

INTRODUZIONE ALLA IV EDIZIONE

Nell'avvicinarsi del XX anniversario della scomparsa del prof. Livio Paladin (Trieste, 30 novembre 1933-Padova, 2 aprile 2000), ho avvertito, forte, l'esigenza di *farmi coraggio* e dare attuazione a un progetto che ho invero in mente da molti anni.

Aggiornare, cioè, il suo Manuale di *Diritto costituzionale*.

Perché?

In primo luogo, perché non ho mai smesso di adottarlo, per gli studenti che seguono i miei corsi, via via colmando, con gli appunti delle lezioni, ciò che, con il tempo, si faceva non più attuale, o comunque carente, quanto alle novità normative e giurisprudenziali successive al 1998, data della sua III e fino a ora ultima edizione, della quale ricorre quindi proprio quest'anno il XX anniversario.

In secondo luogo, perché, con lo spirito di cui subito dirò, *a metà strada* tra il 1998 e oggi, ho, con l'amica e collega Rosanna Tosi, prima allieva del prof. Paladin, curato l'edizione e la pubblicazione, in allora ancora con la Cedam, di un volume a sé stante («*Schede di aggiornamento di Diritto costituzionale – 1998-2008*»), recante ciò che poteva servire agli studenti per continuare a utilizzare il *Manuale*, senza ignorare quanto accaduto nel periodo di cui abbiamo dato conto in quell'occasione.

In terzo luogo, forse il più importante, perché, a mio parere, il *Manuale* conserva, nella sua ossatura sostanziale, tutta la valenza che aveva in origine.

Che, in vent'anni, siano cambiate alcune leggi, ordinarie e costituzionali, o siano intervenute un po' di (anche importanti) sentenze della Corte costituzionale, nulla toglie alla validità degli originali impostazione e impianto paladiniani, se non forse, quanto dedicato, nella parte IV, alle «*Autonomie territoriali*» (Regioni, Province e Comuni), tanto che analoga operazione – lo riconosco – non sarebbe possibile con riguardo al suo, pur bello, *Manuale di diritto regionale*. Però, l'intera Parte IV e i paragrafi dedicati alle fonti regionali (da cambiare anch'essi, seppure non *in toto* come quella) ammontano, in tutto, a 50 facciate circa sulle 800 e passa totali. E ciò non ha dunque potuto distogliere dal portare a termine il progetto che, una volta presa la decisione di agire, ha condotto, pensando a ciò che poteva risultare maggiormente utile per gli studenti, a un'operazione assai più ampia rispetto a quanto sarebbe potuto essere.

Infine, v'è una ragione un po' particolare, ma a me assai cara, che è probabilmente quella che mi ha dato la *spinta finale*.

L'ultimo erede del mio compianto Maestro, al corrente delle volontà di questo relativamente a questioni di carattere anche assai personale che non avverto la necessità di rendere pubbliche (preferendo lasciare parlare lui attraverso il suo scritto, anziché dire io la mia su di lui, ciò che ritengo interessi a pochissimi, o forse a nessuno), ha voluto lasciare a me l'onore-òneri di occuparmi del *Manuale* nei modi da me ritenuti più opportuni.

Quello che ne risulta è ora a disposizione di studiosi e studenti.

È tutto senz'altro perfettibile e un «*grazie*» anticipato va già da ora a tutti coloro che vorranno contribuire a migliorare l'opera, segnalando errori, omissioni o quant'altro desidereranno farmi sapere.

Nulla di quanto realizzato sarebbe peraltro stato possibile senza lo sprone, il contributo e la costante collaborazione, sempre alla pari, dell'amico prof. **Dimitri Girotto** che, come me, ha sempre adottato il testo in parola.

Ciò mi rende particolarmente contento perché, essendo quest'ultimo allievo diretto di Sergio Bartole (sotto la direzione del quale – su richiesta dello stesso Paladin – ho lavorato nei miei primi anni universitari, quelli triestini, e che tanto ha contribuito alla mia formazione) rende questo impegno frutto della collaborazione della scuola di Padova, di quella di Trieste e di quella di Udine, dove entrambi, oggi, insegniamo.

Veziò Crisafulli fu Maestro – nel suo periodo a Trieste – sia di Paladin che di Bartole; poi si spostò a Padova, dove ebbe come prima allieva Lorenza Carlassare, per approdare infine, seguito da un giovane Paladin, nella sua Roma, dove dette vita alla sua scuola più prolifica.

Paladin fu poi cattedratico prima a Trieste e poi a Padova; Bartole a Trieste, Pavia e nuovamente a Trieste; Lorenza Carlassare a Ferrara e Padova.

E siccome nel mondo universitario che fu il mio di formazione *tout se tenait*, io sono stato ricercatore a Trieste e Padova e professore a Udine, dove Girotto è stato prima ricercatore e poi professore.

Siamo, insomma, gli epigoni di una tradizione «*pesante*» in un'epoca che, per ragioni di pecunia, non ci consentirà, con tutta probabilità, di fondare a nostra volta scuole, posta l'impossibilità di invitare giovani, pur bravi e volenterosi, a *fermarsi a studiare* con noi in vista di ... non si sa bene cosa.

Due ultimi ricordi, prima di concludere.

Il primo è per tutti gli amici della scuola di Paladin dei miei anni di Padova. Qualcuno è stato universitario, qualcuno lo è ancora, qualcuno ha dovuto gioco-forza dedicarsi ad altro, posta la prematura scomparsa del Maestro. Rosanna Tosi, Andrea Ambrosi, Davide Monego, Carlo Padula, Fabio Corvaja, Paolo Neri, Gabriele Bicego: per citare un ... importante pensatore del nostro tempo, si era una «*squadra fortissimi, fatta di gente fantastici*».

Il secondo è per mio padre che, con Paladin e Bartole, considero il mio terzo Maestro. Allievo diretto di Enrico Guicciardi, è stato amministrativista, non co-

stituzionalista; ma il suo contributo al mio «*metodo*» di ricerca e lavoro, al mio modo di essere, e, per molti, a tanto altro che ha reso la vita facile anche a chi non se lo sarebbe meritato, è stato ed è determinante.

Udine-Padova, 20 maggio 2018

Ludovico A. Mazzaroli

P.S. Conoscendo bene il nostro mondo, sia io che Dimitri Giroto siamo consapevoli che questa riedizione potrebbe destare, in qualcuno, sorpresa, o perfino, ma in tale caso per ragioni non facili da immaginare, disappunto.

Di qui, alcuni tra i possibili interrogativi: «*Chi sono?*»; «*Quale obiettivo si prefiggono?*».

Le risposte sono, nell'ordine: «*nessuno*»; «*rendere omaggio a un Maestro, pensando di offrire, nel contempo, un servizio agli studenti, con particolare riguardo per coloro che già studiano questo Manuale*».

Quanto alla scelta di cambiare Casa editrice, rispetto a quella delle tre precedenti edizioni, sia chiaro che nulla ho contro «*Wolters Kluwer Italia*», erede della Cedam. Anzi, tengo a far sapere pubblicamente che la ringrazio per l'interessamento mostrato nei confronti dell'opera, allorché ha saputo che essa era in via di facimento.

Ma mi sembrava giusto e opportuno cambiare, perché Paladin lavorava ... *alla Paladin* (cioè senza nemmeno adoperare un computer, né firmando contratti se non dopo avere consegnato i lavori) con «*i vecchi*» della Cedam: non c'è più lui; non ci sono più loro; non esiste più quel modo di lavorare, né quella maniera di concepire i rapporti, prima come personali e solo dopo come professionali; è dunque opportuno uno stacco netto tra il «prima» e il «dopo». Ciononostante e nonostante il mio essere lontano da Padova da quasi diciotto anni, il dott. Giapichelli e il dott. Andreoli hanno sempre mantenuto con me quell'atteggiamento «*old fashion*» che più mi si adatta, della quale cosa non posso che ringraziare, senza dimenticare l'amico Vincenzo Contri che, da libero professionista qual è oramai da tempo, ha agevolato incontro e realizzazione, nonché, alla fine, vinto alcune mie resistenze e, perché no, pigrizie dovute al fatto che l'età non è più così verde come quella in cui, con Rosanna Tosi e Andrea Ambrosi, ci trovammo a predisporre l'*Indice analitico* della III edizione, esattamente or sono vent'anni.

LUDOVICO A. MAZZAROLLI ha curato la revisione e l'aggiornamento delle seguenti porzioni del testo:

PARTE I GENERALITÀ

- Cap. I *Premesse teoretiche*
- Cap. II *Tipologia delle forme di Stato e delle forme di governo*

PARTE II LO STATO ORDINAMENTO

- Cap. I *Profili di storia e cronaca costituzionale italiana*
- Cap. II *Il popolo e il territorio dello Stato italiano*
- Cap. III *Le fonti dell'ordinamento italiano*
 - Sez. I *Generalità* [§§ da 1 a 9]
 - Sez. II *Analisi delle fonti-atto* [§§ da 10 a 20; 25]

PARTE III LO STATO SOGGETTO

- Cap. III *Il Governo*

PARTE VI LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE

- Cap. I *Natura e assetto della Corte costituzionale*
- Cap. II *I giudizi sulle leggi e sugli atti equiparati*
 - Sez. I *Impugnative incidentali e impugnative principali*
 - Sez. II *Gli oggetti del sindacato spettante alla Corte*
 - Sez. III *La tipologia delle decisioni*
- Cap. III *Le altre funzioni della Corte*

APPENDICE

DIMITRI GIROTTO ha curato la revisione e l'aggiornamento delle seguenti porzioni del testo:

PARTE II LO STATO ORDINAMENTO

- Cap. III *Le fonti dell'ordinamento italiano*
 - Sez. II *Analisi delle fonti-atto* [§§ da 21 a 24; da 26 a 31]
 - Sez. III *Analisi delle fonti-fatto*

PARTE III LO STATO SOGGETTO

- Cap. I *Le basi costituzionali della forma di Stato vigente in Italia*
- Cap. II *Il Parlamento*
 - Sez. I *Le strutture*
 - Sez. II *Le funzioni*
- Cap. IV *Il Presidente della Repubblica*
- Cap. V *I correttivi del regime parlamentare*

PARTE IV LE AUTONOMIE TERRITORIALI

- Cap. I *Le Regioni*
- Cap. II *Gli enti territoriali minori*

PARTE V LE SITUAZIONI SOGGETTIVE COST. RILEVANTI

Cap. I *Premesse generali*

Cap. II *I diritti civili*

Cap. III *I diritti familiari, sociali, economici*

PREFAZIONE ALLA III EDIZIONE

Lo studio del diritto costituzionale determina oggi, in Italia, peculiari e nuove ragioni di difficoltà. A renderle evidenti concorrono, anzitutto, le stesse dimensioni dei manuali costituzionalistici, di molto accresciute rispetto ad un passato non lontano. Non soltanto negli anni compresi fra le due guerre mondiali, ma ancora nel primo periodo repubblicano, testi del genere non superavano le 300-400 pagine. Ora invece non bastano, nella generalità dei casi, misure raddoppiate. E questo fenomeno, a sua volta, non dipende unicamente dalla ininterrotta crescita della letteratura giuridica, che in certo qual modo alimenta se stessa; bensì rappresenta l'effetto d'una serie di fattori oggettivi, valsi a trasformare – nel contempo – la materia ed il metodo del diritto costituzionale e degli insegnamenti che lo riguardano.

Nel secolo scorso ed ancora nella prima metà del Novecento, il diritto costituzionale si collocava – per una gran parte dei suoi profili – al confine con la storia e la scienza politica: avendo comunque per temi, essenzialmente, la forma di governo, il funzionamento degli organi supremi dello Stato ed i loro reciproci rapporti. Ma proprio su questo versante le previsioni costituzionali apparivano spesso incomparabili con le norme giuridiche propriamente positive: sia perché inapplicabili in sede giudiziaria, sia – soprattutto – perché la Costituzione scritta aveva un carattere flessibile, prestandosi dunque a subire le più varie rotture mediante leggi ordinarie. Il che concorre a spiegare per quali motivi la letteratura costituzionalistica dei primi decenni del secolo attuale abbia spesso cercato rifugio nel campo della teoria generale del diritto, anziché approfondire l'analisi dell'ordinamento costituzionale italiano.

Nel periodo repubblicano, viceversa, il diritto costituzionale si presenta altresì – per molti suoi momenti – come una materia professionale, in termini almeno parzialmente affini a quelli propri dei singoli rami dell'ordinamento. Da un lato, infatti, la Costituzione del '47 disciplina, sovrapponendosi alle leggi ordinarie e condizionandone la legittimità, una vastissima serie di rapporti eccedenti l'organizzazione costituzionale dello Stato, bensì pertinenti alle posizioni di tutti i cittadini e dei soggetti comunque sottoposti all'ordinamento giuridico statale. D'altro lato, nella totalità dei suoi disposti, la Costituzione stessa si presenta come un testo «giustiziabile», vale a dire applicabile dai giudici costituzionali, come pure da quelli ordinari od amministrativi; ed un tanto basta a distaccarla nettissimamente dallo Statuto albertino del 1848.

Sia la disciplina costituzionalistica collocata ai confini con la politica sia quella relativa ai rapporti governanti-governati non sono però suscettibili di essere studiate isolatamente, astraendo dal tessuto con il quale si connettono. Nel primo senso – per esser più precisi – molte disposizioni della Carta costituzionale non sono neppure intellegibili, se non vengono continuamente poste in collegamento con le regole non scritte alle quali si informa la condotta degli organi costituzionali e degli altri soggetti politici: cioè con la prassi, con le convenzioni ed al limite con le consuetudini costituzionali, integrative ed interpretative della Costituzione scritta. Nel secondo senso, d'altra parte, il diritto costituzionale fa «corpo» con la legislazione attuativa, sopravvenuta nel quarantennio repubblicano; sicché tali norme non sono apprezzabili a pieno, nella loro portata e nei loro significati attuali, se non si tiene conto delle loro implicazioni civilistiche, penalistiche, amministrativistiche, processualistiche ... Sotto entrambi gli aspetti, pertanto, al di là della Costituzione scritta quella che davvero conta, meritando di formare oggetto di studio, è la Costituzione «vivente»; ed in ciò consiste, appunto, il più grande fattore di complicazione delle discipline costituzionalistiche, reso evidente dalla basilare importanza della giurisprudenza costituzionale, divenuta un vero e proprio filtro attraverso il quale vanno ormai riguardati i precetti dettati dalla Costituzione stessa.

Al giorno d'oggi, bisogna inoltre aggiungere che l'Italia si trova in una fase di accentuata transizione istituzionale e fors'anche costituzionale. Le vicende di questi ultimi anni avrebbero anzi potuto condurci dalla prima alla seconda Repubblica (stando al linguaggio corrente in Francia), se avesse avuto successo la revisione costituzionale tentata di recente. Ma il fallimento di quello sforzo non toglie che, nell'immediato, le esperienze compiute durante l'attuale decennio si prestino ad incidere sull'interpretazione e sull'applicazione di vari disposti dettati dalla Costituzione del '47, rendendoli ancor più problematici di quanto non fossero in passato.

Con tutto questo, l'autore si è sempre sforzato di rendere chiaro e lineare il suo discorso, come si addice ai manuali destinati soprattutto agli studenti. Data la difficoltà dell'impresa, lo sforzo è verosimilmente riuscito solo in parte. Ma l'apporto manualistico, malgrado i suoi naturali ed inevitabili difetti, rimane comunque insostituibile nelle attuali condizioni dell'Università italiana (e probabilmente lo sarà per molti anni a venire).

Padova, agosto 1998

Livio Paladin

N.B. La letteratura giuridica di rilievo costituzionale è oramai sterminata. Nella palese impossibilità di darne interamente conto, le note bibliografiche inserite alla fine di ciascun capitolo si limitano, dunque, alla citazione di alcuni scritti di particolare importanza, oltre a quelli cui si riferiscono le molte indicazioni contenute nel testo dei capitoli stessi. Non sono stati per altro citati i

manuali giuridici non aventi un carattere specialistico, con particolare riguardo a quelli di diritto costituzionale e pubblico (fra i quali continuano a spiccare le *Istituzioni* di Costantino Mortati); come pure le voci dell'«Enciclopedia del diritto», dell'«Enciclopedia giuridica», del «Novissimo Digesto italiano» e del «Digesto delle discipline pubblicistiche», nonché i commenti comparsi nel «Commentario della Costituzione a cura di G. Branca», pur largamente e vantaggiosamente utilizzati dall'autore.

Per ulteriori indicazioni dottrinali e giurisprudenziali e per la conoscenza della prassi può essere comunque utile la consultazione, rispettivamente, di CRISAFULLI-PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, e di ONIDA-D'ANDREA-GUIGLIA, *L'ordinamento costituzionale italiano. Materiali e documenti*, Torino, 1990.

PARTE I
GENERALITÀ

CAPITOLO I

PREMESSE TEORETICHE

SOMMARIO: 1. L'ordinamento giuridico. – 2. La pluralità degli ordinamenti giuridici. – 3. Lo Stato come ordinamento. – 4. Lo Stato come soggetto dell'ordinamento giuridico statale. – 5. *Segue*: gli organi dello Stato-soggetto. – 6. La Costituzione dello Stato. – 7. *Segue*: le diverse concezioni della costituzione materiale.

1. *L'ordinamento giuridico*

Oggetto specifico del diritto costituzionale e del suo insegnamento è la costituzione dello Stato. Ma l'analisi della costituzione vigente in Italia richiede che si fissino preliminarmente il significato o i significati possibili di una catena di concetti pertinenti alla teoria generale del diritto, così da stabilire con chiarezza le premesse teoretiche dell'intero discorso che viene sviluppato in questo manuale.

Ragionare del diritto costituzionale italiano presuppone, anzitutto, che sia chiaro il concetto di **costituzione** dal quale si intende procedere, data l'incidenza che una premessa del genere può avere tanto sul metodo quanto sui temi degli studi costituzionalistici. A sua volta, definire la costituzione dello Stato comporta che lo **Stato** stesso sia già delineato nelle accezioni giuridiche del termine: con particolare riguardo alla fondamentale nozione dello Stato in quanto ordinamento giuridico. Ma questo sforzo definitorio esige, prima ancora, di stabilire in linea generale il senso che si vuole attribuire alla nozione di **ordinamento**, nell'ambito del linguaggio proprio dei giuristi.

Ora, può ben dirsi che, entro la dottrina giuridica italiana formatasi nel secolo scorso, dell'ordinamento giuridico si tende a trattare come equipollente o come sinonimo del *diritto nel senso oggettivo* (anche se, a questo punto, tutte le contrapposizioni dottrinali inerenti alla definizione del diritto oggettivamente inteso si ripercuotono sulla definizione dell'ordinamento). Da un lato, ciò riesce ben chiaro per quanto riguarda le teorie istituzionistiche del diritto, proprie di coloro che ravvisano nel diritto oggettivo una istituzione, concepita alla stregua di un *corpo sociale permanente e per sé stante, giuridicamente organizzato*: non a caso, il fondamentale saggio di Santi Romano sul diritto come istituzione si intitola

appunto «L'ordinamento giuridico». D'altro lato, però, non diverso è lo sbocco cui pervengono le teorie normativistiche che, nel definire il diritto oggettivo, privilegiano la **norma** o la regola giuridica. È infatti ben noto che le norme giuridiche non si presentano mai dissociate o isolate, in quanto non è concepibile – e non esiste secondo esperienza – alcuna norma vigente che non faccia parte di un *sistema normativo* e che proprio in tal senso non ritrovi, assieme alle altre norme con essa coordinate, la ragione della propria giuridicità. Che il diritto oggettivo si risolva in un coerente sistema di norme giuridiche positive è stato costantemente sostenuto dal normativista per eccellenza, cioè da Hans Kelsen; ed è appunto a quella stregua che Kelsen ragionava del diritto stesso come di un ordinamento giuridico, sia pure concepito quale «ordinamento normativo».

Tuttavia, le dispute fra i normativisti e gli istituzionisti si sono ormai placate, se non altro nell'ambito della letteratura concernente il diritto pubblico italiano. Le tesi già sostenute da Santi Romano vengono comunemente respinte nei loro assunti più estremi, giacché non è più condivisa l'idea romaniana della priorità e della primarietà dell'istituzione rispetto alle norme giuridiche. Lungi dall'esser derivato e secondario – come affermava Romano – il momento della formazione non è meno indispensabile del momento dell'**organizzazione**, secondo l'opinione prevalente, perché possa darsi un ordinamento giuridico. Per la scienza giuridica italiana, cioè, «norma e istituzione, aspetto normativo e aspetto fattuale dell'ordinamento ... sono in rapporto di mutua implicazione» (Crisafulli), non essendo concepibile un corpo sociale giuridicamente organizzato, là dove difetti un corrispondente complesso di norme giuridiche.

Ma ciò equivale a respingere, per contro, le formulazioni più estreme delle tesi normativistiche. Nemmeno un sistema normativo può infatti concepirsi indipendentemente da una «istituzione», cioè da un insieme organizzato di soggetti che pongano le norme e che disciplinino per mezzo di esse i loro reciproci rapporti; sicché può ben dirsi che ogni ordinamento giuridico, per poter esistere, richiede il concorso di almeno tre fattori, costituiti da una **pluralità di soggetti**, da una **normazione** e da un'**organizzazione** (M.S. Giannini).

Entro questi limiti, anzi, l'istituzionismo rappresenta una visione della realtà giuridica preferibile al normativismo kelseniano. In sede logica, la «dottrina pura del diritto», come proposta da Kelsen, non può e non vuole dar conto del perché sussistano e riescano a imporsi i vari ordinamenti giuridici: Kelsen, invero, non risponde al quesito sulle ragioni dell'effettività del diritto positivo, ma fa consistere la base del diritto stesso in una «ipotesi giuridica» (la c.d. «*Grundnorm*»), cioè la «norma fondamentale» nel senso che del diritto essa costituisce il fondamento, indimostrata ed indimostrabile da parte dei giuristi; mentre la risposta offerta da Romano si risolve, assai semplicemente, nella classica, quanto sintetica, massima di tradizione latina («*brocardo*») «*ubi societas, ibi ius*», dovendosi peraltro far notare che la *societas* romana connota già di per sé un gruppo sociale che è non solo permanente e individuato, ma pure dotato di un'organizzazione.

In sede conoscitiva, poi, la concezione istituzionistica si rivela più compren-

siva rispetto a quella normativistica di stampo kelseniano: cioè consente ai giuristi, e specialmente ai costituzionalisti, di prendere visione d'un più ampio materiale giuridico. Al di là delle norme in senso stretto, poste in essere da fonti specificamente abilitate a creare diritto (*infra*, parte II, cap. III), è dato in questi termini di valutare appieno: 1) la giurisprudenza costituzionale; 2) la prassi degli organi costituzionali e delle forze politiche organizzate (con particolare riguardo alle convenzioni di ogni tipo); 3) le stesse vicende della storia costituzionale italiana del periodo repubblicano, in quanto suscettibili di far meglio comprendere l'assetto reale del diritto costituzionale vigente in Italia.

Il che non significa affatto che si debba o si voglia abbandonare il cosiddetto *metodo giuridico*, trascurando di verificare ciò che *deve essere* alla luce delle norme giuridiche positive; ma implica soltanto che il metodo stesso – secondo le tendenze dominanti negli studi costituzionalistici più recenti – non venga più inteso e applicato in termini formalistici e astratti.

2. La pluralità degli ordinamenti giuridici

A quali tipi di corpi sociali organizzati corrispondono (o possono corrispondere) gli ordinamenti giuridicamente intesi? Il quesito ha volta per volta ricevuto soluzioni monotipiche, quanto agli assertori dell'esclusiva **statualità del diritto** (cioè della circostanza per la quale *solo* l'ordinamento statale sarebbe da considerare ordinamento giuridico in senso stretto), ovvero soluzioni politipiche, quanto ai sostenitori della **pluralità degli ordinamenti**.

Nei primi decenni del Novecento, le tesi statualistiche erano ancora diffuse, tanto che nello Stato si tendeva volgarmente a ravvisare il «dio del diritto»; mentre, più correttamente, Kelsen postulava «l'identità fra Stato ed ordinamento giuridico», rilevando come lo Stato stesso monopolizzasse «l'uso della forza» (che dal suo punto di vista costituiva un aspetto necessario di ogni sistema normativo). Certo, anche nella cerchia degli statualisti ci si rendeva ben conto dell'indiscutibile esistenza di sistemi normativi diversi dagli ordinamenti statali: quali, soprattutto, il *diritto internazionale* e il *diritto canonico*. Nel primo caso, quello del diritto internazionale, però, si tendeva a superare l'ostacolo, argomentando da una parte che le norme disciplinanti la comunità internazionale fossero emanazione degli Stati e costruendo pertanto il diritto internazionale – alla maniera hegeliana – come una sorta di diritto pubblico esterno allo Stato, retto pur sempre dal primato degli ordinamenti statali; e d'altra parte si dubitava, come ancora si dubita, che in mancanza di un suo proprio necessario momento organizzativo, sia dato concepire il diritto internazionale generale alla stregua di un vero e proprio ordinamento (o d'una vera e propria «istituzione»). Nel secondo caso, si preferiva pensare che neppure il diritto della Chiesa cattolica formasse un ordinamento giuridico a pieno titolo, appunto perché il solo ordinamento statale appariva veramente «positivo», cioè insuscettibile di essere sottoposto a

chicchessia (Del Vecchio); laddove tutti gli altri pretesi ordinamenti, quello canonico compreso, avrebbero potuto dirsi tali solo a condizione (e nella misura in cui) lo Stato stesso avesse conferito loro la giuridicità, mediante apposite norme di riconoscimento o di richiamo o di rinvio.

Ma simili tesi debbono ormai considerarsi del tutto superate. Va ascritto a merito di Santi Romano l'aver dimostrato – in termini ormai condivisi dall'intera scienza giuridica italiana – che lo Stato è soltanto una «specie del genere diritto». Rappresenta infatti un'evidente petizione di principio voler sostenere che i tre fattori indefettibili degli ordinamenti giuridici – la pluralità dei soggetti, la normazione e l'organizzazione – coincidano necessariamente con gli ordinamenti statali. All'opposto, è un dato di comune esperienza che «istituzioni» siffatte sono quanto mai multiformi: dalle organizzazioni internazionali sul tipo dell'ONU fino alle altre comunità sovranazionali, qual è l'Unione europea; dal diritto canonico, che non va confuso con il «diritto dello stato relativo a materie ecclesiastiche» (De Luca)¹, fino agli ordinamenti dei più vari corpi sociali infra-statali che, però, non cessano di essere tali sol perché riconosciuti dallo Stato, come nei casi dei partiti politici e dei sindacati. Tant'è che gli ordinamenti medesimi possono bene confliggere con quello statale, traducendosi dal punto di vista dello Stato in «istituzioni» finanche illecite e fornendo in tal modo la riprova che la loro effettiva esistenza non dipende dal fatto che essi si pongano come ordinamenti «riconosciuti», rispetto a un ordinamento statale «riconoscente» (Modugno).

Ciò non toglie, tuttavia, che gli ordinamenti giuridici nel senso più proprio del termine sono solo quelli **originari**, suscettibili di ritrovare in se stessi le ragioni della propria vigenza. I cosiddetti ordinamenti **derivati**, che in tanto possono vigere in quanto la loro base normativa sia fornita, o quanto meno riconosciuta come valida, dall'ordinamento statale di riferimento, non sono altro che parti dello Stato in quanto «istituzione» complessiva; ed è unicamente in questo senso che talvolta si ragiona di ordinamenti regionali, provinciali, comunali, ecc., a proposito di quegli enti autonomi territoriali nei quali si riparte la Repubblica italiana, secondo l'art. 114 Cost. Per le stesse ragioni, è ancora più improprio e generico l'uso del termine ordinamento, se riferito a particolari sistemi normativi che entrano a comporre il sistema generale: come quando si tratta – per esempio – dell'«ordinamento militare» o dell'«ordinamento giudiziario», così testualmente definito dagli artt. 102 e 105 ss. della Carta costituzionale. E riesce ancora più semplice comprendere perché non si devono confondere con gli ordinamenti giuridici in esame quegli *ordinamenti interni* che disciplinano particolari componenti della pubblica amministrazione, senza nemmeno formare una parte integrante delle norme giuridiche statali.

¹ Appunto in questa chiave l'art. 7, co. 1, Cost. it. dichiara che «lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani» (anche se il linguaggio dei costituenti non appare concettualmente preciso, là dove qualifica come «sovrana» la stessa Chiesa cattolica, senza considerare che l'attributo della sovranità è tipicamente statale).

L'esigenza di non abusare nella configurazione di ordinamenti giuridici fra loro distinti non vale, peraltro, a escludere la compresenza di più ordinamenti, anche all'interno di un medesimo ambito personale e spaziale. Ne discende la **relatività dei valori giuridici**, cioè la circostanza che una stessa condotta umana può essere diversamente valutata dai diversi ordinamenti che vengano a interferire l'uno con l'altro. Ma ognuno intende che tale relatività riguarda la sola teoria generale del diritto, nella prospettiva di quegli studiosi che riflettono sull'insieme dei fenomeni giuridici, indipendentemente dai singoli ordinamenti positivi. Ed è chiaro, per contro, che la prospettiva costituzionalistica, in quanto rivolta a indagare sulla vigente Costituzione di un determinato Stato, non può non assumere come *esclusive* le valutazioni proprie di quell'ordinamento, considerando illecite tutte le altre «istituzioni» che con esso confliggano.

Ciò spiega, inoltre, il fatto che determinate «istituzioni» riconosciute dall'ordinamento statale presentino dal punto di vista dello Stato, per effetto di tale riconoscimento, vesti giuridiche diverse da quelle ordinamentali, anche se deve riconoscersi che per non tutta la dottrina le cose stanno in questo modo. Così – per esempio – sindacati e partiti, rispettivamente riguardati dall'art. 39 e dall'art. 49 Cost. it., sono in questo senso inquadrati fra le associazioni anziché fra gli ordinamenti giuridici. Viceversa, è raro che in presenza di «istituzioni» non statali, l'ordinamento dello Stato le riconosca come tali; ma un caso del genere è probabilmente offerto dalle confessioni religiose, sia pure diverse da quella cattolica, perché a questa stregua viene spesso interpretato l'art. 8, co. 2 e 3, della Carta costituzionale, per cui le confessioni stesse «hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti» e di stipulare «intese» al fine di regolare i loro «rapporti con lo Stato». Ovviamente, questo problema non si pone per chi riconosca la presenza di un ordinamento giuridico, seppure di carattere derivato, ogni qual volta ci si trovi in presenza – anche a prescindere da agganci costituzionali testuali – di un corpo di regole giuridiche che caratterizza un gruppo sociale individuato e organizzato: per costoro, partiti politici, sindacati, confessioni religiose, ma pure federazioni sportive e organizzazioni anche di diritto privato, ecc., costituiscono tutti ordinamenti giuridici. Il che diventa facilmente comprensibile, ove si ponga mente al fatto che il diritto di riunione e quello di associazione sono diritti inviolabili (*ex artt. 17 e 18 Cost.*) e che i *diritti inviolabili dell'uomo* sono riconosciuti e garantiti dalla Repubblica – cioè dallo Stato-ordinamento (v. *infra*, tra breve) – all'uomo «... *sia come singolo, sia nelle formazioni sociali* [...] locuzione alquanto vaga e quindi potenzialmente onnicomprensiva ...] *ove si svolge la sua personalità*» (art. 2 Cost.).

3. Lo Stato come ordinamento

Posto che gli ordinamenti statali formino soltanto uno fra i vari tipi di ordinamenti giuridici che si concretano nella realtà contemporanea (per non dire di quelli storicamente esistiti o anche di quelli astrattamente possibili), occorre a

questo punto stabilire quali siano in tal senso i **caratteri differenziali dello Stato** inteso come ordinamento giuridico, rispetto agli altri ordinamenti giuridici originari. In effetti, la dottrina pubblicistica è unanime nel ritenere che esista una somma di tratti distintivi dell'ordinamento statale – pur variamente definiti dai diversi autori – fra loro connessi a tal punto che gli uni sarebbero inconcepibili (o non si presterebbero a venire intesi nella loro pienezza) indipendentemente dal concorso degli altri.

Fra tutte, la caratteristica prima e più comunemente sottolineata risiede senza dubbio nel nesso che collega gli ordinamenti statali moderni (perché su di essi va concentrata l'indagine) e il territorio sopra il quale insistono gli ordinamenti medesimi. L'esigenza di mettere in luce questo nesso è sentita a tal punto dai giuspubblicisti italiani che essi continuano ancor oggi – per una buona parte – a dare per pacifico l'assunto che il **territorio** rappresenti addirittura un *elemento costitutivo* dello Stato complessivamente inteso, al pari del **popolo** e dell'**apparato governante** (nei quali si sostanziano i fattori della pluralità dei soggetti e dell'organizzazione, comuni a tutti gli ordinamenti giuridici). Affermazioni siffatte non resistono alla critica, giacché corrispondono a una visione metagiuridica dello Stato, in base alla quale il territorio viene assunto nella sua materialità, anziché risultare giuridicamente concepito. Ma il momento di vero che deve riconoscersi a queste opinioni consiste in ciò che, entro il suo territorio, l'«istituzione» statale consegue il più alto grado di *effettività* (il che viene espresso anche da parte di un normativista come Kelsen, configurando il territorio stesso come «sfera territoriale di validità dell'ordinamento giuridico statale»). In altri e più correnti termini, quelli statali vanno cioè qualificati come ordinamenti a base territoriale, contraddistinti per definizione dalla loro *territorialità*, pur senza che il territorio dello Stato debba esser concepito – antropomorficamente – alla medesima stregua del corpo delle persone fisiche.

In secondo luogo, proprio perché dotato di un suo territorio, lo Stato è giuridicamente in grado di darsi carico di qualunque necessità del gruppo umano stanziato nel territorio stesso. Sotto questo aspetto, si suol dire che l'ordinamento statale è caratterizzato dall'**universalità dei fini** che, di volta in volta, esso può proporsi, senza che la sua primitiva identità venga meno quando esso *scelga* di occuparsi di taluni fini e di altri no, o quando esso *cessi* di perseguire certi scopi e *cominci* invece a porre norme e a svolgere attività di contenuto o di tipo affatto nuovi: come è dimostrato – per esempio – dalla continuità giuridica dei primi ordinamenti statali europei di stampo moderno, dall'Inghilterra alla Francia, malgrado negli ultimi secoli essi abbiano assunto le diversissime vesti dello Stato patrimoniale, dello Stato di polizia, dello Stato liberale di diritto, dello Stato sociale (*infra*, parte I, cap. II). D'altronde, l'universalità dei fini postula l'esistenza di un'*organizzazione adeguata*; ed è questo un ulteriore aspetto indispensabile delle «istituzioni» statali, essendo evidente che il complesso delle rispettive norme e dei corrispondenti scopi dev'esser concretato mediante un'op-

portuna predisposizione di funzionari, di uffici e di mezzi, tanto più articolata quanto più si allarga il raggio dell'azione dello Stato.

In terzo luogo, è ricorrente in sede dottrinale l'assunto che gli ordinamenti statali si distinguano per la loro **completezza**: così differenziandosi dagli ordinamenti specializzati che riguardano le condotte umane sotto alcuni e non sotto altri profili, in antitesi all'indeterminatezza degli scopi che è propria degli Stati moderni. Beninteso, ciò non esclude che in concreto ciascun ordinamento giuridico statale possa presentare *lacune*, nel senso di non dettare alcuna norma specifica per la valutazione di determinati comportamenti o rapporti. Ma la completezza resta ferma nel senso virtuale del termine, cioè come attitudine a risolvere – direttamente o indirettamente, espressamente o inespressamente, positivamente o negativamente – qualunque problema della vita che si ponga nell'ambito del relativo territorio (anche ricorrendo a norme di chiusura come quella stabilita dall'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale*, premesse al vigente Codice civile, per cui «se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione» si ricorre – al limite – all'*analogia iuris*, facendo uso dei «principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»).

Infine, tutte queste caratteristiche si riassumono in quelle pertinenti alla **sovranità** degli Stati. Originariamente della sovranità si ragionava – a dire il vero – con riferimento a determinati soggetti o apparati governanti. Ma nel più moderno linguaggio giuridico sovrani sono stati definiti, sotto un duplice profilo, gli stessi ordinamenti statali. Effettivamente, la sovranità rappresenta una caratteristica complessa che da una parte consiste nella *supremazia* dell'ordinamento e dell'apparato statali, rispetto a qualunque altro ordinamento e apparato coesistenti nel territorio su cui lo Stato è sovrano (dove la sua cosiddetta *plenitudo potestatis*); e dall'altra parte, invece, corrisponde all'*indipendenza* dello Stato stesso – caratterizzata principalmente dalla c.d. *sovranità esterna* di questo – rispetto agli altri Stati, vale a dire alla situazione di formale parità che sussiste fra tutti gli ordinamenti statali, entro l'ordinamento della comunità internazionale: sicché ogni Stato può escludere gli altri dal suo ambito spaziale e tutti gli Stati sono eguali quanto meno nel senso di essere tutti soggetti di un comune ordinamento (ancorché nell'ambito di esso, analogamente a ciò che si verifica nei rapporti interprivati, vi siano grandi e piccole potenze, rispettivamente dominanti e dominate). Ma tanto la sovranità *interna* quanto la sovranità *esterna* costituiscono, appunto, qualità essenziali e del tutto peculiari degli Stati moderni, complessivamente concepiti.

Il tutto altresì considerando che l'elemento sovranità potrebbe anche non apparire come un *quid proprium* del solo Stato, essendo «sovrano», ex art. 7 Cost., l'*ordinamento canonico*, cioè quello proprio della Chiesa cattolica; essendo pure quello del *Sovrano Militare Ordine di Malta (SMOM)* ed essendo sovrano l'*ordinamento internazionale*, cioè quello il cui elemento soggettivo è formato dall'insieme degli Stati. Ma tutti e tre i predetti mancano, rispetto agli Stati, per es. di un territorio che li caratterizzi in sé e per sé e il terzo manca pure di

un'organizzazione paragonabile a quella che, negli Stati, è in grado di dettare l'indirizzo politico (del quale si dirà *infra*, parte I, cap. II, § 9). Da ciò la conclusione per la quale *se è corretto affermare che tutti gli Stati sono sovrani, non è invece possibile sostenere che tutti gli ordinamenti qualificati come sovrani siano realmente tali*: sono tutti *originari*, questo sì, ma non necessariamente statali.

4. Lo Stato come soggetto dell'ordinamento giuridico statale

A partire dalla fase più matura di sviluppo degli Stati moderni, entro gli ordinamenti giuridici statali si formano altrettanti enti esponenziali che assumono anch'essi il nome di Stati: enti variamente individuati – secondo le diverse terminologie dottrinali (e coerentemente con le varietà dei diversi ordinamenti giuridici) – mediante le denominazioni di **Stato-apparato** o di **Stato-governo** o di **Stato-soggetto** o di **Stato-persona**.

Nella vecchia dottrina pubblicistica italiana, dominante fino agli anni Trenta del Novecento, ma tuttora condivisa da qualche manualista, la contrapposizione fra Stato-ordinamento e Stato-soggetto restava in sostanza ignorata o non veniva intesa nella sua esatta portata. Quella dottrina procedeva, infatti, da un preconcetto monistico, ravvisando nello Stato un ente collettivo coincidente con la nazione o con il popolo, dal punto di vista della sua componente soggettiva; e attribuendo perciò la qualifica di Stato-persona alla stessa «istituzione» o «corporazione» statale (secondo una denominazione allora corrente), in base alla tesi per cui gli ordinamenti statali, «anche nel loro complesso, nella loro unità, assumono la veste di titolari di poteri, diritti ed obblighi propri» (Romano).

L'odierna concezione *duale* dello Stato sostiene, viceversa, l'esistenza di due significati irriducibili del termine in questione, entrambi rilevanti non solo in teoria generale ma nel diritto positivo italiano.

Da un lato, cioè, lo **Stato in senso largo** si presenta come un corpo sociale giuridicamente organizzato; d'altro lato, lo **Stato in senso stretto** ha generalmente la veste di una «concreta e limitata persona giuridica» (Esposito), nettamente diversificata dagli altri soggetti, privati e pubblici, di cui si compone il complessivo ordinamento statale. Certo, nell'ambito degli Stati moderni, questa persona, questo soggetto: lo Stato soggetto, si presenta normalmente come un fattore o una condizione di esistenza dello stesso Stato-ordinamento, in quanto inconcepibile indipendentemente da un corposo momento organizzativo che suole appunto far capo all'apparato statale. Tuttavia, l'organizzazione dello Stato-ordinamento non si esaurisce nello Stato-soggetto, ma si fonda sopra una serie di altre e ben distinte persone giuridiche pubbliche; ed è a questo insieme, in contrapposizione allo Stato nel senso stretto del termine, che la vigente Costituzione italiana riserva il nome di **Repubblica**, delineando a tal fine una distinta «figura giuridica soggettiva» (Lavagna). Per contro, lo Stato in senso stretto costituisce nel nostro ordinamento il titolare o il punto di riferimento di particolari

diritti e doveri, come pure di particolari competenze e di particolari potestà, così come sono soggetti che agiscono accanto allo Stato soggetto – e, unitamente a questo, all'interno dello Stato ordinamento – Regioni, Province e Comuni, ecc. Si vedano, a tale riguardo, gli artt. 5 e 114 Cost.: nel primo, *la Repubblica* che *riconosce e promuove le autonomie locali* non può che riferirsi (si notino i verbi adoperati) a un *quid* di superiore rispetto a queste ultime e quindi giocoforza allo Stato ordinamento; nel secondo, ancor più chiaramente, *la Repubblica* (che *è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*) non può coincidere con una sua parte (cioè lo Stato che, insieme agli altri enti, la costituisce): *ergo*, nell'art. 114 Cost., il termine «Repubblica» sta a designare lo Stato ordinamento, mentre il termine «Stato» identifica lo Stato soggetto.

La concezione duale dello Stato rappresenta, in effetti, la chiave per intendere tutta una serie di norme o di situazioni giuridiche, le quali rimarrebbero altrimenti prive di senso. Si pensi, in primo luogo, a quelle disposizioni del Codice civile (artt. 822 ss.) che regolano il demanio e il patrimonio dello Stato, evidentemente riguardato come persona giuridica e non come comunità o come «istituzione» complessiva. Si considerino, in secondo luogo, quelle norme costituzionali (artt. 28 e 113) che estendono o imputano direttamente allo Stato la responsabilità per gli illeciti compiuti o per gli atti illegittimamente adottati dai suoi funzionari, avendo ovviamente di mira l'apparato e non l'ordinamento in base al quale viene definita e sanzionata la responsabilità medesima: solo in questi termini, in particolar modo, si riesce a risolvere l'apparente paradosso del processo amministrativo, nel quadro del quale lo Stato può essere condannato da un giudice dello Stato stesso, in applicazione di una legge dello Stato. Infine, si tengano presenti i «conflitti di attribuzione» tra lo Stato e le Regioni, la soluzione dei quali spetta alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 134 Cost.: conflitti che sarebbero inspiegabili, qualora si volesse rimanere fermi al vecchio assunto della coincidenza fra lo Stato-istituzione (o lo Stato-ordinamento) e lo Stato-soggetto.

Ciò non toglie che anche allo Stato in quanto persona giuridica spetti normalmente la qualifica di **ente sovrano**, nell'ambito dello Stato-ordinamento. Fra tutti gli enti pubblici personificati e, anzi, fra tutti i gruppi comunque organizzati che interagiscono entro lo Stato inteso in senso largo, lo Stato-soggetto è il più delle volte (anche se non sempre) quello cui competono le decisioni politiche di più alto rilievo: sebbene, di fatto, le decisioni stesse siano pesantemente condizionate dalle richieste e dalle proposte (se non dalle vere e proprie imposizioni) dovute a altre forze sociali organizzate, quali i partiti, i sindacati e via dicendo. Ma giova subito aggiungere che si danno anche ordinamenti statali (con il passare dei decenni, sempre meno, in verità) entro i quali lo Stato-apparato non è altro che un ente strumentale, nei confronti di un *partito unico* cui spetta la sostanza del potere politico: nel qual caso, però, è al partito unico e non allo Stato che va riconosciuta – in ultima analisi – la natura di effettivo titolare della sovranità, quanto meno nella prospettiva del diritto pubblico interno.

Resta il problema – già molto dibattuto nella dottrina costituzionalistica italiana – del come la sovranità dello Stato-soggetto sia compatibile con i regimi democratici, nei quali la primazia dovrebbe spettare per definizione al popolo, secondo la formula della **sovranità popolare**, fatta propria dall'art. 1 Cost. it. È stato affermato che in ordinamenti del genere la potestà sovrana competerebbe «in massima parte allo Stato e solo eccezionalmente e limitatamente al popolo» (Balladore Panieri), essendo suddivisa fra l'uno e l'altro, a seconda che i poteri in questione vadano esercitati nelle forme della democrazia rappresentativa o della democrazia diretta (o anche delle elezioni politiche); ma questa soluzione del problema non ha convinto la prevalente dottrina, dal momento che la sovranità popolare e – prima ancora – la democrazia stanno a significare che al popolo spetta, se non altro sul piano concettuale, la sovranità tutta intera².

Di qui l'assunto che le due sovranità (sovranità dello Stato soggetto e sovranità popolare), qualora si voglia contrapporre, stanno se mai su due piani diversi, nel senso che al popolo – ovvero, più precisamente, al corpo elettorale – resta riservato nei regimi democratici l'esercizio dei poteri «che condizionano la direzione e lo svolgimento degli altri» (Mortati). E di qui, ancora, la più radicale ma coerente opinione per cui lo Stato-apparato di stampo democratico non è che lo strumento della volontà popolare, operante «in nome e per conto del popolo» (Tosato), vale a dire in rappresentanza di esso [ma, quanto all'Italia odierna, v. comunque, *infra*, parte III, cap. I, § 4, tenendo fin da ora presente che la circostanza per cui, *ex art.* 1 Cost., la *sovranità appartiene al popolo*, non deve mai fare perdere di vista che quest'ultimo non è affatto «libero» nell'esercitare la sovranità che pure gli appartiene, ma limitato dal fatto che lo può fare solo *nelle forme e nei limiti della Costituzione*: *ivi*. Con il che viene automaticamente meno anche la possibilità di confondere la *sovranità popolare* cui si riferisce la nostra Costituzione con quella teorizzata da J.J. Rousseau (1712-1778) che la faceva coincidere con la *volontà generale* di un «popolo sovrano» considerato come entità unitaria non rappresentata da nessuno, se non da sé stesso, e la cui manifestazione di volontà non poteva, per sua natura, essere limitata da alcunché].

5. Segue: *gli organi dello Stato-soggetto*

Nel diritto costituzionale comparato è nota l'attuale esistenza di apparati statali che non sono personificati nel loro intero complesso, dal momento che distinte personalità giuridiche spettano alle singole componenti di essi: così, specialmente, nell'ordinamento inglese personificata è la Corona (sebbene costituita, volta per volta, dal solo monarca in carica), al pari delle Camere e di altre

² Non a caso, l'Assemblea costituente non ha fatto proprio il progetto di Costituzione, nella parte in cui si statuiva che la sovranità «emana» dal popolo; e ha preferito proclamare che essa «appartiene» al popolo medesimo.

strutture comparabili ai nostri Ministeri, quali il Tesoro, lo Scacchiere, l'Ammiragliato... Si tratta, però, di eccezioni alla regola, in quanto è normale che la qualifica di soggetto o di persona giuridica vada attribuita all'apparato statale complessivo.

Tuttavia, a fronte di uno Stato-soggetto ovvero di uno Stato-persona, si ripropone subito il problema, comune a tutte le persone giuridiche, del come essi possano disporre della **capacità di agire**, cioè di quella di compiere gli atti di esercizio delle loro attribuzioni. Secondo l'impostazione tradizionale del problema, le persone giuridiche difetterebbero di tale attitudine, se questa non fosse loro fornita da persone fisiche o più generalmente da esseri umani (dato che soltanto negli Stati contemporanei si registra la necessaria coincidenza delle prime con i secondi), collegati ad esse da particolari rapporti: i quali, a loro volta, sono stati e sono alternativamente costituiti dal **rapporto di rappresentanza** e dal **rapporto organico**.

Basti qui ricordare che quello di rappresentanza è un rapporto «*trilatero*», che vede agire – in distinte posizioni – un soggetto rappresentato, un soggetto rappresentante e un soggetto terzo (il destinatario dell'azione), con la conseguenza che sul rappresentato ricadono solo gli effetti dell'atto compiuto dal rappresentante, stipulando ad esempio un contratto con un terzo; al che si aggiunge che, nel nostro ordinamento, il rappresentato non è vincolato dall'atto del rappresentante altro che «nei limiti delle facoltà conferitegli» (cfr. l'art. 1388 c.c.). Per contro, quello organico è un rapporto bilaterale o «*bilatero*» (Romano) perché gli atti del soggetto collegato allo Stato dal rapporto stesso si imputano immediatamente all'apparato statale personificato, il quale si contrappone direttamente ai terzi, mediante l'attività svolta dai funzionari statali in questione: così, le leggi approvate dal Parlamento e promulgate dal Presidente della Repubblica, le sentenze pronunciate dai giudici, i provvedimenti delle più varie autorità amministrative si considerano senz'altro quali atti *dello* Stato-soggetto e non *di* chi agisce, o *di* coloro che agiscono, per esso. Di più: il rapporto organico può bene restar fermo pur quando l'atto in questione sia invalido, giacché lo Stato continua a rispondere di esso nei confronti dei terzi (il che lascia intendere un motivo non secondario del successo della teoria organica). Ciò spiega, appunto, che l'art. 113 Cost. it. ragioni espressamente di «atti della pubblica amministrazione» (dello Stato o di altre persone giuridiche pubbliche), in vista dei provvedimenti impugnabili dinanzi ai giudici e suscettibili di essere annullati o disapplicati dai giudici stessi, in quanto viziati nella loro legittimità; mentre è solamente in casi estremi, come quello di un atto pubblico compiuto da un funzionario nel perseguimento di interessi puramente suoi personali e quindi non dello Stato, che il rapporto organico si può spezzare, facendo venir meno l'*imputazione allo Stato*.

Ora, negli Stati ancora organizzati in forme rudimentali, quali erano le monarchie assolute o patrimoniali, si riteneva che il Re operasse mediante funzionari ad esso collegati da rapporti di rappresentanza. A partire dai settecenteschi

Stati di polizia, viceversa, il problema dell'imputazione degli atti dei funzionari agli Stati medesimi comincia a venire risolto secondo lo schema del rapporto organico (anche se le prime teorizzazioni di questa figura rimontano appena alla seconda metà dell'Ottocento). Nella letteratura giuridica della seconda metà del Novecento si determina anzi una sorta d'ipostatizzazione (venendo cioè rappresentata concretamente una realtà che nasce di per sé astratta), per cui l'incontestabile realtà giuridica dei rapporti organici viene tradotta nell'idea che l'azione degli apparati statali sia resa possibile da apposite entità, aventi il nome di **organi**. Ma sarebbe lecito dubitare che quest'ultima nozione sia davvero producente, se non fosse che essa ha ormai pervaso l'intero linguaggio giuridico – dottrinale, legislativo e costituzionale³ – nel nostro come in tanti altri Stati; sicché non si può contestarla o passarla sotto silenzio, nel quadro d'un manuale di diritto costituzionale che voglia render conto delle sistemazioni dottrinali ormai predominanti.

Nella definizione degli organi statali (come pure di quelli pertinenti ad altre persone giuridiche), alcuni autori propendono verso un estrema semplificazione del discorso, qualificando come tali «gli individui le cui azioni sono considerate atti dello Stato, le cui azioni, cioè, sono imputate allo Stato» (Kelsen). Ma simili configurazioni non risultano adeguate, perché non fanno capire con la chiarezza necessaria fino a che punto gli atti di tali individui rimangano imputabili alle persone fisiche dei singoli funzionari (i quali continuano a disporre d'una *sfera privata* che non va confusa con le *pubbliche funzioni* da essi esercitate) e a quali condizioni, invece, divengano propri dello Stato-soggetto. Evidentemente, gli organi non possono risolversi negli individui in questione, ma presuppongono apposite strutture delle quali gli individui stessi facciano parte integrante, agli effetti dei rapporti organici. In questo senso riesce indispensabile ricorrere alla nozione di **ufficio**, inteso non tanto alla stregua di una o più funzioni pubbliche, quanto come articolazione dell'apparato statale cui spetti l'esercizio di un determinato complesso di funzioni⁴. E ogni organo implica appunto – per definizione – un ufficio munito del suo titolare, senza di che gli mancherebbe la capacità di porre in essere gli atti da imputare allo Stato.

Viceversa, non tutti gli uffici statali corrispondono ad altrettanti organi: infatti, «sono organi solo quegli uffici che le norme indicano come idonei ad operare l'imputazione giuridica all'ente» (Giannini). Ragionare di organi *interni* in contrapposizione agli organi *esterni* dello Stato-soggetto – come pure suol farsi

³ Quanto alla vigente Costituzione italiana, il termine «organo» ricorre testualmente negli artt. 38 («organi ... predisposti o integrati dallo Stato» per provvedere e «all'assistenza sociale», «all'educazione e all'avviamento professionale»), 71 (relativamente ai titolari dell'iniziativa legislativa), 99 e 100 (circa il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, nonché in riferimento al Consiglio di Stato), 102, 103, 111, 113, 117, 120, 121, 122, 123 (a proposito delle Regioni e degli altri enti locali), nonché nella VI, VIII e XVIII *Disposizione transitoria e finale*.

⁴ Giustamente si è detto che l'ufficio «non è la competenza ma ha la competenza» (Esposito); tanto è vero che l'identità dell'ufficio permane, pur nel mutare delle sue funzioni.

in dottrina – rappresenta un controsenso, perché la ragion d'essere dell'organo è il rapporto da instaurare fra lo Stato e uno o più soggetti terzi, di talché si dovrebbe concludere che il c.d. *organo interno*... non è in realtà un organo, perché non in grado, per definizione, di produrre effetti giuridici capaci di travalicare la sfera giuridica dell'ente cui appartiene e per cui opera. Nello stesso ambito di attività delle strutture comunemente definite quali organi, occorre anzi distinguere fra gli atti da imputare all'intero apparato statale e quelli che i funzionari compiono ai fini dei loro uffici, ma senza che si determini l'imputazione predetta: come si verifica – ad esempio – per le interrogazioni e per le interpellanze in seno alle assemblee parlamentari, in antitesi alle inchieste regolate dall'art. 82 della Costituzione (*infra*, parte III, cap. II, § 15).

Anche in questi termini la tipologia degli organi rimane alquanto varia. Occorre distinguere, in particolar modo, fra gli organi **individuali** o **monocratici** (com'è il Presidente della Repubblica) e gli organi **collegiali** (come sono il Senato, la Camera dei deputati, il Consiglio Superiore della Magistratura, ecc.), nei quali la volontà dell'organo è formata da una serie di individui (che organi in sé stessi non sono ma che, insieme, ne formano uno) componenti il collegio (come si verifica per le testé ricordate Camere del Parlamento); ancora, occorre distinguere fra gli organi **semplici**, composti da un unico organo, e gli organi **complessi**, a formare i quali concorrono più organi (com'è nel caso del Governo della Repubblica composto dal Presidente del Consiglio e dai ministri che sono, sia l'uno che gli altri singolarmente considerati, a loro volta organi). Giova inoltre notare che certi organi possono essere *co-dipendenti* da più persone giuridiche pubbliche: come può dirsi del Sindaco che per un verso è l'organo di vertice dell'amministrazione comunale e, per l'altro, ha la veste di «ufficiale del Governo»⁵.

Un ulteriore fattore di complicazione è infine costituito dal fatto che alcuni organi parrebbero disporre come tali di «soggettività» (Esposito), specialmente in quanto abilitati a controvertere l'uno con l'altro: valga per tutti l'esempio dei «conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato», promuovibili dinanzi alla Corte costituzionale in base all'art. 134 Cost. Ma è necessario evitare la contraddizione in termini consistente da un lato nell'identificazione fra l'organo e lo Stato-soggetto, ai fini dell'imputazione degli atti statali, e dall'altro lato nella contrapposizione fra l'organo e lo Stato, in quanto entrambi muniti d'una propria personalità. In realtà, non è dato parlare di «soggettività» dell'organo, in vista del rapporto organico; piuttosto, si può ragionare di «soggettività» o di *legittimazione* di determinati uffici (De Valles), qualora l'ordinamento li consideri – ad esempio – come parti di giudizi intesi a definire le rispettive sfere di competenza: nel qual caso, però, i ricorsi proposti dagli uffici stessi non vanno qualificati come atti direttamente imputabili allo Stato-soggetto.

⁵ V. l'art. 142 del t.u. della legge comunale e provinciale del 1915 (cui è poi subentrato, nel medesimo senso, l'art. 38 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e, successivamente, l'art. 54 del t.u. 18 agosto 2000, n. 267).

Per dare un'idea dell'ordine di grandezze di cui si parla quando si disquisisce dello Stato-ordinamento e, più in particolare, dello «**Stato-apparato**», cioè di tutti i dipendenti di qualunque pubblica amministrazione (statale, regionale, comunale, ecc.), si pensi che ammontavano a meno di 3.000 soggetti nel momento della creazione del Regno d'Italia (1861, a fronte di una popolazione di circa 28.000.000 abitanti); a più o meno 11.500, quindici anni dopo; a circa 91.000 alla fine dell'Ottocento; a 4.200.000 all'inizio del decennio Novanta del secolo scorso (quando la popolazione ammontava a circa 58.000.000 abitanti); a 3.600.000 nel 2008; a 3.305.313 a fine 2015; a 3.142.000 a fine 2016, con un rapporto del 5,18% rispetto alla popolazione italiana composta, alla fine di quell'anno, di circa 62.900.000 individui residenti nel Paese (detto rapporto è del 5,70% in Germania; del 6,40% in Spagna; del 7,90% in Gran Bretagna e dell'8,50% in Francia). Analizzando la distribuzione per Regioni, la percentuale più alta è quella calabrese (22,03%), mentre in coda si trovano Lombardia e Veneto, rispettivamente con il 9,44% e il 10,80% di rapporto tra lavoratori nella p.a. e lavoratori *tout court*. Se, invece, il rapporto lo si calcola tra lavoratori nella p.a. e popolazione residente, passano decisamente in testa le Regioni a Statuto speciale. La tendenza? Una crescita progressiva (... ma anche esagerata e smisurata) con il crescere dei compiti fatti propri dallo Stato sociale (v. *infra*, parte I, cap. II, § 5) nonché dagli altri apparati pubblici e un lento, ma inesorabile calo, con il progressivo venire meno delle disponibilità economiche dello Stato inteso in senso lato⁶.

6. La Costituzione dello Stato

Le difficoltà che tuttora si incontrano nel definire una nozione basilare del diritto costituzionale, come quella di **costituzione** dello Stato, derivano principalmente dalla grande varietà dei significati che questo termine si presta ad assumere (e assume in concreto), secondo i contesti in cui viene utilizzato e le prospettive di coloro che ne fanno uso.

Gli storici delle istituzioni politiche insegnano, anzitutto, che della costituzione si è spesso ragionato (sulla base di premesse che talvolta conservano una qualche attualità) in una *accezione ideale*: poiché, a questa stregua, si è cercato di mettere in rilievo determinati presupposti o determinati principi ispiratori degli ordinamenti giuridici statali, in difetto dei quali la stessa costituzione sarebbe venuta meno. Così, nell'art. 16 della *Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino*, datata 26 agosto 1789, si proclamava senz'altro che «ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione». Ed analogamente la costituzione è stata spesso

⁶ Dati ISTAT (www.istat.it) e del CENTRO STUDI IMPRESA LAVORO (<https://impresalavoro.org>).

identificata con il mitico «contratto sociale» che si supponeva stipulato fra i governanti e i governati, fin dall'origine delle «istituzioni» statali; oppure è stata scambiata con l'insieme dei valori peculiari degli Stati liberal-democratici, in antitesi a quelli autoritari.

Ora, è ben vero che il diritto costituzionale di una democrazia liberale presenta un'estensione e una importanza difficilmente comparabili a quelle che si danno negli ordinamenti di segno contrario. Ma ciò non toglie che i concetti ideali della costituzione non siano condivisibili e si dimostrino da tempo superati. L'odierna scienza costituzionalistica risulta pressoché concorde, in effetti, nel ritenere che della costituzione si debba trattare in una *prospettiva realistica*, cioè procedendo da un'*accezione giuridico-positiva*: il che comporta che gli studiosi del diritto costituzionale proprio di ciascuno Stato debbano avere di mira gli assetti realmente vigenti, buoni o cattivi che siano sul piano dei modelli etico-politici.

Ma ciò non basta a risolvere il problema. Preliminarmente, infatti, va rilevato che nello stesso linguaggio giuridico contemporaneo coesistono due ben distinte nozioni di costituzione dello Stato: ossia quella **formale**, mirante alle Costituzioni scritte o alle Carte costituzionali; e quella **materiale**, dalla quale prendono le mosse quanti non si limitano a considerare l'atto normativo o il testo che di Costituzione assume il nome, bensì riflettono sui contenuti necessari e tipici delle costituzioni di qualunque Stato. D'altronde, i teorizzatori della costituzione materiale si suddividono a loro volta fra varie correnti di pensiero: giacché si contrappongono, su questa base, quanti concepiscono la costituzione in un senso largo e *descrittivo*, rispetto a quanti la intendono – pur attribuendole contenuti diversi – in un senso ristretto e *prescrittivo*.

Non vi è dubbio che nell'Italia di oggi il significato primo del termine, cui naturalmente si ha riferimento in mancanza di ulteriori specificazioni, sia quello di Costituzione in senso formale. La Costituzione italiana per antonomasia coincide con la *Carta costituzionale repubblicana*, entrata in vigore il 1° gennaio 1948; ed è a questo testo che si aggancia una buona parte degli studi costituzionalistici, svolti nell'ambito dell'attuale ordinamento. Né si può concludere altrimenti per quanto concerne la generalità degli odierni ordinamenti statali: con la sola avvertenza che talvolta si tratta o si trattava della Costituzione – come nel caso della terza Repubblica francese (4 settembre 1870 - 10 luglio 1940) – con riguardo a un complesso di leggi costituzionali formalmente distinte⁷, piuttosto che a una Carta costituzionale propriamente detta.

Certo è, tuttavia, che la materia sulla quale vertono per costante tradizione gli studi costituzionalistici non coincide, parte per eccesso e parte per difetto, con quella regolata dalla Costituzione scritta del 1948: per eccesso, giacché la stessa Carta costituzionale italiana, malgrado la molteplicità dei suoi oggetti e

⁷ Si vuole alludere alle leggi costituzionali organizzative del 24-25 febbraio e del 16 luglio 1875.

dei suoi contenuti normativi, non considera direttamente una serie di tematiche aventi un fondamentale rilievo costituzionalistico, dai sistemi elettorali all'organizzazione interna delle Camere, fino al processo costituzionale; per difetto, in quanto numerosi disposti costituzionali riguardano singoli rami del diritto, pubblico e privato, da non confondere con i temi specifici delle analisi costituzionalistiche: dal che la conclusione secondo la quale lo studio del diritto costituzionale non può coincidere con la sola analisi di ciò che c'è in Costituzione, perché, per conoscere i fondamenti del nostro ordinamento è ben più importante sapere qual è la legge elettorale per le elezioni politiche, rispetto a quanto non sia analizzare com'è fatta la bandiera dello Stato italiano di cui espressamente tratta l'art. 12 Cost. Inoltre, ove si estenda l'indagine sul piano storico e comparatistico, viene spontaneo notare che le Costituzioni scritte risalgono a epoche piuttosto recenti, a partire da quella statunitense del 1787 e da quella francese del 1791. Eppure, nessuno vorrebbe sostenere che gli Stati preesistenti, pur difettando di Carte costituzionali, non fossero costituiti in qualche modo. E, meno ancora, sarebbe possibile negare che la culla del diritto costituzionale modernamente inteso, cioè la Gran Bretagna, sia sottratta agli studi costituzionalistici per l'unico motivo che quell'ordinamento non risulta retto da un testo denominato Costituzione.

Del resto, anche all'interno della storia costituzionale italiana, l'insufficienza della nozione formale viene messa in luce dal raffronto fra le due Costituzioni scritte succedutesi nel nostro ordinamento: cioè lo Statuto albertino del 1848 e la vigente Costituzione repubblicana. L'uno appartiene al genere, diffusissimo nell'Ottocento, delle Costituzioni **brevi**, assai più attente alla problematica dell'organizzazione costituzionale dello Stato che al complessivo modo di essere dell'ordinamento giuridico statale: rispetto al quale esse non detenevano neppure una posizione di formale superiorità, dal momento che il più delle volte si trattava di Costituzioni **flessibili**, parificate alle altre leggi dello Stato, cioè validamente modificabili e derogabili dal legislatore ordinario. La seconda rientra, viceversa, nel tipo delle Costituzioni **lunghe**, peculiari di quella tendenza più recente che si è sviluppata a partire dalla conclusione della prima guerra mondiale. In altre parole, essa va inquadrata fra le Carte costituzionali che non pongono l'accento sul solo sistema dei pubblici poteri, ma disciplinano a fondo i rapporti fra gli individui e le autorità, dettando molteplici disposizioni direttive che hanno di mira un rinnovato assetto della società civile: il che concorre a spiegare per quali ragioni si tratti abitualmente di Costituzioni **rigide**, condizionanti la legislazione ordinaria nel quadro delle fonti di produzione del diritto (v. *infra*, parte II, cap. III, § 10).

Questo ampliarsi dei contenuti normativi delle Costituzioni contemporanee, rispetto alle Carte costituzionali ottocentesche, ha fortemente influito sugli studi costituzionalistici e sui temi degli stessi insegnamenti di diritto costituzionale: i quali presentano oggi una complessità ben più grande che nel recente passato – protrattosi in Italia per una sorta di vischiosità della nostra cultura giuridica –

pur dopo l'ufficiale entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Ma l'opinione prevalente fra i costituzionalisti non inclina a ritenere che ne sia stato alterato lo stesso concetto di costituzione, da assumere ai fini della teoria generale del diritto. Al di là delle molte varianti riscontrabili nel quadro delle Carte costituzionali esistite ed esistenti, è invece diffusa in Italia ed altrove la tesi che occorra ricercare un concetto «assoluto» (Mortati), valido per ogni tempo e ogni luogo, rappresentato da quel minimo complesso di norme fondamentali, in vista del quale possa dirsi che ciascuno Stato si costituisce giuridicamente. Più di preciso, al di là delle tante Costituzioni in senso formale, si suole ritenere necessario definire la costituzione in senso materiale, con riguardo a quel tipo di disciplina che deve comunque sussistere perché lo Stato ne venga individuato e costituito, malgrado l'estrema diversità delle concrete componenti la disciplina stessa che, volta per volta, si presentano nell'esperienza storica oppure si offrono alle indagini comparatistiche.

7. Segue: *le diverse concezioni della costituzione materiale*

Tradizionalmente, lo sforzo di pervenire a una tale definizione conduceva e talora conduce ancor oggi a una concezione descrittiva, fondata su quell'accezione comune del termine in esame per cui la costituzione equivale all'insieme delle caratteristiche essenziali di una data entità, suscettibili di identificarla e differenziarla dalle altre, sia pure congeneri. Riferito allo Stato-ordinamento, il concetto in questione porta a ritenere che il diritto costituzionale non si rivolga allo studio di un singolo *ramo* dell'ordinamento stesso, ma concerna il *tronco* dal quale i vari rami si dipartono (secondo una celebre immagine di Santi Romano): ossia riguardi l'intero diritto positivo, considerato al più alto livello e pertanto formato, in sostanza, dal **sistema dei principi generali** dell'ordinamento statale del quale si tratti. Ed è appunto in tal senso che Pellegrino Rossi – nelle sue lezioni tenute alla Sorbona durante gli anni Trenta dell'Ottocento – ragionava di già del diritto costituzionale come del complesso delle *têtes de chapitre* (cioè delle premesse di ogni componente) degli altri insegnamenti giuridici, in quanto riferito alle proposizioni fondamentali delle più rilevanti leggi dello Stato⁸.

Un così ampio concetto parrebbe anzi adeguarsi in particolar modo alle Costituzioni lunghe del genere di quella vigente in Italia. Va infatti ricordato che nella nostra *Carta costituzionale* sono espressamente formulati tutti quei principi generali delle singole branche del diritto che l'Assemblea costituente ha ritenuto

⁸ Similmente, però, si esprimeva Mauro Pagano nel progetto di Costituzione partenopea risalente al 1768, là dove lo scopo della Costituzione medesima veniva indicato nel porre le **mura maestre** dell'ordinamento statale; come pure Giuseppe Compagnoni che per costituzione intendeva – negli «Elementi di diritto costituzionale» editi a Venezia nel 1797 – quel «**certo e stabile modo con cui un popolo esiste e si regge**».

di dover sottrarre alle deroghe altrimenti apportabili mediante leggi ordinarie: dal diritto processuale civile e penale (v. specialmente gli artt. 24 e 25, co. 1) al diritto penale sostanziale (come nel caso dell'art. 25, co. 2 e 3, nonché dell'art. 27, co. 1 e 4), dal diritto amministrativo (artt. 28, 97, 113...) fino al diritto privato e al diritto del lavoro (artt. 29 ss., 35 ss., 41 ss.). Pure, è abbastanza chiaro che si tratta di una concezione eccessivamente lata e perciò inaccettabile. Quale è infatti il nucleo della costituzione sostanzialmente intesa e quali sono, pertanto, gli *oggetti specifici del diritto costituzionale*? Le definizioni estensive e descrittive lasciano senza risposta interrogativi di pur così grande importanza. Sotto l'apparenza di nobilitare gli insegnamenti costituzionalistici, esse finiscono quindi per svuotarli, risolvendoli in una generica premessa allo studio della scienza giuridica, considerata nelle sue varie partizioni.

È anche per questi motivi che il costituzionalismo contemporaneo propende, piuttosto, verso le concezioni prescrittive o *normative* della costituzione materiale: tutte fondate su quell'accezione ulteriore del termine in esame che per costituzione intende la **ragione costitutiva degli ordinamenti giuridici statali**, cioè la **norma-base** o la **normativa di fondo**, alla stregua della quale si debbono formare tutte le altre norme degli ordinamenti stessi⁹. Da una tale premessa, però, discendono correnti di pensiero almeno a prima vista contrapposte: le quali concepiscono la **costituzione materiale**, ora nei termini della **teoria «pura» del diritto**, elaborati specialmente da Kelsen, e ora nei termini **giuridico-politici o soprattutto politologici** che sono propri in Germania di Schmitt e in Italia di Mortati.

Da una parte, basti qui dire che per Kelsen l'ordinamento giuridico è un sistema di norme gerarchicamente formato, sicché ciascun grado o livello della normazione statale ne risulta subordinato e condizionato rispetto alla normazione di grado superiore; e via scorrendo, sino a quando si perviene alla normativa o alla **norma fondamentale** che regge l'intero sistema, cioè per l'appunto alla costituzione in senso materiale. Questa consiste, coerentemente, «in quelle norme che regolano la creazione delle norme giuridiche generali e in particolare la creazione delle leggi formali»: dal che la conseguenza che la disciplina degli organi e dei procedimenti legislativi rappresenta al tempo stesso – secondo l'impostazione kelseniana – la tematica specifica del diritto costituzionale e la materia peculiare degli insegnamenti costituzionalistici.

D'altra parte, un siffatto modo di vedere è stato assai discusso dai teorici e dai filosofi del diritto, se non altro sotto un duplice profilo: sia perché la soluzione kelseniana manca, a sua volta, di offrire risposta al problema del perché s'imponga la «norma fondamentale», limitandosi a postularne tautologicamente la necessaria esistenza; sia perché i contenuti così attribuiti alla norma medesima

⁹ Il divario che passa fra le concezioni di quest'ultimo tipo e quelle di stampo descrittivo trova chiara espressione nella lingua tedesca, mediante le parole *Verfassung* e *Konstitution*, cui corrisponde nella lingua italiana la polisensiva parola *costituzione*.

sono troppo circoscritti, in quanto l'«attività dello Stato non è tutta e soltanto normativa, né il potere – anche storicamente – si risolve sempre ed esclusivamente nella legislazione» (Crisafulli). Secondo esperienza, al contrario, la legislazione stessa non è altro che un momento, sia pure essenziale, rispetto alla titolarità e all'esercizio della sovranità intesa come **funzione di indirizzo politico** (della quale si dirà anche *infra*, parte I, cap. II, § 9), attinente alla determinazione della politica generale nell'ambito dello Stato-ordinamento. Ed è precisamente in questo tipo di rilievi che trova lo spunto la concezione schmittiana, volta a far consistere la costituzione materiale nella **decisione politica** sulla forma di Stato e sulla forma di Governo (v. *infra*, parte I, cap. II, §§ 1 e 7 ss.), caratterizzanti il regime in questione; mentre Mortati individua il fondamento ed anzi l'essenza stessa della costituzione nella «**classe governante**», cioè nella forza politica predominante entro un dato ordinamento, che si pone come «potere originario costitutivo dello Stato».

Così sommariamente descritte, le due conclusioni del discorso parrebbero quanto mai distanti l'una dall'altra. Non a caso, per chi le riferisse ai rispettivi disposti della Costituzione italiana, intesa nel senso formale, la concezione schmittiana e quella kelseniana farebbero capo a due proclamazioni ben diverse e lontane anche nel testo costituzionale: giacché per quella di Schmitt sarebbe fondamentale la decisione formulata dall'art. 1, co. 1, là dove si statuisce che «l'Italia è una Repubblica democratica»; per quella riconducibile a Kelsen, invece, basilare dovrebbe dirsi la disposizione dell'art. 70, onde la «funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere»¹⁰. Ciò che più conta, la divaricazione si riflette senza dubbio sulla natura degli oggetti rispettivamente attribuiti alla costituzione materiale, come pure sul metodo giuridico: tanto è vero che, nella prospettiva kelseniana, si tratta comunque di norme giuridiche, sebbene collocate a fondamento dell'intero sistema normativo; mentre per Mortati il «fine politico» preesiste rispetto al complesso delle norme e successivamente incide sulla stessa attività interpretativa del diritto vigente.

Con tutto questo, va sottolineato innanzitutto che le due concezioni si integrano vicendevolmente. Per riprendere la precedente esemplificazione, è manifesto – da un lato – che l'art. 1 Cost. rimarrebbe incompiuto, se a precisarne e lumeggiarne il significato non concorressero tutti gli specifici disposti che determinano le caratteristiche della democrazia rappresentativa instaurata e vigente in Italia, fra i quali risalta l'art. 70; ma questo – d'altro lato – presuppone la proclamazione contenuta nell'art. 1 con un'implicita ripresa del carattere democratico della Repubblica, poiché alle Camere è oggi riservata la funzione legislativa, in quanto si tratta degli organi immediatamente rappresentativi del popolo o del

¹⁰ Dato che per Kelsen essenziale è il «**presupposto ultimo**», dovrebbe anzi concludersi che la costituzione materiale dell'Italia di oggi vada rintracciata nell'art. 1 del d.lgs.lgt. 25 giugno 1944, n. 151, recante la previsione originaria di un'Assemblea costituente chiamata a «deliberare la nuova costituzione dello Stato» (v. *infra*, parte II, cap. I, § 5).

corpo elettorale, nel senso politico del termine (v. *infra*, parte III, cap. I, § 3).

Inoltre, entrambe le concezioni hanno il merito di individuare, ciascuna per suo conto, i temi peculiari del diritto costituzionale e del suo insegnamento. La decisione politica schmittiana allude – come si accennava – alla **disciplina della forma di Stato e della forma di Governo**, sulla quale si è concentrata l'attenzione dei costituzionalisti a partire dalle loro prime indagini. La norma fondamentale kelseniana comporta a sua volta che la **disciplina della produzione normativa** appartenga al diritto costituzionale, piuttosto che a ogni altro singolo ramo dell'ordinamento; e anche questo assunto viene oggi largamente condiviso, malgrado la manualistica attinente alle singole branche del diritto continui sovente a occuparsi delle fonti normative, sia pure per meglio illustrare talune caratteristiche proprie delle corrispondenti materie. In particolar modo, la sistemazione e l'analisi delle fonti stesse non spettano di certo al diritto privato, per quanto le «Disposizioni sulla legge in generale» (la cui prima parte s'intitola appunto alle «fonti del diritto») siano state premesse al Codice civile del 1942. Va riconosciuto, al contrario, che si è trattato di un «omaggio alla tradizione» (Pizzorusso), il quale non toglie che le norme sulle fonti siano state costituzionalizzate, se non altro dal 1948 in poi, per ciò che riguarda la produzione del diritto di rango legislativo; sicché le stesse «Preleggi» appartengono ormai alla storia (v. *infra*, parte II, cap. III, § 8).

Senza disconoscere quanto diversifica le varie nozioni prescrittive della costituzione materiale, entrambe vanno dunque poste a base di questo manuale: nel senso che esso si propone di approfondire lo studio concernente le *norme delle norme* (quelle costituzionali rispetto a quelle che costituzionali non sono), considerate nella prospettiva kelseniana così come in quella schmittiana, limitandosi invece ad effettuare sintetici riferimenti a tutti gli altri temi rilevanti dal punto di vista della Carta costituzionale, ma meritevoli di ben più approfondite indagini che vanno lasciate agli studiosi dei rispettivi settori della scienza giuridica.

Sembra peraltro chiaro che della costituzione materiale non si possono accettare le impostazioni che *«hanno ... il torto di presupporre una sorta di diritto costituzionale libero, plasmato ad arbitrio degli interpreti in genere e dalla Corte costituzionale in particolar modo. Le varie metafisiche dei valori costituzionali consentono, infatti, argomentazioni e decisioni atte a condurre da qualsiasi parte, senza che la giurisprudenza costituzionale sia più controllabile nei suoi ragionamenti. In altre parole, rimane ben fondata l'obiezione che i richiami immediati a una qualche iperconstituzione materialmente intesa, comunque effettuati dagli interpreti stessi, sono estremamente pericolosi, perché formano i fattori di gravi incertezze nei criteri e negli esiti dei relativi giudizi... Occorre perciò tenere fermo – secondo le parole di Zagrebelsky – che i principi costituzionali non sono diritto naturale, bensì “rappresentano il massimo atto di orgoglio del diritto positivo”, “la massima fra tutte le determinazioni politiche”. A parte ogni altra considerazione, una giustizia costituzionale che scavalasse o ignorasse la Carta del '47 (e le successive revisioni) diverrebbe incompatibile con il carattere democratico della nostra Repub-*

blica; e la prima a rischiare sarebbe allora la Corte stessa, poiché nessun Parlamento potrebbe tollerare di vedersi sottoposto a una costituzione “inventata” da quei giudici, cui mancano per definizione i poteri connessi alla rappresentanza politica del popolo».

«Nel dir ciò, beninteso, non si vuole minimamente negare l'essenzialità del momento interpretativo, dal quale scaturisce – senza soluzioni di continuità – la cosiddetta **Costituzione vivente**. Ma l'incontestabile esigenza di trarre le norme costituzionali dal rispettivo testo, puntando sull'interpretazione sistematica e sul bilanciamento dei principi che la informano, **non dev'essere confusa con l'idea di una costituzione materiale scissa da quella testuale**. La “Costituzione vivente” non è altro che la Carta costituzionale, in quanto ricostruita e applicata; mentre la costituzione materiale è il frutto dell'inaccettabile pretesa di approdare altrove, di attingere direttamente i valori meritevoli di salvaguardia, di fare della giustizia costituzionale la vera fonte suprema, di mettere dunque fra parentesi la Costituzione scritta con l'iniziale maiuscola»¹¹.

NOTA BIBLIOGRAFICA – Sul **concetto di ordinamento** v. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917 (Firenze, 1962); KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1959 (edita dalla Harvard University Press nel 1945), e *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966 (edita a Vienna nel 1960); DEL VECCHIO, *Studi sul diritto*, Milano, 1958; GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 219 ss.; BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960; CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970; L. MENGONI, F. MODUGNO, F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017. Sul **concetto di Stato**, oltre agli autori testé citati, v. DONATI, *La persona reale dello Stato*, Milano, 1921; ESPOSITO, *Lo Stato e la nazione italiana*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, p. 418 ss.; R. QUADRI, *Problemi di teoria generale del diritto*, Napoli, 1959; BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1964; **specificamente sulla sovranità**, v. gli AA. citt. *infra* nella NOTA BIBLIOGRAFICA del cap. I, nella parte III. Sul **concetto di organo** v. DE VALLES, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931; ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, Padova, 1932; S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; AGRIFOGLIO, ORLANDO, *Teoria organica e Stato apparato*, Palermo, 1979. Sul **concetto di Costituzione** v., oltre che *sub* «Costituzione come fonte» nella NOTA BIBLIOGRAFICA in calce al cap. III della parte II, specificamente SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984 (edita a Monaco nel 1928); MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940; P. BARILE, *La costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951; MODUGNO, *Il concetto di costituzione*, in *Scritti Mortati*, Milano, 1977, I, p. 197 ss.; GIOVANNELLI, *Dottrina pura e teoria della costituzione in Kelsen*, Milano, 1979; BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Scritti Crisafulli*, Padova, 1985, II, p. 53 ss.; DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1999; SPADARO, *Contributo per una teoria della costituzione*, Milano, 1994; M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in AA.VV., *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2002; PIZZORUSSO, *Il patri-*

¹¹ L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pp. 144-145. Non si dimentichi, nel leggere queste righe, che Paladin scrive con cognizione di causa assoluta, essendo stato, della Corte costituzionale, non solo giudice, ma anche Presidente. La citazione di ZAGREBELSKY è tratta da *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 155.

monio costituzionale europeo, Bologna, 2002; AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, Torino, 2003; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004; BETTINELLI, *La costituzione della repubblica italiana (1 gennaio 1948). Un classico giuridico*, Milano, 2006; CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli, 2006; ONIDA, *La Costituzione*, II ed., Bologna, 2007; BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 11 ss.; CHESSA, *Che cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 41 ss.; S. BARTOLE, *La Costituzione è di tutti*, Bologna, 2012; CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra carta per il futuro*, Milano, 2012; CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna, 2012; BARBERA, *La Costituzione della Repubblica italiana*, Milano, 2016.

CAPITOLO II

TIPOLOGIA DELLE FORME DI STATO E DELLE FORME DI GOVERNO

SOMMARIO: 1. I criteri distintivi e i nessi riscontrabili fra le due figure. – 2. Le origini e i presupposti essenziali dello Stato moderno. – 3. Le principali forme di Stato: dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia. – 4. *Segue*: l'avvento dello Stato di diritto. – 5. *Segue*: dagli Stati liberali agli Stati democratici; lo Stato sociale di diritto. – 6. *Segue*: Stati unitari e Stati federali. – 7. Le forme di governo: forme monarchiche e forme repubblicane; forme pure e forme miste. – 8. *Segue*: le singole forme miste: le monarchie costituzionali; le repubbliche presidenziali e semipresidenziali; i governi direttoriali. – 9. *Segue*: le monarchie e le repubbliche parlamentari; il c.d. «neo-parlamentarismo».

1. I criteri distintivi e i nessi riscontrabili fra le due figure

Per meglio inquadrare il sistema di produzione normativa, la forma di Stato e la forma di governo vigenti in Italia, risulta opportuno (se non addirittura indispensabile) stabilire attraverso quali sviluppi e con quali condizionamenti di carattere storico si sia pervenuti all'attuale ordinamento. Di qui l'esigenza d'una sintetica ricostruzione comparatistica, avente di mira i modelli più comuni o più tipici di forme di Stato e di forme di governo dello Stato, che si sono succedute e contrapposte negli ordinamenti giuridici maggiormente evoluti, dalla formazione dello Stato moderno fino a oggi; con particolare riguardo alla storia costituzionale italiana, considerata a partire dalla concessione dello Statuto albertino. Solo a questo modo, infatti, si può disporre dei necessari termini di riferimento con i quali confrontare e fra i quali collocare l'ordinamento costituzionale stabilitosi da ultimo nel nostro Paese.

Giova anzitutto chiarire che cosa s'intenda – rispettivamente – per forme di Stato e per forme di governo dello Stato. La distinzione fra queste due figure può essere istintivamente colta già sulla base di quel tradizionale concetto di Stato che lo considera unitariamente come una «corporazione» sovrana, risultante dalla sintesi di tre elementi costitutivi: un popolo, un territorio, un governo. A questa stregua, cioè, la **forma di Stato** si risolve nel modo di essere dell'intero assetto della «corporazione» statale, nel senso che serve a mettere in correlazione un certo popolo, con un dato territorio e con i fini che perse-

gue, per il primo, sul secondo un determinato governo; mentre la **forma di Governo** ha riguardo unicamente al terzo degli elementi di cui si compone la «corporazione» stessa (la sovranità), dissociato – per quanto possibile – sia dall'elemento territoriale sia da quello personale complessivo, di talché essa finisce con il risolversi nella modalità di organizzazione del potere sovrano (... quanti organi lo gestiscono? In che rapporto stanno detti organo tra loro? Chi fa che cosa e come? Chi limita chi e come?).

D'altra parte, nelle configurazioni dottrinali più aggiornate, che contrappongono lo Stato ordinamento allo Stato-apparato o allo Stato-persona (*retro*, parte I, cap. I, § 4), la distinzione risalta ancor più nettamente. Le forme di Stato sono cioè riferibili allo Stato *come tutto*, avendo riguardo alle formule politiche sulle quali si fondano i nessi fra i diversi fattori dell'ordinamento giuridico (e, principalmente, ai tipi di rapporti che intercorrono fra i governanti e i governati). Le forme di governo si limitano invece a considerare lo Stato come parte o *come apparato*, rispondendo perciò – specialmente – alle seguenti domande: a quale organo spetta o fra quali organi statali è distribuita (e con quali collegamenti o condizionamenti reciproci) quella che suole definirsi come la **funzione di indirizzamento politico** (ci si tornerà *infra*, parte I, cap. II, § 9), intesa come l'espressione più alta dell'esercizio del potere sovrano?

Tuttavia, allo stesso modo che lo Stato-ordinamento e lo Stato-apparato si sorreggono e si presuppongono a vicenda, forme di Stato e forme di governo dello Stato interferiscono strettissimamente le une con le altre: sia nel senso che, data una certa forma di Stato, ad essa non possono non corrispondere determinate forme di governo e viceversa; sia nel senso che riesce molto spesso difficile discernere se ogni singola forma si riferisca allo Stato concepito come tutto o come parte, vale a dire ai rapporti governanti-governati oppure alla sola organizzazione in cui si accentra il potere.

Di per se stessa – ad esempio – la *monarchia assoluta* rappresenta quella forma di governo nella quale al monarca compete, direttamente o indirettamente, la totalità dei poteri dello Stato. Ma questo sistema non può non riflettersi sulla condizione dei soggetti governati che in tal senso si risolvono in sudditi del Re; tanto è vero che le monarchie assolute corrispondono storicamente agli Stati patrimoniali cinque e seicenteschi o, meglio ancora, agli Stati di polizia settecenteschi. Per converso, può bene ritenersi che quando si parla di *Stato federale* si abbia di mira una forma o un modo di essere dello Stato complessivo (tanto è vero che i temi dell'unità della Repubblica e del decentramento sono considerati dall'art. 5 Cost., compreso fra i «principi fondamentali» della Carta costituzionale repubblicana). Ma nel medesimo tempo non è dubbio che lo Stato federale comporta, altresì, un certo modo di distribuzione del potere fra i diversi apparati dello Stato centrale e degli Stati membri; e la stessa forma dello Stato centrale ne è condizionata, come risulta dalla circostanza che – almeno normalmente – in quelle organizzazioni statali sussistono un Parlamento bicamerale, l'una delle Camere essendo rappresentativa dei singoli Stati (o dei rispettivi corpi elettora-

li), e una Corte costituzionale competente anche a risolvere le controversie fra i poteri nazionali e quelli locali.

D'altronde, è molto frequente riscontrare che il linguaggio dottrinale si serve ambiguamente delle stesse espressioni per designare ora una forma di Stato e ora una forma di governo dello Stato. Tale, tipicamente, è il caso di termini quali *monarchia* e *repubblica* che in sé e per sé alludono a due contrapposti criteri di investitura del Capo dello Stato e dunque a due diversi modi di essere delle forme di governo; mentre la loro portata diviene assai più ampia, ed è sicuramente riferibile alla problematica delle forme di Stato, quando i termini stessi vengono integrati da certi aggettivi o da certi attributi: come nella già citata proclamazione dell'art. 1 della nostra Carta costituzionale per cui «l'Italia è una Repubblica democratica». Del resto, non mancano autorevoli studiosi (fra i quali Mortati) che trattano senz'altro della monarchia e della repubblica, sia pure adottando particolari prospettive, nel quadro delle forme dello Stato complessivo.

A queste avvertenze preliminari si deve ancora aggiungere che il discorso sulle forme di Stato e sulle forme di governo può trascorrere su piani assai diversi secondo i punti di vista che si assumono, dando luogo a esiti difficilmente comparabili fra loro. Altro, infatti, sono le forme per così dire *ideali*, ovvero i modelli che si desumono astraendo dalle specifiche esperienze dei singoli ordinamenti statali presi in considerazione; e altro sono le forme *reali*, che per definizione esistono solo *hic et nunc*, nell'ambito di una determinata fase di sviluppo di un determinato Stato, per quanto possa essere utile compararle con le analoghe strutture di altri Stati consimili.

Anche se la prima parte di questo manuale ha di mira una serie di forme ideali, non bisogna mai dimenticare che nozioni siffatte non sono fine a se stesse, ma costituiscono nulla più che uno strumento ausiliario di valore scolastico. Non a caso i modelli in questione non ritrovano mai un completo riscontro nella storia, ma subiscono naturalmente alterazioni del più vario genere. Ad esempio, si può ben dire che storicamente non sono mai esistite né le dittature né le monarchie assolute allo stato puro, in quanto non è materialmente possibile che la totalità del potere statale e il suo concreto esercizio si concentrino in effetti nelle mani di un unico uomo. Ma lo stesso vale, in altri termini, per forme o formule sul tipo dello Stato di polizia, dello Stato di diritto, dello Stato totalitario...: ognuna delle quali esprime una somma di aspirazioni, cui la realtà storica non corrisponde mai integralmente.

2. Le origini e i presupposti essenziali dello Stato moderno

Prima di analizzare le principali forme di Stato che si sono succedute nel corso della storia, bisogna fissare il punto di partenza dell'analisi: vale a dire il momento o il periodo a cominciare dai quali si può propriamente parlare di Stato, nel senso che oggi si connette a questo concetto dal punto di vista giuridico.

Stando al linguaggio corrente ed anche seguendo certi modi di vedere tuttora diffusi fra gli storici delle istituzioni, si potrebbe essere indotti a ritenere che gli Stati siano sempre esistiti, dovunque vi fossero società umane organizzate. Di questa larghissima accezione del termine si fa precisamente uso, quando si parla di città-Stato con riferimento alla Grecia antica, quando si cerca di definire quell'imponente apparato che fu l'Impero romano, quando si qualificano altri ordinamenti territoriali – sia pure assai rudimentali – sul tipo dei Regni dell'alto o del basso medioevo... Per definizione, infatti, vi sono sempre state e sempre vi saranno autorità poste a capo di *organizzazioni politiche stanziate su di un certo territorio*, nell'ambito del quale esse detengono un potere almeno relativamente maggiore di quello spettante a qualsiasi altra autorità od organizzazione concorrente; ma tale è appunto lo Stato nel senso più largo e generico dell'espressione stessa.

Da una configurazione così comprensiva, tuttavia, si ricavano soltanto alcune fra le caratteristiche o le condizioni necessarie perché si abbia uno Stato modernamente concepito. Tanto le organizzazioni politiche territoriali del mondo medioevale quanto quelle risalenti al mondo antico mancavano, infatti, ora dell'uno ora dell'altro di quegli indispensabili contrassegni ulteriori degli Stati moderni, cui si accenna in sintesi allorché si parla di **sovranità** degli Stati medesimi. Nell'evo antico, pur dandosi il caso di ordinamenti giuridici – quale fu sopra tutti l'Impero romano – sicuramente caratterizzati dalla completezza e dall'universalità dei fini (ossia dalla sovranità nei suoi aspetti interni), difetta per definizione la sovranità esterna, giacché gli occasionali rapporti fra i centri di potere di quell'epoca non pervengono mai a fondare una vera e propria comunità di Stati; e anzi non si configurano nemmeno – nella maggior parte delle ipotesi – come relazioni fra soggetti che riconoscono una reciproca formale parità, dando invece luogo a situazioni di vassallaggio del soggetto più debole oppure a sospensioni soltanto temporanee di conflitti pressoché permanenti e istituzionali.

Nel medioevo, al contrario, comincia gradualmente a delinearsi una comunità delle potenze cristiane, circoscritta a una parte dell'Europa; ma le relazioni con tutte le altre potenze continuano a essere del genere or ora descritto, e alla carenza di sovranità esterna si aggiunge spesso – ciò che più conta – una sorta di dissoluzione della stessa sovranità **interna**, dovuta alla sovrapposizione e contrapposizione dei poteri per cui, nemmeno quando il popolo si trasforma da nomade in stanziale, può dirsi che il re detenga la totalità del potere effettivo, che invece è frammentato in capo ai diversi feudatari. Anche nel basso medioevo, pur migliorando le condizioni economiche e sociali, con il conseguente consolidamento di taluni Regni, si resta sempre lontani da un assetto assimilabile a quello delle moderne entità statali; e si verifica anzi una proliferazione di ordinamenti che interferiscono e si limitano reciprocamente, nel medesimo ambito spaziale e temporale: dall'Impero alla Chiesa ai Regni stessi, fino agli innumerevoli feudi, alle città libere, alle corporazioni di arti e mestieri...

Certo è che fin dal 1100 – come non remoti studi hanno chiarito – nei Paesi

più evoluti d'Europa incomincia a svilupparsi un'organizzazione burocratica posta alle dipendenze della Corona, che è il lontano prodromo del moderno apparato statale. Così nel Regno di Francia come in quello di Castiglia, e prima ancora nel Regno normanno di Sicilia, emerge poco a poco quel minimo di uffici differenziati e funzionalizzati, mediante i quali il re acquisisce in effetti l'attitudine a governare direttamente sulla generalità dei suoi sudditi. In particolare, si delineano complessi di *organi finanziari e giudiziari*; anche se, più propriamente, ci si dovrebbe limitare a parlare di funzionari addetti all'amministrazione delle finanze o della giustizia, dal momento che la figura giuridica dell'«organo» è naturalmente coeva allo Stato-persona, vale a dire a una fase di sviluppo istituzionale che è successiva di parecchi secoli (*retro*, parte I, cap. I, § 5). Storicamente, per esser più precisi, i funzionari delle finanze si identificano dapprima con gli amministratori del patrimonio regio (si pensi agli sceriffi del basso medioevo inglese) che costituisce la fonte quasi esclusiva delle entrate della Corona; ma progressivamente divengono anche gli esattori delle tasse che la Corona incomincia a imporre per far fronte alle spese pubbliche sempre crescenti, in ragione della maggiore complessità e dei nuovi compiti dell'apparato. D'altro lato, anche la funzione giudiziaria si viene accentrando nelle mani del re: così, in Francia, contro le decisioni adottate in prima istanza dai feudatari locali è dato ricorso in appello a un collegio, denominato Alta Corte, che ha sede nella capitale; mentre in Inghilterra giudici itineranti di nomina regia decidono già le controversie in primo grado.

Nel medesimo tempo e appunto in vista dell'esercizio della giurisdizione, il re comincia a porsi come la fonte – seppure ancora indiretta – dell'ordinamento giuridico; pur non legiferando alla maniera dei contemporanei organi legislativi, la Corona si sforza in effetti di fissare gli usi e le consuetudini che la giurisprudenza dei giudici regi accerta o concorre essa stessa a stabilire. Sin dalla fine del XIII secolo, in Inghilterra, e poi nel XV secolo in Francia, il re provvede a far raccogliere le consuetudini giudiziarie; e gradualmente si manifesta, in tal modo, il principio per cui l'autorità regia non è tanto soggetta alle norme quanto creatrice di nuovo diritto. Parallelamente, inoltre, si rafforza il potere esecutivo, giacché nella sua corte il re si circonda di ministri o cancellieri che possono anche non essere nobili, nel qual caso la loro soggezione al re stesso è incontrastata (ma il nome di «ministro» non deve trarre in inganno, trattandosi in realtà di consiglieri della Corona; poiché il vero e proprio sistema ministeriale che caratterizza le amministrazioni centrali degli Stati moderni ritrova i suoi diretti precedenti soltanto nelle riforme introdotte dalla rivoluzione francese).

Con tutto questo, però, non è ancora possibile qualificare come Stati nemmeno i più evoluti fra gli ordinamenti territoriali del basso medioevo. Da una parte, infatti, il loro grado di organizzazione è ancora così basso da determinare un salto di ordine qualitativo (e non solamente un divario di misura) rispetto agli apparati statali successivi. D'altra parte, è significativo che il pur rudimentale sviluppo registratosi nel XII e nel XIII secolo subisca un sensibilissimo arresto nel

corso dei due secoli seguenti, per una serie di cause sulle quali non si può in questa sede diffondersi (dalle pestilenze alle sanguinose guerre dell'epoca che accompagnano e forse producono una generalizzata crisi economica). Al ristagno istituzionale del XIV e XV secolo fa soltanto eccezione l'enuclearsi di *organi rappresentativi* che inizialmente fungono da collegi consultivi del re, specie in ordine alle imposizioni tributarie: quali le «Cortes» in Spagna, gli Stati generali in Francia, le Camere dei comuni e dei «Lords» in Inghilterra. Ma, salvo questo punto, l'organizzazione centrale di potere cessa di svilupparsi; e continuano intanto a far difetto alcune condizioni indispensabili perché la sovranità interna possa dirsi effettiva. Basti pensare che gli stessi eserciti permanenti si costituiscono appena sul finire del 1500; mentre bisogna attendere il secolo successivo perché si consolidino ministeri essenziali come quelli degli affari esteri o degli affari interni, tanto è vero che manca nei Regni dell'epoca una polizia che faccia capo ad autorità centrali e che la tutela dell'ordine pubblico rimane pertanto affidata ad autorità periferiche del più vario tipo.

In definitiva, soltanto a cavallo fra il XVI e il XVII secolo può dirsi formato, nell'Europa occidentale e in parte dell'Europa centrale, quello Stato c.d. patrimoniale o assoluto che rappresenta l'embrione dello Stato moderno. E non è accidentale che più o meno in quell'epoca si cominci a parlare di Stato nel senso attuale del termine: in Italia per opera del Machiavelli, che fra i primi si riferisce allo «stato» non già come *status* bensì nell'ulteriore odierno significato di *ordinamento giuridico territoriale e sovrano*. Così pure, è in questo periodo che per la prima volta si teorizza lo stesso concetto di sovranità, intesa come *somma indivisibile di poteri supremi*: tutti i poteri – secondo il giurista francese Jean Bodin (1529-1596) – spettano appunto al sovrano, alla persona del quale tutti i sudditi devono obbedienza¹. È così espresso – come ognuno vede – il nucleo dell'ideologia che ispirerà lo Stato monarchico assoluto, la cui affermazione è anche formalmente sancita dalla **pace di Westfalia del 1648** che pone fine all'ordinamento sopraordinato del Sacro Romano Impero e che non a caso segna, seppure convenzionalmente, l'**inizio dello Stato inteso in senso moderno**.

Ma giova ripetere che le considerazioni qui di seguito svolte, a proposito dello Stato patrimoniale, riguardano soltanto quella parte d'Europa nella quale un notevole sviluppo economico-sociale determina un'evoluzione istituzionale, cioè principalmente i Regni di Spagna e di Francia, oltre a certi staterelli d'Italia e di Germania (nonché – di riflesso – il Regno d'Inghilterra nel quale, peraltro, come spesso accadde anche dopo, il tutto è addirittura anticipato di quasi un secolo rispetto agli altri Stati, nel corso dei regni di Enrico VIII e, soprattutto, di Elisabetta I); laddove in altre parti d'Europa si assiste piuttosto a fenomeni dissociativi, sui tipo della disgregazione della Polonia in vari principati, nei secoli XVI-

¹ In ultima analisi, peraltro, già da parte di Bodin si faceva consistere la sovranità nel *legem dare posse*, vale a dire nella potestà legislativa.

XVII e delle analoghe vicende della Russia, tra la fine del 1500 e l'inizio del 1600.

3. *Le principali forme di Stato: dallo Stato patrimoniale allo Stato di polizia*

Nello studio delle forme di Stato, analizzate sotto il profilo del rapporto governanti-governati, si suole distaccare il periodo che va dal XVI al XVIII secolo sino alla rivoluzione francese, da quello che comprende i due secoli seguenti. Nel primo intervallo di tempo, secondo un'interpretazione sostenuta in particolare modo da certi storici del diritto, malgrado i notevoli mutamenti di carattere istituzionale, intervenuti soprattutto nel corso del 1700, non sarebbero mutate in senso qualitativo né la forma di Stato né la forma di governo: che si risolverebbero di regola – quanto all'Europa continentale – nel costante e comune modello della **monarchia assoluta**. Per quanto si cerchi di distinguere i primitivi **Stati patrimoniali** dai più perfezionati **Stati di polizia**, il divario intercorrente fra di essi sarebbe solamente di ordine quantitativo: lo Stato di polizia non rappresentando altro che la fase illuministica (o razionalizzata) dello sviluppo della monarchia assoluta, mentre lo Stato patrimoniale ne rappresenterebbe la fase empirica. «Questo assolutismo illuminato» – si osserva (Marongiu) – «il quale realizza ciò che gli scrittori germanici preferiscono chiamare *Polizeistaat* è soltanto lo Stato assoluto in un nuovo momento della sua attività ...»; ed a conclusioni analoghe si giunge argomentando polemicamente che nello Stato di polizia (su cui *infra*, tra breve) il richiamo alla «ragion di Stato» costituisce pur sempre «un comodo espediente per giustificare qualsiasi azione diretta a perseguire fini... di mero prestigio personale» del monarca (Astuti).

Per varie ragioni, sembra però preferibile l'opinione contraria, già diffusa in Germania e quindi fatta propria da Mortati, che differenzia concettualmente gli Stati patrimoniali, peculiari dei secoli XVI e XVII, dagli Stati di polizia caratteristici del XVIII secolo (anche se rimane ovvio che tra queste due forme non può storicamente darsi un taglio netto). A parte tutto, la tesi che gli uni e gli altri si debbano ricomprendere nella figura degli Stati assoluti è di per se stessa criticabile: sia perché nella storia europea che va dal 1500 al 1789 la forma della monarchia assoluta non è onnipresente, tanto è vero che in Inghilterra non è mai propriamente esistito uno Stato assoluto (se non, come già osservato, nella sua forma primitiva della cinquecentesca monarchia Tudor), ma si è registrato un trapasso pressoché immediato dallo Stato patrimoniale allo Stato di diritto (si ricordi infatti l'infelice tentativo di accentramento del potere, compiuto dagli Stuart nella prima metà del Seicento); sia perché lo Stato assoluto ha sempre rappresentato – come già si diceva – una forma ideale, cui nella realtà corrisposero situazioni di ricorrente contrasto fra il re e altri centri di potere (in vista dei quali Montesquieu rilevava acutamente che «*le Roi ne peut pas tout ce qu'il peut*», con una formula che va contrapposta a quelle palesate dai brocardi se-