

Capitolo Primo
LA COSTITUZIONE E IL DIRITTO
COSTITUZIONALE

“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. DALLA COSTITUZIONE AL DIRITTO COSTITUZIONALE. I CONCETTI PREMODERNI DI COSTITUZIONE

La *costituzione*, in prima approssimazione, è la legge superiore, limitatrice del potere politico 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 al diritto costituzionale. Dire perciò che la libertà di

manifestazione del pensiero è garantita dalla costituzione significa affermare che tale libertà è tutelata da una norma (nella Costituzione della Repubblica italiana, l'art. 21, I comma) di *diritto costituzionale*, appartenente cioè a quel complesso di norme di vertice dell'ordinamento giuridico generale che condizionano la validità di tutte le altre.

L'equivalenza fra costituzione e diritto costituzionale costituisce tuttavia un approdo della modernità. Le costituzioni degli antichi: dei greci, dei romani, dei medievali, anche quando hanno forma giuridica, mancano dei caratteri che contrassegnano il diritto moderno.

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

Nei concetti romano e medievale compaiono anche l'idea del popolo come fonte di legittimazione del potere e il correlato principio della responsabilità politica del titolare del dominio. In epoca medievale viene altresì formalizzata la distinzione fra il 'gubernaculum', cioè l'attività di governo e di amministrazione nella quale il re agisce libero da limitazioni e da responsabilità giuridiche, e la 'iuri-

sdictio', 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 'pacta' con i quali si obbligano reciprocamente il re e i signori feudali; patti nei quali viene disegnato il modello del limite al potere, del consenso contrattuale e della documentazione scritta cui si conformerà il concetto moderno di costituzione.

Negli antecedenti premoderni del concetto di costituzione non sembrerebbe mancare, pertanto, nessuno dei suoi caratteri essenziali: non l'idea della leg-ge 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.

La reazione alla lesione costituzionale non va al di là della legittima *resistenza* individuale, ossia del rifiuto di dare applicazione ad una norma contra-

stante con la costituzione; in osservanza della norma costituzionale che sottrae al sovrano il potere di disporre. La reazione alla violazione costituzionale non è ancora approdata all'area della *sanzione giuridica*, ossia dell'applicazione forzata di una conseguenza sfavorevole al soggetto che ha violato la norma.

§ 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 (Sec. XVI-XVII), ossia dal venir meno della divinità come garante esterno dell'ordine politico, va-nificato nella sua funzione di garanzia dall'essere la ragione stessa del conflitto, del disordine e della morte. Il diritto alla vita e la pacifica convivenza, prima conseguiti mediante l'adesione all'ordine politico derivante direttamente o indirettamente dalla volontà divina, si convertono negli scopi principali della volontà degli esseri umani. L'ordine della convivenza civile cessa di essere un ordine esistenziale e diventa un ordine deontologico, il risultato del 'dover essere' dell'azione politica.

Il conseguimento e la perpetuazione della pace sociale hanno fondamento nell'eguaglianza tra gli

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

Il concetto giuridico di costituzione sembrerebbe così guadagnato. Il dover essere della pacifica convivenza, che è speculare alla struttura formale della *norma giuridica* intesa come giudizio ipotetico che collega doverosamente una conseguenza condizionata ad un presupposto condizionante (nell'art. 575 c.p. la pena della reclusione non inferiore ad anni 21 a chiunque cagiona la morte di un uomo), 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 individuale e dalla *rivoluzione*, ossia dal rovesciamento del regime politico che viola sistematicamente la costituzione; rovesciamento legittimo perché reagisce alla disposizione massiccia di norme indisponibili da parte del titolare del potere politico. Accade, infatti, che al mutamento del titolo di legittimazione del potere, all'affermarsi cioè del principio della *sovranità popolare* cioè dell'attribuzione al popolo del supremo potere di imperio 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 del sovrano, dando luogo ad un conflitto fra il re e il popolo borghese.

La ricerca della sanzione giuridica nei confronti del sovrano, la cui mancanza appanna l'attitudine del contratto sociale a fondare la moderna costituzione, si sviluppa lungo due direttrici fra loro

convergenti: da un lato, la richiesta di un patto, preferibilmente scritto, fra re e popolo nel quale vengano sanciti il titolo di legittimazione del potere, il titolare e i modi di distribuzione e di esercizio del dominio, i diritti di libertà dei borghesi; dall'altro lato, tanto nel patto quanto nell'azione politica, lo spostamento dell'asse del potere verso la borghesia e il Parlamento. La sanzione viene così costituita mediante l'erosione del potere del re ad opera e a favore del corpo dei rappresentanti del popolo; fino a fare del re un soggetto della costituzione democratica.

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 àncora l'ordine politico ad una costituzione che attribuisce il potere al popolo e ai suoi rappresentanti, che garantisce le libertà fondamentali dei cittadini, che realizza la separazione dei poteri 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 dell'art. XVIII della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 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 una costituzione 'ottriata', cioè concessa dal sovrano al popolo) 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 modi-

fiche costituzionali, della deliberazione normativa maggioritaria del Parlamento, ossia della legge?

Sotto il profilo tecnico, la supremazia della costituzione sulle leggi si realizza in modo astratto e, alla fine, solo apparente. Sia perché il giudice che rilevi l'illegittimità costituzionale della legge potrebbe deciderne la disapplicazione, lasciandola tuttavia in vigore a disposizione della differente interpretazione e decisione 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 con la *riserva di legge* attribuisce il potere di dare attuazione - in via esclusiva o prevalente - alle norme disciplinanti i diritti di libertà, non riterrà arbitrario modificare con la legge, che è il risultato di quel procedimento, le norme della costituzione.

Il fenomeno descritto si suole riassumere nell'affermazione che quelle liberal-borghesi sono *costituzioni flessibili*, ossia sono modificabili con le ordinarie leggi del Parlamento, e che la loro sovraordinazione alle leggi, formalmente di natura procedimentale e

materiale, nella sostanza è soltanto di carattere politico, 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 avrà modo di dire più avanti (Cap. III), il principio di maggioranza, essendo attivato da portatori di interessi, tende a trasformarsi da strumento di composizione dei conflitti fra eguali in 'diseguagliante' - principio di prevalenza dell'interesse della maggioranza ad imporsi e a conservarsi come tale. Ed allora, se differenze naturali o culturali (di genere, di razza, di lingua, di religione), che l'eguaglianza vuole conservate, vengano 'coperte' da (e trattate come) differenze di interessi, che l'eguaglianza vuole invece neutralizzate, si realizzerà una violazione del principio di eguaglianza da parte della maggioranza; verrà cioè varcato il limite segnato dalla costituzione alla sovranità dei rappresentanti del popolo, che si sostanzia nella sottrazione alla disponibilità della maggioranza del diritto alla esistenza, alla libertà e all'eguaglianza di tutti gli

appartenenti alla società politica.

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 e il principio di maggioranza ad essere invocato a favore di altri e contrastanti valori, 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.

Per conoscere una vera gerarchia di forma e di efficacia fra la costituzione e legge e conseguire quindi l'identificazione fra costituzione e diritto costituzionale occorrerà attendere le *costituzioni rigide* del secondo novecento, differenziate nel procedimento di formazione e nell'efficacia giuridica dalle leggi statali ordinarie, ed assistite nell'affermazione di questa loro peculiare efficacia dalla giurisdizione costituzionale; le quali dunque, a distanza di quasi due secoli, vengono ad acquisire l'efficacia della Costituzione americana enunciata nella sentenza *Marbury v. Madison*, citata in epigrafe, e conservata dallo *stare decisis*.

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 pre-moderni di costituzione restano ai margini dell'area di qualificazione giuridica; quelli moderni, che in quell'area sono entrati irreversibilmente, non riesco-

no 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.

Va infine notato che, anche quando - come in regime di costituzione rigida- la costituzione si identifica con il diritto costituzionale, non ne esaurisce tuttavia la nozione come oggetto della *scienza del diritto costituzionale*. Al diritto costituzionale appartengono infatti, oltre alle norme della costituzione e delle leggi costituzionali di revisione, anche le norme poste dalle varie fonti che danno attuazione alle norme costituzionali e/o la cui modificazione è comunque sottratta alla discrezionalità del legislatore ordinario. Vi rientra anche la giurisprudenza costituzionale perché mediante l'attività interpretativa che la caratterizza, da un lato, concorre alla determinazione del significato delle norme costituzionali e, dall'altro lato, introduce limiti alla legislazione ordinaria che allargano l'ambito materiale sottratto alla discrezionalità del legislatore.