

Marco Ruotolo

Corso di diritto costituzionale

Fonti, diritti, giustizia costituzionale

SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

PARTE I
LE FONTI DEL DIRITTO

SEZIONE I

COSTITUZIONE E COSTITUZIONALISMO

SOMMARIO: 1. Essere costituzionalista. Una doverosa premessa. – 2. I concetti di Costituzione. – 3. La Costituzione della Repubblica italiana.

1. Essere costituzionalista. Una doverosa premessa

La posizione del diritto costituzionale nell'ambito delle scienze giuridiche è analoga a quella dell'anatomia nell'ambito delle scienze mediche. Conoscere la Costituzione è come conoscere il corpo umano. Nei rapporti con gli altri studiosi del diritto, il costituzionalista si trova in una posizione non dissimile da quella dell'anatomista nei confronti dei medici specialisti. Per riprendere una simpatica considerazione di un grande Maestro della mia disciplina, se «gli specialisti sono coloro che sanno quasi tutto su quasi niente», il costituzionalista è studioso che «sa quasi niente su quasi tutto» (Silvestri). Un modo diverso per esprimere la nota metafora – che si deve a Santi Romano, grande costituzionalista del passato – che vuole il Diritto costituzionale “tronco” dell'albero da cui si diramano le varie discipline (i diversi “rami”), in ragione del fatto che alla sua base vi è lo studio della Costituzione.

Già qui si potrebbe però introdurre una significativa distinzione, specificando meglio cosa si possa o si debba intendere con il termine “costituzionalista”, se questi non vada in un certo senso distinto dallo “studioso di diritto costituzionale”. In effetti, il “costituzionalista” intende per “Costituzione” non qualsiasi “documento” che abbia quel nome e che regoli l'esercizio dei pubblici poteri, credendo fermamente nel fatto che per aversi “Costituzione” sia necessario che i poteri siano separati tra di loro e che i diritti di ciascuna persona siano riconosciuti e garantiti. È lo schema dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, adottata in Francia nel 1789, ove si legge perentoriamente che «Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione».

*Il ruolo del
costituzionalista*

Quella formula è stata poi arricchita dall'obiettivo della giustizia sociale, riguardato come esigenza imprescindibile nelle Costituzioni del XX secolo, per una reale, concreta, affermazione dei diritti. È il grande "salto di qualità" del costituzionalismo, che si traduce in ambizione normativa non solo nei confronti del potere politico ma anche del potere economico, entrambi sottoposti ai limiti e alle regole del governo dello Stato sociale. Il tutto in funzione della persona, della sua libertà reale; nella consapevolezza, espressa mirabilmente da Aldo Moro in Assemblea Costituente, che persona «non è soltanto singolo», «non è soltanto individuo», ma «*società* nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato» (seduta del 24 marzo 1947).

Questi sono i valori base del costituzionalismo, la cui difesa non può che trasformarsi anche in impegno civile per chi si professi "costituzionalista", per chi non si limiti a studiare e a spiegare le "regole" del diritto costituzionale, quali che siano i principi che sovrintendano i concreti modi in cui il potere possa essere esercitato. Per lo studioso di diritto costituzionale la Costituzione potrebbe essere qualsiasi documento al quale sia dato quel nome; per il costituzionalista la Costituzione è tale a condizione che limiti il potere al fine di garantire i diritti. Di qui anche una certa "riluttanza" del costituzionalista nei confronti del potere, che il mero studioso di diritto costituzionale potrebbe non incontrare, rivelandosi con minore difficoltà disponibile a porsi al suo servizio, a divenirne "consulente" nelle varie forme possibili.

Certo il "costituzionalista" deve essere anche studioso di diritto costituzionale, deve conoscere approfonditamente le singole regole che interessano l'esercizio dei poteri pubblici. Ma non si deve limitare a "contemplare" quelle regole e soprattutto a giustificarne letture che siano quelle più consone al libero dispiegamento del potere. Deve, insomma, sapere "ciò che è", ma non rassegnarsi al "che così sia".

Sono, mi sento, un costituzionalista e non soltanto uno studioso di diritto costituzionale. Preferisco subito comunicarlo al lettore, per rendere chiara la linea di questo Corso.

2. I concetti di Costituzione

Quanto sopra ho cercato di esprimere può trovare una prima conferma proprio illustrando i diversi significati che la parola Costituzione assume nel pensiero politico-giuridico. Lo farò seguendo, pedissequamente, le preziose indicazioni offerte da Vezio Crisafulli nelle *Lezioni di diritto costituzionale* e poi nella voce *Costituzione* dell'*Enciclopedia del Novecento*.

La Costituzione può essere anzitutto considerata come “dato”, insieme di regole qualificate da contrassegni formali: tipicamente un testo normativo scritto, deliberato o elargito quale “Costituzione” di un determinato Stato.

In un secondo senso, la Costituzione può essere considerata come insieme di regole qualificate dalla funzione condizionante effettivamente svolta, in virtù della presenza di specifici istituti e norme fondamentali.

Infine, la Costituzione può essere riguardata come insieme di dati obiettivi concernenti l'esercizio dell'autorità e lo svolgimento dei ruoli economici; ad assumere rilievo, in questo senso, è la “realtà” della Costituzione che andrebbe rintracciata nella sottostante struttura sociopolitica o socioeconomica della comunità.

I concetti indicati rinviano a diverse prospettive, puntualmente indicate da Crisafulli: ai modi e alle forme in cui il “dato” «esteriormente si manifesta» (Costituzione *in senso formale*); all'«intrinseca natura del fenomeno» (Costituzione *in senso materiale*); ai «contenuti politico-ideologici» propri di un certo tipo, storicamente determinato, di Costituzione (Costituzione *in senso storico politico*). Nel primo senso, la Costituzione è riguardata come *fonte del diritto*, da cui derivano diritti e doveri, obblighi e divieti, attribuzioni di poteri e regole per il loro esercizio; nel secondo senso, la Costituzione indica il modo in cui *di fatto* un sistema politico è organizzato e funziona, assumendo una connotazione *descrittiva*; nel terzo senso, la Costituzione diviene *manifesto politico*, esito di precisi accadimenti storici e base della convivenza sociale.

Può subito dirsi che sotto il profilo *materiale* o *sostanziale* in qualsiasi ordinamento si rinviene una Costituzione (dello Stato, della Chiesa cattolica, dell'ordinamento internazionale, ecc.; persino nella società commerciale che ha un atto costitutivo). In particolare, qualsiasi Stato, per il fatto stesso di esistere, ha una Costituzione *in senso materiale*, scritta o non scritta, semplice o complessa che sia, ispirata a principi liberali o democratici, instauratrice di un regime assolutistico o persino dispotico. Tuttavia, tale nozione potrebbe restringersi per più utilmente identificare come “costituzionali” solo quelle regole o quei principi che possano dirsi elementi necessari all'esserci dell'ordinamento, ossia, secondo le diverse prospettive, le disposizioni che interessano la spettanza del potere sovrano (forma di governo e forma di Stato) ovvero quell'insieme di principi fondamentali che presiedono alla restante legislazione.

Ma ciò che va davvero compreso è, anzitutto, il rilievo di tutti i predetti concetti e la loro possibile correlazione, ancorché si tenda a sottolineare che il profilo materiale sia appannaggio dei sociologi e dei politologi, quello concernente la Costituzione come manifesto politico sia dominio degli storici e dei filosofi (in quanto interessati a studiare la

*Costituzione in
senso materiale*

genesi di un fenomeno tanto significativo per la storia e il pensiero politico), mentre il giurista dovrebbe guardare al dato formale, della Costituzione quale *fonte del diritto*, quale misura suprema di legalità e fondamento della legittimazione del potere.

*Costituzione in
senso storico-
politico*

Se si vuole capire in che modo la Costituzione rilevi (o possa rilevare) quale fonte del diritto, assumendo nell'ordinamento una connotazione peculiare, è proprio dal suo significato *storico-politico* che occorre partire. L'approfondimento di quest'ultimo profilo ci servirà, tra l'altro, per comprendere in tutte le sue implicazioni la questione centrale dei limiti ai mutamenti costituzionali (che vedremo con specifico riguardo alla Costituzione della Repubblica italiana).

In senso storico politico il concetto di Costituzione si è venuto determinando a partire dalla rivoluzione liberale borghese, tra la fine del XVIII e la prima parte del XIX secolo: i popoli reclamavano la "Costituzione", assemblee costituenti approvavano le "Costituzioni" oppure, come nel Piemonte sabauda, erano gli stessi Principi che, sotto la pressione popolare, elargivano Statuti o Carte costituzionali. Tale concetto, dunque, non può essere applicato a qualsiasi Stato per il solo fatto di avere un documento costituzionale, ma solo a un certo tipo storico di ordinamento statale (noto come Stato moderno), scaturito dalla rivoluzione liberale e organizzato sulla base di determinati principi politici. Secondo quanto ancora precisato da Crisafulli, sono due le principali ambizioni di quello che si definisce come costituzionalismo "liberale": dare allo Stato una *certa Costituzione*, che superasse il modello assolutistico e feudale, connotando l'ordinamento statale attraverso la limitazione dell'azione dei pubblici poteri e la garanzia di alcune fondamentali libertà individuali; avere una Costituzione scritta, un documento consacrato in forma solenne quale legge fondamentale contenente i principi base del nuovo ordinamento.

In quasi tutti gli ordinamenti del mondo occidentale (con l'importante eccezione dell'Inghilterra) il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato moderno è, non a caso, segnato da Costituzioni scritte (dalla nascita degli Stati Uniti d'America alla Francia rivoluzionaria). È in questa lunga fase storica che il concetto di Costituzione come "documento" si affianca a quello "politico", consacrando le norme sull'organizzazione del potere in una legge qualificata e ritenuta "fondamentale".

Ciò non significa che la rilevata corrispondenza debba esserci sempre e comunque: come l'Inghilterra ha una Costituzione liberal-democratica (in senso storico-politico), ma non ha una Costituzione scritta, così, all'inverso, possono darsi casi di regimi assolutistici disciplinati da una Carta costituzionale (che dunque hanno una Costituzione, intesa come documento, ma senza i contenuti tipici dello Stato costituzionale moderno).

È, però, importante ribadire che la Costituzione come documento scritto è conquista relativamente recente, frutto di un movimento filosofico e politico, il costituzionalismo, che fece proprio della Costituzione scritta un obiettivo fondamentale, sinonimo di libertà. La Costituzione diviene espressione di un ben preciso atto di volontà che consolida il potere politico, sottoponendolo a un insieme di regole e dunque di limiti. Un potere tendenzialmente illimitato, definito *potere costituente*, decide attraverso la Costituzione di porre dei limiti all'autorità pubblica, a quello che diviene il cosiddetto *potere costituito*. È questa una fase di passaggio fondamentale, uno spartiacque non soltanto storico ma anche giuridico.

*Costituzione in
senso formale*

Ora, alla Costituzione in senso formale può essere attribuita una "forza" peculiare, una posizione di preminenza giuridica rispetto agli altri atti e fatti normativi. Ove ciò sia positivamente previsto, la Costituzione si dice "rigida", in quanto modificabile soltanto attraverso procedure e forme differenziate rispetto a quelle tipicamente previste per la legge ordinaria. Vi è di più: nelle esperienze contemporanee la previsione di un procedimento aggravato per la revisione è di solito accompagnata dall'introduzione di un controllo di conformità a Costituzione della legislazione ordinaria, che si ritiene strumento fondamentale per garantire la rigidità costituzionale, ossia per sanzionare l'ipotesi di inosservanza delle prescrizioni costituzionali da parte del potere costituito.

Flessibili sono, invece, per definizione, le Costituzioni non scritte, ma possono esserlo anche le Costituzioni scritte, come accadeva soprattutto nell'Ottocento, qualora per la loro modifica non sia prevista una procedura peculiare. Ciò non significa, però, che quelle Costituzioni, per quanto flessibili, non assumessero un valore politico maggiore rispetto alle leggi ordinarie, in quanto la scrittura e la solennità del documento ne rendevano in fatto più difficili deroghe o mutamenti ai loro contenuti. Per le forze politiche e per la pubblica opinione il fatto che determinate regole fossero contenute nella Costituzione, anziché nella legge ordinaria, non era indifferente.

*Costituzioni
flessibili*

Anche la predetta distinzione merita dunque di essere storicizzata, altrimenti si rischierebbe di sottovalutare l'importanza delle costituzioni flessibili. Come si è già scritto, le Costituzioni ottocentesche segnavano la fine del potere assoluto ed erano per lo più concesse ("ottriate") dal Monarca, espressione della precisa volontà di questi di rinunciare all'uso indiscriminato e unilaterale del potere e di *sottoporsi alla legge*.

Ecco il punto: la legge, quale atto autoritativo, diviene espressione non più della volontà di un singolo, ma prodotto di un procedimento formale che prevede la partecipazione parlamentare. La conquista delle rivoluzioni liberali non era porre limiti alla legge, ma attribuire a quest'ultima il ruolo di fonte primaria del diritto, spostando l'asse della

decisione politica dal Monarca al Parlamento. Vero è, insomma, che le regole e i principi contenuti nella Costituzione sarebbero stati modificabili con legge ordinaria, ma ciò voleva pur sempre dire necessario coinvolgimento dei rappresentati del popolo o meglio del ceto, la borghesia, al quale era riconosciuto il diritto di voto. Si affermava così lo Stato moderno di diritto – anche il sovrano è sottoposto alla legge – ma nella forma dello Stato monoclasse. È proprio in questa fase storica, dunque, che si impone la regola aurea del costituzionalismo, che richiede la garanzia dei diritti e la divisione dei poteri quale condizione imprescindibile affinché un documento normativo possa propriamente definirsi Costituzione.

*Costituzioni
rigide*

Nel Novecento il mutamento dell'organizzazione sociale, legato al processo di progressiva industrializzazione e all'affermarsi dei sindacati e dei partiti di massa, portò in Europa a pressanti rivendicazioni degli altri ceti, alla graduale affermazione di un pluralismo politico che doveva riflettere la conflittualità sociale. È in quel contesto, segnato dal superamento delle basi oligarchiche sulle quali si reggeva la prima incarnazione dello Stato moderno di diritto (Ridola) e dall'uscita da due grandi conflitti mondiali, che nascono le Costituzioni rigide, rivolte a preservare, appunto, il raggiunto compromesso politico e sociale. Le Costituzioni diventano espressione del pluralismo, di Stati pluriclasse nei quali non può più trovare rappresentanza il solo ceto borghese (M. S. Giannini), come dimostrato dalla progressiva estensione a tutti i cittadini maggiorenni, donne finalmente comprese, del diritto di voto. La Costituzione diventa sempre più limite al potere, in funzione della garanzia dei diritti riconosciuti a tutti senza distinzioni di sorta (nella nostra Carta costituzionale ciò è specificato nella nota formula contenuta nell'art. 3: «senza distinzioni di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»). Nelle Costituzioni del pluralismo, la rigidità finisce così per tradursi in forma di protezione per i diritti ivi riconosciuti, che opera nei confronti di tutti e non soltanto degli appartenenti ad un gruppo sociale “dominante”.

Quanto alla “rigidità” costituzionale, occorre inoltre precisare che se è vero che questa è caratteristica delle Costituzioni novecentesche, tuttavia anche la prima Costituzione moderna, quella in vigore negli Stati Uniti d'America dal 1787, è rigida. Anche qui il dato storico-politico viene in aiuto. La rigidità è infatti in quel sistema anzitutto conseguenza dell'origine federale dello Stato: la Costituzione è l'esito di un patto (*foedus*) tra Stati sovrani che decidono di trasferire la sovranità allo Stato federale. È per tale ragione che le regole che disciplinano i relativi rapporti non possono essere modificate nelle forme ordinarie, richiedendo il consenso degli Stati membri. A venire in rilievo quale fondamento storico-politico della rigidità è proprio la *natura pattizia* della Costituzione: ora patto tra Stati, ora, come accade nelle principali

esperienze contemporanee, patto tra parti politiche. È questa la prima ragione per cui la revisione della Costituzione richiede, in diverse forme, un'ampia partecipazione.

3. La Costituzione della Repubblica italiana

Entro questa cornice deve essere inquadrata la nostra Costituzione, «legge fondamentale della Repubblica» che, come tale, si colloca prima e al di sopra di tutte le altre fonti del diritto.

La nostra Costituzione è l'esito dell'esercizio del cosiddetto potere costituente, esauritosi con l'approvazione definitiva della Carta il 22 dicembre 1947 o forse meglio con la sua entrata in vigore il 1° gennaio 1948 (che seguì alla promulgazione del Capo provvisorio dello Stato e alla pubblicazione in edizione straordinaria della Gazzetta Ufficiale, entrambe intervenute il 27 dicembre 1947).

A questo esito si arrivò a seguito di alcune fondamentali vicende politiche, successive alla Seconda guerra mondiale, tra le quali il cosiddetto Patto di Salerno, siglato nella primavera del 1944 tra la Corona e i partiti politici che facevano parte dei Comitati di liberazione nazionale. In base a quel Patto, i cui contenuti furono tradotti nel decreto-legge n. 151 del 25 giugno 1944, il Re si ritirava a vita privata, nominando l'erede al trono quale Luogotenente generale, e la scelta sulla forma dello Stato (repubblicana o monarchica) sarebbe stata rimessa ad un'Assemblea Costituente, eletta dal popolo dopo la liberazione del territorio nazionale, avente l'incarico di deliberare la nuova Costituzione dello Stato. Tale ultima scelta sarà poi rivista con il decreto legislativo luogotenenziale 16 marzo 1946, n. 98, attribuendo direttamente al popolo, e non all'Assemblea Costituente, la scelta sulla forma dello Stato, da effettuarsi mediante *referendum*.

*La nascita della
Costituzione
repubblicana*

La deliberazione popolare del 2 giugno 1946 (*referendum* istituzionale) determinò, come è noto, la scelta per la forma repubblicana in luogo di quella monarchica. Una scelta che la Costituzione assunse come non più rivedibile. Se, infatti, la Costituzione è modificabile con una procedura speciale (stabilita dall'art. 138 Cost.), non lo è mai del tutto, non potendo proprio la forma repubblicana essere oggetto di revisione costituzionale (art. 139). Peraltro, tale limite alla revisione, collocato nell'ultima disposizione della nostra Costituzione, deve leggersi in connessione con quanto stabilito nel primo articolo, che qualifica l'Italia come «Repubblica democratica fondata sul lavoro». Il limite alla revisione costituzionale non interessa, dunque, solo la questione della natura elettiva e temporanea del Capo dello Stato (presenza di un Pre-

sidente eletto dal Parlamento per un tempo limitato e non di una monarchia ereditaria, che preveda il trasferimento del potere da un membro a un altro della stessa famiglia), ma arriva a comprendere la democraticità dell'ordinamento nel suo complesso, non potendo mai essere messa in discussione la partecipazione del popolo al governo dello Stato. Di qui l'apertura ad un ampliamento dei limiti alla revisione costituzionale che la Corte costituzionale italiana ha inteso come comprensivi dei principi che appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali la Costituzione si fonda (sent. n. 1146 del 1988). Tali principi non possono essere sovvertiti nel loro contenuto essenziale nemmeno da leggi approvate secondo la particolare procedura disciplinata dall'art. 138 Cost. E tra questi principi supremi sono senz'altro da comprendere i diritti inviolabili, i quali formano il patrimonio irrettrattabile della persona umana.

*La Costituzione
quale limite al
potere*

La nostra Costituzione fissa i principi e le regole fondamentali per un'ordinata convivenza, disciplinando l'esercizio del potere specialmente attraverso limiti che non possono essere legittimamente oltrepassati.

È sufficiente leggere i primi tre articoli per comprendere come l'idea della Costituzione quale limite al potere in funzione della garanzia dei diritti sia stata messa in pratica dai nostri Costituenti.

Anzitutto, la sovranità «appartiene» al popolo, che l'esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione (art. 1, secondo comma). Ciò vuol dire che la legittimazione popolare ottenuta attraverso il voto non può essere mai invocata come fonte di un potere senza limiti. La sovranità non «emana» dal popolo, ma appartiene a quest'ultimo, che la conserva e non la trasferisce ad altri mediante l'elezione (Carlassare).

*I principali
contenuti*

Ma la Costituzione repubblicana non si accontenta di ascrivere la sovranità al popolo né di riconoscere e garantire a ciascuno i diritti inviolabili, ritenendo necessario il raggiungimento di un minimo di omogeneità sociale, fondamentale per una società che possa dirsi davvero democratica. Di qui l'ambizione a rendere effettivo l'esercizio dei diritti (a partire dal lavoro, sul quale si fonda la Repubblica democratica, come si legge nel primo comma dell'art. 1), sancendo l'obiettivo della rimozione degli ostacoli di carattere materiale che di fatto escludono la possibilità stessa della partecipazione dell'individuo alla vita della comunità. Un'effettiva garanzia dei diritti non può, insomma, prescindere dal riconoscimento del principio della giustizia sociale; non basta riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (art. 2), occorre uno specifico impegno alla realizzazione dell'eguaglianza "sostanziale": «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva par-

tecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, secondo comma, Cost.).

La nostra Costituzione chiede, dunque, alle istituzioni repubblicane di intervenire anche nel campo economico, rifiutando l'idea che il massimo benessere possa essere assicurato attraverso l'esclusivo dispiegarsi delle regole del libero mercato. V'è di più: quando nel primo comma dell'art. 3 Cost. si fa riferimento all'eguaglianza formale («tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge...»), si afferma solennemente il principio della pari dignità sociale, chiaro segno della volontà di superare l'individualismo liberale proprio degli ordinamenti ottocenteschi, di guardare alla persona in una dimensione “nuova”, anzitutto come essere “sociale”. Lo si percepisce chiaramente leggendo l'art. 2 Cost.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». Cosa vuol dire? Anzitutto che la tutela della persona è fine supremo dello Stato e che i diritti, in quanto “riconosciuti”, presistono rispetto all'ordinamento che li riconosce. I diritti non sono frutto di un'autolimitazione, di una concessione dello Stato, inteso come titolare esclusivo della sovranità, proprio in quanto logicamente anteriori a ogni istituzione politica e a ogni potere politico (compreso il legislatore). Si afferma, come diceva Dossetti in Assemblea Costituente, una «precedenza sostanziale della persona umana (intesa nella completezza dei suoi valori e dei suoi bisogni non solo materiali ma anche spirituali) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella» (seduta del 9 settembre 1946). Siamo al cuore dei valori costituzionali, in quella che è stata definita, proprio con riguardo ai diritti fondamentali, come la «sfera del non decidibile», sottratta a determinazioni assunte a maggioranza, in funzione della «tutela di ciò che nel patto costituzionale viene ritenuto “fondamentale”» (Ferrajoli).

I principi della dignità e del libero sviluppo della personalità si pongono così al centro della trama della nostra Costituzione e ad essi si riconnettono i singoli diritti tutelati nella Carta, nonché gli altri principi fondamentali, tra i quali: il principio lavorista (art. 1, primo comma, e art. 4, primo comma), che guarda al lavoro come elemento generatore della dignità; il principio solidarista, che impone l'adempimento di alcuni doveri inderogabili, in funzione del mantenimento dell'ordine civile e della crescita dell'intera società (art. 2); il principio pluralista, che già trova espressione nella considerazione delle formazioni sociali quali luoghi ove può esprimersi la personalità di ciascuno, essendo il singolo riguardato nella sua socialità (art. 2); il principio dell'internazionalismo e della pace (artt. 10 e 11), che muove dalla consapevolezza della necessaria condivisione di alcuni principi comuni, a partire proprio da quello del rispetto della dignità della persona; il principio di laicità che, pur

non esplicitato, prende le mosse dall'affermazione della pace religiosa e dell'eguale libertà di tutte le confessioni (artt. 7 e 8) per svilupparsi nei sensi di una «equidistanza e imparzialità verso tutte le religioni» (Corte cost., sent. n. 168 del 2005), finendo per essere considerato principio supremo sottratto a revisione costituzionale (Corte cost., sent. n. 203 del 1989). Si tratta di principi che non sono soltanto enunciati ma che, in virtù della capacità prescrittiva del testo costituzionale, necessitano di essere sviluppati, attuati, anzitutto attraverso l'esercizio dell'ordinaria funzione legislativa.

L'affermazione dei principi della dignità e del libero sviluppo della personalità ha una precisa radice storica, che accomuna le principali Costituzioni democratiche degli Stati contemporanei e le Convenzioni o Dichiarazioni internazionali del secondo dopoguerra, le quali, sia pure con diverse formule, è come se dicessero “mai più Auschwitz”. Di qui anche l'apertura della nostra Carta – e del relativo catalogo costituzionale dei diritti – agli influssi del diritto internazionale e soprattutto europeo (artt. 10, 11 e ora 117, primo comma), segnata, anzitutto, dall'obiettivo di assicurare la pace e il rispetto reciproco tra gli Stati e tra le persone, nella consapevolezza che Auschwitz abbia rappresentato il “male assoluto”. Elevare la dignità a principio supremo della Costituzione e a valore “indivisibile” e “universale” nelle Dichiarazioni e nelle Convenzioni internazionali significa in concreto porre un argine a future manifestazioni di volontà politica di segno diverso, negare la possibilità, o meglio la legittimità, di qualsiasi intervento che, riesumando quel “male assoluto” sempre pronto a risvegliarsi, possa portare a considerare la persona come cosa.

La libertà e la dignità sono intimamente connesse: la prima è negata ogni qual volta la seconda sia pregiudicata. Come ha scritto il grande Cesare Beccaria, ormai oltre duecentocinquanta anni fa, quando l'uomo cessa di essere persona e diventa cosa, non ha più senso parlare né di dignità né di libertà.

*La triade
dignità-diritti-
doveri*

Tutto si lega nello sviluppo della trama della nostra Costituzione, anzitutto la triade dignità-diritti-doveri.

I diritti costituzionali si pongono, senz'altro, in rapporto di complementarità, rilevando tutti in vista del fine del libero e pieno sviluppo della personalità, risultando in concreto condizionati, sul piano dell'effettività, dalla realizzazione del principio dello Stato sociale.

Al riconoscimento dei diritti inviolabili si affianca poi la richiesta di adempimento dei doveri inderogabili coesistente all'obiettivo di garantire una convivenza civile. Si pensi alla rilevanza del dovere tributario, modulato secondo criteri di progressività (art. 53 Cost.), e del relativo adempimento, fondamentale, in una logica redistributiva, per consentire interventi pubblici rivolti alla rimozione delle diseguaglianze. Non v'è dubbio che l'obiettivo della giustizia sociale possa essere offu-

scato non solo da scelte sbagliate del potere pubblico nella individuazione dei fini da perseguire, ma anche da un inadeguato reperimento dei mezzi, reso difficile da comportamenti illeciti ed egoistici dei consociati (si pensi al drammatico fenomeno dell'evasione fiscale).

Proprio quest'ultimo cenno ai doveri consente di porre in connessione il tema della responsabilità con la questione sempre aperta dell'attuazione (o della inattuazione) della Costituzione. L'attuazione della Costituzione richiede, infatti, una responsabilizzazione di tutti noi, non soltanto del legislatore. Ed è bene che le nuove generazioni siano consapevoli che orientare i propri comportamenti nella direzione dei valori costituzionali non solo è possibile, ma è anche doveroso. Per questo è necessario conoscere, sapere, avere una cultura costituzionale. Lo è per esercitare consapevolmente (e in modo effettivo) i propri diritti (pensiamo al diritto di critica quale espressione della manifestazione del pensiero, ma anche al diritto ad essere informati, che richiede discernimento da parte di chi è destinatario delle notizie). Lo è anche per comprendere come i doveri inderogabili (di solidarietà politica, economica e sociale, come recita l'art. 2 Cost.) non siano sciocche imposizioni dell'autorità, ma strumenti essenziali ad assicurare una positiva convivenza.

SEZIONE II

DALLE FONTI ALLE NORME

SOMMARIO: 1. Cos'è una fonte del diritto. – 2. Interpretare. – 3. Risolvere le antinomie e colmare le lacune. – 4. La necessità di inquadrare l'evoluzione delle fonti del diritto alla luce delle dinamiche della forma di governo e del processo di integrazione europea. – 5. L'effettività come fattore condizionante la giuridicità delle norme. Cenni.

1. *Cos'è una fonte del diritto*

Prima di studiare la Costituzione quale fonte del diritto e la sua posizione rispetto agli altri atti o fatti normativi, occorre richiamare taluni concetti essenziali che interessano i fenomeni della produzione e dell'applicazione del diritto.

Per fonte del diritto si intende tradizionalmente qualsiasi *atto o fatto idoneo a produrre diritto* in un dato ordinamento giuridico. Si distinguono, in particolare, le *fonti atto* dalle *fonti fatto*. Le prime sono atti volontari imputabili a soggetti determinati, che costituiscono esplicitazione di un potere ad essi attribuito (così la legge statale quale prodotto della volontà parlamentare); le seconde, invece, anche se possono risolversi in comportamenti umani, sono assunte dall'ordinamento nella loro oggettività (è il fatto della loro vigenza ad assumere rilievo). Di regola, le fonti atto coincidono con il diritto scritto, mentre il diritto prodotto da fonti fatto (ad esempio da consuetudini) è in prevalenza considerato diritto non scritto (anche se tale valutazione sarà revocata in dubbio più avanti).

Definizione di fonte

Ad una specifica fonte devono poter essere ricondotte le singole norme di un determinato ordinamento giuridico. Ma il passaggio dalla fonte alla norma è mediato, in quanto i contenuti della norma sono l'esito non del solo atto o fatto che ha generato quest'ultima, ma, in modo significativo, dell'*interpretazione* che a quel fatto e a quell'atto sia stata data dagli operatori giuridici in funzione della relativa applicazione (determinante è in questo ambito il ruolo dei giudici, che, dovendo

risolvere controversie concrete, continuamente contribuiscono ad enucleare i possibili significati da attribuire agli enunciati normativi).

*Atto,
disposizione,
norma*

Ciò appare particolarmente chiaro quando si tratti delle fonti atto. L'atto è, infatti, la manifestazione di volontà imputabile ad un soggetto determinato (nel nostro caso a un soggetto che sia abilitato dall'ordinamento a produrre diritto); tale manifestazione di volontà si traduce in uno o più enunciati (nel linguaggio giuridico, *disposizioni*), che costituiscono propriamente il voluto manifestato dal soggetto abilitato a produrre diritto; gli enunciati devono essere interpretati in funzione della loro applicazione (ad esempio per la risoluzione di una controversia o per comprendere se Tizio possa vantare un diritto nei confronti di Caio), ossia dagli stessi deve essere ricavata quella che nel linguaggio giuridico si definisce come la *norma*, che altro non è che la disposizione interpretata. Per fare un esempio, la legge ordinaria è espressione della manifestazione di volontà del Parlamento, che si tradurrà in disposizioni (contenute negli articoli dei quali si compone) a loro volta suscettibili di interpretazione e, dunque, idonee a produrre norme applicabili nell'ordinamento.

*Alla ricerca
delle norme di
riconoscimento*

Fondamentale, in questo processo, è comprendere se la singola norma sia o meno riconducibile ad una fonte che lo specifico ordinamento consideri idonea a produrre diritto (tale è senz'altro il caso della norma prodotta dalla fonte "legge ordinaria"). Il che vuol dire andare alla ricerca della cosiddetta *norma di riconoscimento*, che attribuisca all'atto o al fatto che si ponga all'origine del fenomeno produttivo la dignità di fonte del diritto. Capire se la fonte produttiva della norma sia abilitata a produrre diritto (se sia una fonte "legale") è essenziale da un punto di vista pratico, in quanto in presenza di una norma prodotta da *fonte legale*: *a*) si deve considerare un comportamento ad essa contrario quale anti-giuridico (illecito); *b*) si può far valere la sua violazione nei confronti di provvedimenti del giudice mediante ricorso in Cassazione (art. 111, settimo comma, Cost., che pur utilizzando il termine violazione di "legge" intende riferirsi più ampiamente alle norme del diritto oggettivo); *c*) si pretende che sia il giudice a ricercarla e individuarla, non essendovi un onere gravante sulla parte di provare l'esistenza di una norma giuridica (principio *iura novit curia*, per cui la ricerca e l'individuazione della norma del diritto oggettivo deve essere operata dal giudice); *d*) si applicano le regole sull'interpretazione previste dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile (anche qui, nonostante la rubrica sia dedicata all'interpretazione della "legge", il riferimento è inteso a tutte le disposizioni che concretizzano la volontà espressa attraverso fonti atto abilitate dall'ordinamento a produrre diritto).

*Fonti di produ-
zione e fonti di
cognizione*

Ci stiamo qui riferendo, seguendo l'insegnamento di Vezio Crisafulli, alle *fonti di produzione*, ossia ai fatti produttivi di norme e non già ai fatti che rendano meglio conoscibili le norme, già prodotte indipenden-

temente da essi (in tal caso si dovrebbe parlare delle *fonti di cognizione*, che appunto servono non a produrre ma a rendere più conoscibili le norme; mezzo di conoscenza è, ad esempio, la “Gazzetta Ufficiale” alla cui pubblicazione si attribuisce peraltro rilievo ai fini dell’entrata in vigore delle norme).

La questione, rilevante e problematica al tempo stesso, è quella di individuare nello specifico ordinamento considerato la norma (o le norme) che consenta (o che consentano) di identificare ciascuna delle fonti di produzione. È una ricerca vana, almeno per l’ordinamento italiano, non esistendo un elenco di fonti di produzione che possa dirsi esaustivo. Tanto più che la nostra Costituzione non elenca le fonti, ma semmai attribuisce poteri a diversi organi (Parlamento, Governo, Consigli regionali, ecc.), e soprattutto non preclude la nascita di nuove fonti, che in ipotesi possono essere create con legge costituzionale o addirittura, se si tratta di fonti secondarie, con legge ordinaria (si pensi ai regolamenti delle autorità indipendenti). Non solo: l’appartenenza dell’Italia all’Unione europea ha determinato l’operatività nel nostro ordinamento di fonti (quali, tra le altre, i regolamenti dell’Unione europea) che si sono rivelate capaci di prevalere persino sulle disposizioni della Costituzione ove non contrastanti con i principi fondamentali o con i diritti inalienabili della persona. Resta il fatto, per offrire un’osservazione sintetica, che le fonti del diritto risultano per lo più in modo “implicito”, nel senso che la loro previsione in eventuali elenchi (come quello dell’art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile, che comprende leggi, regolamenti e usi) costituisce mero indizio della loro possibile inclusione tra le fonti “legali” dell’ordinamento italiano.

In ragione dell’insufficienza dei criteri formali, si è cercato di impiegare taluni indici sostanziali, tratti dall’indagine compiuta sul tema dai teorici del diritto, per lo più riconducibili alla nota affermazione per cui le *norme* giuridiche sarebbero tali solo in quanto *generali e astratte*. Questi caratteri, che rimandano all’idea che la norma sia in ogni caso suscettibile di indefinite applicazioni, stabile nel tempo e ipotetica (potendosi l’ipotesi in essa prevista non realizzarsi mai, così come una o più volte), non sono in verità sempre ricorrenti, anche per l’esigenza, particolarmente avvertita nella contemporaneità, della posizione di regole particolari per rispondere, tra gli altri, a specifici, talora assai puntuali, bisogni emergenti in ragione dell’evoluzione scientifica e tecnologica.

Ma, di là da questa notazione, sarebbe sufficiente ricordare che con riguardo alla legge parlamentare, ossia a quella che si ritiene essere la fonte del diritto per eccellenza, l’opinione prevalente è che la stessa possa assumere qualsiasi contenuto, purché si rispettino le forme previste per la sua approvazione. Così, per guardare all’ordinamento italiano, l’art. 70 della Costituzione, nell’ascrivere alle Camere il potere di

*I caratteri della
norma*

esercitare collettivamente la funzione legislativa, permetterebbe alle stesse, in assenza di diversa previsione, di dotare l'atto legge di qualsiasi contenuto, anche non generale e astratto, come nel caso delle c.d. *leggi-provvedimento*, atti formalmente legislativi caratterizzati, però, da un contenuto specifico e puntuale.

*Il problema
delle leggi-
provvedimento*

In altre parole, «la legislazione può assumere qualunque contenuto non contrasti con la Costituzione, anche un contenuto puntuale e concreto, insuscettibile di ulteriori svolgimenti, ma giustificato in quanto rispondente ai valori costituzionali» (Modugno). Quel contenuto puntuale potrà infatti rappresentare il mezzo più idoneo per la realizzazione dei valori costituzionali, specie quando a venire in rilievo sia il principio di eguaglianza sostanziale, che ben può reclamare «normative particolari e di dettaglio» (Ainis). Ma resta il fatto che il giudizio di costituzionalità sugli atti con forma legislativa recanti disposizioni concrete e puntuali non potrà che tradursi in uno *scrutinio stretto sulla loro giustificazione* (in nome di uno specifico valore costituzionale) e *non arbitrarietà*, «tanto più rigoroso quanto più marcata sia (...) la (...) natura provvedimentale dell'atto legislativo sottoposto a controllo» (Corte cost., sent. n. 153 del 1997). La ragione sta, anzitutto, nel necessario rispetto del principio di eguaglianza (Esposito), in quanto la legge «non è giuridicamente abilitata ad istituire valido diritto, se non a patto di conservare tanta astrattezza quanta ne pretende l'art. 3 primo comma» (Paladin). Ma il pregiudizio può anche riguardare il principio che vuole siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.), nonché la regola per cui contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (art. 113 Cost.): il primo in quanto implica pure che, nella organizzazione amministrativa, «siano stabilite “le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari” (dei quali l'art. 28 proclama la responsabilità personale per gli atti in violazione dei diritti e l'art. 98 dice che devono essere “al servizio esclusivo della Nazione”)»; la seconda in quanto presuppone che «gli atti medesimi siano adottati da autorità amministrative e quindi sindacabili dai giudici ordinari e dai giudici speciali amministrativi (poiché, a questi effetti, è alla *provenienza soggettiva* degli atti che si deve guardare nel nostro ordinamento positivo)» (Crisafulli). Quando, infatti, la legge si sostituisce, caso per caso, agli organi amministrativi nell'adottare concreti provvedimenti si determina una indistinzione tra questi e gli organi legislativi tale da compromettere il senso stesso della imparzialità dell'amministrazione (come funzione e attività), rendendo, peraltro, non pienamente operante la garanzia della tutela giurisdizionale. Il cittadino leso dal provvedimento assunto nella forma della legge non potrà direttamente ricorrere contro lo stesso, dovendo piuttosto ricercare la via, spesso tortuosa e comunque indiretta, della sollevazione del-

la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte, che nel nostro sistema richiede l'intermediazione necessaria di un giudice e di un giudizio, con le caratteristiche che saranno indicate nella Parte III di questo Corso.

Altra importante considerazione, che riguarda le fonti atto, attiene alla loro forma, al modo in cui le stesse si manifestano esteriormente. Nella "forma" di tali fonti occorre infatti distinguere quello che ne è il contenuto dispositivo dalle parti che ne costituiscono l'esteriorizzazione, almeno quando il potere di deliberazione sia dissociato da quello di "emissione", come avviene per la legge ordinaria, approvata dalle Camere e promulgata dal Presidente della Repubblica. Peraltro, all'emissione segue la pubblicazione, che realizza la condizione di conoscibilità dell'esistenza della fonte, oltre ad assumere rilievo per la sua stessa vigenza (si pensi di nuovo alla pubblicazione della legge e alla previsione generale, salvo specifiche deroghe, che ne stabilisce l'entrata in vigore il quindicesimo giorno successivo a tale adempimento: art. 73 Cost.).

La forma delle fonti atto

2. Interpretare

Si è sopra fatto riferimento alla centralità del momento dell'interpretazione ai fini della individuazione della norma e della sua conseguente applicazione.

La già richiamata distinzione tra disposizione e norma non è altro che la traduzione, in termini giuridici, della relazione tra *enunciato*, inteso come formula grammaticale e linguistica, e *proposizione*, intesa come significato dell'enunciato. Tra i due termini della relazione non v'è necessaria corrispondenza, nel senso che la stessa proposizione può essere espressa da enunciati diversi e, viceversa, lo stesso enunciato può esprimere proposizioni diverse. Usando le parole proprie del linguaggio giuridico, una *disposizione* può dunque esprimere una o *più norme* o anche un "*frammento di norma*", nell'ipotesi in cui quest'ultima sia ricavabile da più disposizioni (concorso di disposizioni o, come si usa dire con espressione cara a molti giuristi, "combinato disposto"). Peraltro, la norma ricavabile dalla disposizione può essere diversa in ragione del tempo (del mutato contesto) in cui viene interpretata.

Con riferimento all'interpretazione della legge (più in generale degli atti normativi), l'art. 12 delle «Disposizioni sulla legge in generale» (cc.dd. "disposizioni preliminari al codice civile" o "preleggi") prescrive che «nell'applicare la legge *non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*» (art. 12, primo comma). Tale formula sembrerebbe indurre a privilegiare sempre la co-

L'art. 12 delle preleggi