

Compendio di diritto pubblico

a cura di

Valerio Lemma e Mirella Pellegrini

con la collaborazione di

Illa Sabbatelli



Giappichelli

PREFAZIONE

Il presente *Compendio* è frutto della selezione e raccolta delle seguenti parti di manuali pubblicati per i tipi di Giappichelli. Rispettivamente:

il Capitolo I. ORDINAMENTO, STATO, COSTITUZIONE, il Capitolo II. FORME DI STATO E FORME DI GOVERNO e il Capitolo IV. I PRINCIPI FONDAMENTALI sono tratti da R. Bifulco, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2020;

il Capitolo III. LO STATO COSTITUZIONALE, il Capitolo V. I DIRITTI DI LIBERTÀ, il Capitolo VI. IL PARLAMENTO, il Capitolo X. LA CORTE COSTITUZIONALE e il Capitolo XI. LA MAGISTRATURA sono tratti da P. Caretti, U. De Siervo, *Diritto costituzionale e pubblico*, IV edizione, Torino 2020;

il Capitolo VII. IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA, il Capitolo VIII. IL GOVERNO, il Capitolo IX. LE REGIONI E LE AUTONOMIE LOCALI sono tratti da F. Politi, *Diritto Pubblico*, VIII edizione, Torino 2021.

Si ringraziano gli Autori per aver permesso la riproduzione delle parti dei loro testi all'interno del *Compendio*.

Nel licenziare le bozze del presente volume, sentiamo il bisogno di ringraziare altresì gli studiosi che ci sono stati vicini e, in particolare, Francesco Affinito, Francesco Cavallaro, Antonio Davola, Giulia Giordano, Lorenzo Locci, Vincenzo Vietri e Alessandro Vita.

I curatori

CAPITOLO I

ORDINAMENTO, STATO, COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. La dimensione sociale del diritto. – 1.1. Il diritto come regolatore sociale. – 1.2. La creazione dell'ordine sociale. – 1.3. Norma e ordinamento giuridico. – 2. L'ordinamento giuridico. – 2.1. Gli elementi strutturali. – 2.2. Concetti giuridici in tema di soggettività giuridica. – 2.2.1. Le persone fisiche, le persone giuridiche, la soggettività giuridica. – 2.2.2. La capacità giuridica e la capacità d'agire. – 2.2.3. La rappresentanza. – 2.2.4. La persona giuridica: organo e ufficio. – 2.2.5. Fatti e atti. Fattispecie astratta e concreta. – 3. Lo Stato come ordinamento giuridico. – 4. La sovranità. – 5. L'oggetto del diritto costituzionale. – 5.1. Le origini dell'idea di costituzione: la costituzione come contratto. – 5.2. La nascita del concetto di costituzione: potere costituente e potere costituito. – 5.2.1. La costituzione come artificio o come evoluzione; costituzioni scritte e non scritte. – 6. La funzione della costituzione (nel suo aspetto evolutivo). – 7. Concetto e concezioni di costituzione.

1. *La dimensione sociale del diritto*

1.1. *Il diritto come regolatore sociale*

Al pari dell'etica, della morale, della religione, dell'economia, il diritto è un regolatore sociale. Partendo dalle pulsioni più elementari – vale a dire dai bisogni che spingono ogni essere umano al loro soddisfacimento –, il diritto regola tali pulsioni, definite, in termini giuridici, **interessi** (di natura molto diversa: materiale, spirituale, sessuale, ecc.), verso gli oggetti che soddisfano tali bisogni e che, quando entrano nell'area di qualificazione del diritto, assumono il termine di **beni** (anch'essi possono essere di natura molto diversa). Gli interessi sono individuali e collettivi (relativi ad un gruppo).

Il diritto ha quindi un'eminente dimensione sociale. La norma giuridica, per un verso, regola rapporti intersoggettivi e, per un altro, disciplina le istituzioni sociali. Da qui l'efficace espressione, di origine incerta, per cui *ubi societas, ibi ius*: dove c'è una comunità, un gruppo sociale strutturato, lì c'è il diritto¹.

¹ I gruppi ai quali s'interessa il diritto sono, normalmente, gruppi stabili, in cui le varie parti assumono una forma, per quanto minima, di organizzazione.

1.2. *La creazione dell'ordine sociale*

Se il gruppo o la comunità di riferimento è semplice nella sua struttura, è semplice e basilare anche la sua organizzazione; più il gruppo si amplia e si struttura dal punto di vista sociale, più l'organizzazione diventa complessa.

Il Gruppo Ha Un Problema Da Risolvere: la creazione dell'ordine. A tal fine è necessario attribuire il potere di comando a una parte del gruppo, ad alcuni dei membri del gruppo. Non c'è quasi bisogno di aggiungere che questa fase creativa assume forme e tempi diversi – perché la creazione dell'ordine sociale può richiedere processi storici che prendono anni (tradizione) oppure può svolgersi in maniera rapida e spesso violenta (rivoluzione) – e porta ad assetti sociali diversi.

Il diritto ha una parte rilevante in quanto esso è strumentale al mantenimento dell'ordine quale si è venuto a creare, indipendentemente dalle modalità con cui l'ordine si è formato e dalle forme che esso ha assunto.

Una volta attribuito, il potere di comando è esercitato attraverso due forme giuridiche fondamentali: la **norma**, cioè il comando rivolto a soggetti indeterminati (generalità) e riferito a una serie infinita di fenomeni (astrattezza) o il **provvedimento**, cioè il comando con destinatario determinato e oggetto concreto. Più il gruppo si struttura, più avrà bisogno di norme (e il loro insieme costituirà l'ordinamento giuridico).

1.3. *Norma e ordinamento giuridico*

Il diritto non è l'unico regolatore sociale. Esso si affianca a regolatori altrettanto importanti, come l'etica, la religione o comunque regole di carattere sociale. Una delle questioni teoriche più avvincenti ha riguardato la distinzione tra la norma giuridica e le norme proprie degli altri regolatori sociali. In estrema sintesi, ogni norma giuridica sarebbe accompagnata da una sanzione pronta a scattare nell'ipotesi di sua violazione; la sanzione può essere espressamente prevista dalla norma (come spesso accade nel diritto penale) ovvero può essere indirettamente ricavata dall'ordinamento. Già da tempo, questo collegamento (norma e sanzione) è stato messo in discussione in quanto, ad esempio, esistono norme prive di sanzioni.

È allora d'aiuto spostare l'attenzione dalla norma all'ordinamento (l'insieme delle norme di un gruppo) e osservare che l'elemento distintivo può essere rinvenuto nel fatto che l'ordinamento giuridico, a differenza di altri ordinamenti normativi, è l'unico a prevedere norme sulla creazione di norme.

2. *L'ordinamento giuridico*

2.1. *Gli elementi strutturali*

Con il termine ordinamento giuridico si fa normalmente riferimento al **diritto oggettivo**, all'insieme (ordinato) delle norme valide che disciplinano i rapporti all'interno di un gruppo sociale.

Di ordinamento giuridico è possibile parlare allorché il gruppo sociale di riferimento si sia dotato di una organizzazione, che può essere anche minima. In virtù di tale organizzazione una parte del gruppo è in grado di esercitare il potere di comando attraverso la normazione (composta soprattutto, come detto, di norme giuridiche). La violazione delle norme è sanzionata attraverso il legittimo monopolio della forza.

È possibile ora indicare riassuntivamente gli elementi che compongono l'ordinamento giuridico: **plurisoggettività** (all'interno dell'ordinamento giuridico esiste un numero più o meno consistente di soggetti, non necessariamente fisici), **organizzazione** (l'ordinamento giuridico va da un'organizzazione minima, consistente nella differenza tra chi comanda e chi è comandato, a forme organizzative complesse, come quella statale), **normazione** (all'interno di ogni ordinamento giuridico esistono soggetti autorizzati a produrre norme giuridiche), **forza** (in ogni ordinamento giuridico sono designati i soggetti che detengono l'uso legittimo della forza).

Da ciò discende la consapevolezza della **pluralità degli ordinamenti giuridici**, con la quale si vuole esprimere una doppia caratteristica: da un lato, la relatività dell'ordinamento giuridico (nel senso che nessun ordinamento giuridico può pretendere di essere considerato come l'idealtipo o come espressione perfetta del concetto); dall'altro, l'esistenza di una molteplicità di ordinamenti giuridici (si pensi, appunto, ai tanti Stati sovrani esistenti e si pensi anche alle tante esperienze ordinamentali di livello inferiore, come le associazioni private, o superiore agli Stati, come la comunità internazionale o l'Unione europea).

2.2. *Concetti giuridici in tema di soggettività giuridica*

2.2.1. *Le persone fisiche, le persone giuridiche, la soggettività giuridica*

L'esperienza giuridica è innanzitutto sociale, collettiva, plurale. Parlare di un ordinamento giuridico personale non avrebbe senso. L'insieme delle norme, l'ordine giuridico nasce, come si è detto, per regolare rapporti tra più soggetti, all'interno di un gruppo. Sorge quindi l'esigenza di collegare gli individui all'ordinamento giuridico di riferimento. Normalmente ciò accade attraverso il fatto naturale di nascere sul territorio in cui insiste l'ordinamento ovvero per atto di ammissione.

Nel corso della storia gli ordinamenti giuridici hanno previsto anche altri soggetti giuridici, diversi dalle **persone fisiche**. In particolare, fin dall'antichità, norme giuridiche hanno previsto o che alcuni individui operassero giuridicamente per conto di altri oppure che alcuni individui agissero giuridicamente per enti artificiali, costituiti da un insieme di persone fisiche e di entità materiali e immateriali. Con riguardo a quest'ultimo fenomeno è stata elaborato il concetto di persona giuridica. L'ordinamento giuridico affida alle **persone giuridiche** il perseguimento di determinati interessi, equiparandole, fin dove possibile, alle persone fisiche.

Tra le persone fisiche e quelle giuridiche possono esservi figure intermedie (es. le associazioni non riconosciute).

Il termine *persona* nel lessico giuridico non coincide, dunque, con il linguaggio comune poiché esso sta a significare che la persona (fisica o giuridica) è oggetto e soggetto di diritto.

Sono le norme ad attribuire a certe entità, non necessariamente fisiche, una **soggettività giuridica**, vale a dire l'idoneità ad essere considerate dal diritto come soggetto di diritto. Proprio perché persona in senso giuridico allude a fenomeni fisici e sociali diversi, questa soggettività può essere graduata.

2.2.2. La capacità giuridica e la capacità d'agire

Il soggetto di diritto (persona fisica o persona giuridica) diventa così destinatario di norme che lo abilitano ad agire giuridicamente. Ciò si esprime con il concetto di **capacità giuridica**, che, in base all'art. 1 c.c., «si acquista dal momento della nascita». La capacità giuridica è quindi l'astratta capacità di essere titolare di diritti e obblighi. L'art. 22 afferma che nessuno può essere privato della capacità giuridica per motivi politici.

Per passare dall'astratta idoneità alla concreta capacità di compiere atti giuridici, producendo effetti giuridici nell'ambito dell'ordinamento giuridico, c'è bisogno che l'ordinamento giuridico ritenga il soggetto giuridico capace d'agire. La **capacità d'agire**, ai sensi dell'art. 2 c.c., si acquista in Italia al compimento della maggiore età. La capacità d'agire presuppone la **capacità naturale** (d'intendere e di volere).

In alcuni casi l'ordinamento può porre un limite alla capacità di disporre della propria sfera giuridica e patrimoniale, vuoi perché, pur avendo capacità naturale, manchi ancora la capacità d'agire (è il caso del minore), vuoi perché, pur essendoci la capacità d'agire, manchi la capacità naturale (il caso dell'inabilitato o dell'interdetto giudiziale). In questi casi gli incapaci potranno agire solo se rappresentati o assistiti da altri soggetti.

2.2.3. La rappresentanza

Si viene così a un concetto centrale nei rapporti intersoggettivi, quello di **rappresentanza**. Con esso si intende dire che l'ordinamento attribuisce ad un

soggetto (il rappresentante) il potere di agire per conto di un altro (il rappresentato), producendo effetti giuridici nella sfera del rappresentato (e non in quelli del rappresentante). La rappresentanza può assumere forme diverse. Si distingue tra una **rappresentanza legale**, in cui l'ordinamento assicura così la capacità d'agire all'incapace, e una **rappresentanza volontaria**, in cui una persona perfettamente capace stipula un contratto con un'altra affinché questa agisca in suo conto (in questo caso si stipula un contratto di mandato, redigendo un atto di procura).

2.2.4. *La persona giuridica: organo e ufficio*

La **persona giuridica** è costituita da un insieme di elementi, personali e materiali, organizzati per il raggiungimento di un fine comune. A tale entità l'ordinamento attribuisce soggettività giuridica.

Attraverso l'attribuzione della **personalità giuridica** l'ordinamento esprime la volontà di equiparare quanto più possibile l'ente alla persona fisica, ampliando la sua sfera di capacità.

Accanto agli enti con personalità giuridica esistono poi gli **enti non riconosciuti** o di fatto, che sono privi della personalità giuridica. Pur con maggiori limitazioni, questi enti possono agire giuridicamente, nei limiti stabiliti dall'ordinamento, producendo effetti giuridici.

Le persone giuridiche possono essere di diritto privato o di diritto pubblico. Le prime perseguono fini che tendenzialmente sono conseguiti dalle persone fisiche e sono organizzate secondo schemi privatistici (associazioni o fondazioni). Le seconde perseguono fini collettivi (pubblici) e sono particolarmente rilevanti nel campo del diritto costituzionale e pubblico. Tali sono, tanto per esemplificare, l'Unione europea, lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni.

Per poter agire giuridicamente, la persona giuridica deve avvalersi delle persone fisiche che ne fanno parte. Il rapporto che lega le persone fisiche alla persona giuridica è di **immedesimazione organica**, non di rappresentanza².

La persona giuridica è quindi composta da uno o più organi, a seconda della sua complessità. L'**organo** è una parte della persona giuridica abilitata ad esprimere la volontà della stessa attraverso atti giuridici. L'organo è composto da una parte soggettiva e una oggettiva.

Dal punto di vista soggettivo, l'organo può essere composto da una o più persone fisiche, che assumono la titolarità dell'ufficio. Se vi è un solo titolare dell'organo, avremo l'organo **monocratico** (in questo caso la persona fisica del Pre-

²Si noti che il rapporto di rappresentanza è triadico: rappresentante, rappresentato e terzo. Inoltre l'azione del rappresentante ricade sul rappresentato solo se rimane nell'ambito dei poteri conferiti dalla legge o tramite la procura. Nel caso del rapporto di immedesimazione organica, l'intera azione dell'organo è imputata alla persona giuridica.

sidente, ad esempio Luigi Einaudi); se vi sono più titolari, avremo l'organo **collegiale** (il Parlamento). A mutare nel tempo sono le persone fisiche titolari dell'organo, non l'organo in sé che permane nel tempo.

Dal punto di vista oggettivo, l'organo è composto da apparati burocratici di varia dimensione, che sono chiamati **uffici**.

2.2.5. *Fatti e atti. Fattispecie astratta e concreta*

I fatti presi in considerazione possono essere eventi naturali (**fatti naturali o meri fatti**) o comportamenti umani (**atti giuridici**). Tra gli atti giuridici, chiamati anche meri atti, molta importanza hanno gli atti di volontà ai quali la norma attribuisce specifici effetti giuridici (**atti negoziali o negozi giuridici**).

Ciò che caratterizza il diritto è la sua capacità di qualificare eventi che si producono nella realtà. Qualificando fatti e atti il diritto contribuisce a costituire la realtà sociale. Un fatto considerato in via astratta, senza riferimento a un caso specifico, viene anche definito **fattispecie astratta**; se l'evento si verificherà effettivamente, avremo a che fare con la **fattispecie concreta**. Una parte dell'attività dei giuristi consiste nel capire se la fattispecie concreta è sussumibile, rientra in quella astratta (**sussunzione**).

3. *Lo Stato come ordinamento giuridico*

Da una prospettiva giuridica, lo Stato può essere considerato come un ordinamento giuridico, il più importante ordinamento giuridico insistente su un dato territorio dove risiede una comunità di individui, che si autocomprende come popolo.

Dell'ordinamento giuridico ricorrono in effetti tutti gli elementi.

È sicuramente presente l'elemento della *plurisoggettività*, visto che l'elemento soggettivo che dà forma allo Stato si compone di un numero piuttosto elevato di individui. A questo insieme di individui si dà il nome di **popolo**. Il popolo è appunto questo insieme composto da individui aventi la medesima cittadinanza.

Ciò che caratterizza l'ordinamento giuridico statale dal punto di vista organizzativo è il fenomeno di 'accentramento' (Kelsen, 1945, 163), vale a dire la previsione di organi istituiti al fine di produrre (legislatore) e applicare (giudici e amministrazione) norme³.

Quanto all'elemento della *normazione*, lo Stato moderno e quello contemporaneo utilizzano diverse tipologie di atti normativi. L'ordinamento giuridico ita-

³Decentrato, secondo Hans Kelsen, è l'ordinamento che lascia che a produrre e applicare le norme siano i destinatari delle norme medesime, come avviene nel caso del diritto internazionale.

liano contiene al proprio interno una notevole pluralità di atti produttivi del diritto (c.d. fonti del diritto).

Lo Stato è anche il detentore ultimo della *forza*, di cui ha il legittimo monopolio.

Vediamo ora ciò che caratterizza lo Stato rispetto a ogni altro ordinamento giuridico.

La prima caratteristica è la *territorialità*. Le comunità organizzate in forma statale hanno la caratteristica di pretendere che su *quel* territorio in cui risiede *quella* popolazione non vi possano essere altri soggetti legittimati all'esercizio del potere di comando e al conseguente uso legittimo della forza se non *quelli* che sono stati indicati dal gruppo come governanti o che abbiano assunto con la forza tale titolo. Il diritto internazionale indica come elementi del territorio la terraferma, le acque territoriali (il cui limite è fissato nelle 12 miglia marine), lo spazio aereo, il sottosuolo, le navi e gli aerei dello Stato.

L'ordinamento statale pretende inoltre di essere *indipendente* e sovraordinato ad ogni altro ordinamento presente in quel territorio. Indipendente va inteso in duplice senso. Lo Stato è indipendente nel senso che l'ordinamento giuridico da esso posto vede alla sua origine un potere costituente, *extra ordinem*, che, ponendo la norma fondamentale (o costituzione originaria), istituisce anche l'ordinamento giuridico. Da ciò segue che lo Stato è anche indipendente da ogni altro ordinamento giuridico (statale o sovrastatale). Infine l'ordinamento giuridico statale è, come abbiamo già osservato, tendenzialmente accentrato, vale a dire che la produzione e l'applicazione del diritto sono riservate ad organi specializzati.

Lo Stato è quindi uno tra i molti ordinamenti giuridici. All'interno del medesimo territorio può tuttavia rilevarsi la presenza di altri ordinamenti, di livello infra-statale o sovrastatale (si pensi rispettivamente alle Regioni e all'Unione europea).

4. *La sovranità*

L'ordinamento giuridico statale può vantare una caratteristica che, in qualche modo, riassume tutti i tratti finora esaminati: la sovranità. La sovranità è un concetto eminentemente giuridico e, allo stesso tempo, eminentemente relazionale ed è nata osservando le esperienze statuali al momento della loro formazione (nell'epoca moderna).

Per meglio caratterizzarla, può essere utile partire dalla prospettiva che il diritto internazionale, cioè quella branca del diritto che studia i rapporti tra Stati, ha della sovranità degli Stati. Per il diritto internazionale, esistono molteplici ordinamenti giuridici statali sovrani. Anzi: in tanto un'entità territoriale può essere riconosciuta come Stato dalla comunità internazionale, in quanto sia dotata di sovranità. Ciò equivale a dire che quell'entità territoriale deve possedere determinati caratteri, quali l'*originarietà* (l'ordinamento giuridico non deriva la propria esistenza e legittimità se non da se stesso), l'*indipendenza da vincoli giuridici* (è chia-

ro che questa è una caratteristica molto presente nelle forme dell'assolutismo europeo), la *coattività* (nel senso che le manifestazioni di volontà espresse dai detentori del potere di comando trovano esecuzione anche contro la volontà dei destinatari), la *territorialità* (nel senso che tale entità esercita il proprio potere solo sul territorio in cui risiede quella comunità statale o sui territori stranieri ad essa sottomessi e non può pretendere di interferire con l'esercizio dei poteri di altre entità statali). In assenza di tali caratteri quell'entità territoriale non può ricevere il riconoscimento di Stato (sovrano).

È questa la ragione per la quale abbiamo detto che la sovranità è un concetto eminentemente relazionale: di essa si ha bisogno nel momento in cui esistono altre entità (statali) che vantano le caratteristiche appena descritte. La sovranità, in altri termini, è un concetto che presuppone una comunità internazionale di Stati, in cui ciascun componente si dichiara (ed è ritenuto dagli altri) sovrano o dotato di sovranità.

In particolare i poteri in cui si articola la sovranità dello Stato liberale e poi dello Stato contemporaneo non sono più accentrati nelle mani di una sola persona, ma sono separati tra più organi. Negli Stati federali, tale separazione si svolge poi non solo a livello orizzontale, per così dire, ma anche a livello verticale. Si tratta di costruzioni dogmatiche⁴ che non devono però celare il punto fondamentale, vale a dire che a esser diviso può essere l'esercizio dei poteri ma non il suo fondamento, che deve restare unico e coincidere con l'ordinamento giuridico statale (e con la sua pretesa di obbedienza).

Proviamo a esemplificare dando uno sguardo all'art. 1, dove è appunto scritto che «*la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*». La disposizione è chiarissima, pur nella sua estrema sintesi, poiché vuole indicare che la fonte di ogni potere e del suo esercizio risiede nel popolo. Tali poteri potranno essere poi divisi in senso orizzontale e verticale ma rimane fermo che la legittimità di qualsiasi norma e provvedimento (attraverso cui si esercitano i poteri) deve poter essere ricondotta alla sovranità del popolo⁵.

A parte il fenomeno dell'Unione europea, che potrebbe portare alla formazio-

⁴Per dogmatica intendiamo l'insieme dei concetti, delle categorie, delle tecniche interpretative presenti in un determinato ordinamento giuridico. Essa rappresenta la 'cassetta degli strumenti' con cui pensa e opera il giurista attivo in quell'ordinamento.

⁵La dottrina costituzionalistica italiana ha poi discusso se, alla luce della lettera dell'art. 1.2., debba parlarsi di sovranità del popolo o dello Stato (Crisafulli, 1954). Forse la soluzione sta nel mezzo: la sovranità è del popolo, perché lo stabilisce la Costituzione. La norma costituzionale aggiunge però, immediatamente dopo, che il popolo esercita la sovranità nelle forme e nei limiti stabiliti dalla Costituzione. E quindi può ritenersi che, attraverso il rinvio alle «forme», la Costituzione finisca per sottintendere che il concreto e prevalente esercizio della sovranità è affidato agli organi dello Stato. Inoltre non si dimentichi che, per il diritto internazionale, la Repubblica italiana è rappresentata dallo Stato e dai suoi organi. La sovranità è, dunque, il frutto di una costante mediazione tra popolo e Stato.

ne di una nuova e unitaria entità statale e che comunque è già un ordinamento giuridico che incide profondamente sull'integrità degli Stati membri, esistono molti settori di attività – si pensi al commercio internazionale – in cui la sovranità degli Stati è messa in discussione dalla presenza di organizzazioni internazionali che sono in grado di adottare norme condizionanti i cittadini e le imprese degli Stati nazionali e gli Stati medesimi.

5. *L'oggetto del diritto costituzionale*

5.1. *Le origini dell'idea di costituzione: la costituzione come contratto*

Costituzione è concetto della modernità. Nell'antichità, più specificamente nel mondo greco-romano, e fino a tutto il Medioevo, il vocabolo costituzione o era del tutto assente (ed è questo il caso dell'antica Grecia in cui per esprimere ciò che oggi si definisce costituzione si usava il diverso termine di *politèia*) o indicava tutt'altra cosa (nel periodo di influenza del diritto romano le 'costituzioni imperiali', in quello medioevale gli atti normativi del Papa, dell'imperatore e, solo a volte, dei monarchi).

Il nucleo originario del concetto di costituzione è costituito dalla nozione di *contratto*: se il potere politico deve essere esercitato sui governati, allora questi devono consentire a tale esercizio.

5.2. *La nascita del concetto di costituzione: potere costituente e potere costituito*

Il legame tra il tipo di norma (le leggi fondamentali, poi individuate come costituzionali) e l'autore di questa norma (il soggetto titolare della sovranità) diventa essenziale per la comprensione degli eventi storici rivoluzionari che porteranno alla definitiva consacrazione della costituzione come norma fondamentale dell'ordinamento. Infatti, era oramai chiara per i costituenti nordamericani e francesi di fine Settecento la distinzione tra due tipi di norme: da un lato, la costituzione, diretta a dichiarare la fonte di legittimazione del potere e a disciplinarne l'organizzazione e, dall'altro, le leggi, dirette a regolare i rapporti dei singoli sulla base di quanto disposto dalle norme costituzionali.

A porre il primo tipo di norme, costituzionali perché appunto fondamentali, doveva essere solo il potere sovrano, definito da allora potere costituente una volta posta la costituzione e così istituito il potere questo avrebbe provveduto ad adottare le norme del secondo tipo.

Tale distinzione soggettiva è anche il nucleo originario della c.d. *gerarchia delle fonti*. Se infatti al potere costituito fosse possibile modificare quanto stabilito dal potere costituente, vale a dire la costituzione, la superiorità della costi-

tuzione e la sua stessa forza ordinante verrebbero meno con evidenti effetti destabilizzanti.

Altra centrale questione riguarda la permanenza o l'estinzione del potere costituente. La questione può porsi nella maniera seguente: dopo che il processo costituente si è svolto, producendo così il documento costituzionale, il potere costituente si esaurisce o rimane, per così dire, latente, come un fuoco sotto la cenere, in attesa di ravvivarsi ove ve ne fosse necessità?

In base alla prima risposta più aperta alla storia e alle esigenze del mutamento, il potere costituente, identificandosi col potere sovrano, non si estingue mai e, se invocato, può tornare sempre disponibile. Per la seconda, invece, più orientata alla conservazione, il potere costituente, dopo aver prodotto la costituzione, si esaurisce sicché nessun potere costituito e nessuna 'parte' o fazione può pretendere di custodirlo e di esercitarlo.

Nella prima impostazione, che potremmo definire soggettiva (per il rilievo maggiore che dà al titolare del potere costituente), il potere costituente si distende nella storia, sostiene e accompagna il proprio prodotto ma può anche decidere di sopprimerlo. Nella seconda, che potremmo invece qualificare oggettiva (per il rilievo maggiore che dà all'atto), il potere costituente e il suo esercizio rimangono dei punti fissi nella storia.

Nella realtà degli ordinamenti giuridici il problema, non è solo teorico, è stato in gran parte risolto attraverso le procedure di revisione parziale (e, in alcuni ordinamenti, totale) della costituzione. Le norme costituzionali sulla revisione permettono di modificare parzialmente o totalmente la costituzione attraverso procedimenti speciali. Ma il problema ritorna tutte le volte in cui il potere costituente, attraverso la costituzione, ha inteso sottrarre a revisione parti della costituzione (come nel caso dell'art. 139). In quelle parti, come in uno scrigno, è custodito l'essenza del potere costituente.

5.2.1. *La costituzione come artificio o come evoluzione; costituzioni scritte e non scritte*

La teoria del potere costituente rinvia evidentemente a una *concezione costruttivista della costituzione* come atto di volontà, creatore di un ordine che, in quanto non precostituito, è artificiale. In questo senso la teoria del potere costituente rappresenta una reale soluzione di continuità con le concezioni della costituzione che prevalevano nel medioevo e nell'antichità, che per costituzione intendevano essenzialmente un modo di rappresentare uno stato di cose preesistente, già dato in natura (*concezione evolutivista*). Questa contrapposizione è espressa più chiaramente nella lingua tedesca, che utilizza due termini per esprimere il concetto di costituzione: *Konstitution* indica appunto la concezione costruttivista di costituzione, *Verfassung*, invece, la concezione evolutivista.

La dicotomia *Konstitution/Verfassung*, di origine filosofica, pare rinviare a una distinzione, propria della teoria costituzionale, e cioè a quella tra *costituzioni scritte*

e costituzioni non scritte. E però le due coppie concettuali non sono pienamente sovrapponibili: se è indubbio che le costituzioni scritte sono il risultato di una volontà, di una scelta (e rientrano quindi nella concezione costruttivistica di costituzione), non è altrettanto vero che le costituzioni non scritte (ad esempio quella inglese) non siano anch'esse espressione di una precisa volontà o di scelte.

6. *La funzione della costituzione (nel suo aspetto evolutivo)*

La funzione della costituzione diventa quindi la **limitazione del potere** attraverso norme giuridiche. È questa la missione del **costituzionalismo**, termine con cui si indicano le teorie filosofiche e giuridiche, sorte nei secoli XVII e XVIII, dirette alla limitazione legale del potere. Da questa base si svilupperanno due concezioni della funzione della costituzione: una *concezione strumentale* (più propria del costituzionalismo ottocentesco), secondo cui la funzione della costituzione è solo di tipo organizzativo, vale a dire che essa deve limitarsi a prevedere l'istituzione degli organi costituzionali, la disciplina delle loro competenze e dei procedimenti attraverso i quali essi agiscono; ed una *concezione materiale* (più diffusa nel costituzionalismo novecentesco), secondo cui la costituzione è espressione o riflette un ordine di valori sostanziali, che si esprime non solo nelle norme organizzative ma anche nelle norme sui rapporti del singolo con lo Stato, nelle norme che definiscono gli scopi e i programmi dello Stato, nelle norme che delineano i principi dell'azione statale.

Non stupisce che le costituzioni moderne (e cioè quelle della fine del Settecento e dell'Ottocento) diano consistenza giuridica solo ai c.d. diritti civili e politici (e cioè a situazioni giuridiche soggettive che garantiscono l'autonomia privata e la possibilità di partecipare, a determinate condizioni, all'esercizio del potere politico). Ciò è funzionale a quella (tendenziale) netta *separazione tra Stato e società* propria dell'epoca borghese in cui lo Stato svolge soprattutto funzioni di conservazione dell'ordine (lo Stato come guardiano notturno), limitandosi a reprimere eventuali abusi delle libertà economiche degli individui.

Come è noto, questa raffigurazione del rapporto tra Stato e società è destinata a perdere sempre più capacità esplicativa della realtà. Le costituzioni del Novecento, che saranno chiamate a tradurre gli interessi dei nuovi soggetti sociali, registreranno così almeno tre importanti innovazioni.

La prima mira a rimediare agli effetti delle troppo scarse discipline delle costituzioni di fine Ottocento in relazione all'organizzazione del potere e più ampiamente alla forma di governo (c.d. costituzioni flessibili). Si assiste così ad una maggiore razionalizzazione del potere, in particolare della forma di governo parlamentare (c.d. *costituzioni razionalizzate*).

La seconda innovazione procede nello stesso senso di quella appena esaminata e conduce ad un *ampliamento del catalogo di diritti fondamentali*: al suo interno vengono infatti inseriti nuovi diritti che, riconoscendo ai singoli pretese a presta-

zioni statali (in materia di istruzione, sanità, assistenza), verranno poi indicati come *diritti sociali*. Essi rappresentano la più chiara manifestazione costituzionale del passaggio da una *concezione formale del principio di eguaglianza*, per cui lo Stato di diritto si limitava a garantire l'uguaglianza di tutti – indipendentemente dalle condizioni personali, sociali, economiche – davanti alla legge ad un *concezione sostanziale* dello stesso, per cui lo Stato e tutti i poteri pubblici si impegnano a garantire a tutti, anche agli individui più svantaggiati, uguali possibilità di vita (*Stato sociale di diritto*).

La terza, implicita in quanto si è finora detto, è data da un ampliamento delle funzioni dello Stato⁶. Molte tra le più importanti costituzioni del Novecento vanno ben al di là della disciplina dei tradizionali oggetti. Esse, come anche la costituzione italiana, contengono norme che configurano un progetto di società. Queste *norme-programma* o programmatiche assegnano allo Stato nuove e impegnative funzioni, rendendolo il principale soggetto responsabile della sussistenza e dello sviluppo della società sotto il profilo culturale, economico e sociale. Tramite queste norme si affidano oggi allo Stato nuovi compiti, come la protezione dell'ambiente, delle eredità culturali, della diversità genetica, anche a tutela e in nome delle generazioni future.

7. Concetto e concezioni di costituzione

Costituzione è l'insieme delle norme supreme di uno Stato. In questo senso una costituzione costituisce l'ordine giuridico fondamentale di uno Stato. La costituzione può essere intesa **in senso formale**, con ciò facendosi principale riferimento alla forma giuridica che assumono le norme costituzionali (intese come insieme di testo costituzionale e leggi costituzionali). Normalmente le norme costituzionali sono approvate attraverso un procedimento particolarmente qualificato, differente da quello con cui sono approvate le norme di legge ordinaria. Ciò serve a conferire alle norme costituzionali una maggiore forza e stabilità rispetto a tutte le altre norme dell'ordinamento. Il documento costituzionale che contiene tali norme è inoltre generalmente adottato da assemblee convocate a tale fine.

A questa impostazione si contrappone una concezione di costituzione **in senso sostanziale**, con ciò alludendosi alle norme fondamentali che riguardano lo Stato e il suo rapporto con i cittadini. In questo concetto di costituzione il peso prevalente è assegnato non più alla forma ma al contenuto delle norme. È anche il concetto più problematico perché non è facile dire, con sicurezza, quali siano le nor-

⁶Già subito dopo la Prima guerra mondiale lo Stato aveva cominciato a farsi carico dei bisogni vitali attraverso un più deciso intervento nei processi economici (da questo punto di vista la costituzione tedesca di Weimar del 1919 rappresenta una straordinaria anticipazione rispetto alle costituzioni del secondo dopoguerra).

me che vanno considerate fondamentali e, per questo, da ritenere come costituzionali.

Un uso improprio del concetto di costituzione è quello che rinvia ai fatti che determinano un certo **regime politico**. Quasi a voler eliminare il diaframma che spesso si crea tra il testo costituzionale e il concreto assetto dei poteri all'interno della società, il concetto di regime politico allude, di volta in volta, all'assetto concreto ed effettivo delle istituzioni politiche in un certo periodo storico ovvero ai rapporti e alla distribuzione di potere tra le forze politiche o ancora ai fini politici perseguiti dalle forze dominanti (Giannini, 1950). Conviene dunque tener distinti i due concetti di costituzione e regime politico, pur non sottovalutando la circostanza che il secondo può condizionare il primo nella concreta attuazione.

CAPITOLO II

FORME DI STATO E FORME DI GOVERNO

SOMMARIO: 1. La distinzione tra forme di Stato e forme di governo. – 2. Le teorie classiche sulle forme di Stato. – 2.1. La suddivisione aristotelica. – 2.2. La *constitutio mixta*. – 2.3. Monarchia e repubblica. – 3. Le forme di Stato nell'epoca moderna. – 3.1. Dalla concentrazione alla separazione del potere. – 3.2. Le forme di Stato autocratiche. – 3.2.1. La monarchia assoluta. – 3.2.2. La dittatura. – 3.2.3. I totalitarismi. – 3.3. Le forme di Stato miste: lo Stato liberale. – 3.3.1. La separazione (e il bilanciamento) dei poteri. – 3.3.2. Il principio di legalità e lo Stato di diritto. – 3.3.3. Il principio democratico e di rappresentanza politica. – 4. Lo Stato contemporaneo: pluriclasse, democratico, sociale. – 5. Forme di Stato in senso territoriale. – 6. Le forme di governo. – 6.1. La monarchia costituzionale. – 6.2. Il governo parlamentare. – 6.3. Il governo presidenziale. – 6.4. Il governo semipresidenziale. – 6.5. Il governo direttoriale.

1. *La distinzione tra forme di Stato e forme di governo*

Nella prospettiva dell'ordinamento giuridico lo Stato è costituito dal popolo (l'elemento della soggettività) e dal governo (l'elemento dell'organizzazione che permette di capire chi esercita il potere di comando e chi ne è soggetto). Questi due elementi insistono su un territorio. Si ritiene dunque, tradizionalmente, che lo Stato si compone di popolo, territorio e governo.

Più in particolare, con **forma di Stato** si intende porre l'attenzione sul modo in cui si attegga il rapporto tra governo e popolo, tra governanti e governati, all'interno di un certo abbracciando idealmente sia il lato dei governati che quello dei governanti, il concetto di forma di Stato prende in considerazione lo Stato nel suo insieme (*Stato-ordinamento*). Ragionare di forme di Stato, in ultima analisi, vuol dire capire chi detiene il potere statale, quali sono i soggetti che esercitano tale potere.

Il concetto di forma di Stato mette a fuoco il modo in cui, all'interno di un certo ordinamento, il rapporto tra governanti e governati si distribuisce sul territorio; come vedremo, in questa accezione **in senso territoriale**, il concetto di forma di Stato verrà utilizzato per individuare lo Stato federale, la Confederazione, lo Stato regionale, lo Stato unitario.

Con il sintagma **forma di governo** l'attenzione si concentra, invece, su un solo elemento dello Stato, quello del governo, per capire come al suo interno si organizzano i rapporti tra i detentori formali e sostanziali del potere. Per forma di governo si intende, più precisamente, il modo in cui si relazionano tra loro gli organi di vertice dello Stato. In questa prospettiva sarà allora possibile ragionare di forma di governo parlamentare, presidenziale, semipresidenziale, direttoriale, a seconda non sempre coloro ai quali la costituzione o le norme assegnano il potere di comando sono gli effettivi detentori del potere politico o comunque possono non essere i soli. L'importanza di questa possibile divaricazione diventa chiara quando si studia, ad esempio, la forma di governo parlamentare: oggi l'Italia, la Repubblica federale di Germania, la Gran Bretagna hanno la stessa forma di governo parlamentare, eppure funzionano in maniera molto differente.

Con il concetto di forme di governo l'analisi verte quindi su un aspetto più specifico dell'ordinamento giuridico statale, che la tradizione giuridica italiana indica come *Stato-apparato*¹.

2. Le teorie classiche sulle forme di Stato

2.1. La suddivisione aristotelica

La più celebre e influente classificazione risale ad Aristotele (*Politica*, libro III, 7), che indicava tre forme di Stato giudicate positivamente in ragione del loro orientamento al perseguimento dell'interesse generale: la *monarchia* (il governo di uno solo), l'*aristocrazia* (il governo dei migliori), la *politìa* (il governo del popolo). Ad ognuna di esse ne corrispondeva un'altra che dalla prima derivava per degenerazione (anaclosi) e che quindi erano connotate negativamente: alla monarchia si contrapponeva la *tirannide* (il governo arbitrario di uno solo per il proprio esclusivo interesse); all'aristocrazia si contrapponeva l'*oligarchia* (il governo arbitrario di pochi a vantaggio dei più ricchi); alla *politìa* giustapponeva infine la *oclocrazia* (da *oklos*, ovvero moltitudine, massa).

¹ Ricapitolando, il lessico della dogmatica costituzionale italiana parte dal concetto di ordinamento o **Stato-ordinamento** per indicare l'ordinamento giuridico dello Stato nel suo complesso. Da tale concetto si dipartono sia il concetto di **Stato-apparato**, vale a dire l'insieme dei soggetti e degli organi che esercitano le competenze supreme o apicali, sia quello di **Stato-comunità**, per indicare l'insieme dei soggetti che compongono lo Stato ma non si identificano con gli organi di governo. In un ideale diagramma, lo Stato-apparato indica quindi il polo dell'autorità, lo Stato-comunità è espressione del polo della libertà. Lo **Stato-persona** è una figura che indica invece il complesso organizzativo dello Stato.

2.2. *La constitutio mixta*

La tendenza degenerativa e l'intreccio tra le forme di Stato pongono le basi per un ulteriore sviluppo delle teorie classiche: l'idea delle *forme miste di Stato*. La commistione delle tre forme di Stato appare come un utile accorgimento per evitare la decadenza e la prevalenza di un solo principio.

2.3. *Monarchia e repubblica*

Per il diritto costituzionale è anche rilevante l'apporto di Machiavelli (1513), che ne *Il principe*, distingue le forme di Stato sulla base di chi è il capo dello Stato: la monarchia (che Machiavelli chiama il *principato*), in cui il Capo dello Stato è tale per diritto ereditario (ma non può escludersi un'elezione a vita), e la *repubblica* in cui il Capo dello Stato è eletto e rimane in carica per un periodo limitato di tempo.

La distinzione ha però oggi perso gran parte della sua utilità perché in molti Stati esiste un monarca il cui potere è solo simbolico o comunque limitatissimo. In questi Stati il principio monarchico convive con quello democratico (ciò vale non solo per la Gran Bretagna, ma anche per la Spagna, per il Belgio, la Danimarca, e così via). Negli Stati democratici, quindi, la distinzione tra monarchia e repubblica ha perso di rilievo, riguardando solo il modo in cui viene scelto il Capo dello Stato.

In Italia, per motivi storici, questa distinzione conserva tuttavia centrale importanza in quanto l'art. 139 sottrae alla revisione costituzionale la forma repubblicana, con l'evidente intento di escludere ogni ritorno a una forma di Stato monarchica.

3. *Le forme di Stato nell'epoca moderna*

3.1. *Dalla concentrazione alla separazione del potere*

In una prospettiva di diritto costituzionale interessa fortemente l'evoluzione dello Stato moderno che, dopo aver vissuto una lunga fase di progressiva concentrazione del potere nelle mani del monarca (assolutismo), muta la propria forma nel senso della progressiva 'deconcentrazione' del potere. In termini costituzionalistici tale evoluzione è provocata dall'affermazione del principio di **separazione dei poteri**. Dalla monarchia assoluta si passa così verso forme di Stato in cui il potere si articola soggettivamente e oggettivamente. L'attività di creazione delle norme, quella di attuazione delle stesse e l'attività giurisdizionale vengono distinte non solo dal punto di vista oggettivo ma anche soggettivo nel senso che a cia-