

Trattato di diritto costituzionale

a cura di Marco Benvenuti, Raffaele Bifulco

La costituzione, il diritto costituzionale e l'ordinamento statale

Volume I



Giappichelli

PRESENTAZIONE

Le ragioni

L'idea di dare vita a un trattato di diritto costituzionale muove dalla considerazione di un vuoto significativo nel panorama editoriale italiano, passato e presente, dato dalla mancanza di una trattazione della nostra comune disciplina, che sia, ad un tempo, sistematica, scientificamente rigorosa e destinata ad un ampio pubblico di lettori. Lo stato dell'arte registra la presenza di precedenti illustri in ambiti disciplinari circumvicini, dal *Primo trattato completo di diritto amministrativo* curato da V.E. Orlando all'inizio del secolo scorso al *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese circa cent'anni dopo; a questi, però, non fanno riscontro lavori analoghi nel diritto costituzionale, se non nella fase primigenia della stagione unitaria, con le opere omonime, tra gli altri, di F.P. Contuzzi, A. Pierantoni e V. Sansonetti. Sul versante della manualistica più recente, anche i volumi maggiormente caratterizzati da autorevolezza e diffusione hanno un taglio prettamente didattico e divulgativo; inoltre, pur volendo ampliare lo sguardo al diritto pubblico, il manuale di C. Mortati e quello curato da G. Amato e A. Barbera, a cui avevano contribuito studiosi di punta del diritto costituzionale, non sono più aggiornati da tempo.

Interrogarsi a fondo sulle ragioni di tale assenza richiederebbe considerazioni più analitiche e meditate di quelle che possono essere svolte in questa sede preliminare. Per un verso, si tratta di una peculiarità tutta italiana; in altre esperienze giuridiche, infatti, opere trattatistiche di diritto costituzionale sono fiorite e continuano ad essere scritte e aggiornate (tra i numerosi esempi possibili, meritano una menzione particolare in Francia il *Traité de droit constitutionnel* di L. Duguit, pubblicato negli anni venti del Novecento, e in Germania l'*Handbuch des Staatsrechts* curato da J. Isensee e P. Kirchhof, iniziato nel 1987 ed ora giunto alla terza edizione). Per un altro verso, si tratta di una specificità che segna, sempre in negativo, il solo diritto costituzionale; è significativo il fatto che un giuspubblicista a tutto tondo, qual è stato V.E. Orlando, ha progettato e sviluppato un trattato di diritto... amministrativo, forse introiettando, anche al di là delle intenzioni, il celebre motto di O. Mayer «il diritto costituzionale passa, il diritto amministrativo rimane».

Le ipotesi che si possono formulare, al riguardo, sono quindi le più varie. Sulla scia dell'immagine del tronco dell'albero dal quale si ripartono i rami delle varie discipline giuridiche, cara a S. Romano, vi è che il diritto costituzionale è condensato in un unico documento contenente poche disposizioni generali e non si presta a trattazioni estese; oppure, al contrario, che l'avvenuta penetrazione del diritto costituzionale in tutti i settori dell'ordinamento giuridico renderebbe oggettivamente difficile, se non impossibile, dare un senso compiuto a quest'opera di irraggiamento. Un altro fattore causale potrebbe poi essere rinvenuto nel diverso rilievo assunto dal decorrere del tempo: mentre le c.d. materie ordinamentali (a partire dal diritto civile, dal diritto penale e dal diritto amministrativo) hanno radici profonde e si sono consolidate nel fluire delle molte generazioni che hanno traguadato l'unità nazionale, il diritto costituzionale è quello più esposto alle temperie politiche, com'è dimostrato dalla netta cesura tra i documenti fondativi dell'attuale ordinamento repubblicano e del precedente assetto statutario.

Si tratta di spiegazioni che recano tutte un germe di verità, ma non per questo sembrano in grado di descrivere compiutamente la vicenda qui considerata. Sia come sia, siamo convinti che nel suo ormai lungo periodo di vigenza la Costituzione abbia sprigionato molte delle sue potenzialità originarie ed abbia fornito risposte inedite e originali ai bisogni, ai desideri e alle speranze che le persone di ogni tempo, ivi compreso il nostro, portano con sé. Certamente, se la sua attuazione per via legislativa fosse stata meno frammentaria e incerta, spesso in nome di un revisionismo costituzionale maldestro e contingente, «il nostro sarebbe un Paese più giusto e anche più felice», riprendendo le parole pronunciate dalla senatrice L. Segre nel discorso inaugurale della XIX legislatura. Ciò ci induce a ritenere che il sedimentarsi della Costituzione, oltre che nell'esperienza giuridica, nella coscienza individuale e collettiva non possa mai essere assunto come un dato acquisito. Al contrario, come ricordava P. Calamandrei nel suo formidabile discorso agli studenti milanesi del 1955, è necessaria in ogni tempo una comune assunzione di responsabilità, affinché la Costituzione, «rinnovatrice e progressiva», resti viva. E ciò vale anzitutto per i partiti politici, sovente dimentichi delle intime legature tra progettualità costituzionale e politica nazionale, ma parimenti per la dottrina giuridica, talora irretita da velleitarismi ideologici o da compiacenze interessate.

Al netto di tali degenerazioni pare comunque innegabile che gli oltre settant'anni che ci separano dall'entrata in vigore della Costituzione abbiano contribuito al radicamento, nei cittadini come nelle istituzioni, di una cultura repubblicana. E questa base comune ci è parsa almeno un punto di partenza per provare a dare al diritto costituzionale una sistemazione più ampia e, nei limiti del possibile, completa rispetto a quanto si possa fare con un semplice

manuale e così rivolgerci ad una platea vasta e differenziata, composta da studenti dei corsi universitari avanzati e dei dottorati di ricerca in discipline giuspubblicistiche, da giovani (e meno giovani) studiosi che intendono prepararsi per la carriera universitaria, da candidati ai concorsi per l'accesso alle posizioni apicali degli organi costituzionali e della pubblica amministrazione, da magistrati ordinari e amministrativi, da funzionari pubblici e da avvocati inseriti in studi legali dotati di prestigio e consistenza. A ciò si aggiunge, naturalmente, il fervido auspicio che il percorso qui proposto possa rappresentare l'occasione non solo per fare il punto su una parte rilevante di quella cultura repubblicana, ma anche per contribuire ad una più intensa riflessione sul ruolo della nostra comune disciplina, in uno con i lavori consimili che sono in via di pubblicazione (come il *Trattato di diritto costituzionale italiano* curato da M. Cavino e L. Imarisio, il cui primo volume è del 2021) e con gli altri che auspicabilmente verranno dopo.

L'approccio

Pur nella pluralità dei punti di vista sui singoli argomenti, alimentata dalla partecipazione di circa quaranta Autrici e Autori tutti accademicamente afferenti al diritto costituzionale e conseguentemente accomunati dalla medesima appartenenza disciplinare, l'opera si caratterizza per una struttura fortemente unitaria. A tal fine, prima abbiamo fatto ricorso ad una griglia comune di paragrafi e sottoparagrafi per ciascuno dei cinque volumi e poi abbiamo legato i circa quaranta capitoli con rinvii interni, corredandoli con un apparato di indici (dei nomi, degli atti normativi, delle decisioni giurisprudenziali, delle opere citate e analitico) forse inconsueto per un testo giuridico, ma comunque necessario per garantire rigore scientifico e facilità di consultazione.

Nella progettazione dell'opera siamo stati animati dalla convinzione che il diritto costituzionale si presenta oggi come una disciplina solida nelle sue fondamenta, ma, al tempo stesso, incessantemente attraversata da trasformazioni politiche, economiche e sociali che, a maggior ragione per il lungo tempo ormai trascorso dall'entrata in vigore della Costituzione, alimentano la dialettica tra il testo e il contesto. Lo sforzo attraversa tutti i volumi, compreso il primo, dedicato alla costituzione, al diritto costituzionale e allo Stato, in cui gli aspetti teorici, storici e comparativi avrebbero potuto facilmente sopravanzare l'osservazione, anche in chiave critica, della realtà. Il tentativo, in altre parole, è stato di tenere insieme "sapere teorico" e "sapere pratico", forti dell'insegnamento di R. Orestano, per cui il compito dello studioso anche di cose costituzionali è di «*conoscere per operare e operare conoscendo*». Per questo, a nostro avviso, il rischio maggiore poteva annidarsi in un'eccessiva enfa-

tizzazione della riflessione scientifica, che mettesse in ombra l'osservazione del diritto costituzionale nel suo divenire e, dunque, nell'inverarsi nella legislazione, nell'amministrazione e nella giurisprudenza. Abbiamo così inteso limitare all'essenziale i riferimenti dottrinali, chiedendo alle Autrici e agli Autori di redigere delle note a piè di pagina di solo riferimento. Al contempo, per compensare questa scelta non poco sacrificante, ogni capitolo si chiude con una breve nota bibliografica ragionata, nella quale sono presenti tutte le opere citate nel contributo di riferimento e le altre, numericamente contenute, ritenute di particolare rilievo rispetto al tema trattato. La lettura dei paragrafi finali consente così di inquadrare brevemente l'apporto teorico alla configurazione degli istituti oggetto della trattazione e, al contempo, ambisce a rappresentare un primo strumento di approfondimento.

Un altro aspetto connotativo dell'opera è la considerazione degli ordinamenti inter- e sovranazionale esclusivamente nelle loro legature con l'ordinamento costituzionale. A tal fine, non abbiamo previsto singoli contributi espressamente dedicati agli uni con il proposito di valorizzare il loro carattere intensamente relazionale nei confronti dell'altro, così da metterne in luce, di volta in volta, i profili ora di consonanza ed ora di disarmonia. Il bilancio di questi oltre settant'anni di esperienza giuridica ci conferma nel convincimento che il diritto costituzionale continua ad essere anzitutto diritto dello Stato; ciò non vuol dire che si tratti di un diritto "chiuso" a continui e forse anche crescenti influssi provenienti da quel che si muove al fuori di sé, ma che debba aprirsi ad essi forte della propria identità.

Così, l'affresco del ninfeo sotterraneo della Villa di Livia, ora ospitato nel Museo nazionale romano di Palazzo Massimo a Roma, che abbiamo scelto per la copertina, ci è parso raccontare la funzione odierna del diritto costituzionale più di molte parole. Se l'atto dell'opporre e del distinguere è alla base di ogni conoscenza, l'osservazione e la spiegazione di ciò che è al di là o al di qua, di ciò che è fuori nel disordine o dentro in uno spazio o in un tempo regolati – nel caso del dipinto, tra l'interno e l'esterno di un luogo concluso – sono alla base anche del nostro sapere giuridico.

In conclusione

Siamo certamente consapevoli di possibili lacune e di un certo margine di miglioramento, che un'opera estesa e collettiva, qual è quella che qui presentiamo, porta inevitabilmente con sé; di tali limiti, in qualità di curatori, portiamo naturalmente la responsabilità esclusiva. Se recupereremo le forze e acquisteremo ulteriori energie, ci auguriamo di potervi trovare rimedio in una prossima edizione, di modo da accompagnare con la nostra riflessione indivi-

duale e collettiva non solo le evoluzioni istituzionali che ci hanno preceduto, ma anche quelle che, nel bene come nel male, seguiranno. Molto dipenderà dal riscontro anche critico che l'opera troverà in un pubblico di persone – prima che di studenti o di studiosi – attente o comunque curiose nei confronti di una storia, qual è quella del diritto costituzionale, che crediamo fortissimamente meriti di essere prima vissuta e poi raccontata.

Il nostro sentito ringraziamento va anzitutto al dott. Giuliano Giappichelli e a tutta la Casa editrice, perché, senza il loro supporto e la loro disponibilità, difficilmente un'opera di queste dimensioni avrebbe trovato spazio nel panorama editoriale italiano. Alle Autrici e agli Autori, con i quali il confronto è stato sempre aperto e costruttivo, va il nostro debito di riconoscenza; la pazienza e la disponibilità da loro dimostrate in questi lunghi mesi di lavorazione ci hanno molto gratificato. Infine, una squadra di validi collaboratori ha permesso di tessere tra loro i diversi capitoli, aiutandoci a costruire tutto ciò che viene dopo la scrittura dei contributi; il lungo lavoro di revisione è stato possibile grazie alle intelligenze dei dott. Andrea Ridolfi, Chiara Gentile, Angelo Lerro e Ludovica Tripodi, nonché, da ultimo in ordine di tempo, all'entusiasmo dei dott. Paolo Pensabene, Chiara Quadarella e Giorgia Valentini.

I Curatori

LA COSTITUZIONE E IL DIRITTO COSTITUZIONALE

Omar Chessa

SOMMARIO: I.1.1. La Costituzione italiana e il concetto di “costituzione” in generale. – I.1.2. La costituzione del costituzionalismo: il concetto “ideale”. – I.1.3. L’assenza di un autonomo rilievo teorico-concettuale della nozione di “costituzione (in senso) formale”. – I.1.4. La costituzione “in senso sostanziale o materiale”. – I.1.5. Dalla sovranità legislativa alla “funzione di governo”. – I.1.6. Sovranità costituente o sovranità costituita? – I.1.7. La definizione della costituzione come “regola della produzione legislativa” è tautologica? – I.1.8. Il rapporto tra “costituzione” e “legge costituzionale”. – I.1.9. La legislazione costituzionale e i fatti politici. – I.1.10. La distinzione inglese tra *rigid constitution* e *flexible constitution* e la sua ricezione continentale. – I.1.11. La “ragion sufficiente” della superiorità costituzionale. – I.1.12. L’origine della rigidità costituzionale come questione aperta. – I.1.13. Le costituzioni brevi e lunghe. – I.1.14. Una teoria delle trasformazioni costituzionali. – I.1.15. La normatività della costituzione. – I.1.16. L’obbligo di osservare la costituzione. – I.1.17. Il costituzionalismo e la sovranità. – I.1.18. La sovranità legislativa, il *judicial review* e i principi supremi. – I.1.19. L’anomalia britannica. – I.1.20. Il mito del progresso. – I.1.21. Il costituzionalismo e il giuspositivismo. – I.1.22. La costituzione europea e il “pluralismo costituzionale”. – I.1.23. L’ipotesi del *Verfassungsverbund*. – I.1.24. La costituzione e lo Stato. – I.1.25. La costituzione societaria. – I.1.26. La Costituzione italiana. – I.1.27. Nota bibliografica.

I.1.1. *La Costituzione italiana e il concetto di “costituzione” in generale*

L’oggetto di questo contributo è la Costituzione della Repubblica italiana. Non si esamineranno, però, i suoi contenuti particolari, cioè il modo in cui disciplina l’organizzazione costituzionale, il sistema delle fonti, i rapporti tra autonomie territoriali, i diritti individuali ecc., i quali infatti saranno oggetto di trattazioni specifiche negli altri capitoli del Trattato. Si parlerà, invece, della Costituzione italiana “in quanto costituzione”, cioè quale fenomeno riconducibile a un “tipo”, a un concetto generale che deve perciò essere esaminato preliminarmente nei suoi contenuti, presupposti e implicazioni. La trattazione del “concetto di costituzione in generale” farà così da lunga premessa, fornendo una tassonomia entro la quale classificare la Costituzione italiana del 1947.

La parola “costituzione” è tra quelle che nel lessico giuspolitico vantano il più alto numero di significati¹. In associazione a svariati aggettivi può, inoltre, comporre numerose formule: costituzione “politica”, “assoluta”, “positiva”, “giuridica”, “rigida”, “flessibile”, “breve”, “lunga”, “materiale”, “formale”, “dei diritti”, “dei poteri”, “sostanziale”, “scritta”, “consuetudinaria”, “vivente”, “ideale”, “multilivello”, “societaria” ecc. Una fonte aggiuntiva di incertezza semantica è poi il fatto che studiosi diversi intendono le medesime formule in modo differente: ad esempio, la “costituzione materiale” di Kelsen² non è la stessa di Mortati³ e la “costituzione positiva” di Schmitt⁴ non è la stessa di Kelsen, e così via. Tuttavia, questa matassa terminologica ha un bandolo che è sì difficile da rinvenire, ma non impossibile. Bisogna perciò superare l'effetto iniziale di frastornamento e addentrarsi subito nella selva dei concetti, prendendo le mosse dalle formule che nella letteratura scientifica sono più risalenti e diffuse.

I.1.2. *La costituzione del costituzionalismo: il concetto “ideale”*

Secondo un indirizzo di pensiero molto seguito il concetto di costituzione non può inquadrarsi prescindendo dal “costituzionalismo”, quest'ultimo inteso come influente visione politico-ideale circa gli scopi e l'origine delle costituzioni positive, il cui senso profondo sarebbe quello di limitare giuridicamente il potere statale per finalità garantistiche, ossia in sostanza per tutelare le libertà individuali, secondo il programma ideologico enunciato dal celeberrimo art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789: «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione»⁵. È una visione che emerge e si consolida a partire dal momento in cui «la borghesia liberale nella sua lotta contro la monarchia assoluta ha posto un determinato concetto ideale di costituzione e lo ha identificato *tout court* con il concetto di costituzione» (Schmitt, 1928, 58). Anche Mortati ricollega l'emersione storica della parola “costituzione” all'avvento e al consolidamento della tradizione ideologica liberale e, in particolare, alla ricorrenza di tre elementi: *a*) la «partecipazione del popolo» quale «titolare unico del potere di dar vita, con atto unilaterale, all'ordine costituzionale», mediante *b*) la «redazione per

¹ Modugno, 1988, 1.

² Kelsen, 1928, 152-153.

³ Mortati, 1940, *passim*.

⁴ Schmitt, 1928, 16.

⁵ «Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution».

iscritto» di «un complesso di norme... regolanti i principi ritenuti essenziali all'assetto statale» e attinenti c) «al fine politico della tutela delle libertà dei cittadini di fronte allo Stato» (Mortati, 1962, 143). In base a questo approccio di “storia dei concetti”, la costituzione parrebbe indissociabile da un certo contenuto assiologico-ideale, sicché si dovrebbe potere parlare di “costituzione” solo in relazione alla scrittura di un atto normativo voluto dal popolo e disciplinante l'organizzazione essenziale dello Stato in conformità al principio di libertà individuale. Lo proverebbe, altresì, il fatto che storicamente, in assenza di qualcuno dei sopraddetti elementi, non si adoperò mai la parola “costituzione”, ma altre formule, come “statuto”, “carta”, “patto”, “legge fondamentale” ecc.⁶

Tuttavia, è dubbio che questo richiamo all'evoluzione storica del lessico giuspolitico sia veramente decisivo al fine di fissare una volta per tutte l'uso linguistico che collega la parola “costituzione” al contenuto ideale del costituzionalismo liberale. Si deve anzitutto registrare un mutamento delle convenzioni linguistiche, le quali nel Novecento attestano l'ampio utilizzo della parola “costituzione” con riguardo a documenti normativi regolanti l'assetto fondamentale di Stati, la cui ispirazione ideologica era assai diversa da quella liberal-democratica: si prendano come esempio le costituzioni socialiste dei Paesi dell'Europa orientale. A questa evoluzione semantica ha sicuramente concorso pure l'affermazione degli indirizzi scientifici di stampo giuspositivistico⁷. Una seconda ragione sottolinea la dubbia corrispondenza storica tra i presupposti ideali del costituzionalismo liberale e le vicende politico-istituzionali da cui sarebbe sortito: è un errore pensare che le costituzioni rivoluzionarie del Settecento si siano basate su un'autentica partecipazione del popolo, sebbene siano state adottate “in nome del popolo”; così com'è erroneo ritenere che tutte incorporassero in un unico documento l'assetto del potere statale e la garanzia dei diritti. La Costituzione statunitense del 1787, ad esempio, non conteneva alcun riferimento ai diritti, che difatti furono introdotti in seguito, con l'approvazione dei primi *amendments* al testo costituzionale; e, ancora, è assai dubbio che la tutela delle libertà individuali assurgesse a cardine indiscusso dell'assetto costituzionale, considerato che in origine le carte settecentesche non contemplavano alcun limite giuridico opponibile alle determinazioni del potere legislativo sovrano. Lo stesso *judicial review of legislation* dell'esperienza statunitense, pur anticipato dai ragionamenti di Hamilton nel n. 78 dei *Federalist Papers*⁸, si affermò in via di prassi giurisprudenziale, giacché niente era espressamente sancito nel testo costituzionale.

⁶ Mortati, 1962, 144; Sartori, 1987, 12.

⁷ Matteucci, 1963, 249; Sartori, 1987, 11 ss.; Baldassarre, 2007, 7 ss.

⁸ Hamilton, Jay, Madison, 1788, 393.

Lo stesso Mortati, quando nella celebre monografia del 1940⁹ offre la sua disamina della “costituzione in senso materiale”, non intende più la costituzione nel significato liberal-garantista, ma secondo un’accezione generale, suscettibile di combinarsi con le più svariate finalità politico-ideali, purché siano quelle egemoni, emerse dal processo di differenziazione politico-sociale che ha dato impronta alla formazione statale. Questo affrancamento “scientifico” della nozione di costituzione dal pensiero liberal-garantista è ribadito da Crisafulli, il quale, infatti, definisce la costituzione liberal-borghese come il «concetto politico di costituzione» (o «storico-politico»), volendo con ciò differenziarlo dal concetto propriamente scientifico, quindi avalutativo e ideologicamente neutrale, di «costituzione in senso sostanziale o materiale» (Crisafulli, 1970, 87). Tuttavia, a riprova della persistente influenza del concetto ideale di costituzione, è parecchio diffuso l’uso di definire molti regimi democratico-rappresentativi contemporanei come “Stati costituzionali”¹⁰, «quasi che taluni Stati soltanto abbiano “una costituzione”, a differenza di altri che, viceversa, ne sarebbero sprovvisti» (Crisafulli, 1975, 3).

I.1.3. *L’assenza di un autonomo rilievo teorico-concettuale della nozione di “costituzione (in senso) formale”*

Agli antipodi rispetto al concetto ideale di costituzione – che, come si è detto (§ I.1.2), è contenutisticamente connotato da una ben precisa visione ideologica – sta il concetto di “costituzione in senso formale”, il quale identifica la natura “costituzionale” di un atto normativo, prescindendo dal suo contenuto e dando rilievo solo alla sua “forma”. Si potrebbe sintetizzare così: è costituzione ciò che è formalmente tale e non ciò che recepisce una determinata visione politico-ideale.

Ma quali contrassegni formali individuano una costituzione come tale? A ben vedere, il problema è insormontabile senza richiamare qualche nozione extraformale. Non si può sostenere, infatti, che la forma costituzionale sia data dalla “scrittura”, dal momento che tutte le fonti-atto, per definizione, consistono di documenti scritti, sicché la redazione di un testo normativo non può essere il tratto che identifica e differenzia la costituzione dagli altri atti normativi. Neanche può dirsi che la forma costituzionale consista di un particolare procedimento approvativo dell’atto, considerato che, al momento, nel mondo sono vigenti costituzioni positive adottate nei modi più disparati. E,

⁹Mortati, 1940, *passim*.

¹⁰Zagrebel'sky, 1992, 20 ss.; Häberle, 2005, *passim*; Ferrajoli, 2012, 846 ss.; Fioravanti, 2018, 64 ss., 199 ss. e 367 ss.

d'altronde, se si ritenesse che solo alcune di esse meritino di chiamarsi "costituzioni" in virtù del loro procedimento approvativo, allora si finirebbe con il confluire nel concetto "ideale" di costituzione, poiché si assegnerebbe uno speciale valore a talune procedure e non ad altre; e ciò presumibilmente per il fatto che incarnino un certo pregio assiologico (ad esempio, perché approvate direttamente da una consultazione popolare). Neppure sembra risolutivo rifarsi al *nomen iuris*, giacché sarebbe ingenuo che un atto possa valere con forza e rango costituzionale per il solo fatto di chiamarsi "costituzione".

È, infine, un tentativo infruttuoso anche supporre che un atto abbia forma (e quindi natura) costituzionale, in quanto provvisto di forza e rango costituzionale. La tesi, infatti, sarebbe ricorsiva, poiché a rigore la forza e il rango costituzionale dovrebbero competere agli atti che posseggono forma (e quindi natura) costituzionale e sarebbe perciò tautologico affermare che alcuni atti hanno forma e natura costituzionale, in quanto provvisti della forza che è tipica delle costituzioni. Peraltro, evocando una forza che sarebbe "tipica delle costituzioni", si attinge ad un ordine di idee estraneo all'approccio puramente formale. Ma ciò conferma che il concetto "formale" di costituzione non può mai andare disgiunto da un concetto, per così dire, "extraformale", cioè "sostanziale" o "materiale", al quale deve necessariamente abbinarsi per trarre significatività. Ecco, dunque, che ha senso parlare di una "forma costituzionale" a condizione che sia chiaro che cosa sia la "sostanza costituzionale". La costituzione (in senso) formale risulta *per differentiam* dalla costituzione (in senso) "sostanziale" o "materiale", come sarà più chiaro nel prosieguo del ragionamento (§ I.1.4).

I.1.4. La costituzione "in senso sostanziale o materiale"

La «costituzione in senso sostanziale» è quella che «costituisce l'ordinamento nei suoi aspetti essenziali» e che, pertanto, indica il «complesso delle condizioni necessarie per il suo esserci» (Crisafulli, 1975, 2), a prescindere sia dai «modi e dalle forme in cui esteriormente si manifesta», sia dai «particolari contenuti politico-ideologici» (Crisafulli, 1970, 86) che può incorporare. Non importa se la disciplina costituzionale sia scritta o di tipo consuetudinario o convenzionale, né se sia informata ai principi liberali, democratici, autoritari, teocratici, socialisti ecc., poiché ciò che conta è che «una costituzione, in senso sostanziale, si rinviene necessariamente in qualsiasi ordinamento», sicché «neppure [è] immaginabile uno Stato che, per il fatto stesso di esistere, non abbia una sua costituzione (sostanziale)» (Crisafulli, 1970, 86). Si esprime il medesimo ordine di idee quando la si identifica con il «principio di ordine fondamentale insito in ogni specie di Stato, quali che ne siano il contenuto e i modi di esplicazione» (Mortati, 1962, 144). Va da sé, pertanto, che per la sua generalità

la costituzione sostanziale o materiale è anche una “costituzione positiva”, ossia positivamente vigente in un dato luogo e momento storico (sebbene non tutto ciò che forma la costituzione positiva sia anche sostanzialmente costituzionale).

Il problema diventa, allora, quello di capire quale sia il contenuto invariante di ogni costituzione sostanziale, ossia di mettere bene a fuoco che cosa, precisamente, costituisce un ordinamento statale nei suoi aspetti essenziali. In via di prima approssimazione, può dirsi che la parte essenziale di un ordinamento statale corrisponde alla sua struttura politica fondamentale, al *frame of government*, all’assetto di potere pubblico costituzionalmente organizzato; e, quindi, la “costituzione in senso sostanziale” concerne «le disposizioni che appartengono alla costituzione per la loro sostanza, che contribuiscono a dare effettivamente allo Stato la sua figura politica, al governo dello Stato la sua particolare forma» (Esposito, 1934, 210). Con ciò non si vuole certo dire che si risolva interamente nella dimensione politica, ma, piuttosto, che la costituzione, in senso proprio e più pregnante, è quella dimensione normativa che concerne la struttura politica fondamentale, la quale, pertanto, non è riguardata come nudo fatto politico, bensì in quanto oggetto di ordinazione da parte di una normazione a sua volta fondamentale¹¹.

Posto che la “sostanzialità” della costituzione, la sua “essenza” – ovvero sia ciò che la fa essere quello che è – ha un punto di contatto con la sfera politica, perlomeno nelle sue espressioni fondamentali e, per così dire, apicali, tuttavia vale anche il reciproco, poiché la stessa dimensione politica non può definirsi nei suoi lineamenti essenziali, se non richiamando il concetto di costituzione. Una comunità politica statale non può costituirsi e venire ad esistenza facendo totalmente a meno di una costituzione che ne regoli l’assetto di potere pubblico, almeno nei profili più caratterizzanti. Certo, rimane il dubbio se per “costituzione in senso sostanziale” si debba intendere la regolazione indispensabile di cui ogni aggregazione politica statale necessita o, invece, se si estenda sino a riguardare lo specifico, peculiare modo di essere connotante uno Stato particolare. In altre parole, potrebbe indicare l’elemento invariante che ricorre in qualsiasi assetto statale e che per ciò stesso è comune a tutti, oppure potrebbe descrivere ciò che pertiene al singolo ordinamento come suo tratto identificante, che lo differenzia da altri ordinamenti statali. Nel primo caso, tutti gli Stati, tutte le comunità politiche statali hanno una medesima costituzione sostanziale o materiale, in difetto della quale non sarebbero appunto Stati e comunità politiche; e si tratta allora di capire di cosa consista. Nel secondo caso, ogni Stato o comunità politica ha un proprio modo di essere peculiare, una “carta di identità” da cui si evince il suo “ritratto”, evidentemente diverso da quello che si può comporre di altri Stati.

¹¹ Modugno, 1970, 117 ss.

Ecco, perciò, che la costituzione sostanziale della Repubblica italiana è ciò che fa di essa uno Stato come gli altri, che consente la sua esistenza in forma statale e che quindi determina la sua ascrizione nella categoria generale delle comunità politiche statali. Ma è anche ciò che identifica la Repubblica italiana come ordinamento avente suoi caratteri specifici, una sua identità peculiare e distinta. In entrambi i casi, si ha a che fare con un'*ousia* nel senso aristotelico, poiché la costituzione sostanziale è comunque ciò che fa dell'Italia repubblicana quello che è. Già Crisafulli aveva colto questa oscillazione nel concetto di "costituzione in senso sostanziale", «tra una nozione più restrittiva della costituzione, come "l'elemento necessario all'esserci ordinamento", e una nozione più lata, alla stregua della quale è costituzione tutto quel che caratterizza "il modo d'essere" proprio e peculiare del singolo ordinamento», per poi osservare, con ragione, che si tratta di variazioni confinate dentro l'idea di sovranità, poiché «l'una e l'altra impostazione hanno riferimento alla spettanza e all'ordinamento del potere sovrano» (Crisafulli, 1970, 92).

Si è dunque giunti ad una prima conclusione di un qualche rilievo: la costituzione, nella sua portata essenziale, ha a che fare con la sovranità (§ I.4.3.3), vuoi perché ne spiega l'elemento definitorio costante, vuoi perché ne articola l'organizzazione in modo peculiare e differenziato. Si conferma, inoltre, un'idea ormai classica: la sovranità, esattamente come la costituzione, è il punto di incontro tra diritto e potere, tra ordinamento normativo e potenza statale. Resta da capire come si realizzi questo contatto (o fusione o compenetrazione reciproca) e quale ruolo sia giocato dalla costituzione.

Un tentativo di risposta era ed è nelle teorie sulla costituzione "sostanziale" o "materiale" messe a punto soprattutto da Schmitt e da Mortati. Sia che la si concepisca come «decisione fondamentale sulla forma e specie dell'unità politica» (Schmitt, 1928, 16)¹², sia che la si identifichi con una forza organizzata egemone sotto il profilo sociale, politico e ideologico, ovvero sia con un gruppo politico-sociale dominante (partito, sistema dei partiti o classe governante), portatore di un suo fine politico (o sistema di fini politici) fondamentale/i¹³, in entrambi i casi la costituzione nel senso proprio e pregnante del termine (ossia la costituzione intesa "in senso sostanziale o materiale") ha a che fare con il dato politico della sovranità. Tuttavia, mentre per Schmitt la sovranità genera, come potere costituente, l'assetto costituzionale, per poi ritornare ad uno stadio di latenza, invece per Mortati è una sovranità che non solo produce, ma che in più "porta" costantemente l'ordinamento complessivo e i suoi sviluppi, senza che «si esaurisca con il concludersi della fase dell'instaurazione dello Stato, e non sia assorbita interamente nella "costituzione

¹² Böckenförde, 1986, 113 ss.; Carrino, 2019, 13 ss.

¹³ Mortati, 1940, *passim*; Mortati, 1962, 155 ss.; Dogliani, 1994, 332 ss.; Barbera, 2016, 265 ss.

giuridica”» (Mortati, 1962, 155). L’idea di sovranità che Schmitt e Mortati associano alla costituzione sostanziale o materiale ha un carattere “eccedente” rispetto alla stessa regolazione giuridico-costituzionale, poiché sarebbe all’origine dell’ordine giuridico, quale fondamento e principio primo, quale suo *fiat* o *arché*: «la costituzione normativa [cioè la costituzione giuridica o formale] postul[a] un principio ordinativo, dal quale le norme ricevono valore, principio che sussiste accanto e sopra di esse e presiede al loro mutamento, sorpassando il quadro di ogni competenza costituzionale» (Mortati, 1940, 45). Questo “principio ordinativo” è la sovranità politica che precede, determina e regge l’ordinamento positivo come sua costituzione sostanziale o materiale. Il problema, però, è se si possa postulare una sovranità quale dato di fatto, che si colloca sul piano “esistenziale” e che precorre la “costituzione normativa” quale suo presupposto esterno, anziché quale oggetto della normazione costituzionale (come invece si evinceva dal pensiero di Bodin¹⁴ e Hobbes¹⁵).

I.1.5. Dalla sovranità legislativa alla “funzione di governo”

La “politicalità” della costituzione sostanziale concerne, in primo luogo, la sovranità; e questa esprime un incontro tra diritto e “fatto politico”, che si realizza proprio grazie alla “costituzione dello Stato”. Icasticamente, si è definita quest’ultima come il «punto di incidenza tra il diritto e il fatto» (Esposito, 1934, 205).

Il primo dilemma, quindi, è inquadrare il rapporto tra sovranità e costituzione e, in particolare, se la prima sia l’origine o l’oggetto della seconda. In quanto “origine” della disciplina costituzionale, la sovranità è un dato esistenziale esterno e precedente la normazione costituzionale, sicché la costituzione sostanziale o materiale è ontologicamente distinta dalla costituzione formale. Questa esteriorizzazione e autonomizzazione della costituzione materiale rispetto alla costituzione formale è completa nella teoria mortatiana, che infatti identifica la prima con la forza politica o classe dominante, mentre in quella schmittiana è ancora parziale, considerato che la “decisione fondamentale” indica sia l’atto di decidere sia il suo contenuto, il *decisum*, sia l’attività sia il suo risultato, cioè il documento costituzionale, tanto che non si può separare la prima dal secondo, giacché quest’ultimo è il solo che possa attestare l’altra. Invece, in quanto “oggetto” della disciplina costituzionale, la sovranità è ciò che risulta dalla normazione costituzionale, sicché la costituzione sostanziale o materiale è una parte della costituzione formale: precisamente, ne è la parte essenziale.

¹⁴ Bodin, 1576, 368.

¹⁵ Hobbes, 1651, 305-306.

Indubbiamente, la più risalente tradizione di pensiero giuspolitico accredita la seconda ricostruzione. La “sovranità” era concepita come distinta dal “governo” e comprendeva il potere di scegliere le magistrature superiori, cui era affidato il “governo” e, soprattutto, il potere legislativo ultimo, da cui traeva validità e fondamento l’intero sistema della produzione normativa. Era così per il diritto pubblico romano, fino a Bodin¹⁶, Hobbes¹⁷ e Rousseau¹⁸. Nella Roma antica, il popolo sovrano riunito nei *comitia* eleggeva le cariche magistratuali di governo e approvava le leggi proposte dalle magistrature. Il medesimo ordine concettuale è in Bodin¹⁹ e Hobbes²⁰, i quali definivano il sovrano come legislatore supremo e come fonte dell’autorità delle cariche e delle funzioni di governo (inteso in senso lato, comprensivo di qualsiasi funzione pubblica diversa da quella normativa apicale, ovverosia subordinata, giurisdizionale, esecutiva ecc.). L’individuazione dell’attore sovrano e delle modalità di esercizio della sovranità legislativa era l’oggetto della *lex imperii* (per usare la formula impiegata dal diritto romano e da Bodin²¹) o del *fundamentall law* (per usare la terminologia di Hobbes²²), che si può tradurre come “legge fondamentale” o “norma fondamentale”²³. Per certi versi, l’hobbesiano *fundamentall law* anticipava l’idea kelseniana della “costituzione in senso sostanziale o materiale” come regola del potere legislativo²⁴.

Con l’avvio della tradizione liberal-costituzionale, si smarrisce la chiarezza di queste definizioni e distinzioni. In particolare, è sfidata ideologicamente tanto l’idea della differenza tra “sovranità” e “governo”, quanto la dottrina del potere legislativo ultimo, sebbene praticamente in tutte le esperienze europee ottocentesche, prima di monarchia costituzionale (o, più genericamente, di governo costituzionale) e poi di monarchia parlamentare (o, più genericamente, di governo parlamentare), le carte costituzionali non opponessero alcun limite al potere legislativo, che rimaneva perciò genuinamente “sovrano”. Ma il rovesciamento della tradizione si perfeziona nel pensiero costituzionale europeo del Novecento, sia germanico che italiano, allorché, in polemica con il pensiero liberal-costituzionale, si tenta il recupero del concetto di sovranità, che viene identificata o con la “funzione di go-

¹⁶ Bodin, 1576, 504.

¹⁷ Hobbes, 1651, 254 ss.

¹⁸ Rousseau, 1762, 1505.

¹⁹ Bodin, 1576, 495.

²⁰ Hobbes, 1651, 189 ss.

²¹ Bodin, 1576, 368.

²² Hobbes, 1651, 305.

²³ Chessa, 2019, 125 ss.

²⁴ Kelsen, 1928, 152-153.

verno”²⁵ o con il potere costituente (come si evince, ad esempio, dall’impostazione decisionistica di Schmitt²⁶).

Tuttavia, entrambe le identificazioni sono concettualmente erranee. La teoria della “funzione di governo” (o di “indirizzo politico” ovvero di “direzione politica”), intesa come attività politica di determinazione dei fini generali dell’ordinamento, cui sarebbe preordinata l’attività statale complessiva, sembra una scoperta della scienza giuspubblicistica italiana degli anni Trenta del secolo scorso. Ma più che altro è una riscoperta, vuoi perché già uno dei suoi teorizzatori²⁷ ammetteva che essa corrispondesse al concetto di *pouvoir neutre* teorizzato più di un secolo prima da Constant²⁸, vuoi perché già nel diritto pubblico romano era pacifico che esistesse un’attività di determinazione politica dei fini generali, affidata al “governo” e non alla “sovranità” propriamente intesa, cioè ricadente nell’*imperium* magistratuale, le cui iniziative e proposte di legge (*rogationes legis*) dovevano però sottoporsi all’approvazione della *maiestas populi*, cioè della sovranità popolare (che, infatti, era il potere legislativo ultimo, solo approvativo e mai propositivo, essendo privo di iniziativa; sicché sovrano era chi diceva “sì” o “no” alla determinazione dei fini operata dalla “funzione di governo” svolta dalle magistrature).

Può obiettarsi che la differenza tra la “funzione di governo” o l’“indirizzo politico”, di cui parlavano Mortati e Crisafulli, e l’*imperium* magistratuale del diritto pubblico romano sta nel fatto che la prima assorbe i due momenti dell’iniziativa e dell’approvazione finale dei fini generali dell’ordinamento – il che renderebbe lecita la sua identificazione con la “sovranità” – mentre il “governo” di Roma antica era limitato alla determinazione iniziale dell’indirizzo, ma non alla sua sanzione definitiva, rimessa alla *voluntas populi*. Tuttavia, le teorie di Mortati e Crisafulli nascono come dottrine sul diritto pubblico italiano degli anni trenta del Novecento e intendevano perciò dare conto dei caratteri essenziali dell’ordinamento positivo allora vigente; ebbene, nella fase che va dal 1931 al 1939 – anni di pubblicazione delle opere di Mortati e Crisafulli, che qui rilevano – non si può dire che la “funzione di governo” o l’“indirizzo politico”, materialmente insediati nel Governo e nel Capo del Governo, intesi come organi costituzionali particolari, avesse già il pieno dominio della fase definitiva di approvazione legislativa dei fini ultimi dell’ordinamento. Difatti, rimanevano ancora ferme le competenze legislative delle Camere; e, per quanto queste fossero già controllate politicamente dal

²⁵ Mortati, 1931, *passim*; Crisafulli, 1939, *passim*.

²⁶ Schmitt, 1928, 16 ss.

²⁷ Crisafulli, 1939, 76-77.

²⁸ Constant, 1815, 63 ss.

partito unico, per effetto prima della c.d. legge Acerbo del 1923²⁹ e poi della l. 1019/1928 che introdusse la lista unica nazionale, tuttavia il loro potere legislativo non era ancora pienamente surrogabile da una deliberazione del Governo e del suo Capo, per quanto la l. 100/1926 attribuisse al decreto Reale, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, la competenza a «emanar[e] norme aventi forza di legge», seppure previa delegazione delle Camere, ovvero nei casi straordinari di «urgente ed assoluta necessità» e sotto il «controllo... politico del Parlamento»³⁰ (§ V.4.1). Peraltro, anche dal punto di vista del nostro diritto costituzionale positivo non sarebbe lecito identificare la sovranità (che appartiene al popolo) con il potere di direzione politica (o funzione di governo ovvero indirizzo politico, di cui parla l'art. 95, co. 1, Cost.; § IV.3.2.1).

I.1.6. *Sovranità costituente o sovranità costituita?*

È concettualmente erronea anche l'identificazione della sovranità con il potere costituente, sebbene la tesi sia divenuta ormai un luogo comune della riflessione giuspubblicistica e giuspolitica, grazie soprattutto all'influenza esercitata dal decisionismo di Schmitt. Tale influenza ha generato un uso linguistico dominante, secondo cui la sovranità sarebbe priva di limiti giuridici e non conferita da norme giuridiche³¹, come se potesse esistere una qualsiasi forma di potere pubblico, finanche supremo, che possa prescindere dal diritto o che sia radicalmente “altro” dal diritto. Basti pensare, ad esempio, che il potere costituente sovrano da cui è originata la Costituzione italiana presuppose il d.l.it. 151/1944 e il d.lgs.lt. 98/1946, nonché il *referendum* istituzionale del 1946 (a sua volta convocato sulla base del d.lgs.lt. 98/1946; § I.2.9.2).

Al contrario, l'idea che la costituzione sia una “decisione fondamentale” colloca la sovranità nella fase genetica del fenomeno costituzionale. In ciò si differenzia dal concetto di “costituzione in senso sostanziale” esaminato prima (§ I.1.4), il quale fa della sovranità il contenuto o l'oggetto delle costituzioni, poiché la colloca nella dimensione funzionale del fenomeno costituzionale. La sovranità, intesa come esercizio del potere legislativo ultimo e non come potere costituente eccezionale che si esprime *uno actu*, è all'opera non prima del ma a partire dal momento in cui una costituzione (sostanziale) acquista vigore. Non vi sarebbe una precedenza e, quindi, un'eccedenza, logica

²⁹ L. 2444/1923.

³⁰ Art. 3 l. 100/1926.

³¹ Guastini, 2013, 208.

e cronologica, della sovranità rispetto alla costituzione³², ma si costituirebbero assieme. Laddove vi è un potere legislativo ultimo, i cui atti siano osservati, vi è una regola costituzionale che lo individua e disciplina; e, laddove vi è una costituzione vigente che individui e disciplini il potere legislativo, vi è una sovranità legislativa. È la ricostruzione che si evince dal modo in cui Bodin e Hobbes configurano il rapporto tra sovranità e *lex imperii* o *fundamentall law*³³; e che si ritrova pure nella tesi kelseniana secondo cui il contenuto sostanziale tipico delle costituzioni, cioè la «costituzione materiale», è la «regola del procedimento legislativo» (Kelsen, 1928, 152-153), sicché il senso proprio di una costituzione è costituire il potere legislativo, disciplinandone la forma, le modalità di esercizio, il regime e i limiti³⁴.

Si può eccepire che, se la norma costituzionale sulla produzione legislativa è un documento scritto, questo dev'essere a sua volta prodotto, posto da una volontà o potere costituente, che sarà antecedente al potere legislativo costituito, assurgendo così al rango di vero sovrano. Ma il punto è se la costituzione scritta tragga veramente dalla decisione costituente la propria normatività, cioè la propria idoneità a creare obblighi giuridici. Invero, la costituzione diventa un vincolo normativo non perché sia stata decisa da qualcuno, ma in quanto e a condizione che, dopo l'atto costituente, sia autorizzata dai molti.

È difficile perciò collocare in modo puntuale nel tempo il momento genetico della normatività costituzionale. Affinché sia produttivo di effetti vincolanti, occorre che l'atto costituente «si faccia storia» (Luciani, 2006, 1656), divenga cioè oggetto di una diffusa appropriazione sociale, politica, culturale ecc. Infatti, «instaurato un nuovo regime, e iniziata la sua vita la nuova costituzione, questa vale per forza propria perché le istituzioni, gli organi costituzionali del nuovo regime e questo nel suo insieme fanno imporsi e farsi valere e non per la forza di quelli che instaurarono il regime» (Esposito, 1934, 199). Tutto ciò, a sua volta, dipende dal prodursi dell'«autorizzazione dell'attore rappresentativo sovrano» (Hobbes, 1651, 168): un'«autorizzazione» che è il vero fondamento della sovranità e della costituzione, ad un tempo, e che si realizza allorquando gli individui, cioè gli autori dell'attore sovrano, riconoscono come se fossero proprie, ossia fanno proprie le «parole» e «azioni» del sovrano (nonché le parole della costituzione che lo individuano)³⁵.

³² Angiolini, 1995, 109.

³³ Chessa, 2019, 125 ss.

³⁴ Chessa, 2014, 529 ss.

³⁵ Chessa, 2019, 93 ss. e 125 ss.

I.1.7. La definizione della costituzione come “regola della produzione legislativa” è tautologica?

Nella costituzione “in senso sostanziale o materiale”, intesa come regola della produzione legislativa e individuazione del legislatore sovrano (§ I.1.4), sono a pari titolo presenti e indissociabili le dimensioni politico-fattuale e giuridico-normativa, a prescindere dal fatto che la seconda assuma la veste del documento scritto. Non vi è dubbio che «la comparsa del concetto materiale o sostanziale di costituzione nella letteratura politica e giuridica precede nel tempo l'apparizione delle prime costituzioni scritte» (Bartole, 1989, 303). Ma ciò non giustifica che «l'indagine sulla costituzione si risolva in un'analisi fattuale delle istituzioni in atto» (Bartole, 1989, 303), come se la costituzione sostanziale possa ridursi integralmente alla mera constatazione dell'assetto di potere esistente. Come ogni altra realtà sociale, anche la sovranità legislativa presuppone una regola costitutiva basata sul principio di imputazione; in tanto vi è un legislatore sovrano e, quindi, atti legislativi sovrani, in quanto sia vigente, per iscritto o trasmessa oralmente, la norma che ne consente l'individuazione. La pratica sociale di riconoscere il legislatore e i suoi atti si struttura secondo il criterio guida offerto da una regola basilare generalmente accettata; è vero che il dato obiettivo dell'accettazione sociale esprime la fattualità del fenomeno, ma questa accettazione è comunque materiata di normatività, nella misura in cui deriva dal diffuso convincimento circa la sua vincolatività.

Non esiste alcuna contrapposizione o alternativa tra la costituzione “politica” e la costituzione “giuridica”, come invece si postula allorché si pone l'antagonismo tra un *political constitutionalism* e un *legal constitutionalism*³⁶. Anzitutto, è fallace l'antagonismo tra diritto e forza. In secondo luogo, le costituzioni o “leggi fondamentali” finora conosciute non hanno assolto solo alla funzione di costituire, ossia di fondare e organizzare un assetto di potere pubblico e, quindi, “politico”; hanno altresì svolto il compito – collegato al precedente – di fornire i criteri di individuazione e riconoscimento del diritto valido. Le due accezioni della costituzione come *frame of government* e come *norma normarum*, fonte delle fonti, sono complementari, perché focalizzano l'attenzione su aspetti diversi di un medesimo fenomeno unitario. Rispetto a questa caratterizzazione funzionale costante, le distinzioni tradizionali tra costituzioni rigide e flessibili, lunghe e brevi, pattizie e ottriate, programmatiche e “di bilancio” ecc. perdono mordente. Qualsiasi costituzione vigente, quali che siano le altre sue caratteristiche, è sinora servita per distinguere, in seno ad un ordinamento dato, il diritto dal non diritto.

³⁶Waldron, 1999, *passim*; Waldron, 2006, *passim*; Bellamy, 2007, *passim*.