

Capitolo Settimo

LA COSTITUZIONE

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

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

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

*Corte Suprema degli Stati Uniti
Marbury v. Madison*

1. I concetti premoderni di costituzione

La *costituzione*, in prima approssimazione, è la *legge superiore*, limitatrice del potere a favore dei

diritti dei cittadini e delle autonomie dei gruppi, che anima ed ordina lo *Stato* come ente politico territoriale e sovrano; è, dunque, la legge fondamentale dello Stato, le cui norme danno vita a quel settore di vertice del *diritto* oggettivo che viene qualificato, appunto, come *costituzionale*.

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

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

I concetti di costituzione anteriori allo Stato moderno, o si concretano, come la *politèia* greca, nell'armonia della *polis* espressiva dell'*ethos* necessariamente e generalmente vincolante, oppure, co-

me nella antichità romana e nel medioevo, si sostanziano nei limiti che il potere politico incontra nelle *leggi di natura* e nel *consenso popolare* mediatore della volontà divina. Nei concetti romano e medievale compaiono anche l'idea del popolo come fonte di legittimazione del potere e il correlato principio della responsabilità politica del titolare del dominio. In epoca medievale viene altresì formalizzata la distinzione fra il *gubernaculum*, cioè l'attività di governo e di amministrazione nella quale il re agisce libero da limitazioni e responsabilità giuridiche, e la *iurisdictio*, nella quale al contrario il re è, come tutti, soggetto alle leggi, ristretto perciò nel suo potere a tutela dei sudditi. Ancora in epoca medievale vengono stipulati i *patti* con i quali si obbligano reciprocamente il re e i signori feudali; patti nei quali viene disegnato il paradigma essenziale del limite al potere, del consenso contrattuale e della documentazione scritta cui si conformerà il concetto moderno di costituzione.

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

E, tuttavia, la modernità del concetto è ancora lontana, perché l'ordinata convivenza civile è assicurata non dalla costituzione, ma dai 'garanti esterni'

cui essa rinvia -l'*ethos*, appunto, e le leggi o i soggetti che traducono la volontà divina-; è affidata, cioè, alla capacità che questi hanno di reagire alle violazioni costituzionali e di evitarle per il futuro.

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

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

2. Il concetto moderno di costituzione

Il concetto moderno di costituzione data dalla conclusione delle guerre di religione, dalla fine del Sacro Romano Impero e dalla formazione degli Stati nazionali, ossia dal venir meno 'sul campo' del garante esterno dell'ordine politico, vanificato nella sua funzione di garanzia dall'essere la ragione stessa del conflitto, del disordine e della morte. Il diritto alla vita e la pacifica convivenza, prima conseguiti me-

dianche l'adesione all'ordine politico derivante direttamente o indirettamente dalla volontà divina, si convertono negli scopi principali della volontà degli esseri umani. L'ordine della convivenza civile cessa di essere un ordine esistenziale e diventa un ordine deontologico, il risultato del 'dover essere' dell'azione politica (Cap.II, § 11).

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

La garanzia dei diritti umani da parte del potere politico, nella quale - fatte salve le asimmetrie e le differenze di scala - si è ravvisato il patrimonio comune dei concetti premoderni di costituzione, diventa il fine e la legittimazione stessa del dominio.

La risposta alla violazione della costituzione, che genera l'ordine autoimposto della pace sociale, procede dall'interno del medesimo ordine, da quel suo aspetto strumentale che è rappresentato dal sistema normativo.

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

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

ogo ad un conflitto fra il re e il popolo borghese.

La ricerca della sanzione giuridica nei confronti del sovrano, la cui mancanza appanna l'attitudine del contratto sociale a fondare la moderna costituzione, si sviluppa lungo due direttrici fra loro convergenti: da un lato, la richiesta di un patto, preferibilmente scritto, fra re e popolo nel quale vengano sanciti il titolo di legittimazione del potere, il titolare e i modi di distribuzione e di esercizio del dominio, i diritti di libertà dei borghesi; dall'altro lato, tanto nel patto quanto nell'azione politica, lo spostamento dell'asse del potere verso la borghesia e il Parlamento. La sanzione viene così costituita mediante l'erosione del potere del re ad opera e a favore del corpo dei rappresentanti del popolo; fino a fare del re un soggetto della costituzione democratica. Come dire: la sanzione è tanto più efficace quanto meno è necessario irrogarla, ed è perfetta quando diventa inapplicabile.

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

Da questo momento, quando si parlerà di costituzione, non si alluderà più soltanto al fenomeno

dell'armonizzazione del potere con le libertà che assicura l'ordine della società politica, ma anche ad un determinato assetto storico-politico di quest'ultima; a quello, appunto, cui fa riferimento la disposizione citata in epigrafe.

3. Il concetto giuridico di Costituzione

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

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

Sotto il profilo tecnico, la supremazia della costi-

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

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

Il fenomeno descritto si suole riassumere nell'affermazione che le Costituzioni liberal-borghesi sono *flessibili*, ossia sono modificabili con le leggi del Parlamento, e che la loro sovraordinazione alle leggi è di natura soltanto *politica*, viene cioè assicurata dalla decisione del legislatore di non modificare norme costituzionali altrimenti modificabili. Se perciò si voglia parlare di diritto costituzionale con riferimento a queste costituzioni, se ne dovrà limitare il significato all'insieme delle norme di fonte costituzionale e legislativa che disciplinano la 'materia' costituzionale: la distribuzione del potere politico fra gli organi dello Stato e la garanzia delle libertà e delle

autonomie dei soggetti singoli e collettivi. Un tale diritto costituzionale non ha tuttavia un regime differenziato per efficacia da quello del comune diritto.

In margine al concetto giuridico di costituzione flessibile e al rapporto politico fra costituzione e leggi come *vicenda interna alla borghesia*, occorre peraltro osservare che, come si è già messo in evidenza il principio di maggioranza, essendo attivato da portatori di interessi, tende a trasformarsi da strumento di composizione dei conflitti fra eguali in 'disegualgiante' - principio di prevalenza dell'interesse della maggioranza ad imporsi e a conservarsi come tale. Ed allora, se differenze naturali o culturali (di genere, di razza, di lingua, di religione), che l'eguaglianza vuole conservate, vengano 'coperte' da (e trattate come) differenze di interessi, che l'eguaglianza vuole invece neutralizzate, si realizzerà una violazione del principio di eguaglianza da parte della maggioranza; verrà cioè varcato il limite segnato dalla costituzione alla sovranità dei rappresentanti del popolo, che si sostanzia nella sottrazione alla disponibilità della maggioranza del diritto alla esistenza, alla libertà e all'eguaglianza di tutti gli appartenenti alla società politica (Cap. III, § 8).

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

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

In conclusione, l'idea di costituzione, antica quanto la tradizione politica occidentale, non corrisponde alla sua nozione giuridica moderna, pur non essendole concettualmente estranea. I concetti premoderni di costituzione, restano ai margini dell'area di qualificazione giuridica; quelli moderni, che in quell'area sono irreversibilmente, non riescono ad esprimere la sovraordinazione rispetto alle altre norme dell'ordinamento in ragione del fatto che l'efficacia delle costituzioni per lungo tempo non si è distinta da quella delle leggi. Ciò si può riassumere con il dire che il termine costituzione ha un campo semantico non giuridico e, nel campo giuridico, non sempre equivale a diritto costituzionale.

4. La costituzione razionale o ideale

La costituzione è, stando all'etimo, l'atto normativo costitutivo dell'ordinamento giuridico; l'atto che trascrive nella cifra normativa il patto di fondazione della società politica, l'essere del patto nel dover essere della regola che dal patto risulta.

Il patto, come si è visto, è insieme una astrazione ed una finzione. Il dato reale è il consenso del popolo

all'esercizio da parte del sovrano del potere politico che assicura la convivenza. Il 'come se' del patto consiste nella razionalizzazione del dato: come è possibile che ciò che è sia anche giusto e conveniente? Poiché la forma razionale del consenso è l'accordo, la razionalizzazione del dato avviene nella forma del contratto sociale, con il quale ciascuno si sottomette al sovrano che esercita il potere politico per salvaguardare la pacifica convivenza: il diritto naturale alla vita e i diritti che gli sono strumentali e connessi.

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

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

Alla *costituzione razionale o ideale*, intesa come il complesso delle norme necessarie e sufficienti a rendere possibile la convivenza sociale, appartengo-

no innanzitutto i soggetti contrattuali : i cittadini unificati nel *popolo* e lo *stato* detentore della sovranità . E poi i congegni razionali del consenso

E così il principio della *sovranità popolare*, mediante il quale il popolo che si finge titolare della sovranità ne investe per l'esercizio lo Stato attraverso la *rappresentanza politica e degli interessi* e diviene elemento costitutivo dello Stato. In altri termini il soggetto sovrano, investito della sovranità dal popolo, rende il popolo un elemento costitutivo della propria struttura, cosicché il potere politico viene imputato per la titolarità e per i risultati del suo esercizio a chi ne è in realtà il destinatario

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

poteri politici e lato sensu pubblici.

Il contenuto della costituzione razionale è formato inoltre dalla *libertà politica* mediante la quale viene attivato (e liminarmente interrotto nei confronti del sovrano) il circuito rappresentativo e dalla *libertà associativa*, attraverso la quale viene legittimata la costituzione delle organizzazioni di interessi (i *partiti* e movimenti politici) che propagano o contrastano gli interessi rappresentati dal sovrano e viene articolato l'esercizio dei poteri sovrani mediante conferimento degli stessi a soggetti di *autonomia*. E poi dal diritto di voto, eguale e libero, e dalla libertà di pensiero., che consentono di impersonare il sovrano all'una o all'altra (opposta) organizzazione degli interessi.

Le prime, indispensabili a replicare il modello della doverosità normativa che scongiura il conflitto armato ed il disordine conseguente : tutti i rapporti debbono svolgersi secondo regole che abbiano legittimazione diretta o indiretta nel popolo e siano costituite ed attivate imparzialmente dal sovrano; la tecnica , poi, può essere sia la regola condivisa come se fosse un patto sia la regola condivisa perché frutto di un patto. Le seconde volte a preservare la costituzione dalla capacità che essa ha di modificarsi per adattare al nuovo le condizioni del patto. Occorre cioè evitare il fenomeno per il quale la costituzione, destinata ad invarare la storicamente il mantenimento delle condizioni del patto assumendone i modi e le forme dettati dalla temporalità (*costituzione reale*), e che asseconda il decorso del tempo mediante i procedimenti di *revisione costituzionale*, impieghi questi stessi procedimenti anche per modificare le norme ed i principi della costituzione ideale o, se si preferisce, che i contenuti della costituzione storico-politica vengano a smentire i contenuti della costituzione razionale.

Ciò comporta l'identificazione di un congegno sovrano anch'esso imm modificabile che interdice alla produzione normativa la modificazione delle norme della costituzione ideale ed espella dall'ordinamento le norme eventualmente prodotte con essa contrastanti. A ciò può essere opportuno accompagnare un congegno di preservazione (mediante procedure particolarmente aggravate delle norme che danno voce al tempo storico) mediante la *rigidità costituzionale* e il *controllo di costituzionalità* delle leggi.

5. La costituzione reale

La *costituzione reale in vera* storicamente la costituzione ideale adattandone le prescrizioni alla variabile temporale. Essa è perciò, allo stesso tempo, la singola e specifica costituzione storica (lo Statuto Albertino, la Costituzione repubblicana, la Costituzione degli USA, il Grundgesetz, ecc.) e la parte della costituzione storica che, corrispondendo alla costituzione ideale, garantisce il conseguimento del fine del contratto sociale.

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

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

Lo stesso dicasi per la eventuale mancanza di una previsione esplicita del sistema elettorale, posto che tale esistenza è implicitamente richiesta dalla garanzia del diritto di voto, e ancora a proposito della natura proporzionale o maggioranria del sistema che sono in grado entrambe di garantire la formazione della rappresentanza politica e degli interessi.

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

gionale, unitario decentrato che soddisfano tutti le prescrizioni della costituzione reale.

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

Quando la norma costituzionale non sia autoapplicativa ma richieda un intervento di attuazione la valutazione della corrispondenza alla costituzione reale della costituzione storica si estende anche alle norme di attuazione di quest'ultima, dette di copertura costituzionale e/o costituzionalmente vincolate. Se la legge costituzionale cui la Costituzione rinvia per stabilire i modi e le forme del giudizio di legittimità delle leggi (art. 137, I comma, Cost.) fosse tale nel suo contenuto da non realizzare la rigidità garantita, l'inidoneità tralgerebbe la norma costituzionale che pure prevede tale competenza con quel fine specifico.

Infine, alla costituzione storica appartengono anche norme inattuate. Di queste se l'inattuazione sia tale da vanificare la corrispondenza con la costituzione reale, potrà dirsi che la costituzione storica marca i suoi fini non solo disponendo in contrasto con la costituzione reale ma anche omettendo di disporre.

Se invece l'inattuazione non sia tale da concretare detto contrasto potrà affermarsi storica non sempre corrisponde alla *costituzione vigente*.

Le fonti dell'ordinamento giuridico

1. Introduzione

L'ordinamento giuridico risulta dalla produzione di più fonti, consistenti prevalentemente in atti giuridici, ossia in manifestazioni di volontà, imputabili a soggetti ed organi determinati, specificamente destinate a porre norme di diritto oggettivo. Come in tutti gli ordinamenti continentali, più ristretto è lo spazio riservato alle 'fonti-fatto', siano esse i comportamenti sociali conformi alle norme in tal modo prodotte, come le consuetudini, o siano le 'fonti-atto' di ordinamenti esterni, assunte dall'ordinamento italiano come presupposti di fatto per la produzione di norme interne conformi a quelle da essi poste, quali, ad esempio, i trattati internazionali.

Secondo il modello del *Civil Law* non viene annoverata fra le fonti la giurisprudenza. Anche quando l'interpretazione del giudice gode di maggiore libertà, essa è sempre ritenuta ricognitiva

di un significato normativo esistente, posto da una norma di diritto oggettivo, o comunque ricavabile dal contatto fra le norme ordinate a sistema o dai principi di quest'ultimo. Ciò vale anche per la giurisprudenza costituzionale 'manipolatrice' di testi di legge, nella quale le disposizioni sottoposte al controllo della Corte costituzionale sembrano essere riscritte con l'aggiunta o la sostituzione di nuovi significati normativi. Pur dovendosi riconoscere che si tratta di operazioni interpretative contigue alla produzione normativa, in quanto conferiscono efficacia generale a un significato normativo non direttamente disposto, rimane fermo che quel significato corrisponde all'attuazione di un principio costituzionale efficace di per sé e vincolante per il legislatore.

2. L'identificazione delle fonti di produzione del diritto

L'identificazione delle fonti di produzione del diritto oggettivo viene effettuata, se si tratti di fonti-atto, attraverso le 'norme sulla produzione'. Esse stabiliscono il *nomen juris*, i soggetti e il procedimento di formazione della fonte, ossia gli elementi costitutivi della sua 'forma', nonché il regime giuridico, cioè, principalmente, la sua efficacia. L'effetto giuridico della fonte così 'riconosciuta' costituisce norma dell'ordinamento.

Non sempre, però, il criterio 'formale' è sufficiente a individuare la fonte, perché gli atti

idonei a porre norme di diritto oggettivo possono assumere anche contenuti non normativi. Occorrerà allora riferirsi a criteri 'sostanziali', cioè ai caratteri che identificano l'effetto giuridico 'norma'. Nel moderno 'Stato di diritto', essi sono la 'generalità' ed 'astrattezza' della relazione doverosa,

formulata in termini ipotetici, fra un presupposto condizionante ed una conseguenza condizionata; relazione che designa, perciò, la condizione di validità della conseguenza, nonché degli atti e dei fatti produttivi di effetti giuridici ad essa assoggettati. Gli atti che delle fonti hanno la forma ma non anche il contenuto normativo (come, ad esempio, la 'legge meramente formale' di approvazione del rendiconto consuntivo dello Stato) non sono, dunque, fonti del diritto oggettivo.

L'identificazione delle fonti-fatto, quando concerna le fonti-atto di ordinamenti esterni che operano come presupposti di fatto per l'attivazione di fonti interne producenti norme conformi a quelli da esse poste, si risolve nell'identificazione della norma interna sulla produzione che dispone tali qualificazione e risultato: ad esempio, l' 'ordine di esecuzione' di un trattato internazionale. La norma sulla produzione stabilirà anche, espressamente o implicitamente, il grado di efficacia che le norme in tal modo prodotte assumeranno nel sistema delle fonti. Se, invece, l'identificazione riguardi delle consuetudini, sarà la struttura del fatto consuetudinario -una realtà sociale autonormata che si svolge conformemente alle norme giuridiche da essa poste- ad identificarla come fonte del diritto, a

prescindere dall'intervento di una norma sulla produzione. L'efficacia delle consuetudini sarà determinata dalle norme di diritto scritto che ad esse rinviano, oppure, quando queste difettino, sarà quella stessa delle norme scritte da esse integrate o interpretate, atteso che negli ordinamenti di *Civil Law* non è ammessa la *consuetudo contra legem*.

3. La distribuzione fra le fonti del potere di produzione

Le norme sulla produzione si rinvengono, anzitutto ma non esclusivamente, nella Costituzione, che è l'atto normativo fondamentale dell'ordinamento, condizionante tutti gli altri atti e fatti giuridici -normativi ed applicativi-, nel quale il 'potere costituente, che ha dato vita alla Costituzione, ha distribuito fra le fonti il 'potere costituito' di produzione normativa. Nell'effettuare tale distribuzione, la Costituzione segue i criteri della 'concorrenza' e della 'riserva', che integrano in modo differente il principio di 'gerarchia', ossia la 'cifra' normativa del potere politico. Infatti, ad eccezione della Costituzione, tutte le fonti sono, in diverso modo e grado, condizionate nella loro validità, situate perciò in un rapporto di subordinazione gerarchica con le fonti condizionanti.

Il primo criterio di distribuzione del potere di produzione normativa è, dunque, quello della concorrenza ('gerarchica' o 'verticale'), mediante il quale lo stesso campo materiale viene attribuito

dalle norme sulla produzione alla disciplina di più fonti, collocate su differenti gradini di una scala gerarchica di efficacia. Una materia potrà così essere assegnata alla disciplina della legge costituzionale e della legge statale ordinaria, oppure a quella della legge, la quale, però, potrà disporre direttamente o conferire il potere normativo ad un regolamento governativo.

Ciò che caratterizza il criterio della concorrenza è che sia la fonte superiore sia la fonte inferiore possono coprire per intero il campo materiale loro attribuito, cosicché, ove esse siano eventualmente compresenti e in conflitto, prevarrà la fonte superiore: ad esempio, ove le norme di una legge contrastino con quelle di un regolamento, si avrà 'preferenza della legge'.

Il secondo criterio di distribuzione del potere di produzione normativa è quello della 'riserva', che si concreta quando la norma sulla produzione attribuisca il potere di disciplinare una specifica materia alla 'competenza' di una fonte determinata, sottraendolo a quella di tutte le altre. Ciò avviene o mediante la predisposizione di una fonte apposita, come sono -ad esempio- i regolamenti parlamentari, oppure mediante l'assegnazione di un oggetto di disciplina ad una fonte normalmente operante nell'ambito della concorrenza. E' questo il caso della 'riserva di legge', che si verifica quando le norme costituzionali stabiliscano che, nelle materie da esse indicate, debba disporre la sola legge costituzionale (riserva di legge 'costituzionale'), o che la legge statale ordinaria non possa affidare ai regolamenti

dell'Esecutivo la disciplina di una determinata materia (riserva di legge 'assoluta'), o che, invece, possa demandarla ai regolamenti solo previa enunciazione legislativa dei principi (riserva di legge 'relativa').

Va tuttavia osservato, da un lato, che, al di fuori dell'ipotesi di riserva assoluta 'di Parlamento' (com'è, ad esempio, quella in tema di approvazione di bilanci), la riserva assoluta può essere soddisfatta anche da un atto del Governo con forza di legge, e, dall'altro lato, che la riserva relativa prevede la soggezione del regolamento ai principi dettati dalla legge. Nel primo caso si può realizzare, perciò, una forma di concorrenza 'cronologica' o 'orizzontale' fra la legge e l'atto governativo ad essa equiparato, che si risolve mediante la preferenza per l'atto normativo successivo nel tempo; nel secondo caso, si concreta, invece, una forma di concorrenza gerarchica fra la legge e il regolamento le cui norme siano eventualmente confliggenti.

L'osservazione mette in evidenza come nella distribuzione del potere normativo i criteri della concorrenza e della riserva possano stare da soli oppure intrecciarsi in vario modo. Si suole così definire di 'concorrenza nella competenza' il fenomeno per cui, nell'ambito della medesima materia, una parte della disciplina è riservata ad una fonte e l'altra ad un'altra fonte, come accade nella potestà legislativa bipartita delle Regioni, nella quale alla legge statale spetta fissare i principi fondamentali e alle leggi regionali dare ad essi attuazione. A rigore, però, non si tratta di

concorrenza nella competenza -se non nel senso atecnico di una disciplina normativa alla quale partecipano necessariamente (concorrono) due fonti- bensì di una 'doppia riserva', posto che ciò che è riservato ad una fonte non può essere disciplinato dall'altra. Questa circostanza vale anche a differenziare la 'doppia riserva' dalla concorrenza gerarchica operante nella riserva di legge relativa, nella quale la legge può coprire l'intero campo materiale, escludendo, quindi, il regolamento governativo.

Una forma di concorrenza nella competenza si realizza, invece, quando la norma sulla produzione, nel riservare ad una fonte la disciplina di una materia, non esclude che su quella stessa materia possa intervenire un'altra fonte. E' il caso, ad esempio, del contratto collettivo di lavoro con efficacia generale, nel cui ambito materiale può incidere anche la legge. Si tratta di una relazione fra fonti intermedia fra la concorrenza gerarchica, nella quale entrambe le fonti possono regolare integralmente la materia, e la doppia riserva, nella quale a ciascuna fonte è attribuito un ambito specifico di disciplina. Qui, infatti, si istituisce la concorrenza fra due fonti, ma, per un verso, la legge non può spogliare della competenza il contratto, e, per altro verso, l'eventuale conflitto fra le loro norme viene risolto con preferenza della fonte statale, che detta la disciplina uniforme. Così, mentre nell'esempio di doppia riserva le esigenze di uniformità della disciplina sono soddisfatte dall'attribuzione dei principi alla legge statale, in

quello di concorrenza nella competenza esse sono realizzate dalla semplice possibilità che la legge intervenga a concretarle.

4. Tipicità e atipicità delle fonti

Normalmente la distribuzione del potere di produzione normativa, e perciò il condizionamento della validità di una fonte da parte di un'altra, avviene fra differenti tipi normativi -per 'tipo normativo' intendendosi il luogo della corrispondenza stabile e simmetrica fra la forma (il nome, i soggetti, il procedimento di formazione) e l'efficacia della fonte, consistente, quest'ultima, nella capacità, dal lato attivo, di innovare l'ordinamento giuridico e, dal lato passivo, di resistere all'innovazione di altre fonti. Può accadere, però, che tale condizionamento si realizzi all'interno dello stesso tipo normativo, determinando il fenomeno della 'atipicità' delle fonti, cioè della scissione fra la forma e l'efficacia della fonte tipica, cosicché alla capacità innovativa del tipo corrisponda una superiore resistenza alla abrogazione, com'è, ad esempio, delle leggi di esecuzione di accordi di modificazione dei Patti Lateranensi, che disciplinano i rapporti fra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica.

La morfologia della fonte incrocia, così, un modo di distribuzione del potere normativo che si compie non creando fonti dedicate o riservando alle fonti costituite un determinato ambito materiale di competenza, ma ponendo alle fonti esistenti dei

vincoli di forma e/o di contenuto. Ciò avviene, in genere, come del resto per la riserva e la concorrenza nella competenza nell'ambito delle fonti tipiche, al fine di soddisfare esigenze connesse al 'pluralismo istituzionale', ossia al fenomeno per il quale il potere normativo tende a riprodurre l'articolazione del potere politico in società nelle quali ad un unico centro di potere sovrano e alla legge come espressione della 'volontà generale' si è sostituita una poliarchia di soggetti coordinati dallo Stato ed una pluralità multiforme di fonti normative.

5. Fonti "autoritarie" e fonti "comunitarie"

Nell'atipicità derivante dall'apposizione a fonti esistenti di vincoli di forma e/o di contenuto, la letteratura colloca alcune fonti che, al contrario, sembrano essere dotate di una morfologia tipica ed esprimere una peculiare gerarchia di efficacia. Sono quegli atti normativi nei quali un soggetto del pluralismo, sfornito di autonoma potestà normativa, determina o concorre a determinare il contenuto di una fonte-atto statale. Ciò accade, ad esempio, nelle leggi di variazione territoriale delle Regioni e nelle leggi regolatrici dei rapporti fra lo Stato e le confessioni acattoliche. Il fenomeno si riproduce, pur se con una morfologia differente, nelle leggi approvate a maggioranza qualificata, nelle quali la minoranza, ossia il "soggetto istituzionale" del

pluralismo intrastatale, viene associata alla maggioranza nell'approvazione della legge. Tutte le ipotesi sono riconducibili ad un modello di deliberazione normativa al modello della maggioranza che non può decidere da sola rispetto a differenze che trovano garanzia nel principio di eguaglianza, e queste differenze sono date dalla conservazione dei soggetti del pluralismo. Alcuni momenti comunitari: la costituzione dei soggetti del pluralismo, la loro conservazione nell'ordinamento, in certi casi e a certi fini la loro produzione normativa, non sono affidati al *principio di maggioranza*, che opera tra eguali, ma alla compatibilità fra l'interesse comunitario, espresso dai suoi titolari, e il principio di maggioranza, messo a difesa dell'*eguaglianza-ragionevolezza* della differenza di trattamento invocata. Avviene così che l'atto dei rappresentanti degli *eguali* assuma a proprio contenuto la volontà dei *differenti*. Siamo al cospetto di una nuova forma di *gerarchia di efficacia fra le fonti dello Stato-comunità e dello Stato-soggetto*. Le leggi statali "comunitarie", che esprimono visibilmente nel loro procedimento di formazione questa superiorità (non, dunque, il semplice *rinforzo* cui sarebbe connessa una maggiore efficacia, né la particolare competenza di una fonte -ritenuta, peraltro, giuridicamente incompetente nella sua struttura tipica), sono gerarchicamente superiori a quelle del tipo e, forse, costituiscono un tipo a sé, caratterizzato dalla *dualità dei soggetti* decidenti e dalla *modalità di decisione* del contenuto della legge.

5. La risoluzione delle antinomie fra le fonti.

I rapporti fra le fonti sono regolati in modo da evitare e da sciogliere le antinomie che vengano eventualmente ad originarsi fra le norme da esse derivanti. Per la risoluzione di questi conflitti soccorrono vari criteri, che ricalcano quelli di distribuzione del potere normativo fra le fonti.

Il *criterio gerarchico* ordina le fonti secondo gradi di efficacia, di modo che la fonte di grado superiore procuri l' 'abrogazione' -faccia cioè cessare l'efficacia- delle norme poste da fonti di grado inferiore, e, per contro, resista all'abrogazione da parte loro. Giova tuttavia ricordare che se il rapporto fra fonte superiore e fonte inferiore si configura in termini di abrogazione di quest'ultima, il rapporto inverso può porsi anche in termini di invalidità della fonte inferiore, com'è, ad esempio, di un regolamento che disciplini, in assenza della legge, una materia coperta da riserva di legge assoluta.

Il criterio gerarchico è dettato direttamente dalla Costituzione con le previsioni combinate del procedimento di revisione costituzionale e del divieto di revisione di alcune norme e principi costituzionali, e perciò della soggezione delle leggi costituzionali alla Costituzione, nonché con le disposizioni in tema di controllo di costituzionalità delle leggi, dalle quali si desume la subordinazione alle leggi costituzionali e alla Costituzione delle leggi

statali ordinarie e degli atti ad esse equiparati. La subordinazione dei regolamenti alle leggi si evince, invece, dalla legge di disciplina dell'attività del Governo e dalle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, che hanno la forma e l'efficacia della legge statale ordinaria. Dalle medesime disposizioni si ricava anche la soggezione degli usi normativi, cioè delle consuetudini, ai regolamenti e alle leggi. Nel sistema delle fonti i gradi gerarchici non rappresentati, dunque, principalmente: a) dalla Costituzione; b) dalle leggi costituzionali; c) dalle leggi statali ordinarie e dagli atti con forza di legge; d) dai regolamenti dell'esecutivo; e) dagli usi normativi espressamente richiamati da leggi e regolamenti.

Fra fonti dello stesso grado opera il *criterio cronologico*, per il quale la fonte successiva nel tempo abroga le norme della fonte precedente, facendone cessare l'efficacia normalmente *ex nunc*. Deve infatti ritenersi eccezionale la retroattività della legge abrogatrice. L'abrogazione può essere 'espressa' o 'tacita', ossia manifestata direttamente dalla fonte abrogatrice o da essa risultante in modo implicito, come nei casi di incompatibilità fra le nuove disposizioni di legge e le precedenti o di disciplina da parte della legge posteriore dell'intera materia regolata dalla legge anteriore. Nella prima ipotesi, l'abrogazione è determinata e dichiarata direttamente dalla fonte; nella seconda, è determinata dalla fonte e dichiarata dal giudice in via interpretativa. L'abrogazione può essere 'totale' o 'parziale', a seconda che incida su tutte o solo su

alcune delle norme poste dalla fonte.

Al criterio cronologico fanno eccezione le leggi 'speciali' ed 'eccezionali'. In queste ipotesi, infatti, la natura della legge è tale che non avrebbe senso la prevalenza della legge generale posteriore (che non elimini la specialità e l'eccezionalità), ma, semmai, la prevalenza della legge posteriore dello stesso tipo.

Infine, il *criterio della competenza*, in base al quale nessuna fonte può disporre in una materia determinata se non quella indicata dalla norma sulla produzione. Il criterio della competenza inibisce l'applicazione del criterio gerarchico, mentre non esclude quella del criterio cronologico in riferimento a fonti di competenza dello stesso tipo; così, ad esempio, la legge regionale successiva abroga quella precedente.

La fonte competente resiste all'abrogazione e determina l'invalidità di ciascuna altra fonte, ad eccezione -ovviamente- di quella di grado superiore attributiva della competenza. La resistenza all'abrogazione da parte della fonte incompetente e l'invalidità di quest'ultima costituiscono, dunque, gli effetti dell'impiego del criterio della competenza.

CAPITOLO SETTIMO