

Il diritto pubblico-costituzionale, lo Stato e la Costituzione

Lezione I

Prof. Antonio Gusmai - Dott. Franco Sicuro

Il diritto, tra fenomeno sociale e regole morali

Esiste un forte nesso tra il fenomeno giuridico e quello sociale: ogni società moderna produce un proprio complesso di regole, denominato ordinamento giuridico e determinato da specifici rapporti di forza. L'ordinamento giuridico complessivamente inteso potrebbe essere immaginato come un "tronco", da cui si diramano i vari "rami" costituiti dalle singole (distinte, ma non separate) partizioni normative (diritto pubblico, diritto privato, diritto penale, etc.).

Tuttavia, una premessa sembra doverosa: quelle che oggi vengono definite «giuridiche» sono esclusivamente le regole formalmente riconosciute dall'ordinamento statale (leggi, decreti, regolamenti, etc.). **Ciò non significa, però, che tutto ciò che è normativo, ossia che contiene regole comportamentali, ha - o dovrebbe avere - il carattere della giuridicità.** Ad esempio, le regole appartenenti alla **morale** (si pensi a quelle religiose) non sono giuridiche, sebbene molto spesso dicano la stessa cosa (si pensi al V Comandamento - "non uccidere", il quale coincide con l'art. 575 del codice penale italiano: entrambe sono disposizioni normative - ossia contengono una regola - ma soltanto il secondo precetto è giuridico, in quanto soltanto esso è previsto da una disposizione statale passibile di sanzione "terrena").

Tuttavia, in concreto non sempre è facile distinguere tra regole «giuridiche» e regole «moral». A causa della confusione che tutt'oggi gli stessi giuristi fanno tra «valori» (moral) e «principi» (giuridici), la realtà della dimensione giuridica non può definirsi «pura», ossia non contaminata dalla dimensione morale. **Le due dimensioni risultano così, non di rado, più o meno connesse**, a seconda dello spazio normativo che i contesti istituzionali riconoscono ai valori imposti delle classi egemoniche. Basti pensare al *concetto di famiglia* o alla *condizione della donna* in molti ambiti della vita sociale. Casi emblematici, questi, in cui il fenomeno giuridico è fortemente condizionato da valori che continuano a tiranneggiare ed opprimere la libera espressione dei rapporti sociali.

Il diritto pubblico-costituzionale

Il diritto, specie quello posto al vertice delle regole sociali, ossia il «diritto pubblico-costituzionale», è uno strumento sociale volto ad **organizzare l'indisciplinata e scomposta forza del potere che fisiologicamente si determina nei rapporti sociali**. Il diritto, nella sua complessa morfologia, configura **modelli sociali di convivenza, definendo “assetti” della dinamica dei poteri**. Modelli socialmente sempre più efficaci quanto più germoglianti dal “basso”, così da corrispondere - almeno tendenzialmente - a scelte politiche trasparenti e condivise dai consociati.

Il diritto pubblico/costituzionale è dunque quel particolare “ramo” dell'ordinamento giuridico che stabilisce le **“regole del gioco”** politico e sociale, al fine di organizzare la nuda forza generata in società dalla costante interazione degli individui.

Cosa significa studiare il diritto pubblico-costituzionale

Nella società contemporanea, studiare il diritto pubblico significa dunque comprendere le *dinamiche di funzionamento dei poteri costituiti* all'interno di uno Stato, a partire dagli *equilibri tra governanti e governati* formalmente stabiliti nella *Costituzione*.

È questo (o dovrebbe essere questo) il compito della scienza giuspubblicistica: studiare *il potere* e il *tasso di democraticità* che lo caratterizza.

La distribuzione dei poteri tra gli organi di vertice dello Stato-apparato (*forma di Governo*) ed il rapporto intercorrente tra governati e governanti (*forma di Stato*) sono, infatti, determinate dal sistema di libertà democratiche concretamente vigenti in una società. Ciò significa che *Costituzione formale* (scritta) e *Costituzione sostanziale* (vivente per come interpretata e applicata) non debbono mai essere confuse.

Inoltre, *potere e libertà stanno in piedi assieme*. L'uno non esiste senza l'altra. Non a caso, Michel Foucault ha evidenziato come non abbia senso parlare di un potere "sovrano", in quanto *il potere non si monopolizza mai, esso è «microfisico»*.

In un ordinamento costituzionale, il numero dei poteri è proporzionato alla quantità e qualità delle libertà in esso riconosciute.

Prof. Antonio Gusmai - Dott. Franco Sicuro

La concezione della società si riflette nel diritto prodotto dallo Stato

Il diritto (inteso in senso moderno) trova il suo ambiente nello Stato, al punto che Stato e diritto possono dirsi due modi per indicare la stessa cosa (Zagrebelsky). Lo Stato, cioè, coincide con l'ordinamento giuridico, qualsiasi sia la concezione del diritto che abbiano i pensatori moderni "occidentali" (normativismo, istituzionalismo, etc.).

Lo Stato, fulgida creazione della storia e del pensiero politico europeo, indica un fenomeno della vita collettiva organizzata per il tramite di un "sistema" normativo che prende il nome di ordinamento giuridico, stratificatosi nel corso dei secoli. Lo Stato è una realtà immateriale (non esiste nella materialità della vita storico-concreta), una "finzione", una creatura del diritto che però è capace di azioni molto concrete, tra cui proprio quella di imporre l'osservanza del diritto da esso stesso prodotto per il tramite dei suoi organi (nella specie, di quello legislativo).

Il contenuto della produzione giuridica riflette il "fine" che lo Stato (ossia, le forze politico-economiche prevalenti) intende perseguire.

Storicamente, per comprendere il diritto (non soltanto) pubblico è sembrato doveroso tenere a mente un'importante contrapposizione: quella tra **società «aperte»**, che si rifanno all'*individualismo* (visione atomistica e meccanicistica della società, «uomo artificiale» di Hobbes ne "Il Leviatano": la società non è indispensabile all'individuo e vive in funzione degli uomini, da cui è organizzata liberamente sulla base di una legge artificiale); e le **società «chiuse»**, che si rifanno all'*organicismo* (l'alveare nel regno animale, la comunità umana intesa da Platone ne "La Repubblica" e da Aristotele nella "Politica") e mirano alla conservazione dello *status quo* (la società è necessaria alla vita individuale, è retta da leggi naturali e si articola in compiti predefiniti ed immutabili: l'individuo vive in funzione della società).

La storia delle società umane è una *continua oscillazione tra forze conservatrici e forze innovatrici*. Esse, storicamente, si scambiano costantemente le vesti.

I “due corpi” dello Stato e lo Stato persona-giuridica

Storicamente, la parola Stato è stata utilizzata per indicare molte cose, talvolta tra loro molto diverse: una **condizione giuridico-sociale** (si pensi oggi allo “stato di famiglia” che si dichiara a fini fiscali), o una **situazione politica** (intesa come forma di organizzazione del potere in un determinato momento storico all’interno di un certo territorio).

È con il “Principe” di **Machiavelli** (1513) che il termine stato inizia ad indicare il «**governo degli uomini**», ossia inizia ad assumere rilevanza per il diritto pubblico-costituzionale.

Come si diceva, lo Stato è un **ente metafisico**, che trascende le persone fisiche che operano per lui. Esso dipende dall’attività degli uomini (i funzionari), ma è indipendente dalla loro vita (ERNEST H. KANTOROWICZ elabora la dottrina del «doppio corpo del re»: il corpo naturale degli uomini - nella specie, dei sovrani o dei funzionari statali - deve essere distinto dal corpo politico - ossia dal governo dello Stato, il quale è un bene astratto che sopravvive alla morte degli uomini che lo rappresentano). Tramite questa dissociazione tra i due “corpi”, il diritto pubblico moderno ha assicurato il principio della continuità dello Stato (ulteriormente garantito dalla *prorogatio* dei titolari delle cariche pubbliche).

Nella modernità giuridica, lo Stato è la più importante «**persona giuridica**» di un ordinamento costituzionale: è dotato di **capacità giuridica** (ossia possono essere a lui imputati - cioè riferiti - diritti, poteri, doveri e responsabilità), ma è privo di «**capacità di agire**» (dunque non è in grado di compiere autonomamente, in quanto entità astratta non esistente in natura, fatti e atti aventi rilevanza concreta). Per tal motivo, agiscono per lo Stato le «**persone fisiche**», cioè i «pubblici funzionari», i cui atti sono imputati all’ente (lo Stato) di cui sono organi. I cittadini, dunque, entrano in contatto non con lo Stato (entità astratta), ma con i suoi organi. Questi ultimi sono **uffici** operanti tramite funzionari in grado di adottare atti aventi **rilevanza esterna**, che impegnano l’ente con soggetti terzi. Quest’ultimo (l’ente) è il solo titolare di posizioni giuridiche soggettive, mentre l’organo è l’unità, composta da persone fisiche titolari di uffici (cellula del pubblico potere) **competenti secondo la legge**, che consentono all’ente di **agire**.

Cosa significa che lo Stato è una persona-giuridica?

Lo stato è una persona giuridica, non una persona fisica: si tratta di un grande **artificio giuridico** che reggerà, come tutti gli artifici, fintanto che sarà percepito come realtà. Lo Stato è una creatura del diritto, ma la sua esistenza e vitalità non dipendono dal diritto, bensì da un **fattore psicologico collettivo**. Questo, non altro, è il fondamento effettivo dello Stato.

Ad ogni modo, quando si parla del nostro Stato costituzionale come persona giuridica si intende evidenziare che lo Stato può divenire:

- a) uno dei **soggetti del rapporto giuridico** in cui si fanno valere i diritti e i doveri dei cittadini indicati nelle disposizioni della Parte I della Costituzione;
- b) titolare del **diritto di proprietà** su determinati beni ai sensi degli artt. 822 ss. del codice civile;
- c) ente **responsabile civilmente** ex art. 28 Cost. per gli atti compiuti in violazione di diritti dai funzionari e dai dipendenti dello Stato e degli enti pubblici;
- d) uno dei soggetti cui la legge può riservare o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, a fini di utilità generale, **imprese o categorie di imprese** che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale (art. 43 Cost.);
- e) soggetto parte del **conflitto di attribuzioni** tra Stato e Regioni demandato dall'art. 134 Cost. alla competenza della Corte costituzionale.

Se volessimo fornire definizioni “tecniche” del termine Stato, dovremmo distinguere tra:

- **Stato-apparato (dimensione statica dei pubblici poteri):** indica l'insieme degli organi pubblici che esercitano i poteri necessari al governo di una comunità. All'interno della nozione di Stato-apparato, possiamo operare un'ulteriore distinzione fra **Stato-ordinamento** e **Stato-persona**: il primo (Stato-ordinamento), indica l'insieme delle strutture pubbliche (cioè degli apparati), *sia centrali che decentrate* (a tal proposito, la Costituzione usa il termine «Repubblica»); il secondo, invece, fa riferimento ai soli *apparati centrali*, con esclusione di quelli decentrati (comunali, provinciali, regionali, ecc.).
- **Stato-comunità (dimensione sostanziale della dinamica del sistema politico-costituzionale):** qui il termine Stato assume un significato più ampio e concreto, dovendo essere inteso come *popolo* politicamente organizzato su un territorio, che legittima un determinato assetto dei poteri costituiti.

Quando nasce uno Stato? Quali sono i suoi elementi costitutivi?

La nascita di uno Stato è legata esclusivamente ad un dato effettivo: quando un'organizzazione di governo esercita di fatto e in maniera tendenzialmente indipendente la propria sovranità su un popolo insediato in un territorio, si è in presenza di uno Stato. Ciò è quanto basta per affermare la nascita di uno Stato, **non essendo richiesto alcun fattore formale.**

Tuttavia, **sul piano internazionale**, frequente è il **riconoscimento** di Stati di nuova formazione da parte di altri Stati preesistenti. Deve ritenersi, però, che tale riconoscimento non abbia valore costitutivo della personalità giuridica di uno Stato, poiché questa dipende, in conformità ai principi di effettività, dal fatto che il nuovo ente agisca in tendenziale indipendenza nelle relazioni internazionali, su un piano di (ancora una volta, tendenziale) parità con gli altri soggetti internazionali. Il riconoscimento di Stati **ha piuttosto valenza politica**, testimoniando il fatto che gli Stati che procedono al riconoscimento mostrano in tal modo di ritenere sussistenti tutte le condizioni previste dal diritto internazionale per la formazione di un nuovo Stato e la loro volontà di intrattenere relazioni internazionali con lo Stato riconosciuto (si pensi a Taiwan e allo Stato di Palestina).

Già da queste riflessioni sparse sulla “nascita” dello Stato emergono gli elementi che costituiscono lo Stato stesso come fenomeno della vita collettiva organizzata degli esseri umani.

Questi **elementi costitutivi sono tre:**

A) **il popolo** (insieme degli individui legati ad uno Stato dal vincolo della **cittadinanza**, che si può acquisire iure sanguinis o per ius soli o, ancora, mediante naturalizzazione), concetto da tenere distinto da quelli di nazione e popolazione;

B) **il territorio** (distinguibile in porzione terrestre, acque territoriali e piattaforma continentale, spazio aereo, sottosuolo, navi e aerei battenti bandiera italiana): esso indica lo **spazio fisico in cui si esercita la sovranità dello Stato, delimitato da confini;**

C) **la sovranità** (l'organizzazione politica sovrana dotata di autorità, capace cioè di adottare atti normativi validi per tutti ed eseguirli, giudicare chi li viola, amministrare le risorse comuni, senza subire interferenze da qualsiasi altro potere), a sua volta distinguibile in sovranità **“interna” (lo Stato ha il monopolio della forza legittima)** ed **“esterna” (lo Stato è indipendente dagli altri Stati, con i quali tratta da “pari a pari” nella comunità internazionale).**

La sovranità nella Costituzione

Art. 1, comma 2: “La sovranità **appartiene al popolo**, che la esercita nelle forme e nei **limiti della Costituzione**”.

Attraverso questa disposizione, la Carta repubblicana prova a declinare il concetto di **sovranità in senso «normativista»**, imponendo alle concrete manifestazioni di potere il **rispetto dei principi e delle regole della democrazia formale**. In tal modo, soltanto il popolo può legittimare la produzione normativa degli organi di indirizzo politico, ma, allo stesso tempo, la Costituzione impone che tutte le fonti del diritto attraverso cui il potere si realizza rispettino i principi e le regole procedurali imposte dalla Costituzione.

Ciò significa che **lo stesso popolo non può tutto** (il potere, anche se sostenuto da una maggioranza popolare, non può mai essere esercitato in modo arbitrario, “sovrano”): la volontà popolare deve cioè esplicitarsi secondo le procedure stabilite all’interno del quadro istituzionale delineato dalla Costituzione.

Altri riferimenti alla sovranità, concetto teologico-politico che alimenta e sostiene l’artificio statale, sono contenuti nell’**art. 11 Cost.**: “L’Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle **limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni**; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo” (fondamento della partecipazione dell’Italia alle organizzazioni internazionali e, soprattutto, all’Unione Europea); e nell’**art. 117, comma 1**: “La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei **vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali**” (tale ultima disposizione sembra far proprio il concetto di **sovranità condivisa**).

La crisi dello Stato

Lo Stato, in quanto **creatura artificiale storicamente determinata**, sarà certamente superato da altre forme di organizzazione politica. È solo questione di tempo.

Nel tempo presente, ad essere in crisi sono tutti e tre i suoi elementi costitutivi.

- Il **«popolo»**, dato il carattere **multiculturale assunto dalle società**. In questo contesto, il requisito della cittadinanza rivela tutta la sua discriminatorietà.
- il **«territorio»**: la **globalizzazione** ha eroso i confini degli Stati, creando **interdipendenza tra i popoli** della Terra. Lo spazio, oggi, è peraltro anche **«virtuale»**. Il territorio, sul piano costituzionale, dovrebbe essere oggi considerato uno **spazio politico-economico** in cui si mescolano plurime culture. Una **forma geometrica incompiuta** che abbisogna di ulteriori **ampliamenti del suffragio**, necessitando i diritti politici di essere estesi a tutti coloro che - a prescindere dalla cittadinanza - di fatto contribuiscono al progresso materiale e spirituale del Paese. Di qui il **contrasto tra neo-nazionalismi e nuove forme di aggregazione e integrazione**.
- **l'organizzazione politica «sovrana»**, sia sul versante «interno» (**crisi della democrazia rappresentativa**), sia su quello «esterno» (**trasferimento di quote di sovranità** a organizzazioni internazionali a struttura burocratica e tecnica: si pensi alla Commissione Ue o alla BCE; dominio di interessi economici privati e strapotere dell'economia finanziaria. Lo Stato può persino «fallire».

Definizione e tipologie di “forme di Stato”

La locuzione «forma di Stato» sta tradizionalmente ad indicare il **rapporto che intercorre tra titolari dei poteri costituiti (governanti) e società civile (governati)**. O, detto altrimenti, tra **autorità pubblica e libertà dei singoli**.

Un rapporto che storicamente allude ad una costante tensione tra i due termini (libertà e autorità; governanti e governati).

Quando si studiano le forme di Stato, lo Stato a cui tecnicamente occorre fare riferimento non può che essere lo «**Stato-comunità**». Lo «Stato-apparato», infatti, riguarda esclusivamente l'«autorità», e rileva con riferimento alle c.d. forme di governo.

Le forme di Stato possono **classificarsi** in base a **3 criteri**:

A) struttura unitaria o pluralistica dello Stato (in base a questo criterio si distinguono: 1) **Stato unitario** (Italia liberale); 2) **Stato regionale** (Italia repubblicana - art. 5 Cost.); 3) **Stato federale** (U.S.A. o Repubblica federale tedesca), caratterizzato da due livelli di governo e da una Camera di rappresentanza territoriale;

B) rapporto che intercorre tra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati, ossia guardando alla correlazione tra autorità e libertà: in base a questo criterio è possibile distinguere tra uno **Stato feudale, assoluto, di polizia, di diritto, autoritario**);

C) modo di determinare l'interesse pubblico, con particolare riguardo ai rapporti economici: tale ultimo criterio consente di distinguere tra **Stato liberale, socialista e sociale**.

Il nostro è uno **Stato democratico-sociale**.

La Costituzione e i suoi possibili “caratteri” distintivi

Nella modernità e contemporaneità giuridica (nello Stato democratico-sociale contemporaneo), l'azione dei pubblici poteri e quella dei cittadini deve ispirarsi alle regole e ai principi contenuti nella Costituzione.

Ma che cos'è una costituzione?

La nozione di costituzione è tra le più tormentate del pensiero giuridico, vista la commistione che in essa si realizza tra significati storici, ideologici, filosofico-politici, etc. Tuttavia, pur a fronte di questa avvertenza, si può provare a dare una definizione di costituzione: la costituzione è un insieme di regole e principi fondamentali che fungono da architravi di un ordinamento giuridico, ossia lo connotano, danno identità ad uno Stato (di qui lo studio delle diverse “forme” di Stato) organizzandone i poteri (da cui lo studio delle “forme” di governo). Pertanto, per la scienza costituzionale, ogni società non può non avere una Costituzione, anche se essa non è esplicitata in regole formali. Ossia, ogni società produce assetti di potere che, se non esplicitati, costituiscono comunque la Costituzione sostanziale (Schmitt) o materiale (Mortati) che regge gli equilibri dei poteri realizzatisi in quel particolare contesto socio-economico.

Le Costituzioni moderne (frutto del costituzionalismo liberale classico, per come “corretto” dall'ideologia democratico-sociale) sono (o possono essere):

A) scritte o consuetudinarie (Gran Bretagna e Israele)

B) lunghe o brevi (attenzione però: la “lunghezza” attiene alla quantità ed alla qualità della materia costituzionale, non già al numero di articoli contenuti nel testo costituzionale);

C) compromissorie;

D) costitutive;

E) durature;

F) popolari, concesse (si pensi allo Statuto Albertino ed a gran parte delle Costituzioni liberali ottocentesche), **pattizie, plebiscitarie, imposte e condizionate (dalle forze “vincitrici” di un conflitto cui segue l'esercizio del potere costituente: in parte, è il caso della Costituzione italiana);**

F) collocate al vertice della “piramide delle fonti”;

H) garantite dal controllo di costituzionalità delle leggi svolto dalla Corte costituzionale (gli altri modi di difendere la costituzione sono il controllo politico di costituzionalità e il diritto di resistenza, questo'ultimo non formalizzato nella Costituzione italiana)

Costituzioni rigide e flessibili; Costituzione formale e Costituzione sostanziale

Le Costituzioni possono essere poi **I) rigide o II) flessibili**: tipico esempio di Costituzione rigida è la Costituzione repubblicana (per modificarla è necessario un procedimento “aggravato” o “solenne” e alcune sue parti non possono andare oggetto di modifica - ad. es., la forma repubblicana); tipico esempio di Costituzione flessibile è invece lo Statuto Albertino (anche una legge del Parlamento poteva - sebbene, invero, non era poi così semplice ed “automatico” - modificare la Costituzione). In altre parole, le Costituzioni flessibili erano tipica espressione della legolatria borghese (la legge del Parlamento, in cui siedono i rappresentanti della “nazione” (borghese), è il diritto e non esiste diritto al di fuori della legge; tutti gli altri poteri sono subordinati al Parlamento ed alle sue leggi: “il Parlamento può tutto, tranne trasformare un uomo in una donna” si soleva ripetere); le Costituzioni rigide sono caratteristiche della contemporaneità costituzionale, in cui le regole e i principi fondamentali di un ordinamento giuridico si sottraggono alla volontà “immediata” di maggioranze governative mai definitive.

Altra tipica distinzione è quella tra **costituzione formale e costituzione sostanziale**: la prima indica la Costituzione nel testo approvato dall'Assemblea costituente o da altro organo a ciò preposto; la seconda indica l'elemento fondamentale che sorregge la costituzione formale, ossia lo stesso modo di esistere dello Stato. Secondo Costantino Mortati, la Costituzione in senso materiale sta appunto ad indicare i fini politici fondamentali di una comunità e/o le forze politico-sociali in essa dominanti. In tal modo, la Costituzione materiale integra, senza disattendere, la Costituzione formale, dimostrando come il confine tra politica e diritto sia alquanto labile.

Prof. Antonio Gusmai - Dott. Franco Sicuro

Potere costituente e potere costituito

- La Costituzione non nasce dal diritto, ma da una determinata manifestazione di volontà politica, ossia come espressione di una certa “forza” espressasi all’interno di un determinato contesto storico-politico. Questa volontà politica è appunto il potere costituente. Si tratta di un potere originario, ossia che si legittima in via di fatto. Pur se di fatto esso spesso appartiene ad un’oligarchia (quando non proprio ad un autocrate), per il costituzionalismo il potere costituente appartiene al popolo. Una volta esercitato, il potere costituente si estingue, scompare. Tutte le decisioni successive sono espressione di poteri costituiti, in quanto si tratta di decisioni già previste o regolate dalla Costituzione (anche in caso di revisione o modifica costituzionale, a meno che non si modifichi il “nucleo duro”, ossia l’identità del precedente ordinamento costituzionale: per es., si aumentino a dismisura i poteri dell’Esecutivo a scapito di quelli del Parlamento).
- Il potere costituente è (relativamente) libero, non limitato da regole predefinite. Al contrario, il potere costituito è limitato dalle regole e dai principi fissati proprio a seguito dell’esercizio del potere costituente. Il potere costituente deve cessare di esistere: se fosse permanente, non avremmo una Costituzione.