

I CONTENUTI DEL SITO WEB

- **MATERIALI RIGUARDANTI CIASCUN CAPITOLO:** le fonti normative richiamate nel manuale; i link selezionati e commentati ai siti istituzionali e ad altri siti di interesse giuridico; la giurisprudenza costituzionale con le sentenze citate nel libro; gli esercizi a risposta multipla con verifica automatica; per i soli docenti, le tracce (outline) di ogni capitolo con la sintesi per punti e schemi.
- **APPROFONDIMENTI:** casi e materiali per integrare e agevolare lo studio su specifici argomenti.
- **TUTOR ON LINE:** uno spazio per chiedere chiarimenti sul manuale; il tutor risponde agli interventi di maggior interesse e tutte le domande e risposte possono essere consultate dagli iscritti.
- **ATTUALITÀ:** informazioni sulle più rilevanti novità legislative e giurisprudenziali intervenute fra un'edizione e l'altra del manuale.

Come può dunque essere usato il sito, innanzitutto dagli studenti? Attraverso il sito, chi studia il *Corso di diritto pubblico*:

- può ricercare la documentazione giuridica (quando nel manuale trova un riferimento normativo o giurisprudenziale, nel sito può trovare il testo di quella legge o di quella sentenza);
 - può svolgere ulteriori ricerche utilizzando una selezione di collegamenti in rete (a partire, ovviamente, dai siti ufficiali delle istituzioni, per avere una conoscenza diretta, «dal vivo», di come funzionano e di cosa fanno);
 - può approfondire argomenti specifici (sui quali sono forniti materiali integrativi, casi ed esempi) e anche controllare se ci sono novità (per tenere continuamente aggiornato il manuale);
 - può verificare la propria preparazione esercitandosi con i test di ciascun capitolo (mentre nel manuale trova un «percorso di autoverifica» con domande a risposta aperta, nel sito trova gli esercizi a risposta multipla e, sottoponendo a verifica il questionario compilato, ottiene la valutazione con il tempo impiegato, il punteggio, le risposte corrette e quelle sbagliate);
 - può intervenire e avere risposta nello spazio del tutor on line (e, come tanti studenti delle precedenti edizioni, non deve esitare a farlo ogniqualvolta abbia dubbi e domande o voglia fare commenti o proporre suggerimenti sul *Corso*).
- Infine, lo studio del manuale potrà essere eventualmente integrato con le letture bibliografiche suggerite nel sito, accedendo all'archivio digitale dei libri del Mulino (Darwinbooks, www.darwinbooks.it), a disposizione di studenti e professori delle università abilitate.
- In conclusione, non si può che ribadire quanto detto prima: il manuale e il sito web sono due strumenti che si integrano a vicenda e il secondo è un **ausilio indispensabile** del primo.

L'ordinamento giuridico e il diritto costituzionale

CAPITOLO

1

In questo capitolo introduttivo si spiega che cosa caratterizza il diritto rispetto a ciò che diritto non è; perché l'ordinamento giuridico costituisce un sistema di norme; che cos'è una costituzione e cosa un ordinamento costituzionale.

1. LE REGOLE DEL DIRITTO

Come si usa dire con una locuzione latina: «*sibi societas ibi ius*». In altre parole: qualunque organizzazione sociale costituisce un ordinamento giuridico.

Un'organizzazione, per essere tale, ha bisogno di un complesso di regole che ne disciplinano la vita e l'attività. Le regole costituiscono il diritto di una determinata organizzazione: considerate nel loro insieme formano, appunto, un ordinamento giuridico.

Le regole del diritto appartengono al mondo del «dover essere» (che è il linguaggio rappresentativo mediante il linguaggio *prescrittivo*); questo si distingue dal mondo dell'«essere» (che è rappresentato mediante il linguaggio *descrittivo*

Società e diritto
prescrittivo

o quello *espressivo*, proprio dell'arte). Ma al «dover essere» appartengono anche altre regole: religiose, etiche, di costume, esse pure volte a prescrivere comportamenti, a dire quel che si deve fare e quello che non si può fare. Come distinguere le une dalle altre?

La distinzione del diritto dal comando religioso e dal comando morale discende dalla più evoluta civiltà greco-romana. Nel diritto arcaico – e comunque nelle società primitive – non esisteva la distinzione fra prescrizione giuridica e volere degli dei. E non c'erano legislatori e giurisperiti. C'erano sacerdoti (e aruspici, e auguri, e poi sciamani, stregoni o figure consimili) ed erano loro a decidere: proprio perché si riteneva che le regole fossero più da scoprire che da creare. E infatti, si «leggevano» i fenomeni naturali per stabilire chi avesse ragione e chi torto: si guardavano le viscere delle vittime sacrificali,

si osservava il volo degli uccelli e così via. Per convenzione si fa risalire la separazione fra i due ambiti, religioso e giuridico, alla fase repubblicana del diritto romano e in particolare alla *lex Hortensia* (287 a. C.): fatta approvare dal dittatore Quinto Ortensio, stabiliva che i plebisciti avevano forza di legge. Ma in realtà il cordone ombelicale che univa credenze e diritto non si è mai rotto del tutto. Anche in epoca contemporanea non sempre si mantiene la distinzione: in alcuni paesi islamici, ad esempio, le prescrizioni del Corano sono legge dello stato (*sharia*).

Nei moderni ordinamenti le regole giuridiche si distinguono non tanto per la loro provenienza (per essere cioè poste in modi regolati dal diritto stesso, identificabili nella maggior parte dei casi), o per il loro contenuto (che può essere identico a quello di precetti non giuridici: non uccidere, non dire falsa testimonianza...), ma perché sono inerenti ad una certa organizzazione sociale e sono finalizzate alla sua sopravvivenza e al suo sviluppo. Mentre le **regole etiche** o i **precetti religiosi** sono volti a perseguire la perfezione individuale o la salvezza dell'anima, le **regole giuridiche** regolano direttamente i rapporti fra i soggetti di un'organizzazione sociale, definiscono i confini dei rispettivi interessi, individuano e tutelano beni e valori ad essi comuni. In breve, assicurano la vita *normale* (da *norma*, appunto: termine che in latino vuol dire «quadra», l'attrezzo del muratore) di quella organizzazione. Proprio per questo le regole del diritto, a differenza degli imperativi etici e dei precetti religiosi, non riguardano le mere intenzioni del soggetto agente (come diceva il sommo giurista romano Ulpiano: «*cogitatiois poenita nemo patitur*», nessuno può essere punito per avere solo pensato un delitto); esse servono a regolare le azioni *rilevanti* per la vita di una specifica organizzazione sociale. Perciò, mentre le regole non giuridiche impongono solo doveri, le regole giuridiche, accanto ai doveri, tutelano i **diritti** dei consociati.

Siamo in presenza di norme giuridiche allorché si instaura un rapporto fra due o più soggetti, che sulla base di una regola comune (il **diritto oggettivo**) – *imposta da altri* (eteronoma) o *posta dalle parti* (autonoma) – *da luogo a vincoli reciproci*. Anche nel celebre romanzo di Daniel Defoe il diritto – con il suo insieme di norme, di diritti e doveri reciproci – entra in scena solo quando sull'isola a Robinson Crusoe si affianca Venerdì.

Tali vincoli – come vedremo meglio nel capitolo 6 – determinano in capo ad alcuni **situazioni giuridiche favorevoli** o di **vantaggio** (genericamente definibili **diritti in senso soggettivo**), mentre in capo ad altri determinano il sorgere di corrispondenti **situazioni giuridiche non favorevoli** o di **svantaggio** (genericamente definibili **doveri** o **obblighi**).

Ogni organizzazione, quindi, produce diritto ed è essa stessa prodotta dal diritto. Anche quella più elementare – l'organizzazione minima che si ha, ad esempio, fra persone che si dispongono in coda per accedere a un servizio – produce (ed è prodotta da) una norma spontanea che così recita: «chi arriva prima ha diritto di accedere al servizio per primo; ciascuno ha il dovere di attendere il proprio turno».

Regole etiche e religiose vs. regole giuridiche

Il rapporto giuridico

Ne deriva che *il diritto non è monopolio di alcuna organizzazione* (neanche dello stato), ma inerisce a qualunque organizzazione: questa è la **teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici**. Si pensi, ad esempio, alla comunità internazionale (retta dal diritto internazionale), o a una confessione religiosa organizzata (fra queste, la Chiesa cattolica, retta dal raffinatissimo diritto canonico); si pensi alle imprese commerciali, alle associazioni sportive e alle mille altre nelle quali le persone si organizzano.

Noi qui ci occupiamo del **diritto dello stato**: dunque, dell'ordinamento della più complessa fra le organizzazioni giuridiche, una comunità caratterizzata dalla **politicità** che – come vedremo nel capitolo 2 – non solo si regge su proprie regole ma, anzi, aspira a stabilire regole, divieti o vincoli per tutte le altre organizzazioni giuridiche con cui entra in vario modo in rapporto (tende ad affermarsi come *sovranità*).

La funzione organizzativa del diritto è sintetizzata nelle stesse espressioni con cui il diritto viene designato nelle principali lingue indoeuropee: *diritto, legge, giurisprudenza*. (A) L'espressione **diritto** (in francese *droit*, in tedesco *Recht*, in spagnolo *derecho*, in portoghese *direito*) trae origine dal participio passato dell'etimo latino *dirigere* (*directus*), a sua volta tratto dall'etimo indoeuropeo «rag», cui si allacciano le espressioni latine *rex, regio*, o quelle italiane «regime», «reggere», e derivati. (B) A sua volta *iuris*, da cui espressioni quali **giurisprudenza** (*prudentia iuris*) o **giustizia** (*iustitia*), deriva dall'etimo latino *ingere* (legare). Lo stesso di *coningere, coniugare, inguin* (questi ultimo è il giogo dei buoi) e richiama il concetto di «legame» (stringere insieme). (C) Analogo anche l'etimo indoeuropeo «leg», da cui deriva **legge**, da *lex-legis*, vale a dire *ligare*, tenere insieme (da cui, fra l'altro, *re-ligio*, religione).

2. COSA È UN ORDINAMENTO GIURIDICO

Ma qual è il rapporto fra il diritto e l'organizzazione sociale? È il diritto che fonda l'organizzazione, o viceversa è l'organizzazione che produce diritto?

- Secondo i fautori delle **teorie normativiste** (che si possono ricondurre al loro caposcuola, il giurista austriaco Hans Kelsen), l'ordinamento è costituito dal complesso delle norme vigenti in un determinato spazio territoriale, visto come un qualcosa a sé, isolato dalla società e da studiarlo secondo regole proprie («dottrina pura del diritto»).

- Secondo i fautori delle **teorie istituzionaliste** (che si possono ricondurre ai costituzionalisti Santi Romano, in Italia, e Maurice Hauriou, in Francia), un ordinamento non è solo un complesso di prescrizioni normative: è il complesso delle norme che scaturiscono da una determinata organizzazione sociale. Non sono le norme a dar luogo all'organizzazione, ma è questa che le produce; la loro funzione è di mantenerla, consolidarla e rafforzata.

Pluralità degli ordinamenti giuridici

Diritto e stato

Le teorie normativiste

Le teorie istituzionaliste

Per usare ancora il latino: «*ex facto oritur ius*». Vale a dire: le norme sono il prodotto di fatti normativi intervenuti in un certo momento della storia (l'instaurazione di un nuovo ordinamento, una rivoluzione, l'affermarsi di una consuetudine o altro).

Common law e civil law

Questa affermazione è difficilmente contestabile se si pensa ai paesi anglosassoni di *common law*. Sono paesi nei quali dalla regolarità dei comportamenti prevalenti, accertati e verificati dalle corti di giustizia, scaturisce la gran parte delle norme. Ma essa è valida anche per gli altri ordinamenti, nei quali invece è prevalente il peso delle norme scritte, cioè deliberate dagli organi a ciò deputati, debitamente promulgate e pubblicate (paesi di *civil law*). La stessa attività di interpretazione delle regole scritte non può non far richiamo, infatti, all'organizzazione sociale (cioè al *contesto normativo e istituzionale*) in cui esse vengono a collocarsi.

Anche in ambito costituzionale si può dire che le norme sono il prodotto di *fatti normativi*. Si prenda ad esempio la Costituzione del nostro paese. Essa entrò in vigore il 1° gennaio 1948, ma l'assetto costituzionale italiano si era già andato determinando, attraverso approssimazioni successive, man mano che maturarono fondamentali eventi politici, come si vedrà nel capitolo 16: la caduta del regime fascista, la Resistenza, la ricostruzione dei partiti politici, la decisione di eleggere un'Assemblea costituente, la scelta della Repubblica con il referendum del 2 giugno del 1946. È tale assetto costituzionale, ovvero tale *ordinamento costituzionale* (v. par. 4), che diede vita alla Costituzione italiana, assicurando ad essa la legittimazione e la forza normativa necessarie. Si può quindi dire che il potere dell'Assemblea costituente fu già, per larga parte, *costituito*.

Per dirla con una formula sintetica: secondo le teorie nominaliste, una società ha un ordinamento. Secondo le teorie istituzionaliste, invece, una società organizzata è un ordinamento.

Il positivismo giuridico

L'importanza dell'impostazione nominalista sia nel fatto che su di essa si fonda l'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni sociali, il che assicura maggiore certezza alla scienza giuridica. Non a caso viene annoverata fra le teorie *positiviste*. Come le scienze empiriche si sono sviluppate lavorando su dati verificabili sperimentalmente, così le discipline giuridiche dovrebbero basarsi sul *diritto positivo*, cioè *posita (positum)*, su prescrizioni normative riconosciute valide nell'ordinamento giuridico considerato: gli unici dati rilevabili con il metodo della scienza giuridica. Il limite di tale impostazione, tuttavia, è che non sa (non può) rispondere a una domanda cruciale: qual è il fondamento su cui si regge un ordinamento giuridico?

Si pensi a un ordinamento giuridico come a un edificio: esso è fatto solo dei mattoni e del cemento usati per costruirlo (gli imperativi giuridici) oppure dei loro combinarsi insieme sulla base di un'idea organizzatrice, di un principio fondante (un progetto di società, in senso lato, un progetto costituente)? Allo stesso modo, si pensi a una lingua: essa è certo frutto di un complesso di regolarità linguistiche, ma non si esaurisce nelle regole di grammatica e

sintassi. In altre parole: grammatiche e codici giuridici condizionano, ma sono a loro volta condizionati da prassi linguistiche e sociali, dal contesto socioculturale in cui fluiscono il linguaggio e il diritto. Parlanti si potranno archiviare in un cd-rom tutte le norme di un determinato ordinamento, ma esso non potrà comunque contenere tutto il diritto di quell'ordinamento.

Sulla base di quanto sopra detto si può giungere alla seguente definizione di **ordinamento giuridico**: *l'insieme di più elementi – prescrizioni, consuetudini, fatti normativi – accomunati dal fatto di essere tutti espressione di una determinata organizzazione sociale e coordinati fra loro secondo criteri sistematici* (v. par. che segue).

Il concetto di ordinamento giuridico non è necessariamente ancorato ad una specifica gerarchia di valori: infatti, Santi Romano perveniva alla conclusione che perfino le organizzazioni malavitose costituiscono un ordinamento, che si contrappone a quello statale. In effetti, per secoli, a partire dalla filosofia greca, ci si è trovati davanti a questo problema: al di sopra del diritto posto dalla comunità politica, si deve ritenere che esistono indagabili e immutabili norme di **diritto naturale**? Ecco il dramma di Antigone che, nella tragedia di Sofocle, disobbedisce alle leggi di Creonte, cioè al diritto della propria città, che le avrebbe vietato di dare sepoltura al fratello Polinice, e lo fa perché *quella* prescrizione era in contrasto con ciò che «gli dei hanno scritto nel cuore degli uomini» (cioè in contrasto con una legge più grande e alta di quelle degli uomini). Ma l'esperienza storica ci dice che l'idea di ciò che il diritto naturale prescriverebbe è variabile, e non di poco, nel tempo e nei luoghi (cioè nei diversi contesti sociali): basti pensare alla schiavitù, che ripugna alla coscienza moderna, per Aristotele del tutto conforme al diritto naturale, che – diceva – ha diviso gli uomini fra chi è destinato a vincere, per forza ed astuzia, e chi è destinato a soccombere.

Al di là della dimostrata mutevolezza di ciò che si può considerare *diritto naturale*, dopo gli orrori della Seconda guerra mondiale e le aberrazioni del nazismo, si è assistito ad una rinascita delle dottrine giusnaturalistiche, caratterizzate dal riconoscimento dei diritti dell'uomo, alle quali ha fatto riferimento, in alcuni paesi, la stessa giurisprudenza (ad es. in Germania).

Un punto comune alle diverse teorie può essere rinvenuto in alcuni principi la cui assenza non consente neppure di parlare di norme giuridiche, ma se mai – per usare un'espressione di Tommaso d'Aquino – di *corruptio legis*. Per esempio: il principio secondo il quale le norme giuridiche obbligano solo se possono essere conosciute; e il principio secondo il quale si deve obbedienza solo alle norme che non richiedono prestazioni impossibili. Ma questo tema è approfondito da un'altra e distinta disciplina, la *filosofia del diritto*.

L'ordinamento giuridico: definizione

Il diritto naturale

La rinascita del giusnaturalismo

3. OGNI ORDINAMENTO È UN SISTEMA

Ordinamento giuridico come sistema

Secondo tutte le impostazioni teoriche cui abbiamo fatto cenno, *ogni ordinamento è un sistema*. Con ciò si intende dire che esso presuppone se stesso come *unitario* (ha un principio fondante che ne assicura l'unità), necessariamente *coerente* (non ammette contraddizioni fra norme) e *completo* (non ammette lacune o vuoti normativi): su tutto ciò vedi più diffusamente il capitolo 5. L'essere sistema dell'ordinamento è il prodotto sia di consapevole volontà del legislatore (che si suppone voglia offrire basi salde all'organizzazione che concorre a costruire e a far vivere) sia dell'attività degli interpreti (operatori del diritto, studiosi): costoro contribuiscono a ricomporre una trama in grado di mantenere, con la dovuta regolarità, l'ordine giuridico. Un sistema, per essere tale, è ordinato attorno a un progetto. Progetto che può essere razionalmente posto (il che vale per i *sistemi ideali*, frutto cioè di costruzioni del pensiero dell'uomo: un sistema filosofico o anche politico, si pensi al mondo di *Utopia* immaginato e descritto da Thomas More) o può essere insito nel sistema stesso (il che vale per i *sistemi reali*: un sistema biologico, ad esempio, retto dalle informazioni del Dna o altri sistemi retti da specifiche leggi della fisica).

Sistema e interpretazione del diritto

L'interprete del diritto *deve presupporre che il diritto costituisca un sistema, così contribuendo a far sì che lo divenga effettivamente*. Così come la società non è costituita solo dalla pluralità degli individui, ma è un insieme che influisce sui singoli individui di cui è composta, parimenti un ordinamento non è una mera sommatoria di prescrizioni giuridiche. Le varie norme e i vari settori del diritto non sono solo pari di un tutto, ma un insieme di elementi, ciascuno con una propria funzione, coordinata con la funzione degli altri. Come nelle equazioni matematiche, anche nel diritto una variabile ne determina un'altra.

Ciò spiega perché, accanto all'**interpretazione letterale** (quella che emerge dalle parole di un testo scritto), si faccia uso di altri strumenti interpretativi, fra i quali, fondamentale, l'**interpretazione logico-sistematica** che guarda appunto alla «connessione» fra loro non soltanto degli enunciati e delle proposizioni normative che da quel testo si possono trarre, ma anche a come si inseriscono in un contesto considerato quale sistema. Come vedremo, utilizzando procedimenti di questo tipo, l'interprete penetra nella logica del sistema giuridico e, se del caso, può dare vita a nuove regole per casi non espressamente presi in considerazione dal testo scritto (*interpretazione analogica*).

Disposizione vs. norma

Per rendere più chiare operazioni del genere, la dottrina moderna è solita distinguere fra **disposizioni** e **norme**. Le disposizioni sono mere formulazioni linguistiche, potenzialmente suscettibili di diverse interpretazioni. Le norme sono il risultato dell'interpretazione, opera sulla base di più criteri: letterale, logico-sistematico e storico-comparativo. Facciamo un esempio, tratto dal nostro ordinamento, per chiarire la distinzione fra disposizione e norma. L'art. 2 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza contiene

questa disposizione: «Il prefetto, nel caso di urgenza o per grave necessità pubblica, ha facoltà di adottare i provvedimenti indispensabili per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica». Ebbene, da questa *unica disposizione* si possono ricavare due diversi significati, *due diverse norme*: una in base alla quale il prefetto può adottare provvedimenti che limitino *tutte* le libertà: un'altra, ben diversa, in base alla quale può fare tutto ma *non* limitare le libertà tutelate dalla Costituzione. È chiaro che la prima norma è contraria alla Costituzione, la seconda è coerente con essa. L'interprete non potrà che scegliere la seconda, e la giurisprudenza se ne farà garante. Di qui l'uso che della distinzione fra disposizione e norma ha fatto la Corte costituzionale (v. cap. 15).

4. COSTITUZIONE E ORDINAMENTO COSTITUZIONALE

Affinché un ordinamento giuridico possa costituire un *sistema*, è indispensabile che la sua unità, coerenza e completezza siano assicurate sia da un insieme di principi e valori fondanti sia dalla catena di produzione di nuove norme, via via destinate a rinnovarlo e aggiornarlo, che quei principi e valori devono ispettare. In altre parole, alla base dell'ordinamento vi è un progetto costituente che si può ritrovare (ma non sempre) consacrato in *atti costitutivi, statuti, tavole di fondazione* ed altri documenti consimili; per l'ordinamento statale si parla, per lo più, di **costituzione**.

La costituzione può essere **scritta o non scritta**, e, se scritta, **rigida o flessibile**. **Rigida** si considera quella costituzione che si può modificare solo con procedimento di revisione *aggravato* (rispetto al modo di produzione della legge ordinaria); **flessibile** si considera quella costituzione che può essere modificata o cui si può derogare con legge ordinaria.

Alla fine del XVIII secolo, con la Costituzione americana del 1787 e con la Costituzione francese del 1791, per effetto del **movimento costituzionalista**, si è cominciato ad avere costituzioni scritte, così espressamente denominate (o talvolta anche denominate «statuti» o «carte»). Molte costituzioni ottocentesche della Restaurazione, dopo il 1815, furono *ottriate* (dal francese *octroyé*), cioè concesse dalla corona, spesso *flessibili*; invece, le costituzioni contemporanee sono quasi tutte di origine rappresentativa, scritte e rigide (lo è quella italiana del 1948).

Le prime costituzioni furono sostanzialmente improntate ai principi del liberalismo del quale erano figlie (dichiarazione dei diritti, separazione dei poteri, stato di diritto, affermazione della costituzione come norma suprema), sicché si affermò nel tempo una certa identificazione fra *questo* costituzionalismo, inteso come limitazione del potere, e le costituzioni. In realtà, come vedremo nel capitolo successivo, sono queste le caratteristiche dello stato liberaldemocratico, improntato a *quel* costituzionalismo: ma vi possono ben essere e vi sono ordinamenti statali che ad esso *non* si ispirano.

Il progetto costituente

Costituzioni: tipologie classiche

Costituzionalismo e costituzione

Anche questi, però, come i primi, esprimono un progetto costituente, sia pure diverso e, come quelli, hanno *a)* dei principi fondanti, *b)* norme relative all'organizzazione dei pubblici poteri, *c)* procedure per produrre le norme destinate a rinnovare l'ordinamento stesso. In altre parole, hanno una *forma di stato*, un elenco dei *diritti e doveri dei cittadini*, una *forma di governo*, un complesso di *fonti sulla produzione del diritto*. Ecco dunque un primo punto fondamentale: ogni ordinamento statale ha un suo assetto costituzionale, ma non c'è un solo tipo di costituzionalismo e di costituzioni.

Non basta. Anche se la forma scritta è oggi di gran lunga prevalente, vi sono paesi che un simile documento non hanno: l'esempio più noto è quello del Regno Unito – cui tanto deve il costituzionalismo moderno – che, appunto, non ha una costituzione scritta. In quel paese non esistono *leggi costituzionali in senso formale*: nessuno sosterebbe, però, che non ci sono principi fondanti, norme sui pubblici poteri e sulle fonti (quali le norme che stabiliscono la monarchia ereditaria, i poteri del parlamento, le garanzie dei diritti di libertà, l'autonomia dei giudici). Norme costituzionali, prevalentemente non scritte, dunque ci sono e conferiscono identità all'ordinamento del Regno Unito, rendendolo del tutto differente, ad esempio, da uno stato totalitario o da uno stato islamico.

Costituzione e diritto costituzionale

Ecco dunque un secondo punto altrettanto importante: sono esistiti e tuttora esistono ordinamenti statali che, pur non disponendo di una costituzione scritta, ugualmente dispongono di un assetto riconoscibile caratterizzato dagli elementi fondamentali indicati sopra. Insomma: non hanno una costituzione (nel senso di documento organico riassuntivo degli elementi essenziali che caratterizzano l'ordinamento), ma possiedono un nucleo di norme che costituiscono l'*ordinamento costituzionale* di quel paese. Se non si può allora dire che ogni ordinamento statale ha una costituzione, è invece vero che *ogni ordinamento statale ha un proprio diritto costituzionale*; ha, in breve, un ordine costituzionale.

L'ordinamento costituzionale: definizione

L'*ordinamento costituzionale* di un determinato paese può dunque definirsi così: *il complesso delle norme fondamentali, scritte e non scritte, che danno forma all'ordinamento giuridico e rappresentano, per così dire, il codice genetico che determina l'identità dell'ordinamento stesso, vale a dire il suo ordine costituzionale*.

Il diritto costituzionale agisce all'interno di un ordinamento giuridico come il nucleo all'interno di una cellula. Questo contiene il Dna, che ha la funzione sia di conservazione e trasmissione del patrimonio genetico sia, per il tramite delle informazioni geniche, di programmazione e controllo delle funzioni della cellula stessa. Parimenti il diritto costituzionale, per il tramite degli inviolabili «principi supremi dell'ordinamento», ha la duplice funzione di assicurare l'identità dell'ordinamento giuridico, nel suo complesso, e il suo ulteriore sviluppo. Sono appunto le «informazioni geniche» da esso trasmesse che danno senso e unità – «ordine» appunto – ai vari rami dell'ordinamento: è nel diritto costituzionale che si trovano le «*cités de chapitres*» (l'espressione

è di Pellegrino Rossi – 1787-1848 – uno dei padri fondatori della scienza costituzionalistica) di tutti gli altri settori dell'ordinamento giuridico. Del resto, anche delle persone fisiche si dice che hanno una loro «costituzione» e questa indubbiamente dipende, per ciascuno, dal proprio patrimonio genetico.

Il concetto di ordinamento costituzionale così inteso è utile per diversi motivi. Infatti, se è vero che *non tutti* i paesi hanno una costituzione scritta (ma tutti hanno, appunto, un ordinamento costituzionale), se è vero che *non tutti* i paesi hanno ordinamenti costituzionali liberaldemocratici, è altresì vero che:

(A) la costituzione come documento scritto non esaurisce affatto tutto ciò che attiene agli elementi di fondo dell'ordinamento: restano fuori da esso *leggi costituzionali* e *consuetudini costituzionali*, restano fuori, inoltre, quelle che la dottrina chiama norme *materialmente costituzionali* (un richiamo c'è nella stessa Costituzione italiana, v. art. 72.4): si pensi, per esempio, alle disposizioni delle *preleggi* anticipate al codice civile, o alle stesse *leggi elettorali*, che sono in grado di incidere sul sistema politico più di quanto non sia dato a talune norme formalmente costituzionali.

(B) la costituzione contiene disposizioni che disciplinano, al contrario, aspetti che, per quanto rilevanti, difficilmente potrebbero essere considerati tali da caratterizzare l'ordinamento. In altri termini: non tutte le 8.000 parole della Costituzione degli Stati Uniti (1787) e non tutti i 139 articoli della Costituzione italiana (1948) rappresentano il fondamento su cui si reggono i rispettivi ordinamenti. Perciò vi sono norme formalmente costituzionali la cui eventuale abrogazione o modifica, comunque da farsi mediante il procedimento di revisione della Costituzione, non eliminerebbe alcun pilastro dell'ordine costituzionale. Ad esempio, nel 1963 sono stati modificati gli artt. 56 e 57 Cost. introducendo un numero fisso di parlamentari (prima era variabile in rapporto alle variazioni della popolazione). Ecco una modifica che non ha in alcun modo stravolto l'identità del nostro ordinamento (così non sarebbe invece se, ad esempio, venisse toccata l'autonomia delle Camere);

(C) la costituzione può contenere norme non più effettivamente vigenti. Particolarmente evidente è la situazione che si venne a determinare in Italia nel 1922-1943 quando continuava ad essere in vigore lo Statuto albertino, quale costituzione del Regno, mentre le leggi fasciste, in deroga allo Statuto, avevano dato vita ad un ben diverso ordinamento, un *regime* appunto.

In breve: l'ordinamento costituzionale di un paese non si identifica con le sole norme *formalmente costituzionali* e, viceversa, le norme di una costituzione non esauriscono i contenuti di un ordinamento costituzionale.

Un'altra riprova è data da quei casi in cui l'intera sostituzione del testo costituzionale non dà luogo a un mutamento dell'ordinamento costituzionale: ad esempio, il 1° gennaio 2000 è entrata in vigore la nuova Costituzione elvetica che ha sostituito quella del 1874, più volte emendata. Ebbene, dal 1874 l'ordinamento costituzionale svizzero era già cambiato molto di più di quanto non sia cambiato con il nuovo testo del 2000. In tale data si è avuta

Ordinamento costituzionale e norme formalmente costituzionali

Costituzione e norme materialmente costituzionali

Organi costituzionali e di rilevanza costituzionale

quella che si chiama tecnicamente una **revisione totale** della costituzione, ma non si è verificato alcun **mutamento dell'ordinamento costituzionale**.

La distinzione fra norme costituzionali il cui contenuto conferisce identità all'ordinamento e norme costituzionali che *non* hanno la medesima funzione, fa capire a sua volta la distinzione fra **organi costituzionali e organi di rilevanza costituzionale**. Solo i primi (nell'ordinamento italiano: Parlamento, governo, presidente della Repubblica, Corte costituzionale) concorrono a delineare il volto stesso del nostro ordinamento costituzionale; mentre i secondi, pur previsti dalla Costituzione, non possono dirsi necessari (ad es. il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro).

Il ricorso al concetto di **ordinamento costituzionale** risponde anche a fini pratici. Esso, infatti, aiuta a:

a) meglio interpretare le norme costituzionali vigenti, tenendo conto di ciò che caratterizza l'ordinamento nel suo complesso, al di là del documento scritto, alla luce delle trasformazioni sociali intervenute. Si pensi alla Costituzione degli Stati Uniti le cui disposizioni non si possono interpretare oggi con gli occhiali dei coloni americani del XVIII secolo, prescindendo dalla realtà di quel paese a distanza di oltre 200 anni (non si dimentichi che quel testo, per esempio, fu steso in modo da permettere, all'epoca, persino la schiavitù, o comunque non interferire sugli stati del Sud dove essa era ammessa);

b) individuare i limiti al potere di revisione costituzionale: essendo il potere di revisione non un **potere costitutivo**, ma un **potere costituito** (cioè previsto e disciplinato dalla costituzione stessa), esso non può contraddire le basi stesse della propria legittimazione, contenute nel nucleo dell'ordinamento. È questo, infatti, che legittima e dà validità alle singole norme, comprese le norme che regolano la revisione della costituzione. Per esempio, si potrebbe, in Italia, ridurre il numero dei parlamentari, ma non si potrebbe eliminare il carattere rappresentativo del Parlamento: in tal caso non sarebbe «revisionata» la Costituzione, ma verrebbe *mutato* l'ordinamento costituzionale, e il legislatore *costituzionale* si trasformerebbe in un legislatore *costituente*, utilizzando un potere costituito per dar vita a un ordinamento nuovo e diverso;

c) stabilire se una carta costituzionale è in vigore oppure no: se il divario tra l'ordinamento costituzionale e il documento costituzionale è eccessivo, si deve dubitare che il secondo sia ancora in vigore. È il caso, ad esempio, della Costituzione della Jugoslavia nei primi anni Novanta, nel periodo della dissoluzione di tale Repubblica: o di quella argentina (in vigore dal 1853) nel periodo dal 1966 al 1973 (e poi dal 1976 al 1983) quando si applicarono gli «Statuti rivoluzionari» su cui si resse il dominio dei generali. Ed è il caso, prima citato, dello stesso Statuto albertino sia durante il fascismo sia nel periodo successivo all'instaurazione di un nuovo ordinamento, pur provvisorio, fra il 1944 e il 1946.

Compio dei costituzionalisti non è solo quello di analizzare le disposizioni contenute in un documento costituzionale, ma anche di analizzarle, sempre con metodo scientifico, l'effettiva vigenza delle varie parti del testo costituzionale.

zionale. Nel primo caso il costituzionalista contribuisce a ricostruire ciò che il testo «prescrive» utilizzando il metodo giuridico-dottinatico, che consiste nel trarre le norme che l'operatore (sia esso un giudice, un avvocato, un funzionario amministrativo) è tenuto ad applicare. Nel secondo caso accerta empiricamente quali sono le norme effettivamente vigenti. Nel primo caso valuta il «dover essere» (il *sollen* secondo l'espressione tedesca), nel secondo l'«essere» (il *sein*).

Un aspetto delicato di tale attività consiste nello stabilire la distinzione fra una vera e propria *desuetudine* (cioè una consuetudine abrogatrice) e una prolungata violazione delle disposizioni costituzionali. La posizione del giurista chiamato ad applicare, sempre e comunque, la legge (il giudice, prima di tutti) e quella del giurista chiamato a studiare la realtà di un ordinamento sono necessariamente diverse. Ad esempio, chi sia chiamato a ricostruire, a fini prescrittivi, l'ordinamento sindacale italiano non può (sia pure tentando una lettura che tenga conto della realtà) non rifarsi ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 39 Cost., che, sebbene siano rimasti inattuati, rappresentano il *dover essere*; ma al tempo stesso, a meno di non fare opera astratta, deve anche fare riferimenti sia alla legislazione ordinaria approvata dal '48 ad oggi sia ai comportamenti concreti dei soggetti coinvolti, per individuare il regime effettivo delle relazioni sindacali nel nostro paese.

5. L'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE FRA NORMATIVISMO E ISTITUZIONALISMO

Anche a proposito del concetto di costituzione si è manifestata una contrapposizione analoga a quella di cui abbiamo parlato nel paragrafo 2, fra normativisti e istituzionalisti. I primi tendono a identificare la costituzione con il documento costituzionale, i secondi con la decisione politica che fonda l'ordinamento costituzionale.

Secondo i normativisti, dunque, la costituzione coincide con il «documento costituzionale», posto al vertice del sistema delle fonti del diritto, formalmente identificabile come tale. Essi vedono nel diritto un sistema di tipo piramidale che al vertice ha una norma suprema, «presupposta ma non posta»: si tratta di una norma generale sulla produzione del diritto, in base alla quale, a cascata, si costruisce l'intero ordinamento. Su di essa poggiano infatti le ulteriori norme sulla produzione del diritto: le norme costituzionali appunto. Per Hans Kelsen, peraltro, una norma fondamentale (*Grundnorm*) è «valida non... perché è stata creata in una data maniera da un atto giuridico ma è valida perché è presupposta valida», e rimane valida «fino a quando non venga resa invalida nel modo determinato dall'ordinamento giuridico stesso». Anche per Kelsen, «la norma fondamentale di un ordinamento giuridico non è il prodotto arbitrario dell'immaginazione giuridica», bensì è una norma «determinata dal principio di effettività».

La desuetudine

Costituzione come documento costituzionale

Si guardi al Novecento. È lecito affermare che fino a tre quarti del secolo (metà anni Settanta) si è assistito a una tendenza a spostare in avanti i confini dell'area pubblicistica estendendo sempre più l'intervento dello stato e delle pubbliche amministrazioni allo scopo di perseguire un crescente novero di interessi collettivi (ed ecco lo stato sociale con funzioni di tutela del cittadino «dalla culla alla tomba»). Successivamente (ultimo quarto del secolo) la crisi fiscale dello stato e la minor disponibilità dei cittadini a versare una parte consistente del proprio reddito allo stato hanno indotto sia a ridimensionare l'area degli interessi tutelati sia, soprattutto, a ridurre l'area di quelli tutelati direttamente e immediatamente dalla mano pubblica. Le stesse amministrazioni pubbliche, per ragioni di efficienza, hanno preso ad usare strumenti propri del diritto privato. Ed ecco le *privatizzazioni* o *liberalizzazioni* (che esprimono tuttavia realtà non sempre coincidenti). Ciò, a ben vedere, ha cambiato la *natura* e le *modalità* dell'intervento pubblico, ma ha ridotto il campo del diritto pubblico solo in piccola misura, quasi esclusivamente in relazione agli aspetti strumentali. Sempre pubblicistiche sono rimaste le scelte di fondo: e i pur crescenti spazi di autonomia dei privati hanno bisogno di un quadro solido e spesso complesso di garanzie pubblicistiche. Ecco perché quella fra diritto pubblico e diritto privato è una distinzione soprattutto didattica e pratica: serve a separare quegli ambiti del fenomeno giuridico che riguardano le attività riservate (da scelte pubblicistiche, dunque politiche) ai soggetti privati da quelli in cui operano direttamente soggetti portatori di interessi generali (lo stato e gli altri enti cui l'ordinamento riconosce natura analoga, sia pure limitatamente ad ambiti territoriali o materiali ristretti).

Le partizioni
del diritto
pubblico

Da questo punto di vista si considerano appartenenti al campo del diritto pubblico:

- il **diritto costituzionale** (studia l'ordinamento costituzionale nel suo complesso, come si è spiegato in questo capitolo);
- il **diritto parlamentare** (studia l'organizzazione e il funzionamento del Parlamento, v. cap. 9);
- il **diritto regionale** e il **diritto degli enti locali** (studiano le attribuzioni, l'organizzazione e il funzionamento di regioni ed enti locali, v. cap. 12);
- il **diritto amministrativo** (studia organizzazione, strumenti e attività delle pubbliche amministrazioni a tutti i livelli, v. cap. 13);
- il **diritto tributario** (studia mezzi e procedure per reperire le risorse volte a finanziare le spese dello Stato e degli altri enti pubblici, cenni nei capp. 12 e 13);
- il **diritto ecclesiastico** (studia la disciplina dei rapporti fra lo Stato e la Chiesa cattolica e le altre confessioni religiose, cenni nel cap. 6; da non confondere col *diritto canonico* che è il diritto della Chiesa cattolica);
- il **diritto penale** (studia il complesso delle norme che sono assistite dalla minaccia di una sanzione afflittiva, la *penna*, prevalentemente raccolte nel codice penale, cenni nel cap. 6);

- il **diritto processuale civile** e il **diritto processuale penale** (studiano le norme che regolano il processo civile e il processo penale, raccolte nel codice di procedura civile e nel codice di procedura penale, cenni nel cap. 14).

Del **diritto internazionale** si parla nel capitolo 3; del **diritto dell'Unione europea** nel capitolo 4. Vi sono poi ambiti in cui l'intercetto fra norme che appartengono al diritto pubblico e norme che appartengono al diritto privato (secondo la distinzione tradizionale) è tale da renderle indistinguibili, sicché si parla di materie *mixte*: è il caso del **diritto del lavoro** e del **diritto dell'economia** (cenni nei capp. 5, 6 e 13).

I numerosi rinvii ai diversi capitoli di questo libro testimoniano l'ampiezza del campo del diritto pubblico inteso come materia di insegnamento unitario, che include gli aspetti fondamentali del diritto costituzionale e i profili di diritto pubblico dell'Unione europea e di diritto amministrativo; e ne spiegano la natura *introduttiva*, nella maggior parte dei casi preparatoria e propedeutica rispetto a successivi approfondimenti per singole partizioni.

P A R O L E C H I A V E

- | | |
|--------------------------|---|
| • <i>Civil law</i> | • Interpretazione |
| • <i>Common law</i> | • Norma |
| • Costituzione | • Ordinamento costituzionale |
| • Costituzione materiale | • Ordinamento giuridico |
| • Costituzione rigida | • Organi costituzionali |
| • Diritto | • Pluralità degli ordinamenti giuridici |
| • Diritto costituzionale | • Potere costituente e potere costitutivo |
| • Diritto naturale | • Teorie istituzionaliste |
| • Disposizione | • Teorie normativiste |
| • Fatti normativi | |

P E R A P P R O F O N D I R E

- A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in «Quaderni costituzionali», n. 2 (2010), pp. 311-360.
- H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Einaudi, 1945.
- G. Morari, *La costituzione in senso materiale*, Milano, Giuffrè, 1998 (I ed., 1940).
- S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1977 (I ed., 1918; II ed., 1946).
- C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984 (ed. orig. 1928).

1. Che differenza c'è fra regole giuridiche e regole non giuridiche?
2. Perché si parla di pluralità degli ordinamenti giuridici?
3. In cosa differiscono le teorie nominaliste e quelle istituzionaliste?
4. Cosa significa diritto positivo o posto? E cosa diritto naturale?
5. In che senso ogni ordinamento si concepisce come un sistema?
6. Qual è la distinzione fra disposizioni e norme?
7. Cos'è una costituzione? E quand'è che una costituzione si dice rigida?
8. Che differenza c'è fra costituzione e ordinamento costituzionale? Perché non coincidono?
9. Cosa si intende per costituzione in senso formale e costituzione in senso materiale? Come mai vengono a volte contrapposte?
10. In che cosa si differenzia l'ambito del diritto pubblico dall'ambito del diritto privato?

Lo stato

Che cosa caratterizza, rispetto agli altri, l'ordinamento giuridico che chiamiamo «stato»? Quali sono i suoi elementi costitutivi? Quali sono le giustificazioni filosofiche dello stato? Quali sono le forme di stato e quali, infine, le caratteristiche degli stati liberaldemocratici fra i quali si colloca la Repubblica italiana?

1. LO STATO COME COMUNITÀ POLITICA

Fra tutti gli ordinamenti giuridici costruiti nel corso della storia ha assunto particolare rilievo, dal XVI secolo in poi, lo stato (l'espressione «stato» compare già ne *Il Principe* di Niccolò Machiavelli).

Gli stati si affermano allorché in varie parti d'Europa alcuni ordinamenti territoriali si organizzano attorno a un *princeps*, un feudatario che per forza militare, economica o strategica assume posizioni di preminenza rispetto ad altri. Il processo si sviluppa in una duplice direzione, esterna ed interna:

a) affermando la propria autonomia nei confronti sia del Papato sia dell'Impero i quali, spesso in conflitto fra di loro, esercitavano o pretendevano di esercitare giurisdizione sui singoli ordinamenti locali;

b) affermando la propria supremazia nei confronti degli ordinamenti patrimoniali che esistevano al loro interno, dagli ordinamenti feudali a quelli corporativi e municipali.

Attraverso questo processo, che si svolge su più piani collegati fra loro, si unificano e nazionalizzano i vari ordinamenti giuridici particolari; si rendono autonomi territori e istituzioni dal patrimonio personale del principe; si formano una burocrazia e un esercito stabili. L'autonomia dai poteri che si contendevano l'universalità, Papato e Impero, trova consacrazione con la fine della Guerra dei Trent'anni e il Trattato di Vestfalia del 1648 (il quale, non a caso, segna anche la nascita del moderno diritto internazionale, v. cap. 3).

La nascita dello stato moderno

mentre la supremazia interna si realizza attraverso il consolidamento della monarchia assoluta nei principali paesi europei.

Lo stato moderno è caratterizzato da più elementi, ma due sono quelli più importanti: la *politicità* e la *sovranità*.

La *politicità* (da *polis*, la città-stato greca da cui lo stato riprende talune caratteristiche) sta ad indicare che l'ordinamento statale assume fra le proprie finalità la cura, almeno potenzialmente, di *tutti* gli interessi generali che riguardano una determinata collettività stanziata su un determinato territorio.

In forza di ciò lo stato tende ad assorbire, o più esattamente a sottoporre alle proprie regole, tutti i diversi ordinamenti preposti alla cura di interessi particolari che esistono all'interno dei suoi confini territoriali.

Stato
e sovranità

Proprio questa è la base di legittimazione dell'altro elemento che caratterizza lo stato: la *sovranità*, vale a dire la sua *supremazia* (da *superans*, ciò che sta sopra) rispetto ad ogni altro potere costituito al suo interno e la sua *indipendenza* rispetto a poteri esterni. Vi sono altri enti, con il proprio ordinamento giuridico (i comuni e le regioni, per esempio), che possono essere definiti *politici* ma *non sovrani*: la loro libertà di curare gli interessi delle rispettive collettività territoriali è limitata da regole che è la costituzione a stabilire e che ne definiscono l'autonomia. Proprio per questo solo lo stato è sovrano.

Uno stato può definirsi tale se riesce a conseguire, sopra un determinato territorio, il **monopolio della forza**: se è in grado, in altre parole, di agire tendenzialmente senza resistenze al proprio interno e senza interferenze dall'esterno (si potrebbe dire parafrazzando la celebre formula di Cartesio: *nibeo ergo sum* – «comando, dunque sono»). Lo stato esercita il monopolio della forza sia in forma diretta, grazie all'uso della *forza legale* (organizzazione di tribunali e di forze di polizia, coazione fisica nei confronti di chi trasgredisce la legge, organizzazione di forze armate per la difesa esterna), sia in forma indiretta ponendosi come unico soggetto in grado di legittimare altri soggetti all'uso della forza (per esempio, autorizzando la costituzione di forze di polizia locali con compiti delimitati).

Si può parlare, quindi, di *stato* quando *una popolazione, sottomettendosi a un potere politico, dà vita ad un ordinamento in grado di soddisfare i suoi interessi generali* (difesa dal nemico esterno, sicurezza interna, giustizia, ordine pubblico, disciplina delle relazioni economiche...). In questo modo una popolazione diviene *popolo*, ovvero un insieme di persone legate dal fatto di condividere tutte un'uguale *cittadinanza*, vale a dire una tendenziale uguaglianza di diritti e doveri di fronte al governo sovrano cui si assoggettano (su questi concetti v. capp. 6 e 8).

Elementi

dello stato

- Per aversi uno stato devono essere presenti tutti e tre gli elementi:
- un **popolo** (anche plurinazionale ma che sia «uno», cioè si sia dato un unico ordinamento costituzionale);
- un **territorio** (non necessariamente contiguo: vedi, ad esempio, l'Alaska rispetto al resto degli Stati Uniti, o Campione d'Italia rispetto al nostro paese);
- un **governo sovrano**.

Non costituisce uno stato, invece, un popolo privo di territorio (si pensi ai nom o ai berberi, ad esempio) o un popolo pur stanziato su un determinato territorio, ma privo di un governo in grado di controllarlo (si pensi ai curdi, ad esempio, divisi fra Turchia, Iraq, Iran, Siria e altri paesi del Caucaso). Né costituisce stato, parimenti, una popolazione insediata su un territorio disputato fra più di un governo in conflitto (come nel caso della Bosnia-Erzegovina, prima degli accordi di Dayton del 1995). Non si può poi parlare di stato quando, pur essendo ci un governo, la sicurezza esterna è assicurata da uno stato straniero (è il caso dei *protettorati* o, ancor più chiaramente, delle *colonie* ancora esistenti, spesso dotate di forme di autogoverno ma prive di propri apparati di difesa).

Si pensi anche ai Territori palestinesi, nei quali si ha certamente un popolo e dove c'è anche un governo (oltre, ovviamente, a un territorio), ma si tratta di un governo non sovrano, nella misura in cui non dispone dei propri confini e neppure del completo monopolio della forza interna.

Caratteristiche dell'ordinamento statale sono dunque la politicità e la sovranità.

I due concetti sono fra loro collegati: non si possono, infatti, perseguire fini generali se non si dispone della forza e delle risorse che possano rendere ciò effettivamente possibile: in poche parole, se non si è *sovrani*. Non contraddice questa affermazione l'art. 7 della Costituzione italiana là dove afferma che «lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani»; infatti, la *sovranità* della Chiesa non è riferita all'ordine temporale, bensì all'altro, quello spirituale. Sovrano deve considerarsi lo Stato della Città del Vaticano. Ne è riprova la circostanza che lo Stato italiano entra in relazione con questo attraverso un Trattato, vale a dire uno strumento tipico del diritto internazionale, e con la Chiesa cattolica, invece, attraverso un atto chiamato Concordato.

Collegato alle categorie della politicità e della sovranità è il concetto di *costituzione*: la *sovranità* è un potere *non* costituito ma costituente («causa prima e motore immobile», «perpetuo e non delegato» lo definisce nel XVI secolo, con linguaggio mutuato dalla teologia, Jean Bodin, il primo teorico dello stato moderno), e in essa trova legittimazione la costituzione dello stato, essa a sua volta costitutiva di ogni altro potere pubblico. In breve: *solo gli stati sovrani possono darsi (o comunque possedere) una costituzione*. Altri ordinamenti possono avere documenti fondamentali che assolvono ad analoghe funzioni, ma non può parlarsi in senso proprio di costituzione.

Stato, sovranità, popolo, potere politico, costituzione sono concetti che appartengono alla nozione di *comunità politica*. Torniamo all'esempio, evidente nella sua drammaticità, di palestinesi ed israeliani: stanziati quasi nel medesimo territorio, essi non sono un popolo unito attorno a comuni valori e fini politici, non intendono perciò darsi una costituzione comune; non vogliono, in altre parole, sottomettersi a un governo comune, in grado di esercitare un potere sovrano e di perseguire l'interesse di tutti.

Collegare il concetto di stato a quello di sovranità non è in contraddizione col fatto che, nell'ordinamento italiano, la sovranità è considerata, così come

Non c'è stato
senza territorio
o senza
governo

Sovranità
e costituzione

Stato come
comunità
politica

Sovranità e popolo

in altre democrazie, «appartentente» al popolo (art. 1.2 Cost.). Tale solenne affermazione (su cui torneremo nel cap. 8) induce a sottolineare subito due aspetti fondamentali:

- a) il popolo è la **fonte di legittimazione** di ogni potere statale; nello stato assoluto, fonte di legittimazione del re era considerato Dio stesso (*omnis potestas a Deo*), secondo la formula di San Paolo), nello stato liberale la Nazione (in realtà, come vedremo, solo una parte della comunità);
 - b) il popolo, o meglio, il corpo elettorale (il quale non coincide con tutto il popolo, essendo costituito dai soli cittadini maggiorenni cui è riconosciuto il diritto di voto) è il **titolare dei poteri sovrani** (esso elegge gli organi dello stato e degli altri enti territoriali e decide attraverso istituti di democrazia diretta).
- Ma la sovranità dello stato non ha più le caratteristiche di assoluta che i vecchi stati nazionali rivendicavano. L'esercizio del potere sovrano incontra limiti crescenti:

a) **limiti di fatto** derivanti dallo sviluppo delle tecnologie informatiche e dai processi di **globalizzazione**, che rendono difficile il controllo degli stati sia sulla circolazione delle informazioni sia sulla circolazione dei capitali e delle risorse prodotte nel proprio territorio (tanto che si parla di *crisi di legittimazione* dello stato e, in particolare, dello «stato nazione», quello nel quale ordinamento giuridico sovrano e comunità nazionale coincidono);

b) **limiti giuridici** derivanti dall'evoluzione, a partire in particolare dal Secondo dopoguerra, dell'ordinamento internazionale, che mira non più solo ad assicurare la coesistenza fra stati ma considera fra i propri soggetti, oltre agli stati e alle organizzazioni internazionali, anche i popoli e i singoli individui, da proteggere in nome dei diritti umani. Infatti si parla di *ingerenza umanitaria*, contrapponevole al tradizionale principio di non ingerenza negli affari interni di uno stato.

Nonostante tali limiti, la categoria della sovranità rimane ancora valida poiché si può presupporre, almeno dal punto di vista del diritto interno, che, in linea di principio, le limitazioni alla sovranità dello stato siano volute dal popolo stesso nell'esercizio del potere costituente.

Sembra contraddire lo schema classico della sovranità lo **stato federale**. Il primo esempio è costituito storicamente dagli Stati Uniti (con la Costituzione del 1787), cui seguirono la Svizzera nel 1848 e il Secondo Reich tedesco nel 1871; il modello federale si è poi diffuso in altre parti del pianeta. Esso realizza un ordinamento complesso in cui la sovranità è distribuita a due livelli di governo, quello dello stato federale e quello degli stati federati, ciascuno con una propria costituzione. In realtà, il processo di unificazione federale (da *foedus*, patto) dà vita a un nuovo stato; la costituzione federale si pone come fonte di legittimazione di tutti i poteri pubblici, anche di quelli degli stati federati. In poche parole: *vi è un solo popolo, un solo potere costituente, una sola costituzione, un solo stato*.

Diverso dallo stato federale è il caso della **confederazione di stati o dell'unione di stati**. Qui più stati non danno vita a un nuovo stato, ma a comuni strutture

La confederazione di stati

di cooperazione, disciplinata (non già dal diritto interno ma) dal diritto internazionale e priva di una costituzione. Si discute a quale modello appartenga l'**Unione europea**, in bilico appunto fra il modello della confederazione di stati e un possibile sviluppo in senso federale. Infatti, non può ancora dirsi che l'Unione europea abbia le caratteristiche della politica, sfuggendo ad essa la cura degli interessi generali del popolo europeo (la difesa, per esempio: anche se progressi sono in corso pure in questo campo). Gli stessi trattati fanno riferimento sia ai *popoli europei*, al plurale, sia ai *cittadini dell'Unione* (v. cap. 4).

Gli stati sorgono e vivono, ma anche muiono (l'Austria nel periodo 1938-1945, l'Unione Sovietica nel 1991); si trasformano (le due Germanie che si riunificano dopo la caduta del muro di Berlino nel 1989), e si dividono (l'Impero austro-ungarico nel 1919, la Jugoslavia nel 1990-1992, oggi divisa in 7 stati sovrani).

Tali trasformazioni possono essere valutate sia dal punto di vista del diritto internazionale (riconoscimento da parte degli altri stati e ammissione all'Organizzazione delle Nazioni Unite) sia dall'autonomo punto di vista del diritto interno, a seconda che siano avvenuti o meno mutamenti dell'ordinamento costituzionale. Non solo: uno stato può esso stesso autoqualificarsi come nuovo ed esserlo indiscutibilmente dal punto di vista interno (per esempio, la Russia sovietica dopo la Rivoluzione del 1917), ma non essere considerato tale dal punto di vista internazionale (infatti furono addebitate al nuovo stato le obbligazioni contratte dalla Russia zarista).

2. LA GIUSTIFICAZIONE DELLO STATO

Le funzioni della comunità statale – e quindi il modo come in concreto si atteggiavano gli elementi della *politicità* e *sovranità* – stanno alla base delle diverse *dottrine dello stato*, le quali si riflettono sulle *forme di stato* succedutesi in epoca moderna.

Secondo il **costituzionalismo di matrice liberale** (di cui fu massimo teorico il filosofo inglese John Locke – 1632-1704 – che influenzò i padri costituenti americani), gli uomini possiedono tre diritti: alla vita, alla libertà e alla proprietà. Allo scopo di salvaguardarli hanno anche il diritto di difendersi (strumentale al perseguimento dei primi). Per farlo in modo più efficace essi trasferiscono *per contratto* tali diritti a un'autorità sovrana: ecco perché si parla di **dottrine contrattualistiche** per designare la scuola di pensiero di cui Locke fu uno dei capostipiti. Il trasferimento può essere sempre revocato. Lo stato, cui essi danno vita, ha quindi compiti delimitati alla tutela dei *diritti naturali* dei cittadini (ecco perché si parla di *giuridicalismo*): la funzione dello stato è solo di riconoscerli e assicurarne l'intangibilità.

Partendo dallo stesso filone contrattualista, Thomas Hobbes (1588-1676) giunge a conclusioni diverse. Mentre per Locke lo stato è lo sviluppo di una

Costituzionalismo liberale e contrattualismo

Le trasformazioni degli stati

condizione positiva che deve solo essere migliorata, per Hobbes lo stato di natura è una condizione di grave conflitto (*«bono homini lupus»*: ogni uomo è nemico dell'altro uomo). Per uscire da quella condizione si delega al sovrano il potere di disporre di se stessi (da qui un *pacium subiectionis*, non *pacium unionis*). Ne deriva che lo stato non ha obblighi verso i sudditi: è un *Leviatano* – nome che richiama un terrificante mostro biblico (e nome anche di un'opera di Hobbes) – che tutti assoggetta al suo potere autoritario: persone, formazioni sociali e la stessa Chiesa.

La filosofia di Georg W.F. Hegel (1770-1831) è invece legata ad una visione dell'uomo alternativa a quella delle dottrine contrattualistiche. A lui si deve la concezione dello stato come realtà spirituale, in base alla quale lo stato è la totalità che precede le parti (i singoli), non uno strumento per la tutela dei diritti. Secondo tale impostazione, che si può annoverare fra le *dottrine statolatre* che da Hegel risalgono fino a Platone, lo stato non è la somma di volontà individuali; nulla ha a che vedere con il contratto (che se mai fa parte del diritto, «momento inferiore dello spiritos») ed è del tutto separato dalla società. Esso è il realizzarsi dell'opera millenaria della ragione, dell'«Idea», l'«ingresso di Dio nel mondo». È il popolo – sono gli individui – che ricevono identità dallo stato, non viceversa. Senza lo stato l'individuo non ha identità e il popolo è solo moltitudine informe. Per questo, per il cittadino non si tratta di difendersi dallo stato, ma di identificarsi con esso. È lo stato che viene prima (e anzi assorbe) l'individuo: l'opposto, come si vede, della filosofia su cui si fonda il costituzionalismo classico.

Non sorprende che da Hegel abbia preso le mosse, grazie a Giovanni Gentile, la *destra hegeliana*. Come scrisse Benito Mussolini nella voce «fascismo» dell'*Enciclopedia italiana Treccani*: «lo stato è l'assoluto... gli individui e i gruppi il relativo...; tutto nello stato, nulla contro lo stato o fuori dello stato». Questa formula riassume icasticamente cosa si intende per *dottrine statolatre* (che nutrono una fede cieca e assoluta nello stato). Quando a uno stato così concepito si attribuisce una missione derivante da valori a loro volta pensati come assoluti (la nazione, la razza, la classe) si può parlare di *stato etico*, quello teorizzato dalle dottrine della destra fascista, nazista o falangista: uno stato che tende a riconoscere un «capo» (un Duce, un Führer, un Caudillo); che ammette solo un *partito unico* (perché unico è il sistema di valori che persegue e considera legittimo perseguire); che si basa su precise *gerarchie* – vale a dire su persone ed oligarchie gerarchicamente ordinate, in grado di interpretare l'«Idea» – e su una conseguente ricomposizione organica della società (in cui ciascuno occupa un posto particolare ed è inserito in strutture di tipo corporativo che assorbono, negandoli alla radice, i conflitti sociali: di qui, per esempio, la trasformazione della Camera dei deputati in Camera dei fasci e delle corporazioni).

Ma da Hegel prese le mosse anche la *sinistra hegeliana* che, attraverso Feuerbach, Engels e soprattutto Karl Marx (1818-1883), utilizzò partendo dai rapporti economici (*materialismo storico*) la visione antropologica di Hegel.

Le dottrine marxiste

Lo stato etico

Marx, in particolare, capovolse il rapporto fra stato e società costruito da Hegel. Secondo Marx, il principale fattore di civilizzazione non era lo stato, ma la *società civile*. Egli negava valore all'individuo al di fuori dei rapporti sociali e, soprattutto, al di fuori della sua collocazione di classe, perché la storia dell'uomo, nella sua concezione, altro non sarebbe che storia delle lotte fra classi sociali. Perciò Marx rifiutava anche la logica della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789. Secondo l'impostazione marxista, lo stato era solo uno strumento, una «macchina», attraverso cui una classe (quella che nella società aveva vinto) esercitava il proprio dominio sulle altre classi. Secondo la versione teorizzata dal rivoluzionario russo bolscevico Lenin, compito del proletariato sarebbe stata la conquista dello stato al fine di instaurare la propria «dittatura» di classe. La dittatura del proletariato avrebbe dovuto consentire di superare gli antagonismi di classe e, ponendo le condizioni per il massimo sviluppo delle libertà e delle forze produttive, avrebbe addirittura portato alla progressiva «estinzione dello stato».

Queste diverse impostazioni filosofico-politiche influenzarono – e non poteva essere diversamente – i costituenti italiani. Da poco superato il fascismo, vennero decisamente rifiutate le dottrine statolatre e ne fu l'influenza delle dottrine liberalcontrattualiste: si pensi all'art. 2 Cost., che costituisce una delle architravi dell'intero edificio costituzionale italiano, nel quale il costituente volle affermare che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo». Nel contempo, differenziandosi dalle dottrine contrattualiste ispirate a una visione esclusivamente individualista, si volle anche dare forte rilievo – secondo le impostazioni del personalismo comunitario dei filosofi cattolici francesi Maritain e Mounier – alle formazioni sociali intermedie, tutte quelle, numerose, «ove si svolge la personalità» dell'uomo (famiglia, scuola, associazionismo e così via). Dell'impostazione marxista, che rifiuta di astrarre il cittadino dalla condizione sociale in cui concretamente versa, vi è significativa traccia nell'art. 3, 2 Cost., il quale assegna alla Repubblica il compito di promuovere l'eguaglianza eliminando «gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese».

Il personalismo comunitario

3. LE FORME DI STATO MODERNE E IL COSTITUZIONALISMO LIBERALDEMOCRATICO

Mentre le *forme di governo* (v. cap. 7) riguardano il modo come si distribuisce il potere politico fra i vari organi dello stato, vale a dire come vengono assunte da chi governa le decisioni politiche che concernono una determinata collettività statale, le *forme di stato* riguardano, invece, più a monte, il modo in cui si attinge il rapporto fra i cittadini e il potere politico, vale a dire il rapporto fra «governanti e governati», nonché i fini ultimi che si pone il *Parlamento*.

Le forme di stato: delimitazione

Le forme di stato: una classificazione

Con riferimento, dunque, al modo come vengono organizzati tali rapporti e al modo come vengono perseguiti i fini politici della comunità considerata, si possono individuare le seguenti forme di stato:

- lo stato assoluto;
- lo stato liberale;
- lo stato liberaldemocratico (che in diversi paesi europei si caratterizza come *stato sociale*);
- lo stato fascista;
- lo stato socialista;
- lo stato confessionale.

Le forme di stato (e le forme di governo) non rappresentano degli archetipi ideali, ma uno strumento di classificazione e conoscenza: esse si definiscono attraverso un processo di astrazione dalle concrete forme statuali realizzate negli ultimi secoli. E questa la ragione per cui non è sempre facile inserire alcuni stati, quando presentano caratteristiche originali o sono il frutto di ibridazioni, in questa o quella forma di stato.

Dopo la dissoluzione dell'**ordinamento feudale** (che secondo alcune classificazioni viene considerato una forma di stato, ma in realtà *precede* lo stato moderno), alla fine del Medioevo e all'inizio dell'era moderna si afferma lo **stato assoluto**. Esso si caratterizza per:

- a) legittimazione del sovrano direttamente da Dio;
- b) accentramento in capo al sovrano – e ai suoi delegati – di tutto il potere pubblico senza distinzione fra le diverse funzioni;
- c) rigida divisione in classi sociali e riconoscimento all'aristocrazia, per lo più di origine feudale, di una condizione particolare grazie a privilegi, immunità, franchigie e così via.

Le moderne forme di stato, lo stato liberale e lo stato liberaldemocratico, che del primo rappresenta una evoluzione, traggono le loro origini dal superamento dello stato assoluto.

Lo **stato liberale** è il frutto della lotta vittoriosa della borghesia – il «terzo stato» – contro l'aristocrazia e l'altro clero (le due classi egemoni durante l'*ancien régime*), che si realizza nel periodo che va dalla *Gloriosa Rivoluzione* del 1688-1689 in Inghilterra alla Rivoluzione americana del 1776, alla Rivoluzione francese del 1789, alle rivoluzioni europee del 1848. Esso è contrassegnato da una base sociale ristretta poiché il diritto di voto è riservato a coloro i quali possiedono un determinato censo o determinate capacità (perciò è stato chiamato **stato monoclasse**), ma riconosce a tutti i cittadini i diritti di proprietà e di libertà, che vengono garantiti da regole di diritto generali e astratte, vincolanti anche per la pubblica amministrazione e tutelate da giudici indipendenti (per queste ragioni viene definito *stato di diritto*).

Dallo stato liberale si sviluppa lo **stato liberaldemocratico**, che si comincia a delineare agli inizi del Novecento e si afferma allorché l'estensione del suffragio ai ceti esclusi – in Italia il suffragio universale (maschile) si raggiunge nel 1912 – porta non solo al riconoscimento dei diritti politici a tutti i cittadini

maggioritari, ma favorisce l'organizzazione dei cittadini in partiti politici e in sindacati al fine di meglio rappresentare e tutelare i ceti più deboli: quindi diventa **stato pluriclassista** nel quale non si possono ignorare i bisogni delle classi popolari.

Queste esigenze, accentuate dalla crisi dell'economia mondiale dopo il crollo di Wall Street (il principale mercato azionario americano) del 1929, portano a un sempre più accentratore intervento dello stato nell'economia e al riconoscimento giuridico, accanto ai tradizionali diritti civili e ai conquistati diritti politici, anche di specifici diritti sociali: da qui l'espressione **stato sociale** per definire quelle varianti della forma di stato liberaldemocratica, affermatesi soprattutto in Europa, nelle quali tra i fini dello stato vi è la garanzia di importanti prestazioni sociali («stato sociale di diritto» si autodefinisce, ad esempio, la Germania federale).

La disomogeneità della base sociale di questi ordinamenti e la ricerca di forme di coesione e integrazione sociale meglio garantite inducono, nello stesso periodo, a fissare in costituzioni rigide la tutela dei diritti civili, politici e sociali. Da qui la definizione di questa forma di stato come **stato costituzionale**, inteso come evoluzione dello stato di diritto. Quello, nel XIX secolo, si limitava a sottoporre alla legge gli organi statali: lo stato costituzionale, nel XX secolo, sottopone il legislatore stesso a una legge superiore, la costituzione appunto.

La **Repubblica italiana**, costruita sulla base della Costituzione del 1948, può sinteticamente definirsi uno stato sociale che si ispira al **costituzionalismo liberaldemocratico** ed ha tutte le caratteristiche dello stato costituzionale.

Nei capitoli successivi saranno analiticamente descritti i lineamenti della Costituzione italiana. Indichiamo qui in sintesi i valori, i principi e le tecniche che la caratterizzano. Essi sono quelli propri del costituzionalismo di ispirazione liberaldemocratica il quale accomuna, con maggiore o minore accentuazione, la grande parte degli stati dell'Occidente, dopo il crollo di vari stati autoritari fra la fine degli anni Settanta e l'inizio degli anni Ottanta (Spagna, Portogallo, Grecia, Cile, Argentina) e le «rivoluzioni pacifiche» del 1989 nei regimi comunisti dell'Europa centro-orientale.

Tali valori, principi e tecniche si possono così riassumere:

- i **diritti dell'uomo** hanno il primato su ogni altro valore; nello stato sociale, alla tutela dei diritti civili e politici si aggiunge la tutela dei **diritti sociali** quale strumento di coesione della comunità statale, qualificati come **diritti di cittadinanza**;
- i titoli che legittimano il riconoscimento di diritti e di doveri sono appunto la **cittadinanza** e, in molti casi, la condizione stessa di **persona umana**, non l'appartenenza ad una corporazione (come nell'*ancien régime*) o a una classe (come l'aristocrazia negli ordinamenti della Restaurazione dopo il 1815; gli operai e i contadini negli ordinamenti socialisti dello scorso secolo) o a una religione (come negli stati confessionali);
- è garantito il rispetto del **principio di eguaglianza**;

Lo stato assoluto

Lo stato liberale

Lo stato liberaldemocratico

Lo stato costituzionale

Il costituzionalismo liberaldemocratico

FONTI

- Costituzione della Repubblica.

PER APPROFONDIRE

- A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2011.
- R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004.
- M. Fioravanti, *Costituzionalismo*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- P.P. Portinaro, *Lo stato*, Bologna, Il Mulino, 1999.

PERCORSO DI AUTOVERIFICA

1. Quali sono gli elementi che caratterizzano l'ordinamento statale?
2. Cosa si intende per sovranità? E perché la si considera ormai limitata?
3. Cos'è uno stato federale?
4. Qual è la concezione dello stato nelle dottrine contrattualistiche?
5. Quale la concezione nelle dottrine statorlatre?
6. Quale la concezione nelle dottrine marxiste?
7. Cosa vuol dire forma di stato? E come si classificano?
8. Qual è l'evoluzione storica delle forme di stato?
9. Quali sono i caratteri dello stato costituzionale liberaldemocratico?
10. Altre forme di stato estranee al costituzionalismo liberaldemocratico?

Lo stato e gli altri ordinamenti. L'ordinamento internazionale

L'ordinamento giuridico dello stato entra di frequente in rapporto con altri ordinamenti. Qui si esaminano tali rapporti con riferimento all'ordinamento giuridico internazionale. Alcuni cenni vengono fatti all'evoluzione di questo e al fenomeno delle organizzazioni internazionali.

1. LA «COMUNITÀ DEGLI STATI» E IL DIRITTO INTERNAZIONALE

Come abbiamo visto sin dalle prime pagine del capitolo I, il diritto non è monopolio dello stato, ma inerisce a qualsiasi corpo sociale organizzato, secondo la *teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici*. Ciò pone un problema generale di rapporti fra diversi ordinamenti giuridici: gli ordinamenti giuridici dotati del carattere della sovranità (sia pure nei limiti già messi in luce nel cap. 2), proprio perché tali, regolano autonomamente al proprio interno i rapporti con gli ordinamenti che tale carattere *non* hanno. In questo capitolo, invece, ci occupiamo dei rapporti fra ordinamenti che *parimenti* rivendicano la loro natura sovrana.

Il *diritto internazionale* è, per l'apunto, l'ordinamento della «comunità degli stati». Come si è già visto, il Trattato di Vestfalia del 1648 è tradizionalmente considerato, oltre che la data di nascita del moderno stato sovrano (che afferma la sua autonomia da Papato e Impero), anche la data di nascita del diritto internazionale. In altre parole, nel momento stesso in cui si affermano ordinamenti i quali non riconoscono alcun soggetto ad essi superiore che ne possa disciplinare i rapporti, sorge la comunità costituita da tali nuovi soggetti la quale si pone a sua volta come ordinamento giuridico e dà vita al proprio diritto. Fino a tempi recentissimi, in effetti, caratteristica pacifica dell'ordinamento internazionale, rispetto agli altri ordinamenti giuridici, è stata quella di *avere*

Il diritto della comunità degli stati