

Argomentazione, negoziazione e persuasione nei processi costituenti

Giovanni Damele

IFILNOVA, Universidade Nova de Lisboa
giovanni.damele@fcsh.unl.pt

Francesco Pallante

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Torino
francesco.pallante@unito.it

Abstract The paper will examine the theme of constituent processes, conducted through the action of an organ, which is expression of popular will, the outcome of which is the production of a written constitution. In the essay "Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies", Jon Elster seems to develop a kind of "general theory of constituent process" based on an (Habermasian) argumentation theory. The strong accent on the argumentative dimension makes this theory particularly attractive when studying constitutional debates.

Elster suggests that the constitution-making enterprise can be understood more generally resorting to two types of "speech acts": "arguing" and "bargaining". Elster uses the two types with the aim of exploring two distinct issues: "the role of the rational argument", and that of "threat-based bargaining" ("bargaining on the basis of extra-parliamentary resources").

Nevertheless, the analysis of real constitution-making debates could be improved by developing the triadic version of the model, suggested, but not elaborated by Elster. Such an improvement can be achieved by introducing the third "type of speech act" ('rhetorical statements aiming at persuasion') and perhaps combining it with other concepts developed in legal theory, such as the idea of "incompletely theorized agreement" proposed by Cass Sunstein as a peculiar method of statutemaking, aiming at reduce the potential for conflict.

Keywords: rhetoric, argumentation theory, constitution making, constitutional theory

Received September 2015; accepted April 2016.

0. Introduzione

In questo lavoro ci occuperemo del processo costituente svoltosi in Italia tra il 25 luglio 1943 (caduta del fascismo) e il 1° gennaio 1948 (entrata in vigore della Costituzione repubblicana), con particolare riguardo al dibattito avvenuto durante i lavori dell'Assemblea costituente tra il 2 giugno 1946 e il 27 dicembre 1947.

Il discorso sarà strutturato in base al libro di Jon Elster, *Argomentare e negoziare*¹, al centro del quale vi è lo studio dei processi costituenti e, soprattutto, dei dibattiti costituenti. Sullo sfondo – per ragioni di spazio – resteranno le questioni teoriche sollevate dal concetto di potere costituente².

1. Lo schema elsteriano

Le sommarie indicazioni rintracciabili nel saggio di Elster possono essere ricomposte individuando sette passaggi fondamentali dei processi costituenti:

1. convocazione dell'assemblea costituente;
2. scelta della procedura di selezione dei delegati;
3. definizione del mandato dell'assemblea e dei delegati;
4. verifica delle credenziali dei delegati;
5. scelta della procedura decisionale da seguire in assemblea;
6. discussione e approvazione della costituzione da parte dell'assemblea;
7. ratifica della costituzione.

Lo studioso norvegese distingue preliminarmente le prime due fasi da quelle successive, affermando che convocazione dell'assemblea costituente e scelta della procedura di selezione dei delegati devono essere svolte da autorità esterne all'Assemblea stessa, mentre tutte le altre sono rimesse alle decisioni assembleari (a pena di dar vita a un organo-fantoccio che si limita a dar corso a volontà altrui) (ELSTER 2005: 31-33).

Il punto è decisivo: solo un processo che sia, in ultima analisi, «autofondato» può essere considerato realmente «costituente», dovendo invece essere considerato «costituito» il processo che nasce per decisione di un organo preesistente (RESCIGNO 1996: 34).

2. La convocazione dell'assemblea costituente

2.1. Iniziando dalla prima fase, secondo Elster l'autorità che procede alla convocazione dell'Assemblea costituente può essere (*Ivi*: 32):

- la costituzione stessa, se prevede assemblee costituenti periodiche (era l'idea di Thomas Jefferson). Simile è l'ipotesi che la costituzione preveda la propria totale revisionabilità (si veda l'art. 193 della Costituzione della Confederazione elvetica; qualcosa di simile accadde in Spagna nel 1978)³;
- un'autorità esterna allo Stato cui si applicherà la costituzione: per esempio, una potenza occupante (come accadde in Germania Ovest e in Giappone dopo la seconda guerra mondiale). Oggi prevale l'ipotesi che l'autorità esterna abbia carattere internazionale (si pensi ai casi del Kosovo e dell'Afghanistan);
- un governo provvisorio, di matrice rivoluzionaria (come avvenne in Francia con le rivoluzioni del 1789 e del 1848) o golpista (sembra il caso della

¹ ELSTER 2005 (la conferenza da cui nacque il libro si svolse all'Università di Yale nel 1991).

² Nella dottrina costituzionalistica italiana cfr. almeno: BARILE 1966, DOGLIANI 1986 e 1990, MORTATI 1972, GRASSO 1985, PACE 1997, RESCIGNO 1996. Nella letteratura internazionale, di recente si sono dedicati alla tipizzazione dei processi costituenti con intenti normativi: GINSBURG-ELKINS-BLOUNT 2009, ELKINS-GINSBURG-MELTON 2009; GINSBURG 2012.

³ PACE 1997: 8 ss., per il quale si tratta di ipotesi che configurano l'esercizio di un potere costituito.

Costituzione del Ghana del 1992). Naturalmente, non per forza la rivoluzione o il colpo di Stato devono avvenire in modo violento (sicché sarebbero riconducibili a questa ipotesi le assemblee costituenti convocate da organi appartenenti al precedente ordinamento costituzionale, come la Convenzione nazionale francese che approvò la Costituzione del 1793);

- un governo misto o una qualche sede di concertazione tra vecchio regime e opposizioni (è quanto accadde in Polonia nel 1989 con i c.d. Accordi della Tavola Rotonda).

2.2. Nel caso italiano, la convocazione dell'Assemblea costituente può essere formalmente ricondotta a due atti:

- il d.-l. lgt. n. 151/1944, il quale prevede l'elezione di un'Assemblea costituente incaricata di deliberare su tutti gli aspetti (inclusa dunque la forma istituzionale: monarchia e repubblica?) della «nuova Costituzione dello Stato» (c.d. prima Costituzione provvisoria);
- il d.lgs. lgt. 98/1946, il quale ridefinì i poteri dell'Assemblea costituente stabilendo che la questione istituzionale sarebbe stata risolta tramite *referendum* popolare da tenersi contemporaneamente all'elezione dell'Assemblea stessa (c.d. seconda Costituzione provvisoria).

Sono, entrambi, atti adottati da governi provvisori di unità nazionale e, dunque, da autorità esterne secondo lo schema elsteriano: il primo fu emanato dal governo Bonomi, il secondo dal governo De Gasperi I. In entrambi i casi vi furono anche influenze della monarchia e degli alleati.

Elster nota che, in occasione dei processi costituenti, i rapporti tra vecchio e nuovo regime originano spesso un paradosso logico, in ragione del tentativo dei costituenti di attribuire alle proprie azioni una legittimità formale basata sui previgenti istituti giuridici, sicché non è chiaro se a dominare siano le nuove o le vecchie regole (*Ivi*: 33).

Nel caso italiano, un'evidente spia di tali problemi è rappresentata dalla diversa forma assunta dai due decreti: il primo è un decreto legge, il secondo un decreto legislativo. La differenza si spiega in quanto è l'atto del 1944 – adottato ai sensi dell'art. 3 della legge n. 100/1926 – a stabilire la delega dei poteri legislativi al governo; dunque solo gli atti successivi potevano essere atti delegati. Poiché, però, i decreti-legge sono atti a durata provvisoria, restava il problema della conversione in legge del d.-l. lgt. n. 151/1944: vi provvide la XV disp. trans. fin. della Costituzione, definendolo tuttavia «decreto legislativo».

3. La procedura di selezione dei delegati

3.1. In merito alla modalità di selezione dei membri dell'assemblea, Elster sottolinea che l'autorità che la decide deve essere diversa da quella che convoca l'assemblea, altrimenti ci si troverebbe dinnanzi a un' «assemblea-fantoccio», posto che i delegati verrebbero presumibilmente scelti in base alla loro fedeltà nei confronti dell'autorità convocante⁴. Il politologo norvegese, peraltro, non si sofferma ulteriormente sui soggetti che potrebbero procedere alla scelta dei delegati (*Ivi*: 32).

⁴ ELSTER 2005: 32, in particolare nota 3, in cui si fa l'esempio dei «sessantasei uomini convocati in Cina da Yuan Shikai nel 1914 per dare al suo governo una parvenza di legalità attraverso un «patto costituzionale»».

3.2. Nel caso italiano, l'atto che stabilisce le modalità di formazione dell'Assemblea costituente è il d.lgs.lgt. n. 74/1946, con cui si introdusse una legge elettorale rigorosamente proporzionale. La scelta dei componenti dell'Assemblea venne, quindi, rimessa al popolo, chiamato il 2 giugno 1946 a votare, per la prima volta, a suffragio universale maschile e femminile. È chiaro, però, che la definizione del sistema elettorale ebbe un'importanza decisiva e fu largamente condizionata dal fatto che i partiti non erano preventivamente a conoscenza del proprio *peso* elettorale (sicché optarono, rawlsianamente, per la scelta che più li avrebbe garantiti in caso di sconfitta).

La vicenda italiana vede, dunque, il concorso di due autorità esterne: il governo provvisorio, che stabilì il sistema elettorale, e il popolo, che elesse i delegati dell'Assemblea. Ciò smentisce in parte lo schema elsteriano, dal momento che il governo provvisorio intervenne in entrambe le fasi - convocazione e scelta dei componenti - che precedettero la formazione dell'Assemblea.

4. La definizione del mandato

4.1. A proposito della definizione del mandato, la questione riguarda la presenza o meno di un vincolo. Sul piano pratico, è facile – scrive Elster – che l'autorità che convoca l'assemblea costituente (o, più raramente, quella che ne sceglie i componenti) cerchi di condizionare l'esito dei lavori vincolando il mandato dei delegati. È, però, altrettanto facile che, se non si tratta di una mera operazione di facciata, il processo costituente finisca con lo sfuggire di mano al suo "creatore" (è quanto accadde a Luigi XVI) (*Ivi*: 40-41).

Al di là della sua inefficacia pratica, lo studioso norvegese non offre una valutazione del tutto negativa rispetto all'imposizione di vincoli al mandato, perché potrebbe risultare utile per dar forza alle minacce proferite nel corso delle negoziazioni (*Ivi*: 42).

4.2. Nel caso italiano, si può ritenere che una forma di vincolo al mandato dei deputati all'Assemblea costituente vi sia stata, sotto forma di sottrazione della questione istituzionale alla loro decisione.

Come già ricordato, inizialmente il d.-l.lgt. n. 151/1944 prevedeva che la scelta spettasse all'Assemblea; poi il d.lgs.lgt. n. 98/1946 tornò sulla questione, devolvendo la decisione al popolo tramite *referendum*. È questo uno dei passaggi-chiave dell'intero processo costituente italiano. Nonostante il decreto del 1944 fosse stato il frutto di un accordo complessivo, coinvolgente alleati, partiti del CLN e monarchia, il luogotenente Umberto ruppe l'intesa, chiedendo che sulla questione istituzionale si pronunciasse direttamente il popolo. Sulla stessa linea si schierarono il PLI, di convinte simpatie monarchiche, e la dirigenza della DC, timorosa che emergesse uno scarto eccessivo tra le posizioni del partito e quelle del suo elettorato (ritenuto maggiormente incline alla continuità istituzionale). Anche gli alleati furono convinti da De Gasperi a sostenere la soluzione referendaria. Le sinistre e gli azionisti erano, al contrario, favorevoli ad attenersi alle originarie previsioni del d.-l.lgt. n. 151/1944⁵.

⁵ La vicenda è attentamente ricostruita in RICCI 1996: 449-459.

La questione fu posta per la prima volta, durante il governo Parri, da De Gasperi il 10 ottobre 1945. Ne scaturì una complessa discussione, che andò a intrecciarsi con le due ulteriori questioni – su cui *infra* – della spettanza della potestà legislativa ordinaria (all'Assemblea costituente o al governo?) e delle modalità di deliberazione in Costituente (a maggioranza semplice o qualificata?). Il Consiglio dei Ministri (e il c.d. Consiglio di Gabinetto, collegio più ristretto composto dai ministri di diretta espressione dei partiti del CLN) fu impegnato su questi temi nelle numerose sedute che si svolsero tra il 19 febbraio e il 2 marzo 1946, fino a che, sotto il governo De Gasperi, i segretari di DC, PSI e PCI si accordarono sull'approvazione del d.lgs.lgt. n. 98/1946.

5. La verifica delle credenziali

5.1. La verifica delle credenziali dei delegati all'assemblea costituente viene trattata da Elster come un paradosso logico (ulteriore rispetto a quello inerente all'origine legale della costituente): l'Assemblea non può verificare le credenziali dei delegati senza essersi insediata, ma – nello stesso tempo – non può insediarsi senza aver prima verificato le credenziali dei propri membri (*Ibidem*). Sarebbe necessario un controllo esterno, ma in tal modo si minerebbe l'autonomia dell'assemblea. La questione fu molto discussa agli Stati Generali convocati da Luigi XVI: la soluzione fu trovata sulla base della seguente considerazione: «non è da credere che la maggioranza di coloro che si presentano come delegati non abbia credenziali valide» (*Ibidem*).

5.2. Nel caso italiano, l'Assemblea costituente istituì una Giunta per le elezioni, incaricata di verificare le credenziali dei deputati eletti, cosa che fece procedendo anche ad alcune sostituzioni.

La questione non suscitò particolari discussioni, perché l'Assemblea lavorò sulla base del regolamento interno della Camera dei deputati pre-fascista, che già prevedeva la competenza in materia della Giunta per le elezioni.

6. La scelta della procedura decisionale

6.1. A proposito della scelta delle procedure da seguire in assemblea per discutere e approvare la costituzione, Elster accenna ai seguenti problemi (*Ivi*: 46 e 83-85):

1. la durata dei lavori;
2. se l'assemblea costituente debba o meno funzionare anche da organo legislativo;
3. come ripartire i tempi di lavoro tra attività costituente e altre attività;
4. l'eventuale formazione di commissioni redigenti o di approfondimento di problemi particolari;
5. l'apertura o chiusura al pubblico dei lavori (secondo Elster la chiusura favorisce, grazie alla minore difficoltà di cambiare opinione, la negoziazione e l'argomentazione)⁶;

⁶ ELSTER 2005: 132 (sull'utilità che i soggetti coinvolti possano cambiare idea cfr. anche p. 67).

6. il *quorum* decisionale e il metodo di votazione (per “testa” o per gruppo⁷? E, se per “testa”, per appello nominale, alzata di mano, divisione dell’aula, ecc.?) (Ivi: 47-49);
7. la procedura di trasformazione delle votazioni in decisioni.

6.2 Nel caso italiano, occorre far riferimento all’art. 4 del d.lgs.lgt. n. 98/1946, che prevede di applicare in Assemblea costituente il regolamento della Camera dei deputati del 1° luglio 1900, con le successive modificazioni apportate fino al 1922. L’Assemblea costituente operò, poi, alcune “aggiunte”. In sostanza, la decisione sulle procedure venne presa da un’autorità esterna (il governo provvisorio, sia pure con il tacito assenso dell’Assemblea) e non, come prevede lo schema elsteriano, dall’Assemblea costituente.

Vediamo, ora, più da vicino i singoli profili individuati da Elster.

Iniziando dalla durata, il d.lgs.lgt. n. 98/1946 stabiliva un termine di massimo otto mesi dalla prima seduta (che si tenne il 25 giugno 1946). Tale termine era prorogabile per non più di quattro mesi. Dopo aver sfruttato tale possibilità, l’Assemblea procedette a un’ulteriore proroga di sei mesi (e alcuni giorni, per far coincidere il termine finale con il 31 dicembre 1947), sicché si può dire che la durata venne in parte decisa da un’autorità esterna (il governo provvisorio), in parte dall’Assemblea costituente stessa.

Quanto ai poteri legislativi, il CLN era diviso, al suo interno, tra DC e PLI, che col sostegno degli alleati avrebbero voluto limitare le competenze dell’Assemblea ai temi costituzionali (lasciando il potere legislativo ordinario delegato al governo), e le sinistre, che ritenevano preferibile demandare la decisione all’Assemblea costituente stessa. La questione aveva a che fare con il timore che le sinistre, in caso di vittoria elettorale, avrebbero potuto sfruttare i poteri dell’Assemblea per dar vita fin da subito a una legislazione “rivoluzionaria”. Il problema fu trattato contestualmente a quelli del soggetto competente a effettuare la scelta istituzionale e del *quorum* decisionale della Costituente. Anche in questo caso la soluzione si trova nel d.lgs.lgt. n. 98/1946 (art. 3). Benché la disposizione sancisse la vittoria delle forze moderate, di fatto all’Assemblea fu, però, poi riconosciuta la possibilità di indicare i disegni di legge, che, pur non rientranti nella sua competenza legislativa, dovevano essere assoggettati alle sue deliberazioni⁸.

Passando ai tempi di lavoro, la suddivisione tra attività costituente e attività “ordinaria”⁹ veniva decisa con la programmazione dei lavori da parte dell’Assemblea costituente stessa. Si tennero 375 sedute pubbliche, di cui 170 dedicate alla discussione e all’approvazione della nuova Costituzione.

Sulla previsione di commissioni per l’elaborazione della costituzione, viene in evidenza la Commissione per la Costituzione, incaricata, sotto la presidenza di Meuccio Ruini, di predisporre il progetto della Costituzione. Per meglio approfondire i temi di lavoro, la Commissione dei 75 si suddivise in tre sottocommissioni:

1. diritti e doveri dei cittadini;

⁷ La questione fu molto discussa all’Assemblea costituzionale francese .

⁸ Per la ricostruzione della vicenda si veda RICCI 1996: 449-459.

⁹ Oltre ai pareri sugli schemi di d.lgs., le principali attività di carattere non costituente in cui fu impegnata l’Assemblea furono: il conferimento della fiducia ai Governi De Gasperi II, III e IV; l’approvazione delle leggi di bilancio per il 1947 e 1948; la ratifica dei trattati di pace, firmati a Parigi il 10 febbraio 1947.

2. organizzazione costituzionale dello Stato, (si suddivise poi in due sezioni: una sul potere esecutivo, l'altra su potere giudiziario e Corte costituzionale; venne, inoltre, dato vita a un comitato ristretto per l'ordinamento regionale);
3. rapporti economici e sociali.

La prima e la terza sottocommissione si sovrapposero parzialmente nella trattazione degli argomenti, sicché fu istituito un Comitato di coordinamento incaricato di unificarne i lavori. Un Comitato di redazione (o Comitato dei 18) si occupò, infine, di redigere materialmente il testo della Costituzione, coordinando e armonizzando i lavori delle tre sottocommissioni.

Con riguardo alla pubblicità o segretezza dei lavori, l'attività dell'Assemblea costituente fu pubblica, ma non quella della Commissione dei 75 e delle sue varie sottoarticolazioni, sicché non si può dire che la popolazione italiana poté assistere direttamente all'intero svolgimento del processo costituente¹⁰. Il dibattito ricevette copertura dagli organi di informazione e molto articolata fu anche l'attività informativa svolta dal Ministero per la Costituente (POMBENI 1995: 93-96).

Quorum decisionale e metodo di votazione furono regolati secondo il regolamento della Camera in vigore fino a prima del fascismo (RICCI 1996: 449-459). Era previsto il voto per "testa" a scrutinio segreto per l'approvazione finale delle proposte di legge e per alzata e seduta in tutti gli altri casi (salvo che dieci deputati chiedessero la votazione per divisione dell'aula, quindici per appello nominale, venti a scrutinio segreto). Il *quorum* deliberativo era dato dalla maggioranza dei presenti. Seguendo queste regole, la Costituzione fu approvata il 22 dicembre 1947 con voto a scrutinio segreto per appello nominale (su 515 presenti, i voti a favore furono 453, quelli contrari 62).

Infine, per quanto attiene alla «procedura per trasformare le votazioni in decisioni», una volta approvata la Costituzione italiana venne promulgata dal Capo provvisorio dello Stato Enrico De Nicola il 27 dicembre 1947 e subito pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 298, edizione straordinaria, dello stesso giorno. Entrò, quindi, in vigore il 1° gennaio 1948 (ELSTER 2005: 46).

7. La discussione

7.1 Elster ritiene che i progetti costituenti rappresentino un «caso paradigmatico» utile a porre in luce due tipi di dialogo: *argomentare* e *negoziare*. Questi assumerebbero «le forme più clamorose» (*Ivi*: 7) nelle assemblee costituenti, più polarizzate delle assemblee legislative e continuamente sospese tra «alta legislazione» e «il puro e semplice ricorso alla forza». Elster introduce, inoltre, un «terzo tipo di atto linguistico»: quello delle «dichiarazioni *retoriche* miranti alla *persuasione*», del quale, tuttavia, non dà una esatta caratterizzazione analitica. Sembra, tuttavia, che la distinzione tra i tre tipi sia una questione di "moventi". Non tanto di moventi dell'oratore, che Elster distingue in «ragione», «passione» e «interesse», quanto dei moventi che l'oratore attribuisce all'uditorio. La retorica potrebbe quindi essere definita «dal fatto che chi la usa fa appello alle passioni del pubblico, più che alla ragione o agli interessi egoistici» poiché «in certi dibattiti la ragione parla alla ragione, in altri la passione alla passione, in altri ancora l'interesse all'interesse» (*Ivi*: 57). In qualche modo, sembra di scorgere nel modello triadico di Elster un riflesso della tripartizione aristotelica dei modi di persuasione, laddove il

¹⁰ PALDIN 2004: 46 (e 48-49) scrive, anzi, che spesso i lavori furono «assai riservati».

logos può agevolmente essere accostato all'argomentazione, l'*ethos* può in qualche modo avere a che fare con la negoziazione (nella quale è centrale il criterio della credibilità) e infine il *pathos* corrisponderebbe alla «retorica» così come intesa da Elster, ovvero come un appello alle passioni dell'uditorio. Elster non sviluppa tuttavia questo parallelismo così come non sviluppa l'analisi delle componenti più genuinamente patetiche della discussione assembleare.

7.2. Argomentare e negoziare

Per Elster, l'argomentazione razionale è soggetta a dei criteri di *validità* e le promesse o le minacce a dei criteri di *credibilità* (ELSTER 2005: 57-58). Il primo dei due criteri, richiama la teoria habermasiana dell'agire comunicativo, che vincola un oratore che mira alla *comprensione* e non al mero *successo* a «tre impegni di validità: verità proposizionale, correttezza normativa e autenticità». Anche i costituenti che non sono mossi «da una sincera preoccupazione per il bene comune», ma da interessi «puramente egoistici», sono comunque costretti o indotti «a sostituire il linguaggio dell'interesse personale con quello del ragionamento imparziale» (*Ivi*: 8-9). Questa sostituzione sarebbe il frutto della *forza civilizzatrice dell'ipocrisia*, grazie alla quale «un oratore che voglia *apparire* uno che mira alla comprensione deve anche apparire legato a questi impegni» (*Ivi*: 59). Perciò, «l'interesse egoistico e l'imparzialità non sono sempre e necessariamente opposti», potendo accadere «che si argomenti *a favore* dell'imparzialità *partendo* dall'interesse personale». Un tipico argomento di questo tipo è quello del cosiddetto «velo d'ignoranza» (*Ivi*: 62-63), o, in generale, tutti quei casi in cui «un comportamento apparentemente egoistico» può essere guidato «da preoccupazioni imparziali» (*Ivi*: 86). L'autenticità, o la sincerità, può essere invece ricondotta, almeno in una delle sue versioni, alla coerenza, la quale non è incompatibile con quella che potremmo definire *ipocrisia argomentativa* (*Ivi*: 66). L'importante sarebbe poter distinguere tra autentici cambiamenti di opinione, che non denuncerebbero di per sé un'argomentazione incoerente, e opportunismo vero e proprio (*Ivi*: 67).

Restando sul piano dell'argomentazione, Elster distingue gli argomenti in «tendenzialmente» consequenziali o deontologici, vale a dire in appelli «all'efficienza complessiva» oppure «ai diritti individuali». Questi ultimi, così come quelli «basati sul bene pubblico» e quelli «che ricorrono a una qualche versione dell'utilitarismo», sono imparziali perché immediatamente generalizzabili (*Ivi*: 69-70). Dibattendo a partire da questi argomenti, i costituenti mostrerebbero, in qualche modo, di essere motivati da una *ragione* imparziale, per quanto, come abbiamo visto, permeabile a considerazioni di tipo egoistico. Elster qualifica i costituenti, perciò, come *imperfettamente razionali* (*Ivi*: 71-72).

Se l'argomentazione razionale si basa, in linea di principio, sul «potere del miglior argomento», la negoziazione costituzionale si fonda invece «su risorse che possono essere utilizzate per rendere credibili le minacce (e le promesse)». Risorse che possono essere extrapolitiche e intrapolitiche. Tra queste ultime, il caso più rilevante è lo «scambio di concessioni» (*Ivi*: 100). L'uso di queste risorse è strettamente dipendente dalla capacità dei negoziatori di renderle credibili: la credibilità di chi negozia si ripercuote così sulla credibilità delle sue minacce e/o delle sue promesse.

7.3. Tipi puri e impuri.

I due tipi puri sembrano tradursi, nell'analisi delle argomentazioni reali delle due assemblee, in una sequenza di casi «misti» o «impuri». Da un lato, è non solo

possibile, ma comune e in certi casi auspicabile un uso strategico di argomenti (apparentemente) non strategici: in questi casi, «gli agenti animati da interesse egoistico cercano spesso», *nel loro stesso interesse*, «di fondare le proprie richieste su ragioni di principio». Dall'altro «chi negozia cerca spesso di presentare le proprie minacce come avvertimenti» (*Ivi*: 123). La differenza tra minacce e avvertimenti starebbe nel fatto che le prime «sono affermazioni su quello che il parlante *farà*», laddove i secondi sono «affermazioni su quello che *accadrà* (o *potrebbe accadere*) indipendentemente dalle azioni del parlante» (*Ivi*: 140). Nel primo caso, gli «agenti animati da interesse egoistico» fanno appello a un *equivalente parziale*. Nel secondo caso, i negoziatori sostituiscono alla minaccia un *equivalente fattuale*.

Dal punto di vista dell'argomentazione, quel che si verifica nella realtà non è tanto una «*concordanza perfetta* fra interessi di parte e argomenti imparziali» quanto una «*concordanza massimale*» (*Ivi*: 124). Le ragioni di questa sostituzione tra argomenti partigiani e argomenti imparziali possono essere, comunque, varie. In primo luogo, «se gli altri credono che qualcuno stia veramente sostenendo le sue tesi per ragioni di principio, possono essere disposti a concedergli qualcosa». In secondo luogo «le coalizioni legislative tendono a usare un linguaggio riguardoso verso il pubblico come “sotterfugio” per far passare quello che in realtà è un patteggiamento fra interessi particolari» (*Ivi*: 128). In terzo luogo, «adducendo una ragione generale si può anche riuscire veramente a convincere altre persone» (*Ivi*: 129).

In ogni caso, grazie alla *forza civilizzatrice dell'ipocrisia*, l'argomentazione, persino quando è puramente strategica ed egoisticamente orientata, «produce, tendenzialmente, esiti più equi della negoziazione» poiché impedisce «che i forti adoperino fino in fondo la propria forza contrattuale». In tal caso, perciò, «l'equivalente imparziale ottimale», capace di «produrre esiti più equi», è quello che «annacqa» l'interesse egoistico dei forti e «tiene in un qualche conto l'interesse dei deboli» (*Ivi*: 136-137).

7.4 Elster ritiene che «il requisito più importante» di una teoria dei processi costituenti dovrebbe essere «quello di essere in grado di dire che cosa accadrà durante un collasso temporaneo della collaborazione» (*Ivi*: 108). In che modo, insomma, i costituenti possono uscire da una situazione di *impasse* causata da una situazione non collaborativa, ancorché temporanea. Prendiamo, ad esempio, la discussione che ha condotto alla versione finale dell'articolo 29 della Costituzione¹¹. Com'è noto, tale articolo è frutto di un processo di redazione tormentato, che ha poi significativamente influito sul testo stesso dell'articolo (nonché sulle sue successive interpretazioni). Ciò è legato da un lato all'importanza attribuita al tema della famiglia dai deputati democristiani e, più in generale, cattolici, dall'altro alla difficile posizione del Partito Comunista, che non intendeva farsi schiacciare su posizioni marcatamente laiche in vista delle future elezioni politiche (nelle quali il voto cattolico sarebbe stato fondamentale) né poteva ignorare che una parte rilevante del suo elettorato (e degli stessi deputati comunisti) aveva su alcuni aspetti della

¹¹ CAPORRELLA 2010. Gli atti della Costituente sono disponibili in rete presso la sezione dedicata alle “Legislature precedenti” del sito della Camera dei Deputati (sezione “Assemblea Costituente”) o nel sito web “Nascita della Costituzione”, a cura di Fabrizio Calzaretto: www.nascitacostituzione.it. I dibattiti che hanno condotto alla redazione finale dell'articolo 29 si sono svolti nei giorni: 26 luglio, 13 settembre, 30 ottobre, 5-7, 12-13 e 15 novembre 1946 e 15 gennaio 1947, per quanto riguarda la I Sottocommissione; 4-8, 10-11 e 17 marzo, 15, 17-19, 21-24 aprile 1947, per quanto riguarda l'Assemblea.

questione, primo fra tutti il divorzio, posizioni non molto diverse da quelle dei deputati democristiani.

La redazione dell'articolo 29 è contraddistinta da una serie di ripetuti «collapsi temporanei della collaborazione», superati tramite scambi di concessioni, il ricorso a risorse «intrapolitiche» (ad esempio una dislocazione strategica dei voti disponibili di un *certo* gruppo parlamentare) o l'uso strategico delle procedure. Una prima *impasse*, causata dalla contrapposizione tra le due posizioni in sottocommissione circa l'indissolubilità del matrimonio e la definizione di famiglia come «unità naturale e fondamentale della società», venne superata da Moro e Togliatti attraverso uno scambio di concessioni che si tradusse in una nuova versione che divideva il tema in due articoli, includeva una (più ambigua) definizione di «società naturale» nell'articolo dedicato alla famiglia e un (più vago) riferimento all'«unità» (al posto dell'indissolubilità) in quello dedicato al matrimonio. Il secondo collasso della collaborazione si verificò a causa del sostanziale fallimento del ricorso strategico, da parte di Togliatti e dei comunisti, della risorsa «intrapolitica» del voto. Nella Commissione per la Costituzione, Togliatti, rispettando il compromesso raggiunto con Moro, guidò il suo gruppo in modo da consentire l'approvazione della formula «famiglia quale società naturale». Quando però fu posto in votazione il secondo articolo, gli emendamenti contrari alla clausola di «indissolubilità del matrimonio» non furono approvati. Cosicché il risultato sarà in qualche modo riequilibrato solo nell'ultima votazione, attraverso l'uso strategico del regolamento dell'Assemblea. La richiesta del voto segreto da parte di venti deputati consentì infatti di ristabilire il compromesso, conducendo all'approvazione per soli tre voti di un emendamento del deputato socialista Grilli per eliminare il riferimento all'«indissolubilità». Sul piano della negoziazione e quindi del ricorso all'avvertimento, va almeno ricordato l'intervento di Lelio Basso nella seduta del 7 novembre 1946 della I Sottocommissione, durante il quale il deputato socialista avvertiva che la «richiesta categorica dell'indissolubilità del matrimonio» avrebbe potuto «portare ad una scissione della Sottocommissione».

Per quel che riguarda gli argomenti utilizzati, la tendenza fu tanto ad argomentare per principi, quanto di presentare argomenti di tipo consequenzialista. In entrambi i casi, l'obiettivo era presentare un punto di vista generalizzabile e imparziale. Ciò è particolarmente evidente negli interventi dei costituenti democristiani, la cui principale preoccupazione era dimostrare che l'esigenza dell'inclusione della «indissolubilità» nella carta costituzionale andava al di là dell'aderenza a certi principi religiosi. Corsanego dichiarò che sulla famiglia «l'autentico popolo italiano, anche nei suoi strati più umili, ha argomenti chiari, ben definiti e concreti», richiamando l'autorità del «senso comune». Ricorse inoltre a un argomento consequenzialista, notando che «il divorzio rappresenta la dissoluzione della famiglia ed un germe velenoso per il suo affermarsi, come si è dimostrato in tutti i paesi dove esso è ammesso». La Pira affermò di insistere sulla indissolubilità anche perché persuaso da una «affermazione sempre più decisa nel campo scientifico verso l'indissolubilità del matrimonio considerato come elemento strutturale della famiglia». Sottolineò poi che i democristiani intendevano porre l'indissolubilità nella Costituzione perché essa avrebbe dovuto riguardare il matrimonio in quanto tale, e non in quanto sacramento (e quindi anche il matrimonio civile). Riteneva quindi importante «superare la questione dei partiti, in modo che la tesi affermata non sia quella della democrazia cristiana, ma di tutto il popolo italiano».

È chiara quindi, negli interventi dei deputati democristiani, l'intenzione di presentare da un punto di vista imparziale un tema che, per loro stessa ammissione, era centrale

per la loro posizione politica e religiosa. Più delicata appariva la posizione dei contrari all'inclusione in costituzione della locuzione «società naturale» a proposito della famiglia, così come dei contrari all'introduzione dell'indissolubilità del matrimonio. A seguito del compromesso tra Moro e Togliatti, i comunisti erano contrari alla seconda ma non alla prima. I socialisti e alcuni liberali erano invece contrari a entrambe. Tuttavia anche i socialisti non posero la questione del divorzio, così come non la pose Togliatti. In un certo senso, in ragione anche della tattica necessaria in vista delle future elezioni, la posizione delle sinistre appariva più "difensiva" e in un certo senso ambigua, prestando così facilmente il fianco all'accusa di incoerenza e opportunismo.

Infine, va notato, a proposito dello "scambio di concessioni" tra Moro e Togliatti, il ricorso all'uso strategico dell'ambiguità, che consentì l'accordo su una formulazione sufficientemente ambigua da consentire interpretazioni differenti, e quindi, più o meno direttamente, coerenti con i diversi punti di vista degli agenti. Per Moro, conservare l'espressione «società naturale» nell'articolo consentiva di superare la posizione meramente confessionale e affermare i "diritti naturali" della famiglia, mentre per Togliatti la definizione di «società naturale» non aveva alcun effetto giuridico né implicava, di per sé, le conclusioni che La Pira ne avrebbe voluto trarre (cioè «l'indissolubilità del vincolo»).

8. Le modalità di ratifica

8.1 Le modalità di ratifica – afferma Elster – servono a dare legittimità "a valle" al testo costituzionale approvato dall'assemblea costituente.

Si possono individuare le seguenti possibili modalità (*Ivi*: 50):

- diritto di veto dell'autorità esterna convocatrice (ma come può un potere costituito condizionare il potere costituente?);
- ratifica da parte del popolo tramite *referendum* o da parte di una convenzione *ad hoc*;
- nessuna ratifica ulteriore rispetto al voto finale dell'assemblea costituente.

8.2 Nel caso italiano, fu sufficiente l'approvazione da parte dell'Assemblea costituente. Bisogna, però, tener conto che un coinvolgimento popolare era già avvenuto, per via del *referendum* istituzionale nel cui solco aveva operato l'Assemblea costituente.

9. Conclusione

In definitiva, per quanto attiene allo svolgimento complessivo del procedimento costituente, sembra di poter dire che – applicato al processo costituente italiano – lo schema tratto da Elster mostri una sostanziale capacità di tenuta. Alcuni passaggi risultano forse sovrastimati (come la verifica delle credenziali dei delegati), altri sottostimati (come la definizione dei poteri dell'assemblea). Nel complesso, le tappe sembrano però corrispondere e la maggior parte dei profili critici individuati dallo studioso norvegese ricorrono nel caso italiano.

Più critica sembra, invece, la conclusione dal punto di vista della teoria dell'argomentazione. L'analisi del dibattito sull'articolo 29 consente, infatti, di evidenziare alcuni punti critici del modello elsteriano. Il primo problema, è il ruolo

riservato alla retorica e più in generale il concetto di retorica cui egli fa riferimento. Il secondo problema è l'articolazione dei dibattiti secondo l'opposizione argomentare - negoziare, e l'utilità analitica di tale contrapposizione. Il terzo, infine, è quello dell'uso strategico dell'ambiguità. Per quel che concerne questi ultimi due aspetti, è forse possibile integrare il modello elsteriano con strumenti analitici provenienti dalla teoria dell'argomentazione e dalla teoria della negoziazione.

Qualificare la negoziazione e l'argomentazione come «tipi di dialogo» sembra poter consentire una miglior descrizione delle loro caratteristiche e soprattutto della loro compresenza all'interno delle stesse interazioni dialettiche, attraverso il concetto, introdotto da Walton, del «*dialectical shift*». Non si tratta in questo caso di una pura e semplice «combinazione» di tipi di dialogo, quanto di una transizione, più o meno graduale, da un tipo di dialogo a un altro. Può trattarsi di una transizione lecita o illecita, e nel primo caso il secondo tipo di dialogo sarà incluso nel primo, consentendo così di sviluppare ulteriormente, in modo costruttivo, lo scambio dialettico¹². Una negoziazione può così trasformarsi (più o meno inavvertitamente) in un dialogo di tipo persuasivo. Tali transizioni consentono poi di valutare il contesto all'interno del quale un certo argomento può essere o no fallace, sostituendo una concezione rigida della fallacia con una dinamica, legata all'uso di un argomento in un dato tipo di dialogo. Se si considera la concezione elsteriana della negoziazione, ad esempio, e la centralità che in essa riveste la minaccia o l'avvertimento, può essere interessante richiamare l'analisi compiuta da Walton dell'argomento *ad baculum*, secondo la quale il criterio per distinguere tra un uso fallace o no della minaccia è esattamente il tipo di dialogo, dal momento che essa può essere legittima in una negoziazione ma non in un dialogo di tipo persuasivo (WALTON, MACAGNO 2007: 75)¹³.

Per quanto riguarda l'uso strategico dell'ambiguità, esso riveste un ruolo chiave per superare «collassi temporanei della collaborazione». Come ha notato Eric M. Eisenberg, l'ambiguità strategica consente di favorire un accordo su un'astrazione senza impegnare i negoziatori sulle sue possibili interpretazioni future (EISENBERG 1984: 231). Ciò è ancor più importante se si considera che chi argomenta (o negozia) in un contesto deliberativo, può avere più obiettivi, in alcuni casi anche (parzialmente) in contrasto tra loro. Si tratta, come si vede, di qualcosa di molto simile a ciò che Cass Sunstein, in ambito giuridico, ha definito «*incompletely theorised agreements*» (SUNSTEIN 2007) cioè una strategia comunicativa che non minimizza l'ambiguità ma la gestisce (EISENBERG 1984: 238).

Resta da affrontare il ruolo della retorica. Il modello diadico di Elster si rivela essere un modello triadico, al quale tuttavia manca un componente: le «dichiarazioni retoriche miranti alla *persuasione*». E questo perché per Elster il termine «retorica» ha, essenzialmente, un significato negativo, ossia il comune significato di manipolazione, appello alle passioni (e non alla ragione), demagogia. Appare tuttavia riduttivo confinare la retorica al mero appello alle passioni, perché essa costituisce in realtà il quadro teorico di riferimento di ogni discorso persuasivo. E in un ambito come quello deliberativo, la finalità persuasiva accomuna tanto l'argomentazione, quanto la negoziazione, quanto, infine, l'appello alle emozioni. In quanto tecnica del discorso persuasivo, la retorica estende il suo ambito ben al di là del mero appello alle passioni dell'uditorio. Il punto non è neppure l'uso strategico degli argomenti,

¹² WALTON 1992: 138 e MACAGNO 2011: 106.

¹³ Più in generale, sul tema, cfr. WALTON 2002.

quanto, più in generale, l'argomentazione strategica in quanto tecnica discorsiva che ha come fine la persuasione dell'uditorio. La gerarchia elsteriana andrebbe quindi rovesciata, poiché tanto le argomentazioni strategiche quanto le negoziazioni si sviluppano in ultima analisi, in ambito deliberativo, ricorrendo a discorsi di tipo persuasivo (retorico).

Bibliografia

BARILE, Paolo (1966), «Potere costituente» in *Novissimo digesto italiano*, vol. 13, Utet, Torino, pp. 443-450.

CAPORRELLA, Vittorio (2010), «*La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*», in *Storicamente*, n. 6, disponibile su http://www.storicamente.org/07_dossier/famiglia/famiglia_costituzione_italiana.html

DOGLIANI, Mario (1986), *Potere costituente*, Giappichelli, Torino.

DOGLIANI, Mario (1990), «Costituente (potere)», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. 4, Utet, Torino, pp. 281-287.

ELKINS, Z., GINSBURG, T., MELTON, J. (2009), *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, New York.

ELSTER, Jon (2005), *Argomentare e negoziare*, Bruno Mondadori, Milano.

EISENBERG, Eric M. (1984), «Ambiguity as Strategy in organizational communication», in *Communications Monographs*, n. 51 pp. 227-242.

GINSBURG, T., ELKINS, Z., BLOUNT, J. (2009), «Does the Process of Constitution-Making Matter?», in *Annual Review of Law and Social Sciences*, n. 5, pp. 1-23.

GINSBURG, Tom (2012), (ed), *Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, New York.

GRASSO, Pietro Giuseppe (1985), «Potere costituente», in *Enciclopedia del diritto*, vol. 34, Giuffrè, Milano, pp. 642-670.

MACAGNO, Fabrizio (2011), *Types of Dialogue, Dialectical Relevance, and Textual Congruity*, in «*Antropology & Philosophy*», n. 1-2, pp. 101-121.

MORTATI, Costantino (1972), *La Costituente. La teoria, la storia, il problema italiano*, MORTATI, Costantino, *Raccolta di scritti*, vol. 1, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Giuffrè, Milano, pp. 7-343 (ed. orig. 1945).

PACE, Alessandro (1997), «L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale», in *Quaderni costituzionali*, n. 1, pp. 7-50.

PALADIN, Livio (2004), *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna.

POMBENI, Paolo (1995), *La Costituente. Un problema storico-politico*, il Mulino, Bologna.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo (1996), «La discussione nell'Assemblea costituente del 1946 intorno ai suoi poteri, ovvero del potere costituente, delle Assemblee costituenti, dei processi costituenti» in *Diritto pubblico*, n. 1, pp. 1-41.

RICCI, Aldo G. (1996), *Aspettando la Repubblica: i governi della transizione 1943-1946*, Donzelli, Roma.

SUNSTEIN, C.R. (2007), «Incompletely Theorized Agreements in Constitutional Law», *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 147, disponibile su http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=public_law_and_legal_theory.

WALTON, D. (1992), *Types of Dialogue, Dialectical Shifts and Fallacies*, in F.H. VAN EEMEREN et al. (eds.), *Argumentation Illuminated*, Sicsat, Amsterdam, pp. 133-147.

WALTON, Douglas. (2002), *Scare Tactics*, Kluwer, Dordrecht.

WALTON, D., MACAGNO, F. (2007), «The Fallaciousness of Threats: Character and Ad Baculum», in *Argumentation*, 21, pp. 63-81.