

PARTE PRIMA  
LA COSTITUZIONE ITALIANA  
NEL CONTESTO INTERNAZIONALE  
E UNIONALE



# CAPITOLO I

## ORDINAMENTO, STATO, COSTITUZIONE

SOMMARIO: 1. La dimensione sociale del diritto. – 1.1. Il diritto come regolatore sociale. – 1.2. La creazione dell'ordine sociale. – 1.3. Norma e ordinamento giuridico. – 2. L'ordinamento giuridico. – 2.1. Gli elementi strutturali 2.2. Concetti giuridici in tema di soggettività giuridica. – 2.2.1. Le persone fisiche, le persone giuridiche, la soggettività giuridica. – 2.2.2. La capacità giuridica e la capacità d'agire. – 2.2.3. La rappresentanza. – 2.2.4. La persona giuridica: organo e ufficio. – 2.2.5. La personalità giuridica. – 2.2.6. Fatti e atti. Fattispecie astratta e concreta. – 3. Lo Stato come ordinamento giuridico. – 4. La sovranità. – 5. L'oggetto del diritto costituzionale. – 5.1. Le origini dell'idea di costituzione: la costituzione come contratto. – 5.2. La nascita del concetto di costituzione: potere costituente e potere costituito. – 5.2.1. La costituzione come artificio o come evoluzione; costituzioni scritte e non scritte. – 6. La funzione della costituzione (nel suo aspetto evolutivo). – 7. Concetto e concezioni di costituzione.

### 1. *La dimensione sociale del diritto*

#### 1.1. *Il diritto come regolatore sociale*

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

Il diritto ha quindi un'eminente dimensione sociale. La norma giuridica, per un verso, regola rapporti intersoggettivi e, per un altro, disciplina le istituzioni sociali. Da qui l'efficace espressione, di origine incerta, per cui *ubi societas, ibi ius*: dove c'è una comunità, un gruppo sociale strutturato, lì c'è il diritto. I gruppi ai quali s'interessa il diritto sono, normalmente, gruppi stabili, in cui le varie parti assumono una forma, per quanto minima, di organizzazione.

## 1.2. *La creazione dell'ordine sociale*

Se il gruppo o la comunità di riferimento è semplice nella sua struttura, è semplice e basilare anche la sua organizzazione; più il gruppo si amplia e si struttura dal punto di vista sociale, più l'organizzazione diventa complessa. Tanto per intenderci, una cosa è l'organizzazione che può assumere un'associazione sportiva di carattere locale, altra cosa è l'organizzazione di una azienda con migliaia di impiegati e presente in più Stati (multinazionale).

Grande o piccolo che sia, il gruppo ha un problema da risolvere: la creazione dell'ordine. A tal fine è necessario attribuire il potere di comando a una parte del gruppo, ad alcuni dei membri del gruppo. Non c'è quasi bisogno di aggiungere che questa fase creativa assume forme diverse – perché la creazione dell'ordine sociale può essere un'esperienza che prende anni (tradizione) oppure può svolgersi in maniera rapida e spesso violenta (rivoluzione) – e porta ad assetti sociali diversi.

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

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

## 1.3. *Norma e ordinamento giuridico*

Il diritto non è l'unico regolatore sociale. Esso si affianca a regolatori altrettanto importanti, come l'etica (ama il prossimo tuo, preoccupati delle generazioni future), la religione (onora il Dio tuo) o comunque regole di carattere sociale (osserva le regole di educazione). Una delle questioni teoriche più avvincenti ha riguardato la distinzione tra la norma giuridica e le norme proprie degli altri regolatori sociali. La risposta più diffusa e risalente punta alla sanzione e all'uso legittimo della forza: giuridiche sono le regole (norme giuridiche) assistite da sanzione e, quindi, in ultima istanza, dall'uso legittimo della forza. In estrema sintesi, ogni norma giuridica sarebbe accompagnata da una sanzione nel caso in cui essa sia violata; la sanzione può essere espressamente prevista dalla norma (come spesso accade nel diritto penale) ovvero può essere indirettamente ricavata dall'ordinamento. Molti autori hanno, già da tempo, messo in discussione questo accoppiamento (norma e sanzione) in quanto, ad esempio, esistono norme prive di sanzioni (soprattutto nel diritto costituzionale).

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

Per ora è inoltre utile registrare che la norma giuridica teme l'ineffettività, la sua non applicazione, in quanto ciò denota un distacco tra la regola e i suoi destinatari, una mancanza di coesione tra chi comanda (e adotta le norme) e chi è destinatario della norma (o perché è chiamato ad applicarla, come il giudice, o perché ne è destinatario come cittadino) (se ne discuterà meglio nel cap. XI.3).

## 2. *L'ordinamento giuridico*

### 2.1. *Gli elementi strutturali*

A questo punto è possibile introdurre il concetto centrale di **ordinamento giuridico**, visto che sono stati introdotti tutti gli elementi che lo compongono. Con il termine ordinamento giuridico si fa normalmente riferimento al **diritto oggettivo**, all'insieme (ordinato) delle norme valide che disciplinano i rapporti all'interno di un gruppo sociale.

Di ordinamento giuridico è possibile parlare allorché il gruppo sociale di riferimento si sia dotato di una organizzazione, che può essere anche minima. In virtù di tale organizzazione una parte del gruppo è in grado di esercitare il potere di comando attraverso la normazione (composta soprattutto, come detto, di norme giuridiche). La violazione delle norme è sanzionata attraverso il legittimo monopolio della forza. Come rivela l'origine latina della parola (*ordo*), il concetto di ordinamento è strettamente legato alla creazione dell'ordine che il gruppo decide di darsi.

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

L'ordinamento giuridico è un concetto giuridico nato dall'osservazione di quei grandi gruppi sociali che hanno poi assunto la forma statale. Ma è chiaro che esso era presente già prima che lo Stato, nella sua dimensione moderna, facesse la sua apparizione. Le città dell'antica Grecia, Roma e l'impero da essa creato, i comuni italiani del periodo rinascimentale sono tutte forme di ordinamento giuridico.

co in cui ricorrono gli elementi appena descritti, anche se non avevano forma statale. Di ordinamento giuridico è dunque corretto ragionare anche in relazione a quelle organizzazioni che non hanno un carattere generale e universale: anche un'associazione è dotata di ordinamento giuridico (si pensi ad una federazione sportiva), come lo sono anche certe associazioni criminali molto strutturate.

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

Il concetto di ordinamento giuridico è centrale per la comprensione del diritto. Un'avvertenza: il concetto di ordinamento giuridico è così centrale nello studio del diritto costituzionale che, a ben guardare, può dirsi che la stessa partizione di un corso di diritto costituzionale può essere tendenzialmente costruita sugli elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico. Gli argomenti essenziali di un corso di diritto costituzionale sono infatti costituiti da una parte sull'organizzazione (la nozione di Stato, le forme di Stato e di governo, l'organizzazione dello Stato, delle Regioni e degli enti locali), da una parte sulla normazione (le fonti e le norme da esse prodotte), da una parte sulla soggettività e plurisoggettività (la cittadinanza, i diritti e i doveri inviolabili). Ed è bene dedicare attenzione, fin da ora, ad alcuni concetti giuridici in tema di soggettività, centrali per la comprensione dell'organizzazione costituzionale.

## 2.2. *Concetti giuridici in tema di soggettività giuridica*

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

L'esperienza giuridica è innanzitutto sociale, collettiva, plurale. Parlare di un ordinamento giuridico personale non avrebbe senso. L'insieme delle norme, l'ordine giuridico nasce, come si è detto, per regolare rapporti tra più soggetti, all'interno di un gruppo.

Nasce qui l'esigenza di collegare gli individui all'ordinamento giuridico di riferimento. Normalmente ciò accade attraverso il fatto naturale di nascere sul territorio in cui insiste l'ordinamento ovvero per atto di ammissione.

Nel corso della storia gli ordinamenti giuridici hanno previsto anche altri soggetti giuridici, diversi dalle **persone fisiche**. In particolare, fin dall'antichità, norme giuridiche hanno previsto o che alcuni individui operassero giuridicamente per conto di altri oppure che alcuni individui agissero giuridicamente per enti artificiali, costituiti da un insieme di persone fisiche e di entità materiali e immateriali.

Con riguardo a quest'ultimo fenomeno è stata elaborato il concetto di persona giuridica. L'ordinamento giuridico affida a queste **persone giuridiche** il perseguimento di determinati interessi, equiparandole, fin dove possibile, alle persone fisiche.

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

Il termine *persona* nel lessico giuridico non coincide, dunque, con il linguaggio comune poiché esso sta a significare che la persona (fisica o giuridica) è oggetto e soggetto di diritto (vale a dire che è presa in considerazione dalle norme giuridiche ed è destinataria delle stesse diventando titolare di situazioni giuridiche soggettive). L'artificialità del termine *persona* in senso giuridico risalta ancor di più se si riflette sul fatto che nella storia giuridica vi sono stati ordinamenti per i quali alcuni individui non erano considerate persone in senso giuridico (gli schiavi dell'antica Roma). Oggi si discute se gli individui che nasceranno sono già titolari di diritti (e obblighi). Anche gli animali sono stati, in molti ordinamenti, riconosciuti come soggetti di diritto. Una questione ancora priva di regolamentazione è quella dei robot.

Tutti questi esempi mostrano che sono le norme ad attribuire a certe entità, non necessariamente fisiche, una **sogettività giuridica**, vale a dire l'idoneità ad essere considerate dal diritto come soggetto di diritto (e quindi essere titolare di situazioni giuridiche soggettive e attive, di cui diremo subito appresso). Proprio perché persona in senso giuridico allude a fenomeni fisici e sociali diversi, questa sogettività può essere graduata.

### 2.2.2. *La capacità giuridica e la capacità d'agire*

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

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

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

### 2.2.3. *La rappresentanza*

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

Nel caso della persona giuridica, che non può agire da sola essendo una astrazione o finzione, l'ordinamento attribuisce a determinati soggetti il potere di agire per conto della persona giuridica. In questo caso chi agisce per la persona giuridica ne è parte (si pensi all'azione del Sindaco che agisce per il Comune) sicché non c'è un vero rapporto di rappresentanza ma di immedesimazione organica (**rapporto organico**). Questo tipo di rapporto è particolarmente rilevante nel campo del diritto costituzionale e pubblico.

### 2.2.4. *La persona giuridica: organo e ufficio*

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

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

Per poter agire giuridicamente, la persona giuridica deve avvalersi, come si è detto, delle persone fisiche che ne fanno parte. Il rapporto che lega le persone fisiche alla persona giuridica è di **immedesimazione organica**, non di rappresentanza<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> Si noti che il rapporto di rappresentanza è triadico: rappresentante, rappresentato e terzo. Inoltre l'azione del rappresentante ricade sul rappresentato solo se rimane nell'ambito dei poteri conferiti dalla legge o tramite la procura. Nel caso del rapporto di immedesimazione organica, l'intera azione dell'organo è imputata alla persona giuridica.

Dal punto di vista soggettivo, l'organo può essere composto da una o più persone fisiche, che assumono la titolarità dell'ufficio. Se vi è un solo titolare dell'organo, avremo l'organo **monocratico** (in questo caso la persona fisica del Presidente, ad esempio Luigi Einaudi); se vi sono più titolari, avremo l'organo **collegiale** (il Parlamento). A mutare nel tempo sono le persone fisiche titolari dell'organo, non l'organo in sé che permane nel tempo.

Sono gli organi, e solo gli organi, ad esercitare i poteri giuridici che l'ordinamento riconosce alla persona giuridica. Tra la persona fisica, titolare dell'organo, e la persona giuridica si instaura un rapporto di immedesimazione organica, per cui la persona fisica si identifica con l'organo (quando il Presidente della Repubblica firma l'atto di nomina del Presidente del Consiglio, egli manifesta la volontà dell'organo Presidente della Repubblica e può farlo in quanto è il legittimo titolare dell'ufficio)<sup>2</sup>.

Dal punto di vista oggettivo, l'organo è composto da apparati burocratici di varia dimensione, che sono chiamati **uffici**. Si pensi alla complessa organizzazione di un ministero: al vertice vi è il Ministro, che è l'organo abilitato a manifestare la volontà della persona giuridica; al di sotto vi è una gran quantità di uffici, a partire da quelli apicali per poi giungere fino a quelli che svolgono mansioni materiali (come il trasferire il Ministro dalla sede alla Presidenza del Consiglio). Anche in tal caso a capo di questi uffici sono preposte persone fisiche (i titolari dell'ufficio), che avranno a disposizione beni ed elementi personali per svolgere le relative mansioni. Ogni persona giuridica si compone quindi di organi e uffici.

### 2.2.5. *La personalità giuridica*

Per attribuire soggettività giuridica a soggetti non fisici l'ordinamento ha a disposizione vari strumenti. Nell'ordinamento giuridico italiano lo strumento più importante è costituito dal riconoscimento della **personalità giuridica**. Nel caso dell'ente cui viene riconosciuta la personalità giuridica (persone giuridiche), l'ordinamento esprime la volontà di equiparare quanto più possibile l'ente alla persona fisica, ampliando la sua sfera di capacità.

Accanto agli enti con personalità giuridica esistono poi gli **enti non riconosciuti** o di fatto, che sono privi della personalità giuridica. Anche questo tipo di enti non gode di autonomia patrimoniale perfetta (come accade nel caso delle persone giuridiche), in entrambi i casi gli enti possono agire giuridicamente, nei limiti stabiliti dall'ordinamento, producendo effetti giuridici.

---

<sup>2</sup> Altra cosa è il **rapporto di servizio** che sussiste tra persona fisica titolare dell'ufficio e l'organo: in questo caso si prescinde dall'immedesimazione organica e si considera solo il rapporto giuridico che lega la persona fisica all'ufficio e che produce altri obblighi e doveri.

### 2.2.6. *Fatti e atti. Fattispecie astratta e concreta*

Finora abbiamo ragionato prendendo in considerazione l'elemento della soggettività, il modo in cui l'ordinamento lo considera e lo entifica. Dobbiamo ora brevemente considerare la fase logicamente successiva, quella che permette ai soggetti dell'ordinamento di agire giuridicamente. A tal fine le norme prendono in considerazione fatti dai quali fanno scaturire determinati effetti (fatti giuridici). I fatti presi in considerazione possono essere eventi naturali (**fatti naturali** o **meri fatti**) o comportamenti umani (**atti giuridici**). Tra gli atti giuridici, chiamati anche meri atti, molta importanza hanno gli atti di volontà ai quali la norma attribuisce specifici effetti giuridici (**atti negoziali** o **negozi giuridici**).

Ciò che caratterizza il diritto è la sua capacità di qualificare eventi che si producono nella realtà. Qualificando fatti e atti il diritto contribuisce a costituire la realtà sociale. Ad esempio, la norma di un ordinamento giuridico può stabilire che al verificarsi di un fenomeno naturale, come il distacco di una parte di un fiume, si produca un determinato effetto giuridico, l'acquisto della proprietà dietro pagamento di un indennizzo, da parte di chi possiede quella porzione di terreno in cui si è collocata la parte distaccata (avulsione, fattispecie regolata dall'art. 944 c.c.). Questo fatto considerato in via astratta, senza riferimento a un caso specifico, viene anche definito **fattispecie astratta**; se l'evento si verificherà effettivamente, avremo a che fare con la **fattispecie concreta**. Una parte dell'attività dei giuristi consiste nel capire se la fattispecie concreta è sussumibile, rientra in quella astratta (**sussunzione**).

## 3. *Lo Stato come ordinamento giuridico*

Il diritto costituzionale si occupa, per una sua buona parte, del diritto che disciplina il funzionamento degli organi di vertice dello Stato. Diverse sono le discipline che studiano ciò che chiamiamo Stato. Da una prospettiva giuridica, lo Stato può essere considerato come un ordinamento giuridico, il più importante ordinamento giuridico insistente su un dato territorio dove risiede una comunità di individui, che si autocomprende come popolo. Su questo convergono anche correnti di pensiero giuridico molto differenti tra loro, come il positivismo e l'istituzionalismo.

Dell'ordinamento giuridico ricorrono in effetti tutti gli elementi.

È sicuramente presente l'elemento della *plurisoggettività*, visto che l'elemento soggettivo che dà forma allo Stato si compone di un numero piuttosto elevato di individui. A questo insieme di individui – presenti su un territorio e accomunati da fattori antropologici integrativi come la lingua, la religione, la razza o altro – si dà il nome di **popolo**. Il popolo è appunto questo insieme composto da individui aventi la medesima cittadinanza.

La comunità statale è poi fornita di un'*organizzazione*, che, lo si è visto, può

essere molto diversa. Vedremo nel corso del prossimo capitolo che l'organizzazione del potere all'interno di uno Stato può assumere varie forme, a seconda del rapporto che si instaura tra governanti e governati. Ciò che caratterizza l'ordinamento giuridico statale dal punto di vista organizzativo è il fenomeno di 'accentramento' (H. Kelsen), vale a dire la previsione di organi istituiti al fine di produrre (legislatore) e applicare (giudici e amministrazione) norme<sup>3</sup>.

Quanto all'elemento della *normazione*, lo Stato moderno e quello contemporaneo utilizzano diverse tipologie di atti normativi. L'ordinamento giuridico italiano contiene al proprio interno una notevole pluralità di atti produttivi del diritto (c.d. fonti del diritto).

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

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

La prima caratteristica è la territorialità. Le comunità organizzate in forma statale hanno la caratteristica di pretendere che su *quel* territorio in cui risiede *quella* popolazione non vi possano essere altri soggetti legittimati all'esercizio del potere di comando e al conseguente uso legittimo della forza se non *quelli* che sono stati indicati dal gruppo come governanti o che abbiano assunto con la forza tale titolo.

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

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

#### 4. *La sovranità*

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

---

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

Il concetto di sovranità si forma nel periodo dello Stato assoluto e quindi precede di molto gli sviluppi più moderni della teoria costituzionale. È anche per questo motivo che la percezione che spesso si ha della sovranità è quella di un concetto legato alla tradizione dell'assolutismo, dell'arbitrio del sovrano, dell'identificazione della persona fisica con la sovranità. Va detto con chiarezza che questa è una concezione antiquata della sovranità, che non tiene conto della tradizione del costituzionalismo moderno, che ha invece operato un taglio netto tra persona fisica del sovrano e sovranità (si pensi anche alla simbologia legata alle fasi rivoluzionarie inglese e francesi in cui i rivoluzionari hanno condannato a morte il sovrano). Grazie ai fondamentali contributi di pensiero sui quali il costituzionalismo è cresciuto (da Bodin a Hobbes, da Rousseau a Kant e Hegel), la sovranità è oggi un concetto che può ben essere declinato in senso democratico.

Per meglio caratterizzarla, può essere utile partire dalla prospettiva che il diritto internazionale, cioè quella branca del diritto che studia i rapporti tra Stati, ha della sovranità degli Stati. Per il diritto internazionale, esistono molteplici ordinamenti giuridici statali sovrani. Anzi: in tanto un'entità territoriale può essere riconosciuta come Stato dalla comunità internazionale, in quanto sia dotata di sovranità. Ciò equivale a dire che quell'entità territoriale deve possedere determinati caratteri, quali l'*originarietà* (l'ordinamento giuridico non deriva la propria esistenza e legittimità se non da se stesso), l'*indipendenza da vincoli giuridici* (è chiaro che questa è una caratteristica molto presente nelle forme dell'assolutismo europeo), la *coattività* (nel senso che le manifestazioni di volontà espresse dai detentori del potere di comando trovano esecuzione anche contro la volontà dei destinatari), la *territorialità* (nel senso che tale entità esercita il proprio potere solo sul territorio in cui risiede quella comunità statale o sui territori stranieri ad essa sottomessi e non può pretendere di interferire con l'esercizio dei poteri di altre entità statali). In assenza di tali caratteri quell'entità territoriale non può ricevere il riconoscimento di Stato (sovrano).

È questa la ragione per la quale abbiamo detto che la sovranità è un concetto eminentemente relazionale: di essa si ha bisogno nel momento in cui esistono altre entità (statali) che vantano le caratteristiche appena descritte. La sovranità, in altri termini, è un concetto che presuppone una comunità internazionale di Stati, in cui ciascun componente si dichiara ed è ritenuto dagli altri sovrano o dotato di sovranità. Nei periodi precedenti all'epoca moderna, in cui si forma la comunità degli Stati internazionali, il concetto di sovranità era, per così dire, superfluo e di esso non si sentiva il bisogno in quanto, nonostante la completezza e l'universalità degli ordinamenti giuridici (si pensi all'impero romano), assente era la dimensione relazionale che caratterizza gli Stati moderni, immersi in un mondo di rapporti giuridici con altri Stati, tutti in una posizione di pariordinazione.

Nella più limitata prospettiva del diritto costituzionale i caratteri della sovranità hanno sostanzialmente indicato la *summa potestas*, che a lungo si è identificata nella persona del monarca. La *summa potestas*, si badi bene, oltre a denotare i po-

teri che esercita il sovrano, indica soprattutto la sua pretesa di essere obbedito. È qui, dunque, che sovranità e diritto (inteso come ordinamento giuridico) coincidono. Naturalmente, con la progressiva evoluzione dello Stato moderno, cambiano i modi di esercizio di tale *potestas* ma il legame tra sovranità e diritto non deve mai andar perso, pena la disgregazione della legittimazione dell'ordinamento giuridico statale. In particolare i poteri in cui si articola la sovranità dello Stato liberale e poi dello Stato contemporaneo non sono più accentrati nelle mani di una sola persona, ma sono separati tra più organi. Negli Stati federali, tale separazione si svolge poi non solo a livello orizzontale, per così dire, ma anche a livello verticale. Ciò porta a dire, ad esempio nella letteratura costituzionalistica statunitense, che la sovranità è divisa (appunto tra la Federazione e gli Stati). Si tratta di costruzioni dogmatiche<sup>4</sup> che non devono però celare il punto fondamentale, vale a dire che a esser diviso può essere l'esercizio dei poteri ma non il suo fondamento, che deve restare unico e coincidere con l'ordinamento giuridico statale (e con la sua pretesa di obbedienza).

Proviamo a esemplificare dando uno sguardo all'art. 1, dove è appunto scritto che *«la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»*. La disposizione è chiarissima, pur nella sua estrema sintesi, poiché vuole indicare che la fonte di ogni potere e del suo esercizio risiede nel popolo. Tali poteri potranno essere poi divisi in senso orizzontale e verticale ma rimane fermo che la legittimità di qualsiasi norma e provvedimento (attraverso cui si esercitano i poteri) deve poter essere ricondotta alla sovranità del popolo<sup>5</sup>. Ed infatti qualsiasi norma e provvedimento che non risponda a tale catena logica, essendo privo di legittimità, può essere disatteso o comunque giuridicamente contrastato. Al fondo non c'è più un obbligo di obbedienza da parte dei cittadini.

Quanto detto finora può essere utile per orientarsi nel dibattito contemporaneo sugli effetti della globalizzazione. È infatti in corso un cambiamento, a livello globale e poi a livello europeo, così profondo che, nelle pagine che seguono, spesso si farà riferimento alle difficoltà che oggi incontrano gli Stati a mantenere le caratteristiche sopra indicate e formatesi in un periodo di lunga formazione che coincide sostanzialmente con l'evo moderno (originarietà, indipendenza,

---

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

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

coattività). A parte il fenomeno dell'Unione europea, che potrebbe portare alla formazione di una nuova e unitaria entità statale e che comunque è già un ordinamento giuridico che incide profondamente sull'integrità degli Stati membri, esistono molti settori di attività -si pensi al commercio internazionale- in cui la sovranità degli Stati è messa in discussione dalla presenza di organizzazioni internazionali che sono in grado di adottare norme condizionanti i cittadini e le imprese degli Stati nazionali e gli Stati medesimi.

Molti autorevoli studiosi ritengono di conseguenza che non sia più possibile considerare gli Stati come enti sovrani. Le considerazioni precedenti ci permettono di osservare che, se è indubbia una «limitazione» fattuale e giuridica della sovranità degli Stati a causa delle pressioni globali, non può essere messa in discussione la loro sovranità, che costituisce, come detto, il fondamento dei relativi ordinamenti giuridici e della loro pretesa all'obbedienza.

## 5. *L'oggetto del diritto costituzionale*

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

Il diritto costituzionale si occupa della costituzione e del diritto che da essa discende. Il miglior modo per capire quali sono gli oggetti di questa branca del diritto è volgere lo sguardo ai primi documenti costituzionali dell'epoca moderna, che hanno dato forma e sostanza al concetto di costituzione.

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

Il nucleo originario del concetto di costituzione è costituito dalla nozione di *contratto* (dal *Defensor pacis* di Marsilio da Padova del 1324 l'idea arriva fino al *Leviatano* di T. Hobbes e ai *Due trattati sul governo* di J. Locke): se il potere politico deve essere esercitato sui governati, allora questi devono consentire a tale esercizio. Alcuni noti eventi storici possono servire a confermare l'origine contrattuale della Costituzione.

a) Alla *Magna Charta* del 19 giugno 1215, derivante dal contrasto tra Giovanni senza Terra da un lato e i baroni inglesi e il clero dall'altro, ribellatisi alla tirannia reale, può fondatamente attribuirsi il significato di un contratto. *In nuce*, questa Carta conteneva in sé i futuri sviluppi costituzionali inglesi, in quanto vi si stabiliva che alcune prerogative reali potevano essere esercitate solo con l'approvazione del *commune consilium regni*, composto appunto da rappresentanti

del clero e della nobiltà; da tale organo, inizialmente convocato solo in occasioni straordinarie, avrebbe poi preso forma il Parlamento d'Inghilterra. Da allora, ad ogni tentativo dei monarchi di riaccentrare in maniera assoluta il potere seguì la reazione di nobili e clero diretta a richiedere la conferma della *Charta* (esempio di ciò furono le Conferme della Magna Charta di Enrico III nel 1225 e di Edoardo I nel 1297).

b) All'idea di contratto possono ricondursi anche altri storici documenti, elaborati in parti diverse del continente europeo: la *Bolla d'oro* ungherese del 1222, il *Privilegio generale* aragonese del 1283, i contratti stipulati tra principi e ceti nei vari territori tedeschi.

c) Ma, come dicevamo, l'idea del contratto come base del patto sociale giunge fino alle soglie dell'epoca moderna. I *Pilgrim fathers*, l'11 novembre 1620, a bordo del *Mayflower* che li conduceva dal continente europeo verso New-Plymouth, si impegnarono reciprocamente a fondare una comunità, a determinarne le autorità e a obbedirvi. È innegabile che anche in tal caso sia al lavoro l'idea del contratto, tanto più che in questo caso le parti in gioco, a differenza degli esempi precedenti, sono su un piano di equiordinazione. L'esempio fu poi seguito da altri coloni che stipularono ulteriori patti di stabilimento (*Plantation covenants*). In particolare vanno ricordati, tra questi contratti, i *fundamental orders of Connecticut* (1639), che hanno già una struttura molto simile a quella di una costituzione in senso moderno.

d) Vale infine la pena di notare che anche nella fase costitutiva degli Stati Uniti d'America è possibile rinvenire una sorta di collegamento all'idea del contratto. Come è infatti noto, le tredici colonie, divenute indipendenti dalla madrepatria, si riunirono a Philadelphia nel 1774 per elaborare uno strumento di coordinamento. Mentre gli *articles of the Confederation* (un documento che restò in vigore per circa dieci anni, prima dell'adozione della vera e propria costituzione nel 1787) prendevano forma, il Congresso raccomandò, per decreto, alle tredici colonie di darsi una costituzione scritta. Così alcune colonie (Connecticut e Rhode Island) confermarono le vecchie carte contrattate con la madrepatria (sostituendo al re il popolo), altre le redassero *ex novo*: nel 1776 Virginia, Delaware, New-Jersey, Pennsylvania, Maryland, l'anno seguente Georgia e New York; il Massachusetts aspettò fino al 1780, ma la sua Costituzione, redatta sulla base di un progetto di John Adams, è considerata la più completa e funse da modello per la costituzione federale del 1787.

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

Le rivoluzioni americana e francese rappresentano un momento di cesura anche per il concetto di costituzione. La fonte di legittimazione del potere viene ricondotta innanzitutto al popolo (o alla nazione, a seconda degli Stati), che, liberamente, si dà una costituzione.

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

A porre il primo tipo di norme, costituzionali perché appunto fondamentali, doveva essere solo il potere sovrano, definito da allora potere costituente (*pouvoir constituant*); una volta posta la costituzione e così istituito il potere (*pouvoir constitué*), questo avrebbe provveduto ad adottare le norme del secondo tipo. La distinzione tra potere costituente e potere costituito è formulata per la prima volta, nella tempeste della rivoluzione francese, da E.-J. SIEYÈS nell'opera *Che cosa è il terzo stato?*

Tale distinzione soggettiva è il nucleo originario della c.d. *gerarchia delle fonti*. Se infatti al potere costituito fosse possibile modificare quanto stabilito dal potere costituente, vale a dire la costituzione, la superiorità della costituzione e la sua stessa forza ordinante verrebbero meno con evidenti effetti destabilizzanti.

Altra centrale questione riguarda la permanenza o l'estinzione del potere costituente. La questione può porsi nella maniera seguente: dopo che il processo costituente si è svolto, producendo così il documento costituzionale, il potere costituente si esaurisce o rimane, per così dire, latente, come un fuoco sotto la cenere, in attesa di ravvivarsi ove ve ne fosse necessità? Il problema non è teorico. Esso ha ricevuto risposte diverse a seconda delle differenti epoche storiche e delle differenti concezioni del rapporto tra storia e rivoluzione. Alla soluzione del problema sono state due diverse risposte, che ancora oggi fanno capolino negli ordinamenti costituzionali maggiormente sottoposti a tensioni.

In base alla prima risposta più aperta alla storia e alle esigenze del mutamento, il potere costituente, identificandosi col potere sovrano, non si estingue mai e, se invocato, può tornare sempre disponibile. È evidente la prevalenza che tale impostazione conferisce al soggetto titolare del potere costituente (popolo, nazione, partito o altro). Per la seconda, invece, più orientata alla conservazione, il potere costituente, dopo aver prodotto la costituzione, si esaurisce sicché nessun potere costituito e nessuna 'parte' o fazione può pretendere di custodirlo e di esercitarlo. È evidente, in questo caso, la prevalenza assegnata al documento costituzionale rispetto al soggetto del potere medesimo.

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

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

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

La teoria del potere costituente rinvia evidentemente a una *concezione costruttivistica della costituzione* come atto di volontà, creatore di un ordine che, in quanto non è preconstituito, è artificiale. In questo senso la teoria del potere costituente rappresenta una reale soluzione di continuità con le concezioni della costituzione che prevalevano nel medioevo e nell'antichità, che per costituzione intendevano essenzialmente un modo di rappresentare uno stato di cose preesistente, già dato in natura (*concezione evoluzionistica*). Questa contrapposizione è espressa più chiaramente nella lingua tedesca, che utilizza due termini per esprimere il concetto di costituzione: *Konstitution* indica appunto la concezione costruttivistica di costituzione, *Verfassung*, invece, la concezione evoluzionistica (in tedesco il termine indica non solo la composizione, la redazione ma anche una condizione, uno stato). La *Konstitution* ha i propri presupposti filosofici nell'individualismo, nel contrattualismo, nel volontarismo; la *Verfassung* si ricollega invece ai caratteri della comunità, dell'articolazione del corpo sociale in comunità organica, in breve alle teorie organicistiche.

La dicotomia *Konstitution/Verfassung*, di origine filosofica, pare rinviare a una distinzione, propria della teoria costituzionale, e cioè a quella tra *costituzioni scritte e costituzioni non scritte*. E però le due coppie concettuali non sono pienamente sovrapponibili: se è indubbio che le costituzioni scritte sono il risultato di una volontà, di una scelta (e rientrano quindi nella concezione costruttivistica di costituzione), non è altrettanto vero che le costituzioni non scritte (ad esempio quella inglese) non siano anch'esse espressione di una precisa volontà o di scelte. In altri termini, la distinzione pare avere un valore esclusivamente descrittivo.

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

I rivoluzionari francesi, nel redarre la costituzione del 1791, scrivono un articolo, il 16, che è rimasto nella storia del costituzionalismo. Eccone il contenuto: «la società, nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione».

Prassi e teoria costituzionale convergono in questo documento costituzionale della rivoluzione. Entra infatti in un testo costituzionale il concetto di *separazione dei poteri* che era stato oggetto di elaborazione teorica soprattutto da parte di filosofi, prima di Locke e poi, più estesamente, di Montesquieu (ne *Lo spirito delle leggi*). Del principio – implicante che le attività di elaborazione di norme, della loro applicazione e della definizione delle controversie riguardanti l'applicazione di tali norme devono essere affidate ad organi e poteri diversi e tra loro in reciproco equilibrio – parleremo più compiutamente nel cap. II.

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

Al di là di queste teorie interpretative, resta il fatto che la costituzione, per come venuta fuori dal periodo rivoluzionario di fine Settecento, rispondeva a una precisa istanza sociale: definendo da un lato l'organizzazione del potere e dall'altro i diritti individuali, la costituzione provvedeva anche a disegnare gli ambiti in cui la nascente società borghese poteva svolgere, in autonomia rispetto al potere politico, le proprie attività. Non stupisce che le costituzioni moderne (e cioè quelle della fine del Settecento e dell'Ottocento) diano consistenza giuridica solo ai c.d. diritti civili e politici (e cioè a situazioni giuridiche soggettive che garantiscono l'autonomia privata e la possibilità di partecipare, a determinate condizioni, all'esercizio del potere politico). Ciò è funzionale a quella (tendenziale) netta *separazione tra Stato e società* propria dell'epoca borghese in cui lo Stato svolge soprattutto funzioni di conservazione dell'ordine (lo Stato come guardiano notturno), limitandosi a reprimere eventuali abusi delle libertà economiche degli individui.

Come è noto, questa raffigurazione del rapporto tra Stato e società è destinata a perdere sempre più capacità esplicativa della realtà. Attraverso le lotte di classe dell'Ottocento e della prima metà del Novecento, condotte soprattutto nel continente europeo, la realtà sociale a cui il diritto è chiamato a dare espressione si amplia e si articola, si rende complessa<sup>6</sup>. Le costituzioni del Novecento, che sa-

---

<sup>6</sup> Accanto alla classe borghese, dominante nel corso dell'Ottocento, si afferma la classe operaia. Ma il Novecento mostrerà anche il superamento di questa contrapposizione 'classista', nata dalla lettura marxiana della storia, e l'affermarsi di un maggiore e più frammentato pluralismo sociale.

ranno chiamate a tradurre gli interessi dei nuovi soggetti sociali, registreranno così almeno tre importanti innovazioni.

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

La seconda innovazione procede nello stesso senso di quella appena esaminata e conduce ad un *ampliamento del catalogo di diritti fondamentali*: al suo interno vengono infatti inseriti nuovi diritti che, riconoscendo ai singoli pretese a prestazioni statali (in materia di istruzione, sanità, assistenza), verranno poi indicati come *diritti sociali*. Essi rappresentano la più chiara manifestazione costituzionale del passaggio da una *concezione formale del principio di eguaglianza*, per cui lo Stato di diritto si limitava a garantire l'uguaglianza di tutti – indipendentemente dalle condizioni personali, sociali, economiche – davanti alla legge ad un *concezione sostanziale* dello stesso, per cui lo Stato e tutti i poteri pubblici si impegnano a garantire a tutti, anche agli individui più svantaggiati, uguali possibilità di vita (*Stato sociale di diritto*).

La terza, implicita in quanto si è finora detto, è data da un ampliamento delle funzioni dello Stato<sup>7</sup>. Molte tra le più importanti costituzioni del Novecento vanno ben al di là della disciplina dei tradizionali oggetti. Esse, come anche la costituzione italiana, contengono norme che configurano un progetto di società. Queste *norme-programma* o programmatiche assegnano allo Stato nuove e impegnative funzioni, rendendolo il principale soggetto responsabile della sussistenza e dello sviluppo della società sotto il profilo culturale, economico e sociale. Tramite queste norme si affidano oggi allo Stato nuovi compiti, come la protezione dell'ambiente, delle eredità culturali, della diversità genetica, anche a tutela e in nome delle generazioni future.

## 7. *Concetto e concezioni di costituzione*

È ora possibile, in chiusura del presente capitolo, mettere insieme concetti che torneranno utili nei capitoli seguenti.

Costituzione è l'insieme delle norme supreme di uno Stato. In questo senso una costituzione costituisce l'ordine giuridico fondamentale di uno Stato. La costituzione può essere intesa **in senso formale**, con ciò facendosi principale riferi-

---

<sup>7</sup> Già subito dopo la Prima guerra mondiale lo Stato aveva cominciato a farsi carico dei bisogni vitali attraverso un più deciso intervento nei processi economici (da questo punto di vista la costituzione tedesca di Weimar del 1919 rappresenta una straordinaria anticipazione rispetto alle costituzioni del secondo dopoguerra).

mento alla forma giuridica che assumono le norme costituzionali (intese come insieme di testo costituzionale e leggi costituzionali). Normalmente le norme costituzionali sono approvate attraverso un procedimento particolarmente qualificato, differente da quello con cui sono approvate le norme di legge ordinaria. Ciò serve a conferire alle norme costituzionali una maggiore forza e stabilità rispetto a tutte le altre norme dell'ordinamento. Il documento costituzionale che contiene tali norme è inoltre generalmente adottato da assemblee convocate a tale fine.

A questa impostazione si contrappone una concezione di costituzione **in senso sostanziale**, con ciò alludendosi alle norme fondamentali che riguardano lo Stato e il suo rapporto con i cittadini. In questo concetto di costituzione il peso prevalente è assegnato non più alla forma ma al contenuto delle norme. È anche il concetto più problematico perché non è facile dire, con sicurezza, quali siano le norme che vanno considerate fondamentali e, per questo, da ritenere come costituzionali. L'osservazione storica ci dice che le costituzioni moderne hanno avuto come oggetto privilegiato di disciplina l'organizzazione degli organi di vertice dell'ordinamento, la disciplina del procedimento legislativo (e di revisione costituzionale), i diritti fondamentali.

Esistono Paesi, come la Gran Bretagna, privi di una costituzione in senso formale. In quel Paese il riferimento al diritto costituzionale è inteso in senso materiale, riferendosi all'insieme di leggi, di diritto giurisprudenziale, di consuetudini e convenzioni costituzionali. Alle norme così prodotte non spetta tuttavia un rango formale fondamentale giacché il Parlamento può cambiarle attraverso il procedimento legislativo ordinario.

Costituzione formale e costituzione sostanziale dovrebbero coincidere, anche se spesso non è così. Soprattutto nel caso delle costituzioni più risalenti nel tempo, l'evoluzione storica accentua il rischio di divaricazione tra costituzione formale e realtà. Può infatti accadere che la costituzione, per un verso, contenga norme che sono divenute obsolete oppure che sono considerate materia di legislazione ordinaria e, per l'altro, sia priva di norme che col tempo sono sentite come fondamentali e quindi costituzionali.

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

## CAPITOLO II

# FORME DI STATO E FORME DI GOVERNO

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

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

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

Su questi tre elementi la riflessione giuridica, in particolare quella costituzionalistica, ha elaborato due ulteriori concetti di grande utilità: quelli di forme di Stato e di forme di governo.

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

Naturalmente le forme di Stato sono dei modelli astratti, che non trovano mai piena ed esatta corrispondenza nella realtà. Tra il modello teorico (l'idealtipo) e

la realtà vi è sempre una differenza. Le costituzioni possono aiutare a colmare questa differenza perché ci forniscono elementi per capire chi, all'interno di una concreta forma di Stato, detiene il potere. Anche in questo caso va fatta un'avvertenza perché spesso esistono poteri – partiti politici, poteri economici e religiosi – che non sempre trovano una compiuta disciplina in costituzione con la conseguenza di accentuare quella differenza tra il modello e la realtà.

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

Con il sintagma **forma di governo** l'attenzione si concentra, invece, su un solo elemento dello Stato, quello del governo, per capire come al suo interno si organizzano i rapporti tra i detentori formali e sostanziali del potere. Per forma di governo si intende, più precisamente, il modo in cui si relazionano tra loro gli organi di vertice dello Stato. In questa prospettiva sarà allora possibile ragionare di forma di governo parlamentare, presidenziale, semipresidenziale, direttoriale, a seconda dell'organo principale di governo e dei rapporti che si instaurano con gli altri organi di vertice.

Come abbiamo appena osservato, non sempre coloro ai quali la costituzione o le norme assegnano il potere di comando sono gli effettivi detentori del potere politico o comunque possono non essere i soli. Da qui l'esigenza di estendere l'analisi (grazie all'ausilio di altre discipline, come la scienza della politica) ad altri soggetti che, pur non contemplati dalle norme, esercitano, di fatto, il potere pubblico. L'importanza di questa possibile divaricazione diventa chiara quando si studia, ad esempio, la forma di governo parlamentare: oggi l'Italia, la Repubblica federale di Germania, la Gran Bretagna hanno la stessa forma di governo parlamentare, eppure funzionano in maniera molto differente. Ciò è dovuto, anche, al diverso assetto dei partiti, che, per quanto non indicati espressamente come titolari di poteri formali dalle rispettive costituzioni, esercitano o condizionano il potere politico.

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

---

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

## 2. *Le teorie classiche sulle forme di Stato*

### 2.1. *La suddivisione aristotelica*

Nell'antichità il criterio centrale intorno al quale ragionare per classificare le forme di Stato fu il numero dei soggetti detentori del potere. Alcuni autori affiancarono al numero anche un criterio etico, dato dall'interesse in nome del quale era esercitato il potere (l'interesse generale o quello personale del detentore del potere).

La più celebre e influente classificazione risale ad Aristotele, che indicava tre forme di Stato giudicate positivamente in ragione del loro orientamento al perseguimento dell'interesse generale: la *monarchia* (il governo di uno solo), l'*aristocrazia* (il governo dei migliori), la *politìa* (il governo del popolo). Ad ognuna di esse ne corrispondeva un'altra che dalla prima derivava per degenerazione (anaciclosi) e che quindi erano connotate negativamente: alla monarchia si contrapponeva la *tirannide* (il governo arbitrario di uno solo per il proprio esclusivo interesse); all'aristocrazia si contrapponeva l'*oligarchia* (il governo arbitrario di pochi a vantaggio dei più ricchi); alla *politìa* giustapponeva infine la *oclocrazia* (da *oklos*, ovvero moltitudine, massa). Un punto centrale dell'analisi aristotelica – molto utile per la comprensione dell'oggi – è che queste sei forme rappresentavano dei modelli che nella realtà mai apparivano nella loro purezza.

### 2.2. *La constitutio mixta*

La tendenza degenerativa e l'intreccio tra le forme di Stato pongono le basi per un ulteriore sviluppo delle teorie classiche: l'idea delle *forme miste di Stato*. La commistione delle tre forme di Stato appare come un'utile accorgimento per evitare la decadenza e la prevalenza di un solo principio. È in particolare Cicerone nel *De Republica* a interpretare la repubblica romana come un esempio di costituzione mista (*constitutio mixta*) in cui si intrecciano il principio monarchico (il console), il principio aristocratico (il Senato) e il principio democratico (l'assemblea popolare). Questa impostazione rappresenta un importante antecedente della teoria della separazione dei poteri, di cui diremo. Tale commistione permette di sviluppare delle forze capaci di resistere alla tendenza che un principio possa prevalere sugli altri. Da ciò consegue che la *constitutio mixta* è la migliore delle forme di Stato (in questo senso anche Polibio nelle *Storie*).

### 2.3. *Monarchia e repubblica*

Per il diritto costituzionale è anche rilevante l'apporto di Machiavelli, che ne *Il principe*, distingue le forme di Stato sulla base di chi è il capo dello Stato: la monarchia (che Machiavelli chiama il *principato*), in cui il Capo dello Stato è tale per

diritto ereditario (ma non può escludersi un'elezione a vita), e la *repubblica* in cui il Capo dello Stato è eletto e rimane in carica per un periodo limitato di tempo.

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

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

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

#### 3.1. *Dalla concentrazione alla separazione del potere*

Le categorie antiche trovano una nuova e diversa concretizzazione nell'epoca moderna e contemporanea.

La formazione dello Stato moderno è un processo storico lungo, complesso e diversificato. È infatti difficile stabilire il momento di avvio e quello di conclusione di ciò che definiamo Stato in senso moderno. Gli storici concordano nel ravvisare il primo abbozzo dello Stato moderno in quelle monarchie che sopravvissero al dissolversi delle pretese universalistiche del papato e dell'impero. A partire, quindi, dal Quattrocento, in Francia, Inghilterra e Spagna si avviò un percorso che portò alla concentrazione del potere nelle mani delle dinastie regnanti. Tale processo fu più rapido sul suolo inglese, mentre in molti Paesi europei (si pensi all'Italia) esso si dipanò più lentamente. La rivoluzione del 1688 segna sicuramente un momento importante per la storia inglese in quanto la c.d. *Glorious Revolution* rappresenta il passaggio dalla monarchia assoluta a una forma diversa di monarchia, detta costituzionale. Nel continente europeo, invece, bisognerà attendere la rivoluzione francese per un assetto di potere che il Regno Unito aveva assunto un secolo prima.

Inoltre il processo non è lineare ma tendenziale giacché si svolge con inevitabili resistenze da parte degli attori coinvolti nelle trasformazioni sociali che portano all'emersione del nuovo assetto di potere. Non bisogna dimenticare che i mutamenti politici e istituzionali sono il portato di un conflitto tra classi e ceti sociali emergenti (quella borghese e poi, nello Stato contemporaneo, quella delle classi più emarginate, come il proletariato, la classe operaia). Guardando ancora all'esempio inglese, la contrapposizione tra il monarca e il Parlamento (la Camera dei comuni) è innanzitutto un conflitto tra la nobiltà e la nascente classe della borghesia.

Infine il processo di formazione dello Stato moderno, per i motivi appena det-

ti, si svolge con ritmi differenti anche in ragione dei processi di sviluppo economico e sociale che sono diversi a seconda dei Paesi presi in considerazione. L'Italia e la Germania approderanno ad assetti di potere propri dello Stato moderno in ritardo rispetto a quanto avvenuto nel Regno Unito, negli Stati Uniti o in Francia anche in ragione del più lento sviluppo economico e sociale.

In una prospettiva di diritto costituzionale interessa fortemente l'evoluzione dello Stato moderno che, dopo aver vissuto una lunga fase di progressiva concentrazione del potere nelle mani del monarca (assolutismo), muta la propria forma nel senso della progressiva 'deconcentrazione' del potere. In termini costituzionalistici tale evoluzione è provocata dall'affermazione del principio di **separazione dei poteri**. Dalla monarchia assoluta si passa così verso forme di Stato in cui il potere si articola soggettivamente e oggettivamente. L'attività di creazione delle norme, quella di attuazione delle stesse e l'attività giurisdizionale vengono distinte non solo dal punto di vista oggettivo ma anche soggettivo nel senso che a ciascuna di esse corrisponde un organo o un insieme di organi differente. È questo un ulteriore contributo del costituzionalismo, quel movimento a cui abbiamo già fatto cenno che, a partire dalle elaborazioni di Locke e Montesquieu, propugna la disarticolazione del potere dalle mani di un solo soggetto verso una pluralità di soggetti. Anche la progressiva recezione dei principi del costituzionalismo non sarà istantanea e puntuale ma il frutto di articolati processi sociali, diversi a seconda degli Stati.

La contrapposizione tra concentrazione e separazione del potere è una tendenza che accompagna tutte le forme di Stato moderne e contemporanee. La progressiva attuazione del costituzionalismo nel mondo occidentale non è infatti privo di ritorni verso forme, più attuali e sofisticate, di concentrazione del potere. Di seguito, quindi, proveremo a ordinare le principali tipologie di forme di Stato in **forme autocratiche** e **forme miste** (dette anche 'costituzionali'), rispettose del principio della separazione dei poteri e, più ampiamente, dei principi del costituzionalismo (Stato di diritto, rispetto dei diritti fondamentali, eguaglianza, democrazia).

### 3.2. *Le forme di Stato autocratiche*

Con **autocrazia** indichiamo quei sistemi di governo contrassegnati da una duplice caratteristica: la concentrazione del potere nelle mani di un unico soggetto, sia esso un individuo, un gruppo o un'assemblea, e l'autoattribuzione di tale potere (nella prima fase dello Stato moderno la fonte di legittimazione prevalente è il diritto divino<sup>2</sup>). Colui che detiene il potere si ritiene così svincolato da limiti giuridici. Le forme autocratiche non sono un residuo del passato ma sono presenti anche nel mondo contemporaneo.

---

<sup>2</sup> Folgoranti le parole di F.M. Dostojevskij, che rinviene i fondamenti alternativi del potere (autocratico) in queste tre fonti: 'Miracolo, mistero, autorità' (*I fratelli Karamazov*, libro IV, cap. 5).