darsi un nuovo ordinamento costituzionale quando quello positivamente costituito sia comunque e-

stinto in seguito ad avvenimenti politici. E' in virtù di siffatto elemento spirituale che la norma esiste; gli atti, cioè l'elemento materiale, non devono necessariamente integrare la norma perché esista: essi infatti, la dimostrano e la dichiarano, ma non la creano.

Chi si preoccupasse di incasellare tale norma in una delle categorie della dogmatica potrebbe ravvisare in essa il carattere della norma consuetudinaria: ma i requisiti, primo tra tutti, quello della universalità, esigono che la si definisca « regola costruttiva » di ogni ordinamento giuridico statale.

Già queste sommarie affermazioni giuridiche dimostrano quanto la natura giuridica e il contenuto di tale regola si distanzino dai superati concetti del « diritto alla rivoluzione » e del « potere costituente » innato nel popolo: ma tali concetti, come pure essa norma nel suo più profondo significato giuridico, vedremo ampiamente nel prossimo capitolo, nel quale esamineremo l'instaurazione del regime fascista e la stessa rivoluzione fascista nel suo processo di trasformazione costituzionale dello Stato.