

Francesco Bilancia

Stefano Civitarese Matteucci

# Il diritto pubblico nella società contemporanea



**Giappichelli**

Parte I

**ORDINAMENTI GIURIDICI E POTERI PUBBLICI**



## 1. GLI ORDINAMENTI GIURIDICI: CARATTERI E DIFFERENZA DAGLI ALTRI ORDINAMENTI NORMATIVI

Con l'espressione "diritto pubblico" si è soliti indicare sia, in termini oggettivi, il diritto pubblico vigente in un determinato ordinamento, come nell'espressione "diritto pubblico italiano", sia la scienza che studia come proprio oggetto il diritto pubblico. In questo secondo si utilizza in genere l'espressione "scienza del diritto pubblico", riservando la prima formula al diritto pubblico come oggetto di analisi.

Più in particolare questo libro assume a oggetto di analisi il diritto pubblico italiano; esso è in effetti una parte di un ordinamento giuridico, l'ordinamento giuridico italiano, come cercheremo di chiarire più avanti (§ 10).

Prima di spiegare come possiamo identificare questa parte che conveniamo di chiamare diritto pubblico, occorre soffermarsi sul **concetto di ordinamento giuridico**. Gli ordinamenti giuridici sono un tipo degli ordinamenti normativi, vale a dire insieme ordinati di norme: in altre parole, di norme che possono essere concepite come collegate tra loro da un qualche criterio. **Il primo aspetto saliente è, quindi, quello di individuare questo criterio ordinatore.** Qualunque insieme necessita di un tale criterio di identificazione. Per esempio, l'insieme di tutti i numeri dispari esclude dall'insieme tutti i numeri pari. Naturalmente, ma questo è un problema filosofico che qui possiamo tralasciare, dobbiamo prima possedere il concetto di numero e poi di pari e dispari per poter usare quel **criterio di "riconoscimento"** di ciascun numero come appartenente o meno a quell'insieme.

Se, come nel nostro caso, l'insieme è costituito da norme, è necessario disporre di un criterio per sapere quali norme fanno parte di un dato insieme, che si qualifica appunto come (ordinamento) normativo. Così come per il caso dei numeri, è chiaro che dobbiamo già possedere il concetto di norma. Anche questo è un problema filosofico che possiamo tralasciare, accontentandoci per ora di definire una norma come un enunciato che designa una condotta, un comportamento da tenere in determinate circostanze.

Uno dei problemi di qualunque ordinamento normativo (a differenza degli insieme di numeri) è che i criteri di riconoscimento, basandosi sul linguaggio ordinario, non sono mai precisi e questo comporta che vi siano sempre spazi per controversie. Se, per esempio, prendiamo un ordinamento morale il cui criterio ordinatore sia quello che il grande filosofo olandese Baruch Spinoza deduce dalla Sacra Scrittura, "ricerca il bene in quanto bene e non in quanto esso è contrario al male", allora una norma farà parte di tale ordinamento a condizione che soddisfi il criterio secondo cui l'azione che essa prescrive persegue il "bene in sé". In un caso del genere sarebbe molto difficile mettersi d'accordo su quali norme possiedano questa proprietà e si può immaginare che le controversie sul punto sarebbero all'ordine del giorno. Vedremo più avanti che nel lessico del diritto l'appartenenza di una norma a un ordi-

namento prende il nome di **validità**, mentre quando una norma non ne fa parte secondo il contenuto del criterio ordinatore viene detta invalida dal punto di vista di quell'ordinamento.

L'esempio appena fatto contiene, però, un altro elemento rilevante e distintivo di certi ordinamenti normativi. Vale a dire che il **criterio ordinatore – o principio fondamentale – è tratto da un testo molto autorevole**, come la **Bibbia**. Questo elemento, non necessario, aiuta a circoscrivere le possibili controversie, poiché potrebbe darsi che, così come il suddetto principio fondamentale, anche tutte le altre norme debbano essere tratte da quel testo, che per quell'ordinamento riveste una specifica autorità. Anche in questo caso occorre un criterio, esterno al testo, che “punti” proprio a quel testo come fonte di autorità. Vedremo tra poco che un ulteriore elemento, anch'esso non necessario, di un ordinamento normativo, molto importante nel caso del diritto, è la presenza di un corpo di specialisti che lo interpreti. Si pensi al caso di una casta di sacerdoti che interpreti autoritativamente un testo sacro, e al conseguente problema di definire e delimitare il loro “potere” di interpretare il testo dato.

Con specifico riferimento al diritto è possibile distinguere diversi criteri ordinatori, quali la **forma** con cui si presenta; i **contenuti di valore** che intende realizzare (potremmo dire le “verità” di contenuto ideale che viene a rappresentare), o, infine, la **volontà**, il **potere** dell'**autorità** dalle cui decisioni provengono i comandi di cui il diritto si compone. Così, almeno, è stato per i sistemi giuridici europei continentali. Discorso a parte andrebbe fatto per i sistemi di **common law**, fondati, come vedremo, su delicati equilibri di forze, e poi stabilizzati per via di **consuetudine**. Questi tre differenti aspetti del fenomeno giuridico, questi tre distinti metodi di rappresentazione della sua stessa essenza, pur se logicamente distinti, vengono spesso considerati congiuntamente anche se, a volte, siano stati ordinati, storicamente, in una scala gerarchica. Capiremo nel corso dell'analisi che la scelta di uno tra i diversi possibili criteri ordinatori del diritto, potremmo dire, tra i diversi possibili fondamenti di legittimità di un corpo di norme giuridiche, è una scelta di carattere politico. Una scelta che ciascun ordinamento ha compiuto nel tempo, nel corso della sua stessa storia.

Intanto si noti che **il criterio ordinatore di un ordinamento normativo può anche essere**, come abbiamo visto, semplicemente **l'autorità di una persona**. Herbert Hart, grande teorico del diritto della seconda metà del secolo scorso, descrive l'ordinamento di una ipotetica società primitiva come quello retto dal criterio: **“occorre obbedire alla parola di Rex”**<sup>1</sup>.

Le norme che non derivano da principi fondamentali, né da testi o persone dotati di autorità, si possono altrimenti basare sul semplice criterio dell'elevare a regola un comportamento che nasce da un'abitudine. Le cosiddette norme “moralì” (o sociali) di un certo gruppo o di una intera società, di cui si parla a volte in termini di morale “convenzionale” o di “etica”, sono di questo tipo. Tali norme sono molto diverse dagli imperativi morali individuali – che in ultima analisi riguardano la sfera delle scelte delle singole persone – desunti da principi o ideali. Il criterio fondamentale di riconoscimento delle prime è, infatti, la pressione sociale nel seguirle. Si pensi alla norma di “etichetta” per cui in molti paesi dell'Europa meridionale, a forte tradizione patriarcale, occorre dare la precedenza alle donne entrando in un luogo pubblico. **Le azioni che si conformano a tali norme vengono in genere classificate nella più ampia famiglia delle pratiche sociali.**

Anche questo aspetto è centrale, perché un ordinamento giuridico si fonda in primo luogo su una pratica sociale, la **pratica sociale del diritto**. Questa pratica possiede, però, insieme a diversi degli aspetti fin qui segnalati, alcune caratteristiche che lo distinguono sia da altre pratiche sociali sia da altri ordinamenti normativi.

Ripartendo dall'esempio suddetto di una ipotetica società primitiva governata dal semplice criterio della "parola di Rex", notiamo che questo criterio si differenzia sostanzialmente da quello dell'ordinamento fondato sul principio fondamentale di Spinoza per un'importante caratteristica. Si tratta del fatto che il criterio della "parola di Rex" non contiene alcuna informazione su ciò che ci si aspetta le persone debbano o non debbano fare. Come si dice, si tratta di un criterio formale. Ciò che Rex ordinerà di fare sarà considerato dai membri del gruppo come comportamento doveroso. Tale criterio può essere considerato anch'esso una norma. Norma, però, di un tipo particolare, perché il suo effetto è di conferire a qualcuno (in questo caso Rex) il **potere di stabilire il comportamento da tenere in determinate circostanze. Possiamo chiamare tali norme che conferiscono poteri normativi norme secondarie** per intendere che sono norme che si occupano di norme, regole sulle regole; definendo invece **primarie le norme che designano un'azione o omissione come doverosa** (regole di condotta).

Il criterio della parola di Rex, inoltre, ha un carattere dinamico. Rex, infatti, esercitando il suo potere, potrà stabilire nuove norme ogni volta che lo ritenga opportuno, oltre che cambiare o eliminare quelle esistenti. Per questa ragione **le suddette norme secondarie possono anche essere chiamate norme di mutamento**.

L'ordinamento normativo di Spinoza è invece statico. Tutte le norme derivano da un principio fondamentale e in secondo luogo da un testo sacro dati una volta per tutte. Da queste "fonti" vanno "prese" tutte le norme che fanno parte di quell'ordinamento, che in ipotesi non ne produce mai di nuove. In realtà questa è un'astrazione, che qui ci serve a portare avanti il nostro ragionamento. Come vedremo parlando del fenomeno dell'interpretazione giuridica (§ 17.2), ricavare da un testo, come possono essere le Sacre Scritture, una norma, sia in generale sia da applicare a un singolo caso, è tutt'altro che un'operazione di semplice scoperta. L'indeterminatezza del linguaggio ordinario e l'interazione della formulazione linguistica degli enunciati normativi con i casi concreti comportano che il loro significato possa cambiare nel tempo e nello spazio.

Vedremo, addirittura, che occorre distinguere la disposizione – ossia la mera proposizione linguistica contenuta in un testo autoritativo, la formulazione letterale del testo – dalla *norma* che se ne può dedurre, vale a dire dal *significato deontologico* (cioè di doverosità), a sua volta frutto dell'interpretazione degli organi incaricati di applicare il diritto.

Nel corso delle considerazioni che precedono abbiamo introdotto una nuova categoria di analisi del fenomeno giuridico, la distinzione tra criterio dinamico e criterio statico nella creazione di norme (in breve nomo-dinamico e nomo-statico, da *nomos*, in greco "norma"). Per **nomo-statica** si può anche intendere la parte dell'ordinamento che *fissa* i criteri per il mutamento del diritto, le norme che disciplinano cioè il modo attraverso il quale si crea il diritto, oltre che i contenuti che eventualmente il nuovo diritto deve possedere. Mentre con l'espressione **nomo-dinamica** si suole anche identificare l'adozione degli atti giuridici mediante i quali questo diritto viene a prodursi. Questi criteri possono però combinarsi, ed è quello che accade negli ordinamenti giuridici moderni. Vedremo tra breve come questo sia possibile, ma intanto possiamo anticipare che **le Costituzioni contengono i più importanti elementi "statici"**

**degli odierni ordinamenti giuridici statali**, tra i quali la disciplina del “come” le leggi e gli altri atti normativi vengono prodotti (devono essere approvati).

Torniamo al suddetto criterio dinamico e alle **norme secondarie**. Questo è, infatti, l'aspetto più importante. Quello che bisogna comprendere è che il potere di creare nuove norme non è conferito a Rex in quanto tale, altrimenti alla sua morte l'ordinamento si estinguerebbe. Gli è conferito in quanto **Rex riveste nel gruppo un ruolo che è a sua volta il significato di una norma secondaria**. Per esempio, Rex è lo sciamano della tribù, e potrebbe esservi una norma secondaria per cui la parola di chi si trovi a rivestire questo ruolo è “legge” per la comunità. Si intuisce che a questo punto occorreranno altre norme che stabiliscano come riconoscere che qualcuno sia uno sciamano.

Per esempio, chiunque sia il primogenito del primo sciamano sarà il prossimo sciamano. Emergerà poi la necessità di stabilire, attraverso altre norme, quando Rex parla in quanto sciamano, e quindi i suoi proferimenti entrano a fare parte dell'ordinamento, e quando invece parla in un'altra veste. Potrebbe darsi che le sue parole vadano intese come norme solo quando Rex indossa un certo copricapo e si trova in un certo particolare edificio. Come si vede, il nostro ipotetico ordinamento si arricchisce di altre norme che non indicano certi comportamenti come doverosi (norme primarie), bensì stabiliscono requisiti di certe azioni perché queste possano creare norme primarie. **In nuce, incontriamo qui l'idea, che studieremo più a fondo, di atti e procedure giuridici in quanto caratterizzati da certe formalità** (v. § 16).

Con il crescere del gruppo, e dei problemi da risolvere per il benessere della comunità, Rex sentirà il bisogno di nominare suoi delegati, la cui parola valga come se avesse parlato lui stesso nel suo ruolo di sciamano. A questi funzionari Rex affida la cura di questioni minori, riservandosi di legiferare sugli affari più delicati. Aumenterà così notevolmente la capacità di creare norme.

Si può notare che questa decisione di Rex è a sua volta una norma secondaria, cioè una norma che disciplina la produzione di norme. Essa, infatti, si limita a delegare una porzione del suo potere ad altri. Si può ulteriormente notare che tale norma secondaria ha anche una finalità organizzativa. Nel momento stesso in cui i fiduciari di Rex ricevono una parte del potere di Rex, avviene una suddivisione della funzione normativa tra più funzionari. È possibile, inoltre, che Rex nel delegare i funzionari impartisca delle istruzioni su come esercitare il potere loro conferito. Per esempio, “nello stabilire le regole sulla distribuzione del grano fai in modo che ogni famiglia non riceva più del necessario per il proprio sostentamento”. È questo, in particolare, il caso in cui il criterio statico si combina con quello dinamico. Come vedremo meglio più avanti, se da una parte il potere (delegato) del funzionario di cambiare l'ordinamento (dinamica) è reso possibile dalla norma secondaria dettata da Rex, questa stessa norma ne limita la portata vincolando una parte del suo contenuto (statica).

Rex e i suoi funzionari cominceranno poi a rendersi conto che l'ulteriore crescere del gruppo genera nuovi problemi. Le loro proposizioni normative non consentono ai membri di decidere come agire in ogni circostanza. Per esempio, sorgono dubbi sulla validità di una norma emanata da un funzionario perché questa sembra riguardare uno degli affari delicati che Rex ha riservato a sé stesso. Pian piano, alcuni dei funzionari si specializzano non nello stabilire nuove norme, ma nel raccogliere quelle

esistenti allo scopo di chiarire cosa Rex intendesse dire in un certo responso in caso di incertezze o controversie tra i membri del gruppo. Se questa attività diviene oggetto di norme che conferiscono a tali funzionari il potere di risolvere autoritativamente le dispute che sorgono intorno alla violazione delle norme primarie (vale a dire le norme di condotta), ci troveremo dinanzi a un secondo tipo di norme secondarie, chiamate da Hart **norme di giudizio**.

Nonostante le nostre società contemporanee siano caratterizzate da un'enorme complessità di relazioni e interessi tra loro in conflitto, dalla presenza di una grande quantità di norme e da numerose organizzazioni, **l'ordinamento giuridico a esse relativo può essere parimenti concepito come l'unione tra norme primarie e secondarie**. Per spiegare in che senso questo insieme di norme primarie e secondarie è un ordinamento giuridico, immaginiamo una società ancora più semplice e primitiva di quella governata da Rex in cui esista solo quel tipo di norme che abbiamo chiamato primarie (di condotta). Queste norme saranno osservate come obbligatorie soltanto per effetto della pressione sociale che deriva dal fatto che il gruppo (o almeno la stragrande maggioranza dei suoi membri) le osservi. In qualche modo, l'esistenza di basilari norme di coesistenza, che limitino l'uso della forza bruta e la sopraffazione degli uni sugli altri e favoriscano la cooperazione, è necessaria alla stessa possibilità per un gruppo sociale di essere definito tale.

Tra parentesi, un tipo di ordinamento composto di sole norme primarie è quello che caratterizza il "diritto internazionale", i cui soggetti sono gli Stati, al quale accenneremo nel § 8.

Il problema è che in una società di quel tipo è estremamente difficile distinguere tra **semplici usi, norme sociali e norme giuridiche**. È intuitivo che il controllo sociale assicurato dalle sole norme primarie è a dir poco blando. Tali norme non costituiscono realmente un sistema, non sono ordinate secondo un criterio unificante, che non sia quello generico delle norme di comportamento accettate in un dato tempo e luogo in una società umana. È evidente che questo criterio è inadatto a risolvere dubbi sull'esistenza, la natura e il contenuto di ciascuna norma. Mancano, per esempio, un testo scritto dotato di autorità normativa, funzionari con compiti di risoluzione delle controversie, e così via.

Due seri problemi che incontra una struttura sociale di questo tipo **sono la staticità delle norme e ciò che Hart chiama inefficienza della pressione sociale che sostiene tali norme**. Abbiamo già visto come questi problemi possano essere affrontati grazie all'"invenzione" delle norme secondarie.

Quanto alla staticità, una norma primaria può essere cambiata grazie al fatto che a qualcuno è conferito il relativo potere da una norma secondaria di mutamento (detta, appunto, norma sulla normazione). Il mutamento di una norma fondata sull'uso richiede, invece, tempi lunghissimi e lascia irrisolto il suddetto problema dell'incertezza sul suo contenuto.

Il problema dell'inefficienza emerge in relazione alle controversie sulla violazione delle norme primarie, che senza un meccanismo di risoluzione dei conflitti saranno tendenzialmente senza fine. E anche quando si giungerà a un accordo sulla violazione di un certo obbligo da parte di un membro della comunità, sarà oltremodo dispendioso e rischioso far avverare la conseguenza (la sanzione) – per esempio, la restituzione di un capo di bestiame – prevista per tale violazione se il maltolto non è spontaneamente restituito. Norme secondarie di giudizio e di



organizzazione della coercizione fisica (uso della forza) nell'interesse del gruppo integrano a questo fine le norme primarie.

Le **norme secondarie sono anche chiamate meta-norme**, perché hanno a oggetto non i comportamenti degli individui ma le norme primarie stesse, vale a dire le **norma di condotta**. In un certo senso, tutto il complesso edificio che consente alle norme primarie di vietare, obbligare o permettere qualcosa si regge grazie all'operare di queste meta-norme. Esse designano, come in un gioco assai complesso, le "mosse" grazie alle quali il sistema può funzionare – quindi perseguire il suo scopo – ed evolvere. Qui per "scopo" non intendiamo eventuali finalità che l'una o l'altra società organizzata voglia perseguire (la pace, il benessere, l'eguaglianza e così via) ma la funzione basilare di esercitare un controllo sociale efficace.

Siamo ora in grado di osservare, anche in questo caso tralasciando complesse questioni filosofiche, che questa funzione esprime uno dei caratteri distintivi del diritto. Il diritto, vale a dire, è una **pratica di controllo sociale da parte del potere politico dominante attraverso l'impiego di meccanismi coercitivi**. In altre parole, il fatto che il diritto sia visto e "riconosciuto" dalle persone cui esso si rivolge come dotato di legittima autorità, e che tale autorità sia assistita da meccanismi di coercizione, è ciò che distingue l'ordinamento giuridico rispetto ad altri ordinamenti normativi.

Come si è accennato, il problema più grave di una struttura sociale governata da sole norme primarie è la condizione di endemica incertezza su quali siano i comportamenti richiesti dall'ordinamento. Per questa ragione le norme secondarie più importanti sono quelle che si incaricano di risolvere tale problema. Si tratta di quelle norme che sin dall'inizio abbiamo visto designare il criterio ordinatore, di riconoscimento, di un gruppo di norme come ordinamento. Questa **regola di riconoscimento**, in quanto accettata dal gruppo e introiettata nella pratica sociale, è ciò che consente all'ordinamento giuridico di esistere e di stabilire quali norme ne facciano parte e quali no.

Nel semplice ordinamento di Rex la regola di riconoscimento, da cui è possibile dedurre la validità di tutte le altre norme primarie e secondarie (**che conferiscono poteri normativi o l'autorità di risolvere conflitti**), è "occorre obbedire alla parola di Rex". Nei moderni ordinamenti giuridici statali la regola di riconoscimento è intuitivamente più complessa e le persone comuni ne hanno spesso soltanto una immagine sbiadita, una intuizione vaga. Di norma essa si riconduce alla Costituzione che, appunto, *fonda e ordina* l'intero ordinamento giuridico. Per formulare, però, con più precisione la regola di riconoscimento, per esempio, dell'ordinamento giuridico italiano, occorre possedere conoscenze specialistiche. Nondimeno, anche una conoscenza incompleta della regola di riconoscimento, come quella che il senso comune è in grado di percepire, è sufficiente per il funzionamento del diritto. In questa conoscenza approssimativa della regola di riconoscimento rientra per esempio il fatto che vi siano certe persone e organizzazioni (parlamenti, ministri, tribunali) che hanno la capacità di emanare norme e di giudicare sulla loro violazione.

In un ordinamento giuridico come quello dello Stato italiano, le norme secondarie designano numerosi **atti e fatti (le cosiddette "fonti") in grado di creare norme giuridiche**. La norma di riconoscimento normalmente comprende una Costituzione scritta e le norme emanate da appositi organi legislativi, ma può anche designare, per esempio, come "fonte" i precedenti giudiziari.

Negli ordinamenti cosiddetti di *common law*, diffusi nei paesi di cultura anglo-americana, dalle sentenze dei tribunali sono dedotte norme che i giudici devono osservare nel risolvere casi simili successivi, anche se in base alla regola di riconoscimento queste sono subordinate alle leggi emanate dal Parlamento.

Al fine di perseguire più efficacemente la suddetta finalità di (relativa) certezza, la norma di riconoscimento pone, in genere, i relativi **criteri di identificazione delle fonti in un ordine gerarchico**, uno dei quali è supremo. Supremo, come spiegheremo meglio, non significa illimitato, ma solo superiore agli altri criteri di identificazione delle fonti.

**Si badi che spesso la regola di riconoscimento non è formulata in modo esplicito, né corrisponde a un testo scritto.** Del resto, essendo l'oggetto di una pratica sociale, questo sarebbe impossibile. Essa è, però, sempre presupposta dai funzionari – specialmente i giudici – che “amministrano” il diritto. Provando, per esempio, a formulare una regola di riconoscimento dell'ordinamento giuridico italiano che è fondato su una Costituzione scritta, potremmo esporla nel seguente modo.

Sono norme giuridiche, oltre quelle contenute nella Costituzione italiana del 1948, quelle emanate dal Parlamento e dai consigli regionali nonché dal governo e da altre istituzioni locali o dell'Unione Europea nei casi contemplati dalla Costituzione, a condizione che tali norme non violino la Costituzione stessa e le altre leggi costituzionali.

In realtà, i criteri della regola di riconoscimento sono ancora più complessi di così; o meglio, molti aspetti restano nascosti in questa formulazione. Per esempio, affermare che le norme giuridiche non devono violare la Costituzione significa anche affermare che una norma emanata dal Governo, al di fuori di certe circostanze eccezionali, non può violare una norma emanata dal Parlamento. Di queste “complicazioni” ripareremo studiando le “fonti del diritto” (Parte III). A ogni modo, la **conformità alla Costituzione è in questo caso il criterio supremo**.

Anche se noi diamo per acquisito che la Costituzione sia la norma giuridica fondante e fondamentale dell'ordinamento giuridico italiano, in nessuna sentenza troveremo una siffatta formulazione della regola di riconoscimento (i giudici, dicevamo, si limitano a presupporla) né questa è espressamente formulata nella Costituzione stessa. Se prendiamo la Costituzione italiana vi troviamo solo enunciato che la «Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni» (art. 134) e che per cambiare la Costituzione occorre seguire un procedimento molto più articolato e gravoso (art. 138) di quello previsto per tutte le altre leggi (artt. 70 ss.). Mettendo insieme questi frammenti di enunciati normativi possiamo dedurre che la Costituzione si autoproclama superiore alle altre fonti. È, però, il fatto (regola sociale) che questo sia effettivamente ciò che la maggior parte dei membri della società italiana e soprattutto i giudici accettano come suprema regola di riconoscimento che rende vera quella autoproclamazione. D'altra parte, sebbene la Costituzione rappresenti il fattore più statico dell'ordinamento giuridico, nemmeno questa è immodificabile (v. § 4) e quindi persino la suddetta autoproclamazione potrebbe essere eliminata grazie all'operare delle norme di mutamento. Il che, peraltro, potrebbe essere l'indizio di un cambiamento della suprema regola di riconoscimento.

Come si è osservato, il fatto che non possa esservi una formulazione ufficiale della regola di riconoscimento dell'ordinamento giuridico comporta che essa sia – entro una certa misura – indeterminata e quindi possibile oggetto di controversie. Per esempio, l'art. 139 della Costituzione italiana stabilisce che la forma repubblicana non possa essere oggetto di revisione costituzionale. **Abbiamo qui la massima espressione dell'aspetto statico di un ordinamento normativo:** non un criterio supremo che opera attraverso norme secondarie, ma un principio supremo, imm modificabile, che squalifica l'appartenenza all'ordinamento di qualsiasi norma che lo violi. Come si potrebbe cambiare la forma repubblicana? Certamente scegliendo un regime monarchico e questo è indubbiamente vietato. **La Corte costituzionale italiana ha però ritenuto che nella Costituzione la forma repubblicana include anche altri principi fondamentali,** come l'eguaglianza tra le persone. La conseguenza è che le norme di mutamento che autorizzano il legislatore a cambiare la Costituzione non gli permettono di derogare al principio dell'eguaglianza, che in tal modo entra a far parte del criterio di riconoscimento (supremo) dell'ordinamento giuridico. Lo stesso discorso può essere fatto a proposito di altri principi, come la democraticità della Repubblica o la dignità umana, ma non tutti i giuristi accettano che il divieto previsto dall'art. 139 Cost. includa nella forma repubblicana principi sostanziali in esso non menzionati. Soprattutto, non è possibile stabilire una volta per tutte quali siano questi principi.

Un altro esempio di indeterminatezza della regola di riconoscimento riguarda il **rapporto tra le norme giuridiche create dagli organi a ciò abilitati secondo la Costituzione italiana e quelle che si applicano nel territorio italiano in virtù del fatto che l'Italia è un paese membro dell'Unione Europea,** a sua volta un ordinamento giuridico derivante dall'integrazione degli ordinamenti dei paesi membri in uno più vasto e dotato di proprie regole di riconoscimento. Come vedremo (§ 18.4), entrambi questi ordinamenti assumono la supremazia del proprio criterio definitivo di riconoscimento per risolvere un conflitto che insorga tra le norme dei due ordinamenti. Anche in questo caso, non si può dire quale sia, e se vi sia, una regola definitiva di riconoscimento operante nello spazio in cui i due ordinamenti si sovrappongono.

I due esempi mostrano cosa significa che la regola di riconoscimento resti in parte controversa e indeterminata. Ciononostante, essa continua perfettamente a funzionare, a dimostrazione del fatto che la pratica sociale del diritto, come tutte le pratiche sociali, non richiede una formulazione precisa (matematica) delle regole di riconoscimento.

## 2. POTERE, AUTORITÀ, STATO, SOVRANITÀ

Nella lunga storia delle società umane il diritto e gli ordinamenti giuridici sono legati a doppio filo al problema dell'organizzazione politica di una comunità. In altri termini, come sopra accennato, il diritto è strumento del governo di una società. Si può convenire di chiamare Stato ogni forma di organizzazione politica di una comunità che si autogoverni, come la società di Rex. In questo caso, le antiche *poleis* greche e, a maggior ragione, la Repubblica e l'Impero Romano sarebbero Stati.

Tra gli studiosi prevale, però, l'idea che lo Stato sia un **modello di organizzazione politica** nato in Europa relativamente di recente, grossomodo agli albori dell'era moderna (XVI secolo). Lo Stato moderno presenta due caratteristiche originali. La **concentrazione del potere politico in un'unica autorità e la presenza di un apparato amministrativo** che avanza con successo la pretesa di valersi del monopolio della forza su un determinato territorio.

Probabilmente questa idea si spiega più per la novità dell'emergere degli stati nazionali a seguito del tramontare delle più flessibili forme di organizzazione politico-territoriale medievale, che non per caratteri esclusivi dello Stato moderno. In ogni caso, la descrizione che gli scrittori politici rinascimentali offrono delle forme di organizzazione politica che si affermarono in quel periodo ha influenzato in modo determinante quello che oggi intendiamo per Stato.

È quindi necessario, volendo studiare l'ordinamento giuridico di uno Stato, disporre di una nozione di questa 'cosa' cui l'ordinamento giuridico possa riferirsi. **Al centro di essa vi è il concetto di sovranità**, il cui fondatore fu il giurista e filosofo politico francese Jean Bodin, vissuto nella seconda metà del secolo XVI. Secondo Bodin, «la sovranità è il vero fondamento, il cardine su cui poggia tutta la struttura dello Stato ... essa è il solo legame e unione che fa di famiglie, corpi, collegi privati, un unico corpo perfetto».

Nel suo aspetto interno, vale a dire relativamente al rapporto tra Stato e società civile, la sovranità designa il **supremo potere di comando dello Stato nei confronti di qualunque altra istanza, persona o organizzazione** che operi nel suo territorio. In particolare, questo potere è sovrano in quanto originario (non derivante da altro), assoluto (*superiorem non recognoscens*), inalienabile e imprescrittibile (in quanto funzione pubblica necessaria a ogni organizzazione politica). Pertanto, la sovranità sembra evocare un'idea di illimitatezza.

Nell'ambito di una descrizione di questo tipo, lo Stato è però una semplice astrazione. Molti autori, soprattutto nel secolo XIX in area germanica, hanno cercato di portare alle estreme conseguenze tale astrazione, trattando lo Stato come una vera e propria entità immanente. Per il filosofo tedesco Georg Wilhelm Friedrich Hegel lo Stato «è spirito oggettivo, e l'individuo ha oggettività, verità ed eticità solo in quanto è un membro dello Stato». Tale spirito oggettivo si manifesta in ciò che Hegel chiama l'"organismo statale". In questa visione il solo aspetto necessario dello Stato è che una «moltitudine ... costituisca un comune apparato militare e un po-

tere statale». Il modo in cui si articola la “costituzione politica” dello Stato è in questa visione un elemento accidentale: «che a detenere il potere sia uno solo o molti, che l’uno o i molti ascendano a questa maestà per nascita o per elezione, tutto ciò è indifferente rispetto a quell’unico carattere necessario, che una moltitudine costituisca uno Stato».

Anche autori di estrazione ed epoca assai diverse da Hegel, come l’inglese Thomas Hobbes, autore del *Leviatano* (pubblicato nel 1651), avevano affermato che il «nuovo dio è lo Stato». In questo caso, però, l’esigenza di personalizzazione del potere politico in un ente – che in Hobbes e in altri filosofi come Locke e Spinoza si fonda sull’ipotizzare (con una sorta di esperimento mentale) un patto originario tra gli individui – è funzionale a un obiettivo che costituisce il più grande risultato della riflessione europea moderna sulla sovranità: **l’autonomia della politica**, la sua fondazione su basi antropologiche e non divine, ipotesi già anticipata da Niccolò Machiavelli: *auctoritas non veritas facit legem* afferma Hobbes. Che il problema fondamentale fosse quello di separare la politica (e questo avvenne grazie all’artificio dello Stato) dalla religione e dalla teologia è indicato dal fatto che i grandi filosofi politici europei del secolo XVII intitolarono le loro opere trattati teologico-politici.

A seguito dell’oggettivazione e razionalizzazione dell’autorità, e proprio per questo, non poteva a lungo restare celato il problema concreto, che ha attraversato la storia europea dall’epoca moderna ai giorni nostri, di “chi” nello Stato sia il titolare del potere politico. Per **“politica”**, nel senso più elevato e comprensivo che deriva dall’antica Grecia e in particolare da Aristotele, intendiamo il **processo decisionale collettivo e pubblico operante sulla base di una effettiva discussione** e per **“potere politico”** la **capacità di influenzare, anche mediante il ricorso alla forza, le decisioni altrui**. Secondo ove sia stata posta nella storia la titolarità del potere politico, la sovranità è stata riconosciuta a un sovrano (assolutismo), al popolo (democrazia), a un gruppo o classe sociale privilegiati (aristocrazia) e così via. Già i pensatori del Seicento, peraltro, nel momento stesso in cui elaboravano il concetto di sovranità, sottoposero a una critica serrata la nozione di “tirannide” contrapponendola all’idea di una monarchia che, ancorché assoluta, non potesse prescindere dal “diritto delle genti” e quindi dovesse assicurare anzitutto la libertà degli individui.

Contraddicendo in parte l’idea di illimitatezza insita nel concetto di sovranità, nella riflessione che si avvia nell’Europa rinascimentale è, quindi, rinvenibile *in nuce* **l’assoggettamento del potere politico al diritto**, che verrà compiutamente teorizzato e praticato solo dopo le grandi rivoluzioni del XVIII secolo. Se prendiamo in considerazione il punto di vista dell’ordinamento giuridico e assumiamo che il potere politico per essere legittimo vada esercitato nelle forme del diritto, vediamo che **l’idea di sovranità perde il suo carattere di incomprimibilità che sembra possedere se considerata dal punto di vista del potere politico stesso**. Per rispondere, infatti, alla domanda su dove sia il potere (sovrano) secondo l’ordinamento giuridico, dobbiamo necessariamente ricorrere a una norma secondaria, che prima ancora di attribuire tutto il potere decisionale, in ipotesi, a Rex o a Luigi XIV, il Re Sole nella Francia del XVII secolo, deve specificare chi può fregiarsi del titolo di sciamano o di monarca. Ecco che il potere (di stabilire le leggi, la più alta espressione della politica) non è più assoluto e originario, derivando a sua volta da una norma giuridica.

### 3. DALLO STATO ASSOLUTO ALLO STATO DI DIRITTO. COSTITUZIONALISMO E DIVISIONE DEI POTERI

**Sommario:** 3.1. L'assolutismo e le rivoluzioni borghesi. – 3.1.1. Costituzionalismo. – 3.1.2. La dottrina della divisione dei poteri.

L'obiettivo di porre limiti al potere politico attraverso il diritto trova più compiuta maturazione nella pratica e nella letteratura a seguito delle rivoluzioni borghesi e dell'affermarsi delle ideologie liberali, da intendersi qui genericamente come una vasta famiglia di concezioni politico-filosofiche che assume la tutela della libertà degli individui come valore ultimo. Il cosiddetto **Stato di diritto** è un ideale che nasce in primo luogo a difesa della libertà delle persone dagli arbitri dello Stato.

Nella storia si sono avute molteplici forme di liberalismo, che nella tradizione occidentale è la dottrina politica di riferimento, al punto che la stessa democrazia non potrebbe che essere una democrazia liberale, ossia che tutela la libertà degli individui come valore ultimo. Della libertà, di cui il liberalismo si fa promotore, esistono, a sua volta, più accezioni. Queste possono essere grossomodo ricondotte a due concetti, o a due sensi di uno stesso concetto, secondo la fortunata formulazione del filosofo britannico Isaiah Berlin in un saggio del 1958<sup>2</sup>.

Una **libertà negativa**, o libertà *da*, che indica assenza di ostacoli o costrizioni all'azione, libertà di scegliere ciò che si desidera, nei confronti non solo degli altri individui ma anche dell'autorità politica. All'azione dell'autorità politica dovrebbero sempre essere opponibili limiti a protezione di alcuni diritti maggiormente inerenti a tali libertà, anche dette "civili": la libertà di parola, la libertà di non essere arrestati senza un regolare processo, la libertà di spostarsi da un luogo all'altro nel territorio dello Stato.

Una **libertà positiva**, o libertà *di*, a sua volta legata al concetto di autonomia, vale a dire la possibilità di agire in un modo che assicuri l'effettivo controllo della propria esistenza e la realizzazione dei fondamentali scopi di vita. Berlin usa la metafora dell'essere "padroni di sé stessi". La libertà positiva pone, quindi, l'accento più sulla effettiva disponibilità di scelta che non sulla astratta libertà di scegliere un corso di azione. Perché questa disponibilità di scelta esista devono esservi delle "condizioni" che soltanto la dimensione sociale può garantire. A esempio, una condizione affinché si sia effettivamente liberi di scegliere un corso di azione è che si possieda un livello adeguato di istruzione e che quindi, in una società di persone libere (per non mutarsi in un mero egoista, il liberale deve presupporre che anche gli altri siano liberi), a tutti sia offerta l'opportunità di istruirsi. È questa la **finalità di disposizioni come quella di cui all'art. 34 della Costituzione italiana sulla scuola pubblica, secondo cui «la scuola è aperta a tutti» e «l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita».**

In teoria, in una società che metta al primo posto la libertà di stabilire quali sono i propri interessi e di soddisfarli nel modo che preferisce, anche per ottenere ciò che richiede forme di cooperazione sociale – come un sistema di istruzione – si potrebbe semplicemente fare ricorso alla libera iniziativa degli individui nell'istituire scuole private. Questo è quello che presuppone

una forma più estrema di liberalismo, detta “liberismo”, il quale, enfatizzando il concetto negativo di libertà, professa l’esigenza di uno “Stato minimo”, le cui funzioni siano ridotte cioè a quelle dello Stato liberale ottocentesco: la difesa delle frontiere e l’amministrazione della giustizia civile e penale. Questa visione, teorizzata dall’economista e politologo austriaco Friedrich August von Hayek (insignito del premio Nobel nel 1974), si contrappone in particolare a una concezione dello Stato come promotore della giustizia sociale, che si afferma nel Novecento nella forma dello “Stato sociale” (v. § 5.10). Quest’ultima collega la libertà all’idea di cittadinanza come “piena appartenenza a una comunità” teorizzata dal sociologo inglese Thomas Humphrey Marshall nel saggio *Citizenship and social class* del 1950, secondo una visione solidaristica della società già formulata, nel corso della terza repubblica francese, da Léon Duguit<sup>3</sup>. Sebbene la libertà di perseguire i propri interessi renda inevitabile una certa stratificazione sociale, questa deve essere bilanciata dalla partecipazione di tutti i cittadini a una medesima “forma di vita” e ciò può avvenire solo attribuendo diritti che assicurino l’“elemento sociale” della cittadinanza, ossia «tutta la gamma che va da un minimo di benessere e di sicurezza economica fino al diritto di partecipare pienamente al retaggio sociale e a vivere la vita di persona civile, secondo i canoni vigenti nella società». Normalmente, **la libertà positiva si associa all’idea che lo Stato debba riconoscere “diritti sociali” (v. § 19.2)**, vale a dire prestazioni in favore delle persone che garantiscano le suddette condizioni per esercitare la libertà di scelta in modo effettivo e consapevole. Secondo quest’altra forma di liberalismo, quindi, l’idea che gli interessi delle persone possano essere tutti soddisfatti mediante l’iniziativa privata è illusoria e nasconde in realtà l’intento di difendere assetti economico-sociali che mantengono situazioni di privilegio e diseguaglianza all’interno della società.

Al cuore della distinzione tra libertà negativa e positiva discussa da Berlin – il cui intento era peraltro quello di mettere in guardia nei confronti dei rischi illiberali insiti nella libertà positiva, la quale, includendo una qualche nozione di giustizia, implica una istanza morale – può scorgersi un’esigenza di equilibrio. Assolutizzare l’una o l’altra concezione comporta il rischio di conseguenze “illiberali”. Berlin osserva che i propugnatori della libertà negativa vogliono “tagliare le unghie” all’autorità, mentre i propugnatori della libertà positiva vogliono metterla tutta nelle mani dell’autorità. Queste, che appaiono attitudini nei confronti del mondo profondamente divergenti, nella pratica delle istituzioni democratiche richiedono di essere conciliate.

La seguente considerazione del politologo statunitense John Roche nel 1964 rende particolarmente l’idea: «nel 1900 dal punto di vista del liberalismo classico gli Stati Uniti erano chiaramente la nazione più libera del mondo ... Non vi era burocrazia centralizzata, nessuna polizia nazionale, nessuna imposta sul reddito, nessun controllo dello stato centrale e del governo locale: la nazione era un paradiso libertario. Tuttavia, se si analizzassero gli stessi dati da un altro punto di vista, si potrebbe sostenere che gli Stati Uniti erano una nazione in cui i lavoratori erano alla mercé dei loro datori di lavoro, i “negri” vivevano come servi della gleba, le minoranze religiose ed etniche erano soggette a palese discriminazione e i diritti degli individui erano stabiliti da una maggioranza militante dei loro vicini»<sup>4</sup>.

Come si vedrà nel corso dell’esposizione, se dal linguaggio delle libertà si passa a quello, più familiare per i giuristi, dei diritti (che quando contemplati nelle Costituzioni vengono a volte chiamati fondamentali, o più in generale *costituzionali*), emergono altri problemi derivanti dalla categorizzazione di tali diritti in “famiglie” riducibili alla dialettica libertà negativa/positiva, muovendo dalle originarie categorizzazioni dello statualismo tedesco (risalendo alle teorie di Laband prima, e di Jellinek, poi). In particolare, l’idea che i diritti (negativi) di libertà richiedano uno “Stato minimo” è poco plausibile. **Nelle società contemporanee, le funzioni dello Stato finalizzate a garantire le libertà civili (le cosiddette funzioni di sicurezza pubblica) richiedono un**

**ingente impegno di risorse umane, finanziarie e materiali che incidono notevolmente sul reddito dei cittadini che le finanziano attraverso la tassazione.**

Si consideri che nel *budget* dello Stato centrale italiano relativo al 2022, ai programmi/missioni “Difesa e sicurezza del territorio”, “Giustizia”, “Ordine pubblico e sicurezza” e “Soccorso civile”, riconducibili alla tutela delle libertà negative, sono destinati oltre 40 miliardi di euro, che costituiscono poco meno del 10% delle spese totali dello Stato. È vero, peraltro, che ai programmi/missioni “Diritti sociali, politiche sociali e famiglia” e “Politiche previdenziali” è destinato circa un terzo del *budget* (148 su 408 miliardi di euro).

### 3.1. L'assolutismo e le rivoluzioni borghesi

L'obiettivo di porre limiti al potere politico attraverso il diritto si misura anzitutto come critica e superamento del carattere fondamentale delle cosiddette monarchie assolute, la cui formazione, come visto, risale alla stessa origine del fenomeno statale, tra il XVI ed il XVII secolo. **Tale carattere consiste nella concentrazione di tutto il potere nelle mani del re, in assenza di qualunque istituzione a esso antagonista.**

Si tratta di un fenomeno storico complesso, che presenta molte varianti nella storia europea. L'autorità del sovrano si esercitava su una società costituita di ‘ordini’ (o ‘stati’) e ‘corporazioni’, derivanti dall'epoca medievale, con distinti privilegi e doveri, e non di individui (cittadini) come oggi siamo abituati a pensare. Gli ‘ordini’, a volte rappresentati in assemblee di origine feudale, chiamate ‘diete’ o ‘stati generali’, erano anzitutto il clero, poi la nobiltà, e quindi, residualmente, le persone comuni riunite nelle corporazioni di arti e mestieri (in alcuni casi, come in Francia, raggruppati nel ‘Terzo Stato’).

I sovrani, dopo il tramonto dell'era feudale, avevano cominciato a incrementare la propria autorità pretendendo nei confronti della Chiesa e della nobiltà nuovi privilegi in materia di tassazione e di amministrazione della giustizia. La formazione di eserciti permanenti e di un corpo diplomatico furono tra i fattori che agevolarono la **progressiva concentrazione del potere nelle mani dei monarchi**. La nascita dell'Europa moderna, fondata su un sistema di relazioni tra Stati sovrani, viene fatta in genere coincidere con la pace di Westfalia del 1648, che pose fine alla Guerra dei Trent'anni.

Nelle singole esperienze nazionali, peraltro, le suddette forme embrionali di rappresentanza degli “ordini” continuarono a esercitare una certa influenza sulla conduzione del governo. A esempio, le ‘diete’, che rappresentavano la nobiltà locale, a volte controllavano le finanze dello Stato.

Nella Spagna del XVII secolo, la Corte Aragonese mantenne una sorta di immunità fiscale che limitò notevolmente le mire imperialistiche della monarchia di ascendenza asburgica. Il ruolo di nobili e clero, e delle diete e “parlamenti” in cui questi si riunivano, divenivano particolarmente rilevanti quando vi erano dispute sulla successione al trono, che venivano risolte mediante concessioni a fazioni all'interno di tali istituzioni.



D'altra parte, proprio il disconoscimento di ogni ruolo agli 'stati generali' rappresentò nei casi paradigmatici di monarchia assoluta il sintomo dell'intento di assorbire totalmente nell'istituzione monarchica ogni funzione di governo. Nella Francia borbonica, quando gli Stati generali si riunirono il 4 maggio 1789 erano trascorsi 176 anni dall'ultima volta in cui erano stati convocati da Maria de' Medici nel 1614. E fu quella l'anticamera della rivoluzione che abbatté per sempre l'Antico Regime e condusse alla nascita nel continente europeo dell'età dei diritti umani, intesi come universalmente spettanti a chiunque. I rappresentanti del Terzo Stato, che contestavano il sistema delle riunioni e dei voti separati tra i "tre stati", e cui Luigi XVI aveva impedito l'ingresso nella sala delle adunanze degli Stati generali, si riunirono nella Sala della Pallacorda della Reggia di Versailles. Qui giurarono di dotare la Francia di una Costituzione che eliminasse i privilegi degli ordini e delle corporazioni in nome della libertà che questi pretendevano di proteggere. A questo scopo formarono l'Assemblea costituente, che il 26 agosto 1789 approvò la **Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino** in cui venivano sanciti i principi di libertà, uguaglianza e fraternità e della divisione dei poteri.

Affermare ufficialmente, in un documento costituzionale, che tutte le persone avevano diritto a una libertà non fondata sulla loro posizione in una gerarchia sociale precostituita, era qualcosa di letteralmente inaudito in Europa. Una affermazione simile era contenuta nella **Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776** – "Noi riteniamo che sono per sé stesse evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità" – ma si trattava di un esempio lontano e impensabile per le classi dominanti in Europa.

Gli Stati Uniti si dotarono di una Costituzione nel 1787, ancora oggi vigente, anche in questo caso preparata da un'assemblea costituente, il cui obiettivo fondamentale era quello di istituire un forte governo centrale (federale) in rappresentanza dei tredici Stati che avevano ottenuto l'indipendenza dall'impero britannico.

La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 fu incorporata nella **Costituzione francese del 1791**, considerata la prima Costituzione scritta continentale<sup>5</sup>. Nel preambolo si legge che «i rappresentanti del popolo francese costituiti in Assemblea Nazionale ... hanno stabilito di esporre in una solenne dichiarazione, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo, affinché questa dichiarazione costantemente presente a tutti i membri del corpo sociale, rammenti loro incessantemente i loro diritti e i loro doveri; affinché maggior rispetto *ritraggano gli atti del Potere legislativo e quelli del Potere esecutivo* dal poter essere in ogni istante paragonati con il fine di ogni istituzione politica; affinché i reclami dei cittadini, fondati d'ora innanzi su dei principi semplici e incontestabili, abbiano sempre per risultato il mantenimento della *Costituzione* e la felicità di tutti».

Possiamo osservare che **questa dichiarazione intende costituire un criterio supremo per l'ordinamento giuridico**, enunciando principi (vale a dire norme molto generali) cui *gli atti del Potere legislativo e quelli del Potere esecutivo* devono uniformarsi. Per esempio, il capitolo 7 prescrive che «Nessun uomo può essere accusato, arrestato o detenuto se non nei casi determinati dalla Legge, e secondo le forme da essa prescritte».

Una formulazione del genere ha dato origine a quello che si definisce principio di stretta legalità del diritto penale. Nella Costituzione italiana esso è formulato all'art. 25.2, secondo cui «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

Tornando alle distinzioni illustrate nel § 1, siamo in presenza dell'operare di un criterio statico, posto al vertice dell'ordinamento. Del resto, i rappresentanti del popolo – vale a dire i componenti del Terzo Stato, in maggioranza avvocati provenienti dalla provincia – assumono di limitarsi a esporre nella Dichiarazione «i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo», come tali precedenti qualunque istituzione politica o sociale e quindi immutabili. La stessa ispirazione si rinviene nel riferimento alle «verità evidenti» enunciate nella suddetta Dichiarazione d'indipendenza americana.

La Costituzione degli Stati Uniti d'America, nella sua versione originaria, non contiene principi per indirizzare il contenuto della legislazione futura e neanche disposizioni a garanzia dei diritti individuali, che vennero introdotte soltanto in un secondo momento, come *emendamenti* al testo costituzionale; essa contiene norme che organizzano l'esercizio del potere politico, in sostanza norme secondarie, quali l'attribuzione del potere legislativo a due camere elettive e del potere esecutivo al Presidente, la disciplina del modo di procedere per approvare le leggi, l'organizzazione del potere giudiziario e l'istituzione di una Corte Suprema. Norme di questo genere caratterizzano in buona parte anche la prima Costituzione francese, il cui Titolo III è dedicato ai poteri pubblici.

Le disposizioni più interessanti in una prospettiva storica contenute in questi documenti sono quelle **riguardanti le modalità per cambiare la Costituzione**. Nell'articolo V della Costituzione statunitense – analogamente al Titolo VII della Costituzione francese del 1791 – troviamo procedure speciali per modificare la Carta costituzionale, che necessitano di maggioranze più ampie di quelle per approvare le ordinarie leggi parlamentari federali e richiedono il coinvolgimento dei Parlamenti degli Stati membri. Queste disposizioni costituiscono il primo esempio di affermazione della **Costituzione come “legge superiore”** a ogni altra nell'ordinamento, grazie alla quale le leggi incostituzionali possono essere dichiarate invalide. Come affermato nella **storica sentenza della Corte Suprema statunitense sul caso *Marbury vs. Madison* del 1803**, non solo le normali leggi parlamentari non possono modificare la Costituzione, ma non devono neppure porsi con questa in conflitto. In *Marbury vs. Madison*, pertanto, **la Corte Suprema si attribuì il compito di usare la Costituzione come parametro per stabilire se le leggi ordinarie andassero o meno applicate**.

Torneremo nel § 4 su questi caratteri delle Costituzioni come documenti scritti e sulla nozione di costituzione e di costituzionalismo che da essi deriva.

Ciò che emerge dall'evoluzione storica dello Stato all'indomani delle due grandi Rivoluzioni di fine Settecento – e come si dirà nel § 4 dalla peculiare esperienza costituzionale inglese – è l'affermarsi di limiti giuridici invalicabili per qualunque potere politico, comunque costituito e legittimato. Questi limiti derivano, per un verso, dall'esistenza di diritti universali e inalienabili delle persone, per altro verso, dalla divisione e distribuzione del potere tra più istituzioni all'interno dello Stato. Della cosiddetta teoria della separazione dei poteri si dirà poco oltre.

### 3.1.1. Costituzionalismo

Alle dottrine della limitazione giuridica del potere si dà il nome di “costituzionalismo”. Con questo stesso significato a volte si usano anche i termini “governo delle leggi” e “Stato di diritto”. Si tratta di formule con cui si fa riferimento **all’ideale per cui non debbano esistere poteri (legittimi) che non siano esercitati in conformità alla legge** (principio di legalità) e che generalmente raccomandano che le norme giuridiche siano il più possibile generali e astratte.

Come emerge da quanto accennato in precedenza a proposito dei pensatori rinascimentali, l’idea della limitazione giuridica del potere non può certo dirsi nata alla fine del Settecento, accompagnando la storia della riflessione sul governo delle società umane sin dall’antichità. Tanto è vero che gli studiosi spesso distinguono tra un costituzionalismo antico o pre-liberale (la cui radice filosofica può essere rinvenuta già nella “Politica” di Platone) e uno moderno.

Il carattere fondamentale del “**costituzionalismo moderno**” risiede, però, nello stretto legame con gli ideali del liberalismo e dell’affermazione dei diritti individuali, che sono il risultato delle rivoluzioni borghesi. Il diritto (la legge) deve garantire i diritti di libertà dei cittadini non solo nei confronti di altri cittadini ma anche dello Stato e delle sue leggi. Perché questa aspirazione si realizzi, occorre, però, una forma più evoluta di costituzionalismo, in cui l’ordinamento sia provvisto di una Costituzione come legge fondamentale superiore al potere legislativo ordinario e di un controllo di costituzionalità sulle leggi. In questi casi si può parlare di “**Stato costituzionale**”.

Sebbene questi requisiti fossero presenti nella Costituzione americana e in parte in quelle francesi rivoluzionarie (v. anche § seguente), per tutto l’Ottocento nell’Europa continentale le Costituzioni – concesse dai monarchi e non derivanti da eventi rivoluzionari – restarono un atto più politico che giuridico. Esse, infatti (come lo Statuto albertino del 1848 che fu la Costituzione del Regno di Italia per circa 90 anni), dal punto di vista giuridico, erano flessibili, vale a dire modificabili con leggi ordinarie. L’idea, pertanto, della libertà innanzitutto come libertà nei confronti del potere statale, si realizzò nell’Ottocento soprattutto grazie a una versione del liberalismo (come in precedenza spiegato, oggi spesso definita “liberismo”) che prescrive allo Stato di non interferire con le attività (in particolare quelle economiche) dei privati. Questo assetto dei rapporti tra Stato e società, generalmente accompagnato da norme legislative a tutela dei diritti patrimoniali (i Codice civili), è stato particolarmente funzionale allo sviluppo del capitalismo, favorito dalla rivoluzione industriale.

### 3.1.2. La dottrina della divisione dei poteri

Un altro dei precetti del costituzionalismo liberale è che tutto il potere non sia concentrato nelle mani di un solo apparato. Questa esigenza è alla base della teoria della divisione dei poteri, che si fa risalire all’opera *Lo spirito delle leggi* (1748) del barone di Montesquieu, ma già presente *in nuce* nelle teorie antiche e medievali del cosiddetto **governo misto** – che sostenevano che il governo degli affari pubblici do-

vesse coinvolgere i differenti elementi della società quali la monarchia, l'aristocrazia, il clero, etc.

Il principale argomento del filosofo politico francese consiste nel fatto che la libertà è salvaguardata più effettivamente se le fondamentali funzioni di governo sono divise tra apparati diversi e tra loro indipendenti. Anche in questo caso è centrale l'idea di limite, vale a dire di porre limiti ai possibili arbitri del potere, facendo in modo che nessuna istituzione sia del tutto autosufficiente. Più propriamente, dunque, la separazione dei poteri è una suddivisione delle fondamentali funzioni di governo. Queste, secondo Montesquieu, sono tre: la legislativa, l'esecutiva e la giudiziaria. A questa tripartizione corrisponde la versione universalmente accreditata della dottrina della separazione dei poteri/funzioni.

Il celeberrimo capitolo in cui Montesquieu illustra la sua teoria è intitolato "sulla costituzione dell'Inghilterra" e mira a spiegare come la libertà politica – che per Montesquieu è «il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono» – sarebbe stata assicurata in quel Paese. Egli osserva che in base al potere legislativo «il principe, o il magistrato, fa leggi per sempre o per qualche tempo, e corregge o abroga quelle esistenti»; in base al potere esecutivo «fa la pace o la guerra, invia o riceve ambascerie, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni»; in base al potere giudiziario, «punisce i delitti o giudica le liti dei privati». E poi aggiunge che «quando nella stessa persona, o nello stesso corpo di magistratura, il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non vi è libertà, perché si può temere che lo stesso monarca, o lo stesso senato, facciano leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente. Non vi è nemmeno libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e dall'esecutivo. Se esso fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario, perché il giudice sarebbe al tempo stesso legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore». **Per garantire la libertà dei cittadini, in altre parole, occorre evitare il conflitto di interessi.**

Idee simili erano già state sostenute dal filosofo politico inglese John Locke che nei *Due Trattati sul Governo* del 1690 aveva osservato come il legislatore dovesse governare mediante leggi «promulgate e fisse e giudici autorizzati e conosciuti». In questa esigenza di **distinguere gli organi incaricati della creazione delle norme giuridiche da quelli incaricati della loro applicazione** – i funzionari del potere esecutivo (quella che oggi chiamiamo pubblica amministrazione) e soprattutto i giudici – vi è uno degli aspetti fondamentali della dottrina della separazione dei poteri. Non è un caso che nella Costituzione italiana una posizione di indipendenza, a garanzia dell'imparzialità di giudizio, è assicurata soltanto ai giudici: secondo l'art. 104 Cost., la «magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere». Più discussa è la posizione dei pubblici impiegati, che secondo l'art. 98 Cost. «sono al servizio esclusivo della Nazione» e fanno parte di uffici che secondo l'art. 97 Cost. devono essere organizzati dalla legge in modo da assicurare l'imparzialità delle pubbliche amministrazioni. Come si vedrà a suo tempo, infatti, le pubbliche amministrazioni restano pur sempre soggette alle direttive del potere politico e gli impiegati che sono ai vertici delle pubbliche amministrazioni (i dirigenti pubblici) sono nominati da organi politici.

Al di là della distinzione creazione/applicazione, è difficile concepire oggi le sudette tre funzioni come effettivamente separate in concreto. Anche in questo caso siamo in presenza di una metafora.

Il linguaggio dei giuristi è pieno di metafore. Esse sono utili, persino indispensabili, a fornire indicazioni rispetto a una realtà, quella del diritto, che, vivendo di parole e segni, non si può toccare. L'errore che non si deve commettere è proprio trattare tali metafore come "oggetti".

Se, dunque, per potere esecutivo intendiamo – non gli organi deputati all'applicazione del diritto ma – gli apparati di Governo in senso stretto (in Italia, il Consiglio dei ministri) questi, da un lato, nella maggioranza dei casi devono instaurare un rapporto di fiducia con il potere legislativo, dall'altro lato, svolgono attività certamente non di mera esecuzione dei comandi del primo. Così a volte si preferisce parlare di **bilanciamento tra poteri**, come nella teoria dei pesi e contrappesi che caratterizza il modello costituzionale statunitense (v. § 6.2). Inoltre, gli studiosi hanno individuato nel tempo altre funzioni oltre alle tre classiche, quali quella di **indirizzo politico** – che fa perno prevalentemente proprio sul Governo – e quella di **garanzia costituzionale**, in Italia attribuita al Presidente della Repubblica e alla Corte costituzionale.

Resta, però, il fatto che su una tendenziale tripartizione delle funzioni tra organi distinti si fondano in grande parte le Costituzioni contemporanee, tra cui quella italiana, tutte riconducibili in via diretta o indiretta al modello inglese o almeno alla sua immagine tramandata da Montesquieu.