

INTRODUZIONE ALLA V EDIZIONE

A quattro anni dall'uscita della IV edizione e dalla «sfida» che essa ha rappresentato per me e per il prof. Girotto, è giunto il momento di un aggiornamento.

Nel corso di questo lasso di tempo non pochi sono gli avvenimenti di carattere e tono costituzionale di cui appare necessario dare ragione. Ce ne si può rendere conto anche solo a volere scorrere l'*Appendice* al volume. Ma molti sono anche i cambiamenti di sostanza che si potranno trovare all'interno dello stesso.

Più passa il tempo, più è ovvio che le righe o intere pagine scritte dall'Autore diminuiscano «*di quantità*», ma mi fa molto piacere poter riportare ciò che, nel luglio del 2019, ebbero a scrivere cinque Colleghi di materia, firmando un verbale di concorso che mi riguardava, pensando, forse, si trattasse di un'osservazione che doveva andare a mio discapito. Con uno precedente (le «*Schede di aggiornamento*» del 2008 di cui ho detto nell'*Introduzione alla IV edizione*), scrissero, si tratta di un «*pregevol[e] contribut[o]*» che si innesta «*all'interno di una composizione nettamente permeata dalla personalità e dalla penna di Livio Paladin, evidenzian[d]o tuttavia un'attenuazione dell'originalità e dell'innovatività dell'apporto del candidato*», cioè del sottoscritto. Al di là dei fini che intendevano conseguire in quell'occasione, li ringrazio, perché, nonostante la circostanza che le facciate per così dire «nuove» scritte da me (senza contare quelle che si dovevano al prof. Girotto) fossero già, nel complesso, 200 su 860, si tratta proprio del risultato che volevo perseguire: non *usare* colui che fu il mio Maestro e il suo pensiero per scopi miei, ma tenere vivi lui, le sue idee e i suoi metodi per le generazioni future. Diversamente, non avrei aggiornato un lavoro suo: avrei piuttosto scritto «pamphlets» e un Manuale mio e libri apparentemente «su» di lui, ma in realtà volti allo scopo di parlare di me stesso o di me «con» lui. Ciò, però, avrebbe rappresentato l'esatto contrario dello «stile Paladin» e a quest'ultimo non sarebbe piaciuto affatto.

Questa nuova edizione, infine, la dobbiamo all'Editore che ce l'ha chiesta, ai Colleghi che hanno adottato il *Manuale*, ai loro e ai nostri studenti e, non da ultimo, allo stesso prof. Paladin del quale, il 2 aprile 2020 (in pieno *lockdown* da pandemia), è ricorso il XX anniversario della scomparsa. Costituzionalista di prima grandezza della seconda metà del Novecento, egli fu anche uomo delle Istituzioni come Giudice (1977-1986) e poi Presidente (1985-1986) della Corte

costituzionale, nonché come Ministro per gli affari regionali (nel sesto esecutivo Fanfani - 1987) e Ministro per il Coordinamento delle politiche comunitarie (nel governo Ciampi - 1993-1994). Mi sarebbe molto piaciuto chiacchierare con lui di Governo, Parlamento, Costituzione, forma di governo e fonti del diritto, nel corso dell'emergenza da Covid-19 / Sars-CoV-2.

Padova, 15 marzo 2023

Ludovico A. Mazzaroli

P.S. Riprendendo quanto già scritto nel 2018, un «grazie» anticipato va sin da ora a chiunque vorrà contribuire a migliorare l'opera, segnalando errori e omissioni, nonché eventuali lacune nelle *Note bibliografiche*, o quant'altro riterrà opportuno farmi notare.

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]
 - Sez. IV *L'era «Covid-19 / Sars-CoV-2», le «sue» fonti e il PNRR*

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; 26]
 - Sez. III *Analisi delle fonti-fatto* [§§ da 27 a 31]

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 TERRITORIALICap. 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 IV EDIZIONE

Riferiscono persone vicine al Presidente Emerito Giorgio Napolitano che egli, negli anni del suo mandato, cercava suggerimenti ed informazioni sull'estensione dei suoi poteri e sui modi corretti del loro esercizio leggendo frequentemente la voce «*Presidente della Repubblica*» scritta per l'*Enciclopedia del diritto* da Livio Paladin.

È questa una notizia che riesce utile per apprezzare la riproposizione in edizione riveduta e corretta del *Diritto costituzionale* di Livio Paladin, che Ludovico Mazzaroli e Dimitri Girotto si sono assunti generosamente il compito di curare.

Imprese di questo tipo sono raramente gratificanti per chi nella stampa delle proprie fatiche cerca anzitutto le vie per la diffusione della sua concezione e interpretazione della vigente Costituzione. Ma meritano elogio e sono ragione di soddisfazione per i loro autori quando così concorrono alla continua presenza in libreria e, perciò, alla diffusione e conoscenza di opere quali il *Manuale* di Paladin, che costituiscono una tappa importante per la elaborazione della materia interessata ed un momento fondamentale per la conoscenza – nel caso – della nostra vicenda costituzionale.

Tutti noi sappiamo quanto Livio Paladin tenesse alle sue ricerche di storia costituzionale. Ma quella stessa passione ed onestà ed obiettività di ricerca ed esposizione, che lo guidavano in quegli studi, noi ritroviamo nel suo contributo dedicato alla presentazione generale del nostro diritto costituzionale positivo.

Il suo obiettivo era quello di offrire un quadro quanto più possibile verace e preciso dell'ordinamento italiano, sia nella prospettiva odierna che in quella storica. Così nel suo manuale è evidente lo sforzo di dare una rappresentazione ponderata e compiuta delle prevalenti interpretazioni e pratiche applicazioni del testo costituzionale, evitando le fantasie e le improvvisazioni di teorie personali, ma nel contempo sottolineando i punti di frizione fra il dettato della Costituzione e i comportamenti da esso palesemente ed inequivocabilmente devianti.

Evidente è l'impegno ad offrire una rappresentazione che guardando a prassi, convenzioni e giurisprudenza costante dà una mappa utile a chi si accinge a navigare nel nostro mare costituzionale.

Mi piace ricordare un precedente. Quando Livio Paladin ed io frequentavamo la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trieste, si studiava il diritto amministrativo dai volumi del manuale di Guido Zanobini. Era, quel manuale,

la cristallizzazione dell'opinione dominante in materia. Con il passare degli anni molti presero ad accusarlo troppo facilmente di piatto conformismo e retrograda lettura interpretativa del diritto vivente, pretendendo anticipazioni di sviluppi a Zanobini sconosciuti. Eppure, da quel testo si doveva partire se si voleva avere una chiara base, alla quale rapportare gli svolgimenti del diritto amministrativo contemporaneo.

Lo stesso si può dire a proposito del Manuale di Paladin. Anzitutto, esso assolve ancora con successo al compito di darci un quadro dell'interpretazione prevalente del nostro diritto costituzionale, mentre, anche per ragioni di tempo, non corre il rischio di censure quali quelle riservate all'opera di Zanobini. Certo, il diritto costituzionale repubblicano vivente dei tempi di Paladin ha subito emendamenti e modificazioni, ma il Manuale resta la base per una comprensione di quanto è avvenuto in questi ultimi anni, perché dà conto di concetti e schemi ermeneutici tuttora utili per la comprensione dell'odierno diritto vivente. In effetti, Paladin lo ha scritto ben consapevole degli spazi di elasticità di un testo normativo che ha consentito di recepire trasformazioni e modificazioni senza che vi sia ragione di parlare di rivoluzione o fratture. Il lavoro che su di esso Mazzarolli e Girotto, continuatori dell'insegnamento della scuola di Paladin e, prima di lui, di Vezio Crisafulli, hanno fatto, favorisce una contemporanea fruizione del Manuale, conservandone nel tempo la serietà e ponderatezza della impostazione di base. Perciò ad essi e all'Editore che si è assunto il compito di portare di nuovo l'opera in libreria va la gratitudine nostra e di quanti ricordano Livio Paladin con ammirazione ed affetto.

Sergio Bartole

*Prof. Emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Trieste
Già Presidente dell'Associazione italiana dei Costituzionalisti*

20 maggio 2018

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 istituzionalistiche 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 chicches-

sia (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 infrastatali* 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*», quest'ultimo 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 porsi, 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'opportuna predi

sposizione 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*, tuttora 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 interpretati, 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. (seppur nel senso sottolineato *supra*, in questo cap., *sub* § 2), l'*ordinamento canonico*, cioè quello proprio della Chiesa cattolica; essendolo 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 *pre-concetto 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, appunto – 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 co-

stituisce 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. (v. *infra*, parte VI, cap. III, §§ 3 e 4). 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 e per fortuna) 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 tito-

lare della sovranità, quanto meno nella prospettiva del diritto pubblico interno allo Stato considerato.

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 contrapporle, 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 del popolo stesso [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, spe-

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.

cialmente, nell'ordinamento inglese personificata è la Corona (sebbene costituita, volta per volta, dal solo monarca in carica), al pari delle Camere e di altre strutture comparabili ai nostri Ministeri, quali il Tesoro, lo Scacchiere (vale il nostro Ministero delle Finanze), l'Ammiragliato (valeva, per l'unica volta che c'è stato, il nostro Ministero della Marina)... 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*.