

Parte Prima

PRINCIPI GENERALI

I.

SOCIETÀ E DIRITTO

Sommario: 1. L'aggregazione sociale e le regole di diritto. – 2. La funzione delle regole di diritto.

1. *L'aggregazione sociale e le regole di diritto*

Nessuno di noi può neppure immaginare di essere “solo”, senza suoi simili, al mondo, e senza alcuna interazione con altri esseri umani.

L'uomo è naturalmente portato all'aggregazione, e tale aspetto della natura umana è stato sempre sottolineato anche e soprattutto dalle scienze giuridiche.

Ubi societas ibi ius, l'uomo è un animale politico, “esserci” è già un “con esserci”: affermazioni o brocardi che sentiamo ricorrere spesso, e che hanno come comune denominatore la percezione del fatto che l'uomo, in quanto tale, non è un soggetto solitario ma, al contrario, ha un istinto aggregativo, “sociale”, che lo porta inevitabilmente ad associarsi con altri individui in gruppi più o meno stabili, ma comunque caratterizzati da uno scopo comune (difesa, approvvigionamento di cibo, riproduzione della specie).

Lo studio delle diverse tipologie di aggregazioni, e delle modalità della loro istituzione, vita e scioglimento, appartiene alle scienze sociali: ciò che invece più da vicino interessa il nostro campo d'indagine è osservare che qualsiasi aggregazione di individui presuppone, per il fatto stesso di esistere, una serie di regole condivise che disciplinano i comportamenti degli individui che compongono l'aggregazione in questione.

Non siamo ancora al “diritto”: non tutte le regole che vengono osservate in una certa aggregazione sociale sono regole “di diritto” e la medesima regola, in contesti diversi, può essere o meno regola “di diritto”. È intuitiva la differenza che passa tra la regola che impone di non parlare con la bocca piena e quella che impone di pagare i debiti, e non solo, la seconda è al contempo precetto morale e regola di diritto, men-

Le regole

tre la regola che impone di salutare è mero obbligo di cortesia, che diventa regola di diritto, sanzionata in caso di inadempimento, tra militari.

Le regole di diritto In altri termini la società si fonda su una moltitudine di regole, tutte finalizzate a garantire una specifica convivenza ma non tutte sono regole di diritto, e dunque, quali tra esse sono definibili come tali e, ancor prima, sono riconoscibili come tali?

Si può osservare che la vita dell'uomo, in tutti i momenti del suo svolgimento, si articola in una serie infinita di rapporti non solo con gli altri uomini, ma anche con le cose, gli animali e così via, insomma con tutto ciò che circonda l'uomo stesso, il che richiede, appunto, che esista un'organizzazione, più o meno complessa, come vedremo, strutturata secondo principi che si traducono in norme.

I rapporti sociali sono regolati anche da disposizioni che non costituiscono espressione di un'organizzazione giuridica: così esistono le norme di galateo, quelle religiose, dell'onore, della morale e così via, ma le regole di diritto costituiscono quel principio di coesione senza il quale quella certa società civile non esisterebbe, o sarebbe sostanzialmente diversa¹.

¹ La vastità dell'argomento consente di rinviare solo a testi di carattere fondamentale H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1951; A. Ross, *Diritto e giustizia*, a cura di G. Gavazzi, Torino, 1965; H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 1965; H. Kantorowicz, *La definizione del diritto*, a cura di N. Bobbio, Torino, 1965; H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. (dall'edizione del 1960), a cura di M. Losano, Torino, 1966; G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Bologna, 1974; J. Raz, *Il concetto di sistema giuridico*, a cura di P. Comanducci, Bologna, 1975; L. Friedman, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, a cura di G. Tarello, Bologna, 1975; N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977; A. Ross, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, Bologna, 1982.

Più ampie considerazioni sul concetto di "diritto" si trovano in G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, parte I, cap. I e in S. Castignone, R. Guastino e G. Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni introduttive*, Genova, 1981, cap. I.

Per un approfondimento della conoscenza del fenomeno giuridico sotto l'aspetto prevalentemente speculativo segnaliamo: I. Petrone, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano, 1910; A. Ravà, *Diritto e Stato nella morale idealistica*, edizione rinnovata, Padova, 1950; G. Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1912; C. Esposito, *Lineamenti di una dottrina del diritto*, Camerino, 1930; S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, 1991. Per uno studio introduttivo alle scienze giuridiche, v. la II ediz. (rist.) del Perassi, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Padova, 1967; A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, *Il concetto del diritto*, Milano, 1996; E. Fazzalari, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, 1984. Per una teoria generale del diritto, vedi Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, traduzione curata da Al. Levi, Padova, 1939; S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2^a ed., Firenze, 1946; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3^a ed., Roma, 1951.

Si tratta, è chiaro, di concetti del tutto relativi, in funzione dello spazio e del tempo: in determinati contesti la violazione di norme religiose costituiva violazione di norme di diritto, e così è anche oggi presso culture diverse dalle nostre. In altri termini è la stessa comunità sociale, sulla base dei valori fondamentali condivisi dagli associati, che determina quali regole siano regole di diritto e quali invece debbano attere ad ambiti diversi, il che disegna il patto sociale sottostante ad ogni comunità, che lo individua sulla base, appunto, dei valori condivisi dai suoi associati, e che ne costituisce all'un tempo l'elemento di continuità e il limite, superato il quale la comunità originaria non esiste più e lascia il posto ad entità diverse e non più in essa riconoscibili².

Quanto detto vale per le regole di organizzazione, ma anche per quelle di relazione. Possiamo dire cioè che, in chiave di prima approssimazione e sotto un profilo generalissimo, le norme si qualificano per la funzione cui assolvono, che può essere individuata, per le norme di diritto, nella difesa del principio di libertà, che impone obblighi negativi di rispetto, e nell'organizzazione della vita sociale, sotto il profilo della imposizione di comportamenti positivi.

*Le regole di
relazione*

Il cittadino chiede al diritto non solo il rispetto di sé, dei propri beni, dei propri rapporti sociali, ma anche la definizione delle regole che consentono la collaborazione degli altri cittadini. Per raggiungere tali scopi viene costituito, con vario contenuto, un ordine da rispettare, ordine che si impone obbligatoriamente nei rapporti umani: alla forza di questa componente della vita sociale è affidato il corso favorevole della civiltà³.

Parallelamente, ma sotto il profilo soggettivo, ovvero in relazione alla fonte di produzione, possiamo osservare che possono definirsi come "di diritto" quelle norme prodotte secondo procedure prestabilite, da soggetti autorizzati a produrle da altre norme (qualificanti e fondamen-

Il rapporto tra scienza giuridica e concezioni del mondo e della vita ha trovato trattazioni profonde nella dottrina tedesca dalla fine dell'Ottocento ai primi anni Trenta del novecento: Carrino, per le Ed. Scient. Italiane, Napoli, 1989, ha curato la traduzione italiana dei più notevoli saggi dell'epoca da Lask e Radbruch a Kelsen, Reinach, Schwinge.

² Si tratta di fenomeni che assumono connotazioni diverse, ma in ogni caso caratterizzati dalla rottura del patto sociale sottostante, e che si esprimono nei modi più vari, in relazione al momento storico, alle situazioni sociali e alle circostanze di carattere economico esistenti in quel momento. È quello che la nostra cultura chiama, a seconda dei casi, rivoluzione, colpo di stato, patto costituente, e di cui tratteremo più diffusamente.

³ A. Trabucchi, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1975; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2^a ed., Napoli, 1991.

tali, nel senso più sopra esposto) o, infine, da convenzioni sociali presoché unanimemente condivise ed accettate⁴.

2. La funzione delle regole di diritto

Sotto il diverso profilo della funzione che le regole sono chiamate a svolgere possiamo limitarci ad osservare ciò che l'evoluzione storica e socio-politica ha comportato nella produzione giuridica delle società moderne, ove alla tradizionale funzione repressiva di comportamenti ritenuti socialmente riprovevoli, si aggiunge la necessaria disciplina della allocazione di beni e di servizi tra i soggetti che compongono la società in questione.

*Le regole di
convivenza*

Risulta intuitivo che il primo scopo che le regole erano tenute a garantire, anche nelle società più primitive, era la repressione dei fenomeni ritenuti socialmente pericolosi, e ciò, si badi, non per riprovazione morale, ma piuttosto per una condivisa necessità di salvaguardare l'organismo sociale in quanto tale: in una società che ammette il cannibalismo, il rispetto per la persona umana non rappresenta un valore in sé, eppure presso quelle tribù l'omicidio di un membro della comunità è severamente punito, appunto perché suscettibile, o direttamente, o indirettamente per effetto delle faide incrociate che la "giustizia sociale" intende sostituire, un pericolo per la comunità stessa.

Ciò avveniva, dapprima, malgrado e, probabilmente, anche in forza di una non chiara percezione della distinzione tra norme "di diritto" e norme religiose o morali.

In seguito, presso società meno primitive, al prevalente concetto di proprietà collettivistica, o meglio della utilizzazione comune dei beni disponibili, che rendeva superflua la regolamentazione dei fenomeni relativi, ad esempio, al trasferimento di beni, al loro utilizzo personalistico e così via, si è sostituita, con l'avvento di società più articolate e complesse, che conoscevano gli scambi e i commerci, una regolamentazione nel senso "giuridico" cui abbiamo fatto cenno.

Ancora successivamente, l'evoluzione dei rapporti sociali, la necessi-

⁴ L'assunto nasce nell'ambito del fenomeno, definito come "positivizzazione", collocabile alla fine del settecento in Europa continentale ed un secolo prima in Inghilterra ma, come si è osservato, riduce ciò che è giuridico alla volontà di un soggetto titolare del potere di creare norme, cioè allo Stato, e, per esso, al Legislatore (in proposito: G. Rebuffa, voce *Diritto*, in *Nuoviss. Dig. it.*, Torino, 1990) a meno di non affiancare alla definizione le considerazioni che svolgeremo oltre, trattando delle fonti.

tà di predeterminare le regole destinate a disciplinare la gestione del potere, l'affacciarsi sulla soglia del governo delle comunità di classi sociali diverse da quelle tradizionalmente detentrici del potere, e di un numero sempre maggiore di individui, ha imposto la creazione di regole destinate a disciplinare l'istituzione e l'assegnazione del potere stesso, intesa come organizzazione del potere pubblico, titolare di una posizione di supremazia rispetto ai singoli.

Ne consegue l'individuazione delle funzioni fondamentali delle regole "di diritto", cui ha fatto seguito la ripartizione nelle diverse discipline: la repressione di comportamenti socialmente pericolosi (diritto penale), la disciplina della allocazione di beni e di servizi (diritto civile), la regolamentazione della istituzione e della organizzazione dei poteri (diritto pubblico)⁵.

*Le funzioni
delle regole
di diritto*

Connotazione tipica delle regole di diritto è la loro precettività o normatività: si tratta cioè non solo di norme obbligatorie e generalmente assistite da sanzione ma anche di norme la cui validità ed efficacia non viene meno per effetto della loro trasgressione.

La violazione di una norma di cortesia, o di un precetto morale, è sovente frutto di un mutamento della sensibilità collettiva che è speculare al venir meno del precetto stesso mentre la violazione di una norma giuridica non può mai essere la causa della sua abrogazione, che può avvenire solo nel rispetto di altre norme, che tale evento sono destinate a disciplinare.

Ulteriore corollario delle considerazioni che siamo venuti svolgendo, è che le regole, in una società evoluta, non possono essere trasmesse se non in forma oggettiva e documentata, ovvero per il tramite di un messaggio linguistico condiviso e di un supporto documentale formalizzato. Su tale messaggio oggettivo si innesta poi l'opera dell'interprete, ovvero di colui che è chiamato ad applicare la disposizione di diritto, e che le deve attribuire il significato conseguente non già alla sua opinione, o a condizioni soggettive o particolari, bensì il significato risultante dalla applicazione di altre regole giuridiche, cioè le regole di interpretazione⁶.

Ne consegue che le regole normative si identificano con il significato che viene attribuito agli enunciati linguistici documentali che le esprimono.

⁵ Si aderisce alla tesi esposta da G. Tarello, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1997. Si vedano anche gli scritti citati alla nota 1.

⁶ Tra le altre, il nostro ordinamento conosce le disposizioni sulla legge in generale preliminari al Codice civile il cui art. 12 disciplina l'interpretazione della legge, e gli artt. 1362 e segg. dello stesso codice, che dettano le disposizioni da seguirsi nella interpretazione dei contratti.

Nelle società moderne dunque il diritto è l'insieme delle regole destinate ad adempiere alle funzioni cui abbiamo accennato, che siano imposte in conformità alle regole che disciplinano la formazione delle regole stesse.

*La regola
delle regole*

Risulta evidente da quanto abbiamo detto che le società moderne, in quanto tali, presuppongono di per sé che le regole non siano tutte uguali fra loro: vi sono infatti le “regole delle regole”, ovvero quelle disposizioni dettate, per l'appunto, per disciplinare i modi di emanazione delle regole stesse, i soggetti abilitati alla loro imposizione, l'applicazione delle sanzioni e l'individuazione dei limiti insuperabili, che costituiscono la base del contratto sociale e la somma dei valori fondamentali condivisi dalla società.

Il diritto non è dunque un'indistinta somma di regole, ma un sistema, che presuppone necessariamente l'esistenza di regole che disciplinino i modi di soluzione dei conflitti interni al sistema stesso⁷ o le modalità di modificazione ed aggiornamento delle regole che si ritengano non più adeguate o che sia necessario introdurre per soddisfare esigenze sopravvenute.

Il sistema giuridico è pertanto all'un tempo sia lo strumento essenziale per garantire la sopravvivenza del contratto sociale e della comunità che vi ha aderito, sia il mezzo insostituibile attraverso il quale operare il rinnovamento e l'adeguamento della struttura sociale, politica ed economica, alle nuove sfide che il mutare delle condizioni via via presenta.

⁷ Nel nostro sistema, ad esempio, sulla base del principio di gerarchia delle fonti, o della successione delle norme nel tempo, art. 15 disp. prel. cit.

II.

FORME DI STATO E DI GOVERNO

Sommario: 1. Stato e Costituzione. – 2. La Costituzione italiana. – 3. Lo Stato regionale. – 4. Il principio di sussidiarietà. – 5. Rapporto tra forma di stato e struttura governativa, i partiti politici e la fiducia.

1. Stato e Costituzione

Nelle pagine precedenti abbiamo apprezzato come la norma giuridica sia elemento fondante la società ed al tempo stesso ne costituisca la sua espressione.

Abbiamo anche visto come l'evoluzione delle norme sia strettamente collegata all'evoluzione della società e come questa relazione abbia carattere di biunivocità.

Il diritto, in buona sostanza, è un concetto relativo che si atteggia diversamente in funzione dello spazio e del tempo evidenziando così il legame tra la storia e le funzioni del diritto¹.

Abbiamo anche accennato all'insieme delle "regole" strutturate come sistema e come tali organizzate sia a salvaguardia del sistema stesso che al fine di metabolizzare gli eventi che, altrimenti, si risolverebbero in fratture insanabili non solo del sistema stesso, ma anche del patto sociale di cui quel sistema costituisce estrinsecazione.

Nell'alternarsi dei diversi momenti storici i "sistemi" si sono variamente articolati, rinnovandosi e sostituendo nuove forme a quelle che il mutato panorama storico, economico, sociale e morale riteneva inadeguate; nelle culture più simili alla nostra, si è ritenuto di affidare ad una "carta fondamentale" non solo l'estrinsecazione delle norme relative

¹ Le funzioni del diritto vanno identificate nella repressione dei comportamenti socialmente pericolosi, nell'allocazione dei beni e dei servizi e nella istituzione e allocazione dei pubblici poteri, così si veda in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1997.

all'assetto dei pubblici poteri, e ai rapporti tra i cittadini e i poteri medesimi, ma anche l'individuazione dei principi fondamentali, espressione del modello politico e sociale da cui quelle "carte" sono state ispirate e della cui attuazione, al tempo stesso, sono promotrici².

Le Carte
fondamentali

Si tratta di un'evoluzione relativamente recente nella storia dei rapporti sociali e delle istituzioni delle società moderne³ che il tema di questo lavoro non ci consente di ripercorrere per intero⁴, a malgrado del suo interesse e dell'attualità che questi argomenti rivestono alla luce degli eventi che hanno caratterizzato la cronaca recente: certo è che la storia delle Costituzioni si confonde con la storia del pensiero politico, che è a sua volta la traccia dell'evolversi della concezione generale

² Si tratta di testi giuridici che per loro natura contengono, accanto a prescrizioni tipicamente cogenti, anche enunciazioni di principio che sono sintesi della cultura che esse esprimono e, dunque, anche chiavi di lettura e interpretative delle norme più propriamente cogenti: le norme relative ai rapporti giuridici contenute nella nostra Costituzione (artt. da 48 a 54), devono ad esempio essere lette tenendo ben presente il generale principio di uguaglianza, sancito in via generale ed astratta dall'art. 3.

³ La "Dichiarazione d'Indipendenza" degli Stati Uniti è del 1776 mentre la "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" è del 1789. La prima si apre con la solenne dichiarazione, eminentemente filosofico-politica, secondo cui "noi riteniamo che le seguenti verità siano di per sé stesse evidenti, che tutti gli uomini sono stati creati uguali, che essi sono stati dotati dal loro Creatore di alcuni diritti inalienabili, che fra questi sono la vita, la libertà e la ricerca della felicità. Che allo scopo di garantire questi diritti, sono creati fra gli uomini i governi, i quali derivano i loro giusti poteri dal consenso dei governati".

La seconda enuncia anch'essa i suoi principi ispiratori: gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune (art. 1). Lo scopo di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescindibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà e la resistenza all'oppressione (art. 2). Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione ... (art. 3). La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri; così, l'esercizio dei diritti naturali di ogni uomo non ha altri limiti se non quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti ... (art. 4). La legge non ha diritto di vietare che le azioni nocive alla società ... (art. 5) (...).

⁴ Un'ampia trattazione del significato e dei caratteri delle Costituzioni e delle dottrine costituzionali si trova in C. Mortati, voce *Costituzione dello Stato* (parte I, *Dottrine Generali*), in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1962, ora in *Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione* (Raccolta di scritti – II), Milano, 1972, p. 79 ss., cui si rinvia per ulteriori richiami bibliografici. Un esame sintetico dell'evoluzione costituzionale nell'epoca contemporanea si trova in P. Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 6ª ed., Milano, 1988. Ivi anche un riferimento ai caratteri formali delle varie Costituzioni (la distinzione fra Costituzioni rigide e Costituzioni flessibili è già in J.B. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901.

dell'uomo e della società espresse da una determinata comunità in una determinata epoca.

Risulta così chiaro che le lotte per ottenere le “Costituzioni” o gli “Statuti”, che hanno caratterizzato il sorgere dei regimi liberal-democratici dell'ottocento, erano essenzialmente percepite come finalizzate ad ottenere l'affermazione di limiti all'esercizio del potere assoluto. Oggi, il concetto è certamente più ampio e oltre all'affermazione delle libertà fondamentali dell'individuo, ampio spazio è dedicato alle regole di organizzazione degli apparati, ai rapporti fra essi e i cittadini, nonché ai rapporti tra e con le formazioni sociali.

Non possiamo evidentemente dilungarci in uno studio comparativistico⁵ delle diverse esperienze costituzionali, ma è necessario che i principi presupposti alla nostra Carta Costituzionale, e quelli che sono stati assunti come base del contratto sociale di cui la Costituzione è espressione, vengano illustrati e conosciuti come elemento essenziale non solo del corretto vivere civile, ma anche di qualsiasi attività professionale.

Storicamente, il principio ispiratore della organizzazione degli Stati moderni è il così detto principio della “separazione dei poteri”, che costituisce non solo un canone di organizzazione del potere pubblico, ma anche, come sempre accade nell'ambito del diritto costituzionale, un principio di tutela e di libertà.

*La
separazione
dei poteri*

Non possiamo qui dilungarci su uno degli aspetti peraltro fondanti la dottrina politica moderna, né approfondire l'evoluzione del principio e le modificazioni che nel tempo esso ha subito: possiamo solo ricordare che con la sua affermazione non solo si legittimava l'esistenza dei tre tradizionali “poteri” ma anche la loro necessaria separatezza reciproca, affinché “potere limiti potere”.

Così, il potere legislativo, inteso come il potere di produrre le regole, deve essere non solo autonomo, ma anche distinto dal potere di dare esecuzione a quelle regole, ovvero dal potere esecutivo, e dal potere di giudicare, ovvero di applicare le regole (generali ed astratte) al caso concreto.

Queste tre funzioni erano, negli stati assoluti, incentrate nell'unica figura del monarca: la loro distinzione era solo concettuale.

L'evoluzione storica ha poi comportato che ognuna di quelle funzioni fosse attribuita ad organi diversi, di diversa collocazione e formazione, con modalità diverse di esercizio e conferendo ai diversi atti una

⁵ Sul punto, tra i tanti: F. Battaglia, *Le Carte dei diritti*, 2ª ed., Firenze, 1946; A. Acquarone, C. Negri e C. Scelba, *La formazione degli Stati Uniti d'America-Documenti*, Pisa 1961; P. Biscaretti di Ruffia, *Le Costituzioni contemporanee*, Milano, 1990.

loro propria efficacia, proprio al fine di perseguire quella finalità di garanzia più sopra ricordata.

Successivamente, con l'affermarsi del principio democratico, si è data base elettiva popolare, più o meno ampia, all'assemblea legislativa⁶, si è creato un collegamento tra potere esecutivo di governo e l'assemblea stessa, si è concepito il potere giudiziario come autonomo, indipendente, soggetto solo alla legge, e "neutro" in quanto destinato non già a produrre nuovo diritto, bensì solo ad applicare quello vigente⁷.

Come si vede una evoluzione storica che, più o meno coscientemente, ha avuto quale scopo finale quello di assoggettare al diritto l'esercizio delle attività sovrane prima affidate all'arbitrio del monarca assoluto, *legibus solutus*.

La tutela
delle libertà
individuali

Ulteriore strumento organizzativo dell'assetto politico è costituito dalla garanzia delle libertà individuali, considerate come "naturali" secondo la concezione giusnaturalistica dominante alla fine del settecento, insite nella stessa natura sociale dell'essere umano. Anche in questo caso l'evoluzione storico-culturale ha portato ad una modificazione, ma non stravolgimento, delle concezioni originarie: dalle poche libertà affermate in origine⁸, si passa ad un progressivo ampliamento, con l'introduzione di concetti più ampi, che ricomprendono la vita economica e il progresso sociale, e non già solo degli individui, ma anche delle formazioni sociali e delle aggregazioni, tutelate come tali in quanto ritenute strumenti di per sé meritevoli di tutela.

2. La Costituzione italiana

La
Costituzione
italiana

La nostra Costituzione è figlia di tutto questo, ma ha in sé qualche cosa di più⁹, che consegue al fatto stesso di essersi affacciata per ultima nel panorama europeo e al termine di una dittatura e di una guerra che

⁶ L'evoluzione attuale segue un significativo "riavvicinamento" tra il potere esecutivo ed il potere legislativo, data la non secondaria competenza attribuita al primo quanto a funzione legislativa, sul punto.

⁷ Il tutto risulta più evidente alla luce di quanto più avanti si dirà in relazione al nostro ordinamento.

⁸ Si veda il richiamo di cui alla nota 3 alla Dichiarazione di indipendenza e alla Dichiarazione dei diritti dell'uomo.

⁹ La nostra Costituzione è certo una significativa evoluzione rispetto alle costituzioni liberali, quali la Costituzione francese del 1791, e lo Statuto Albertino del 1848, che presupponevano il "non interventismo" dello Stato, il cui compito era li-

hanno portato con sé non solo sofferenze e sciagure, ma anche una rinnovata coscienza sociale ed uno “spirito costituente” non più rinvenibile ai giorni nostri¹⁰.

Essa si pone nel solco delle Costituzioni democratico-sociali, che rispecchiano l'affacciarsi sulla scena politica di classi sociali diverse dalla borghesia fino allora dominante, con quel che ne è conseguito in tema di apporto sia di valori positivi che di nuove esigenze da soddisfare.

Così, gli obiettivi dello Stato non sono più solo limitati a garantire lo sviluppo sociale, ma sono altresì motivo di un'attiva precostituzione delle condizioni perché ciò possa avvenire. Vengono dunque affermati nuovi “diritti sociali” (all'istruzione, al lavoro e così via) che presuppongono appunto precisi interventi dello Stato¹¹, con una conseguente e ben più penetrante disciplina delle dinamiche economiche, sino a considerare l'esercizio diretto, da parte dello Stato, di attività d'impresa¹².

mitato a garantire le libertà e le prerogative dei singoli, tra le quali, essenzialmente, la proprietà, negando altresì tutela alle organizzazioni sociali. Del resto, anche la stessa partecipazione democratica alla vita dello stato era solo parziale, poiché non veniva riconosciuto il suffragio universale: il diritto di voto era riconosciuto solo ai cittadini di sesso maschile e, il più delle volte, a quelli tra loro che avessero un certo reddito o titolo nobiliare, o titolo di studio. Si pensi che in Italia il suffragio universale a favore dei soli cittadini di sesso maschile fu introdotto nel 1912, mentre l'estensione del voto alle donne è del 1946.

¹⁰ Per una lucida esposizione dei fatti presupposti all'approvazione della Costituzione, nonché degli eventi e dei principi giuridici che hanno caratterizzato quel fondamentale periodo di storia italiana: C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, p. 25 s. Si veda anche P. Calamandrei, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, vol. I, p. LXXXIX ss., e più di recente E. Cheli, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, p. 506 ss., ora in *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1976; v. anche P. Scoppola, *Gli anni della Costituente fra politica e storia*, Bologna, 1980; AA.VV., *Gli anni della Costituente. Strategia dei governi e delle classi sociali*, Milano, 1983; A. Barbera, *Le due culture dei Costituenti*, in *Dem. e dir.*, 1975, n. 1, p. 23 ss.; Id., *La Costituzione italiana cinquant'anni dopo*, in *Cinquantenario della Costituzione italiana*, a cura di S. Labriola, *Quaderno della Rassegna parlamentare*, n. 1, Milano, 1997.

¹¹ Da qui il termine di “Stato Assistenziale” o, per dirla come oggi usa, *Welfare State*.

¹² Della nostra Carta costituzionale si è altresì sottolineato il carattere antifascista, in aperta rottura con la forma di stato previgente ed il suo essere manifestamente frutto del compromesso tra le anime ideologiche prevalenti nell'ambito della costituente: la cattolica-liberale e la democratico-socialista di ispirazione marxista progressiva; in proposito, v. V. Onida, *I principi fondamentali della Costituzione Italiana*, in G. Amato e A. Barbera, *Manuale di diritto pubblico*, cit.

La
Costituzione
rigida

Dal punto di vista formale, la nostra Carta Costituzionale si caratterizza per la sua “rigidità” ovvero per la sua immodificabilità, se non a seguito di un procedimento rafforzato, rispetto a quello previsto per le leggi ordinarie¹³.

In altri termini la Costituzione è modificabile solo con legge costituzionale ed inoltre la legge ordinaria non può porsi in contrasto con essa¹⁴, pena la sua abrogazione ad opera della Corte costituzionale. È chiaro che la “rigidità” della Costituzione è elemento di garanzia, che pone la Carta Fondamentale, espressione del patto sociale costitutivo della comunità statale, al riparo dall’arbitrio della maggioranza, richiedendosi, per la sua modifica, un consenso maggiore ed un procedimento più meditato.

Per sua natura la Carta Costituzionale è norma di principio, che pone e fissa, cioè, i principi fondamentali destinati a regolare la vita della comunità alla quale la Carta si riferisce.

Il procedimento di revisione costituzionale è disciplinato dall’art. 138 Cost.: esso rappresenta una variazione aggravata dell’*iter* normale di formazione di una legge ordinaria e dà origine infatti alle leggi costituzionali. Il testo della nuova norma costituzionale deve essere approvato con due deliberazioni successive da parte di ogni Camera. La prima deliberazione deve essere assunta con la maggioranza relativa, la seconda potrà essere adottata, in ogni caso dopo che siano decorsi tre mesi dalla prima, o con il consenso della maggioranza qualificata dei 2/3 dei membri di essa oppure, infine, potrà avervi approvazione con la maggioranza assoluta ossia con la metà più uno dei membri di ogni Camera.

Referendum
confermativo

In questa seconda ipotesi, però il testo della legge verrà pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale e per essere considerato definitivamente approvato potrà, entro tre mesi, essere chiesto il *referendum* popolare costituzionale confermativo¹⁵: la legge potrà essere promulgata solo se avrà ottenuto la maggioranza dei voti favorevoli. Si tratta dell’unica forma di *referendum* confermativo conosciuto dal nostro ordinamento, che, tra l’altro, prescinde dal raggiungimento di un “*quorum*” per la sua validità.

¹³ Art. 138 Cost.: di esso si parlerà nell’ambito delle fonti del diritto.

¹⁴ Artt. 134 e 136 Cost. dei quali si tratterà nell’ambito del sindacato di costituzionalità.

¹⁵ Il *referendum* potrà essere chiesto dalla minoranza del corpo elettorale con la raccolta di 500.000 firme o dalle minoranze territoriali con cinque consigli regionali o dalle minoranze politiche ossia con le firme di un quinto dei membri di una camera. Inoltre, tale *referendum* a differenza di quello abrogativo è valido senza che sia richiesto un *quorum* minimo di votanti.

La Costituzione rappresenta anche il paradigma che l'autorità giudiziaria utilizza per valutare ipotesi di illegittimità costituzionale e sollevarne le conseguenti questioni che andranno risolte poi dalla Corte costituzionale¹⁶; è infatti alla Corte costituzionale che i giudici ordinari, nell'ambito di un procedimento giurisdizionale, possono rimettere l'esame di costituzionalità di una norma che essi si trovino a dover applicare.

Verifica di costituzionalità

Nel nostro sistema, in altri termini, l'iniziativa per promuovere il giudizio della Corte sulla costituzionalità delle leggi, spetta solo al giudice del merito, che previo esame della questione, circoscritto però solo alla sua rilevanza (e cioè al fatto che la norma sospettata di incostituzionalità debba effettivamente essere applicata in quel giudizio) e alla "non manifesta infondatezza" (e cioè della sussistenza non già della fondatezza bensì di un "*fumus*" di fondatezza) della questione medesima, sospende il giudizio e rimette gli atti alla Corte costituzionale, per la verifica di costituzionalità della norma che egli debba applicare nel giudizio che è pendente avanti a sé.

Alla stregua delle leggi costituzionali si collocano gli Statuti Speciali di alcune Regioni¹⁷, che vengono appunto adottati con legge costituzionale¹⁸.

Le "fonti primarie" sono fonti tipiche e tassative previste dalla Costituzione.

Le fonti primarie

Esse sono la legge formale e gli atti aventi forza di legge, i quali rappresentano un'eccezione alla regola secondo la quale la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due camere (art. 70 Cost.). Fra gli atti aventi forza di legge, la Costituzione comprende il *referendum* abrogativo delle leggi (art. 75 Cost.), il decreto legislativo delegato (art. 76 Cost.), il decreto legge (art. 77 Cost.) e i decreti del governo in caso di guerra (art. 78 Cost.)¹⁹.

¹⁶ Alla Corte costituzionale è attribuita la funzione non solo di giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge, ma anche di giudicare sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica per alto tradimento o attentato alla costituzione ed infine di giudicare sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, su quelli fra Stato e Regioni nonché fra le Regioni stesse.

¹⁷ Valle d'Aosta, Trentino-Alto Adige, Friuli-Venezia Giulia, Sicilia e Sardegna.

¹⁸ Ma a seguito della riforma avvenuta con le leggi cost. n. 1/1999 e n. 2/2001, il procedimento per la loro revisione non prevede il *referendum* costituzionale.

¹⁹ Se ne parlerà più ampiamente nel cap. III.

3. Lo Stato regionale

Nel moderno sviluppo delle forme di Stato è anche riconoscibile lo Stato regionale, che è pur sempre uno Stato unitario nel senso che anche il più accentuato decentramento non mette in discussione il concetto di unità, di indivisibilità e di sovranità centrale.

Tuttavia, la quantità e soprattutto la qualità di competenze attribuite alle Regioni, che possono legiferare alla stregua dello Stato in determinate materie e godono di autonomia politica, fanno sì che tali Stati si possano avvicinare in qualche modo allo stato federale: lo Stato federale è contraddistinto dalla decisione di preesistenti Stati di federarsi mentre nello Stato regionale è lo Stato che con propria decisione sovrana crea le Regioni quali enti decentrati.

Lo Stato regionale

I tratti distintivi dello Stato regionale sono stati così riassunti: “a) la presenza di una Costituzione statale che riconosce e garantisce l’esistenza di enti territoriali dotati di autonomia politica, capaci cioè di darsi un proprio indirizzo politico sia pure nell’ambito dei limiti posti dalla Costituzione, i quali sono dotati di propri Statuti; b) l’attribuzione costituzionale alle Regioni di competenze legislative ed amministrative; c) una partecipazione assai limitata all’esercizio di funzioni statali; d) la mancanza di una seconda camera rappresentativa delle Regioni; e) l’attribuzione ad una Corte costituzionale del compito di risolvere i conflitti tra Stato e Regioni, assicurando la preminenza dell’interesse nazionale anche nelle materie di competenza regionale”²⁰.

Il caso italiano

È opportuno porre l’accento su quest’ultima forma di Stato, perché essa interessa da vicino il nostro paese e la stagione di riforme costituzionali che stiamo vivendo.

In Italia l’assetto dello Stato regionale è stato previsto fin dalla stesura originaria della Costituzione²¹, tuttavia l’attuazione concreta del disegno costituzionale è arrivata solo nel 1970 con l’istituzione delle Regioni e solo nel 1972 e nel 1977 con i decreti che trasferirono concretamente, sia pure parzialmente, le funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni.

La prima riforma Bassanini

A Costituzione invariata, con la legge “Bassanini” n. 59/1997, è stata ridisegnata la ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni.

Dal modello iniziale, secondo il quale la Regione esercita esclusiva-

²⁰ Esperienze di stati regionali sono ravvisabili in Italia e Spagna. Si veda *Dig. disc. pubbl.*, p. 501, voce e autore citati; *Diritto Costituzionale*, a cura di R. Bin e G. Pitruzzella, Torino, 2003, p. 88.

²¹ In particolare, l’art. 115 prevedeva che le Regioni fossero enti autonomi sotto il profilo politico, legislativo (art. 117), amministrativo nelle materie espressamente indicate dalla Costituzione (art. 118), nonché finanziario (art. 119).

mente le funzioni amministrative nelle materie in cui aveva la competenza legislativa, si passa ad un modello, attuato concretamente con il D.Lgs. n. 112/1998, nel quale le Regioni e gli enti locali si vedono attribuite le funzioni amministrative anche nelle materie in cui lo Stato ha la titolarità della funzione legislativa.

4. Il principio di sussidiarietà

Il modello attuato dal nostro sistema normativo trae la propria ispirazione dal principio di sussidiarietà²², di origine comunitaria.

*Il principio
di
sussidiarietà*

Esso si propone quale criterio regolatore di competenze per garantire efficacia ed efficienza all'organizzazione amministrativa: l'ente più vicino al cittadino soddisfa in prima battuta i suoi interessi e gli enti sovraordinati intervengono in via sussidiaria solo quando ve ne sia la necessità²³.

Con la legge cost. n. 3/2001²⁴ si è avuta la riforma della Costituzione ed in particolare del suo Titolo V, rubricato "Le Regioni, le Province e i Comuni"²⁵: il principio di sussidiarietà assurge così a principio di rango costituzionale.

²² È il Trattato di Maastricht, istitutivo delle Comunità Europee, ad enunciare il principio di sussidiarietà in questi termini: "nelle materie che non rientrano nella propria competenza esclusiva, la Comunità potrà intervenire, alla stregua del principio di sussidiarietà, soltanto e nella misura in cui gli obiettivi prefissati non possano essere conseguiti in maniera soddisfacente dagli Stati membri e possano, pertanto, in ragione dell'ambito o degli effetti degli obiettivi medesimi, essere meglio conseguiti dalla Comunità".

Va specificato che ci si riferisce qui al principio di sussidiarietà verticale perché si considera il concetto di allocazione delle competenze tra diversi livelli di enti. Si definisce invece sussidiarietà orizzontale quando a soddisfare i bisogni del cittadino provvedono prima le formazioni sociali e solo in caso di necessità intervengono in via sussidiaria le istituzioni.

²³ Il nuovo testo dell'art. 118 attribuisce ai Comuni le funzioni amministrative, "salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza".

²⁴ Seguita dalla legge 5 giugno 2003 n. 131 recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge cost. n. 3/2001.

²⁵ La riforma della nostra Costituzione, definita "rigida", a differenza, ad esempio, dello Statuto Albertino, è possibile solo attraverso l'adozione di leggi di revisione costituzionale che seguono un processo particolare, aggravato, dettato dall'art. 138, proprio a garanzia del testo costituzionale stesso e dei principi in esso contenuti.

5. Rapporto tra forma di stato e struttura governativa, i partiti politici e la fiducia

*Il rapporto
di
strumentalità*

Dalle considerazioni che precedono appare chiaro che è la Carta costituzionale a stabilire il rapporto esistente tra gli organi titolari dei poteri supremi, anche se si deve tenere conto dell'atteggiarsi concreto e materiale di questo rapporto²⁶.

La monarchia costituzionale²⁷, paradigma di una forma di governo tipica dello Stato moderno, si identifica, ad esempio, per la separazione dei poteri tra il Re ed il Parlamento.

Il Re si pone al vertice dello Stato ed è titolare del potere esecutivo, anche se partecipa del potere legislativo attraverso la sanzione delle leggi approvate dal Parlamento, a sua volta, titolare del potere legislativo²⁸.

Il governo parlamentare rappresenta invece un'evoluzione della monarchia costituzionale, pur essendo entrambe queste forme di governo tipiche dello Stato liberale.

Il Governo parlamentare si qualifica per l'inserimento di un terzo organo, oltre al Sovrano ed al Parlamento. Si tratta del Governo, che è legato al Parlamento da un rapporto di fiducia: è cioè il Parlamento che, concedendo al Governo la "fiducia", lo legittima a governare, ma solo fino a quando tale "fiducia" permanga, perché se essa dovesse venire meno, il Governo sarebbe costretto alle dimissioni, che aprirebbero una "crisi", che può risolversi o con la formazione di una nuova maggioranza parlamentare che conceda la "fiducia" al Governo che sia espressione di essa, o, se ciò non fosse possibile, con le elezioni, per il rinnovo del Parlamento e dunque anche del Governo.

Questo rapporto di fiducia²⁹ inizialmente è tale da collegare il Go-

²⁶ Si parla a questo proposito di Costituzione formale e di Costituzione sostanziale.

²⁷ Essa si afferma dapprima in Inghilterra quindi nell'Europa continentale dopo la rivoluzione francese con le Carte costituzionali di Francia, Prussia, Italia con lo Statuto Albertino e Germania nel 1871.

²⁸ Lo Statuto Albertino ad esempio prevedeva che il Re potesse nominare e revocare i ministri. Inoltre, nella forma di governo in questione il Re poteva sciogliere anticipatamente il Parlamento. Il Re era titolare anche della funzione giurisdizionale. È altresì interessante notare che la legittimazione politica è diversa: da un lato, per il Re, il principio monarchico-ereditario, dall'altro, per il Parlamento, il principio elettivo.

²⁹ Si è parlato a questo proposito di parlamentarismo dualista e di parlamentarismo monista (si veda R. Bin e G. Pitruzzella, *op. cit.*).

verno sia al Parlamento sia al Re in modo da garantire l'equilibrio tra il potere legislativo ed il potere esecutivo.

In seguito, acquisendo invece un maggior peso la borghesia, titolare del diritto d'elettorato attivo, il Governo viene ad instaurare un rapporto di fiducia esclusivamente con il Parlamento.

Di contro la figura del Capo dello Stato viene svuotata dei poteri di decisione politica³⁰.

Nello stato di democrazia pluralista si profila ancora la forma di governo parlamentare caratterizzata sì dal rapporto di fiducia tra governo e parlamento ma anche da una forte presenza dei partiti come strutture aggregative del consenso, strettamente funzionali alla realizzazione dei requisiti essenziali della democrazia, individuati nella: "a) possibilità per gruppi politici diversi di competere liberamente tra loro per il governo dello Stato; b) garanzia di rispetto delle minoranze; c) adozione delle sole decisioni che dispongono di un verificato consenso maggioritario; d) adozione ed esecuzione di tali decisioni sotto il controllo delle minoranze"³¹.

Quanto al rapporto di fiducia, esso determina i rapporti tra Governo e Parlamento nel senso che il Governo è espressione del Parlamento, il quale, a sua volta, può, attraverso la sfiducia, imporre all'esecutivo le dimissioni³².

Il rapporto di fiducia

³⁰ La trasformazione del ruolo del Capo dello Stato trova espressione nella controfirma degli atti del Capo dello Stato. Gli atti solo formalmente sono del Capo dello Stato perché la determinazione del loro contenuto è imputabile al ministro competente proprio attraverso la controfirma.

³¹ Così in *Manuale di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, Bologna, 1997, p. 51.

³² Per contrastare la degenerazione di questa forma di governo che ha visto talvolta nello strumento della fiducia, accordato al Parlamento, la debolezza del Governo, le Costituzioni del dopoguerra hanno tentato di "razionalizzare il parlamentarismo" ossia hanno individuato meccanismi tali da garantire la stabilità del Governo per consentirgli la realizzazione delle proprie scelte politiche. In Italia, la Costituzione ha preconstituito un sistema parlamentare "a debole razionalizzazione" (così, R. Bin e G. Pitruzzella, *op. cit.*, p. 128). Espressione della natura dell'intervento della Costituzione, volto a contrastare l'abuso dello strumento della fiducia, si ha nell'art. 94 della Costituzione stessa: "Il Governo deve avere la fiducia delle due Camere. Ciascuna Camera accorda o revoca la fiducia mediante mozione motivata e votata per appello nominale. (...) Il voto contrario di una o di entrambe le camere su una proposta del governo non importa obbligo di dimissioni. La mozione di sfiducia deve essere firmata da almeno un decimo dei componenti della Camera e non può essere messa in discussione prima di tre giorni dalla sua presentazione".

Quale esempio invece di forte tendenza razionalizzatrice viene citata, (sempre in *Diritto Costituzionale*, a cura di R. Bin e G. Pitruzzella), la Costituzione tedesca

I partiti politici Quanto alla presenza dei partiti, essi sono espressione del pluralismo e della tendenza a dar voce anche alle minoranze politiche, sia che si tratti di sistemi politici in cui vi è la presenza di una pluralità di partiti destinati ad operare secondo il meccanismo della maggioranza sia che si tratti di un sistema politico in cui la pluralità dei partiti è caratterizzata da un sistema bipartitico che opera secondo il meccanismo del bipolarismo³³.

Il Governo parlamentare La forma di governo parlamentare si caratterizza, dunque, per la realizzazione del principio rappresentativo e per il superamento del dogma della separazione dei poteri attraverso la collaborazione tra potere legislativo ed esecutivo³⁴, che si estrinseca, tra l'altro nel conferimento al Governo, in limitati casi della funzione legislativa, come vedremo nel capitolo seguente.

ed il ruolo forte del Cancelliere federale, nonché il meccanismo della “sfiducia costruttiva”.

³³ A questo proposito, si osserva che la presenza dei partiti, il loro numero ed il loro rapporto, può condizionare concretamente la forma di governo.

Così qualora vi sia un sistema politico bipolare si parla di “parlamentarismo a prevalenza del Governo”: in questo caso, attraverso le elezioni l'elettore, votando per una coalizione, voterà anche il candidato premier sostenuto da quella coalizione.

Quando invece si ha un sistema politico caratterizzato dalla presenza di tanti partiti che non danno però vita ad un sistema politico bipolare, si parla di “parlamentarismo a prevalenza del Parlamento”: in questo caso, l'elettore si limita ad eleggere i rappresentanti dei partiti e saranno le coalizioni realizzate da queste ultime a costituire espressione della maggioranza (si veda ancora una volta R. Bin e G. Pitruzzella, *op. cit.*).

Per un approfondimento sulle situazioni politiche di Inghilterra, Francia, Germania ed Italia si veda *Dig. disc. pubbl.*, autore e voce già citati, pp. 529-535.

³⁴ V. Duverger, in *I sistemi politici*, p. 142 ss. come citato nel *Dig. disc. pubbl.*, *op. e autore cit.*

I rappresentanti in Parlamento eletti dalla maggioranza degli elettori devono poter attuare attraverso il Governo l'indirizzo politico prescelto e il Governo a sua volta dovrà poter realizzare in collaborazione con il Parlamento tale indirizzo. A proposito dell'indirizzo politico si veda V. Crisafulli, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, p. 63 ss.