

Andrea Pisaneschi

Diritto costituzionale

QUINTA EDIZIONE



Giappichelli

PREMESSA ALLA QUINTA EDIZIONE

La quinta edizione è stata aggiornata con la legge costituzionale 19 ottobre 2020 n. 1, di modifica agli articoli 56, 57 e 59 della Costituzione in materia di riduzione del numero dei parlamentari; con la legge costituzionale 18 ottobre 2021 n. 1, di modifica all'articolo 58 della Costituzione, in materia di elettorato per l'elezione del Senato della Repubblica; con la legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1 di modifica agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di ambiente.

È stata poi rivista completamente la parte sull'organizzazione giudiziaria, al fine di attribuirle maggiore completezza ed analiticità.

PREMESSA ALLA PRIMA EDIZIONE

Questo manuale esce nel pieno del dibattito sulla riforma costituzionale e a valle di un primo passaggio parlamentare del disegno di legge di revisione. Come ogni libro, che impegna molto tempo, era stato pensato, impostato, e gradualmente scritto, quando del tema della riforma costituzionale non si parlava affatto. È quindi basato sulla analisi degli istituti di diritto costituzionale così come questi erano stati delineati nel 1948 e come la giurisprudenza della Corte costituzionale, le convenzioni e la prassi, li ha adattati in questo lungo periodo di tempo. Nondimeno l'accelerazione in questo anno del processo di riforma ha reso necessaria una qualche integrazione. Questo in verità non tanto allo scopo di fornire un aggiornamento "dell'ultima ora" sul processo *de iure condendo*, quanto perché il dibattito sulla ritenuta necessità della modifica costituzionale si è ormai molto sviluppato anche a livello di opinione pubblica, ed è comunque in corso di approvazione un disegno di legge di revisione. Mi è quindi sembrato necessario fornire agli studenti alcuni elementi di riflessione sulle linee direttrici della riforma e su alcune questioni che questa pone.

Nella prima parte, pertanto, subito dopo il capitolo che tratta della revisio-

ne della Costituzione, si affronta in modo storicizzato il processo di cambiamento della Costituzione e si descrivono in sintesi gli obiettivi più importanti del disegno di legge di riforma, identificati in relazione ai successi o ai supposti insuccessi della Costituzione del 1948. All'interno di altri capitoli sono poi collocati alcuni paragrafi che esaminano, ancora sinteticamente, le modalità utilizzate dal legislatore costituzionale per il raggiungimento di questi obiettivi. Dichiaratamente questa tecnica non pretende di garantire la completezza informativa sul processo di modifica (non ho ritenuto opportuno "inseguire" il legislatore costituzionale), ma ha solo l'obiettivo di iniziare un percorso ragionativo sulle questioni più importanti, identificando in questa fase solo i modelli di riferimento e le connessioni tra i nuovi istituti e le finalità che il legislatore costituzionale vorrebbe raggiungere.

Il manuale è basato su di un'impostazione metodologicamente tradizionale. È diviso in una introduzione e quattro parti, a loro volta suddivisi in capitoli e paragrafi. Questi ultimi sono numerosi per mantenere una struttura rigorosa, analitica, e anche più agevolmente studiabile (evitando paragrafi che contengono molte pagine all'interno delle quali si può perdere il filo del ragionamento). Ogni capitolo si conclude con una sintesi nella quale si riassumono, paragrafo per paragrafo, i punti fondamentali trattati.

Il volume è completato da una bibliografia, correlata a ciascun paragrafo e collocata in una finestra alla fine di ogni paragrafo (con riferimenti prevalentemente monografici, stante la enorme mole di saggi ormai presenti su ogni istituto) e da un indice analitico di nuovo taglio (una sorta di ridotto *case book*) che contiene la indicazione della giurisprudenza utilizzata nel volume, e che può costituire un ausilio per lo studente per rifocalizzare le posizioni assunte dalla Corte costituzionale sugli istituti più importanti.

La prima parte è dedicata alla Costituzione nella storia e alle caratteristiche di fondo della Costituzione italiana. La seconda parte, assai ampia, è dedicata al sistema delle fonti, nella convinzione che una solida preparazione di diritto costituzionale debba partire dalla conoscenza delle regole della produzione normativa; la terza all'organizzazione (forme di Stato e di Governo e forma di Governo italiana); la quarta ai diritti e alle garanzie (i diritti fondamentali e gli strumenti di tutela: magistratura, Corte costituzionale, tutela sovranazionale).

Gli istituti sono descritti attraverso un primo paragrafo di inquadramento storico-culturale (spesso con riferimenti al dibattito in assemblea costituente, ai precedenti storici, alle ragioni delle scelte compiute) che costituisce la linea guida del capitolo, al quale segue la descrizione normativa dell'istituto, i problemi interpretativi e la evoluzione storica, quindi le soluzioni ai problemi interpretativi offerti dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale (con particolare attenzione a questa ultima). La parte problematica e le soluzioni giurisprudenziali sono scritte in carattere più piccolo per permettere un doppio livello di lettura (meno approfondito e più approfondito). In linea generale, nel

bilanciamento tra la quantità dei dati normativi da offrire e un ampliamento del percorso ragionativo, è stato scelto di privilegiare il secondo. Si è inoltre cercato di scrivere in maniera chiara e comprensibile, senza tuttavia ricorrere a forzature semplificatrici o alla utilizzazione di un linguaggio non giuridico.

Sono grato a Giovanni Grottanelli de' Santi, per i consigli durante il lavoro e per aver scritto il primo capitolo, che svolge la funzione di introdurre e ricucire le varie parti del libro. Un ringraziamento a Elena Bindi, che ha letto più volte il manuale e mi ha dato suggerimenti su molte tematiche, a Mario Perini, che ha coordinato il gruppo dei collaboratori che ha lavorato agli apparati bibliografici, a Marco Mancini e Ilaria Neri che hanno svolto le ricerche e selezionato le opere citate nelle note poste alla fine di ogni paragrafo. Grazie anche a Valeria Piergigli e agli altri amici e colleghi che si sono gentilmente prestati alle prime letture del libro.

Un ringraziamento particolare a Thoma Kriapa per i suoi consigli sempre preziosi.

INTRODUZIONE

STATO E DIRITTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Organizzazione e ordinamento. – 3. Gli elementi dello Stato: popolo, territorio, potere sovrano. – 4. Potere sovrano e supremazia. – 5. Conoscenza e certezza del diritto. – 6. Diritto dello Stato e attività politica. – 7. Lo Stato come soggetto di diritto. – 8. Personalità unica dello Stato e nomi diversi. – 9. Stato di diritto. – 10. Diritto pubblico e diritto privato. – 11. La tendenziale invasione dello Stato nella sfera del privato. – 12. Stato e autonomia dei privati.

1. Premessa

Non è raro nel nostro tempo sentir parlare di dissoluzione dello Stato, come se fosse in atto una revisione radicale di vecchi concetti e si profilassero nuove formule di aggregazione sociale. Questo senso di dissoluzione si accompagna nel mondo occidentale con annunci e con formule del genere di “fine della storia” o di “post-modernità” che vanno assai oltre il più delimitato profilo dello Stato, non sembrano avere contenuti concettuali molto precisi, ma sono sicuramente tali da ingenerare un senso di indistinto pessimismo; nel nostro paese a questo senso di dissoluzione si aggiunge il disagio che deriva dalle frequenti analisi sconolate relative alle disfunzioni dei nostri apparati pubblici. Si tratta di un quadro negativo che non sembra diffuso soltanto nei media della grande comunicazione, ma che spesso viene avvertito e descritto dagli studiosi del diritto pubblico. Così può quasi sembrare un andare felicemente controcorrente la pubblicazione di una ampia e solida trattazione del nostro diritto costituzionale nella quale non vengono messe in dubbio le istituzioni ed i procedimenti che vengono descritti.

Sia pure nei limiti di un curriculum universitario sembra necessario dare agli studenti un quadro più completo possibile delle strutture portanti della nostra società così come queste erano state disegnate dalla Assemblea Costituente della nostra Repubblica e come queste si sono evolute dal 1948 ad oggi. Gli studenti più svegli ed avvertiti sono spesso colpiti dalle considerazioni ora menzionate su un certo nostro caos, ma il caos (anche a volerlo ammettere) è concepibile soltanto relativamente ad un ordine; inoltre si può sicuramente dire che è solo avendo un quadro più completo possibile del “sistema” può aver

senso pensare ad un adeguamento di questo agli orientamenti attuali verso una riforma.

Le presenti note introduttive si propongono di presentare in maniera semplice ed elementare una prima nozione dello Stato. La conoscenza della nostra Costituzione e in generale del diritto costituzionale presuppone, quasi si potrebbe dire dà per scontata, l'esistenza dello Stato; questo tuttavia non costituisce un *prius* rispetto alla sua costituzione, scritta o non scritta che sia. Un aggregato sociale nasce nel momento in cui, appunto, un gruppo di esseri umani "si aggrega" e si fissano alcune regole che del nuovo soggetto delineano la vita e questo si dimostra capace di un certo grado di stabilità.

Qualsiasi società umana si caratterizza per come si svolge la sua vita, quali sono le finalità che si propone e di quali mezzi si avvale, quali comportamenti richiede ai suoi associati, e via dicendo. Ora, dei vari ed infiniti aggregati sociali che si conoscono, tribù di maori, club ippico o dopolavoro aziendale che siano qui interessa quello che per convenzione universalmente riconosciuta viene chiamato "Stato".

2. Organizzazione e ordinamento

Tutte le società, anche quelle più primitive vivono e durano per un certo tempo se e in quanto abbiano una organizzazione che ne articola l'esistenza e le attività e prevedano dei comportamenti che dovranno essere tenuti dai consociati; il complesso delle regole o norme stabilite in una società e in media rispettate e seguite dai consociati viene denominato un "ordinamento". Nei paesi più evoluti si assiste ad una quantità di società e quindi di ordinamenti diversi tra di loro (sportivi, sindacali, culturali, religiosi, ecc.) che convivono nell'ambito dello Stato e poiché tutti vincolano in qualche modo i propri consociati la pluralità da essi costituita dà luogo al fenomeno, molto studiato nella nostra materia, del c.d. "pluralismo giuridico" (cfr. *infra*, Parte II, Cap. I). Si dice correntemente che questi diversi soggetti, queste diverse società, hanno carattere *derivato*; in altri termini la loro soggettività è riconosciuta dallo Stato; poco importa qui se sia incoraggiata o soltanto tollerata dallo Stato, l'essenziale è che lo Stato la riconosce e prende atto della loro esistenza e quindi fa sì che i soggetti stessi possano agire autonomamente perseguendo le loro finalità (sportive, sindacali, culturali o religiose che esse siano). Soltanto lo Stato non ha carattere "derivato" ed anzi si pone come un ente "originario" nel senso che deve unicamente a sé stesso la propria esistenza; lo Stato quindi si legittima da sé per il fatto di porsi come una struttura autoritaria dotata di positività e di stabilità (Mortati). Inoltre, a differenza dalle società che derivano la propria personalità dallo Stato e che devono precisare i fini che si propongono, lo Stato è un soggetto con finalità generalissime (quali ad es. sicurezza, benessere, pace sociale), definibili soltanto quando appaia opportuno e suscettibili di

accrescimento, di talché, come si accenna di seguito, alcuni fini possono divenire pubblici fini mentre in precedenza non lo erano.

3. Gli elementi dello Stato: popolo, territorio, potere sovrano

Lo Stato si configura sicuramente come il più sviluppato e complesso degli ordinamenti (Cassese-Perez). Secondo l'opinione più corrente e accettata gli elementi dello Stato sono costituiti dal popolo, dal territorio e dal potere sovrano (o potere di impero).

Per "popolo" si intende la collettività umana complessivamente intesa, comprendente persone di ogni sesso e di ogni età. Non è immaginabile uno Stato solo di donne o di omosessuali o di solo ultrasettantenni. Come già accennato si possono configurare società profondamente diverse dallo Stato sia sotto il profilo dei soggetti (o soci) sia sotto quello delle finalità che le caratterizzano; queste possono talora avere un grado di specificazione molto pronunciato (solo giovani, solo donne, solo i fedeli che professano una determinata religione, ecc.) fissato nel loro ordinamento, in base al quale gli organi direttivi hanno dei poteri nei confronti dei soci ed anche possono irrogare sanzioni, ma non esercitare un vero e proprio potere di impero, essendo la "sovranità" un attributo dello Stato soltanto. Nella nozione di popolo o più esattamente in quella dei "soggetti" sottoposti al potere di impero statale si comprendono non solo gli essere umani, ma anche le "persone giuridiche", ovvero tutti gli enti diversi dalle persone fisiche dei quali lo Stato riconosce l'esistenza attraverso il conferimento della "personalità" e con essa la titolarità di diritti, di poteri ed anche di doveri. Il popolo è costituito dalla collettività sociale indipendentemente dalla razza dal sesso e dalla lingua di coloro che lo compongono e quindi "popolo" è un termine assai più comprensivo della "nazione" con la quale di massima si descrive un complesso di soggetti legati da vari elementi comuni più specifici (lingua, cultura, storia, aspirazioni). Tutti conoscono ad es. come l'Impero austroungarico o l'Unione Sovietica fossero formati da complessi nazionali estremamente diversi e come avviene del resto, in misura assai minore, anche nella nostra Repubblica dove sono egualmente cittadini soggetti di diversa etnia e che in qualche caso si presumono bilingui.

Non può esserci uno Stato senza "territorio", ad eccezione di situazioni straordinarie come può accadere in tempi di guerra nei quali vi è incertezza di quella che potrà essere la realtà finale con il ristabilirsi della pace, ma la "stualità" perdura normalmente attraverso uno degli organi di vertice grazie alle figure dei c.d. governi in periodi di occupazione militare o dei "governi in esilio". Tanto è ritenuto essenziale l'elemento del territorio che per il vertice della Chiesa Cattolica volendosi assicurarle da parte dello Stato italiano un massimo di solidità si è ritenuto dotarla di un territorio per fare uno Stato, creando appunto lo Stato della Città del Vaticano. Va tuttavia ricordato che in dot-

trina alcuni negano che il territorio sia un elemento dello Stato e si ritiene che debba piuttosto essere visto come limite di validità dell'ordinamento statale (Cassese-Perez). Sta tuttavia di fatto che non si conoscono Stati privi di territorio.

Infine elemento dello Stato deve essere considerato il "potere sovrano" ovvero la potestà di impero che viene esercitata sul popolo e sul territorio o, se si vuole, tenendo conto del rilievo ora ricordato, limitatamente al territorio. Quando si dice che lo Stato è sovrano si afferma anzitutto che si tratta di un soggetto che non riconosce nessun ente o soggetto che sia a lui superiore (*superiorem non recognoscens*) e che esercita nei confronti dei consociati il potere massimo che si può configurare. È in collegamento di questo "massimo potere" che alcuni sottolineano come allo Stato si debba riconoscere il monopolio della forza; solo allo Stato si riconosce la possibilità di costringere fisicamente, ove necessario e con le dovute procedure, i soggetti privati a conformarsi alle leggi.

Per quanto specificamente riguarda il nostro Paese si rileva da alcuni autori come sia discutibile che la sovranità appartenga direttamente allo Stato e che di conseguenza ne costituisca un elemento essenziale e che piuttosto per la disposizione del 2° comma del primo articolo della nostra Costituzione la sovranità stessa debba essere riconosciuta al popolo "che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione". Lo Stato quindi sarebbe soltanto rappresentante del popolo sovrano (Crisafulli, Cassese-Perez). Si può subito osservare che anche se fosse così il popolo non è in grado di dare istruzioni molto precise allo "Stato suo rappresentante" e che anzi gli lascia sicuramente una libertà decisionale assoluta. Se l'Assemblea Costituente avesse voluto davvero scindere i due soggetti (rappresentante e rappresentato) avrebbe almeno scritto "popolo" con la maiuscola che invece ha dato ad enti come le Regioni, le Province e i Comuni che sicuramente non hanno potestà di impero! Quel 2° comma, lungi dal mutare una impostazione del passato sembra piuttosto che voglia essere una invocazione certamente molto significativa ed una testimonianza del nuovo clima politico democratico che potrebbe esser vista quasi in senso contrario alla formula mitologica del passato che affermava il Re "per grazia di Dio".

4. Potere sovrano e supremazia

L'esercizio del potere sovrano su un dato territorio implica "in modo necessario" (Mortati) la subordinazione dei soggetti ad esso appartenenti. Ed è nell'ordine di questa stessa subordinazione che la supremazia dello Stato si afferma anche nei confronti di tutti gli ordinamenti che senza il riconoscimento dello Stato non potrebbero sussistere se non "di fatto". Nessun ordinamento diverso dallo Stato (ad es. chiese, circoli culturali o di atletica) potrebbe pro-

porsi finalità contrarie allo Stato stesso e tanto meno richiedere ai propri consociati comportamenti incompatibili con i fini pubblici o contrari ad essi. Non si affronta qui il complesso problema del possibile conflitto che si ponga a un soggetto privato tra il seguire una propria norma morale ed una norma dell'ordinamento statale. È il caso ben noto ad es. dell'obiezione di coscienza particolarmente in tempo di guerra oppure del medico antiabortista, ma dipendente da una struttura sanitaria pubblica. Problema di fondo, ma che può avere ovviamente risposte assai diverse a seconda che la norma statale che si impone appaia "poco convincente" semplicemente da un punto di vista morale o viceversa abietta in modo inequivocabile.

La sovranità dello Stato si dispiega via via che nelle materie ovvero nei tipi di rapporti più diversi, viene individuato ciò che lo Stato ritiene *rilevante* e di conseguenza regolato e non più lasciato alla libertà dei singoli. Ed è proprio sotto questo profilo che possono configurarsi i conflitti ai quali sopra si accennava. Indubbiamente nel nostro tempo la sovranità dello Stato così come veniva concepita e insegnata fino a mezzo secolo fa è fortemente insidiata e ridotta; si potrebbe dire che è insidiata dall'alto e dal basso. Dall'alto se si pensa all'enorme sviluppo del diritto internazionale dopo il secondo Dopoguerra e da quello che possiamo chiamare "diritto europeo" che dalla prima realizzazione nel 1951 della Comunità del carbone e dell'acciaio (CECA) all'Unione Europea attuale (v. *infra*, Parte II, Cap. V) ha visto consolidarsi e progredire un movimento di tendenza federalista che implica una progressiva recessione (molto spesso nemmeno recepita dai media) della sfera di competenza *effettiva* dello Stato. La previsione di quelli che potranno essere gli sviluppi futuri di una possibile Unione fra gli Stati europei sembra difficile e tuttavia è certo che già da ora quelle "limitazioni di sovranità" verso le quali la nostra Costituzione si dimostrava nel 1948 così ben disposta con l'art. 11 (v. *infra*, Parte II, Cap. IV) già si fanno sentire sia che si tratti ad es. di regole sulla produzione di generi alimentari o di disciplinare la vita privata dai contraccettivi all'aborto. Naturalmente l'affievolirsi della sovranità è qui concretamente riferibile ad ogni singolo Stato membro europeo, ma non è in contrasto con la tesi riportata che vede nella sovranità stessa un elemento essenziale unitamente al popolo e al territorio; non a caso la nascita dello Stato federale viene individuata nel trasferimento della sovranità stessa all'Unione, mentre agli Stati che dell'Unione fanno parte non rimane altro che una potenziata autonomia.

L'insidia nei confronti della sovranità statale si avverte inoltre, come si è detto, anche "dal basso" perché lo straordinario sviluppo dei diritti di libertà ha perlomeno di fatto ridotto in misura notevolissima il potere dello Stato. Questa riduzione non deriva semplicemente da principi costituzionali che possono imporsi allo Stato soprattutto in un sistema a costituzione rigida (v. *infra*, Parte I, Cap. III), ma è anche un risultato concreto del formidabile affermarsi della *pubblica opinione* interna e internazionale. Si tratta in realtà di

una forza che si ha natura politica e non giuridica, ma la cui consistenza nel nostro tempo è divenuta tale da imporsi decisamente all'attenzione del giurista. Infatti, senza pretendere di risolvere questioni universali ci si può limitare ad osservare che per essere sovrani, o più modestamente per esercitare dei poteri, non occorre soltanto avere un titolo *legittimo*, ma anche trovare quella rispondenza di fatto (oltre che di diritto) certo non agevolmente quantizzabile che viene chiamata, appunto dai giuristi, *obbedienza media*.

L'obbedienza media viene assicurata dal fatto che, come già si è detto, lo Stato ha il monopolio della forza. Si è però tentati di dire che la forza, anche se essenziale, non è sufficiente; un certo grado di consenso spontaneo della gente, anche se è consenso ad esser trattati male, è pur sempre necessario. Spesso questa effettività complessiva è messa in pericolo dal gran numero di leggi che si infittiscono e si intrecciano nello Stato moderno ed è facile osservare che il loro numero aumenta di pari passo le probabilità di contraddizioni. In Italia, tenendo conto della raffinata capacità degli italiani ad adattarsi a situazioni non chiare il maggior numero di contraddizioni può aumentare notevolmente il solco tra il cittadino e lo Stato.

5. Conoscenza e certezza del diritto

Il problema della coerenza (ovvero l'esigenza di evitare le contraddizioni all'interno dello Stato ordinamento) è strettamente legato a quello della completezza ed entrambi, coerenza e completezza in una materia definibile come "sistema giuridico" nel quale per principio veramente "*tout se tient*", coerenza e completezza possono essere visti come profili della *certezza del diritto*. È ovvio che la completezza si riferisce a tutto ciò che è rilevante secondo lo Stato e quindi deve essere oggetto di regolamentazione (il c.d. rilevante giuridico).

Non è certo necessario diffondersi sul rilievo per il quale i cittadini per osservare la disciplina dettata dallo Stato e per orientare i propri comportamenti devono sapere ciò che il diritto chiede, esige o comanda. Il fine comune della sicurezza è certamente ciò che primariamente lega i consociati nella comunità statale. Se le attività umane non possono orientarsi su regole certe, se le sanzioni irrogate non sono la conseguenza di sicure violazioni di regole si configura una società nella quale dominano l'imprevedibilità, l'insicurezza e l'arbitrio. La certezza è necessaria per i soggetti, ma è anche essenziale per chi governa. Anche il re assoluto di una volta o il tiranno dei nostri tempi devono dare – se conoscono il loro mestiere – in un certo senso la certezza in un consistente ambito di rapporti sociali come la famiglia, il lavoro o la proprietà, sia pure mantenendosi un vasto margine di potere del tutto libero (ovvero non prefigurato e quindi incerto) per colpire a piacimento i propri avversari indicati magari come nemici del popolo.

La certezza richiama il problema della conoscibilità del diritto. Per lo stu-

dio delle forme di Stato e di Governo (cfr. *infra*, Parte III, Cap. I) è di grande importanza non solo la conoscenza del modo nel quale il diritto viene prodotto e sancito, ma anche la possibilità di manifestare e di individuare (lo *ius dicere* dei romani) il diritto sancito e quindi l'indicazione dei soggetti e degli organi competenti per tale compito, saggi, anziani, sacerdoti o magistrati che essi siano. Una esigenza questa avvertita ad es. nell'antico Stato senese nel quale si stabilì che il testo costituzionale fosse scritto a grossi e chiari caratteri, in lingua volgare (invece che in latino) e reso pubblico (Ascheri) in modo che tutti lo potessero conoscere, o come nell'Inghilterra dei Plantageneti ove si decise che il pubblico deposito della Magna Carta avvenisse presso le cattedrali.

Le consuetudini che si fondano su comportamenti ripetuti e ritenuti obbligatori e che sembrerebbero quindi a prima vista regole nate da atteggiamenti ed attività spontanei non costituiscono certo una eccezione, anche esse cioè devono essere accertate, ricercate e dichiarate tali e anche per esse si presenta il problema di una sicura conoscibilità. Il diritto scritto e pubblicato costituisce una tappa importante nella storia di ogni civilizzazione e, quello che è più importante, una tappa decisiva nella direzione della libertà e della democrazia.

Nei sistemi come il nostro, almeno in linea di massima vige come deterrente, attraverso una finzione, la presunzione di conoscenza della legge (*ignorantia legis non excusat*). Il diritto scritto presuppone a sua volta una pubblicazione; anche le presunzioni per reggere hanno bisogno di un minimo di buon senso: non si può presumere che la gente sappia cose di difficile reperimento o che sono addirittura tenute gelosamente segrete.

Certezza del diritto significa chiarezza, senza consistente ombra di dubbio, su ciò che il diritto vuole e comanda. Anche se si tratta di diritto scritto, pubblicato, facilmente reperibile e conoscibile, è facile osservare che un margine di incertezza rimane sempre. Perfino le leggi ben scritte (oggi rarissime) e precise ai limiti della pedanteria richiedono inevitabilmente una attività interpretativa che consenta, come si dice, di "sussumere il caso pratico nella norma" o nella "fattispecie astratta", ovvero di stabilire come debba essere valutato un concreto rapporto, un fatto della vita, *alla luce* della legge. È questo il famoso interrogativo se la legge che parla di "senza tetto" significhi solo "chi dorme sotto le stelle" o anche "chi vive in una capanna priva di acqua e di facilitazioni igieniche"; e ancora il quesito se la legge che parla di coloro che sono "senza fissa dimora" si riferisca soltanto ai vagabondi e ai nomadi o anche agli appartenenti alla c.d. *jet-society*.

Tutto il mondo del diritto, e quindi degli studi di diritto, si imposta sull'interrogativo (con relative varie risposte) dominante dal tempo di Aristotele ad oggi se e fino a qual punto uno Stato sia retto dalle leggi oppure dagli uomini che leggono nelle leggi quello che a loro sembra che ci sia scritto. Naturalmente non c'è bisogno di abbandonarsi a interrogativi e a risposte pirandelliani. I margini dell'incertezza sono pur sempre segnati da limiti invalicabili: limiti

forniti da inequivocabili espressioni linguistiche (per es. il “semaforo rosso” o il “semaforo verde”), limiti logici, e poi ancora limiti di onestà, di ragionevolezza, di buon senso, ecc.

Nello Stato di un tempo come il nostro caratterizzato da un ritmo di cambiamento costante e impressionante, per le esigenze della certezza del diritto e quindi della sicurezza e della garanzia di tutti (e non soltanto quindi dei cittadini) l'ideale sarebbe che via via che la realtà cambia, sorgono nuovi problemi e si configurano nuovi rapporti, rapidi strumenti di adeguamento provvedessero a mutare, ove necessario, il diritto e nel contempo eliminare le oscurità e le ambiguità che in esso si riscontrano. Questa sequenza ideale non sempre è facile e spesso per varie ragioni coloro che governano non vogliono perseguirla. Il fine e il comando della certezza rimangono così, spesso, inascoltati. Si può peraltro affermare che il grado del loro soddisfacimento è strettamente legato al grado di coesione di una società statale.

6. Diritto dello Stato e attività politica

Riferendosi ad una distinzione molto sentita nello Stato contemporaneo il diritto ha la funzione di regolare e di disciplinare l'attività politica. Ora, in questa enunciazione che sembra del tutto da condividere se soprattutto essa significa che il diritto può sì tendere ad imporsi con la sua qualità di certezza e di precisione, ma non può andare molto oltre lo stabilire una linea di confine; in realtà se della politica si accoglie la definizione di regime della collettività nel suo insieme e di modo di organizzazione della collettività stessa (R. Aron) si avverte subito che c'è nell'aria una genericità ed una flessibilità che almeno di massima non sono compatibili con il diritto vero e proprio. Una genericità che è connaturata all'idea dello Stato inteso come società a fini generali e caratterizzato dal suo avere il monopolio del potere della coercizione. Le grandi idee-forza che, come dicono i francesi, descrivono le “istituzioni politiche” appartengono al mondo della politica, animano ed orientano un sistema sociale, ma non lo regolano. Si pensi, a titolo di esempio, all'idea monarchica-autoritaria tuttora dominante in molte parti del mondo, oppure all'idea socialista. Idee-forza che talora vengono formulate in maniera appena più specifica (“*liberté, égalité, fraternité*”, “la legge è uguale per tutti”) e che spesso ricevono la qualifica di “norme” seguite tuttavia dalla aggettivazione di “grammatiche” (v. *infra* nel testo, Parte I, Cap. III); norme per le quali difficilmente si può chiedere l'attuazione attraverso una azione giudiziaria. A proposito di queste ultime Luigi Einaudi consigliava di parlare di “situazioni raccomandate”. Per le presenti osservazioni è forse qui sufficiente dire che non è molto facile individuare il vincolo e l'obbligatorietà che derivano da una norma grammatica, per contro se ne avvantaggia considerevolmente il potere dell'interprete quale che sia la sua posizione e il suo potere (es. magistrato, ammini-

stratore, professore universitario, ecc.). La politica quindi costituisce il magma fluido dal quale si consolida e si cristallizza il diritto. In senso molto lato la politica è “fonte” del diritto, perché da essa scaturisce e scorre il diritto. Intesa come funzione è stato detto incisivamente che, analogamente alla funzione costituente (v. *infra*, Parte III, Cap. III) la funzione di indirizzo politico ha rispetto alla tripartizione dei poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) una priorità logica e cronologica e una funzione integrativa (S. Cassese-R. Perez).

7. Lo Stato come soggetto di diritto

Lo Stato, si dice, è soggetto di diritto; di questa realtà quasi non ci si rende conto quando in una qualunque conversazione, indipendentemente dagli studi di diritto, si dice ad es. che lo Stato italiano ha buoni rapporti con lo Stato francese oppure che lo Stato italiano è uno Stato membro delle Nazioni Unite oppure che ha firmato un trattato per la repressione del commercio delle droghe pesanti. Analogamente allo Stato possiamo dire ad es. che alcune società sportive o le università italiane o l'ANAS sono soggetti di diritto.

In tutti i sistemi statuali evoluti si conosce la distinzione tra persone fisiche e persone giuridiche. Oggi tutti gli esseri umani, almeno nel mondo occidentale hanno personalità giuridica, sono cioè soggetti di diritti e di doveri. Non è stato sempre così, basti ricordare che nell'antica Roma e in Grecia gli schiavi non erano soggetti di diritto come pure avviene oggi in alcuni Stati del mondo non occidentale. Sono persone giuridiche gli organismi unitari ovvero gli enti ai quali lo Stato riconosce e/o conferisce personalità giuridica propria, distinta da quella delle persone che di esse fanno parte e che magari ad esse hanno dato vita creandole, facendole vivere e agire per proprio conto secondo le regole del loro ordinamento.

La personalità giuridica dello Stato è un argomento che grazie alle forti inclinazioni filosofiche e dogmatiche dei nostri studiosi dell'ottocento ha dato origine a copiose discussioni e numerosissimi contributi scientifici. Ai fini di queste note sembra che basti ricordare che in Italia si riconosce allo Stato personalità *unica* e che come già sappiamo siamo dinanzi ad una personalità che ha l'attributo della sovranità, ovvero, come già si è detto, del potere di impero.

La unicità della personalità dello Stato italiano costituisce un elemento di differenza rispetto a quei casi nei quali pur sempre nell'ambito dello Stato si conoscono varie soggettività separate. Questo avviene per ragioni storiche o anche per l'indole di una società. In Inghilterra ad es. nei manuali di diritto costituzionale i “soggetti” ai quali si riconoscono le competenze più varie ed anche più importanti ovvero “i titolari” dei poteri pubblici a sé stanti sono ad es. la Corona, il Parlamento, il Governo a volte inteso, quest'ultimo, come vertice del potere esecutivo mentre altre volte viceversa si parla di “*government*” in modo generalissimo e tale da ricordare molto da vicino la nostra idea di

“Stato”. Queste differenze che possono sembrare a volte soltanto terminologiche sono spesso indicative di sviluppi storici che si sono determinati nel modo nel quale i diversi paesi sono stati governati. Così è significativo l’uso di formule piuttosto velleitarie come quella molto famosa di Luigi XIV di “lo Stato sono io”, come pure l’immagine dello “Stato patrimoniale” inteso come un “bene” oggetto, diremmo nel nostro tempo, di “proprietà privata” per cui in caso di morte i figli procedono ad una successione, testamentaria o consensuale che sia o per cui le figlie del re quando si sposavano portavano al marito modeste doti come la Sicilia o la Borgogna. Tuttavia a un certo punto si è dovuto distinguere tra il re “in carne ed ossa” (con le sue virtù personali e con i suoi vizi) e il re-istituzione-perenne e si è inventata “la Corona”. Del re – diremmo noi – inteso come istituzione ovvero come “re-Stato-perenne” dicevano i giuristi del tempo della grande Elisabetta, che si trattava di un re che non solo non poteva sbagliare o essere pazzo, ma anche che era “immortale e invisibile” (G. Marshall). Una formula questa, come subito su dirà, assai vicina come contenuto alla corrente affermazione italiana del nostro Stato ritenuto persona giuridica e soggetto di diritto, senza che se ne conosca l’indirizzo e il numero di telefono.

8. Personalità unica dello Stato e nomi diversi

Da noi nonostante si parli di una personalità unica e tenendo conto di una tendenza molto pronunciata in Italia lo Stato prende nomi diversi a seconda del contesto; così se si parla dello Stato inteso come “ordinamento” e con riferimento all’attività normativa troviamo “la legge” o al plurale “le leggi” o ancora, di nuovo personalizzando, “il legislatore” (cfr. *infra*, Parte II, Cap. II). Quando invece si vuole indicare lo Stato come soggetto agente e ancor più “personalizzato” troviamo espressioni diverse addirittura nello stesso testo costituzionale; a volte infatti si dice “la Repubblica” (ad es. negli artt. 2, 3, 4, 6, 9, 34, 45) o “l’Italia” (art. 11) o “la Patria” (artt. 52, 59) e, nella maggior parte dei casi, naturalmente, è usato il termine “Stato”. “Repubblica” e “Stato” appaiono addirittura nello stesso comma dello stesso articolo (v. art. 5).

Con la premessa che non sembra affatto essenziale lasciarsi trasportare da ardue e difficilmente motivabili discussioni sulla natura dello Stato, si può affermare che siamo dinanzi ad un ente “unitario e perpetuo” che “sorpasa la caduca esistenza degli individui che lo compongono” (Santi Romano) aggiungendo subito che questa personalità dello Stato si svolge in quanto soggetto di diritti di doveri nell’ambito della comunità internazionale e come soggetto di diritto interno, all’interno cioè del nostro stesso ordinamento giuridico.

Si insegna comunemente che lo Stato opera, agisce e si esprime, attraverso *i suoi organi*, siano questi ministri del Governo, magistrati o bidelli di un pubblico ufficio, e con tale immagine si sfiora già la *teoria organica*: il soggetto è lo

Stato e gli organi sono i suoi strumenti. La teoria organica in Italia piace molto di più della teoria della *rappresentanza*, secondo la quale i soggetti, quando e se agiscono per conto dello Stato lo rappresentano. Alcuni sostengono che con la concezione dello Stato persona giuridica unitaria che agisce attraverso i suoi organi (uffici e persone fisiche) si ottiene il vantaggio di rendere lo Stato stesso *direttamente responsabile* per gli atti dei suoi organi. Altri preferiscono, secondo la ricordata concezione anglosassone la maggiore responsabilizzazione dei singoli, delle persone fisiche, ministri o autisti delle regie poste che siano, ovvero di coloro che agiscono “in rappresentanza”; i diversi enti e soggetti rispondono personalmente della propria attività (e dei propri sbagli), lo scudo della maestà statale sembra più allontanato, il rapporto con la gente più diretto, più comprensibile.

Sul punto centrale, quello della responsabilità, ed a parte quindi i consueti rilievi che si possono fare sulle distinzioni dei giuristi, va detto che essa non dipende dal fatto che l’una o l’altra tesi si proclami vincente e imperante. La responsabilità dello Stato dipende dal costume, dalla reattività media della gente e naturalmente dalle leggi che la prevedono e la disciplinano, non certo dalla considerazione, che rimane pur sempre opinabile, se lo Stato sia persona giuridica o un insieme di persone giuridiche e fisiche associate tra di loro e coordinate (si spera) nella loro attività. Leggi cioè che regolano il formarsi della volontà statale, che prescrivono i procedimenti da seguire per concretizzare tale volontà e che nelle ipotesi previste individuano di chi sia la responsabilità o la colpa e, all’occorrenza, chi debba pagare i danni.

9. Stato di diritto

Anche un accenno estremamente sommario come quello precedente all’argomento della responsabilità dello Stato significa che non sono soltanto i soggetti privati, cittadini o meno che siano, che devono stare alle regole; anche gli organi dello Stato devono rispettare la legge e conformarsi ad essa, alla legge che regola la loro attività, delinea le competenze di ciascun organo, disciplina in una parola non solo ciò che devono o possono fare, ma anche come devono articolarsi i rapporti che gli organi hanno con i privati e i cittadini. È questo in sostanza il significato dello “Stato di diritto” ovvero del tipo di Stato che si contrappone allo “Stato assoluto”. Si tratta della grande conquista dell’epoca moderna, quella, si potrebbe dire, che ha segnato il passaggio dalla condizione di sudditi a quella di cittadini. Anche nello Stato monarchico e nello Stato assoluto sussistevano alcune regole ed alcuni principi che vincolavano il sovrano, ma in misura e sostanza così limitate e ridotte all’essenziale da lasciare un vastissimo campo di discrezionalità agli organi dello Stato. Si può dire così che nella previsione vincolante, completa e *resa nota a tutti* di ciò che gli organi dello Stato *possono* e di ciò che *devono* fare è giusto ravvisare la grande evolu-

zione verso lo Stato democratico e, rispetto al passato con tale evoluzione, la vera origine del costituzionalismo contemporaneo (cfr. *infra*, Parte I, Cap. I). La “conquista” o la “svolta” alle quali si è ora accennato sono espresse in sintesi nel potere dato ai soggetti privati di chiedere e di ottenere giustizia in quei casi nei quali gli organi dello Stato non si siano comportati secondo la legge.

10. Diritto pubblico e diritto privato

Gli organi dello Stato svolgono le loro funzioni nella sfera del diritto pubblico, quella nella quale si perseguono gli interessi della collettività ovvero gli interessi generali distinti dagli interessi dei privati la tutela e la disciplina dei quali sono regolate dal diritto privato.

Diritto pubblico e diritto privato sono stati a lungo due rami distinti dell'ordinamento giuridico dello Stato e rispondono ad una ripartizione storica e già ben conosciuta nel diritto romano fondata sulla natura generale o invece particolare degli interessi che si vogliono o possono in base alla legge soddisfare.

Peraltro capita talora di vedere che lo Stato assume la posizione di un privato ed è soggetto di rapporti bilaterali o plurilaterali come quelli che caratterizzano e descrivono la vita dei cittadini. Troviamo così lo Stato locatario di un immobile privato, lo Stato appaltatore di lavori, lo Stato socio di una società per azioni (di maggioranza o di minoranza qui poco importa). Lo Stato in questi casi si spoglia *quasi* della sua sovranità e si muove ed agisce come un soggetto qualunque nell'ambito del diritto privato invece che in quello di diritto pubblico. I suoi organi quindi si muovono nell'ambito del diritto privato poiché stanno perseguendo in molti casi interessi che non sono collegati “troppo” all'interesse generale, gli scopi possono essere raggiunti nel quadro del diritto comune, quello di tutti i cittadini e senza dover ricorrere al potere di comando, in sostanza all'esercizio della sovranità statale. È bene tuttavia tener presente che l'immagine della parità tra privato e Stato come ad es. nel caso di un immobile affittato agli uffici dell'IVA, è una immagine nobile e bella, ma può talora essere anche fantasiosa; ad esempio avere un credito nei confronti dello Stato ed averne uno con un privato possono in concreto dimostrarsi rapporti giuridicamente eguali ma in concreto *diversi* e l'immagine stessa della parità fa pensare all'affermazione che l'elefante e il gatto sono entrambi dei mammiferi.

Nel diritto privato che di massima ha per presupposto i rapporti tra persone fisiche o giuridiche diverse dallo Stato l'accento è tutto spostato sulla volontà del privato (basti pensare al matrimonio o alla successione *mortis causa*), gli interventi dello Stato si limitano a fissare i presupposti, i requisiti, le forme e gli effetti degli atti tra i privati; il compimento di tali atti dipende in generale dalla volontà individuale o dal concorso di volontà individuali. Nessuno e tan-

to meno lo Stato ci costringe a sposarci, a donare, a creare una fondazione o a comprare una automobile.

11. La tendenziale invasione dello Stato nella sfera del privato

Sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato si è svolta in grandissima parte la storia dei rapporti tra Stato e soggetto privato. La distinzione ha retto abbastanza bene fino a quando i compiti dello Stato con finalità ritenute di interesse generale sono stati relativamente pochi. Via via lo Stato da essenzialmente poliziotto e da essenzialmente esattore di imposte è divenuto datore di lavoro di grandi masse di impiegati e poi ancora, oltre che industriale e padrone si è fatto mamma, assicuratore, medico e negli Stati fascisti e comunisti anche padre spirituale e consulente familiare. La compenetrazione tra diritto pubblico e diritto privato si è fatta così sempre più frequente ed estesa. Compiti ed attività che un tempo non erano di nessuno o soltanto frutto di inclinazioni personali e private sono divenuti, come tutti sanno, compiti ed attività dello Stato, come ad es. la salute, la scuola, la beneficenza, o quasi statuali come la fabbricazione delle armi o l'organizzazione del turismo. Di pari passo nell'ambito del diritto pubblico o in parte di diritto pubblico e in parte di diritto privato sono cresciute e si sviluppate molte specializzazioni o "sottomaterie" che a loro volta crescendo hanno preso a configurarsi come "materie a sé stanti" di natura essenzialmente pubblicistica, basti pensare ai trasporti, al diritto del lavoro, alla sanità. La crescita dei compiti ritenuti di "interesse generale" e quindi di diritto pubblico ha determinato una contrazione della sfera privata e ne ha ibridato il contenuto; la volontà del privato è rimasta sì una componente essenziale nel diritto privato (e non a caso si continua a parlare di diritti soggettivi), ma gli ambiti nei quali lo Stato non arriva dettando le regole ed i comportamenti obbligatori o anche soltanto le direttive si sono fatti sempre più rari. Non si salvano più ad es. la famiglia, né i circoli privati, né le associazioni sportive. Talora inoltre lo Stato moderno, regolando rapporti privati ed utilizzando forme privatistiche, persegue finalità politiche e sociali (e quindi di natura pubblica) facendo vendere ad es. biglietti ferroviari a un prezzo basso e antieconomico o facendo pagare energia elettrica o gas a prezzo maggiorato quando si tratta di una "seconda casa" (sintomo quest'ultima di un esecrabile benessere).

Nonostante la compenetrazione alla quale si è accennato la distinzione tra i due settori permane e si dimostra molto efficace particolarmente ogni volta che vi sia un rapporto tra lo Stato e il privato; si scopre così che concetti come "danno", "responsabilità patrimoniale", "restituzione dell'indebito" o "presunzione di colpa" o anche il semplice configurarsi di una colpa hanno un significato diverso se sono riferiti al soggetto Stato (e quindi di diritto pubblico) o al soggetto privato. Capita, come sopra implicitamente si è accennato, che

allo Stato vengano di massima riservati dalla legge trattamenti assai più benevoli, tolleranti e favorevoli. Lo Stato inoltre *si impone*, a differenza del privato, talora anche quando viola la legge e – nonostante quanto si è detto a proposito dello Stato di diritto – non tollera resistenze; bisognerà dimostrare, magari dopo una lunga azione giudiziaria, che il suo ordine o il suo atto erano illegittimi per riuscire in qualche modo a correggere la situazione.

Di questa commistione e penetrazione tra diritto pubblico e diritto privato e quindi di questa espansione caratteristica del tempo nel quale viviamo dei compiti e degli interventi statali vi è chiara evidenza nel nostro testo costituzionale. Lo Stato è intervenuto in settori che prima riguardavano soltanto gli interessi privati ed a un tempo ha anche tuttavia esaltato le autonomie dei privati facendone una qualità fondamentale della nostra democrazia. Tutta la prima parte della nostra Costituzione ha enunciato principi direttamente vincolanti in alcune materie che un tempo venivano riguardate quasi esclusivamente di diritto privato (v. ad es. la famiglia, la proprietà, i contratti) e “costituzionalizzandole” ha ulteriormente avvicinato i due tipi di norme di diritto pubblico e di diritto privato, quando addirittura non ha reso la loro distinzione insignificante nel quadro complessivo di quello che oggi viene definito “Stato sociale” (v. *infra*, Parte IV, Capp. I, II e III).

12. Stato e autonomia dei privati

La realtà concreta del rapporto tra Stato persona e autonomia dei privati costituisce il filo conduttore di ogni trattato di diritto costituzionale: un filo che si avverte nel nostro sistema italiano tra la prima e la seconda parte della nostra Costituzione. È evidente infatti che tutte le norme che disciplinano il modo di formazione e l'attività degli organi dello Stato rivelano in ogni aspetto questo senso costante del rapporto tra Stato e soggetto privato. Si tratta di un rapporto che non di rado rischia di rivelare una contrapposizione avvalorata dalle finzioni antropomorfe di uno Stato che anche nelle conversazioni e nelle esternazioni della gente comune viene descritto volta a volta come oppressivo, tiranno, benevolo, nemico e prepotente con gli umili e i deboli, quasi che non si trattasse di una sintesi della società – Santi Romano aveva usato il termine di “corporazione” – e che quelli che possono apparire i *suoi* pregi e i *suoi* difetti non fossero propri, nella media, dei singoli e quindi della società stessa che lo compone.

Quel filo conduttore lega fermamente la prima parte della Costituzione alla seconda; quest'ultima infatti anche se sembra lontana dai soggetti privati e incentrata nella organizzazione dei diversi poteri e dei vertici costituzionali ci riporta al rilievo di J. Stuart Mill per il quale il principio fondamentale del diritto costituzionale fa sì che sempre le sue disposizioni e le sue regole abbiano presente il pericolo che da parte di chi esercita il potere si persegua il proprio

interesse personale invece di quello dello Stato, “non perché questo avvenga sempre”, ma perché si tratta di una tendenza naturale.

Giovanni Grottanelli de' Santi

1910 ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano; 1965 ARON R., *Démocratie et totalitarisme*, Gallimard; 1970 CRISAFULLI V., *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, 2ª ed., Padova; 1971 MARSHALL G., *Constitutional Theory*, Oxford; 1975 MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova; 1988 ROMANO S., *Il diritto pubblico italiano*, Milano; 1995 CASSESE S.-PEREZ R., *Manuale di diritto pubblico*, Roma; 2000 ASCHERI M., *Siena nella storia*, Cinisello Balsamo; 2013 ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, ora in *L'Ultimo Romano*, 2013, Milano.

PARTE I
LA COSTITUZIONE

CAPITOLO I

COSTITUZIONE E POTERE COSTITUENTE

SOMMARIO: 1. La Costituzione: prime definizioni. – 2. L'origine della Costituzione come limite al potere: potere costituente e poteri costituiti. – 3. La Costituzione nelle monarchie dualiste e nel primo dopoguerra. – 4. Le Costituzioni contemporanee e la rigidità come tratto caratterizzante. – 5. Prime distinzioni di sintesi: Costituzioni flessibili e rigide, Costituzioni lunghe e brevi, formali e materiali. – 6. Sintesi del capitolo.

1. La Costituzione: prime definizioni

Definire cosa si intende per Costituzione non è semplice. La Costituzione, infatti, si colloca all'intersezione di fenomeni giuridici, storici, e sociologici, cosicché per qualificare un atto normativo come una Costituzione occorre utilizzare strumenti definitori non solo giuridici.

Se vogliamo dare una definizione solo giuridica e in astratto, ad esempio, una Costituzione può essere qualificata come quell'insieme di norme che costituiscono il fondamento di un ordinamento statale. Tuttavia questa definizione è così generica da non essere affatto soddisfacente. All'interno di questo generalissimo contenitore potrebbero stare infatti fenomeni giuridici così diversi da non essere tra loro comparabili: la Magna Charta, documento redatto in Inghilterra nel 1215, insieme alle Costituzioni dell'ottocento e alle Costituzioni del dopoguerra. Tutti questi atti normativi, infatti, possono essere qualificati come Costituzioni sulla base della definizione iniziale, ma in realtà non sono tra loro assimilabili né per forza, né per contenuto, né per fini.

Seppure il punto di partenza è vero (la Costituzione è qualificabile come un insieme di norme che costituiscono il fondamento di un ordinamento statale), occorre anche che questo insieme di norme sia dotato di determinate caratteristiche di contenuto e di forma per essere qualificato come Costituzione, e per distinguersi di conseguenza da altri atti normativi che invece Costituzioni non sono. È a questo punto però che la definizione di Costituzione in senso meramente giuridico si incrocia con la storia e con la evoluzione della società: è infatti la evoluzione storica che attribuisce a quell'insieme di norme, in senso lato costituzionali, le carat-

*Costituzione
insieme di
norme che
costituiscono
il fondamento
di un
ordinamento
statale*

teristiche che differenziano le Costituzioni da altri atti normativi che non possiamo definire come tali.

Quali sono dunque queste caratteristiche e quando si manifestano?

Gli elementi
fondamentali
della
Costituzione

Quando oggi, in via di prima approssimazione, vogliamo definire una Costituzione, normalmente facciamo riferimento a quattro elementi principali. Due di questi elementi la caratterizzano da un punto di vista della “forza” (utilizzando per ora questa espressione in senso atecnico), ed altri due invece da un punto di vista della sostanza o del contenuto.

Si ritiene infatti che una Costituzione moderna sia caratterizzata da quell'insieme di norme che costituiscono il fondamento dello Stato, **stabili** nel tempo, **superiori** rispetto alle altre norme giuridiche (forza), che contengono **principi e valori generalmente condivisi in tema di diritti fondamentali**, nonché un **modello organizzativo nella distribuzione dei poteri dello Stato** (sostanza). Elementi formali (forza) ed elementi sostanziali (contenuto) contribuiscono dunque ad identificare la Costituzione.

Gli elementi sostanziali ricordano quanto era stabilito nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, secondo la quale “*ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha Costituzione*”. In quella norma veniva identificato il concetto di Costituzione in relazione al suo contenuto – garanzia dei diritti e separazione dei poteri – in contrapposizione all'assolutismo del Re. Questa concezione, definibile come garantista, è dunque una concezione anche storica della Costituzione, poiché fa riferimento ad un modello costituzionale riferibile ad un determinato momento storico.

Si contrappongono a questa concezione garantista, la concezione tradizionalista e sociologica della Costituzione.

Secondo la concezione tradizionalista la Costituzione è formata semplicemente da una serie di atti normativi e consuetudini legate allo sviluppo storico di una determinata società. La validità della Costituzione deriva semplicemente dal suo consolidarsi nel tempo, che è ciò che le attribuisce forza e legittimazione.

Secondo la concezione sociologica, invece, la Costituzione è data dal modo di essere reale di una determinata società, indipendentemente dalle regole imposte nel testo normativo costituzionale. Se la Costituzione coincide con l'insieme dei rapporti reali – e prevalentemente economici – all'interno di una società, la Costituzione come documento ha una funzione eminentemente descrittiva più che precettiva, poiché deve limitarsi a codificare ciò che è già esistente nella società.

Sia la concezione tradizionalista che quella sociologica non sembrano tuttavia accoglibili. La prima considera come Costituzione anche documenti costituzionali non sono, come ad esempio la Magna Carta o il *Bill of Rights* del 1689 in Inghilterra. La seconda è eccessivamente condizionata dall'ideologia marxista, secondo la quale il diritto costituisce una sovrastruttura dei rapporti economici e sociali. Essa non spiega, ad esempio, le Costituzioni sociali del post-dopoguerra che non si limitano affatto alla descrizione di una determinata società, ma si pongono al contrario l'obiettivo di modificare o ridelineare l'assetto sociale sottostante.

La teoria sociologica tuttavia ha una sua validità nella misura in cui mette in luce come la evoluzione della società condizioni l'interpretazione della Costituzione, e come quindi la Costituzione come documento formale non possa essere interpretata prescindendo dalla struttura sociale, economica, e dei partiti politici ad essa sottostante.

Analizziamo più in dettaglio gli elementi caratterizzanti sopra individuati:

Stabilità significa capacità della Costituzione di durare nel tempo. Una Costituzione può dirsi tale quando non è fatta per disciplinare equilibri transitori e fisiologicamente instabili, ma per “guardare lontano”. Essa non contiene scelte di politica contingente, ma al contrario stabilisce la cornice all'interno della quale le scelte politiche contingenti possono collocarsi. Da qui già derivano alcune prime conseguenze definitive, sulle quali torneremo più approfonditamente, ma che in sede di prima approssimazione possono così sintetizzarsi: la Costituzione differisce dalle norme di indirizzo politico perché essa non è espressione delle scelte politiche di un Governo, mentre al contrario le seconde sono l'espressione immediata e diretta di tali scelte.

Superiorità significa maggiore forza rispetto alle altre norme che compongono un ordinamento giuridico. Ancora in via di prima approssimazione una Costituzione è superiore perché tutte le altre norme debbono rispettarla in quanto norma fondamentale dello Stato.

Valori e principi generalmente condivisi significa che, da un punto di vista contenutistico, le norme costituzionali esprimono principi che la gran parte dei cittadini, ovvero delle forze politiche, considerano come propri. Normalmente si fa riferimento al sistema dei diritti fondamentali che prevedono garanzie a beneficio dei cittadini, e dai quali sono estrapolabili valori generali che informano la Costituzione. Anche questo elemento contribuisce a distinguere la Costituzione da tutti gli altri atti normativi, poiché questi ultimi sono normalmente espressione di una maggioranza (la maggioranza di Governo), mentre i diritti fondamentali e i valori che da questi derivano costituiscono patrimonio di tutti e non solo della maggioranza politica.

Modello organizzativo nella distribuzione dei poteri dello Stato significa infine che la Costituzione contiene necessariamente, per essere definibile come tale, un modello di organizzazione del potere pubblico di vertice. Nel momento in cui la Costituzione disciplina il potere allo stesso tempo lo limita. Come vedremo, infatti, le Costituzioni nascono proprio come strumenti di limitazione del potere del Sovrano, per poi evolvere in strumenti finalizzati alla organizzazione e al bilanciamento dei poteri dello Stato.

Tra questi requisiti non è stata inserita la questione della scrittura, se cioè la Costituzione in senso moderno debba necessariamente essere scritta. Da un pun-

to di vista strettamente teorico nulla esclude che una Costituzione non scritta abbia i requisiti di stabilità e di superiorità che si sono sopra evidenziati. Tuttavia, nel momento in cui la Costituzione diviene espressione del potere costituente, cioè della volontà consapevole di un popolo, essa è espressione di un atto (una manifestazione di volontà) e non di un fatto (un mero comportamento). Normalmente agli atti, in quanto espressione di una manifestazione di volontà e non di un mero comportamento, è spesso collegata la forma scritta. Inoltre il costituzionalismo liberale considerava la scrittura come strumento in qualche misura rafforzativo della stabilità della Costituzione, cosicché può dirsi che da un punto di vista storico le Costituzioni moderne tendono ad assumere la forma scritta.

Questi quattro elementi sono tra loro intimamente legati. La stabilità nel tempo della Costituzione è conseguenza sia della sua superiorità, ma anche del fatto che essa contiene principi e valori generalmente condivisi: se infatti non contenesse valori e principi generalmente condivisi, presumibilmente non sarebbe né stabile né superiore. La superiorità della Costituzione è data sia dall'essere questa la norma fondamentale dello Stato, ma anche dal suo contenuto, che determina la organizzazione di base dello Stato. I principi e i valori generalmente condivisi non sarebbero stabili, se a presidio di essi non vi fosse una organizzazione del potere in grado di renderli stabili ed attuabili. In definitiva, i requisiti relativi alla "forza" della Costituzione e i requisiti relativi alla "sostanza" della Costituzione, requisiti che concettualmente debbono essere tenuti distinti, sono però tra loro legati.

Da queste considerazioni deriva una prima conseguenza che influisce sulle caratteristiche delle norme costituzionali.

Costituzione
contiene
principi
generali

Le norme costituzionali differiscono da tutte le altre norme anche per il loro contenuto. Mentre le altre norme, in genere ricollegabili all'indirizzo politico, servono a disciplinare e regolare fatti concreti della vita, la Costituzione deve contenere principi sufficientemente generali da essere ampiamente condivisi e da poter durare a lungo nel tempo. Le norme costituzionali hanno dunque caratteristiche di generalità sconosciute alle altre norme, e sono dotate, inoltre, di un elevato livello di flessibilità, per potersi adattare a situazioni storiche, sociali o politiche diverse rispetto al momento nel quale la Costituzione è stata approvata.

La definizione di Costituzione secondo questi quattro requisiti è tuttavia una definizione relativamente moderna.

Gli ordinamenti giuridici prerivoluzionari non conoscevano Costituzioni nel senso ora determinato. I documenti definiti "costituzionali" prima della rivoluzione francese erano perlopiù accordi **transitori** tra monarchia, nobiltà e clero, accordi che riconoscevano alcuni diritti degli uni nei confronti degli altri. L'inglese *Magna Charta Libertatum* del 1215, considerato il primo documento costituzionale in senso proprio, è prin-

principalmente un accordo che disciplina alcune libertà dei nobili nei confronti del sovrano. Analogamente il *Bill of Rights* del 1689 costituisce una mera regolamentazione di interessi tra due parti contrapposte.

In questi accordi mancano in verità tutti e quattro i presupposti che abbiamo detto essere gli elementi caratterizzanti la Costituzione in senso moderno.

Manca la stabilità nel tempo, perché questi erano necessariamente transitori e legati al permanere dei rapporti di forza tra le parti dell'accordo. Manca la superiorità, perché nessuno delle due parti intendeva delegare ad un terzo (la Costituzione) la regolamentazione di un rapporto che si presupponeva potesse modificarsi rapidamente. Questi accordi inoltre non contenevano valori e principi generalmente condivisi, trattandosi al massimo del riconoscimento di alcune libertà ad una sola classe sociale (i nobili), né disciplinavano la organizzazione dei poteri dello Stato.

I presupposti per la esistenza di una Costituzione in senso moderno mancano alla fine per una ragione di fondo: quando la sovranità è contestata tra due o più parti, gli eventuali accordi "costituzionali" tra questi parti sono necessariamente transitori, perché quel documento è privo di un autore in grado di determinare quali sono i principi e i valori generalmente condivisi. Se è la stessa sovranità ad essere contestata, il documento che regola i rapporti di forza tra i contendenti non potrà essere definita come Costituzione in senso proprio, perché questo non sarà mai stabile, duraturo e superiore. In definitiva, allorquando vi sia una situazione di **dualismo** costituzionale, inteso come conflitto tra due o più parti per la sovranità, non può aversi Costituzione in senso moderno.

Sovranità
contestata
e accordi
transitori

1982 DOGLIANI M., *Interpretazione della Costituzione*, Milano; 1984 CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova; 1985 NANIA R., *Il valore della Costituzione*, Milano; 1985 PIZZORUSSO A.-VARANO V. (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici costituzionali*, Milano; 1988 MODUGNO F., *Costituzione (teoria generale)*, ad vocem, EG, IX; 1988 ZAGREBELSKY G., *Società-Stato-Costituzione*, Torino; 1989 BARTOLE S., *Costituzione (Dottrine generali e diritto costituzionale)*, ad vocem, DDP, IV; 1989 ONIDA V., *Costituzione italiana*, ad vocem, DDP, IV; 1990 MCILWAIN C.H., *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, (tr. it. dall'ed. 1940); 1991 BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in PD, 639 ss.; 1992 ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino; 1994 DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna; 1994 SPADARO A., *Contributo per una teoria della Costituzione*, Milano; 1996 BOGNETTI G., *Poteri (divisione dei)*, ad vocem, DDP, XI; 1997 BARBERA A. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo: lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Roma; 1997 BLANCO VALDÉS R.L., *Il valore della costituzione: separazione dei poteri, supremazia della legge e controllo di costituzionalità alle origini dello stato liberale*, Padova; 1998 BRYCE J., *Costituzioni flessibili e rigide*, Milano, (tr. it. dall'ed. 1901); 2000 VOLPE G., *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma; 2001 BOGNETTI G., *La divi-*

sione dei poteri: saggio di diritto comparato, Milano; 2002 PACE A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova; 2003 ACKERMAN B.A., *La nuova separazione dei poteri: presidenzialismo e sistemi democratici*, Roma; 2003 SARTORI G., *Costituzione*, in *Elementi di teoria politica*, Bologna; 2005 BERTI G., *Principi e valori fondamentali: la parabola della Costituzione tra diritto naturale e diritto positivo*, in *Iustitia*, 149 ss.; 2006 FERRARA G., *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano; 2006 GROTTANELLI DE' SANTI G., *Note introduttive di diritto costituzionale*, Torino; 2007 LONGO A., *I valori costituzionali come categoria dogmatica: problemi e ipotesi*, Napoli; 2009 FIORAVANTI M., *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma; 2016 D'AMICO M., *I diritti contesi: problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano; 2016 MATTEUCCI N., *Organizzazione del potere e libertà Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna; 2016 MORBIDELLI G., *Costituzioni e Costituzionalismo*, in MORBIDELLI G.-PEGORARO L.-RINELLA A.-VOLPI M., *Diritto Pubblico Comparato*, Torino; 2017 PINO G., *Il costituzionalismo dei diritti: struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna; 2018 FIORAVANTI M., *Costituzionalismo: la storia, le teorie, i testi*, Roma; 2018 ID., *La Costituzione democratica: modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano.

2. L'origine della Costituzione come limite al potere: potere costituente e poteri costituiti

Le condizioni per la nascita di una Costituzione in senso moderno si verificarono per la prima volta nella storia con la rivoluzione francese e la rivoluzione americana, che portarono sulla scena costituzionale il popolo, vero autore delle Costituzioni post-rivoluzione di fine settecento.

Nella Francia della rivoluzione francese, dopo la caduta del Sovrano assoluto, fu la borghesia a conquistare il potere e ad assumersi il compito di dettare una Costituzione che ponesse le nuove fondamenta dello Stato. Nella rivoluzione americana, furono gli esiti della rivoluzione contro l'Inghilterra a legittimare il popolo americano ad elaborare una Costituzione che fondasse il nuovo Stato.

*Potere
costituente
come
capacità di
darsi una
Costituzione*

Le Costituzioni di questo periodo furono elaborate da organismi rappresentativi (le convenzioni o le Assemblee Costituenti), ritenute titolari, in autonomia e senza negoziazioni con altri organi, del **potere costituente**, cioè del potere di darsi una nuova Costituzione. L'esercizio di questo potere è ciò che attribuisce ad un documento, in senso generale definibile come costituzionale per il suo contenuto, la natura di Costituzione in senso proprio.

Attraverso l'esercizio del potere costituente, incardinato in un unico organo (Assemblea Costituente), viene infatti superato il dualismo prerivoluzionario, cosicché la Costituzione che ne scaturisce non è finalizzata a garantire rapporti di forza transitori, ma al contrario a dettare principi condivisi, che in ragione della generale condivisione, a loro volta sono

considerati stabili. Inoltre, l'esercizio del potere costituente fornisce la giustificazione della superiorità della Costituzione rispetto alle altre norme. Con l'approvazione della Costituzione il potere costituente si estingue (tanto è vero che le convenzioni o le Assemblee Costituenti si sciolgono a seguito della approvazione della Costituzione), mentre i poteri che derivano dalla Costituzione sono **poteri definibili come costituiti**, nel senso che trovano **fondamento e legittimazione nella Costituzione**. Questo comporta che dopo la approvazione della Costituzione, che costituisce esercizio di un potere per certi versi assoluto e libero, tutti i poteri che la Costituzione prevede sono invece limitati, perché non originari ma derivati dalla stessa norma costituzionale. Rispetto ad essi la Costituzione è superiore, così come è superiore rispetto alle norme che questi ultimi producono.

Poteri
costituiti
derivano dalla
Costituzione

La teoria del potere costituente e dei poteri costituiti tenta di dare risposta alla domanda filosofica di come possa il potere politico essere assoggettato ad un atto posto da sé stesso. È un domanda, quella della limitazione del potere politico, che si sono posti moltissimi pensatori. T. Hobbes, per sostenere l'illimitatezza del potere politico così ragionava: *“alle leggi che il sovrano ha posto egli non è soggetto, perché essere soggetto alle leggi significa essere soggetto allo Stato, cioè al rappresentante sovrano, cioè a sé stesso: la qual cosa non è soggezione ma libertà”*. Il tema, che è ovviamente di grande complessità e che ha avuto nella storia del pensiero risposte diverse, può essere risolto nell'ambito del diritto costituzionale attraverso la tesi della straordinarietà e irripetibilità del potere costituente. Una volta approvata la Costituzione, il potere costituente ha esaurito il suo compito, e quindi cessa di esistere. Gli altri poteri quindi non sono più originari ma derivati, perché conseguono dalla Costituzione.

La ragione della superiorità della Costituzione e le conseguenze che ne derivano sono scritte in maniera chiarissima in una famosa sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1803, c.d. *Marbury v. Madison*, i cui passi centrali vale la pena di riportare. Il giudice di quella sentenza doveva applicare una legge, ma tale legge era in contrasto con la Costituzione. Il giudice ragionò allora nel seguente modo:

Ragione della
superiorità
della
Costituzione

“è affermazione troppo ovvia per essere contestata che o la Costituzione impedisce che le leggi contrastino con le sue prescrizioni, oppure il legislatore può modificare la Costituzione con una legge comune. Tra queste proposizioni alternative non c'è via di mezzo: o la Costituzione è la legge suprema immodificabile con i mezzi ordinari, oppure è allo stesso livello delle leggi ordinarie e, come queste, è modificabile ogniqualvolta piaccia al legislatore. Se è vera la prima parte dell'alternativa, allora, la legge contraria alla Costituzione non è una legge; se è vera la seconda, allora le Costituzioni scritte sono un assurdo tentativo per limitare un potere a sua volta illimitabile. Ma certamente tutti gli artefici della Costituzione hanno ritenuto di aver elaborato la legge fondamentale e suprema della Nazione: di conseguenza, il principio valido in questo caso come in ogni altro regime a Costituzione scritta deve essere che un atto del potere legislativo con-

trastante con la Costituzione è nullo. In conclusione se una legge contrasta con la Costituzione, il giudice si trova a dover scegliere tra l'applicazione della legge con conseguente disapplicazione della Costituzione e l'applicazione della Costituzione con conseguente disapplicazione della legge: evidentemente, solo la seconda strada è compatibile con i principi enunciati".

In questa decisione sono contenuti molti principi del costituzionalismo moderno. In particolare si afferma che:

a) la Costituzione è la legge fondamentali e suprema della Nazione. Questo implica che essa non è modificabile con i mezzi ordinari (o la Costituzione è la legge suprema immodificabile con i mezzi ordinari, dice la sentenza). Vi è in questo ragionamento l'idea della **superiorità della Costituzione in quanto conseguenza dell'esercizio del potere costituente**.

b) Da ciò consegue che una legge che si pone in contrasto con la Costituzione è invalida (la legge contraria alla Costituzione non è una legge). Vi è in questo ragionamento l'idea che la **legge, potere costituito, è inferiore alla Costituzione**.

c) Da ciò consegue ancora che qualora il giudice debba applicare una legge contrastante con la Costituzione, la legge non può essere applicata. Vi è in questo ragionamento l'idea della giustizia costituzionale, nel senso che, quando vi è una Costituzione superiore, necessariamente **l'ordinamento deve prevedere un organo che abbia il potere di giudicare se una legge è contrastante con la Costituzione**.

Superiorità della Costituzione, invalidità della legge contrastante con la Costituzione, giustizia costituzionale come strumento per giudicare della legge contrastante con la Costituzione, sono tutti principi connaturati con il costituzionalismo moderno. Tuttavia essi, per potersi compiutamente realizzare, necessitano di precondizioni storiche e sociali che consentano l'esercizio del potere costituente. Quando vi è lotta per la conquista della sovranità, quando vi sono conflitti sociali radicali, il potere costituente non può correttamente esercitarsi perché manca il fondamento primo della Costituzione: l'idea che essa è espressione di tutti e non di una parte sociale o di un sovrano. Come si vedrà tra breve, infatti, mentre gli Stati Uniti continueranno nella strada tracciata da *Marbury v. Madison*, la restaurazione nell'Europa continentale porterà ad un ritorno indietro dei modelli costituzionali.

1887 ARANGIO-RUIZ G., *Del potere costituente*, Napoli; 1902 ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in AG, LXVIII, Modena, ora in *Scritti minori*, I, Milano, 1990; 1946 MORTATI C., *Apunti sul problema della fonte del potere costituente*, in *RasDP*, I, 26 ss.; 1959