

F. Dal Canto, E. Malfatti, S. Panizza, A. Pertici, E. Rossi

# Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo

Volume I

*Lo Stato e gli altri ordinamenti giuridici,  
i principi fondamentali e le istituzioni politiche*

*a cura di* Roberto Romboli

QUARTA EDIZIONE



**Giappichelli**

## Capitolo I

# *Lo Stato e gli altri ordinamenti giuridici\**

SOMMARIO: Sezione I. *Gli ordinamenti giuridici e lo Stato*. – 1. Premessa. – 2. Il concetto di ordinamento giuridico. – 3. Il concetto di Stato. – 4. Il concetto di costituzione. – 5. Le regole giuridiche. – 5.1. Le fonti del diritto. – 6. La progressiva affermazione dello Stato moderno e i suoi caratteri. – 7. L'ordinamento della comunità internazionale. – 8. Gli ordinamenti sovranazionali in ambito europeo. – 8.1. L'ordinamento comunitario e la nascita dell'Unione europea. – 8.2. L'ordinamento convenzionale derivante dalla CEDU. – 9. Gli ordinamenti infrastatali. – Sezione II. *Gli elementi costitutivi dello Stato in generale e dello Stato italiano*. – 1. Il concetto di sovranità. – 2. Il concetto di territorio. – 3. Il concetto di popolo. – 3.1. Alcune puntualizzazioni rispetto a termini prossimi a quello di popolo: popolazione, nazione, etnia, razza, patria. – 4. La rilevanza, al presente, degli elementi costitutivi dello Stato. – 5. Lo Stato italiano e i suoi elementi costitutivi. – 5.1. La sovranità. – 5.2. Il territorio. – 5.3. Il popolo. – 5.3.1. Il riferimento a termini prossimi a quello di popolo. – 5.3.2. Le norme sulla cittadinanza. – 5.3.3. La condizione giuridica dello straniero. – 5.3.3.1. Il decreto legislativo n. 286/1998. – Sezione III. *Forme di Stato e forme di governo*. – 1. Premessa. – 2. Le due nozioni di forma di Stato e di forma di governo e il rapporto tra esse. – 3. I criteri e le categorie concettuali più comunemente utilizzati per operare le classificazioni. – 3.1. All'interno della nozione di forma di Stato. – 3.2. ... e di quella di forma di governo. – 4. La classificazione proposta con riferimento alle forme di Stato. – 4.1. La struttura unitaria o pluralistica dello Stato: Stato unitario, Stato confederale, Stato federale, Stato regionale. – 4.2. Le modalità di attribuzione delle cariche pubbliche di vertice e il loro grado di democraticità e rappresentatività: Stato democratico, Stato autoritario. – 4.3. Il grado di tutela accordato alle situazioni individuali nei confronti del potere pubblico: Stato patrimoniale, Stato di polizia, Stato di diritto, Stato di diritto costituzionale. – 4.4. La natura dell'intervento pubblico nella sfera dei rapporti economici e le modalità di perseguimento del benessere dei cittadini: Stato liberale, Stato sociale, Stato socialista. – 5. La classificazione proposta con riferimento alle forme di governo. – 5.1. La forma di governo parlamentare. – 5.2. La forma di governo presidenziale. – 5.3. La forma di governo semipresidenziale. – Sezione IV. *I caratteri e l'evoluzione storica dello Stato italiano*. – 1. Premessa. – 2. Il periodo della monarchia parlamentare e le previsioni dello Statuto albertino in tema di forma di Stato e di governo. – 3. Il periodo fascista. – 3.1. Il problema della continuità dello Stato in occasione dell'avvento del fascismo. – 3.2. Le c.d. leggi fascistissime. – 3.3. Il problema della continuità dello Stato in occasione della caduta

---

\* Di Saulle Panizza.

del fascismo. – 4. Il periodo transitorio. – 4.1. Gli anni dal 1943 al 1946 e i due decreti noti come prima e seconda costituzione provvisoria. – 4.2. Gli anni dal 1946 al 1947 e la fase costituente. – 5. La Costituzione repubblicana e i suoi caratteri. – 5.1. Il procedimento di formazione e il contributo popolare al testo. – 5.2. La struttura e la lunghezza del testo. – 5.3. Il carattere rigido o flessibile. – 5.4. La natura “programma” e “bilancio”. – 6. L’attuazione della Costituzione e le revisioni intervenute. – 6.1. La fase della non attuazione. – 6.2. La prima fase di consistente attuazione e l’inizio del dibattito sulle riforme istituzionali. – 6.3. Gli interventi di integrazione e revisione del testo costituzionale nelle prime dieci legislature e il nuovo slancio alla sua attuazione tra la fine degli anni Ottanta e l’inizio degli anni Novanta. – 6.4. Il fenomeno noto come “Tangentopoli” e il cambiamento della legislazione elettorale nel 1993. – 7. La ripresa del tema delle riforme. – 7.1. Le commissioni bicamerali De Mita-Iotti e D’Alema. – 7.2. Le riforme costituzionali nei primi anni Duemila. – 7.3. Il rischio di indebolimento del senso complessivo della Costituzione. – 7.4. Il tema delle riforme nella XVII e nella XVIII legislatura. – Sezione V. *I caratteri e l’evoluzione storica dell’ordinamento eurounitario*. – 1. Premessa. – 2. Le origini. – 3. Gli sviluppi, tra progressivi allargamenti e riforme dei trattati. – 4. I principali caratteri dell’ordinamento dell’Unione europea. – 4.1. La sovranità. – 4.2. Il territorio. – 4.3. Il popolo. – 4.4. La forma di Stato.

## Sezione I

### *Gli ordinamenti giuridici e lo Stato*

#### 1. Premessa

*Lo studio del  
diritto  
costituzionale*

Lo studio manualistico del *diritto costituzionale* di uno Stato o di una comunità di Stati consiste essenzialmente, almeno in prima approssimazione, nell’esame delle regole (giuridiche) che presiedono all’individuazione, all’organizzazione e al funzionamento di un determinato gruppo sociale e delle sue istituzioni. Queste regole fondative e di base sono normalmente contenute in testi che prendono il nome di costituzioni.

L’esame del diritto positivo (vale a dire “posto” dalla costituzione e dalle altre fonti di regole giuridiche) presuppone, però, alcune nozioni, per lo più di ordine teorico generale e storico, che consentano di inquadrare correttamente la problematica studiata, dal punto di vista sia delle categorie utilizzate dagli studiosi e perfezionate negli anni sia dell’evoluzione che tali fenomeni hanno conosciuto nei vari tempi e luoghi. A questo mira il capitolo introduttivo, che ha pertanto una funzione propedeutica agli altri di cui si compone il presente *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*.

Nella sezione I si preciserà il significato di alcuni termini basilari del

linguaggio giuridico e costituzionalistico in particolare, come quelli di ordinamento giuridico, Stato, costituzione, norma, ecc., così da coglierne il significato in relazione ai fenomeni storici – qui solo accennati – di formazione dello Stato (in senso) moderno. L'esame investirà altresì i caratteri essenziali di alcuni ordinamenti giuridici (o, comunque, di fenomeni) più ampi dello Stato, ai quali quest'ultimo partecipa e che anzi concorre a realizzare. Con particolare riferimento all'esperienza italiana attuale, assumono così rilievo il ruolo della comunità internazionale e la realtà delineatasi in ambito europeo negli ultimi decenni. Brevi cenni saranno altresì forniti in relazione agli ordinamenti di dimensione infrastatale che maggiormente interessano l'ambito pubblicistico, e dunque agli enti territoriali.

*Alcune nozioni di base*

La sezione II puntualizzerà quelli che sono solitamente ritenuti gli elementi costitutivi dello Stato, vale a dire la sovranità, il territorio, il popolo, cercando anche di evidenziare i fattori che, soprattutto negli ultimi tempi, ne hanno affievolito la absolutezza, contribuendo addirittura, secondo alcuni, a marcare la fase declinante dello stesso fenomeno statale. Dopo averli inquadrati in generale, si passerà a esaminare gli elementi costitutivi dello Stato italiano e il modo in cui essi si presentano, alla luce dell'evoluzione recente.

*Gli elementi costitutivi dello Stato*

La sezione III avrà un carattere più schematico, trattandosi di delineare due categorie molto diffuse nel linguaggio costituzionalistico, differenti, ma strettamente connesse tra loro, quelle di "forma di Stato" e di "forma di governo". Si descriveranno al riguardo, in modo sintetico, i principali criteri elaborati dagli studiosi per cogliere le caratteristiche che storicamente hanno assunto le relazioni tra gli elementi costitutivi dello Stato (forma di Stato) e quelle tra gli organi di vertice dell'apparato statale cui la costituzione attribuisce le funzioni più rilevanti per il conseguimento delle finalità dell'ordinamento (forma di governo).

*Forma di Stato e forma di governo*

Dopo aver definito questi concetti, si esamineranno le vicende degli ordinamenti giuridici che più direttamente interessano, e in primo luogo dello Stato italiano (sez. IV), che ha ormai centosessant'anni di vita. La periodizzazione utilizzata servirà per illustrarne i passaggi più rilevanti e una particolare sottolineatura verrà riservata, com'è naturale, al momento di formazione della Costituzione e ai successivi decenni di vita repubblicana, la cui conoscenza è premessa indispensabile per cogliere in maniera compiuta il senso dell'ordinamento quale attualmente si presenta (ciò cui sono poi destinati i successivi capitoli del Manuale).

*Le vicende storiche dello Stato italiano*

Seguirà, infine, la descrizione delle tappe che hanno segnato il cammino di integrazione in Europa, fino a dar vita alla Unione europea (sez. V), la cui realizzazione ha prodotto conseguenze assai rilevanti sulle attribuzioni e sull'evoluzione dei singoli ordinamenti nazionali che compongono quello eurounitario e che con esso si integrano.

*Il processo di integrazione europea*

## 2. Il concetto di ordinamento giuridico

Un primo termine in cui si imbatte lo studio del diritto costituzionale, e prima ancora del “diritto” puramente e semplicemente, è quello di *ordinamento giuridico*, talmente ampio e generale da venir spesso utilizzato come equivalente al termine di “diritto (in senso oggettivo)” e talora quale sinonimo di Stato stesso.

In realtà, il concetto di ordinamento giuridico sta a indicare l'esistenza di un corpo o gruppo sociale organizzato sulla base di regole (giuridiche), e può pertanto riferirsi a un numero elevato di fenomeni, anche assai variegati. Gli elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico sono, cioè, dati dalla possibilità di individuare un insieme di soggetti che sviluppino relazioni disciplinate da regole di natura giuridica.

Teorie  
istituzioniste e  
teorie  
normativiste

Per spiegare in profondità tale concetto, la dottrina si è lungamente impegnata e ha elaborato molteplici teorie, alcune delle quali maggiormente incentrate sul rilievo del gruppo organizzato (teorie istituzioniste), altre sulle regole giuridiche dettate per la disciplina dei relativi rapporti (teorie normativiste).

In verità, sembra di poter dire che la soluzione dai più condivisa è nel senso che entrambi i fattori rilevano con grande intensità quando si tratti, in particolare, di esaminare gli ordinamenti giuridici sui quali è solita soffermarsi l'attenzione del costituzionalista, e dunque soprattutto quelli statali (e infrastatali), oltre a quello della comunità internazionale e a quelli sovranazionali. In definitiva, è ormai diffusa la consapevolezza circa il fatto che lo studio di realtà complesse quali sono gli Stati moderni, sia isolatamente considerati sia nei reciproci rapporti e negli ulteriori ordinamenti cui possono dare vita o nei quali si possono articolare al loro interno, non può prescindere da una analisi attenta e approfondita di tutti gli aspetti che concorrono a comporli e che si implicano vicendevolmente, tanto quelli di ordine fattuale quanto quelli di ordine normativo (si è infatti soliti sostenere la validità di entrambe le affermazioni, sia che *ubi societas ibi ius* sia che *ubi ius ibi societas*).

La pluralità degli  
ordinamenti  
giuridici

In ogni caso, proprio l'estrema latitudine del concetto di ordinamento giuridico comporta la sua applicabilità a una moltitudine di fenomeni, riconoscendosi di conseguenza anche l'esistenza di una *pluralità di ordinamenti giuridici*.

Diventa di particolare importanza, allora, la possibilità di operare distinzioni all'interno di tale concetto, assumendo a riferimento vari criteri, come possono essere il territorio, il tipo di aggregazione, il carattere originario o derivato, le finalità perseguite, la natura pubblicistica o privatistica, ecc. Così come di rilievo appare la comprensione dei rapporti che possono instaurarsi tra i vari tipi di ordinamenti e tra ordinamenti

della medesima natura (di riconoscimento o meno, di integrazione, di indifferenza o di incompatibilità, collaborativi o conflittuali, di autonomia, di sovraordinazione, sottordinazione o equiordinazione, ecc.).

### 3. Il concetto di Stato

È proprio facendo uso di una serie di criteri che si può ricavare, all'interno del grande insieme rappresentato da tutti i possibili tipi di ordinamento giuridico, quel particolare ordinamento giuridico rappresentato dallo Stato. Si tratterà di riconoscere quali sono i tratti differenziali rispetto agli altri ordinamenti giuridici o, da altra prospettiva, di saper individuare quei fattori che sono necessari e indefettibili per la sua esistenza, vale a dire i suoi *elementi costitutivi*.

*Lo Stato e i suoi  
elementi  
costitutivi*

La storia dell'umanità, attraverso i millenni, obbliga a confrontarsi con differenti tipologie di aggregazione di gruppi sociali organizzati sulla base di regole (giuridiche). Anche solo rimanendo in ambito europeo e pur prescindendo dai termini utilizzati, è a tutti evidente che sussistono distanze incolmabili tra le esperienze della *polis* greca, della *res publica* romana, dell'ordinamento feudale, ecc. e gli Stati attuali. E tuttavia ci si può chiedere a quando e a che cosa si debba il passaggio dalle aggregazioni precedenti allo Stato modernamente inteso.

A questo riguardo, pur essendo ovviamente impossibile fornire una risposta certa e univoca, grande rilievo viene dato alle vicende storiche che condussero alla fine dell'esperienza feudale e medioevale attorno alla metà dello scorso millennio, in particolare in ambito europeo.

*Alle origini dello  
Stato moderno*

Il sorgere di gruppi sociali sempre più tendenti alla centralizzazione e concentrazione del potere, alla sua spersonalizzazione e istituzionalizzazione, la nascita di grandi monarchie dalle ceneri dell'Impero, capaci di rinvenire in sé stesse e nella propria capacità di governo di un territorio e dei relativi abitanti la fonte della propria legittimazione, il progressivo abbandono dell'ordine sociale estremamente frammentato, formato da corpi locali, feudali o municipali, che per secoli aveva retto le sorti dei popoli, sono i principali fattori che concorsero a produrre il mutamento epocale di prospettiva, insieme a profonde trasformazioni nell'ambito economico, culturale e religioso.

Una serie di fenomeni, cui si può qui soltanto accennare, a loro volta accompagnati dalla riflessione teorica di grandi pensatori in grado di descrivere ma anche di dare un senso ai cambiamenti in corso e persino di orientarli. Non si può non ricordare, al riguardo, il rilievo di quelle filosofie che hanno contribuito a fondare su solide basi la giustificazione razionale dello Stato moderno, e due nomi sugli altri, quelli di Machiavelli

*Il contributo  
della riflessione  
teorica*

(cui si fa risalire l'autonomia della sfera della politica rispetto alle altre e a quella religiosa in primo luogo, nonché l'idea di Stato) e di Bodin (cui si deve il concetto di sovranità statale, con caratteri di "perpetuità", perché non delegata da altri né revocabile, e di "assolutezza", perché limitata unicamente dalle leggi di Dio e della Natura).

*I trattati  
di Westfalia*

Convenzionalmente, il momento di svolta viene fatto coincidere con la stipulazione dei trattati di Westfalia a metà del XVII secolo, vera e propria data di nascita, dunque, dello Stato modernamente inteso (oltre che, come si dirà, del diritto internazionale come diritto dell'ordinamento della comunità internazionale). Quei trattati non solo posero fine alle lunghe e sanguinose guerre, in genere di religione, che avevano sconvolto l'Europa nei decenni precedenti (la più nota fu quella c.d. dei trent'anni: 1618-1648), ma sancirono anche la sconfitta delle aspirazioni imperiali e la nascita di un nuovo ordine internazionale. Gli Stati formatisi in virtù di quegli accordi tendono ad affermarsi come una forma organizzativa del potere originaria (e non derivata da altro all'esterno) e sovrana, in grado di legittimarsi in virtù della semplice esistenza e della capacità effettiva di porre le regole di governo del corpo sociale in un dato territorio. In sintesi, sovranità, popolo e territorio, come si dirà meglio più avanti (*infra*, sez. II).

*La nascita degli  
Stati assoluti*

Da notare che, nella fase delle origini, gli ordinamenti giuridici statuali si configurano prevalentemente secondo i caratteri che poi si definiranno dello Stato assoluto, retti da monarchi che accentrano in sé stessi la pienezza dei poteri sovrani e l'insieme delle attribuzioni pubbliche di governo dei sudditi. Ispirati dall'idea della supremazia illimitata nei propri ordinamenti (secondo la formula *superiorem non recognoscens*), essi intraprendono, all'esterno, l'opera di progressiva formazione di un gruppo di regole da applicare – rigorosamente tra pari – nelle reciproche relazioni.

Soltanto i secoli successivi, con vicende e tempi diversi da paese a paese, avrebbero condotto, esaminando il versante interno degli Stati, a processi di limitazione e di frammentazione del potere assoluto e di separazione dei poteri tra una pluralità di organi, e, guardando al versante esterno, allo sviluppo di organizzazioni internazionali sempre più numerose e complesse, alcune delle quali destinate a incidere, di ritorno, sulla stessa sovranità degli Stati che ne fanno parte.

#### 4. Il concetto di costituzione

Accanto a quelli di ordinamento giuridico e di Stato, l'altro grande concetto la cui conoscenza è presupposto per lo studio del diritto costituzionale è evidentemente quello di *costituzione*.

Si tratta di un termine che noi oggi associamo tipicamente a quello di Stato e che utilizziamo per lo più per riferirci a quei documenti normativi contenenti le regole caratterizzanti un determinato ordinamento in un dato momento storico, e in particolare le disposizioni sull'assetto dei pubblici poteri, sui rapporti tra questi e i cittadini e sui principi ispiratori del gruppo sociale di riferimento.

In realtà, occorre una particolare cautela nell'uso del vocabolo, per una serie di ragioni.

In primo luogo perché si tratta di un termine polisenso, non sempre utilizzato, nel corso del tempo, in questo significato. Ad esempio, era altro il significato del termine latino *constitutio*, che durante una delle fasi di quella esperienza (quella dell'Impero) stava a indicare una particolare tipologia di atti normativi, sì di grado elevato in quanto emanati direttamente dall'autorità del *princeps*, ma non mai norme primarie, in quanto presupponevano l'esistenza di un organo in grado di discriminare le varie fonti giuridiche e differenziarle dal punto di vista del valore e della denominazione (Ghisalberti). Mentre si deve tenere presente che termini diversi da quello di costituzione, in altre epoche o contesti, sono stati utilizzati per esprimere proprio quel contenuto o qualcosa di avvicicabile a esso (come ad esempio il termine greco *politéia* o quello romano di *status rei publicae*).

La natura di  
termine  
polisenso

In secondo luogo, siamo tendenzialmente soliti abbinare all'idea di costituzione quella del documento in cui quelle disposizioni di principio sull'organizzazione dello Stato sono contenute, mentre è risaputo che quei principi possono avere, in tutto o in parte, anche una natura non scritta (si pensi all'Inghilterra descritta da Montesquieu, priva di una costituzione formale scritta ma esemplarmente espressiva di una idea – o forse dell'idea stessa – di costituzione).

La costituzione  
non è sempre un  
documento  
scritto

In terzo luogo, occorre considerare come spesso il termine non venga utilizzato in sé, ma al sostantivo “costituzione” si accompagnino varie aggettivazioni.

I possibili  
aggettivi

Rinviando alla parte in cui si esamineranno i caratteri del testo costituzionale con riferimento alla nostra Carta fondamentale (*infra*, sez. IV, par. 5), non si può fin d'ora non ricordare come una contrapposizione di grande rilievo e nient'affatto banale sia già quella tra costituzione *formale* e costituzione *materiale*, dove l'uso dell'aggettivo è in grado di ripercuotersi in maniera significativa sulla portata stessa e sul valore del sostantivo. In un primo significato, i due aggettivi stanno a rappresentare la distanza che può intercorrere tra il testo scritto della costituzione (costituzione formale) e la (minor) parte di esso effettivamente realizzata e tradotta in concreto (costituzione materiale), in un dato momento storico. In un secondo significato, invece, quegli stessi termini traducono la

Costituzione  
formale e  
costituzione  
materiale

dissociazione – che può essere per difetto, per eccesso, per difetto e per eccesso insieme – tra la (presunta) materia costituzionale, intesa come l'insieme dei profili che una costituzione dovrebbe sviluppare (costituzione materiale), e la costituzione formalmente approvata (costituzione formale). In altro significato ancora, si parla di costituzione in senso materiale (da noi, per primo, Mortati) per identificare i principi fondanti di una società, le consuetudini concretamente invalse, i fini e i valori che costituiscono l'effettivo principio di unità e di permanenza di un ordinamento e l'insieme delle forze politiche e sociali che li esprimono, valorizzando in tal modo il nucleo essenziale della costituzione effettivamente e realmente vigente (costituzione materiale), anche diverso, in misura più o meno ampia, rispetto alla costituzione formale.

La valenza  
politica e  
giuridica

Altro elemento che deve, poi, far riflettere in relazione all'uso del termine costituzione è il fatto che, nel corso della storia, esso si è prestato all'attribuzione di significati e portata differenti, quando di tipo (prevalentemente o esclusivamente) politico, quando di tipo più strettamente giuridico, talora rimarcandosene la neutralità e l'indifferenza rispetto a ogni e qualsivoglia contenuto, talaltra riconoscendosi la pienezza o la stessa possibilità di uso del termine soltanto a condizione che i contenuti corrispondessero a una certa idea di costituzione.

Si pensi, per un verso, alle dispute, anche linguistiche, nel corso del XIX secolo in Europa, allorché si pretendeva da taluni di riservare il termine ai documenti “partecipati” dal popolo, in quanto formati da assemblee parlamentari o ratificati mediante *referendum*, relegando a “carte” o “statuti” quelli calati dall'alto e graziosamente concessi (“*octroyés*”) dai sovrani ai loro sudditi.

Si pensi, per altro verso, al celeberrimo art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, che rappresenta una delle tappe decisive nella nascita del *costituzionalismo* e che qualificava e imponeva di considerare come costituzione (nel senso del costituzionalismo) soltanto quella che avesse determinati contenuti e principi ispiratori («*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*»).

## 5. Le regole giuridiche

Connaturato all'ordinamento giuridico (e allo Stato), e anzi fondativo del medesimo, è, come detto, il concetto di regola giuridica. Per avvicinarsi alla comprensione di esso occorre individuare, all'interno dell'insieme rappresentato dalle regole della più varia natura (etiche, religiose, sociali, ecc.), quali siano i caratteri che consentono di qualificare talune

di esse come “giuridiche”. Saremo, dunque, in presenza di un ordinamento giuridico allorché sarà possibile individuare una struttura organizzativa governata da regole di natura giuridica e connotata da una convivenza tendenzialmente armonica di queste regole, dal momento che è l’idea in sé di ordinamento a evocare un insieme, per l’appunto, ordinato, e dunque non casuale, né caotico, di fattori.

Nonostante i tanti sforzi profusi a livello teorico, non pare possibile affermare con certezza quanti e quali siano i caratteri che definiscono la giuridicità di una regola. Se ne proporranno di seguito alcuni, nella consapevolezza che è un’elencazione parziale, e non da tutti allo stesso modo condivisa. Proprio per questi motivi, si è soliti ripetere che tali caratteri, più che indefettibili, si presentano come “normali” nella configurazione delle regole giuridiche, e che è, più che altro, la compresenza (non di tutti, ma) di un certo numero di essi a essere sintomatica della natura giuridica della regola che si sta esaminando.

*I caratteri che definiscono la giuridicità di una regola*

Quello più sovente riconosciuto come di maggior rilievo è il carattere della *generalità e astrattezza*, non tanto nel senso che una regola è giuridica quando riguarda tutti e prende in considerazione (non un singolo o un gruppo di individui, ma) qualunque agente, quanto nel senso che, per essere giuridica, una regola deve disciplinare un tipo di situazione assunta come possibile e applicarsi a qualsivoglia soggetto che in qualunque momento si collochi nella fattispecie astratta prevista da essa. Si suole anche dire, al riguardo, che la generalità-astrattezza va intesa nel senso della indefinita “ripetibilità”, trovando, cioè, applicazione ripetuta in ogni circostanza che ne verifichi i presupposti.

*La generalità e astrattezza*

Altro carattere significativo è quello della *novità* (o innovatività) della regola giuridica, che si può accompagnare alla differenza logica tra il “disporre” in termini generali e astratti, da un lato, e il “provvedere” in concreto, facendo applicazione di una regola al caso di specie, dall’altro. La regola è giuridica quando dispone (in termini generali e astratti) innovando, e dunque modificando, il sistema delle regole in cui si inserisce. In altri termini, per essere giuridica la regola deve cambiare – o almeno essere potenzialmente idonea a cambiare – qualcosa nell’ordinamento giuridico (mentre a nulla rileva il senso o la direzione di questo cambiamento), non potendo essere meramente riproduttiva o applicativa di regole (giuridiche) esistenti.

*La innovatività*

Altro elemento considerato è quello della *esteriorità* della regola giuridica, nel senso che essa si deve occupare e può disciplinare il comportamento del soggetto (e dunque ciò che si manifesta all’esterno), non indagando, invece, il foro interno dell’individuo.

*La esteriorità*

Alla esteriorità si abbina, talora, la sottolineatura del carattere *eteronomo* della regola giuridica, che si impone ai suoi destinatari, indipen-

*Il carattere eteronomo*

dentemente dal fatto che abbiano, o meno, concorso alla sua produzione, e indipendentemente dall'intima accettazione di essa da parte del soggetto.

La struttura  
dell'enunciato  
normativo

Grande rilievo viene, poi, dato alla struttura dell'enunciato normativo, nel senso che la regola è giuridica quando formulata nei termini «se c'è A, ci deve essere B», ciò che mette in risalto il carattere ipotetico (e astratto) della regola giuridica e la necessaria correlazione tra una premessa e una conseguenza. Se è irrilevante la natura e la tipologia della conseguenza (positiva o negativa, sanzionatoria o premiale, ecc.), è invece decisivo che una conseguenza vi sia e scatti al realizzarsi del fatto, dell'atto o del comportamento descritto in premessa. Naturalmente, non tutte le regole giuridiche sono formulate in questo modo, e spesso si limitano, magari, a descrivere una premessa la cui conseguenza è da ricercare altrove, in altra regola giuridica o addirittura nel sistema giuridico di riferimento, ma ciò non affievolisce il rilievo di questo carattere.

La effettività

In connessione con quanto affermato, la giuridicità della regola implica che la conseguenza da essa prevista si possa realizzare in forma coattiva quando manchi l'adeguamento spontaneo al precetto o si abbia una qualche riparazione in caso di violazione di esso. L'ordinamento deve essere (almeno teoricamente) in grado di imporre l'applicazione della regola e le sue conseguenze, anche mediante il ricorso a strumenti forzosi.

Proprio il cenno da ultimo effettuato consente di allargare lo sguardo a una dimensione che sta sopra la singola regola giuridica, ma concorre a sua volta a farla riconoscere come tale. Si tratta del *principio di effettività*, per cui una regola giuridica concorre alla formazione e all'evoluzione di un intero ordinamento, il quale a sua volta potrà fregiarsi del carattere della giuridicità nella misura in cui risulti che esso nel suo insieme e le regole che lo compongono godono di un sufficiente tasso di osservanza e accettazione da parte dei consociati e dei destinatari in genere. Resta, peraltro, arduo stabilire quale sia questo livello minimo di osservanza, trattandosi di problema concreto e da risolvere, al limite, caso per caso.

### 5.1. Le fonti del diritto

Regole giuridiche  
e fonti del diritto

L'idea di regola giuridica è strettamente connessa con quella dei soggetti che hanno il potere di porla (o i fatti da cui possa derivare), delle procedure e degli atti previsti allo scopo. Dato, allora, un determinato ordinamento, l'individuazione di quali siano le regole che lo compongono e governano passa attraverso la conoscenza delle sue *fonti del diritto*, vale a dire gli atti e i fatti (giuridici) dai quali deriva la creazione, la modi-

ficazione o l'eliminazione di regole riconosciute come giuridiche in quell'ambito di riferimento.

La conoscenza di quali siano le fonti del diritto può tuttavia non essere sempre agevole, dal momento che la loro stessa identificazione passa attraverso la conoscenza delle "regole sulla produzione giuridica" (o "regole di riconoscimento" o "regole sulle regole" o "regole di secondo grado", ecc.) proprie di un certo ordinamento, quelle cioè che stabiliscono in presenza di quali condizioni e nel rispetto di quali requisiti il venir in essere di un determinato fatto o atto è in grado di produrre validamente diritto.

Ogni ordinamento può avere differenti regole di riconoscimento e avrà pertanto le sue proprie fonti del diritto, mentre all'interno di questo insieme di fatti e atti giuridici potranno operarsi varie differenziazioni e classificazioni.

Solo in via esemplificativa, accanto alla distinzione tra fonti atto (scaturenti dalla volontà dei soggetti che l'ordinamento abilita a porle in essere) e fonti fatto (scaturenti da eventi naturali o da comportamenti materiali), vi potrà essere quella tra fonti scritte o non scritte, tra fonti legali o meno (queste ultime prendono il nome di fonti c.d. *extra ordinem*, in quanto di fatto operanti, ma in maniera non prevista dal sistema), così come ulteriori classificazioni potranno essere operate in virtù della natura della fonte, della sua denominazione, del soggetto abilitato a porla nell'ordinamento, del procedimento da seguire, della forza che essa è in grado di assumere rispetto alle fonti operanti nel sistema, e altro ancora.

Sovente, nei moderni ordinamenti coesistono un numero non modesto di fonti del diritto e conseguentemente una grande quantità di regole giuridiche. Com'è naturale, questa coesistenza non si traduce nel semplice accostamento di una fonte all'altra e con esse dei rispettivi prodotti normativi. Né può farsi affidamento unicamente sulla spontanea capacità dei vari centri di produzione normativa di dare vita a fonti (sempre) in perfetta armonia e coerenza reciproca. All'opposto, ad apparire più frequente è la circostanza per cui le varie fonti del diritto operanti in un ordinamento non sempre intervengano inserendosi in maniera piana e, per così dire, pacifica nel sistema; spesso, invece, esse tendono a produrre contrasti, pur se non voluti intenzionalmente da parte dei soggetti legittimati a porle in essere (e comunque in maniera indipendente da ciò). Da qui la necessità di disporre di meccanismi capaci di dirimere questo tipo di contrasti, solitamente etichettati come "criteri di risoluzione delle antinomie giuridiche".

Si tratta di principi e indicazioni di natura logica o positivizzati (previsti, cioè, come tali dalle regole del diritto stesso), accomunati dalla finalità di contribuire, da soli o in combinazione, alla risoluzione delle di-

*Criteri di  
risoluzione delle  
antinomie  
giuridiche*

sarmonie presenti nel sistema. Tra quelli maggiormente utilizzati, si possono ricordare il criterio gerarchico, quello cronologico (o temporale), quello di competenza, e quello di specialità.

Il primo (gerarchico) presuppone una differente forza e dunque una diversa collocazione verticale delle fonti del diritto proprie di un sistema e dunque l'esistenza di rapporti di sovraordinazione e di subordinazione. Esso opera facendo prevalere, in vario modo, la fonte più elevata in grado (mediante l'eliminazione, l'annullamento, la disapplicazione, ecc. della fonte subordinata che con essa contrasti).

Il secondo (cronologico o temporale) considera l'inesauribilità e la dinamicità del potere normativo e interviene principalmente con riferimento a fonti del diritto che si trovino fra loro in un rapporto non di sovraordinazione o subordinazione, bensì paritario. Esso comporta la possibilità per la fonte più recente di sostituirsi, da quel momento in avanti, alla fonte più risalente nella disciplina di un determinato aspetto, con correlata cessazione di efficacia (abrogazione) della fonte sostituita.

Il terzo (competenza) si ha allorché una fonte del diritto sovraordinata (tipicamente, la costituzione) preveda non solo la presenza di una serie di fonti ad essa subordinate, ma anche che, in relazione a determinati ambiti o per particolari aspetti, una di esse sia competente (o più competente) a intervenire. Come conseguenza, quando si versi nella fattispecie descritta, avrà titolo (o maggior titolo) a disciplinare la materia, e dunque prevarrà, la specifica fonte competente (o più competente), e non altre, pur se magari, in astratto, legittimate o dotate della forza per farlo.

Il quarto (specialità), infine, sconta il fatto che sia possibile distinguere il grado di generalità di una disciplina rispetto all'altra, e opera nel senso di far prevalere la fonte speciale (o più speciale) rispetto a quella generale (o più generale), anche qualora la fonte speciale risultasse più risalente, e dunque astrattamente soccombente in applicazione del criterio cronologico.

Peraltro, il ricorso a un criterio potrebbe non sempre essere tale da risolvere la disarmonia esistente. Può, infatti, verificarsi che l'applicazione dell'uno o dell'altro criterio conduca a esiti differenti, con la necessità, dunque, di stabilire una sorta di priorità tra essi in caso di concorso. Così come può darsi la circostanza che il conflitto debba essere risolto mediante un uso combinato dei vari criteri o di alcuni tra essi.

Si consideri, inoltre, che i contrasti tra le fonti del diritto possono accompagnarsi a quelli tra le regole operanti nel sistema. Non sempre, infatti, il contrasto tra queste ultime passa dal contrasto tra le fonti che le producono né si risolve risolvendo l'antinomia, per così dire, tra i rispettivi contenitori.

Al riguardo, occorre tenere presente che finora si è prevalentemente

utilizzato il termine “regole” giuridiche, mentre appare adesso opportuno mettere a fuoco, sempre in via preliminare, due ulteriori concetti, vale a dire quelli di disposizione e norma.

Se ci si riferisce, come più sovente accade, al diritto scritto e alle fonti-atto, le *disposizioni* rappresentano il contenuto prescrittivo dell’atto, la volontà in esso manifestata mediante una serie di enunciati linguistici, normalmente contenuti in articoli (e nelle relative partizioni e raggruppamenti).

*Le disposizioni*

Le *norme*, invece, non coincidono con l’enunciato linguistico, ma, potremmo dire, sono gli enunciati linguistici (per come) interpretati, nel senso che esse sono il frutto dell’attribuzione di significato alle parole utilizzate dal legislatore.

*Le norme*

Ancorché impiegati spesso in maniera intercambiabile tra loro (oltre che come sinonimi di “regola” giuridica), i due termini sono dunque espressione di concetti differenti. Mentre le disposizioni sono gli enunciati di cui si compone il documento normativo, prodotto dall’autorità cui è riconosciuto il relativo potere, le norme sono i significati attribuiti (da qualche soggetto, normalmente altro) a una disposizione o a una serie di disposizioni. Con la conseguenza che, del tutto fisiologicamente, a una determinata disposizione potranno essere dati molteplici significati, ricavandosene molteplici norme, ma anche che una norma possa essere il frutto di più disposizioni o segmenti di disposizione, anche appartenenti a documenti diversi, posti da differenti autorità.

Ebbene, nel linguaggio del giurista, l’attribuzione di significato alle disposizioni e la loro trasformazione in norme è il proprio dell’attività interpretativa o *interpretazione*, nonché delle tecniche e dei modi in cui essa opera e si traduce.

*L’interpretazione*

Nell’ordinamento italiano la riflessione si è a lungo incentrata su una delle disposizioni contenute nelle c.d. preleggi (vale a dire le disposizioni sulla legge in generale, collocate preliminarmente al codice civile), e in particolare sull’art. 12, dedicato alla “interpretazione della legge”. A tenore di essa, «nell’applicare la legge non si può a essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore», aggiungendosi, poi, che «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato».

*L’art. 12 delle preleggi ...*

Quale che sia la portata che si voglia attribuire oggi all’art. 12 delle preleggi, sono anche tanti altri i concetti e le tecniche che ormai pacificamente presiedono all’attribuzione di significato agli enunciati linguistici, oltre quelli lì previsti. Molteplici, dunque, gli aggettivi che conno-

*... e il suo superamento*

tano l'attività interpretativa (si parla, infatti, di interpretazione letterale, restrittiva, estensiva, storica, sistematica, per principi, evolutiva, finalistica, ecc.).

## 6. *La progressiva affermazione dello Stato moderno e i suoi caratteri*

La circostanza, più sopra descritta, della storicità della (moderna) nozione di Stato porta con sé una serie di conseguenze. Anche il fatto che quel modello di organizzazione si sia progressivamente diffuso su scala planetaria non è, di per sé, elemento sufficiente a garantire che esso permarrà per sempre, né con (tutte) le caratteristiche che noi oggi vi rinveniamo. Del resto, i pochi secoli di storia che ci separano dalle sue origini sono stati sufficienti per determinarne una serie di cambiamenti, taluni dei quali anche particolarmente significativi.

*L'abbandono del modello di Stato assoluto*

Rimanendo su un piano generale, non si può non osservare come sia stato rapidamente abbandonato proprio uno dei suoi primigeni caratteri, vale a dire la concentrazione del potere in un sovrano assoluto.

Ciò è avvenuto a favore di un processo di distribuzione e razionalizzazione del potere pubblico che ha trovato le proprie premesse e i propri punti di riferimento nella teoria della separazione dei poteri (Montesquieu) e nella nascita del costituzionalismo.

*La separazione dei poteri*

La prima ha consentito di porre le basi per poter ragionare di forma di governo in senso moderno, vale a dire dei modi in cui si esercita la sovranità, della pluralità dei soggetti che vi partecipano e delle relazioni che tra di essi si instaurano, senza limitarsi al solo piano, di per sé statico, della mera individuazione del titolare di essa.

*La nascita del costituzionalismo*

Il costituzionalismo, a sua volta, è fenomeno riconducibile a filoni differenti, i quali hanno concorso, nel loro insieme, all'affermazione del rilievo della costituzione e con essa di un corpo di regole superiori in grado di garantire la separazione dei poteri e la tutela delle libertà civili e politiche dei cittadini degli Stati. Si pensi all'esperienza inglese alla fine del XVII secolo, che portò all'approvazione nel 1689 del *Bill of Rights*, e a quelle nordamericana e francese, pressoché in contemporanea sulle due sponde dell'Atlantico negli ultimi decenni del XVIII secolo, che si tradussero, rispettivamente, nella Dichiarazione di indipendenza del 1776 e nella Costituzione degli Stati Uniti d'America del 1787, da un lato, e, dall'altro, nella Rivoluzione francese e nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789.

*I cambiamenti nell'idea di costituzione*

L'idea di costituzione, a sua volta, ha subito cambiamenti nel corso del tempo, talora conformandosi ai mutamenti degli assetti politici e sociali degli ordinamenti statuali, talaltra assecondandone o indiriz-

zandone le stesse linee evolutive. Le carte ottocentesche, quelle liberal-democratiche del primo Novecento, quelle democratico-sociali del secondo dopoguerra, quelle del tardo Novecento, sono tutte emblematiche di differenti stagioni degli assetti statuali, e si sono assai spesso accompagnate a profondi mutamenti nelle forme di Stato e di governo (*infra*, sez. III).

Altro fattore che ha potentemente trasformato lo Stato moderno è stata l'introduzione e la progressiva affermazione di procedure e organi di controllo di costituzionalità delle leggi e delle altre fonti del diritto. Si tratta di una funzione piuttosto recente nell'assetto degli Stati, che a sua volta si riconnette all'esistenza di determinate caratteristiche via via fatte proprie dagli ordinamenti, o almeno da una gran parte di essi.

Così come si deve registrare una tendenza dei moderni ordinamenti al costante aumento dei centri di potere, anche autonomi, e alla conseguente proliferazione della produzione normativa, con un inevitabile rafforzamento del ruolo degli apparati giurisdizionali chiamati a farne applicazione, sempre più spesso in collaborazione con sistemi e apparati giurisdizionali sovranazionali.

Quest'ultimo è anzi un dato in così forte espansione e crescita da richiedere, fin da subito, un primo inquadramento di ordine generale.

*La giustizia  
costituzionale*

## 7. L'ordinamento della comunità internazionale

La nascita dello Stato moderno, oltre a rappresentare il superamento dell'ordine precedente, e con esso di gran parte del rilievo delle autorità e dei centri di potere che per secoli avevano preteso di esercitare il governo sugli uomini e sui territori (l'imperatore, il papato, le corporazioni e i ceti medioevali, le signorie feudali, ecc.), poneva le condizioni per la nascita di un ordine internazionale completamente differente dal passato. I nuovi Stati sovrani, espressione del potere supremo al proprio interno, non bisognosi di nulla per affermare la propria legittimazione, potevano impostare, all'esterno, le proprie relazioni secondo una logica rigorosamente paritaria. Ciascuno di essi, infatti, forte della propria supremazia all'interno, si poneva senza alcun timore reverenziale nei confronti di una realtà esterna dove i soggetti altro non erano che suoi pari, a lui del tutto simili, in quanto sovrani sui rispettivi sudditi e territori, nonché legittimati dal medesimo principio di effettività.

Proprio le relazioni a mano a mano instaurate dagli Stati all'esterno, i comportamenti tenuti dai soggetti che li rappresentavano, le prassi seguite, le regole applicate e condivise nelle varie occasioni di rapporto (amichevole o conflittuale), sono i fattori all'origine del diritto internazionale

*Le origini  
del diritto  
internazionale*

e dunque delle regole giuridiche costituenti, unitamente ai soggetti, l'ordinamento (della comunità) internazionale.

Naturalmente si trattava, soprattutto all'origine, di un ordinamento piuttosto elementare, ben diverso dagli ordinamenti degli Stati che lo componevano, molto meno complesso e strutturato rispetto ad essi.

*I soggetti  
dell'ordinamento  
internazionale:  
gli Stati ...*

Intanto i soggetti di questo ordinamento erano appunto (non gli individui, ma) gli Stati, ciascuno collocato in posizione paritaria rispetto agli altri, secondo una organizzazione cui difettava qualunque forma di gerarchizzazione, ciò che determinava anche una scarsa capacità di farne rispettare le regole a fronte delle violazioni (mancando strumenti specifici, infatti, erano puramente e semplicemente alcuni Stati, uno o più d'essi, a chiederne il rispetto da parte di altri Stati). Va ricordato, per completezza, che la soggettività di diritto internazionale è stata sempre riconosciuta, per tradizione, oltre che a tutti gli Stati, anche a un ordinamento ulteriormente diverso e *sui generis*, quello della Chiesa cattolica.

*... e le  
organizzazioni  
internazionali*

Sempre con riguardo ai soggetti, solo in un secondo momento hanno cominciato a fare la loro comparsa nella comunità internazionale anche le *organizzazioni internazionali*, formate dagli Stati (o da un certo numero di essi) per perseguire il soddisfacimento di interessi o esigenze comuni.

Per lungo tempo, tuttavia, il processo di istituzionalizzazione della comunità internazionale è rimasto a livelli assai modesti e si può affermare che probabilmente solo nel corso del XX secolo quest'opera ha cominciato a essere intrapresa con risultati almeno apprezzabili. Il riferimento va, naturalmente, alla *Società delle Nazioni* sorta all'indomani della prima guerra mondiale e, soprattutto, all'*Organizzazione delle Nazioni Unite* (ONU), nata al termine del secondo conflitto mondiale (nel 1945) con l'intento di contribuire al mantenimento della pace, allo sviluppo di relazioni amichevoli tra gli Stati, nel rispetto del principio di eguaglianza e di quello di autodeterminazione dei popoli, e alla più ampia collaborazione in campo economico, sociale, culturale e umanitario. Accanto a questa organizzazione internazionale di carattere generale si sono poi aggiunte numerose organizzazioni a carattere territoriale o regionale, coinvolgenti (solo) un certo numero di Stati. Tra queste, come diremo (v. par. 8.2), assume un particolare rilievo ai nostri fini il Consiglio d'Europa, trattandosi dell'organizzazione da cui è derivato il primo esperimento di tutela internazionale organica dei diritti dell'uomo, anche mediante meccanismi di tipo giurisdizionale, poi progressivamente sviluppatisi. Ad esso si deve la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU), firmata a Roma nel 1950 e alla quale è stata data esecuzione alcuni anni più tardi anche nel nostro paese (con la l. n. 848/1955).

Accanto alle specificità relative ai soggetti, del tutto particolare, poi, è il modo in cui si presentano le regole del diritto internazionale, distinguendosi un *diritto internazionale generale*, di origine consuetudinaria, con norme che si indirizzano a tutti gli Stati, e un *diritto internazionale particolare*, di natura pattizia o negoziale (trattati, accordi, patti, convenzioni, ecc., tutti vincolanti i soli soggetti che hanno partecipato alla loro formazione), con conseguenze assai diverse, nei due casi, anche sui rapporti con gli ordinamenti nazionali, i quali possono adattarsi in maniera differente alle varie tipologie.

Le organizzazioni internazionali sono solitamente istituite proprio da norme di diritto internazionale particolare, e sono quegli stessi accordi fondativi a poter prevedere procedimenti ulteriori, i quali sono a loro volta fonti di diritto internazionale particolare. Occorre considerare, peraltro, che le funzioni esercitate dalle organizzazioni internazionali sono risultate per lungo tempo generalmente poco efficaci, sia perché per le decisioni si imponeva il raggiungimento dell'unanimità tra i rappresentanti degli Stati membri, nel corso delle riunioni periodicamente previste, sia perché esse erano solitamente prive di vincolatività nei confronti dei medesimi. Ma sul punto molto è cambiato negli ultimi decenni, assistendosi all'affiancamento e in taluni casi alla sostituzione del principio di maggioranza a quello di unanimità, nonché alla previsione del carattere vincolante, per gli Stati membri, di talune decisioni assunte dagli organi delle organizzazioni internazionali.

## 8. Gli ordinamenti sovranazionali in ambito europeo

Proprio nella direzione da ultimo indicata, di una maggiore efficacia e incisività dell'azione di organizzazioni internazionali sulla vita degli Stati e persino su quella degli individui che li compongono, l'esperienza europea rappresenta, al presente, la punta più avanzata nell'intero panorama mondiale. Ciò si deve, da un lato, al lungo processo di integrazione che, iniziato dopo il secondo conflitto mondiale con l'istituzione di tre organizzazioni internazionali separate, la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) nel 1951, la Comunità economica europea (CEE) e la Comunità europea dell'energia atomica (CEEA o EURATOM) nel 1957, ha condotto all'Unione europea e a uno straordinario grado di integrazione tra un numero sempre maggiore di paesi, e, dall'altro, nell'ambito del Consiglio d'Europa, al progressivo affinamento degli strumenti di tutela e di garanzia per i diritti e le libertà dei singoli offerti dalla CEDU.

Mentre le varie ricadute, al presente, di questi fenomeni sull'ordinamento statale saranno oggetto di esame in altre parti del Manuale, in