

Una Costituente sovrana investita di tutti i poteri? Filippo Vassalli interprete della transizione democratica: appunti, osservazioni, consulenze per gli Alleati (1944-1945)*

GIOVANNI CHIODI

Però, di tutte le città e i paesi abbasso in pianura o su verso i monti, che una volta s'incontravano lungo il viaggio, non restava più niente, essa raccontò al ritorno: al loro posto, non ci si vedeva altro che un polverone... dovunque era lo stesso: più niente, solo un polverone. Pareva che la strana veduta di questo polverone avesse invaso tutte le altre impressioni del suo viaggio, al punto che quasi non ricordava altro.

E. Morante, *La Storia*, Torino, Einaudi, 1974 e 1995, pp. 346-347.

1. *La vocazione pubblicistica di un giurista negli anni della transizione*

Lo studio della figura di Filippo Vassalli, indiscusso protagonista della storia giuridica italiana durante lo Stato liberale, fascista e infine repubblicano, si è giovato negli ultimi anni dei numerosi materiali inediti del suo archivio personale, che ha permesso di ricostruire diversi aspetti di una personalità davvero sfaccettata e multiforme, certamente non riducibile ad un'unica di-

mensione. Professore di materie romanistiche e civilistiche, avvocato cassazionista, legislatore, preside di facoltà e riformatore dell'università, Vassalli, in virtù degli approfondimenti di cui è stato oggetto, non è più solo il riconosciuto artefice massimo del codice civile, ma possiede molti altri volti. La fisionomia che lo connota è quella del giurista intellettuale, capace di lavorare su più tavoli coniugando docenza, attività pratica e incarichi istituzionali al servizio del legislatore, prima liberale e poi fascista. Se questo è il quadro d'insieme, le indagini d'archivio continuano a riservare sorprese, come quelle derivanti dal materiale oggetto del presente contributo, destinato a ricomporre alcuni frammenti di una vera e propria vocazione pubblicistica di Vassalli, finora poco o per nulla esplorata: quella, in particolare, manifestata durante i difficili anni della transizione democratica, culminanti nell'approvazione e nell'entrata in vigore della nuova carta costituzionale del 1948.

Siamo in quello che, di recente, ho proposto di chiamare il «terzo mondo» di Vassalli¹, cioè il primo decennio repubblicano, che le carte d'archivio di cui disponiamo permettono di definire meglio. In questo periodo assistiamo certamente ad una rimodulazione dei compiti istituzionali del giurista romano: messo da parte con la caduta del regime fascista il suo ruolo di legislatore e consulente di ministri di grazia e giustizia (su tutti Alfredo Rocco e Dino Grandi), restano però le altre competenze. Mai abbandonati, in assoluta linea di continuità con gli anni precedenti, sono i suoi impegni forensi e accademici, cui si aggiunge dal 1944² la presidenza della facoltà giuridica romana, che implicò anche rilevanti funzioni nel cantiere della riforma universitaria, che sostituì il precedente intenso coinvolgimento legislativo nella redazione del codice civile. Vassalli, tuttavia, come il materiale che qui si pubblica consente di accertare, ha svolto un ruolo anche negli anni della transizione democratica, in una misura certamente non paragonabile ad altri grandi giuristi dell'epoca, protagonisti a tempo pieno della nuova stagione costituzionale e padri costituenti (su tutti Calamandrei e Mortati), ma comunque non trascurabile.

Di questa temperie fa parte il notissimo episodio della difesa dei senatori dichiarati decaduti dalla carica: una lunga e tormentata vicenda giudiziaria alla quale Vassalli dedicò anche un libro, pubblicato nel 1949³, interamente costruito intorno a scritture forensi (con al centro le tre memorie del 1946, 1947, 1948), la cui singolarità consiste proprio nel fatto di raccogliere materiale tratto dalla fucina della prassi giurisprudenziale (le allegazioni), quasi inventando, si potrebbe dire, un nuovo genere lettera-

rio, accanto alle monografie, ai manuali e ai più solenni trattati, a testimoniare un frammento di storia giuridica italiana⁴. Finora era questo il frutto più tangibile dell'impegno costituzionale di Vassalli nella fase di cui ci occupiamo, originato dalla sua esperienza concreta di avvocato. La difesa dei senatori dichiarati decaduti dalla carica passò infatti attraverso la sottile cruna dell'ago della controversa interpretazione dei decreti legislativi, alcuni di rango costituzionale, emanati dal Governo provvisorio, organo emblematico della fragile e lenta fase di transizione verso la democrazia, garante con i suoi ministri della "tregua istituzionale" sancita dalla "costituzione provvisoria", racchiusa nei pochi ma fondamentali articoli del d.l.lgt. 25 giugno 1944 n. 151. È noto che, nel fervore della lunga e accesa disputa, Vassalli assunse un'attitudine molto critica nei confronti dei provvedimenti epurativi dei senatori emanati del governo provvisorio, sostenendo anche un'interpretazione estensiva della tregua istituzionale prescritta dal d.l.lgt. 151. È altresì noto il suo scetticismo, sul quale torneremo, nei confronti della nuova carta costituzionale e del dogma della sovranità statale: giudizio rassegnato in alcune riflessioni scritte nel decennio repubblicano, influenzate dalla condizione italiana dopo l'immane catastrofe bellica e da un confronto con l'esperienza costituzionale britannica, che fecero da potente catalizzatore per lo storicismo di Vassalli.

I materiali ritrovati in archivio restituiscono una visione più articolata del suo pensiero intorno a specifici problemi giuridici della transizione democratica, al punto da far rimpiangere un'esposizione più completa, che non era nelle sue corde di osservatore attento e acuto degli eventi, ma più incline a

dipingere miniature che vasti affreschi d'insieme, ad esprimersi su singole questioni giuridiche che su problemi più generali. Ciò nonostante, si tratta di una documentazione di estremo interesse, sia per i punti di vista che esprime, sia per la ricostruzione della rete di rapporti intessuti da Vassalli in quel periodo con interlocutori ufficiali, come la *Allied Control Commission* (ACC).

Su un totale di sei testimonianze, spiccano infatti i due *legal advice* resi sull'interpretazione del d.l.lgt. 151 commissionati dalla *Legal Sub-Commission* coordinata dal *Chief Legal Advisor* W.E. Behrens e da quest'ultimo comunicate rispettivamente il 29 novembre 1944 e il 30 agosto 1945. Consulenze collettive, rivolte cioè ad un *pool* di autorevoli giuristi italiani, di cui faceva parte anche Filippo Vassalli, per un totale di sette giuristi nel primo caso e quattro nel secondo. Affine a questi due pareri strutturati, abbiamo inoltre copia dattiloscritta di un intervento finora non meglio contestualizzabile, intitolato *Osservazioni circa la posizione politica e giuridico-costituzionale del Gabinetto italiano*, che ricerca il fondamento costituzionale e giuridico dei poteri del governo provvisorio.

A margine di questi tre scritti più ordinati e organizzati nello schema di un parere o di un intervento, disponiamo infine di due appunti autografi e di un conciso ma dettagliato intervento dattiloscritto, che compongono idealmente una trilogia sui limiti di fatto della Costituente. Si può anzi dire che l'intero *dossier* vassalliano venuto alla luce dagli scavi archivistici abbia come baricentro i poteri della Costituente: in dipendenza dei limiti derivanti dalla posizione internazionale dell'Italia (App. 1); rispetto alla soluzione della questione istituzionale (*legal advice* per gli alleati 29 no-

vembre 1944, App. 4) e ai poteri legislativi e di governo (*legal advice* per gli alleati 30 agosto 1945, App. 5).

2. «C'è proprio bisogno di rifare lo Stato?»: il vero dilemma della Costituente

Così sommariamente indicate le tappe del percorso che ci proponiamo di compiere in queste pagine, è opportuno iniziare proprio dalla trilogia di scritti appena menzionata, che appare quanto mai composita. Si tratta infatti di due appunti autografi, vergati rapidamente sulla carta quasi a liberare i pensieri sul tema, e di un breve intervento in cui parte di quelle digressioni prendono la forma di un discorso sistemato e definito sulla carta: malgrado la brevità, come sempre in Vassalli, anche le notazioni più rapide sono comunque la spia di un ragionamento più complesso. È difficile giungere ad una datazione certa di queste carte, che potrebbero collocarsi nel 1944-1945, avendo quale comune denominatore l'idea della fine del dogma della sovranità nazionale, che è un concetto sul quale Vassalli insisterà anche in altri scritti del dopoguerra: basterà qui fare riferimento a quelli generati dalle sue impressioni di viaggio in Inghilterra nel novembre-dicembre 1945⁵.

Il primo appunto⁶ assume infatti un tono pessimistico, o quanto meno scettico, in ordine alla possibilità di ricostruire uno Stato «sfasciato»⁷. Lo «sfascio» della cruda prosa di Vassalli corrisponde al «polverone» che si offre allo sguardo di Annita nel grande romanzo storico di Elsa Morante, di cui in epigrafe abbiamo voluto riprodurre un frammento. La «carenza attuale dello Stato» e l'opportunità o la

possibilità di ricostituirlo: è questa per Vassalli la questione centrale da risolvere preliminarmente ad altre, come la cruciale questione istituzionale (monarchia o repubblica?) che tanto occuperà, invece, lo spazio della discussione politica.

C'è da decidere innanzitutto se convenga «rifare lo Stato» oppure sperimentare modi alternativi di «civile convivenza». A questo angosciante interrogativo il giurista perviene dopo aver constatato la perdita degli elementi costitutivi di uno Stato: esercito, polizia, governo, capo, idea, ideale, armata, diritto, territorio sicuro nei suoi confini.

Di cosa, dunque, in questa sorta di anno zero, potrebbe discutere la futura Costituyente? È questo il nodo gordiano del secondo appunto (App. 2)⁸.

La questione istituzionale, come si accennava prima, che Vassalli per inciso mostra esplicitamente di ritenere uno degli oggetti sottoposti alla decisione dell'Assemblea (mentre il punto come si vedrà era controverso), passa in secondo piano rispetto all'interrogativo prioritario: «ci deve essere uno Stato italiano?»⁹. Vassalli avanza pertanto dei dubbi sugli effettivi poteri della Costituente, che gli appare condizionata nel suo agire dalla situazione internazionale. La coincidenza con le meditazioni esposte dallo stesso autore in altra sede è piena¹⁰: è la stessa sovranità italiana ad essere in bilico, se non annientata, e a generare dubbi quanto al concreto margine di indipendenza dei padri costituenti. Notazioni quasi di getto e improvvisate, come si vede, espressione di un'inquietudine vera, determinata dagli eventi, e affine a quella di altri giuristi del periodo¹¹.

Un tono analogo ha l'altro scritto di questa trilogia sui limiti dell'azione della

Costituente, che non a caso abbiamo accostato alle due note autografe di cui si è appena parlato¹². Qui il pensiero di Vassalli si distende in una riflessione che abbandona i moti scomposti dell'animo per consolidarsi in un discorso più organico, che ha sempre come tema i poteri della Costituente, che cosa «si vuole fare» e che cosa «si può fare» nell'attuale momento di crisi del «dogma giuridico della sovranità statuale», che «non può illudere più nessuno». E dunque è questo, secondo Vassalli, il vero nodo della questione costituente: quali sono i reali margini di azione per l'Italia, la «sfera di libertà» che ad essa sarà riservata in sede internazionale, non essendo la mera indipendenza territoriale sufficiente a fondare anche l'autodeterminazione. La Costituente, perciò, date queste premesse, si presenta per Vassalli ancora di fatto fortemente condizionata nelle sue scelte.

Ci sono poi i due distinti problemi del ruolo della Costituzione e del suo contenuto. Sul primo punto, Vassalli manifesta tutta la sua preferenza per una costituzione affidata alla storia, di «formazione lenta e graduale», come quella inglese si potrebbe aggiungere avendo in mente altri suoi scritti. Per il Vassalli storicista, infatti, «la costituzione non è come un abito che si ordina su commissione»: non si può fare a meno di notare come da questa frase traspaia un certo scetticismo sulla forza normativa di un documento forgiato da una nazione riunita in assemblea a formulare principi generali, molto dipendendo dall'attuazione di quanto scritto sulla carta¹³. È lo stesso spirito critico espressione di un disagio a suo tempo manifestato da Vassalli riguardo alle dichiarazioni della Carta del lavoro: altro il testo programmatico, altro la sua concreta realizzazione in regole se possibile certe e

determinate. Comunque sia di questa affermazione sul valore relativo di una carta costituzionale, che collima con analoghe sue prese di posizione¹⁴, la Costituzione che ci si appresta a formare è tuttavia una strada obbligata che ottiene il pieno favore di Vassalli.

Ci sembra questo un elemento nuovo da tenere nella massima considerazione. Ammessa la preferenza per un modello costituzionale che si fa nel tempo, piuttosto che essere deciso a tavolino in laboratorio da una assemblea di nomoteti, Vassalli afferma tuttavia l'assoluta necessità per l'Italia di darsi una costituzione, trovandosi in una situazione di «vuoto costituzionale». Il maestro romano, infatti, condivide qui implicitamente una tesi che esporrà in forma più esplicita nello scritto sui poteri del Gabinetto¹⁵. Gli italiani al momento sono «un popolo senza costituzione»: frase nella quale possiamo leggere una posizione contraria alla tesi della continuità costituzionale, più lucidamente ed estesamente argomentata da altri grandi costituzionalisti del tempo, come Mortati e Calamandrei¹⁶. Allo stato, il ritorno allo Statuto pre-fascista appare impossibile e la costituzione fascista è stata distrutta: da qui la constatazione di un vuoto costituzionale che è opportuno colmare. La nuova costituzione appare dunque come una necessità da sostenere, malgrado le preferenze personali per una soluzione storicistica all'inglese. Se così è, ne traiamo la conclusione di un sostegno alla Costituente e non di un rifiuto da parte di Vassalli. Che cosa poi questa Costituente voglia e possa fare è un altro discorso, che abbiamo già affrontato ed è ora utile completare.

Sul "potere" Vassalli sospende il giudizio, in attesa delle decisioni sullo «statuto internazionale dell'Italia». Sugli oggetti

della volontà costituente, offre un ampio elenco di temi da decidere: di nuovo la forma monarchica o repubblicana, la gestione collettiva dei mezzi di produzione, la «limitazione delle fortune individuali», la co-scrizione obbligatoria, la polizia; e ancora l'organizzazione interna (che comprende i rapporti tra i poteri dello Stato, il sistema elettorale, le amministrazioni periferiche, l'insegnamento, l'assistenza e la previdenza. Ci si sarebbe aspettato un più deciso accento sul rafforzamento delle libertà individuali alla Calamandrei o alla Mortati, ma si tratta di un discorso non enfatizzato nelle pagine che stiamo illustrando: forse specchio di uno scetticismo di Vassalli riguardo alla scrittura dei diritti di libertà, che per altri giuristi¹⁷ rientravano invece tra i compiti più urgenti di una nuova carta costituzionale?

3. *Legittimo, ma con poteri legislativi circoscritti: il Gabinetto del governo provvisorio*

Risposte più precise e circostanziate ricaviamo dagli altri documenti del *dossier*, che si occupano di questioni più specifiche e mirate. Di grande interesse si rivela lo scritto sul fondamento costituzionale del Gabinetto nel governo luogotenenziale, cardine della costituzione provvisoria dello Stato disposta dal d.l.lgt. 151¹⁸.

In questo testo, Vassalli si chiede innanzitutto quale sia la base costituzionale del governo provvisorio. La risposta permette di inserirlo a pieno titolo tra i discontinuisti, alla pari di Calamandrei, Mortati e altri giuristi, che negano recisamente la continuità istituzionale, ma con alcune differenze. Per riassumere lapidariamente la tesi di Vassal-

li, la base «giuridico-costituzionale» del Gabinetto – che, ricordiamolo, in assenza del Parlamento (abrogata la Camera dei fasci e delle corporazioni; non formalmente soppresso ma disattivato il Senato; non ricostituita la Camera dei deputati) aveva anche potere legislativo (come stabilito dal d.l.lgt. 151), da esercitarsi attraverso decreti legislativi luogotenenziali – non poteva rinvenirsi in alcuna costituzione: non la costituzione preesistente all'avvento del regime fascista; non la costituzione fascista; non la futura nuova costituzione. Dallo scritto risultano limpidamente le ragioni del «vuoto costituzionale» (per usare l'espressione di Calamandrei), sul quale era sorto il governo provvisorio luogotenenziale.

Anche Vassalli non crede alla possibilità di un aggancio con lo Statuto albertino, fonte di un governo parlamentare soppresso dal fascismo; e non crede altresì alla connessione con la costituzione fascista, ormai dissolta, mentre la nuova costituzione democratica non è ancora stata predisposta, né la Costituente ancora eletta. La conclusione è dunque quella dell'assenza di una base giuridica costituzionale. È interessante notare che Vassalli, come Calamandrei e Mortati, e a differenza di Vezio Crisafulli¹⁹, non ritiene plausibile fondare il governo provvisorio sulla luogotenenza, istituto anomalo e per nulla conseguente all'omonima figura prevista dallo Statuto albertino, soprattutto perché, a differenza di quella, si trova ad operare in un ordine privo di Parlamento, così che il governo è chiamato ad esercitare eccezionalmente anche un potere legislativo, pur non essendo «rappresentativo» come un Parlamento²⁰. Sembra di cogliere un'enfasi negativa di Vassalli su questo strapotere del governo, «che va oltre allo stesso totalitarismo del

regime fascista, senza peraltro – a differenza del regime fascista – essersi creato una base costituzionale operando entro le linee maestre della costituzione precedente». Ben diversi erano stati gli accenti di Mortati che, nel suo fondamentale studio sulla Costituente del 1945, sicuramente letto da Vassalli (come dimostrano quanto meno le difese dei senatori), pur caratterizzando il governo provvisorio con l'epiteto di «dittatoriale» ne aveva invece giustificato i poteri straordinari di cui era dotato²¹, come del resto era accaduto con la sua concezione del Comitato di liberazione nazionale²².

Una seconda differenza rispetto alle aperture di Mortati si riscontra anche nel tentativo di Vassalli di fondare comunque la legittimità del governo provvisorio su altre basi che non siano quelle di una costituzione. A questo riguardo, esclusa nettamente l'ipotesi di una sorta di «comitato di salute pubblica», Vassalli preferisce risolvere la questione indicando con sicurezza la fonte di legittimazione del Gabinetto nell'investitura, cioè nel riconoscimento, da parte dell'autorità alleata. La tesi collima con la visione degli Alleati ed è giuridicamente salda. Piuttosto è da osservare che Vassalli è alieno dal ricercare una autofondazione del potere costituente, preferendo un riconoscimento formale da parte di un'autorità: il mondo di Mortati e tutta la sua raffinata costruzione di un potere costituente fondato su un «fatto normativo», in una certa misura condiviso anche da Calamandrei, sembra dunque estraneo alla sua cultura costituzionale²³.

Malgrado la sicura efficacia di un argomento come quello usato da Vassalli, soprattutto dal punto di vista degli Alleati, è altrove che ci dobbiamo rivolgere per rinvenire costruzioni dotate di un respiro

più libero e innovativo. Ciò non toglie che la posizione sia perfettamente giustificata alla luce di quanto finora emerso: Vassalli, come abbiamo visto, è portato a sottolineare il condizionamento italiano rispetto agli impegni internazionali e al governo alleato. Appare logico, pertanto, dal suo punto di vista, fondare la legittimità del governo su quelle basi.

Comunque sia di questo profilo, importa ora osservare che proprio perché privo di base costituzionale, secondo Vassalli il governo provvisorio incontra dei limiti evidenti alla sua azione, che è ridotta all'adempimento dei «compiti quotidiani dell'amministrazione per i fini insopprimibili della conservazione». Non è solo «la posizione costituzionale» a dettare una simile conclusione, ma anche «la realtà politica» in cui il governo si trova ad operare. Il governo provvisorio nasce dunque con poteri più estesi di un normale governo costituzionale, ma nello stesso tempo più circoscritti. La soglia consiste nell'obbligo di «non intaccare le strutture fondamentali dell'ordinamento sociale ed economico del popolo sul quale si estende la sovranità dello stato» e di rispettare la politica internazionale. Posizione ortodossa, questa di Vassalli, che riconosce, fonda ma insieme limita i poteri del governo provvisorio, come del resto attestato dallo stesso d.l.lgt. 151, che obbligava ministri e governo a giurare il rispetto della «tregua istituzionale» (controverso sintagma su cui Vassalli eserciterà il suo sottile ingegno nei processi in difesa dei senatori²⁴). In conclusione, non si riscontrano nostalgie di passato nelle posizioni costituzionali di Vassalli: il mondo dello Statuto è tramontato, anche se Corona e Senato sono ancora presenti nell'ordine costituzionale italiano.

4. *Il legal advice agli Alleati sulla questione istituzionale: Costituente o referendum?*

Il 29 novembre 1944 il colonnello W.E. Behrens, *Chief Legal Advisor* della ACC, comunicava all'ambasciatore Alexander Kirk il parere della *Legal Sub-Commission* sulla controversa interpretazione del d.l.lgt. 151 in merito alla soluzione della questione istituzionale (monarchia o repubblica), conformandosi alla consulenza resa da «seven of the most eminent jurists in Rome»²⁵. A corroborare l'oggettività del parere *pro veritate* ricevuto, Behrens aveva cura di precisare che i sette giuristi consultati manifestavano diverse idee politiche. Si trattava di un insigne gruppo di professori-avvocati di diversa provenienza accademica e diversa specializzazione: Roberto Ago (Milano), Filippo Vassalli (Roma), Giuseppe Ferri (Milano)²⁶, Pasquale Chiamenti (Genova), Mario Scerni (Firenze), Giuliano Vassalli (Genova), Vezio Crisafulli (Trieste). Una compagine nella quale spiccano i nomi dei due Vassalli, padre e figlio; due esperti internazionalisti (Ago e Scerni); un gius-commercialista di vaglia e collaboratore di Vassalli (Ferri); un comparatista (Chiamenti); un giovane ma già affermato costituzionalista (Crisafulli). Il più anziano del *team*, e il più autorevole insieme a Roberto Ago, è Filippo Vassalli, seguito da Giuliano (nato nel 1915) e dagli altri, della generazione nata ai primi del Novecento (1907-1910).

La risposta di Behrens a Kirk, come vedremo favorevole a incardinare *de iure condito* la scelta istituzionale nella Costituente, ha un antefatto.

Il 3 luglio 1944 il *Chief Commissioner* Ellery W. Stone, allora capitano, comunicava in un memorandum al generale Sir

Henry Maitland Wilson i risultati a dir poco sorprendenti della sua interlocuzione con il governo Bonomi, nella persona del presidente del Consiglio (Bonomi) e del sottosegretario agli esteri (Visconti Venosta)²⁷. Oggetto dell'inchiesta: chiarire la posizione del governo italiano, a fronte del comunicato del 23 giugno 1944 che dava un'interpretazione sibillina della bozza del futuro d.l.lgt. 151 che, come noto, avrebbe affidato la scelta della forma di governo (monarchia o repubblica) alla Costituente medesima, che sarebbe stata eletta «a tal fine» dal popolo. Invece, dalle spiegazioni ricevute, Stone aveva ricavato una ben diversa determinazione: i due politici lo avevano informato che il governo in realtà non aveva ancora deciso tra referendum e Costituente, e che il comunicato aveva solo lo scopo di rassicurare sul fatto che la decisione sarebbe spettata al popolo e che la Costituente sarebbe stata eletta²⁸. Stone comprende che la questione è di capitale importanza politica, cita le opinioni di Churchill e Roosevelt sulla necessità che sia il popolo a dover liberamente decidere la questione istituzionale²⁹ e avanza anche la propria idea: «the best chance of a fair decision of the issue between monarchy and republic would be a referendum, or plebiscite – preferably under Allied supervision». In attesa che il governo decida, l'alto ufficiale chiede quindi istruzioni sulla linea che la ACC deve seguire.

La lettera di Stone innesca una procedura interna alla Commissione.

Il 5 ottobre 1944 il vice-presidente della *Civil Affairs Section* della ACC, brigadiere G.R. Upjohn, scrive al *Chief Legal Officer* incaricandolo di interpretare il d.l.lgt. 151³⁰. Nella costituzione provvisoria disegnata da questo testo fondamentale il problema era

stato infatti risolto espressamente all'art. 1, ma non nel senso sostenuto dal governo: «Dopo la liberazione del territorio nazionale, le forme istituzionali saranno scelte dal popolo italiano che a tal fine eleggerà, a suffragio universale diretto e segreto, una Assemblea Costituente per deliberare la nuova costituzione dello Stato». Il 6 ottobre 1944, in risposta al quesito, il colonnello Richard H. Wilmer, *Chief Legal Advisor*, replica che il testo del decreto è chiaro nell'affidare la decisione alla Costituente³¹. Il Governo si è dunque legato le mani, contro quanto dichiarato a Stone da Bonomi. Tutto ciò che può fare, a meno che la Costituente non decida di consultare il popolo con referendum (soluzione però discutibile, come vedremo), è di abrogare il decreto ed emanarne uno nuovo.

La questione sembra così definitivamente risolta. Ma un colpo di scena viene a modificare il quadro e a generare un secondo dettagliato memorandum in data 17 novembre 1944 del *Chief Commissioner* Ellery W. Stone, ora ammiraglio, al generale Wilson³²: il principe Umberto, Luogotenente del Regno, rilascia la nota intervista al *New York Times*, in cui dichiara di essere favorevole al referendum («a straight choice»), nell'evidente intento di accreditare la monarchia come interlocutrice privilegiata della sinistra. E infatti Herbert L. Matthews intitola il suo pezzo *Monarchy of Left*³³.

La lettura del pezzo – che poteva considerarsi una violazione della tregua istituzionale³⁴ – crea scompiglio a Roma e il governo è costretto ad emettere un altro comunicato nel quale «reaffirms the solemn pledge to decide about the institutional issue through the vote of a Constituent Assembly, as it has been established by a State law»³⁵. A questo punto, Stone ritiene giustamente questa af-



Filippo Vassalli a Montevideo (Uruguay), 25 settembre 1951 (Università di Milano-Bicocca, Polo di Archivio Storico, Archivio Filippo Vassalli, Fotografie)

fermazione in contrasto con le assicurazioni fornitegli dal governo, così come messe nero su bianco nel suo precedente memorandum a Wilson del 3 luglio, e ne chiede spiegazione nuovamente al presidente Bonomi e al sottosegretario agli esteri i quali, il 9 novembre, complicano ulteriormente il quadro, riconoscendo che i partiti della sinistra sono favorevoli alla repubblica ma contrari al referendum, e che comunque, al di là di quanto ufficialmente dichiarato nel comunicato, la corretta interpretazione del d.l.lgt. 151 è un'altra: alla Costituente spetta di determinare la «forma di governo», ma non il «tipo di governo – monarchia o repubblica», scelta che potrebbe quindi

essere demandata al popolo per referendum. In altri termini, secondo Bonomi la legge non preclude affatto l'indizione di un referendum e comunque nulla vieta di emanare un nuovo decreto che chiarisca il punto in questione. Il presidente del consiglio si spinge fino ad esprimere il personale desiderio che siano gli Alleati a chiedere di far decidere la questione per referendum. Stone rimane perplesso rispetto alla questione e rilancia sullo strumento per meglio assicurare la consultazione popolare che, come sappiamo, lo vede personalmente favorevole: inserire un'apposita clausola nel trattato di pace.

La questione si complica ulteriormente il 20 novembre 1944, quando l'ambasciatore Alexander Kirk scrive a Stone che i giuristi americani del Dipartimento di Stato hanno dato un'interpretazione del d.l.lgt. 151 diversa da quella della *Legal Sub-Commission*: il decreto non commette alla Costituente di decidere sulla scelta tra monarchia e repubblica, ma solo sulla nuova costituzione e sulle «forme» istituzionali intese come «forme di governo», secondo l'ipotesi ermeneutica del Governo. Poiché la questione è considerata di vitale importanza dal punto di vista politico, Kirk chiede un ulteriore chiarimento ermeneutico alla ACC e inoltre se la stessa nell'approvare il d.l.lgt. avesse compreso che era stata fatta una scelta tra referendum e Costituente³⁶.

A questo stadio dell'affare, divenuto giuridicamente dibattuto, la parola passa nuovamente alla *Legal Sub-Commission* che, proprio in vista degli autorevoli dubbi espressi dal Dipartimento di Stato, decide di chiedere un parere a sette eminenti giuristi, i quali ritengono all'unanimità e senza esitazioni (il punto viene volutamente sottolineato) che la scelta rientri tra le funzioni della Costituente. Il *Chief Legal Adviser* Behrens ne dà notizia a Stone il 29 novembre 1944³⁷.

I giuristi, non senza una vena polemica, affermano innanzitutto preliminarmente che la *construction* del d.l.lgt. 151 deve compiersi secondo i canoni italiani di ermeneutica e non in base alle intenzioni dei ministri del tempo. Nel merito, sostengono inoltre che la lettera dell'art. 1 affida la decisione delle «forme istituzionali» o «forme di governo» (monarchia o repubblica) alla Costituente, respingendo l'interpretazione restrittiva del Dipartimento di Stato (appoggiata a sua volta su quella del Governo). Trovano ancora nel

testo un altro argomento a sostegno di questa interpretazione: l'art. 3, che dispone la tregua istituzionale fino alla convocazione dell'Assemblea Costituente, rendendo perciò evidente che la scelta debba essere fatta dall'assemblea stessa. Infine, rammentano che le norme sull'elezione della Costituente non sono ancora state stabilite e potrebbero prevedere l'adozione di un elaborato sistema proporzionale idoneo a dare ampia rappresentanza al popolo, con lo stesso effetto di un referendum. Ma anche se così fosse, viene precisato, la decisione spetterebbe comunque alla Costituente.

Il *Chief Legal Adviser* accoglie l'opinione dei giuristi e sostiene che le ragioni avanzate dal presidente del Consiglio non si accordano con la «true interpretation» del d.l.lgt. 151: in particolare risulta fuorviante («misleading») la distinzione tra «forme» e «tipi» di governo avanzata dal Governo. Behrens aggiunge che, come già sostenuto nel precedente parere, il governo italiano potrebbe legittimamente emanare un nuovo decreto cambiando i termini della questione.

È interessante notare che nel gruppo dei giuristi non è stata raggiunta l'unanimità quanto alla possibilità che la Costituente, una volta insediata, determini la questione istituzionale tramite referendum, dipendendo dalle norme di procedura ancora da stabilire e sembrando ad alcuni che sarebbe comunque contrario allo spirito della legge. Il colonnello Behrens non omette di rispondere all'altro quesito posto dal Dipartimento di Stato, circa la consapevolezza del problema da parte della ACC al momento di prestare la sua approvazione al d.l.lgt. 151: in realtà, la *Legal Sub-Commission* non era mai stata consultata nelle more della preparazione del decreto.

Non seguiamo nei dettagli l'ulteriore *iter* del caso. Osserviamo soltanto che l'interpretazione data dai giuristi e dalla Sotto-Commissione legale appare in effetti non soltanto ineccepibile, ma anche conforme a quella dei più importanti giuristi italiani: basti citare Mortati, Calamandrei, Crisafulli, e il giovane Guarino³⁸. Di questa schiera fa parte anche Filippo Vassalli, come provano sia i documenti citati al § 2, sia il parere collettivo.

La vicenda giuridica qui sommariamente riassunta è rilevante anche per altri motivi: essa è un anello fondamentale, che porterà il governo De Gasperi a modificare il d.l.lgt. 151: tramite il d.l.lgt. 98/1946; prova, inoltre, l'ambiguità (che per alcuni diventa inaffidabilità) delle dichiarazioni di Bonomi su un tema così importante; attesta inoltre la divergenza di opinioni tra la ACC e il Dipartimento di Stato. Anche se la decisione che porterà al *revirement* del 1946 è di natura politica, l'interpretazione del d.l.lgt. 151 ne costituisce un presupposto essenziale ed ai nostri fini è importante sottolineare il ruolo rivestito da Vassalli, evidentemente riconosciuto dagli Alleati come giurista eminente, seppure non isolato da altri. Questa risoluzione fu presa anche a seguito di interlocuzione con gli Alleati, che indipendentemente da un intervento diretto svolsero quindi un ruolo sinergico³⁹. È di estremo rilievo notare comunque che le perplessità giuridiche generate dal d.l.lgt. 151 non furono indifferenti nell'orientare i successivi passi. Ci è sembrato perciò di interesse ritornare su questo *dossier*, poco o nulla valorizzato nella sua dimensione giuridica dalle ricerche.

Per completare il quadro si aggiungano in epilogo due dettagli. Il 12 dicembre 1944 Stone scrive al Presidente del Consiglio Bonomi una lettera in cui, proprio a

seguito della ridda di interpretazioni di cui era stato variamente oggetto il d.l.lgt. 151, malgrado le sue assicurazioni verbali sul significato dato dal suo governo⁴⁰, si rendeva opportuno per il futuro effettuare un reale controllo preventivo sui decreti⁴¹: la *querelle* aveva dunque lasciato un ulteriore segno, consistente nella revisione del metodo legislativo. Inoltre, se ancora il 3 gennaio 1945 Bonomi confermava a Stone l'interpretazione del d.l.lgt. 151 data dal suo governo⁴² e il 3 maggio 1945 rinnovava la richiesta dell'inserimento di una clausola apposita nel trattato di pace⁴³, e il Dipartimento di Stato continuava a perorare la causa del referendum⁴⁴, dal canto suo il 30 giugno 1945, a pochi giorni dall'insediamento del governo Parri, Stone confermava la sua posizione in un memorandum indirizzato al Comandante Supremo delle Forze Alleate Harold Alexander⁴⁵, e il 17 luglio 1945, a quasi un mese dalla costituzione del governo il *Chief Commissioner*, pur ribadendo la sua preferenza per il referendum, continuava a ritenere che il d.l.lgt. 151 precludesse questa via, per seguire la quale si rendeva necessario emanare un nuovo decreto⁴⁶. Altri eventi documentati provano che questa manovra di marcia verso il referendum sarebbe stata la strategia del futuro, che avrebbe condotto direttamente il governo De Gasperi ad emanare il già menzionato d.l.lgt. 98 del 16 marzo del 1946⁴⁷.

5. «*The fundamental idea of a sovereign body invested with all power*»: il legal advice in difesa dei pieni poteri della Costituente

Gli archivi della ACC custodiscono un altro documento di fondamentale importanza al

fine di tratteggiare il ruolo di Filippo Vassalli quale consulente degli Alleati su questioni costituzionali. Questo contributo, se non andiamo errati, è passato in sordina negli studi, mentre merita invece un forte rilievo. Si tratta di un'altra questione di «construction of the Italian decree, DLL No. 151 of 25 June 1944» che, come nell'episodio appena narrato, è tra i fattori giuridici che influenzeranno la modifica legislativa attuata con il d.l.lgt. 16 marzo 1946 n. 98. Il tema è dei più discussi anche in dottrina: i poteri legislativi e di governo della Costituente, una volta insediata, rispetto a quelli del Gabinetto, che la costituzione provvisoria stessa legittimava a continuare le sue funzioni anche dopo l'entrata in attività dell'assemblea: un passo avanti e un passo indietro rispetto alla svolta di Salerno, secondo l'appuntito commento di Leo Valiani⁴⁸.

Ancora una volta, a formulare il dubbio e a prendere misure opportune per risolverlo consultando esperti giuristi esterni, si muove la *Legal Sub-Commission*, nella persona del *Chief Legal Advisor*, colonnello Behrens, che il 30 agosto 1945, appena entrato in carica il governo Parri, rende al *Chief Commissioner* un articolato parere sulla delicata questione, fondandolo sul *legal advice* di quattro giuristi⁴⁹.

In questo ulteriore consulto di giuristi italiani si può constatare una ripetizione dello schema utilmente impiegato in precedenza: la questione si deve risolvere applicando rigorosamente i criteri di interpretazione della legge vigenti nell'ordinamento italiano, poiché il problema, come si puntualizza, è essenzialmente di diritto costituzionale italiano.

Fermiamo preliminarmente l'attenzione sui giuristi consultati, che sono quattro

e vengono individuati semplicemente con le loro qualifiche e non con le loro generalità: il consigliere personale del Presidente del Consiglio (Parri); il Capo di gabinetto di Nenni, «who was the lawyer then specifically charged by Nenni with framing the proposed laws»⁵⁰; il preside della Facoltà di Giurisprudenza di Roma, «who is one of the most distinguished advocates in Cassation» (Filippo Vassalli); un altro avvocato cassazionista e professore all'Università di Genova⁵¹. Filippo Vassalli, dunque, viene nuovamente riconosciuto come esperto accreditato, adatto a sciogliere complicate questioni giuridiche.

Che lo schema adottato, come già anticipato, fosse lo stesso della precedente consulenza, è provato dal fatto che i quattro giuristi ritengono che i termini «Assemblea Costituente» siano «words of art», vocaboli tecnici dotati di un loro ampio significato preciso, e non «words of description», secondo la tipica tecnica definitoria anglo-americana. E dunque sono parole da assumere in un significato largo, corrispondente al «general European concept of a Constituent Assembly», derivato dalla Rivoluzione francese del 1789 e che coincide con l'idea di un corpo sovrano, di per sé dotato di tutti i poteri (legislativi e di governo) e soprattutto non limitabile nella sfera di tali poteri.

In aggiunta all'argomento storico, i «four leading and most responsible jurists» affermano: a) che l'art. 1 del d.l.lgt. 151, nel conferire alla Costituente il compito di redigere la nuova costituzione, non limita ulteriormente la sua azione; b) che per l'art. 3 i ministri non pregiudicheranno la questione istituzionale «fino alla convocazione dell'Assemblea», il che implica un'assunzione totale di poteri da parte della

stessa dopo la sua istituzione; c) addirittura – e si tratta della lettura più dirompente dei quattro esperti⁵² – che, nonostante l'art. 4 conferisca testualmente i poteri legislativi al Gabinetto «fino all'entrata in funzione del nuovo Parlamento»⁵³, tali parole si devono interpretare restrittivamente, nel senso che in caso di proclamazione della repubblica il re dovrà abdicare, il Luogotenente rassegnare le dimissioni e non sarà più possibile applicare la procedura legislativa del governo provvisorio; d) che, secondo quanto esige il «general feeling of the people», come nel 1789 il popolo è chiamato ad eleggere un corpo che non dovrà limitarsi a redigere la nuova costituzione, ma potrà anche legiferare su tutte le maggiori questioni del momento. In definitiva, grazie ad una raffinata operazione ermeneutica basata sul significato largo di un vocabolo tecnico, i giuristi avanzano anche stavolta un'interpretazione dei termini del d.l. lgt. 151 tale da assicurare alla Costituente, dal momento della sua entrata in funzione, pienezza di poteri, legislativi e governativi. Il compito si presentava però giuridicamente più arduo rispetto alla soluzione della questione istituzionale: si trattava infatti di intendere i termini oltre la loro *strict interpretation*, facendo valere un argomento storicistico (che qui, forse, ci sia una traccia della nota perizia vassalliana in questo campo?) e traendone le conseguenze. Il che significava riaprire la questione del riparto di potere tra governo e Costituente, oltre i termini letterali stabiliti dal decreto, attraverso l'ingegnosa *construction* relativa al punto c). Infine, i giuristi italiani insistono ulteriormente sulla loro intenzione di applicare criteri rigorosamente nazionali di interpretazione, e non anglo-sassoni.

Il *Chief Legal Advisor* tenta stavolta di

replicare, cioè di avanzare una *dissenting opinion*, anche se inutilmente, poiché i quattro giuristi consultati sono unanimi nel loro parere. Si tratta – egli ne è ben consapevole – di argomenti puramente «accademici», di fronte ad una tale unità di intenti. La sua posizione è radicalmente opposta e favorevole ad una *strict interpretation* per i seguenti motivi: a) l'espressione «Assemblea Costituente» introduce una definizione stipulativa («*words of description*») secondo la tecnica degli *statutes* anglo-americani, per cui l'interprete si deve attenere strettamente a quanto stabilito nel decreto, che menziona solo il potere di redigere la nuova costituzione; b) l'art. 3 viene letto in maniera opposta a quanto fatto dai giuristi italiani, cioè come se non implicasse che i ministri non debbano restare in carica anche dopo la convocazione dell'assemblea, tant'è vero che essi devono giurare di esercitare la loro funzione senza limitazioni di tempo e di non pregiudicare la soluzione della questione istituzione solo fino alla convocazione della Costituente⁵⁴; c) l'art. 4 è testualmente dirimente nel prevedere la continuazione dei poteri legislativi in capo al Gabinetto e, in caso di esito favorevole alla repubblica, l'abdicazione del re non deve travolgere anche il Consiglio dei ministri e sarà dovere del re provvedere secondo costituzione ad assicurare la continuazione del Gabinetto fino all'entrata in funzione del nuovo governo. Come nel caso precedente, anche per questa complicata questione si assiste al ripetersi di uno scontro dialettico tra ACC e *Department of State*, a dimostrazione di come diritto e politica concorrono nella soluzione del problema.

Il Dipartimento di Stato interviene infatti il 22 ottobre 1945⁵⁵ a formulare una «*strict interpretation*» del d.l. lgt. 151⁵⁶,

smentendo totalmente l'opinione del *Chief Legal Advisor*, appoggiata sul parere dei quattro giuristi italiani, che non è ritenuta convincente⁵⁷. In sintesi, la ragione del dissenso consiste nel fatto che in Italia, a differenza di altre esperienze europee, la Costituente sarà destinata ad operare in un ordinamento giuridico riconosciuto dagli Alleati e obbligata ad operare sotto la loro supervisione, e questo regime legale comprende poteri di governo e legislativi conferiti al Gabinetto. In questa prospettiva, ogni argomento tratto da altre esperienze storiche cade e si deve ragionare per analogia con le convenzioni costituzionali statunitensi, che a tali assemblee affida solo poteri di redazione o correzione di una costituzione. La presenza, in altri termini, di un legittimo governo basato sul Consiglio dei ministri e il Luogotenente, supportato dal consenso degli Alleati (come aveva sostenuto Vassalli⁵⁸), impedisce di applicare per analogia il regime di altre situazioni europee, diverse da quella italiana; e dunque i poteri della Costituente italiana, ai sensi del d.l.lgt. 151, possono benissimo essere restrittivamente limitati alla mera attività di redazione della nuova Costituzione, mentre il Gabinetto continuerà ad operare fino all'entrata in funzione del nuovo parlamento.

A voler andare più a fondo, il Dipartimento di Stato trae argomento favorevole alla continuazione dello *status quo* anche dalla dichiarazione congiunta di Stati Uniti, Gran Bretagna e Russia del 13 ottobre 1943 di voler rimettere ogni decisione sul governo al popolo italiano⁵⁹, nel senso che da essa si poteva evincere «that legal continuation of the government must be assured, that any change in the structure of the state must be achieved by constitutional means

and that such changes must accord with the will of the people», e richiede perciò alla ACC di riprendere la discussione sul punto⁶⁰.

Resta dunque dimostrata l'interdipendenza tra argomenti giuridici e politici nella soluzione di temi controversi, come quello in esame, e resta dimostrato che le modifiche cui fu soggetto il d.l.lgt. 151 nacquero sul campo da precisi condizionamenti, politici e giuridici al tempo stesso. Anche questa seconda storia ne è esemplare testimonianza: essa, infatti, è il preludio al d.l.lgt. 98 del 1946, che tanto avrebbe fatto discutere i più insigni costituzionalisti per le restrizioni apportate alla sovranità della Costituente⁶¹.

Una ragione di più per non considerare irrilevante, nel contesto di quegli anni convulsi, anche l'apporto di un giurista come Filippo Vassalli, non impegnato in prima persona ad edificare la nuova Costituzione, per più aspetti critico nei confronti della politica legislativa del governo provvisorio (come dimostrano anche i documenti qui commentati), ma chiamato comunque, per scelta propria o richiesta altrui, a riflettere sui poteri, sia del governo sia della Costituente, e quindi ad entrare nel nuovo mondo che si stava faticosamente costruendo, con una parola che non fu solo polemica, ma anche costruttiva. Non dimentichiamo che a questo confronto egli era chiamato sia dal ruolo istituzionale ricoperto, sia dal rapporto con il figlio Giuliano, non a caso presente con lui in alcuni dei momenti analizzati⁶².

Come emerge dalle carte, l'impegno di Vassalli durante la transizione democratica fu più intenso e variegato di quanto finora accertato e si concretizzò in due importanti consulenze richieste dagli Alleati sui poteri

della Costituente, che si possono collocare accanto agli appunti ed alle osservazioni sui poteri del Gabinetto del governo provvisorio, ritrovati tra le sue carte: frammenti di un discorso costituzionale che non prese mai la forma di un ragionamento sistematico, nascendo piuttosto dalle occasioni, conservando però sempre il tono netto e tagliente che traspare anche dalle difese dei senatori.

Avanziamo l'ipotesi che si possa anche rintracciare un filo rosso coerente tra questi interventi: la difesa dei poteri della Costituente e, in parallelo, dei limiti del governo provvisorio non può essere letta in controluce anche come un giudizio critico nei confronti della politica e dei suoi tentennamenti? Torna nuovamente il binomio diritto e politica, che Vassalli conosceva bene dagli anni del fascismo. A nostro avviso, un'interpretazione del genere è fondata: l'interpretazione dei giuristi si contrapponeva infatti agli orientamenti degli uomini di governo, ne metteva a nudo le contraddizioni, entrava nel gioco complesso delle decisioni da assumere nel processo costituzionale di *State building*.

Malgrado i limiti di questa esperienza, dunque, quella che emerge da queste testimonianze è la figura di un giurista informato (la sua vocazione pubblicistica, del resto, risale già ai suoi studi romanistici), non arroccato solo nella tutela delle istituzioni di un mondo di ieri al tramonto, ma anche capace di un investimento nel futuro, come provano le stringenti argomentazioni avanzate nella difesa legalitaria dei poteri della Costituente, espletata in veste di tecnico occupato nell'interpretazione dei decreti vigenti. Si tratta di valutazioni che presumibilmente ebbero un peso, insieme ad altre più incisive considerazioni politiche,

nell'orientare il governo a modificare le proprie decisioni. Partendo dalle tracce di una storia personale, è stato così possibile restituire alla discussione un tassello essenziale per definire il contributo dato dai giuristi italiani nelle travagliate vicende del 1944-1945.

Appendice

1. F. Vassalli, *Appunti autografi* (ms.)

Università di Milano-Bicocca, Polo di Archivio Storico (PAST), Archivio Filippo Vassalli (AFV), b. 94, fasc. 6

Appunti per la Costituente

Si fanno discussioni con sapienza anchilosata, legata a vecchi schemi di ordinamenti politici e sociali.

Ma: lo Stato è sfasciato. Lo abbiamo sfasciato. Si è sfasciato. Lo hanno sfasciato. Comunque, non c'è più!

(Che cosa fa uno Stato? Un esercito, una polizia, un governo, un capo, un'idea, un ideale, un'armata, un diritto, un territorio sicuro nei suoi confini: non c'è più niente di tutto questo).

E allora?

C'è proprio bisogno di rifare lo Stato? Non ci sono altri modi di civile convivenza? C'è bisogno del Sindaco? della Giunta? del Consiglio dei Ministri? delle due Camere?

Non si può lasciare costituiti nuclei liberi di autocostruirsi e di autogovernarsi?

Costituente

Su quali oggetti?

La questione istituzionale viene ristretta al punto: regno o repubblica?

Ciò è di secondaria importanza rispetto ad altri punti:

È preliminare: ci deve essere uno Stato italiano?

La carezza attuale dello Stato rende di attualità tale problema.

Può il punto formare oggetto di una votazione di Costituenti?

C'è indubbiamente una interdipendenza col problema delle sistemazioni che formerà oggetto della Conferenza della pace.

2. F. Vassalli, *La Costituente e i suoi limiti di fatto* (ds.)

Università di Milano-Bicocca, PAST, AFV, b. 94, fasc. 6

La Costituente e i suoi limiti di fatto

La Costituente è un'assemblea che deve formulare e mettere in vigore una costituzione, cioè la regola della vita politica di uno Stato.

Si potrebbe anche pensare che la Costituente non possa dar vita che a un documento e che da altri elementi dipenda se poi le regole scritte nel documento abbiano virtù di informare di sé la vita politica del Paese: a quel modo che non dipende dagli avvedimenti del biotipologo fare di un

fanciullo piuttosto uno studioso o uno sportivo, un longilineo o un pletorico, un beone o un uomo dai controlli attivi. Ciò porterebbe a considerare che la costituzione non è come un abito che si ordina su commissione, ma è piuttosto una formazione lenta e graduale che viene aderendo man mano nel modo più proprio alla vita di un popolo, di cui rispecchia i bisogni, i gusti, le esperienze.

Ma è certo che se c'è un momento in cui un Paese ha bisogno di darsi una costituzione, questo è il caso dell'Italia d'oggi, perché per una serie di eventi si trova proprio ad essere un popolo senza costituzione. Un tale inconveniente è durato anche troppo.

La costituzione, come tutte le leggi, ha un valore strumentale.

Occorre sapere, per formularla, che cosa il popolo vuol fare e che cosa può fare.

Che cosa "si vuol fare" può essere il consapevole programma del popolo nella sua maggioranza, e può essere il programma di pochi individui che riescono a imporre il loro programma al popolo. Ci saranno comunque fini che sono intesi e pregiati dalla universalità o da una grande maggioranza: per esempio la libertà dal bisogno e la libertà dalla paura. Ci saranno fini di cui i costituenti ameranno, secondo le loro preferenze, predisporre l'attuazione: la forma monarchica o repubblicana, la gestione collettiva dei mezzi di produzione, la limitazione delle fortune individuali, la coscrizione obbligatoria, la polizia affidata alle autorità locali.

Ma perché la Costituente non sia un'accademia e anche per evitare contrasti senza costrutto, occorrerà determinare che cosa "si può fare".

Il dogma giuridico della sovranità statale non può illudere più nessuno, fortunatamente. I costituenti italiani dovranno sapere, prima di accingersi al lavoro, quale sfera di libertà sarà riservata all'Italia nella comunità delle genti: la sola indipendenza territoriale non importa autonomia di determinazioni.

Abbiamo a questo riguardo delle indicazioni più o meno autorizzate: poche forze armate, non marina da guerra, limitata l'aviazione, discusse le colonie. E il regime dei porti? e il regime doganale? e i prestiti? e l'emigrazione o, meglio, la possibilità di lavoro all'estero?

A prescindere dalla risoluzione di questi problemi restano pochi problemi che si possano risolvere con determinazioni di assemblee costituenti: problemi importanti, soprattutto di organizzazione interna, ma piuttosto di carattere tecnico (i rapporti tra i poteri dello Stato, l'organizzazione di ciascuno di essi, il sistema elettorale, i compiti delle amministrazioni locali e il loro rapporto con l'amministrazione centrale, l'insegnamento, l'assistenza e la previdenza). Gli stessi indirizzi di politica sociale restano condizionati alle premesse sopra enunciate, le quali devono essere poste nello statuto internazionale dell'Italia.

3. F. Vassalli, *Osservazioni circa la posizione politica e giuridico-costituzionale del Gabinetto italiano* (ds.)

Università di Milano-Bicocca, PAST, AFV, b. 94, fasc. 6

Osservazioni circa la posizione politica e giuridico-costituzionale del Gabinetto italiano

Un Collegio di persone si qualifica Ministero o Gabinetto se ed in quanto abbia fondamento nella costituzione (ossia nella legge costituzionale) dello Stato: per tal guisa soltanto esso riconnette i suoi poteri e la sua funzione alla fonte della sovranità.

Qual è la costituzione dalla quale deriva la sua legittimazione il Gabinetto attuale in Italia? Gabinetto il quale esercita "tutti i poteri dello Stato" (D.L.Lt. 20 luglio 1944, n. 160, Proclama del Presidente del Consiglio della stessa data, ecc.)?

Non la costituzione preesistente all'avvento del regime fascista, poiché essa s'era andata foggando in un governo parlamentare, in cui il Gabinetto derivava essenzialmente la sua autorità dalla fiducia del Parlamento; e questa forma di regime è stata soppressa dal fascismo e non è stata in alcuna guisa finora ricostituita.

Non la costituzione fascista, perché non è da supporre che alla caduta del fascismo siano sopravvissuti gli istituti di diritto costituzionale dal fascismo creati: e del resto è sicuro che è venuta meno la figura del 'Capo del governo', sulla quale s'imperviava tutto l'ordinamento costituzionale fascista (L. 24 dicembre 1925, n. 2263), sovrappostosi al regime parlamentare e allo stesso sistema dello Statuto Albertino (1848).

Non una nuova costituzione, che si è annunciato dovrà essere espressa da una futura Costituente (D.L.Lt. 25 giugno 1944, n. 151).

Si è quindi di fronte alla assunzione di tutti i poteri statuali da parte di un Collegio di persone, che si denominano Ministero o Gabinetto, ma che non ripetono i poteri stessi da nessuna costituzione.

Non si può ravvisare il riferimento ad una costituzione nel fatto della nomina delle persone stesse a Ministri da parte del Luogotenente del Regno: sia perché il 'Luogotenente del Regno' nell'attuale figura non ha sicura base nei precedenti ordinamenti costituzionali italiani, sia soprattutto perché non basta una nomina regia (anche ritenuta in ipotesi) per dare base costituzionale a un ministero quando mancano tutti gli altri congegni che lo Statuto (assunto in ipotesi a fondamento della nomina) pone a fianco del re e del ministero. Un tale Ministero, difatti, assomma in sé, a differenza di quel che avviene in ogni regime che non sia regime assoluto, non solo le funzioni esecutive e quelle più ampie di governo, ma anche la funzione legislativa: il che va oltre allo stesso totalitarismo del regime fascista, senza peraltro — a differenza del regime fascista — essersi creato una base costituzionale operando entro le linee maestre della costituzione precedente.

Esclusa una base giuridico-costituzionale, può pensarsi — in astratto — o alla figura di un Comitato di salute pubblica o a un'investitura da parte dell'autorità militare occupante.

La prima configurazione sembra da escludere per la presenza sul territorio dello Stato nel quale i poteri del governo vengono esercitati di un'autorità militare estera, i rapporti di preminenza della quale rispetto al governo locale sono regolati di diritto e di fatto dalle clausole di armistizio e da una prassi pacifica. Non sembra invece possa negarsi un'investitura o, comunque, riconoscimento da parte della ridetta autorità militare, potendosi questo ravvisare implicito nei proclami del Governo Militare Alleato coi quali "i poteri dello Stato" sono trasferiti, di volta in volta, al Governo italiano in diversi territori, per 'Governo italiano' intendendosi appunto il Ministero costituito mediante la nomina del Luogotenente del Regno ed esercente i poteri previsti, tra l'altro, dalla legge 25 giugno 1944, n. 151.

Date queste premesse di ordine giuridico-costituzionale, sembra debba derivarne che non possa un tal governo concepire i suoi poteri nella ampiezza stessa di un governo il quale ripeta i poteri da una costituzione, ossia dalla legge che organizza e disciplina la potestà sovrana. Si tratta di un governo costituito per i compiti quotidiani dell'amministrazione, per i fini insopprimibili della conservazione, là dove l'autorità occupante declina i compiti stessi; di un governo, il quale ha poteri che formalmente vanno molto al di là di quelli che una costituzione di regola affida al Gabinetto, poiché comprendono anche la facoltà di emanare norme giuridiche aventi efficacia di leggi;

Chiodi

ma ha poteri che – considerata la posizione costituzionale e più ancora la realtà politica che è alla sua base – devono essere più limitati di quelli che son propri di un ministero, il quale rientri nei quadri di una costituzione legalmente formata e definita e abbia, per ciò stesso, una giustificazione e una forza politica.

S'impone, per codesti limiti, di non intaccare le strutture fondamentali dell'ordinamento sociale ed economico del popolo sul quale si estende la sovranità dello Stato.

Naturalmente limitazioni analoghe devono osservarsi sul piano della politica internazionale.

4. Parere del *Chief Legal Advisor* Colonnello Richard H. Wilmer sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 6 ottobre 1944 (all. alla lettera del 14 ottobre 1944 di E.W. Stone a Sir Noel Charles) Archivio Centrale dello Stato (ACS), *Allied Control Commission* (ACC), 10000/109/1058 [10000: *Headquarters Allied Commission*/109; *Executive Commissioner*/1058; *Constituent Assembly*, 1943 ott. - 1946 mar.], p. 15, consultabile anche online nel sito ACS, ACC: <<https://patrimonioacs.cultura.gov.it/patrimonio/1b83b5f9-f15e-431e-b3d0-7b8f5780aea2/1058-constituent-assembly-1943-ott-1946-mar>>

HEADQUARTERS
ALLIED CONTROL COMMISSION
LEGAL SUB-COMMISSION
APO 394

ACC/4005/L.

WEB/pa.

6 Oct 44.

SUBJECT: Constituent Assembly

TO: Deputy Chief of Staff, Civil Affaire Section

1. We have considered the question raised by your 9/16.1/CA of 5 Oct 44.

2. Article 1 of DLL No. 151 of 25 June 1944 provides, that the new constitution of the Italian State shall be determined by the Constituent Assembly to be elected by the Italian people for that purpose. We are advised and we are of opinion that this provision precludes the Government from determining the constitutional question by referendum. The effect of DDL is to take the direct determination of the issue out of the hands of the Italian people for that purpose. It would be contrary to the terms of the DDL to solve the problem by a direct vote of the people.

3. It is of course possible that the Constituent Assembly, which is a sovereign body with power to adopt any decision, may decide itself to determine the issue by referendum, but in this case both

the holding of the referendum and subsequent constitutional decision based thereon will be the responsibility of the Constituent Assembly and not of the Government.

4. DDL. No. 151 can be abrogated at any time by a subsequent DDL.

/s/ Richard H. Wilmer
/t/ RICHARD H. WILMER.
Colonel, CAC,
for Chief Legal Advisor.

5. Memorandum del *Chief Commissioner* Ammiraglio Ellery W. Stone sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 17 novembre 1944

ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 21-22

6505/COS

17 Nov 44

MEMORANDUM:

TO: Allied Force Headquarters
(Attention: General Sir Henry Maitland Wilson, GCB, GBE, DEC, ADC)

1. Reference is made to my letter A/CC 091.1 of 3 July 1944, with reference to the determination of the Italian institutional question through the medium of a Constituent Assembly or a referendum (plebiscite).

2. The question has arisen through publication in the New York "Times" recently of an interview with the Lieutenant General of the Realm in which the Lieutenant General expressed the view that a more accurate expression of popular will could be secured through the medium of a referendum, rather than that of a Constituent Assembly.

3. When news of the publication in America was received in Rome, the Parties of the left objected and proposed that a resolution be adopted by the Council of Ministers in which the Lieutenant General was severely criticized, The personal attack to Lieutenant General was deleted and the following resolution adopted and issued as a communique:

"The Government, having considered the declarations which appeared in a report of an audience granted by the Lieutenant General of the Realm to a journalist, reaffirms that the political Parties, from which the Government is emanated, are the expression of the will and of the aspirations of the Italian people fighting for its freedom and reaffirms the solemn pledge to decide about the institutional issue through the vote of a Constituent Assembly, as it has been established by a State law."

4. Since the communique appeared to be at variance with the assurances I had received from the President of the Council and the Undersecretary for Foreign Affairs, set forth in para 2 of my letter of 3 July – namely, that the question as to the means by which the Italian people might decide the institutional question would be left for future determination – I called on the President of the Council and the Undersecretary for Foreign affairs on November 9 for an explanation.

5. They were frank in setting forth the strong resistance of the Parties of the Left to permitting a determination by referendum as to whether Italy should be a constitutional monarchy or a republic, particularly as it believed universal suffrage will be in effect at the time. They stated that the parties of the Left desire a republic and feel that they are more certain to attain their objective if the determination is made through the medium of a Constituent Assembly.

6. Notwithstanding the language of the communique, the President of the Council pointed out that the words in the communique "to decide about the institutional issue through the vote of a Constitutional Assembly" were limited by the following words "as it has been established by a State law". The law in question, he argued, stated that the form of the Government would be determined by the Constituent Assembly and not the type of the Government. In other words, he continued, the law still does not preclude the possibility that the type of Government -- monarchy or republic, could be determined by referendum and the precise form of monarchy or republic, that is to say the Constitution, would be worked out by the Constituent Assembly.

7. He added that in any case there was nothing to prevent the adoption of a new decree which would clarify this point and he expressed the personal wish that the Allied Governments might ask the institutional question be decided by referendum. I told him that I doubted that the Allied Governments would be inclined to take any position at this time, except to ask that the assurances previously given me and referred to in my letter of 3 July should be maintained.

8. Should the Allied Governments ultimately desire to take and enforce a position in this matter, it has been suggested that the particular means by which the Italian people should have the right to determine whether they desire a monarchical or republican type of government might be laid down as a clause in the final peace treaty.

ELLERY W. STONE
Commodore, USNR
Chief Commissioner

6. Lettera dell'Ambasciatore Alexander Kirk al *Chief Commissioner* Ammiraglio Ellery W. Stone con il parere del Dipartimento di Stato sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 20 novembre 1944

ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 24

UNITED STATES REPRESENTATIVE
ADVISORY COUNCIL FOR ITALY

Rome, November 20, 1944

My dear Commodore Stone:

I have received a telegram from the Department of State requesting further information regarding Decree Law 151 of June 25. The Department states that it is not clear from Article I of the Decree Law, or from the Legal Sub-Commission's interpretation thereof, as set forth in the memorandum enclosed with your letter to me of October 14, that the Constituent Assembly must decide the institutional as well as the constitutional question.

In the Department's opinion, the Decree Law does not specifically empower the Constituent Assembly to decide whether Italy is to be a monarchy or a republic but rather to "decide the new constitution" as well as institutional "forms". In this connection the Department refers to the interpretation of the Decree Law expressed to you by the President of the Council and reported by you in your memorandum of July 3 to Allied Force Headquarters.

The Department of State feels that in view of the Allied pledge to guarantee the Italian people an untrammelled choice of government, this point is exceedingly important. It therefore desires that it be clarified. In this connection the Department also desires to know whether, in giving its approval to the Decree Law the Allied Commission understood that a choice was being made between decision by referendum and decision by elected representatives.

With best wishes,

Sincerely yours,

(sgd) A. KIRK

Commodore Ellery W. Stone
Chief Commissioner,
Allied Commission,
Rome.

7. Parere del *Chief Legal Advisor* Colonnello W.E. Behrens al *Chief Commissioner* sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 29 novembre 1944

ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 28-29

HEADQUARTERS ALLIED COMMISSION
APO 394
LEGAL SUB-COMMISSION

29 November 1944

Chiodi

AC/4117/1/L.

SUBJECT: D.L.L. No. 151 of 25 June 1944.

TO: Chief Commissioner, HQ AC.

1. This Sub-Commission has considered the letter from Ambassador Kirk of 20 Nov 1944 and has seen the letters to AFHQ dated 3 Jul and 17 Nov 44 which set out the views of the President of the Council and the Under-Secretary of Foreign Affairs.

2. In spite of the views expressed by the Ministers, however, there can be no doubt that the question of the construction of the Decree Law is a question which must be determined according to Italian canons of construction and according to the principles of Italian Law rather than the avowed intentions of certain ministers at the time when they enacted the Decree.

3. For this reason and in view of the doubts of the State Department this Sub-Commission has consulted independently seven of the most eminent jurists in Rome and has obtained their opinions upon this question. It might be added that these jurists hold widely separated political views.

The jurists in question are:

Prof. Avv. Roberto Ago, Professor of Milan University and
Secretary of the International Institute for the Unification of Law.
Prof. Avv. Filippo Vassalli, Professor of Rome University.
Prof. Avv. Giuseppe Ferri, Professor of Milan University.
Prof. Avv. Pasquale Chiomenti, Professor of Genoa University.
Prof. Avv. Mario Scerni, Professor of Florence University.
Prof. Avv. Giuliano Vassalli, Professor of Genoa University.
Prof. Avv. Vezio Crisafulli, Professor of Trieste University.

4. These jurists unanimously and unhesitatingly agree that it is the function of the elected Constituent Assembly to decide the constitutional question - that is, the question of monarchical or non-monarchical government. They disagree entirely with the State Department upon the construction of the words "le forme istituzionali" in Article 1; further they point out that since Article 3 restricts Ministers from committing "until the convocation of the Constituent Assembly" acts which may prejudice the solution of the institutional question, this Article makes it clear by necessary implication that the institutional question must be resolved by that Assembly.

5. The jurists point out that the rules for the election and composition of the Constituent Assembly have not been framed. These rules might be framed in such a way (e.g., through elaborate proportional representation) as to ensure that the institutional question was in fact decided by the Constituent Assembly with the same effect as though it had been decided by referendum. It should be observed, however, that the rules have not yet been framed - and in any event it will still be true that the decision is made by the Constituent Assembly and not by direct vote of the people.

6. The views expressed by the President of the Council as set out in the letter of 17th November 1944 do not appear to affect the issue. In the first place these views do not correctly follow the wording of the Decree; secondly, the distinction between "form" and "type" of Government is misleading. The term "forme istituzionali" or "forms of government" generic, e.g., monarchy or republie, while the term "types of government" which would be rendered in Italian "tipi" would be specific, e.g., conservative, liberal or labor. In my opinion, therefore, the views expressed and reasons given by the President of the Council are not in accordance with the true interpretation of the Decree.

7. As mentioned in the previous opinion of the Legal S/C [6 Oct 1944], it is open to the Italian Government to pass a further decree to vary the terms of the present enactment.

8. It should be added that the jurists consulted were not unanimous on the question whether the Constituent Assembly once elected may decide to determine the issue by a further appeal to the people through a referendum. They say that this is open to doubt and depends on the rules of procedure to be established. Some say that it would in any event be contrary to the spirit of the law.

9. On the further question raised by the State Department there is no evidence either in the files of the Legal S/C or in the memories of its present or past members that this sub-commission was consulted on the decree before October 1944.

/s/ W. E. Behrens
W.E. BEHRENS,
Colonel,
Deputy Chief Legal Advisor.

8. Parere del *Chief Legal Advisor* Colonnello W.E. Behrens sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (poteri della Costituente), 30 agosto 1945

ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 56-58

HEADQUARTERS ALLIED COMMISSION
APO 394
LEGAL SUB-COMMISSION

AC/4117/1/L.

SUBJECT: Constituent Assembly
TO: Chief Commissioner

1. I have discussed at length, with four leading and most responsible Italian jurists, the juridical position of the *Assemblea Costituente* and the relationship which will obtain between that body and the Italian Government of the day. The views of these jurists are set out below. Since the problem is essentially of Italian constitutional law and of the construction of the Italian decree, DLL No. 151 of 25 June 1944, it is obvious that the solution of the problem must be found according to the canons of Italian law.

2. In the opinion of these jurists the words "*Assemblea Costituente*" are words of art; they cannot be regarded as a mere label to be attached to an Institution created by, and invented solely with the power specifically conferred in, Art. I of the decree. They must be viewed as connoting an Institution juridically associated with the general European concept of a Constituent Assembly. Such a concept derives directly from the French Assembly of 1789 and carries with it the fundamental idea of a sovereign body invested with all power for all purposes and subject to no authority but its own.

3. In the basis of this view the *Assemblea Costituente*, when formed, will be the sovereign power in the state invested with all power of government. If any limitation on this power is to be derived from the terms of DLL No. 151, the *Assemblea* could immediately remove such limitation by amending the decree.

4. The jurists point out that in addition to the historical background, the better [sic] construction of DLL No. 151 and the general situation support this view: -

a. Art. 1 establishes the *Assemblea* and gives it one specific task; it nowhere limits its functions to this one task. On the contrary the idea behind a body elected by the universal vote of the Italian people is that of a sovereign body.

b. Art. 3 provides that Ministers will not prejudice "until the convocation of the *Assemblea*" the solution of the institutional question.

c. No weight can be attached to the expression "the functioning of the new Parliament" in Art. 4. For example, the solution of the institutional question will be known immediately the result of the election is determined. If this solution is republican it will be the duty of the king to abdicate and the *Luogotenente* to resign, so that it will not be possible to continue the procedure laid down in Art. 4.

d. The general feeling of the people is that, as in 1789, they are being asked to elect a body which will not only provide a new constitution but will legislate upon all the major issues of the day.

5. I think that it is possible to advance certain arguments in the contrary sense. For example, it might be said: -

a. The expression "Assemblea Costituente" should be regarded as words of description and not of art: as in an American or British statute a definition clause would say "For the purposes of this Act the words... shall mean...", so the definition, or scope and function, of the Assemblea Costituyente is provided in Art. 1. It is to be observed that the heading of the decree is "Assembly for the new constitution of the State".

b. Art. 3 proves that Ministers, and therefore the existing Government, continue in function as the Government after the convocation of the Assemblea. Since the solution of the institutional question will become clear immediately upon such convocation, there can be no question thereafter of such solution being prejudiced. The article however confines the limiting expression "until the convocation" to this half of the oath, and expressly avoids extending this limitation to that part of the oath which covers the general performance of their duties.

c. Art. 4 provides that the present form of government shall continue until the new Parliament (which must mean the Government set up in accordance with the new Constitution) starts to function. Even if, by reason of the election of a republican Assemblea, the king decided to abdicate, this could not affect the Council of Ministers; it would be the duty of the king, in abdicating, to provide constitutionally for government through the Council of Ministers pending the functioning of the new Government under the new Constitution.

6. These arguments are however academic, since the Italian lawyers appear to be unanimous. For your information these lawyers are: -

a. the personal adviser to the President of the Council

b. the former Chief of Cabinet of Nenni, who was the lawyer then specifically charged by Nenni with framing the proposed laws

c. the Dean of the Faculty of law in the University of Rome, who is one of the most distinguished advocates in Cassation, and

d. another advocate practicing in Cassation, and professor in University of Genoa.

7. As a practical matter I am informed by these lawyers that the procedure contemplated is that when the Assemblea convenes the existing Ministers will resign; the Assemblea will encharge them with resumption of office for normal day to day administration, but will retain under its own control all questions of policy.

W.H. BEHRENS,
Colonel,
Chief Legal Advisor.

* Questo saggio è il risultato di ricerche effettuate nell'ambito del PRIN *Le carte e il codice. Filippo Vassalli e la storia giuridica italiana nello specchio del suo archivio*, MUR-PRIN-2022, SH2, 2022FRWSFP. Finanziato dall'Unione Europea-Next Generation EU.

¹ G. Chiodi, *Filippo Vassalli giurista di tre mondi*, in «Quaderni fiorentini», 54 (2025), pp. 249-260.

² Prima, voluto dagli Alleati, ebbe l'incarico dal prorettore Caronia il 29 luglio 1944 e poi fu eletto dal Consiglio di Facoltà il 29 novembre 1944. Il giorno successivo, tuttavia, si aprì il procedimento di epurazione a suo carico, che terminò con l'assoluzione il 21 febbraio 1945. Cfr. I. Birocchi, *Sul crinale del 1944: Filippo Vassalli e la reinvenzione del ruolo della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza di Roma dopo la caduta del fascismo*, in *Giuristi al bivio. Le Facoltà di Giurisprudenza tra regime fascista ed età repubblicana*, a cura di M. Cavina, Bologna, Clueb, 2014, pp. 259-272; G. Chiodi, *Il codice svelato, Progetti e varianti d'autore di Filippo Vassalli nei primi tre libri (matrimonio civile, successioni legittime, proprietà)*, in *Il Codice civile: gli anni della formazione*, a cura di F. Astone, G. Chiodi, M. Grondona, S. Solimano, Roma, RomaTrePress, 2025 (in corso di stampa).

³ F. Vassalli, *La decadenza dei senatori dalla carica. Una pagina di diritto costituzionale e di diritto giudiziario*, Bologna, Nicola Zanichelli editore, 1949.

⁴ P. Barile, U. De Siervo, *Sanzioni contro il fascismo ed il neofascismo*, in «Novissimo Digesto Italiano», XVI (1969), pp. 541-564, in particolare pp. 554-556; M. Cardia, *L'epurazione del Senato del Regno (1943-1948)*, Milano, Giuffrè, 2005; C. Danusso, *Filippo Vassalli e l'epurazione dal fascismo*, in «Italian Review of Legal History», 10, 1 (2024), pp. 131-188; I. Birocchi-E. Mura, *La missione del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti*

e Aurelio Candian, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 315-316. Si segnalano da ultimo le indagini ricche di originali spunti ricostruttivi di P. Corona, *L'avvocato dei senatori decaduti, tra «concetti» e «opportunità»: Filippo Vassalli negli anni della transizione democratica*, in «Quaderni fiorentini», 54 (2025), pp. 261-305; Id., P. Corona, *Diritto, Costituzione e politica. Alcuni profili dell'opera di Vassalli nei primi anni dell'Italia repubblicana*, in *Filippo Vassalli e la storia giuridica italiana nello specchio del suo archivio*, Giappichelli, Torino 2026 (in corso di stampa).

⁵ G. Chiodi, *Oltre la sovranità nazionale. Filippo Vassalli in missione a Londra (1945)/ Beyond National Sovereignty: Filippo Vassalli on Mission to London (1945)*, in «Italian Review of Legal History», 8 (2022), pp. 401-431.

⁶ F. Vassalli, *Appunti per la Costituyente* (App. 1).

⁷ La «macchina dello stato in frantumi» di una bella pagina di F. Calasso, *Cronache politiche di uno storico (1944-1948)*, a cura di R. Abbondanza e M. Caprioli Piccioluti, prefazione di A.C. Jemolo, Firenze, La Nuova Italia, 1975, XXV, *Premesse alla Costituente*, p. 103.

⁸ F. Vassalli, *Costituente* (App. 1).

⁹ Problema secondario, per Vassalli, quello della scelta tra monarchia o repubblica, indipendente dal soggetto titolare di questa scelta che, come vedremo, ai sensi del d.l.lgt. 151 doveva essere indubitabilmente la Costituente. Come scriverà in una nota aggiunta al suo discorso romano del 21 marzo 1946 all'Associazione Italo-Britannica, *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra*, Roma, Tipografia del Senato, 1946, anche in Id., *Studi giuridici*, v. II, t. II, *Studi vari (1942-1955)*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 559-587, p. 587 nt. 1: «Ora, qui in Italia, a me non è mai avvenuto di avvertire come un problema essenziale quello della struttura monarchica ovvero repubblicana della supremazia dignità. Non sono che un dato

storico l'un ordinamento o l'altro, e un dato storico era la monarchia in Italia, fino a che il cammino della storia non l'ha accantonata: lasciando poi naturalmente ai costituenti di risolvere tutti i problemi di organizzazione, ben altrimenti essenziali».

¹⁰ F. Vassalli, *Superamento dello Stato nazionale e della sovranità statale*, in «La Comunità Internazionale», I, ottobre 1946, n. 4, pp. 483-487, anche in Id., *Studi giuridici*, v. II, t. II, cit., pp. 599-604.

¹¹ Di sovranità condizionata o limitata parla a più riprese, ad esempio, Calasso, *Cronache politiche*, cit., XX, [La pace e la costituente], p. 82; XXIII, [Attesa acuita], p. 97; XXIV, *Prologo democratico*, p. 101; XLVIII, *Fuochi d'artificio*, p. 176.

¹² F. Vassalli, *La Costituente e i suoi limiti di fatto* (App. 2).

¹³ Prendendo a prestito le perspicaci parole di P. Costa, *Il problema del potere costituente in Italia fra Risorgimento e Repubblica*, in *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano*, Atti del Convegno, Firenze, Villa Medicea di Castello, 11 novembre 2011, a cura di F. Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 109-137, p. 132, si può dire che Vassalli fa valere nelle sue pagine l'idea della razionalità della lunga durata contro quella della nazione che decide, pur nella consapevolezza che il popolo ha bisogno, in quel tempo di *nation building*, di una nuova costituzione.

¹⁴ Ne ricordiamo una poco nota del 1952, significativa per lo scetticismo che la pervade, che non è rifiuto della costituzione, ma preferenza per un modello 'storico' di costituzione. F. Vassalli, *Aspetti di politica interna all'indomani della prima e della seconda guerra. Discorso in Commemorazione di Giuseppe Grassi* [pronunciato al Centro di Studi Giuridici di Lecce il 4 maggio 1952], in Università di Milano-Bicocca, Polo di Archivio Storico, Archivio Filippo Vassalli, b. 94, fasc. 8: «Beati quei popoli

che hanno la costituzione nel cuore: intendo dire che vivono a Stato secondo norme scolpite nella loro storia e nel loro costume. Gli altri, a ben guardare, non hanno una costituzione, hanno delle leggi costituzionali, cioè delle regole e delle strutture elaborate come in laboratorio da uno o più nomoteti, leggi per le quali presumono di distinguersi dalle altre solo per una loro dichiarata superiorità gerarchica». Cfr. anche il seguito di questa riflessione, avvenuta però anni dopo il periodo che qui ci interessa, e quindi maturata anche sulla base dei problemi applicativi della costituzione italiana. Esempio per la contrapposizione tra esperienza britannica e italiana il seguente brano di Vassalli, *Osservazioni di uomini di legge*, cit., p. 560: «Vero è che i procedimenti attraverso i quali noi dovremo riavere una costituzione sono proprio quanto di meno inglese si possa immaginare: poiché là è millenario il processo di formazione del diritto pubblico, così come del diritto privato, e la legge costituzionale tutta affidata alla consuetudine consolidata in lotte secolari e in faticose esperienze; qui un documento espresso dai voti di una assemblea dovrà dare la regola della vita politica dello Stato».

¹⁵ Su cui cfr. *infra*, § 3.

¹⁶ Nettissimi sul punto: C. Mortati, *La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, Darsena, 1945, anche in Id., *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, Raccolta di scritti-I, Milano, Giuffrè, 1972, p. 218; P. Calamandrei, *Nel limbo istituzionale* [aprile 1945], in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U., [1945], anche in Id., *Opere giuridiche*, volume III, *Diritto e processo costituzionale*, Presentazione di Costantino Mortati, Riedizione a cura della Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei Istituzione del Comune di Montepulciano e della Fondazione "Centro

di iniziativa giuridica Piero Calamandrei", Roma, RomaTrE-Press 2019, pp. 135-150, che la chiama «pia illusione», pp. 138-141; V. Crisafulli, *Profili costituzionali della crisi italiana*, in «Società», I, n. 1-2, gennaio-giugno 1945, pp. 173-186, che la definisce «tenace finzione», p. 181; P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, Barbera, 1950, anche in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., pp. 298-299, 288-305; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, anno accademico 1960-61, Padova, Cedam, 1961, pp. 154-162. Controcorrente, invece, il giudizio di A.C. Jemolo, *Continuità o discontinuità costituzionale nelle vicende italiane dal 25 luglio 1943*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, anno CCCXLIV, 1947, serie ottava, *Rendiconti, Classe di Scienze morali, storiche e filologiche*, vol. II, Roma, Dott. Giovanni Bardi, Tipografo dell'Accademia Nazionale dei Lincei, pp. 134-140, 139, in antitesi a Calamandrei. Che si tratti di rottura costituzionale è pacifico anche per P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblea Costituente*, a cura di E. Cheli, Bologna, il Mulino, 1979, pp. 31-127, 38-47.

¹⁷ Cfr. su tutti Mortati, *La Costituente*, cit., pp. 319-323; P. Calamandrei, *L'avvenire dei diritti di libertà*, [ottobre 1945], in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U., [1945], anche in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., pp. 183-210.

¹⁸ F. Vassalli, *Osservazioni circa la posizione politica e giuridico-costituzionale del Gabinetto italiano* (App. 3).

¹⁹ V. Crisafulli, *Profili costituzionali della crisi italiana*, in «Società», I, n. 1-2, gennaio-giugno 1945, pp. 173-186, p. 180. Cfr. invece

la posizione di Mortati, *La Costituente*, cit., p. 227; Calamandrei, *Nel limbo istituzionale*, cit., pp. 143-145 («organo intruso»); Id., *Sul referendum istituzionale* [Consulta Nazionale, 8 marzo 1946], in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., pp. 467-478, 470 («dietro il luogotenente non c'era il re, dunque, c'era il vuoto»); Calamandrei, *Cenni introduttivi*, cit., pp. 298-299. Conforme con ampia digressione Caretti, *Forme di governo*, cit., pp. 47-53.

²⁰ Il governo provvisorio non è «rappresentativo»: P. Calamandrei, *Governo e costituente* [giugno 1945], in Id., *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Edizioni U., [1945], anche in Id., *Opere giuridiche*, III, cit., pp. 161-182, 163 («governo di fatto»; Vassalli, *La decadenza dei senatori*, cit., *Memoria riassuntiva*, Roma, 7 gennaio 1946, p. 69; Calamandrei, *Cenni introduttivi*, cit., p. 302 («un certo carattere rappresentativo»); C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Settima edizione rielaborata ed aggiornata, Padova, Cedam, 1967, p. 81, scrive: «Il governo che emise la decisione costituyente venne a cambiare la qualifica giuridica prima posseduta, in quanto da organo dello stato monarchico, richiamantesi ancora, come al suo fondamento, allo statuto albertino, si trasformò in organo di un governo provvisorio, avente la propria base nell'ordinamento che, in via temporanea, si era dato allo stato con i citati decreti n. 151 e n. 98». Sulle trasformazioni del Gabinetto cfr. anche G. Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, in «Rassegna di diritto pubblico», I, fasc. I, Gennaio-Marzo 1946, pp. 61-76, 70-72.

²¹ Sui poteri del governo provvisorio: Mortati, *La Costituente*, cit., pp. 121-122 (concentrazione di poteri di «impronta dittatoriale»); p. 132 (amministrazione ordinaria); p. 237 (dittatoriale); pp. 245-246 (anomalia del governo provvisorio data dalla coesistenza

- di organi del vecchio ordinamento costituzionale. Si considerino peraltro i limiti che Mortati pone recisamente al governo provvisorio rispetto alla Costituente (*infra*, nt. 61). Sul fondamento del governo provvisorio: *ivi*, p. 35 (processo di autocreazione); p. 48 (organo del nuovo Stato); p. 121 (poggia su un «fatto normativo»); Calamandrei, *Sul referendum istituzionale*, cit., p. 469: la costituzione provvisoria è «nata sul vuoto costituzionale», «passerella di fortuna», «sorta dai fatti delle forze in gioco»; Calamandrei, *Cenni introduttivi*, cit., p. 163 (governo monarchico appoggiato sulla volontà degli alleati, governo di fatto). Da ricordare anche una splendida pagina di Calasso, *Cronache politiche*, cit., XXXIX, *La vigilia*, p. 148: «L'alba della Costituzione è il tramonto del Comitato di Liberazione. Tramonto non inglorioso di un governo provvisorio, che ha operato per due anni sulle sabbie mobili di un ordinamento giuridico in frantumi, camminando sul ponte fragile e stretto, paurosamente sospeso nel vuoto, che la volontà esasperata di un popolo vinto aveva gettato d'impulso tra un passato lontano e non obliato di onestà e di dignità e un avvenire ignoto».
- ²² Mortati, *La Costituente*, cit., p. 207 (autoassunzione di potere e in via di fatto), p. 209 (via di fatto), pp. 223-234 (organo dello Stato in via di fatto, che occupa una posizione analoga al parlamento).
- ²³ Sulla lettura originale di Mortati (perfettamente sintetizzata da M. Fioravanti, *Mortati, Costantino*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 1387-1389, con ulteriore bibliografia) v. ora le acute pagine di Costa, *Il problema del potere costituente*, cit., pp. 133-137, e I. Birocchi, *Verso la Costituente: il pensiero di Mortati nella lettura di uno storico*, in «Diritto & Questioni pubbliche», XXII, 2022/1 (giugno), pp. 7-31.
- ²⁴ Sull'interpretazione estesa del-

la tregua istituzionale prevista dall'art. 3 del d.l.lgt. 151 e sui conseguenti limiti della potestà legislativa del governo provvisorio in materia costituzionale: Vassalli, *La decadenza dei senatori*, cit., *Introduzione*, pp. XXVII-XXXIV; *Memoria riassuntiva*, 7 gennaio 1946, pp. 70-71; *Memoria riassuntiva*, 4 maggio 1947, pp. 146-153; *Memoria riassuntiva*, 7 giugno 1948, pp. 208-214. Tale interpretazione, da cui deriverebbe un eccesso di potere da parte del governo provvisorio (conforme V. Gueli, *La decisione di decadenza dei senatori pronunciate dall'Alta Corte di giustizia straordinaria e i poteri della Cassazione*, in «Rivista di diritto processuale», 1 (1946), 3-4, pp. 105-136, 80-81), era però avversata da altri: A.C. Jemolo, *Sulla decadenza dei Senatori (nota a sentenza)*, in «La giustizia penale», 51 (1946), III, coll. 39-42, 41; G. Sabatini, *Sulla natura del potere dell'Alta Corte per la dichiarazione di decadenza dei senatori*, in «La giustizia penale», 51 (1946), III, coll. 64-72; F. Pierandrei, *La giustizia politica, la giustizia ordinaria e i senatori*, in «Giurisprudenza completa della Cassazione-Sezioni civili», 1947, 25, pp. 167-204, 192-193. Lucidissimo, sull'intera questione epurativa, il giudizio di G. Vassalli, *Il processo alle responsabilità del fascismo*, in «Socialismo», I (marzo 1945), I, p. 23 e ss., ora anche in G. Dodaro, *Ciuliano Vassalli tra fascismo e democrazia. Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 290-302, 297. Non è questa la sede per inserire l'epurazione dei senatori nel complesso discorso della giustizia di transizione. Ci limitiamo a rinviare, tra le pubblicazioni più recenti, a *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*, Edited by M. Meccarelli, C. Paixão, C. Roesler, Madrid, Dykinson, 2020, e C. Paixão-M. Meccarelli Editors, *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Eu-*

rope, Cham, Springer, 2021, che offrono importanti riflessioni anche sul concetto stesso di tempo di transizione' (M. Meccarelli) e sull'esperienza italiana (A. Meniconi).

- ²⁵ Parere della *Legal Sub-Commission* al *Chief Commissioner* sull'interpretazione del d.l.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 29 novembre 1944, consulenza inviata ad A. Kirk il 6 dicembre 1944 (App. 7). Il contenuto di questo parere è solo sommariamente riferito nelle sue conclusioni dagli storici che lo hanno individuato nei fondi della ACC: cfr. E. Di Nolfo, *Gli Alleati e la questione istituzionale in Italia: 1941-1946*, in «Quaderni costituzionali», XVII, n. 2, agosto 1997, pp. 211-245, 243; A. Di Stefano, *Alleati. Questione istituzionale ed elezione dell'Assemblea costituente nella prospettiva degli angloamericani*, in *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, a cura di A. Buratti e M. Fioravanti, Roma, Carocci editore, 2010, pp. 317-328, che cita anche i nomi dei consulenti, però con alcuni refusi ed una omissione, p. 319 nt. 10.
- ²⁶ Occorre osservare che in realtà Giuseppe Ferri insegnava dal 1942 all'Università di Pisa.
- ²⁷ ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 4-5: Memorandum del *Chief Commissioner* Capitano Ellery W. Stone al Generale Sir Henry Maitland Wilson, 5 luglio 1944. I documenti della ACC sono conservati in originale a Washington, National Archives e sono consultabili online nel sito dell'Archivio Centrale dello Stato (v. le indicazioni in Appendice). La data del 3 luglio risulta da altri documenti del dossier: cfr. memo of July 3, 1944 to SACMED (*Supreme Allied Commander Mediterranean Theatre of Operations*, cit. nel memorandum di Stone ad Alexander, 30 giugno 1945, *infra* nt. 45); ACS, ACC/10000/136/88, pubblicato da H.L. Cotes, A.K. Weinberg,

Civil Affairs: Soldiers Become Governors, Washington D.C., U.S. Government Printing Office, 1964, repr. Center of Military History, United States Army, Washington, D.C., 1986, pp. 466-467. Sul memorandum di Stone cfr. C.R.S., Harris, *Allied Military Administration of Italy: 1943-1945*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1957, p. 205; A. Gambino, *Storia del dopoguerra dalla liberazione al potere DC*, Editori Laterza, 1975, p. 128; C. Pinzani, *Gli Stati Uniti e la questione istituzionale in Italia (1943-1946)*, in «Italia contemporanea», 31 (1979), fasc. 134, pp. 3-44, 20-21; Di Nolfo, *Gli Alleati*, pp. 241-242; M. de Leonardis, *La Gran Bretagna e la monarchia italiana (1943-1946)*, in «Storia contemporanea», XII, n. 1, febbraio 1981, pp. 57-134, 104 (da altra fonte).

- ²⁸ Memorandum del *Chief Commissioner* Ellery W. Stone, cit.: «It might appear from the wording of the communicate that the scheme in mind was that this question be decided by a Constituent Assembly. This was not the case. The Government had not yet decided and had no present intention of discussing whether the decision should be made by a direct referendum or by the election of delegates to a Constituent Assembly, whose double task would be first to decide between monarchy and republic, and after that, on a form of monarchical or republican government». Sull'atteggiamento di Bonomi e Visconti-Venosta: Di Nolfo, *Gli Alleati*, cit., p. 239; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 20. Si rimanda a quest'ultimo saggio, e alle fondamentali indagini di P. Scoppola, *La proposta politica di De Gasperi*, Bologna, il Mulino, 1977, pp. 213-214, anche per la ricostruzione di quanto accaduto nel Consiglio dei ministri, attraverso la preziosa testimonianza di De Gasperi, lettera a Luigi Sturzo, Roma, 12 novembre 1944, in *De Gasperi scrive. Corrispondenza con capi di stato cardinali uomini politi-*

ci giornalisti diplomatici, II, a cura di M. R. de Gasperi, Brescia, Morcelliana, 1974, p. 30, cit. p. 20 nt. 64: «si finì col deliberare un testo che riserva la decisione all'assemblea, senza di per sé escludere, ma anche senza ammettere un referendum con referendum d'inchiesta» (soluzione che, dal canto suo, lo statista trentino appoggiava). Benché all'indomani della *joint declaration* dell'11 ottobre 1943, Bonomi supportasse la scelta politica di affidare alla Costituente la soluzione della questione istituzionale (Pinzani, cit., p. 13), sia lui che De Gasperi non consideravano incompatibile tale scelta, formalizzata dal d.lgt. 1. 151, con un referendum. Il che spiega la doppiezza della risposta di Bonomi a Stone, ivi, p. 22 nt. 69. Lo stesso autore, p. 21, considera quella di Stone «la prima presa di posizione alleata sul referendum», sul quale poi si sarebbero espressi altri interlocutori (Kirk, Noel Charles, Byrnes).

²⁹ *Infra*, nt. 59.

³⁰ ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 16, 5 ottobre 1944. G.R. Upjohn al *Chief Legal Officer*, all. alla lettera di Ellery W. Stone a Sir Noel Charles del 14 ottobre 1944 «The Acting Chief Commissioner desires to be advised whether D.L.L. No. 151 of the 25th June, '44, creating a new Constituent Assembly precludes or in any way prejudices the right of the Government to have a referendum of Italy to determine the constitutional question».

³¹ Parere del *Chief Legal Advisor* Colonnello Richard H. Wilmer al *Deputy Chief of Staff, Civil Affairs Section*, sull'interpretazione del d.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 6 ottobre 1944 (App. 4). Un cenno all'opinione della ACC è in De Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 194 (ma da altra fonte).

³² Memorandum dell'Ammiraglio Ellery W. Stone, *Chief Commissioner*, a Sir Henry Maitland Wilson, sull'interpretazione del

d.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 17 novembre 1944 (App. 5).

- ³³ *Italian Monarchy Must Move Left, Crown Prince Humbert Declares*, in «The New York Times», Nov. 1, 1944, p. 1. Sulla mossa tattica del principe Umberto cfr. Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 22; Di Nolfo, *Gli Alleati*, cit., p. 240; de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 105; G. Sale, *Dalla monarchia alla repubblica. Santa Sede, cattolici italiani e referendum*, Milano, Jaca book, 2003, pp. 15-16; U. Gentiloni Silveri, «Neither Monarchy nor Republic Has Requested Allied Intervention»: il passaggio istituzionale nella documentazione alleata, con il titolo *Il passaggio istituzionale nella documentazione alleata*, in 1945-1946. *Le origini della Repubblica*, vol. I, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, pp. 99-117, anche in Id., *Sistema politico e contesto internazionale nell'Italia repubblicana*, Roma, Carocci editore, 2008, pp. 29-41, 33; Di Stefano, *Alleati*, cit., pp. 318-319; E. Di Nolfo-M. Serra, *La gabbia infranta. Gli Alleati e l'Italia dal 1943 al 1945*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010, p. 172.

³⁴ Calamandrei, *Nel limbo istituzionale*, cit., p. 145.

³⁵ Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit. p. 22 nt. 69, che cita il verbale del Consiglio dei ministri del 7 novembre 1944.

³⁶ Lettera dell'Ambasciatore Alexander Kirk al *Chief Commissioner* Ammiraglio Ellery W. Stone con il parere del Dipartimento di Stato sull'interpretazione del d.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 20 novembre 1944 (App. 6).

³⁷ Parere della *Legal Sub-Commission* al *Chief Commissioner* sull'interpretazione del d.lgt. 25.6.1944 n. 151 (potere della Costituente di decidere la questione istituzionale), 29 novembre 1944 (App. 7).

³⁸ Mortati, *La Costituente*, cit., pp. 248-249, con un'eloquente af-

fermazione, che sembra quasi un commento ai fatti sopra riportati: «Il potere che deve portare ad esecuzione tale norma non potrebbe quindi legittimamente conferire al popolo una pronunzia plebiscitaria da essa esclusa: ed è strano che dai sostenitori della tesi in parola non si sia tenuto conto di un siffatto ostacolo»; Crisafulli, *Profili costituzionali*, cit., pp. 185-186; Guarino, *Due anni di esperienza costituzionale italiana*, cit., p. 75 nt. 2; Calamandrei, *Nel limbo istituzionale*, cit., p. 141; Id., *Sul referendum istituzionale*, cit., p. 469 (che definisce «colpo di Stato» la modifica di quanto disposto dal d.l.lgt. 151); Id., *Cenni introduttivi*, cit., p. 309 («formula chiarissima»); C. Mortati, *Sui limiti all'attività della Costituente*, in «Quaderni d'oggi», *La riforma politica*, marzo 1946, n. 2, pp. 5-10, anche in Id., *Studi sul potere costituente*, cit., pp. 387-407, 400-402; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, anno accademico 1960-61, Padova, Cedam, 1961, p. 161; Mortati, *Istituzioni*, I, cit., p. 80. Analoga la valutazione storiografica: cfr. ad es. C. Pavone, *La continuità dello Stato. Istituzioni e uomini*, in E. Piscitelli et al., *Italia 1945-48. Le origini della Repubblica*, Torino 1974, pp. 139-289, anche in Id., *Alle origini della Repubblica. Scritti su fascismo, antifascismo e continuità dello Stato*, Torino, Bollati Boringhieri, 2025, pp. 161-185, pp. 138-139; e soprattutto Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., p. 132; Scoppola, *La proposta politica*, cit., p. 209; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 19, che sottolinea anche l'ambiguità del suo testo e osserva che «la giuridicizzazione di un processo per sua natura intrinsecamente politico non era priva di rischi»; P. Caretti, *Forme di governo e diritti di libertà nel periodo costituzionale provvisorio*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria alla Assemblée Costituente*, a cura di E. Chelli, Bologna, il Mulino, 1979, pp.

31-127, 63-68 («pretestuosa e infondata»); Di Nolfo, *Gli Alleati*, cit., p. 238; Sale, *Dalla monarchia alla repubblica*, cit., pp. 14-15.

³⁹ Cfr. già Harris, *Allied Military Administration*, cit., p. 383.

⁴⁰ Smentite tuttavia nel noto intervento di Bonomi del 7 ottobre 1945 pubblicato sul quotidiano «Il Giornale del mattino», in cui dava al d.l.lgt. 151 un significato opposto a quello fino ad allora sostenuto.

⁴¹ ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 32, *Commodore Ellery W. Stone Chief Commissioner* al Primo Ministro, 12 dicembre 1944.

⁴² ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 34, lettera del Presidente del Consiglio all'Ammiraglio Ellery W. Stone, 3 gennaio 1945.

⁴³ Cfr. de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 109. Lo aveva già chiesto il 31 marzo 1945, come scritto nel memorandum 30 giugno 1945, cit. *infra*, nt. 45.

⁴⁴ *The Secretary of State to the Ambassador in Italy* (Kirk), Washington, January 20, 1945, in *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1945, Europe, vol. IV [Editors: William Slany, John G. Reid, N. O. Sappington, Douglas W. Houston. General Editor: E. Ralph Perkins, S. Everett Gleason], Washington, United States Government Printing Office, 1968, E-book 2018, consultabile online nel sito: <<https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1945v04/ch33>>, n. 915, *The Secretary of State to the Ambassador in Italy* (Kirk), Washington, January 20, 1945.: «a properly supervised referendum would afford a more certain expression of popular will than would a constituent assembly»; Pianzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 23.

⁴⁵ *Memorandum by the Chief Commissioner of the Allied Commission (Stone) to the Supreme Allied Commander (Alexander)*, Washington, 30 June 1945, in *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1945, Europe, vol. IV, cit., n. 921: «it would appear that

the ultimate decision affecting the institutional question might be most justly brought about by means of a referendum rather than by entrusting the decision to the Constituent assembly». Cfr. de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 113 nt. 239; Di Stefano, *Alleati*, cit., p. 322.

⁴⁶ ACS, ACC, 10000/141/753, *Local Government, Constituent Assembly Policy* (1945 gen.-1946 gen.), *Supreme Allied Commander's Conference (Political), Italian institutional question*, 17 luglio 1945, pp. 10d-10e; le due missive intitolate *Consideration of Italian institutional question*, pp. 10a-c e 10f. I documenti si possono consultare online nel sito: <<https://patrimonioacs.cultura.gov.it/patrimonio/53f892a8-a7ce-4c19-9133-3044f72a16ac/753-constituent-assembly-policy-1945-gen-1946-gen>>.

⁴⁷ De Gasperi nel gennaio 1946 chiese l'intervento degli anglo-americani a favore del referendum, da spendere nel Consiglio dei ministri. Sulla politica di De Gasperi in relazione sia al referendum sia ai poteri sovrani della Costituente cfr. le letture di Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., pp. 128-139; Scoppola, *La proposta politica*, cit., pp. 217-230; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., pp. 31-44, con approfondita ricostruzione degli eventi del 1945, Cfr. anche Gentiloni Siliveri: «Neither Monarchy nor Republic», cit., p. 32; Di Stefano, *Alleati*, pp. 325-326.

⁴⁸ L. Valiani, *Il problema politico della nazione italiana*, in *Dieci anni dopo. 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, Editori Laterza, 1955, pp. 1-112, 32 e 64.

⁴⁹ Parere del *Chief Legal Advisor* Col. W.E. Behrens al *Chief Commissioner* sull'interpretazione del d.l.lgt. 25 giugno 1944 n. 151 (poteri della Costituente), 30 agosto 1945 (App. 8). La consultazione è preceduta da un colloquio di De Gasperi con Kirk, di cui riferisce a Byrnes in un telegramma del 25 agosto 1945, in *Foreign Relations of the United*

States, Diplomatic Papers, 1945, *Europe*, vol. IV, n. 927, *The Ambassador in Italy (Kirk) to the Secretary of State*: Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., p. 70; Scoppola, *La proposta politica*, cit., pp. 217-220; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 31. Il ministro degli esteri del governo Parri agitava abilmente lo spauracchio della Costituente-convenzione: «According to majority views of Italian jurists, establishment of *costituente* would automatically put an end to all govt in Italy including Lieutenant General of Realm, Council of Ministers and present Presidents of Senate and Chamber and power would be vested in President named by *costituente* who would then form "provisional government" resembling that in France. This situation De Gasperi added set stage for dictatorship with either Nenni or Togliatti as probable candidates. In connection with foregoing, any views which legal advisers in Department may have on law establishing *costituente* would be helpful to me». Il parere è citato (ma non analizzato) da de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 118 nt. 253, ma da altra fonte, che omette di indicare i quattro consulenti italiani e fornisce solo un *summary* del documento: *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1945, *Europe*, vol. IV, n. 928, *The Ambassador in Italy (Kirk) to the Secretary of State*, Rome, September 6, 1945. Tanto basta per far scattare la reazione del Dipartimento di Stato americano, di cui si dirà nel testo. Il documento termina anche con una richiesta di chiarimenti di Stone al governo italiano: «asking for views of Italian Govt with respect to machinery of operation and powers of Italian Govt once Constituent Assembly has been convened».

⁵⁰ Il Capo di Gabinetto di Pietro Nenni al Ministero della Costituente era, come noto, Massimo Severo Giannini (12.8.1945-2.8.1946): ancora in carica, dunque, benché la lettera lo definisca

former (sulla base di elementi che richiederebbero ulteriori verifiche). Su questa esperienza cfr. innanzitutto lo stesso M.S. Giannini, *Nenni al Ministero per la costituente*, in *Nenni dieci anni dopo*, presentazione di G. Tamburrano, introduzione di B. Craxi, Roma, Lucarini Editore s.r.l., 1990, pp. 47-55; e quindi una serie di studi che ne hanno messo in rilievo l'importanza, tra i quali ci limitiamo a ricordare G. Melis, *Giannini e la politica*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2000, fasc. 4 pp. 1249-1276 (fascicolo tematico, che ospita altri importanti studi); S. Cassese, *Giannini e la preparazione della Costituzione*, *ibidem*, 2015, fasc. 3, pp. 863-884; M. Macchia, *Massimo Severo Giannini nell'età costituente*, in «Nomos» 3-2017, pp. 1-16, con altre indicazioni bibliografiche.

⁵¹ Identificabile forse, tra diversi possibili candidati, in quelli già consultati nel novembre 1944 (Filippo Chiomenti o Giuliano Vassalli).

⁵² Il testo del d.lgt.l. 151, infatti, era chiaro: Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., p. 32.

⁵³ Art. 4. «Finché non sarà entrato in funzione il nuovo Parlamento, i provvedimenti aventi forza di legge sono deliberati dal Consiglio dei Ministri».

⁵⁴ Art. 3. «I Ministri e Sottosegretari di Stato giurano sul loro onore di esercitare la loro funzione nell'interesse supremo della Nazione e di non compiere, fino alla convocazione dell'Assemblea costituente, atti che comunque pregiudichino la soluzione della questione istituzionale».

⁵⁵ Su richiesta di Kirk, nel documento del 6 settembre 1945 cit. *supra* nt. 49.

⁵⁶ Memorandum del Dipartimento di Stato, che sostiene la *strict construction* del d.lgt. 151, telegramma n. 6608 14 novembre 1945 da Washington: ACS, ACC 10000/141/753, p. 38; ACS, 10000/109/1058, pp. 83-84; ACS, ACC, 10000/109/1058, pp.

64-65; memorandum con parafrasi del telegramma, spedito il 29 ottobre 1945 a diversi soggetti, tra cui il *Chief Legal Advisor*. Un altro documento che dà notizia della *strict interpretation* americana è pubblicato in *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1945, *Europe*, vol. IV, n. 933, *The Secretary of State to the Ambassador in Italy (Kirk)*, Washington, October 22, 1945, e da qui cit. da de Leonardis, *La Gran Bretagna*, p. 118 nt. 255; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., pp. 32-33.

⁵⁷ Il parere dei giuristi americani è noto alla storiografia, benché non nei suoi dettagli tecnici, da leggersi in connessione con la precedente presa di posizione della ACC: cfr. Valiani, *Il problema politico*, cit., p. 64 («un "parere" apparentemente da nessuno richiesto»); E. Ragonieri, *La storia politica e sociale, in Storia d'Italia. Dall'Unità a oggi*, 12, *Dall'Italia fascista all'Italia repubblicana*, Torino, Giulio Einaudi editore, 1976, pp. 2436-2437; Pavone, *La continuità dello Stato*, cit., pp. 140-141; Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., pp. 134-135; Scoppola, *La proposta politica*, cit., p. 221; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., con acuta analisi politica pp. 32-33; Caretti, *Forme di governo*, cit., pp. 65-66; de Leonardis, *La Gran Bretagna*, cit., p. 118; Di Stefano, *Alleati*, cit., p. 325 (qui con riferimento alla sua collocazione archivistica nel fondo della ACC).

⁵⁸ *Supra*, § 2.

⁵⁹ ACS, ACC, 10000/109/1058, pp. 79-80; *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers*, 1943, *Europe*, vol. II, pp. 387-388 [Editors: E. Ralph Perkins, N. O. Sappington], United States Government Printing Office, Washington, 1964, pp. 387-388.

⁶⁰ Si può collegare questa posizione del Dipartimento di Stato, favorevole a mantenere rigorosamente la tregua istituzionale e a trarne le logiche conseguenze quanto ai poteri della Costituente, a quella manifestata l'11 aprile 1945

da Stone al ministro degli esteri De Gasperi che, come riportato nel memorandum, aveva avuto un incontro con lui per sondare le intenzioni degli Alleati circa la possibilità di riaprire la questione della tregua istituzionale mutando il governo provvisorio, come da desiderio di Togliatti, ma contro le obbligazioni assunte da Bonomi il 18 giugno 1944 (primo giorno del governo Bonomi II) e 10 dicembre 1944 (alla soglia del governo Bonomi III): ACS, ACC, 10000/109/1058, p. 41-43; *Foreign Relations of the United States, Diplomatic Papers, 1945, Europe*, vol. IV, cit., n. 916, the Ambassador in Italy (Kirk) to the Secretary of State, Rome, April 11, 1945. Sulla strategia del governo De Gasperi dal 5 gennaio 1945, data di un colloquio con Stone (collocazione esatta: *Foreign Relations of the United States, 1946, The British Commonwealth, Western and Central Europe*, Volume V, Editors: N. O. Sappington, John P. Glennon, Howard M. Smyth, Frederick Aandahl. General Editor: S. Everett Gleason, Washington, United States Government Printing Office, 1969, n. 588, *The Ambassador in Italy (Kirk) to the Secretary of State*, Rome, January 7, 1946), rimandiamo ancora alle interpretazioni di Gambino, *Storia del dopoguerra*, cit., pp. 130-139; Scoppola, *La proposta politica*, cit., pp. 208-252, con l'analisi completa dei documenti; Pinzani, *Gli Stati Uniti*, cit., in particolare pp. 34-44. Questi studi hanno fatto emergere lucidamente le ragioni politiche della posizione, spesso fraintesa, di De Gasperi su entrambe le questioni oggetto del nostro interesse: favorevole alla consultazione referendaria del popolo sulla scelta tra monarchia e repubblica (prima intermedio e poi preventivo) e contrario ad una Costituente dai poteri illimitati (i due problemi erano tra loro intrecciati). In particolare, come osserva Scoppola, *La proposta politica*, cit., p. 214, il referendum

(specie quello c.d. intermedio nel corso dei lavori dell'Assemblea) «era voluto da De Gasperi... per arrivare alla repubblica senza lacerazioni nel mondo cattolico e nel suo partito e soprattutto con un largo consenso di opinione che sin dall'inizio assicurasse al nuovo Stato una solida base»; mentre la preoccupazione per i poteri illimitati della Costituente poggiava su motivazioni garantiste attente all'equilibrio tra i poteri e non di rigido freno al rinnovamento (pp. 218-219). Rilevante ai nostri fini la presa di posizione espressa in una lettera del 10 ottobre 1945 ad Alberto Tarchiani, cit. p. 36 nt. 115: «In realtà la legge di Salerno del '44 non è chiara né logica. L'art. 4 prevede la continuazione del regime luogotenenziale anche dopo la Costituente fino al nuovo Parlamento: e così per dire la verità, la intendemmo allora noi e gli alleati. Poi la Costituente assunse "un significato più preciso". Ma se il Luogotenente si richiama alla legge, come ad un patto (ché tale si può interpretare) sarà bene necessario pensare ad un nuovo provvedimento legislativo, onde evitare conflitti. Basta, vedremo», in *De Gasperi scrive*, II, cit., p. 121.

⁶¹ In linea di principio, secondo Mortati, *La Costituente*, cit., p. 44, il rapporto tra governo e Costituente non può che essere di subordinazione a favore della prima. Il d.l.lgt. 16 marzo 1946 n. 98, di conseguenza, non può limitare i poteri sovrani della Costituente e risulta anomalo: Mortati, *Sui limiti all'attività della Costituente*, cit., pp. 391-393, 399, 400-402 (referendum); Id., *Costituente e ordinamento provvisorio dello Stato*, in «Idea», luglio 1946, n. 7, pp. 390-394, anche in Id., *Studi sul potere costituente*, cit., pp. 441-452, p. 446; Calamandrei, *Governo e costituente*, cit., pp. 166-169. Si veda, anche, *extra moenia*, il disagio manifestato da un acuto commentatore come Calasso, *Cronache politiche*, cit., XLV, *La Costi-*

tute, *Sulle soglie*, p. 168: «Leggete l'art. 3 del D.L.L. 16 marzo 1946, n. 98, relativo all'assemblea stessa, e, anche a non sapere di diritto, vi scoprirete tale primitività di sostanza e di forma intorno al punto fondamentale dei rapporti fra un'assemblea che, per la sua destinazione stessa nasce sovrana, e un Governo che si è autodelegato il potere legislativo ordinario, da spiegarsi lo stato di disagio dal quale è nato questo primo dibattito...». In linea anche le considerazioni di C. Fiumanò e R. Romboli, *L'Assemblea costituente e l'attività di legislazione ordinaria*, in *La fondazione della Repubblica*, cit., pp. 381-441, 390-399.

⁶² Fa perno anche su questa relazione familiare la suggestiva riflessione di B. Sordi, *Due giuristi in tempo di transizione: Filippo Vassalli e Piero Calamandrei. Spunti per un racconto parallelo*, che aiuta molto a capire la complessità dell'approccio di Vassalli al terzo mondo da lui vissuto, seppure brevemente, e in tale prospettiva sono da accostare alle pagine di G. Cazzetta, *Un'aristocrazia spirituale. Filippo Vassalli e il tramonto del codice della scienza*. Entrambi i lavori fanno parte del volume *Filippo Vassalli e la storia giuridica italiana*, cit. (in corso di stampa).