

Capitolo Settimo

LA COSTITUZIONE

“Ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti, né determinata la separazione dei poteri, non ha costituzione”

Art. XVI della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789

“... tutti coloro che hanno partecipato alla formazione di una costituzione scritta l'hanno considerata come la legge fondamentale della nazione; di conseguenza, la teoria fondamentale su cui si fonda ogni governo organizzato in base ad una costituzione è che un atto del potere legislativo non conforme alla costituzione è inefficace.”

Corte suprema degli Stati Uniti - Marbury v. Madison

1. I concetti premoderni di costituzione

La *costituzione*, in prima approssimazione, è la *legge superiore*, limitatrice del potere a favore dei diritti dei cittadini e delle autonomie dei gruppi, che anima ed ordina lo *Stato* come ente politico territoriale e sovrano; è, dunque, la legge fondamentale dello Stato, le cui norme dan-

no vita a quel settore di vertice del *diritto* oggettivo che viene denominato, appunto, *costituzionale*.

Se il diritto è il *sistema normativo potestale* capace di realizzare la indefinita diacronia del contratto sociale (Cap. III, § 10), alla costituzione compete di custodire i soggetti, le condizioni e i contenuti del patto, e perciò i principi ispiratori e i modi di produzione delle norme che nel loro complesso formano l' *ordinamento giuridico generale*.

Così delineata, la costituzione appare come un concetto moderno e, nell'ambito della modernità, come un concetto giuridico. Esiste, tuttavia, anche una costituzione degli antichi: dei greci, dei romani, dei medievali. In effetti, la costituzione percorre tutto l'arco della civiltà occidentale e, come capita ai nomi che attraversano la storia, assume via via significati che, in parte trattengono il genere e in parte si aprono alle differenze. Di tutte le partizioni di una evoluzione di tal genere che sarebbero storicamente accettabili, qui si utilizza soltanto quella fra antico e moderno; quella che convenzionalmente potrebbe compen-diarsi nel passaggio da una concezione politica ad una concezione giuridica della costituzione, ovvero dalla costituzione al diritto costituzionale.

I concetti di costituzione anteriori allo Stato moderno, o si concretano, come la *politèia* greca, nell'armonia della *polis* espressiva dell'*ethos* necessariamente e generalmente vincolante, oppure, come nella antichità romana e nel medioevo, si sostanziano nei limiti che il potere politico incontra nelle *leggi di natura* e nel *consenso popolare* mediatore della volontà divina. Nei concetti romano e medievale compaiono anche l'idea del popolo come

fonte di legittimazione del potere e il correlato principio della responsabilità politica del titolare del dominio. In epoca medievale viene altresì formalizzata la distinzione fra il *gubernaculum*, cioè l'attività di governo e di amministrazione nella quale il re agisce libero da limitazioni e responsabilità giuridiche, e la *iurisdictio*, nella quale al contrario il re è, come tutti, soggetto alle leggi, ristretto perciò nel suo potere a tutela dei sudditi. Ancora in epoca medievale vengono stipulati i *patti* con i quali si obbligano reciprocamente il re e i signori feudali; patti nei quali viene disegnato il paradigma essenziale del limite al potere, del consenso contrattuale e della documentazione scritta cui si conformerà il concetto moderno di costituzione.

Negli antecedenti premoderni non sembrerebbe mancare, pertanto, nessuno dei caratteri essenziali di tale concetto : non l'idea della legge superiore limitatrice del potere a favore delle libertà; non la legittimazione popolare del potere e la responsabilità politica di chi lo esercita, non, infine, la percezione che l'ordine politico della pace sociale si rispecchi in una serie di principi che si volgono in regole prescrittive dell'ordine rispecchiato.

E, tuttavia, la modernità del concetto è ancora lontana, perché l'ordinata convivenza civile è assicurata non dalla costituzione, ma dai 'garanti esterni' cui essa rinvia -l'*ethos*, appunto, e le leggi o i soggetti che traducono la volontà divina-; è affidata, cioè, alla capacità che questi hanno di reagire alle violazioni costituzionali e di evitarle per il futuro.

Né può avvenire altrimenti in un ordine politico eteroposto, ordinato ma non ordinante, nel quale l'ordine,

il potere e il suo limite hanno la stessa legittimazione, e gli artefici di questa sono gli autori della regola e i giudici della sua violazione. Non fa meraviglia che la risposta alla lesione costituzionale si contenga nella dialettica della legittimazione politica; che, quindi, ove la trasgressione non venga assorbita dall'equilibrio politico violato, possa giustificare (entro un orizzonte che non sembra scontare la possibile eclisse del garante esterno) la legittima 'resistenza' individuale.

Il fatto è che la reazione alla trasgressione costituzionale non è ancora approdata all'area della *sanzione giuridica*, la quale, sola, esclude in radice la possibilità di bilanciare il limite con la sua inosservanza, di ricondurre l'infrazione all'ordine, di inscrivere la violazione nella regola.

2. Il concetto moderno di costituzione

Il concetto moderno di costituzione data dalla conclusione delle guerre di religione, dalla fine del Sacro Romano Impero e dalla formazione degli Stati nazionali, ossia dal venir meno 'sul campo' del garante esterno dell'ordine politico, vanificato nella sua funzione di garanzia dall'essere la ragione stessa del conflitto, del disordine e della morte. Il diritto alla vita e la pacifica convivenza, prima conseguiti mediante l'adesione all'ordine politico derivante direttamente o indirettamente dalla volontà divina, si convertono negli scopi principali della volontà degli esseri umani. L'ordine della convivenza civile cessa di essere un ordine esistenziale e diventa un ordine

deontologico, il risultato del 'dover essere' dell'azione politica (Cap.II, § 11).

Il conseguimento e la perpetuazione della pace sociale hanno fondamento nell'eguaglianza tra gli uomini, nella rinuncia consensuale e reciproca all'uso della forza individuale, e nell'autorizzazione al sovrano ad impiegare la forza rinunciata per sanzionare le infrazioni alla pacifica convivenza; alla cui radice, pertanto, e alla conseguente preservazione dei diritti naturali alla vita, all'eguaglianza, alla libertà e alla proprietà, sta un contratto sociale, con il quale ciascun individuo scambia con ciascun altro la rinuncia all'esercizio della forza e la sottoposizione al sovrano. Il *giusnaturalismo*, ossia la dottrina per la quale l'uomo è dotato di diritti naturali che ne precedono la disciplina positiva condizionandone la validità giuridica, e il *contrattualismo*, ovvero la dottrina che colloca l'origine dell'obbligazione politica e del potere in un contratto, si fondono qui nella moderna versione laica e razionale del *pactum vitae servandae* istitutivo della società e dello Stato (Cap.II, § 6 ss.)

La garanzia dei diritti umani da parte del potere politico, nella quale - fatte salve le asimmetrie e le differenze di scala - si è ravvisato il patrimonio comune dei concetti premoderni di costituzione, diventa il fine e la legittimazione stessa del dominio. La risposta alla violazione della costituzione, che genera l'ordine autoimposto della pace sociale, procede dall'interno del medesimo ordine, da quel suo aspetto strumentale che è rappresentato dal sistema normativo.

Il concetto giuridico di costituzione sembrerebbe così guadagnato. Il dover essere della pacifica convivenza,

che è speculare alla struttura formale della norma giuridica come giudizio ipotetico, la previsione della sanzione come conseguenza sfavorevole forzosamente irrogata al trasgressore della norma (Cap.VI), la finzione contrattuale che mette la categoria centrale dell'esperienza giuridica all'origine dell'ordine politico, l'obbligazione contrattuale che lega fra loro gli appartenenti al popolo, sono tutti elementi che qualificano l'ordine politico come normativamente prescritto e sanzionato.

E', peraltro, un ordine nel quale all'astratta obbedienza generale al diritto si accompagna la concreta soggezione del solo popolo al sovrano, la cui sottoposizione alla costituzione non è munita di una sanzione adeguata, ma è assistita dalla resistenza e dalla rivoluzione. Accade, infatti, che al mutamento del titolo di legittimazione del potere, all'affermarsi cioè del principio della sovranità popolare come naturale riflesso della relazione paritaria instaurata fra gli appartenenti al popolo dalla defezione del garante esterno, si opponga in concreto il ruolo politico conservato dal sovrano, cui storicamente non è estranea la Restaurazione successiva alla Rivoluzione francese; e che tale ruolo evochi la memoria (o concreti la 'lunga durata') della legittimazione divina, dando luogo ad un conflitto fra il re e il popolo borghese.

La ricerca della sanzione giuridica nei confronti del sovrano, la cui mancanza appanna l'attitudine del contratto sociale a fondare la moderna costituzione, si sviluppa lungo due direttrici fra loro convergenti: da un lato, la richiesta di un patto, preferibilmente scritto, fra re e popolo nel quale vengano sanciti il titolo di legittimazione

del potere, il titolare e i modi di distribuzione e di esercizio del dominio, i diritti di libertà dei borghesi; dall'altro lato, tanto nel patto quanto nell'azione politica, lo spostamento dell'asse del potere verso la *borghesia* e il *Parlamento*. La sanzione viene così costituita mediante l'erosione del potere del re ad opera e a favore del corpo dei rappresentanti del popolo; fino a fare del re un soggetto della costituzione democratica. Come dire: la sanzione è tanto più efficace quanto meno è necessario irrogarla, ed è perfetta quando diventa inapplicabile.

E' la stagione del *costituzionalismo* moderno, successiva alle grandi rivoluzioni liberali e borghesi dei secoli XVII e XVIII (inglesi, americana e francese), della dottrina cioè che ancora l'ordine politico ad una costituzione che attribuisce il potere al popolo e ai suoi rappresentanti, che garantisce le libertà fondamentali dei cittadini, e che consacra detti principi in un documento solenne, al quale vien dato il nome di costituzione, legge fondamentale, statuto, ecc., che si distingue per forma ed efficacia dalle leggi del Parlamento.

Da questo momento, quando si parlerà di costituzione, non si alluderà più soltanto al fenomeno dell'armonizzazione del potere con le libertà che assicura l'ordine della società politica, ma anche ad un determinato assetto storico-politico di quest'ultima; a quello, appunto, cui fa riferimento la disposizione citata in epigrafe.

3. Il concetto giuridico di Costituzione

La costituzione moderna ha pertanto carattere giuri-

dico; nell'esperienza occidentale, ad eccezione della Gran Bretagna, essa è anzi un atto giuridico, differenziato nella forma dalle leggi statali e ad esse sovraordinato per efficacia. Sembrerebbe finalmente conseguito il concetto di costituzione che si va ricercando e che si caratterizza per equivalere a quello di diritto costituzionale. Ma così non è; per l'intreccio di due ragioni: l'una storica, l'altra tecnica.

Dal punto di vista storico, l'autore della costituzione (anche quando essa sia 'ottriata') è il popolo, o come più volte si è precisato la borghesia, cioè la medesima classe politica che, attraverso i suoi rappresentanti eletti nel Parlamento, delibera le leggi. Il *costituente* e il *legislatore*, dunque, coincidono: sono i rappresentanti politici del popolo degli eguali, che decidono del bene comune a maggioranza, ovvero secondo il principio razionalmente deputato a risolvere, appunto, i conflitti fra eguali. Quale miglior garanzia, allora, per eventuali modifiche costituzionali, della deliberazione normativa maggioritaria del Parlamento, ossia della legge?

Sotto il profilo tecnico, la supremazia della costituzione sulle leggi si realizza in modo astratto e, alla fine, solo apparente. Sia perché il giudice che rilevasse l'illegittimità costituzionale della legge potrebbe semplicemente disapplicarla, lasciandola tuttavia in vigore a disposizione della differente interpretazione di un altro giudice (posto che all'esperienza giuridica del continente europeo è estraneo lo *stare decisis* che vincola il giudice al 'precedente' nell'esperienza anglosassone), sia, soprattutto, perché - e la circostanza è tale da vanificare l'astratta disapplicabilità della legge incostituzionale - la

supremazia della costituzione non opera nei confronti del legislatore.

Il legislatore, infatti, come soggetto politico costituente provvisto del procedimento politico e giuridico di massima garanzia, cui la costituzione stessa *riserva* l'attuazione - in via esclusiva o prevalente - delle norme disciplinanti i diritti di libertà, non riterrà arbitrario modificare con la legge, che è il risultato di quel procedimento, le norme della costituzione.

Il fenomeno descritto si suole riassumere nell'affermazione che le Costituzioni liberal-borghesi sono *flessibili*, ossia sono modificabili con le leggi del Parlamento, e che la loro sovraordinazione alle leggi è di natura soltanto *politica*, viene cioè assicurata dalla decisione del legislatore di non modificare norme costituzionali altrimenti modificabili.

In margine al concetto giuridico di costituzione flessibile e al rapporto politico fra costituzione e leggi come *vicenda interna alla borghesia*, occorre peraltro osservare che, come si è già messo in evidenza, il principio di maggioranza, essendo attivato da portatori di interessi, tende a trasformarsi da strumento di composizione dei conflitti fra eguali in 'diseguagliante' - principio di prevalenza dell'interesse della maggioranza ad imporsi e a conservarsi come tale. Ed allora, se differenze naturali o culturali (di genere, di razza, di lingua, di religione), che l'eguaglianza vuole conservate, vengano 'coperte' da (e trattate come) differenze di interessi, che l'eguaglianza vuole invece neutralizzate, si realizzerà una violazione del principio di eguaglianza da parte della maggioranza; verrà cioè varcato il limite segnato dalla costituzione alla

sovranità dei rappresentanti del popolo, che si sostanzia nella sottrazione alla disponibilità della maggioranza del diritto alla esistenza, alla libertà e all'eguaglianza di tutti gli appartenenti alla società politica (Cap. III, § 8).

Sotto diverso riguardo, non si deve dimenticare che, quando il rapporto fra costituzione e leggi cominci ad essere praticato da altri ceti e classi oltre alla borghesia, la flessibilità costituzionale può prestarsi all'alterazione dei principi della costituzione liberale, com'è accaduto in Italia in epoca fascista, allorché lo Statuto albertino è stato lentamente snaturato nella costituzione dello Stato totalitario.

Il concetto giuridico di costituzione dal quale origina la nozione di diritto costituzionale sarà, dunque, quello di *costituzione rigida*, differenziata nel procedimento di formazione e nell'efficacia giuridica dalle leggi statali ordinarie, ed assistita nell'affermazione di questa sua sovraordinazione dalla giurisdizione costituzionale.

3. La costituzione razionale o ideale

La costituzione in senso giuridico trascrive nella cifra normativa il patto di fondazione della società politica, l'essere del patto nel dover essere della regola che dal patto risulta. Il patto, come si è visto, è una finzione. Il dato reale è *il consenso del popolo all'esercizio da parte del sovrano del potere politico che assicura la convivenza*. Il 'come se' del patto consiste nella razionalizzazione del dato: come è possibile che ciò che è sia anche giusto e conveniente? Poiché la forma razionale

del consenso è l'accordo, la razionalizzazione del dato avviene nella forma del contratto sociale, con il quale ciascuno si sottomette al sovrano che esercita il potere politico per salvaguardare la pacifica convivenza: il diritto naturale alla vita e i diritti che gli sono strumentali e connessi.

Come trascrizione normativa del patto anche la costituzione è un 'come se'. Tuttavia la sua strumentalità al patto, esplicita nella doverosità della conseguenza impressa nella struttura normativa, opera nel cancellare la finzione entro la finzione: posto che l'obiettivo (la pacifica convivenza) va raggiunto come se fosse stato pattuito (perché solo così risulta consentito) il suo conseguimento andrà perseguito anche con l'impiego reale della forza come unica via di salvezza per la società umana.

Dalla circostanza che la costituzione come fonte del diritto rappresenta la prima strumentazione diacronica del patto, il prolungamento della finzione pattizia nella società politica, il mezzo con il quale esso, come finzione legittimante, può continuare a produrre il fenomeno della convivenza umana, discendono i contenuti razionali e necessari della costituzione, che riproducono i soggetti, le condizioni ed il contenuto del patto.

Alla *costituzione razionale* o *ideale*, intesa come il complesso delle norme necessarie e sufficienti a rendere possibile la convivenza sociale, appartengono innanzitutto i soggetti contrattuali: i cittadini unificati nel *popolo* e lo *Stato* detentore della sovranità. E poi i congegni razionali del consenso. E così il principio della *sovranità popolare*, mediante il quale il popolo cui si

attribuisce la titolarità della sovranità ne investe per l'esercizio lo Stato attraverso la *rappresentanza politica e degli interessi* e diviene, con la sovranità stessa e con il territorio uno degli elementi costitutivi dello Stato. In altri termini, il soggetto sovrano, investito della sovranità dal popolo, rende il popolo un elemento costitutivo della propria struttura, cosicché il potere politico viene imputato per la titolarità e per i risultati del suo esercizio a chi ne è in realtà il destinatario.

Nella costituzione razionale che perpetua il patto nella società compare anche il *principio di eguaglianza*, come sottrazione a ciascuno e conferimento al sovrano della differenza di forza che arma i conflitti e attenta alla pacifica convivenza. Vi appartiene inoltre il *principio di libertà* come risultato dell'eguaglianza: il filtro dell'eguaglianza rilascia infatti tutte le libertà che non si traducano in conflitti armati mentre i conflitti disarmati fra libertà vengono risolti attraverso il principio di maggioranza. Vi compare anche il congegno che impedisce al principio di maggioranza di divenire l'interesse della maggioranza eludente tale principio. Ne entra a far parte anche la replica della cifra della sovranità (eguaglianza-libertà-rappresentanza-maggioranza) in tutte le formazioni sociali e le strutture associative nelle quali si articola la società politica, soprattutto quando per soddisfare esigenze di efficienza e di legittimazione, siano caricate di poteri politici e *lato sensu* pubblici.

Il contenuto della costituzione razionale è formato inoltre dalla *libertà politica* mediante la quale viene attivato (e liminarmente interrotto nei confronti del sovrano) il circuito rappresentativo e dalla *libertà*

associativa , attraverso la quale viene legittimata la costituzione delle organizzazioni di interessi (i *partiti* e movimenti politici) che propagano o contrastano gli interessi rappresentati dal sovrano e viene articolato territorialmente l'esercizio dei poteri sovrani mediante conferimento degli stessi a soggetti di *autonomia*. E poi dal diritto di voto, eguale e libero, e dalla libertà di pensiero, che consentono di impersonare il sovrano all'una o all'altra (opposta) organizzazione degli interessi.

La costituzione razionale o ideale è chiusa dalle norme sulle norme e dalla garanzia della immodificabilità costituzionale.

Le *norme sulle norme* sono indispensabili a replicare il modello della doverosità normativa che scongiura il conflitto armato ed il conseguente disordine: tutti i rapporti debbono svolgersi secondo regole che abbiano legittimazione diretta o indiretta nel popolo e siano costituite ed attivate imparzialmente dal sovrano; la tecnica, poi, può essere sia la regola condivisa come se fosse un patto, sia la regola condivisa perché frutto di un patto. La circostanza che la costituzione razionale o ideale manifesti la sua attitudine a rendere diacronico il contratto sociale attraverso la produzione e l'applicazione di norme giuridiche obbliga al rispetto del *principio della separazione dei poteri*. Il sovrano deve dividersi orizzontalmente in modo che chi produce norme non sia anche colui che le applica (al livello amministrativo ma) soprattutto a livello giurisdizionale, perché non può essere imparziale l'applicazione delle norme che viene effettuata dalla medesima maggioranza governativa che le ha prodotte. E perché soprattutto l'essenza stessa del

meccanismo normativo vuole che sia alimentato dal legislatore rappresentativo secondo il principio del consenso nel momento della costruzione della prescrizione, e dal giudice (di per sé rappresentativo, in quanto applicatore delle norme) secondo il principio della soggezione alla legge.

La *garanzia della immutabilità costituzionale* è diretta a preservare la costituzione dalla capacità che essa ha di modificarsi per adattare le condizioni del patto alla evoluzione storica. Occorre evitare il fenomeno per il quale la costituzione, destinata ad inverare storicamente il mantenimento delle condizioni del patto assumendone i modi e le forme dettati dalla temporalità (*costituzione reale*), e che asseconda il decorso del tempo mediante i procedimenti di *revisione costituzionale*, impieghi questi stessi procedimenti anche per modificare le norme ed i principi della costituzione razionale o ideale.

Ciò comporta l'identificazione di un'area nella quale sia interdotta alla produzione normativa la modificazione delle norme della costituzione ideale, un'area alla quale dunque non si estende il generale potere di revisione costituzionale. A sorvegliare che il potere di revisione non ecceda dai propri limiti sarà il *giudice di costituzionalità delle leggi*.

5. La costituzione reale

La *costituzione reale* inverte storicamente la costituzione ideale adattandone le prescrizioni alla variabile temporale. Essa è perciò, allo stesso tempo, la

singola e specifica costituzione storica (lo Statuto Albertino, la Costituzione repubblicana, la Costituzione degli USA, il Grundgesetz, ecc.) e la parte della costituzione storica che, corrispondendo alla costituzione ideale, garantisce il conseguimento del fine del contratto sociale.

Non sempre una costituzione storica concreta per intero la costituzione reale. Già si è detto di come lo Statuto Albertino, non essendo dotato di un meccanismo giuridico autoprotettivo (perché costituzione flessibile) abbia potuto venire legalmente snaturato in una costituzione negatrice delle libertà e dell'eguaglianza.

Ove invece la costituzione reale sia interamente contenuta nella costituzione storica, essa può venire concretata in differenti modi che rispecchiano i differenti caratteri del gruppo politico. Così, per fare degli esempi, le norme sulle norme sono un elemento necessario della costituzione reale nei sistemi giuridici di Civil Law, nei quali occorre che vengano designati quali fra i vari atti e fatti normativi siano da qualificare fonti di produzione del diritto oggettivo. Ma possono anche mancare quando si possa altrimenti desumerne la qualità di fonte, come accade nei sistemi di Common Law alla consuetudine, la quale non postula una norma sulla produzione essendo autoevidente come fonte del diritto oggettivo.

Lo stesso dicasi per la eventuale mancanza di una previsione esplicita del sistema elettorale, posto che tale esistenza è implicitamente richiesta dalla garanzia del diritto di voto, e ancora a proposito della natura proporzionale o maggioritaria del sistema che sono in

grado entrambe di garantire la formazione della rappresentanza politica e degli interessi.

Un altro esempio si può rinvenire nel controllo di legittimità costituzionale delle leggi che soddisfa alla sua funzione di garanzia della rigidità sia quando è preventivo sia quando è successivo sia quando è misto, sia quando è attivabile dal giudice sia quando è attivabile anche direttamente dal cittadino. Un altro esempio può darsi nel differente assetto del pluralismo verticale, sia per il numero dei livelli territoriali nei quali viene allocata la competenza sia per la consistenza dei poteri distribuiti, cosicché si può parlare di vari tipi di stato: federale, regionale, unitario decentrato che soddisfano tutti le prescrizioni della costituzione reale.

Prima di lasciare l'argomento dei rapporti fra la costituzione reale e la costituzione storica giova ricordare che quest'ultima a volte contiene norme self executing a volte pratica un rinvio implicito o esplicito alla legislazione statale ordinaria di attuazione. Del primo tipo è ad esempio la norma che garantisce la libertà di manifestazione del pensiero (art. 21, I comma, Cost.); un rinvio implicito è quello già considerato in tema di diritto di voto con riferimento al sistema elettorale; rinvii espliciti sono quelli consegnati alle riserve di legge.

Quando la norma costituzionale non sia autoapplicativa ma richieda un intervento di attuazione la valutazione della corrispondenza alla costituzione reale della costituzione storica si estende anche alle norme di attuazione di quest'ultima, dette di copertura costituzionale e/o costituzionalmente vincolate. Se la legge costituzionale cui la Costituzione rinvia per stabilire

i modi e le forme del giudizio di legittimità delle leggi (art. 137, I comma, Cost.) fosse tale nel suo contenuto da non realizzare la rigidità garantita, l'inidoneità travolgerebbe la norma costituzionale che pure prevede tale competenza con quel fine specifico.

Infine, alla costituzione storica appartengono anche norme inattuate. Di queste se l'inattuazione sia tale da vanificare la corrispondenza con la costituzione reale, potrà dirsi che la costituzione storica manca i suoi fini non solo disponendo in contrasto con la costituzione reale ma anche omettendo di disporre. Se invece l'inattuazione non sia tale da concretare detto contrasto potrà affermarsi che la costituzione storica non sempre corrisponde alla *costituzione vigente*.