

TEMISTOCLE MARTINES

DIRITTO PUBBLICO

**DECIMA EDIZIONE
RIVEDUTA E AGGIORNATA**

**da
LUIGI VENTURA**



Lefebvre Giuffrè

Sezione non inclusa

PARTE PRIMA
LINEAMENTI DI TEORIA GENERALE

Capitolo I

DIRITTO E ORDINAMENTO GIURIDICO

1. Concetto di ordinamento giuridico. — Ogni Stato ha (e non può non avere) un ordinamento giuridico, vale a dire un complesso di regole che valgono a disciplinare la realtà sociale (della quale esso — in un determinato momento storico — è espressione) nei suoi vari aspetti, da quello del rapporto fra i soggetti privati e fra questi e le pubbliche autorità a quello della tutela e della realizzazione degli interessi (politici, economici, sociali) ritenuti essenziali per un ordinato e razionale sviluppo della comunità statale, a quello dell'organizzazione e delle attribuzioni dei pubblici poteri.

Gli ordinamenti giuridici degli Stati contemporanei si caratterizzano per la loro *complessità* e per la loro *estensione*.

Sono ordinamenti *complessi* perché sono costituiti da numerose (e, spesso, eterogenee) fonti del diritto, che sarà pertanto necessario ricondurre a unità e armonizzare secondo regole prefissate. Sono *estesi* perché, a differenza degli ordinamenti degli Stati ottocenteschi, tendono a disciplinare settori sempre più ampi della società e a tutelare i valori e gli interessi in essa emergenti.

La complessità e l'estensione sono la diretta conseguenza di un nuovo modo di intendere i rapporti fra lo Stato e i cittadini, fra la sfera dell'autorità (i pubblici poteri) e quella della libertà (e dell'autonomia privata), secondo il quale lo Stato, in una società non più omogenea e ricca, fra l'altro, di nuovi fermenti, è chiamato a disciplinare, con le sue norme, rapporti e situazioni giuridiche che precedentemente (sempre secondo la concezione ottocentesca) erano ritenuti estranei al suo campo di azione (si pensi, al riguardo, ai settori dell'economia e della protezione sociale) e a salvaguardare interessi e valori (l'ambiente, la salute, la cultura, etc.) che la collettività ritiene ormai essenziali e meritevoli, pertanto, di essere tutelati con atti e provvedimenti delle pubbliche autorità.

Come si può bene intendere, il concetto di ordinamento giuridico non è, dunque, un concetto statico, ma appare essere in continua evoluzione. Fermo restando, infatti, che l'ordinamento giuridico è costituito dal complesso delle norme poste dalle fonti del diritto in un determinato periodo storico e in una data società (*profilo formale*), resta sempre da accertare a quali norme è da

assegnare il carattere della giuridicità (e dunque quali norme siano costitutive dell'ordinamento) o, in altre parole, quali siano i caratteri che distinguono la norma giuridica da altre norme o regole che giuridiche non sono e, in correlazione con ciò, quali siano, oggi, le fonti del diritto (*profilo sostanziale*).

2. La norma giuridica. — Occorre allora distinguere, nella congerie di regole che governano una comunità sociale e i soggetti che in tale comunità vivono e agiscono, quelle alle quali è da attribuire il carattere della giuridicità.

Ebbene, tale carattere discende da una serie di elementi intrinseci alla regola giuridica che possono essere così individuati: A) la *positività*; B) la *coattività*; C) l'*esteriorità*; D) la *generalità* e l'*astrattezza*.

A) La norma per essere giuridica deve essere *positiva* e cioè enunciare un interesse effettivamente vigente nella comunità o predisporre gli strumenti (organi e procedure) necessari per il soddisfacimento e la tutela di tale interesse. Così interpretato, il carattere della positività si connette strettamente a quello dell'*effettività*, intesa come concreta efficacia della norma. Ora, la norma è concretamente efficace quando riesce a ottenere un'obbedienza media da parte dei suoi destinatari, vale a dire quando è osservata spontaneamente dal maggior numero di coloro ai quali si indirizza, e ad assicurare il corretto e proficuo funzionamento degli istituti che essa disciplina. Assunta in un diverso significato, ma complementare al primo, la positività-effettività della norma sta a indicare la norma stessa non così come essa è posta nell'ordinamento, bensì com'è in concreto fatta valere e applicata nelle aule giudiziarie, negli uffici amministrativi, nei negozi fra i privati, in altri termini la norma così come essa è effettivamente vigente.

B) La norma giuridica è *coattiva* nel senso che, qualora l'interesse della comunità richiede la sua puntuale osservanza, l'ordinamento appresta gli strumenti (*sanzioni*) affinché il precetto normativo sia eseguito anche contro la volontà o in assenza della volontà del destinatario.

Nell'ipotesi in cui la violazione della norma sia di tale natura da impedire il soddisfacimento o la tutela, anche in via coattiva, dell'interesse, la norma diviene *coattiva* e si applica nell'applicazione di

Termine estratto capitolo

Capitolo II

IL SOGGETTO DI DIRITTO E LE SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

1. La soggettività giuridica; capacità giuridica e capacità di agire; persone fisiche e persone giuridiche; i diritti senza soggetto. — La norma giuridica, di regola, ha come oggetto un interesse umano, per cui si rivolge agli uomini che ne sono i naturali destinatari. In altre parole, le norme giuridiche considerano ogni persona un centro di imputazione di interessi, socialmente e giuridicamente rilevanti. Il riconoscimento e la conseguente imputazione di interessi operati dal diritto in capo a ogni essere umano comporta l'attribuzione di una serie di situazioni attive (dirette a tutelare e realizzare gli interessi) e passive (dirette a subire che altri tutelino e realizzino i loro interessi). Il complesso di queste situazioni costituisce quella che viene tecnicamente definita *soggettività giuridica* e il loro titolare, quale protagonista (attivo e passivo) della vita del diritto, diviene *soggetto di diritto*.

La capacità delle persone fisiche-soggetti di diritto di essere potenzialmente destinatarie delle norme che attribuiscono situazioni attive e passive viene definita *capacità giuridica* e si acquista — secondo quanto dispone l'art. 1 c.c. — dal momento della nascita. Può tuttavia avvenire che la legge attribuisca diritti ai concepiti, il cui acquisto effettivo è subordinato all'evento della nascita (si pensi alla capacità di succedere riconosciuta dall'art. 462 c.c. ai concepiti al momento della successione).

La capacità di essere destinatari delle norme (e degli effetti giuridici che a esse si ricollegano) acquista particolare rilievo nel diritto pubblico, non solo perché è questo il campo in cui la limitazione o l'esclusione della capacità giuridica possono avvenire (e sono storicamente avvenute) in relazione alla razza, alle opinioni politiche, alla religione, alla nazionalità, estendendosi talvolta anche ad alcuni rapporti di diritto privato, ma anche perché possono sorgere dubbi sull'attribuzione di situazioni giuridiche attive e passive ad alcuni soggetti. Si discute ad esempio, a questo riguardo, se gli stranieri e gli apolidi siano titolari di quei diritti (non politici) che la Costituzione, almeno nella formulazione letterale di alcuni suoi articoli (cfr. artt. 17 e 18), sembrerebbe riservare ai soli

cittadini; e, ancora, se il riconoscimento e la tutela costituzionale di certi diritti di libertà civile si estenda anche ai minori di età.

Dalla capacità giuridica va distinta la *capacità di agire*, che consiste nell'attitudine del soggetto a porre in essere direttamente (vale a dire senza l'interposizione di altri soggetti di diritto) atti produttivi di effetti giuridici e che si acquista — fatte salve alcune eccezioni — con il compimento del diciottesimo anno (maggiore età) (art. 2 c.c.). Pertanto, i minori di età, se sono titolari di tutte quelle situazioni giuridiche attive e passive non espressamente riservate ai maggiorenni, non possono — in quanto incapaci di agire — azionare direttamente dette situazioni e debbono necessariamente ricorrere a un rappresentante, cioè ad altra persona fisica predeterminata per legge (art. 320 c.c.), che agisce nel loro nome e per loro conto.

Oltre che alle persone fisiche, l'ordinamento attribuisce la soggettività giuridica anche a entità composte o da un'unione di persone costituitasi in vista del conseguimento di un interesse comune (*associazioni* o *corporazioni*) ovvero a una struttura organizzativa idonea a soddisfare gli interessi di persone determinate o determinabili (*fondazioni* o *istituzioni*). Tali entità vengono definite *persone giuridiche*, non perché anche le persone fisiche non siano entità giuridiche, bensì per sottolineare che tali *persone* non esistono nel mondo reale e sono soltanto una creazione del diritto.

Le persone giuridiche — a differenza delle persone fisiche — possono essere pubbliche o private, a seconda dei fini che esse perseguono. La distinzione tuttavia non è sempre agevole, sia perché può avvenire che interessi pubblici siano perseguiti mediante enti a struttura privatistica e sia perché la natura del fine non è alle volte determinata o determinabile, per cui è necessario ricorrere ad alcuni criteri ausiliari che valgono a confermare che il fine perseguito è pubblico in quanto, se non ci fosse la persona giuridica, lo Stato, che è ente per definizione a fini generali, lo perseguirebbe direttamente.

Destinatari delle norme giuridiche possono anche essere entità alle quali l'ordinamento non ricollega necessariamente la soggettività giuridica. Il fenomeno è rilevante sia in diritto privato sia in diritto pubblico. Si pensi, per il diritto privato, alla comunione legale fra i coniugi, al condominio negli edifici, all'eredità giacente, alle c.d. società di persone, all'impresa; e, per il diritto pubblico e con particolare riguardo alle disposizioni costituzionali, al popolo (cui l'art. 1 attribuisce la titolarità della sovranità), alle minoranze linguistiche (oggetto di particolare tutela: art. 6), alla famiglia legittima (della quale la Repubblica riconosce i diritti: art. 29), ai

sindacati non registrati (art. 39), alle comunità di lavoratori e di utenti (art. 43), ai partiti politici (art. 49), alle « popolazioni interessate » (artt. 132 e 133). Sono, queste, figure giuridiche soggettive che non possono qualificarsi — almeno secondo la concezione tradizionale che peraltro appare ormai, per alcuni aspetti, superata — come veri e propri *soggetti di diritto*, bensì come entità alle quali, ciò nonostante, l'ordinamento attribuisce situazioni giuridiche attive e passive, forme di tutela, legittimazioni processuali.

2. Gli enti pubblici. — Particolare rilevanza assumono in questo quadro, e ai nostri fini, le *persone giuridiche pubbliche*. Volta a volta, i criteri per identificare tali persone sono stati individuati nell'esistenza di un controllo dello Stato sull'attività dell'ente, nell'ingerenza dello Stato nella nomina e nella revoca dei dirigenti, nella difesa in giudizio dell'ente da parte dell'avvocatura dello Stato, nell'attribuzione di un potere di imperio, nella coincidenza dei loro fini con quelli dello Stato, etc.; ma nessuno di tali criteri è risultato soddisfacente e, comunque, peculiare. Si è così giunti ad affermare (GIANNINI M.S.) che non esiste nel nostro diritto positivo un tipo di ente che possa essere considerato pubblico per la presenza di caratteri giuridici sicuramente definibili, ma esistono più « moduli positivi » di enti pubblici: gli enti indipendenti dallo Stato (enti territoriali, ordini e collegi professionali); gli enti ausiliari (distinti, a loro volta, in enti strumentali, di servizi, di disciplina di settore); gli enti pubblici economici o imprenditoriali (come un tempo la Banca nazionale del lavoro o l'Istituto nazionale delle assicurazioni), che a partire dall'inizio degli anni novanta e progressivamente hanno perso la natura pubblicistica, già in seguito alla loro trasformazione in società per azioni.

Secondo poi una tesi diversa (ROSSI G.), la natura pubblica dell'ente sarebbe determinata dal suo carattere necessario, nel senso che sarebbe pubblico l'ente la cui esistenza è considerata essenziale da un ente territoriale, che vi intrattiene quindi rapporti connessi a tale valutazione. Occorre allora definire in che cosa consiste il carattere della necessità e stabilire a chi spetti decidere sull'esistenza o sulla sussistenza di siffatto carattere. Soccorre a tale riguardo, nel diritto positivo, l'art. 3, co. 1, della legge n. 70/1975 (*Disposizioni sul riordinamento degli enti pubblici e del rapporto di lavoro e del personale dipendente*), a norma del quale « Il Governo della Repubblica entro tre anni dall'entrata in vigore della presente legge è delegato a emanare decreti aventi valore di legge contenenti l'elenco degli enti ritenuti necessari ai fini dello sviluppo economico, civile, culturale e democratico del Paese... ». Sarebbero dunque enti

pubblici — stando alla lettera della disposizione ora citata — quelli necessari allo sviluppo economico, civile, culturale e democratico del Paese. Criterio, questo, meramente soggettivo, rimesso cioè alla valutazione del Governo quale legislatore delegato, che assume dunque — come osserva lo stesso Rossi — carattere politico, come tale storicamente determinabile ma anche variabile in connessione ai diversi indirizzi politici, e che può essere accolto, entro questi limiti, soltanto come indicativo.

Invece di ricercare un criterio sicuro e obiettivo per qualificare come pubblico un ente, criterio che, per le ragioni già dette, è di ardua e incerta formulazione, conviene piuttosto esaminare i vari « tipi » di enti pubblici. Tale classificazione può essere formulata tenuto conto della dimensione degli interessi dei quali l'ente assume la cura e della natura dei fini perseguiti. Adottando questa regola, vengono per primi in considerazione gli *enti territoriali* (Regioni, Province, Comuni e ora anche le Città metropolitane), cioè quegli enti rispetto ai quali il territorio costituisce il centro di riferimento (la dimensione territoriale) degli interessi della collettività su di esso stanziata e, dunque, uno dei loro elementi costitutivi e i cui fini (in quanto propri di una collettività) sono generali, sia pure in una dimensione territorialmente delimitata. Tutti gli altri enti non hanno il territorio come centro di riferimento degli interessi e non perseguono, per ciò solo, interessi generali. Essi vengono creati dagli enti territoriali (e, in particolare, dallo Stato, ente territoriale e a fini generali per eccellenza), nei confronti dei quali si instaura un rapporto di dipendenza variamente configurato (controlli, vigilanza, potere di nomina degli amministratori, finanziamento, etc.), affinché svolgano determinate funzioni per il soddisfacimento di determinati interessi. Si ha in tal modo una *specializzazione* delle strutture pubbliche per lo svolgimento di peculiari attività amministrative o finali non facilmente espletabili, specie per le loro caratteristiche tecniche, mediante le ordinarie strutture dirette dello Stato (o delle Regioni o degli enti locali).

Seguendo tali indicazioni, possiamo molto schematicamente classificare gli *enti pubblici non territoriali* (con l'avvertenza che si tratta pur sempre di una classificazione suscettibile di modificazioni o integrazioni) come segue:

a) *enti pubblici economici*, che svolgono un'attività diretta alla produzione di beni o servizi. **Termine estratto capitolo** o criteri imprenditoriali;

Capitolo III

LO STATO

1. Lo Stato-istituzione. — La pluralità dei gruppi sociali e, conseguentemente, degli ordinamenti giuridici, fa sorgere il problema dell'identificazione dello *Stato* e del suo *ordinamento giuridico*, che costituisce l'oggetto specifico del nostro studio.

In una prima approssimazione possiamo affermare che lo *Stato* è un ordinamento giuridico *originario*, *a fini generali* e dotato di un *apparato autoritario posto in posizione di supremazia*.

Perché si abbia uno Stato occorre, altresì, che l'ordinamento sia su *base territoriale*. Ciò significa che, assieme al gruppo sociale (elemento umano) e all'apparato autoritario, deve esistere anche un elemento materiale, appunto il *territorio*, come centro di riferimento degli interessi comunitari che in esso trovano la loro collocazione. A ben guardare, infatti, uno Stato senza territorio non è neppure astrattamente pensabile, perché mancherebbe un elemento essenziale che rappresenta un fattore di aggregazione e di stabilità.

Possiamo allora definire lo *Stato* come *un ordinamento giuridico originario, a fini generali e a base territoriale, dotato di un apparato autoritario posto in posizione di supremazia*. Questa definizione, valendo a individuare fra i vari gruppi sociali quello al quale convenzionalmente si è dato il nome di Stato, consente anche di distinguere lo Stato dagli altri ordinamenti giuridici. Così lo Stato si distingue dagli altri ordinamenti originari (indipendenti, cioè, quanto alla loro fonte, dagli altri) perché è un ordinamento a fini generali, mentre gli altri ordinamenti, ancorché originari, si pongono il perseguimento di fini particolari (si pensi, ad esempio, all'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica). L'ordinamento giuridico statale si distingue, poi, dagli altri ordinamenti su base territoriale in esso compresi perché questi ultimi non hanno il carattere delle originarietà, dal momento che dipendono, per la loro validità, dal primo. Le circoscrizioni territoriali minori in cui lo Stato può suddividersi possono, infatti, esercitare la potestà di costituire autonomamente il loro ordinamento soltanto nei limiti preventivamente stabiliti dall'ordinamento dello Stato.

2. Gli elementi costitutivi dello Stato. — Dalle osservazioni che precedono risulta che, perché si abbia uno Stato, sono necessari tre elementi: *A*) il territorio; *B*) il popolo; *C*) la sovranità.

A) Il territorio. È costituito dalla terraferma e dalle acque interne (fiumi, laghi, mari interni) e, inoltre, dallo spazio aereo sovrastante, dal sottosuolo e da quel tratto di mare adiacente alle coste (e che comprende anche le profondità subacquee) che è denominato « mare territoriale ».

Il territorio è delimitato dai confini che possono essere *naturali* (ad esempio, la catena delle Alpi), nel senso che le convenzioni internazionali possono assumere elementi naturali per porli come linea di demarcazione tra due Stati; oppure *artificiali*, quando la linea di confine è fissata non avvalendosi di elementi naturali ma di opere dell'uomo (ad esempio, un reticolato).

Nel caso di confini naturali, la linea di confine, in mancanza di particolari convenzioni fra gli Stati limitrofi: *a*) se trattasi di una catena di montagne, è data dalla linea che congiunge le vette più elevate; *b*) se due Stati sono divisi da un fiume navigabile, coincide con la linea della più alta o forte corrente (la c.d. *linea Talweg*) per consentire ai due Stati la navigazione riviérasca; se, invece, il fiume non è navigabile, con la linea mediana del medesimo; *c*) nei laghi, è data dalla linea retta che unisce i punti terminali del confine in terra ferma.

L'estensione del mare territoriale è variabile da Stato a Stato, con un minimo di 3 miglia marine e un massimo di 12-15 miglia, a partire dalla linea della più bassa marea e seguendo l'andamento delle coste. Il codice della navigazione italiano fissa l'estensione del mare territoriale in 12 miglia. Al di là del mare territoriale (nel quale lo Stato fa valere la propria sovranità), si estende il mare libero (o alto mare), non soggetto alla sovranità di alcun Stato.

Strettamente collegati al territorio sono gli istituti dell'*extraterritorialità* e dell'*immunità territoriale*.

L'*extraterritorialità* è una finzione giuridica in base alla quale le navi e gli aeromobili sono generalmente assoggettati alla legge dello Stato di cui battono bandiera. Tale regola è assoluta per le navi e gli aeromobili militari, mentre per le navi e gli aeromobili mercantili essa è applicata soltanto quando si trovino in alto mare o nello spazio aereo non soggetto alla sovranità di alcun Stato. Agli effetti della legge penale, poi, « le navi e gli aeromobili italiani sono considerati come territorio dello Stato, ovunque si trovino, salvo che siano soggetti, secondo il diritto internazionale, a una legge territoriale straniera » (art. 4, co. II, c.p.).

L'*immunità territoriale* si ha quando una porzione del territorio statale risulta parzialmente immune o esente dalla potestà d'imperio dello Stato. I casi più frequenti di immunità territoriale sono dati dalle sedi delle rappresentanze diplomatiche straniere e da ogni luogo in cui risieda, anche temporaneamente, l'agente diplomatico; in tali luoghi, lo Stato, per una norma di diritto internazionale consuetudinaria, non può esercitare la sua potestà di imperio, a meno che non vi acconsenta l'agente diplomatico stesso.

Il territorio può essere assunto come elemento costitutivo, oltre che dello Stato, anche di altri enti (nel nostro ordinamento Regione, Città metropolitana, Provincia, Comune) che, appunto, vengono detti *territoriali* per significare che il territorio rappresenta per essi una condizione essenziale per la loro giuridica esistenza, a differenza di quanto avviene per gli enti *non territoriali* (Camere di commercio, enti pubblici economici, etc.), per i quali il territorio costituisce soltanto l'ambito di esercizio della loro competenza.

B) *Il popolo*. È costituito dalla comunità di tutti coloro ai quali l'ordinamento giuridico statale assegna la qualità di cittadino.

L'art. 1 della legge n. 91/1992 dispone al riguardo che « È cittadino per nascita: a) il figlio di padre o di madre cittadini; b) chi è nato nel territorio della Repubblica se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge dello Stato al quale questi appartengono ». È altresì considerato cittadino per nascita il figlio di ignoti trovato nel territorio della Repubblica, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza.

La legge sopra citata determina poi altri casi di acquisto della cittadinanza. Così, ad esempio, acquistano la cittadinanza: il minore straniero adottato da cittadino italiano; il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano, qualora ne faccia istanza e in presenza di determinate condizioni e, sempre in presenza di determinate condizioni, lo straniero o l'apolide del quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono stati cittadini italiani.

Così come si acquista, la cittadinanza può essere perduta nei casi indicati nella legge in esame (art. 12).

Dal popolo, inteso come il complesso dei cittadini, va distinta la *popolazione* dello Stato, termine con il quale si indica l'insieme di tutti coloro (cittadini, stranieri, apolidi) che in un dato momento risiedono stabilmente sul territorio dello Stato e sono sottoposti alle sue leggi. La consistenza della popolazione viene accertata

periodicamente dall'ISTAT (Istituto nazionale di Statistica) mediante un censimento, che, dal 2018, non si svolge più con cadenza decennale e su base generale, bensì con cadenza annuale e su base campionaria.

Stranieri sono i cittadini di un altro Stato. Essi sono sottoposti alle leggi dello Stato, in particolare per quanto riguarda l'ingresso, il soggiorno, l'espulsione, e sono titolari delle situazioni giuridiche attive e passive non riservate espressamente dalla Costituzione e dalle leggi ai cittadini.

Apolidi sono coloro che non hanno la cittadinanza di alcun Stato; sono anch'essi sottoposti alle leggi dello Stato e godono dei diritti civili. Va notato che la legge sulla cittadinanza tende a eliminare l'apolidia, stabilendo che il figlio di apolidi nato in Italia acquista la cittadinanza italiana.

Dal popolo va ancora distinta la *nazione*, che sta a designare un'entità etnico-sociale caratterizzata dalla comunione di razza, di lingua, di cultura, di costumi, di tradizioni, di religione fra coloro che la compongono. Questa entità, oltre a escludere ogni visione particolaristica, preesiste allo Stato e ne costituisce una delle basi sociologiche che ne promuovono la formazione come gruppo sociale, assicurandone la permanenza nel tempo. Dalla distinzione fra popolo e nazione deriva che possono esservi Stati i cui cittadini appartengono a più nazioni (*Stati plurinazionali*). Basti pensare al Belgio (fiamminghi, valloni), e, in certa misura, alla Svizzera, alla Gran Bretagna e alla Spagna, oltre che, per il recente passato, alla ex Jugoslavia.

L'Italia, che non può essere considerata uno Stato plurinazionale, data la scarsa consistenza numerica dei suoi cittadini appartenenti a gruppi etnici diversi per lingua, tradizioni, costumi (francesi, in Valle d'Aosta; tedeschi, nella Provincia di Bolzano; slavi, in alcune zone del Friuli-Venezia Giulia), tutela con apposite norme le minoranze linguistiche (art. 6 Cost.); più in generale, la lingua non può costituire fattore di discriminazione fra i cittadini davanti alla legge (art. 3 Cost.). Da ultimo va ricordato che, a norma dell'art. 51 Cost., « La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica » (vale a dire gli appartenenti alla nazione italiana che siano cittadini di un altro Stato).

C) *La sovranità*. L'attributo della sovranità, come proprio dello Stato, può essere inteso in due diversi significati, anche se fra loro collegati. Termine estratto capitolo

Capitolo IV

L'ORGANIZZAZIONE DELLO STATO

1. Le funzioni dello Stato. — Si è già detto che lo Stato-apparato è costituito dall'insieme dei *governanti*, i quali esercitano la loro autorità mediante *atti tipici*. Gli atti dell'autorità sono, pertanto, il risultato delle determinazioni volitive di persone fisiche. Ora, la scelta dei governanti, le procedure per l'emanazione degli atti, i fini che si vogliono raggiungere devono rispondere a criteri di coerenza e di efficienza, cui deve uniformarsi l'azione dello Stato. In altri termini, l'organizzazione e il modo di svolgimento delle attività di governo devono essere sottoposti al diritto.

L'attività complessiva diretta alla produzione degli atti dell'autorità viene definita *funzione*.

Va, a questo punto, osservato che se si fa riferimento, più in generale, alla produzione di norme giuridiche e di atti amministrativi, le relative funzioni sono attribuite, nel nostro ordinamento, oltre che allo Stato, anche ad altri ordinamenti e, in particolare, alle Regioni, alle Città metropolitane, alle Province e ai Comuni, come condizione essenziale perché essi possano disciplinare la loro organizzazione e perseguire i loro fini. Si vedano, in proposito, gli artt. 117 e 118 Cost., e i corrispondenti articoli degli statuti delle Regioni a statuto speciale.

Guardando adesso, più da vicino, all'attività posta in essere nell'esercizio delle varie funzioni avremo che:

a) con la *funzione legislativa* (intesa in senso ampio, come comprensiva anche dell'attività diretta alla produzione di norme non contenute in atti formalmente legislativi: si pensi ai decreti-legge, ai decreti legislativi e ai regolamenti), lo Stato pone le norme costitutive dell'ordinamento giuridico;

b) con la *funzione amministrativa*, lo Stato svolge un'attività effettiva e concreta diretta al soddisfacimento dei suoi fini immediati: i rapporti internazionali, la sicurezza pubblica, l'amministrazione finanziaria, il benessere economico, l'elevamento culturale, la difesa del territorio, etc.;

c) con la *funzione giurisdizionale*, lo Stato accerta la volontà normativa da far valere in un caso concreto, « allo scopo di eliminare lo stato di dubbio che si sia determinato in ordine alla qualificazione da dare al caso stesso, oppure di mettere in atto le

sanzioni previste nell'ipotesi che la volontà della legge non sia stata osservata, assicurando così la certezza del diritto e la reintegrazione dell'ordine giuridico violato » (MORTATI).

È qui da osservare che le funzioni legislativa e amministrativa vengono, in uno Stato regionale come il nostro, suddivise la prima fra lo Stato e le Regioni mediante una ripartizione di competenze e la seconda fra i Comuni, le Province, le Città metropolitane, le Regioni e lo Stato, secondo, come si vedrà a suo luogo, il principio di *sussidiarietà*.

Accanto alle tre funzioni sopra menzionate si porrebbe poi, secondo alcuni autori (per tutti, MORTATI), una quarta funzione, quella di *indirizzo politico*, che risponderebbe all'esigenza che la distribuzione dei vari compiti statali fra molteplici organi forniti di autonomia e il loro esercizio nella successione nel tempo vengano preceduti da un momento di impulso unitario e di coordinamento, affinché essi si svolgano per tutto il periodo necessario ad assicurare il risultato che se ne attende. Ora, l'impulso unitario e il coordinamento di cui si è detto consistono nella determinazione dei fini dell'azione statale e nella predisposizione dei mezzi finanziari e degli strumenti organizzativi necessari per perseguirli, a opera degli organi di indirizzo politico che, nelle forme di governo parlamentari, sono il Parlamento e il Governo. Nei limiti dei poteri loro attribuiti dalla Costituzione e dalle leggi, anche Regioni, Province e Comuni, in quanto enti preposti alla cura di interessi pubblici, hanno un indirizzo politico, operano cioè scelte e apprestano mezzi finanziari e strumenti organizzativi, e in questo senso sono dotati di *autonomia politica*, volendo con ciò significare che possono determinare la loro azione di governo anche in maniera difforme da quella dello Stato, purché naturalmente non in contrasto con l'armonia e la coesione dell'ordinamento, volute dalla Costituzione al fine di assicurarne l'unitarietà.

2. Il principio della separazione dei poteri e le interferenze funzionali. — Collegando le funzioni ai modi (gli *atti formali*) in cui si manifesta l'autorità dello Stato, possiamo affermare che esse consistono — se si esclude un'autonoma funzione di indirizzo politico — nelle tre di cui sopra si è detto. E poiché ciascuna funzione è affidata a uno o più organi, ne consegue che alla distinzione delle funzioni corrisponderà la distinzione degli *organi* in *legislativi*, *amministrativi* e *giurisdizionali*.

Gli organi ai quali viene attribuita la medesima funzione costituiscono un *potere*, intendendo in tal caso il potere come una figura organizzatoria composta da un organo o da più organi fra loro

collegati ai quali l'ordinamento assegna l'esercizio di una frazione dell'autorità. Questo principio organizzatorio sta a fondamento dello Stato liberale, così come esso è sorto e si è evoluto nel corso dei secoli XVIII e XIX: all'accentramento del potere in una sola persona, il sovrano (proprio dello Stato assoluto), si sostituisce la suddivisione del potere fra più organi. Il potere dello Stato, pur restando, per sua stessa natura, unitario e unificante (sono infatti i modi mediante i quali il potere si manifesta e si fa valere, vale a dire le funzioni, che possono essere distinti), viene ripartito fra più organi per garantire che esso non venga più esercitato in maniera arbitraria o, comunque, incontrollata. Il principio della *separazione dei poteri* va, dunque, letto in questa chiave e, così inteso, è accolto nella nostra Costituzione che non lo enuncia espressamente, ma si limita a indicare quali sono gli organi ai quali viene attribuito l'esercizio delle tre funzioni statali, secondo un criterio di prevalenza (al Parlamento la funzione legislativa, al Governo e agli organi da esso dipendenti la funzione amministrativa, ai magistrati ordinari la funzione giurisdizionale); ma, al tempo stesso, non esclude (anzi espressamente prevede) che la stessa funzione possa essere esercitata da organi diversi da quelli ai quali è stata istituzionalmente attribuita (c.d. *interferenze funzionali*). Ogni potere, poi, emana i propri atti con una *forma tipica* e, precisamente, quella della *legge* (*potere legislativo*), del *decreto* (*potere esecutivo*) e della *sentenza* (*potere giudiziario*). Tali atti — come si è osservato — sono dotati ciascuno di una propria efficacia.

Una rigida separazione dei poteri non è però in concreto attuabile. Infatti, se ogni potere esercitasse esclusivamente la funzione a esso attribuita, non verrebbe realizzata un'esigenza fondamentale di ogni Stato bene organizzato, che è quella della *coordinazione* fra i vari poteri, date le ineliminabili interferenze fra funzioni che sono destinate a comporsi a unità e la necessità di ordine tecnico-politico che un potere ponga in essere atti sostanzialmente diversi da quelli che gli sono propri. Si rende quindi necessario operare degli « spostamenti di competenza », al fine di assicurare un più ordinato e armonico svolgimento delle funzioni statali.

In particolare, le *interferenze funzionali* si possono ordinare, nel nostro sistema costituzionale, secondo il seguente schema:

a) il potere legislativo svolge funzioni sia *materialmente amministrative* (come, ad esempio, la nomina dei dipendenti delle

Camere) sia *materialmente giurisdizionali* (si pensi al procedimento per porre in stato di accusa il Presidente della Repubblica). Le Camere svolgono inoltre, istituzionalmente, un'attività di direzione politica mediante atti formalmente legislativi (le c.d. « leggi di indirizzo politico ») e le procedure di indirizzo, di controllo e di informazione, nell'ambito del rapporto fiduciario che le lega al Governo (si pensi, ad esempio, alle mozioni di fiducia e di sfiducia, alle interrogazioni, alle interpellanze e alle inchieste e alle c.d. « direttive parlamentari »);

b) il potere esecutivo svolge funzioni *materialmente legislative* quando adotta atti aventi un'efficacia pari a quella della legge del Parlamento (decreti-legge e decreti legislativi) o un'efficacia inferiore (i regolamenti).

Si noti poi che alcuni organi della giurisdizione amministrativa — che non appartengono formalmente al potere (ordine) giudiziario, costituito soltanto da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario (art. 102, co. I, Cost.) — sono ancora, almeno in parte, collegati al Governo per quel che riguarda la loro composizione (così, ad esempio, i magistrati del Consiglio di Stato e della Corte dei conti sono, per una certa quota, nominati dal Governo), anche se i magistrati delle giurisdizioni amministrative, facendo leva sull'art. 108, co. II, Cost., tendono ad accentuare il loro distacco dagli organi del potere esecutivo e, in specie, dal Governo e se ulteriori garanzie di indipendenza sono previste, per i magistrati del Consiglio di Stato, nella legge n. 186/1982 e, per i magistrati della Corte dei conti, nell'art. 10 della legge n. 117/1988 e dalla legge n. 205/2000;

c) il potere giudiziario svolge funzioni *materialmente amministrative* mediante provvedimenti rientranti nella c.d. *volontaria giurisdizione* (autorizzazione ai minori ad acquistare o alienare beni immobili, omologazione di un concordato, nomina di un tutore, etc.); mentre nel nostro ordinamento, che si ispira al sistema della legalità, è del tutto precluso ai magistrati di creare la norma da applicare al caso concreto, cioè di svolgere funzioni *materialmente legislative*.

3. Gli organi e la loro classificazione. — A differenza della persona fisica (e delle persone giuridiche e pubbliche) sono una

Termine estratto capitolo

Capitolo V

FORME DI STATO E FORME DI GOVERNO

1. Nozione di forma di Stato; Stato feudale, assoluto, moderno, sociale. — Per « forma di Stato » si intende « il rapporto fra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati, e quindi il vario modo di realizzarsi della correlazione tra autorità e libertà » (MORTATI). La distinzione che si suole fare delle forme di Stato in Stato feudale, assoluto, moderno, sociale, è fondata, appunto, sulla diversa misura in cui, in ciascuna di esse, viene assicurata la *partecipazione dei governati* alla direzione politica dello Stato.

Nello *Stato feudale*, nel quale non esiste una netta linea di demarcazione fra diritto pubblico e diritto privato, il territorio è patrimonio del sovrano e dei vari feudatari e il primo si limita a impersonare l'unità dei rapporti di vassallaggio in un ordinamento che si regge su una pluralità di comunità politiche autonome non coordinate fra loro, a tal punto che è stato sostenuto (CALASSO) che lo Stato era pienamente esautorato e in via di progressiva disintegrazione.

Lo *Stato assoluto* costituisce la reazione al particolarismo feudale, sostituendo il rigido accentramento alla pluralità dei centri di potere. Ciò richiede la creazione di un apparato autoritario, con al vertice il monarca, quale fonte di ogni altro potere politico, che, se da un lato tende a distruggere o ad assorbire le varie componenti dello Stato feudale, dall'altro è, per ciò stesso, portato a tutelare gli interessi espressi da una società non più suddivisa e nella quale cominciano a farsi valere alcuni diritti dei singoli, anche nei confronti dello Stato.

Il superamento dello Stato assoluto si ha alla fine del Settecento, con l'assunzione del potere da parte di una classe sociale, la *borghesia*, che ha ormai acquistato, anche in seguito alla sua ascesa economica, una forza politica tale da consentirle di governare lo Stato da sola (come nell'America del Nord, dove le colonie inglesi si staccano dalla madrepatria) ovvero assieme al monarca, fortemente limitato, peraltro, nei suoi poteri da una serie di documenti costituzionali.

I principi sui quali si fonda questa forma di Stato, detto *moderno*, o *di diritto*, sono in buona parte contenuti nelle « Dichiarazioni

zioni dei diritti » dei coloni inglesi del Nord America e nella « Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino » del 1789, oltre che nella « Dichiarazione di indipendenza » emanata dal Congresso di Filadelfia del 1776. Lo Stato moderno assume come propri i principi dell'*eguaglianza formale*, della *tutela dei diritti fondamentali*, dell'*autorità legittimata dal consenso dei governati* e si dà *costituzioni scritte*, nelle quali questi principi sono solennemente proclamati. Si tratta di un deciso passo in avanti, al quale contribuiscono non poco le dottrine liberali del XVIII e del XIX secolo, miranti, da un lato, a delimitare la sfera di azione dello Stato nei confronti dell'individuo e, dall'altro, a distribuire il potere fra i vari organi dell'apparato autoritario in modo da evitare gli arbitrii dei governanti (sempre possibili quando l'autorità è accentrata in un solo organo) giacché — come scriveva Montesquieu — « *pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir* ».

L'evoluzione dello Stato moderno è caratterizzata, sul piano giuridico, dalla progressiva estensione del *suffragio* (fino a giungere al suffragio universale) e dalla conseguente costituzione, accanto ai partiti politici di *élites*, dei *partiti di massa*.

Il secondo dopoguerra (facendo fruttare il seme sparso dalla Costituzione tedesca del 1919 e alcuni interventi statali nel settore dell'economia negli Stati Uniti d'America, soprattutto in seguito alla grande crisi del 1929) segna il passaggio dallo Stato moderno allo *Stato sociale*. Quest'ultima forma di Stato (che è pur sempre una proiezione dello Stato di diritto) si caratterizza per l'azione dei pubblici poteri diretta a promuovere il benessere dei cittadini (*Welfare State*, *Sozialstaat*), mediante un intervento programmato sempre più esteso nelle attività economico-sociali o nel campo della protezione sociale. Lo Stato sociale esalta, infatti, le sue varie componenti per sollecitarne la partecipazione e il consenso e non fa leva soltanto sulle libertà civili e politiche e sull'eguaglianza formale, ma anche su una più equa distribuzione dei redditi, presupposto essenziale per il conseguimento di un'*eguaglianza sostanziale* di tutti i governati, e sulla costituzionalizzazione dei diritti sociali. Lo Stato sociale presenta però, ormai, alcuni elementi di crisi, soprattutto nelle grandi democrazie occidentali (Stati Uniti e Gran Bretagna) e almeno per quel che riguarda la sua componente assistenziale. Ciò ha importato il ritorno, sia pure parziale, in mani private di alcuni settori di attività economiche (c.d. « privatizzazio-

ni »), nel presupposto che le leggi del libero mercato siano più efficienti delle leggi che regolano il governo pubblico dell'economia, e dei servizi sociali, affidati anch'essi in parte alla libera iniziativa privata.

Un'ulteriore forma di Stato si rinviene nel c.d. « *Stato socialista* » o del « socialismo reale », proprio, fino a qualche tempo addietro, soprattutto degli Stati dell'Est europeo, che si caratterizzava per la collettivizzazione dei mezzi di produzione (con la conseguente, incisiva limitazione della proprietà privata), per l'esistenza di un partito unico, il partito comunista (tutt'al più fiancheggiato, in alcuni ordinamenti, da partiti satelliti) e per la prevalenza assegnata al principio di eguaglianza sostanziale rispetto a quello delle libertà civili e politiche.

Tale forma di Stato è ormai presente soltanto (dopo gli eventi che si sono succeduti a partire dal 1989) nella Repubblica popolare cinese, a Cuba, nella Corea del Nord, nel Vietnam e nel Laos, Stati nei quali sono peraltro in atto significative riforme sia nel campo del sistema economico sia in quello delle strutture di governo.

2. Stati unitari e Stati composti. — Secondo un criterio secondario, rispetto a quello ora enunciato, gli Stati possono distinguersi in *unitari* e *composti*. Si ha lo *Stato unitario* quando il potere sovrano è attribuito dall'ordinamento esclusivamente allo Stato nel suo complesso (anche se questo può articolarsi, nel suo interno, in minori enti territoriali dotati di autonomia, quali le Regioni, le Province e i Comuni, secondo i principi del decentramento); si ha invece lo *Stato composto* quando più Stati si uniscono fra loro per dar vita a un nuovo ente, in favore del quale rinunciano alla loro originaria sovranità, pur conservando, per certi aspetti, alcuni poteri che di questa sono espressione.

Unica forma ormai rimasta di Stato composto è lo *Stato federale*, che si ha quando più Stati si uniscono per costituire un ordinamento statale a essi sovrapposto, al quale conferiscono determinati poteri sovrani relativi alle relazioni internazionali, alle forze armate, alla moneta, alle comunicazioni, allo sviluppo economico; oppure quando uno Stato si trasforma in Stato federale; di modo che i rapporti fra lo Stato centrale e gli Stati che compongono lo Stato federale (detti Stati-membri, *Länder*, Cantoni) se da un lato risultano improntati al rispetto di quella parte della sfera di sovranità di cui questi ultimi sono rimasti titolari (e che comprende le tre funzioni fondamentali), dall'altro vedono lo Stato centrale in

una posizione di supremazia, che tende a rafforzarsi e trova la sua motivazione nella necessità che i poteri degli Stati-membri vengano compressi a vantaggio di quelli dello Stato centrale, al fine di consentire che questo, soprattutto nei campi della politica economica, delle relazioni internazionali e della legislazione, adotti un indirizzo unitario (cosicché si mette ormai in forse la stessa distinzione fra Stato Unitario e Stato federale, attribuendo a quest'ultimo la natura di « sottotipo » del primo). È anche da rilevare che si sono da tempo affermati (almeno negli Stati Uniti, nella Germania federale e in Austria) forme di collaborazione paritaria, ai vari livelli, fra Stato centrale e Stati-membri, secondo il modello del c.d. *federalismo cooperativo*.

3. Stati accentrati e Stati decentrati. — A sua volta, lo Stato unitario tende a trasformarsi da Stato rigidamente *accentrato* (quale era, almeno nella maggior parte dell'Europa, nel corso del 1800 e dei primi decenni del Novecento), in cui le tre funzioni fondamentali sono esercitate da organi dello Stato-soggetto (ben pochi margini di autonomia e di autarchia restando ai minori enti territoriali, laddove essi esistevano), in *Stato decentrato*, in cui non solo vengono potenziate e garantite le preesistenti autonomie locali, ma si attua anche un'ulteriore e più intensa forma di decentramento mediante la creazione di un ente, la Regione, al quale vengono conferite la potestà di legiferare (entro limiti prestabiliti) in determinate materie e la corrispondente potestà amministrativa (ma non la funzione giurisdizionale, che resta di esclusiva spettanza dello Stato, a garanzia dell'unitarietà dell'ordinamento). La forma di Stato così intesa si caratterizza come *Stato regionale* ed è prevista nella nostra Costituzione, anche se, per molti anni, essa non è stata del tutto realizzata. A questo fine è intervenuta la revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione introdotta con legge cost. n. 3/2001 (v. *infra* Le autonomie territoriali).

Da quanto detto risulta che il *decentramento* di uno Stato può andare da un massimo (che si ha nello Stato federale, il quale attribuisce al suo interno il potere sovrano — nei limiti sopra accennati — agli Stati membri) a una forma intermedia (propria degli Stati regionali, nei quali le Regioni esercitano le funzioni legislative e

Termine estratto capitolo

come sarà meglio speci-

Capitolo VI

LA COSTITUZIONE

1. Concetto e « tipi » di Costituzione. — A conclusione di questa prima parte dobbiamo adesso prendere in esame il concetto di « costituzione ». A questo riguardo, importa rilevare che in ogni gruppo sociale è possibile distinguere una struttura organizzativa essenziale e un fine (o un complesso di fini) che stanno alla base del suo ordinamento. In altri termini, ogni gruppo sociale si pone un fine o più fini da raggiungere e si dà un'organizzazione volta al loro raggiungimento.

Ne consegue che anche lo Stato, in quanto gruppo sociale organizzato, ha, e non può non avere, una « costituzione » che, in questo primo significato, va intesa come *assetto fondamentale*. È da notare, a questo riguardo, che l'assetto fondamentale di uno Stato è il frutto dell'ideologia dominante al suo interno in un dato momento storico e del modo in cui, di conseguenza, sono venuti a comporsi (anche mediante compromesso) le varie parti della società statale (in questo senso, si parla di costituzione ispirate all'ideologia liberal-democratica o all'ideologia marxista-leninista, senza contare il recente fenomeno di costituzioni fondate su credi religiosi, come, ad esempio, nell'Iran, la cui costituzione è ispirata al c.d. « fondamentalismo islamico »).

In un secondo significato, la costituzione sta a indicare la traduzione in termini normativi dell'assetto fondamentale. Siffatta traduzione appare necessaria per assicurare la stabilità e la certezza dei valori, dei fini istituzionali e della servente struttura organizzativa dello Stato, in modo da perpetuarne nel tempo la vigenza e da fissare le « regole del gioco » fra varie parti sociali, e ha, dunque, una funzione eminentemente garantista. Essa avviene, di regola, in forma scritta, riunendo e coordinando in un unico testo le norme fondamentali di un ordinamento; ma può anche avvenire in forma consuetudinaria, con l'avvertenza, però, che, anche in questo caso, è sempre presente un corpo di norme scritte sia istituzionali sia organizzative in funzione garantista (si pensi, al riguardo, alla costituzione della Gran Bretagna o a quella della Comunità internazionale).

Può tuttavia accadere (ed è questo il terzo « tipo » di costituzione) che, nel corso del tempo, l'assetto fondamentale dello Stato

si modifichi, in tutto o in parte, in seguito al mutare sia dei rapporti di forza fra le parti sociali, sia dell'ideologia dominante; o anche che, pur restando immutato — nelle sue linee essenziali — l'assetto fondamentale, a mutare sia il modo in cui a esso viene data in concreto attuazione a opera delle forze politico-sociali dominanti.

Appare allora evidente che, nell'uno e nell'altro caso, la costituzione intesa come assetto fondamentale e la costituzione intesa come traduzione in termini normativi di tale assetto non coincidono più, in tutto o in parte. Tale discrasia può essere sanata riconducendo a unità la costituzione-assetto e la costituzione-norma. Ma, se ciò non avviene, avremo uno Stato con due costituzioni, in parte distinte e, comunque, non coincidenti, e ciò pone delicati problemi relativi alla vigenza delle norme costituzionali. Occorrerà dunque, nel perseguire i fini e i valori istituzionali, dare la prevalenza a quelli effettivamente vigenti nella comunità statale, in quanto attuali e sorretti dal consenso e dalle aspettative del corpo sociale.

A volere adesso dare rapidamente una qualificazione ai tre tipi di Costituzione che si sono sin qui delineati, definiremo *costituzione in senso sostanziale* quella risultante dal complessivo assetto della società statale; *costituzione in senso formale* quella risultante dalla composizione in norme scritte di tale assetto; *costituzione in senso materiale* quella che realizza e porta a compimento i valori e i fini istituzionali presenti nella società statale o l'assetto fondamentale e il corrispondente ordine normativo nel suo farsi e nel suo divenire.

La Costituzione dello Stato, intesa come complesso di regole che esprimono in un sistema unitario e armonico i principi e gli istituti fondamentali dell'assetto di uno Stato, può essere *scritta* o *non scritta* (*consuetudinaria*).

Si ha una Costituzione *scritta* quando tali principi e istituti vengono consacrati in un documento (definito, appunto, Costituzione, Statuto, Legge o Carta fondamentale), di modo che possano essere facilmente individuabili e differenziarsi dalle altre regole giuridiche.

Si ha una Costituzione *consuetudinaria* quando non esiste un apposito documento in cui viene racchiusa la massima parte delle norme materialmente costituzionali, bensì si hanno singole leggi in materia costituzionale, che disciplinano particolari rapporti ed enunciano solo alcune regole istituzionali e organizzative; cosicché l'assetto costituzionale dello Stato viene ordinandosi, in buona misura, mediante norme consuetudinarie e di costume, espresse spontaneamente dalla collettività nel corso del lento evolvere dei secoli e viene garantito da un esteso e

duraturo consenso popolare, possibile soltanto in una società con un apprezzabile grado di omogeneità politica.

Le Costituzioni si distinguono, altresì, in *rigide* e *flessibili*, a seconda che per modificare o abrogare le disposizioni in esse contenute sia necessario ricorrere a un procedimento diverso e aggravato rispetto a quello proprio della formazione delle leggi ordinarie (o a organi creati *ad hoc*) ovvero sia sufficiente il procedimento ordinario di formazione delle leggi. Pertanto, le *costituzioni rigide* assumono, nella gerarchia delle fonti, un grado superiore a quello delle leggi ordinarie, con la conseguenza che tali leggi (e gli atti a esse equiparati) che siano in contrasto con una disposizione contenuta in una costituzione rigida sono costituzionalmente illegittime e, come tali, potranno essere sottoposte a un controllo di costituzionalità diretto a dichiararne l'invalidità. Le *costituzioni flessibili*, invece, sono di pari grado delle leggi ordinarie; di modo che, qualora una legge (o un atto avente pari efficacia) sia in contrasto con una disposizione contenuta nella costituzione, a cedere sarà quest'ultima, trattandosi di una normale successione nel tempo di disposizioni aventi la medesima forza formale.

Le Costituzioni si distinguono ancora in *corte* e *lunghe*, a seconda che si limitino a disciplinare la materia strettamente costituzionale (l'organizzazione dello Stato, i rapporti fra governanti e governati, i diritti e i doveri dei cittadini) ovvero disciplinino anche materie diverse.

Le Costituzioni si dicono anche *formali* (o in senso formale) quando sono racchiuse in una particolare forma giuridica che viene loro data, di regola, da un procedimento di formazione diverso da quello adottato per l'emanazione degli altri atti normativi e che assume un carattere di solennità.

Si possono poi avere *costituzioni-bilancio* e *costituzioni-programma*: le prime sono rivolte al presente e hanno come loro fine quello di dare forma giuridica a una realtà sociale già esistente; le seconde invece (come, ad esempio, la Costituzione italiana) si propongono anche di promuovere la trasformazione di tale realtà, indicando gli obiettivi da raggiungere e gli strumenti idonei a tale scopo.

Per quanto riguarda, infine, il loro procedimento di formazione, le Costituzioni si distinguono in *ottriate* (o *concesse*) e *votate* (o *di emanazione popolare*). Le prime si hanno, normalmente, in regime monarchico, quando il sovrano, prima assoluto, concede una costituzione scritta ai suoi sudditi (molto spesso costretti dalla pres-

sione popolare, com'è accaduto in Italia nel 1848 con la concessione dello Statuto al Regno di Sardegna da parte del re Carlo Alberto, Statuto che da lui appunto si chiamò « albertino »). Si hanno le seconde quando la Costituzione è espressa dal basso e viene redatta dai rappresentanti del popolo, riuniti in « Assemblea costituente » (ad esempio, la Costituzione francese del 1875; quasi tutte le Costituzioni successive alla Prima guerra mondiale; l'attuale Costituzione italiana).

2. La Costituzione italiana e le sue origini. — La Costituzione italiana del 1947 è *scritta, rigida, votata, convenzionale*.

È *scritta* perché i valori fondamentali e i principi organizzativi sui quali si regge lo Stato italiano sono consacrati in un documento (il testo costituzionale) e perché è espressamente prevista (art. 138 Cost.) la forma scritta per le leggi che disciplinano la materia costituzionale.

È *rigida* perché alle norme in essa contenute è stata assegnata un'efficacia superiore a quella delle leggi ordinarie, di modo che le leggi che modificano la Costituzione e le leggi in materia costituzionale devono essere adottate con una procedura aggravata (art. 138 Cost.), che sarà più oltre esaminata, e sono dette « costituzionali ».

È *votata* perché è stata redatta e approvata dai rappresentanti del popolo eletti all'Assemblea costituente.

È, infine, *convenzionale*, perché le forze politiche che l'hanno redatta e approvata erano fra loro in contrasto (si pensi alle profonde divisioni ideologiche fra le forze politiche di ispirazione cattolica, marxista e liberale, tutte rappresentate all'Assemblea costituente), per cui è stato necessario, al fine di dare un nuovo assetto costituzionale allo Stato, che esse procedessero a delle reciproche concessioni.

Passando adesso a occuparci delle origini della nostra Costituzione, dobbiamo osservare, innanzi tutto, che essa rappresenta la conclusione di un travagliato periodo della nostra storia recente che affonda le sue radici nella crisi dello Stato liberale-ottocentesco, determinata soprattutto dal peso politico che classi sociali fino allora emarginate vanno via via acquistando; crisi che trova la punta massima della sua espressione (e non solo in Italia) all'indomani della fine della prima guerra mondiale.

Per quel che a noi qui più direttamente interessa, possiamo comunque convenire che la Costituzione italiana fu adottata nella notte fra il 24 e il

Termine estratto capitolo

PARTE SECONDA
L'ORDINAMENTO DELLA REPUBBLICA

Capitolo I

IL PARLAMENTO

1. Il bicameralismo. — In Italia, il potere legislativo è attribuito al Parlamento che, a norma dell'art. 55 Cost., si compone della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica ed è, dunque, un organo complesso, perché formato da due organi (collegiali).

La Costituzione, in tal modo, ha adottato il sistema bicamerale (cioè ha previsto due Camere legislative), che è il sistema più diffuso negli Stati di democrazia classica, alcuni soltanto dei quali, se si prescinde dagli Stati di piccola dimensione, hanno affidato il potere legislativo a una sola Camera (*unicameralismo* o *monocameralismo*). Il *bicameralismo* è proprio anche degli Stati federali, nei quali, accanto a una Camera che rappresenta l'intero popolo, è stata posta una seconda Camera che rappresenta (di regola, paritariamente) i singoli Stati-membri. Tuttavia, si deve ricordare la tendenza, propria di alcuni Stati europei (fra i quali l'Irlanda, la Gran Bretagna e, sia pure in misura minore, la Francia e la Spagna) ad adottare forme di *bicameralismo imperfetto* (o *differenziato*). Si hanno tali forme quando le due Camere non sono in posizione di parità funzionale e, in particolare, quando la volontà legislativa di una delle due prevale su quella dell'altra (restando riservate a quest'ultima funzioni di controllo sospensivo). Le nostre due Camere svolgono, invece, identiche funzioni, realizzando in tal modo una forma di *bicameralismo perfetto*.

A favore del bicameralismo perfetto militano diverse ragioni d'ordine pratico e soprattutto la considerazione che le leggi, dovendo essere sottoposte all'approvazione di due distinte Assemblee, risultano elaborate con maggiore accuratezza e riflessione; e ciò anche quando le Camere siano espressione del medesimo corpo elettorale. L'esistenza di due Camere consente, inoltre, di utilizzare un maggior numero di competenze.

L'identità di funzioni delle due Camere, congiunta ad altre cause, può però ritardare oltre misura lo svolgimento della loro attività (in particolare, legislativa), come in alcuni casi avviene in Italia; per cui, sotto questo aspetto, sarebbe preferibile (secondo un'opinione manifestata in sede politica e in dottrina) un sistema a bicameralismo imperfetto; e in tal senso, in Italia, sono state avanzate alcune proposte di revisione costituzionale.

Ad esempio, nel corso della XVII legislatura, il progetto di revisione costituzionale c.d. Renzi-Boschi, respinto con il referendum costituzionale del 4 dicembre 2016, puntava, tra l'altro, all'introduzione di un bicameralismo differenziato, in cui Senato e Camera avrebbero dovuto avere composizione, origine e funzioni diverse.

2. Il Parlamento in seduta comune. — Dal Parlamento come organo complesso va distinto il Parlamento in seduta comune dei membri delle due Camere, che è un organo a sé stante e, più specificamente, un organo collegiale, i cui componenti sono, appunto, i deputati e i senatori, integrati, qualora si debba procedere all'elezione del Presidente della Repubblica, dai rappresentanti delle Regioni.

Tale organo non svolge funzioni legislative, bensì funzioni di diversa natura, tassativamente indicate nella Costituzione. I casi in cui il Parlamento si riunisce in seduta comune sono i seguenti: *a*) elezione (art. 83) e giuramento (art. 51) del Presidente della Repubblica; *b*) messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica (art. 90); *c*) elezione di 1/3 dei componenti il Consiglio superiore della magistratura (art. 104), di 5 giudici costituzionali (art. 135) e compilazione ogni nove anni di un elenco di persone fra le quali sono sorteggiati, in caso di necessità, i 16 giudici aggregati alla Corte costituzionale per i giudizi in materia penale sulle accuse al Presidente della Repubblica (artt. 135 Cost. e 10 legge cost. n. 1/1953).

A norma dell'art. 63 Cost., quando il Parlamento si riunisce in seduta comune, il Presidente e l'Ufficio di Presidenza sono quelli della Camera dei deputati. Secondo quanto dispone l'art. 35, co. II, del regolamento della Camera dei deputati, il regolamento della Camera è applicato normalmente nelle riunioni del Parlamento in seduta comune; ma l'art. 65 del regolamento del Senato specifica che è sempre fatta salva la facoltà delle Camere riunite di stabilire norme diverse. Il che significa che il Parlamento in seduta comunque potrebbe darsi un proprio autonomo regolamento.

Termine estratto capitolo

Capitolo II

LA FUNZIONE DI PREDISPOSIZIONE NORMATIVA

1. Natura e oggetto. — Rinviamo alla parte prima per quel che riguarda le fonti del diritto e i caratteri della norma giuridica, dobbiamo qui occuparci della funzione di predisposizione normativa, intesa come attività diretta a porre nell'ordinamento giuridico complessivamente inteso le norme che lo costituiscono. Detta funzione è svolta mediante una serie di atti formali che assumono un loro peculiare *nomen iuris*, quale legge, decreto-legge, decreto legislativo, regolamento, *referendum*, etc. Essa è attribuita, nel nostro ordinamento, oltre che allo Stato, anche ad altri enti, quali le Regioni, le Province e i Comuni, e al popolo, in via diretta, che la esercita con la richiesta del *referendum* abrogativo e il voto sul quesito proposto e con la richiesta del *referendum* inserito nel procedimento di revisione costituzionale e il voto sulla legge già approvata (con doppia deliberazione, a maggioranza assoluta nella seconda) dalle due Camere.

In questo capitolo ci occuperemo, in particolare, oltre che dei vari « tipi » di fonti, dei modi di esercizio della funzione, vale a dire dei procedimenti per mezzo dei quali gli « atti-fonte » vengono prodotti e immessi nell'ordinamento.

Sezione I

LE LEGGI COSTITUZIONALI

2. Il procedimento di formazione. — Dal carattere rigido della nostra Costituzione discende che le leggi approvate dalle Camere con uno dei procedimenti previsti nell'art. 72 Cost. (*leggi ordinarie*) non possono modificare la Costituzione, essendo all'uopo necessaria una legge approvata con una *procedura aggravata* (art. 138 Cost.), che assume il nome di « legge costituzionale ». Tale procedura ha in comune con quella diretta alla formazione delle leggi ordinarie la fase dell'iniziativa, e, con alcune modifiche di formulazione, la fase della promulgazione e della pubblicazione e ne differisce invece, sostanzialmente, per quanto attiene alla fase dell'approvazione. Nel procedimento di formazione delle leggi costituzionali può inoltre inserirsi la manifestazione di volontà del corpo elettorale, espressa mediante *referendum*.

A norma dell'art. 138, co. I, Cost., « Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate con due successive deliberazioni a intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione ».

Rispetto alla procedura ordinaria, si possono notare le seguenti differenze: *a*) i progetti di legge costituzionale devono essere deliberati due volte da parte di ciascuna Camera e fra la prima e la seconda deliberazione deve intercorrere un intervallo non inferiore a tre mesi. Si è voluto, in tal modo, far sì che le Camere esaminino le leggi costituzionali (data la loro maggiore rilevanza rispetto alle leggi ordinarie) con una più compiuta attenzione (tenendo anche conto delle reazioni eventualmente suscitate nell'opinione pubblica del Paese dalla proposta di modifica della Costituzione nell'intervallo di tre mesi fra la prima e la seconda deliberazione); *b*) il progetto di legge costituzionale deve essere approvato, nella seconda votazione, dalla maggioranza assoluta dei componenti ciascuna Camera (e non già dalla maggioranza semplice, sufficiente, invece, per l'approvazione delle leggi ordinarie).

L'« aggravamento » della procedura non si esaurisce, però, nella doppia deliberazione del progetto di legge costituzionale da parte delle Camere e nella richiesta maggioranza assoluta per la seconda approvazione. Il progetto di legge costituzionale, approva-

to nel modo che si è detto, non si trasforma, infatti, in legge, ma resta allo stato di progetto. Come tale, esso viene pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* al solo fine di far conoscere il suo contenuto. Si tratta di una pubblicazione *anomala*, e cioè non effettuata nelle forme che le sono proprie, sia perché la pubblicazione precede la promulgazione, sia perché il progetto non è inserito nella *Raccolta Ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana*. Entro tre mesi da tale pubblicazione, 500.000 elettori, 1/5 dei membri di ciascuna Camera o 5 Consigli regionali possono richiedere che il progetto di revisione costituzionale o di legge costituzionale sia sottoposto a *referendum* popolare (art. 138, co. II, Cost.).

Si tenga però conto che — secondo una tesi diversa — il *referendum* costituisce una mera condizione di efficacia della legge e non un elemento formativo della sua perfezione.

Le modalità per la richiesta e lo svolgimento del *referendum* sono disciplinate dagli artt. 1-26 della legge n. 352/1970.

Il *referendum* è indetto con decreto del Presidente della Repubblica e il progetto sul quale il corpo elettorale è chiamato a pronunciarsi si intende approvato dal corpo elettorale qualora abbia ottenuto la maggioranza dei voti validi, esclusi cioè i voti nulli e le schede bianche. Se tale maggioranza non è raggiunta il progetto è respinto. Bisogna anche rilevare che il *referendum* è facoltativo e non obbligatorio. Pertanto, i tre mesi possono decorrere senza che esso venga richiesto. In tal caso, il progetto si intende tacitamente approvato dal corpo elettorale che, pur avendone il potere, non ha richiesto il *referendum*. Il progetto di revisione costituzionale o di legge costituzionale approvato *espressamente* (mediante il *referendum*) o *tacitamente* dal corpo elettorale si trasforma in legge, che sarà promulgata dal Presidente della Repubblica e pubblicata nelle forme dovute.

Finora si sono svolti quattro *referendum* costituzionali ai sensi dell'art. 138, co. II, Cost.: il primo, il 7 ottobre 2001, con esito positivo e conseguente approvazione della riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione (legge cost. n. 3/2003); il secondo il 25 e 26 giugno 2006 e il terzo il 4 dicembre 2016, relativi a modifiche della Parte seconda della Costituzione, entrambi con esito negativo, per cui le relative leggi di revisione sono state respinte; il quarto, sulla legge costituzionale riguardante la riduzione del numero dei parlamentari, dapprima fissato per il 29 marzo 2020 e poi rinviato al 20 e 21 settembre 2020 per via dell'emergenza pandemica, che ha avuto esito positivo, con l'approvazione della legge cost. n. 1/2020.

Qualora, però, nella seconda deliberazione il progetto venga approvato da ciascuna delle Camere a maggioranza di 2/3 dei suoi componenti, esso si trasforma in legge (che verrà promulgata e pubblicata). In tale ipotesi, cioè, non è prevista la possibilità di sottoporre il progetto stesso a *referendum* e ciò perché si ha la presunzione assoluta che anche il corpo elettorale, i cui rappresentanti hanno dato, con una percentuale molto alta, voto favorevole al progetto, abbia approvato la legge costituzionale.

Oltre le leggi di revisione, l'art. 138 menziona anche « le altre leggi costituzionali ». Tali leggi sono, innanzitutto, quelle che la stessa Costituzione qualifica in tal modo, e cioè: la legge che conferisce il potere d'iniziativa legislativa ad altri organi o enti, oltre quelli menzionati nell'art. 71, co. I; le leggi con le quali sono adottati gli statuti regionali speciali (art. 116); la legge che stabilisce le condizioni, le forme, i termini di proponibilità dei giudizi di legittimità costituzionale e le garanzie di indipendenza dei giudici della Corte (art. 137, co. I). A ben guardare, le leggi sopra enumerate sono tutte integrative del testo costituzionale, valgono, cioè, ad aggiungervi qualcosa. Non v'è dubbio, però, che — oltre che nelle materie da esse disciplinate — si possa presentare la necessità di integrare la Costituzione anche in altre sue parti. Peraltro, un criterio secondo il quale sia possibile stabilire quando si ha un'integrazione della Costituzione e quando, invece, ciò non accade, è di difficile determinazione. La decisione, comunque, è demandata al Parlamento che ha da scegliere fra il procedimento ordinario richiesto per le leggi in materia costituzionale e il procedimento aggravato richiesto per « le altre leggi costituzionali ».

3. I limiti alla revisione costituzionale. — Non tutte le disposizioni costituzionali possono, però, essere modificate, sia pure ricorrendo alla procedura aggravata sopra descritta. Esistono, infatti, dei *limiti alla revisione*, che possono essere *espresi* o *impliciti* nel sistema. Tali limiti valgono sia per le costituzioni rigide, come la nostra, sia (ma in misura ridotta) per le costituzioni flessibili.

Occorre preliminarmente notare che la *rigidità* di una costituzione non si risolve affatto nella sua immodificabilità, giacché l'assetto della società statale può subire nel corso dei tempi — e di fatto subisce — delle evoluzioni che dovrebbero trovare rispondenza in omologhi mutamenti delle disposizioni costituzionali, se si vuole che esse siano effettivamente vigenti.

Pur essendo un termine estratto capitolo — destinata a durare nel

€ 45,00
024221503

ISBN 978-88-28-85952-9



9 788828 859529