



Diritto costituzionale riassunto 2015

Diritto Costituzionale
Università degli Studi di Siena
110 pag.

2. Organizzazione e ordinamento

Definizione di ordinamento: viene definito ordinamento il complesso delle regole o norme stabilite in una società e in media rispettate e seguite dai consociati.

Vi sono ordinamenti diversi tra loro (sportivi, culturali, religiosi, ecc.) che danno luogo al c.d. "pluralismo giuridico". Hanno "carattere derivato", è lo che stato riconosce loro la soggettività in modo tale che possano agire autonomamente e perseguire le loro finalità (sportive, culturali, sindacali, religiose, ecc.).

Lo Stato invece si pone come ente "originario", nel senso che deve soltanto a sé la sua esistenza. Si legittima per il fatto di porsi come una struttura autoritaria dotata di positività, stabilità e con finalità generali (sicurezza, benessere, pace sociale, ecc.).

3. Elementi dello Stato: popolo, territorio, potere sovrano

Lo Stato è la forma di organizzazione del potere politico, che esercita il potere sovrano su una comunità di persone all'interno di un determinato territorio.

Per **popolo** s'intende la comunità di individui indipendentemente dall'etnia, dal sesso e dalla lingua ai quali l'ordinamento giuridico statale attribuisce lo status di cittadino e sottoposti al potere di impero statale.

Non costituisce Stato:

- un popolo privo di territorio (si pensi ad esempio alle popolazioni nomade come i rom o i berberi);
- un popolo stanziato su un territorio ma privo di governo in grado di controllarlo (i curdi divisi tra Turchia, Iraq, Iran, Siria e altri paesi del Caucaso).
- una popolazione insediata su un territorio la cui sovranità è rivendicata da più governi in conflitto (come ad esempio la Bosnia-Erzegovina);
- un popolo stanziato su un territorio e con un'autorità di governo che però non esercita concretamente alcun potere di comando interno o esterno dal momento che il monopolio della forza, la sicurezza esterna, e' assicurata da uno Stato straniero (protettorati, colonie).
- Né in quei casi come ad esempio i territori palestinesi, nei quali si ha popolo, territorio e governo, ma si tratta di un governo non sovrano, nella misura in cui non dispone dei propri confini e ne' del completo monopolio della forza interna.

Nei tempi di guerra invece la statualità continua attraverso i c.d. governi in periodo di occupazione militare o dei governi in esilio.

Il territorio è la sede su cui è stabilmente organizzata la comunità statale e rappresenta l'ambito spaziale entro il quale lo Stato esercita la propria sovranità in modo effettivo ed indipendente. Comprende: la terraferma, delimitata da confini naturali (fiumi, montagne) o artificiali (stabiliti da trattati internazionali); il mare territoriale, la cui estensione raggiunge, normalmente, le 12 miglia dalla costa; la piattaforma continentale (i fondi marini); lo spazio aereo sovrastante la terraferma e il mare territoriale, e il sottosuolo; il territorio fluttuante (navi e aerei mercantili in viaggio in alto mare e sul cielo soprastante e le navi e aerei militari ovunque si trovino).

La sovranità consiste nel potere supremo (la potestà d'impero) che viene esercitato sul popolo all'interno del proprio territorio e nell'indipendenza dello Stato rispetto a qualsiasi altro Stato. Il termine sovrano indica che lo Stato è un ente originario che non riconosce nessun ente o soggetto al di sopra (superiorem non recognoscens) e che esercita nei confronti dei consociati il massimo dei poteri che si può configurare. In virtù di questo potere lo Stato e' legittimato all'uso della forza fisica per fare osservare le norme giuridiche ai soggetti privati.

4. Potere sovrano e supremazia

La sovranità dello Stato nel corso di mezzo secolo è stata via via limitata dal diritto internazionale dopo il secondo dopoguerra e dal diritto dell'Unione Europea dalla seconda metà degli anni ottanta, che ha portato ad una recessione della competenza effettiva dello Stato.

Potere ridotto dallo straordinario sviluppo dei diritti di libertà, ma anche conseguente al risultato dell'affermarsi della opinione pubblica nazionale e internazionale, forza di natura politica e non giuridica divenuta tale da imporsi al giurista. Per essere sovrani infatti non è sufficiente avere un titolo legittimo ma occorre una corrispondenza di fatto, oltre che di diritto, chiamata obbedienza media, un consenso spontaneo della gente.

5. Conoscenza e certezza del diritto

Tutto quanto che è rilevante per il diritto deve essere oggetto di regolamentazione (il c.d. rilevante giuridico) Tuttavia il gran numero delle norme che s'intrecciano e si infittiscono va di pari passo con la probabilità che insorgano delle contraddizioni. L'esigenza di evitare le contraddizioni è detta coerenza.

Coerenza e completezza possono essere considerati profili della certezza del diritto.

I cittadini per l'osservanza delle norme e per orientare i propri comportamenti devono sapere tutto ciò che il diritto chiede, esige o comanda. Una tappa importante nella conoscenza del diritto scritto è la pubblicazione per cui nel nostro sistema vige la presunzione di conoscenza della legge (ignorantia legis non excusat). Tuttavia anche le leggi più chiare richiedono un'attività di interpretazione che consenta di sussumere il caso pratico della norma, cioè come deve essere valutato un fatto concreto alla luce della norma. I margini dell'incertezza sono segnati da limiti invalicabili: limiti linguistici (interpretazione letterale), limiti logici, limiti di onestà, di ragionevolezza, di buon senso, ecc.

Diritto dello Stato e attività politica

Il diritto dello Stato è l'ordinamento della più complessa tra le organizzazioni giuridiche, una comunità caratterizzata dalla politicità che non solo si regge su proprie regole ma anzi, aspira a stabilire regole, divieti o vincoli per tutte le altre organizzazioni giuridiche con cui entra in vario modo in contatto

Il diritto ha la funzione di regolare e disciplinare l'attività politica. In realtà se della politica si accoglie la definizione di regime della collettività e organizzazione della stessa, vi è una generalità incompatibile con il diritto. Una generalità connaturata all'idea dello Stato inteso come società e caratterizzato dal monopolio della forza. **Le idee-forza che descrivono le istituzioni politiche** appartengono al mondo politico, **animano e orientano un sistema sociale ma non lo regolano. Idee-forza come liberte', egalite', fraternite', "la legge e' uguale per tutti", che spesso ricevono la qualifica di norme programmatiche, che difficilmente si può chiedere l'attuazione attraverso un'azione giudiziaria. Delle norme programmatiche non è facile individuare il vincolo e l'obbligatorietà che ne deriva per contro se ne avvantaggia l'interprete (magistrato, amministratore, professore universitario, ecc.).** Nella politica si cristallizza il diritto, **in senso molto lato, la politica è fonte di diritto.** Intesa come funzione, analogamente alla funzione costituente, la funzione di indirizzo politico ha rispetto la tripartizione dei poteri una priorità logica e cronologica e una funzione integrativa.

Lo Stato come soggetto di diritto

Sono soggetti di diritto tutti gli individui ai quali è riconosciuta la capacità giuridica (la capacità di essere titolari di diritti e di doveri), gli enti.

Lo Stato ha personalità unica, personalità che ha l'attributo della sovranità (potere di impero) e che lo contraddistingue dagli altri soggetti giuridici.

Personalità unica dello Stato e nomi diversi

Nonostante si parli di personalità unica, in Italia lo Stato prende nomi diversi a seconda del contesto:

- lo Stato inteso come ordinamento e con riferimento all'attività normativa "la legge" o "le leggi" o "il legislatore";
- lo Stato inteso come soggetto agente, "la Repubblica", "l'Italia", "la Patria", a volte "Stato", "Repubblica" "Stato" appaiono nello stesso articolo.

Lo Stato è un ente unitario e perpetuo che sorpassa la caduca esistenza degli individui che lo compongono. La personalità dello Stato si svolge in quanto soggetto di diritti e di doveri nell'ambito della comunità internazionale e come soggetto di diritto interno. Lo Stato opera, agisce e si esprime attraverso i suoi organi (teoria organica) o attraverso singoli che lo rappresentano (teoria della rappresentanza). Attraverso la teoria organica alcuni sostengono che si ottiene il vantaggio di rendere lo Stato direttamente responsabile per gli atti dei suoi organi. Altri preferirebbero la maggiore responsabilità dei singoli (secondo la concezione anglosassone) che agiscono in rappresentanza, lo scudo della maestà statale sembrerebbe così più allontanato e il rapporto con la gente più diretto e più comprensibile.

Stato di diritto

Lo Stato di diritto è l'incarnazione dell'idea che gli uomini debbano essere governati dalle leggi e non dal libero arbitrio di altri uomini.

La svolta coincide con la nascita dello Stato moderno e con il concetto di sovranità, cioè la pretesa che una determinata organizzazione politica rivendica di avere sul proprio territorio, rispetto a ogni altra autorità, interna o esterna di imporre la propria autorità (c.d. originalità), di dettare le proprie regole (c.d. principio di esclusività) ed esercitare l'uso della forza per il rispetto di queste regole (c.d. principio di effettività). Nei moderni Stati il sovrano rivendicava poteri supremi rifiutando di riconoscere poteri superiori dell'imperatore e della chiesa configurando la nascita degli Stati assoluti dove il sovrano era investito di ampi poteri.

Attraverso un lungo processo storico, lo Stato di diritto è il risultato del pensiero illuministico che venne tradotto nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 e nelle Costituzioni ispirate ai suoi principi.

Il primo obiettivo è la separazione dei poteri per evitare la concentrazione dei poteri nelle mani di una sola persona o di una classe. Potere legislativo (formazione delle leggi) stabilisce le regole entro le quali gli individui sono liberi di svolgere le proprie attività e costituisce la base sul cui fondamento agiscono gli altri poteri. Potere esecutivo deve applicare le leggi,

emanare provvedimenti che incidono sulla persona o sul patrimonio del singolo al fine di realizzare l'interesse pubblico. Il potere giudiziario, indipendente dagli altri due, garantisce un giudizio neutro sull'attività dei privati che sulla legittimità dei provvedimenti emanati dall'esecutivo.

Secondo pilastro dello Stato di diritto è il principio di legalità secondo il quale ogni potere pubblico è legittimo se e solo se è previsto e regolato da una preventiva norma giuridica. I poteri pubblici possono fare solo ciò che il testo li autorizza a fare, vale in modo particolare per gli atti che comprimono le libertà fondamentali e il diritto di proprietà; sanzioni e tributi sono soggetti ad un principio di stretta legalità che limita rigidamente il potere repressivo della polizia e quello impositivo del fisco, soggetti alla garanzia della irretroattività della legge.

Anche gli organi dello stato devono rispettare e conformarsi alla legge che disciplina la loro attività, delinea le competenze di ciascun organo, regola i loro rapporti con i soggetti privati. Nello Stato di diritto i soggetti privati possono chiedere e ottenere giustizia in quei casi in cui gli organi dello Stato non si siano comportati secondo la legge

Altri pilastri dello Stato di diritto sono la libertà e l'uguaglianza. La legge deve essere uguale per tutti i soggetti di diritto sia che protegga sia che punisca, indipendentemente dalle differenze sociali, economiche e culturali. Nella consueta allegoria la giustizia è bendata, non guarda in faccia nessuno. Nello Stato di diritto la legge è astratta perché non deve regolare casi concreti e le norme non devono essere indirizzate a singoli individui proprio perché i soggetti sono formalmente uguali. Da questo scaturisce il principio di divisione tra Stato e società civile che è il **presupposto dello Stato di diritto**, delimita i compiti dello Stato e garantisce alla società la libertà di svilupparsi secondo gli schemi che essa stessa si darà. Nasce qui la divisione tra il diritto pubblico (organizzazione dei poteri pubblici e disciplina i rapporti tra Stato e cittadini) e il diritto privato (l'insieme delle norme che promuovono, agevolano e limitano l'autonomia privata).

Diritto pubblico e diritto privato

Nel diritto pubblico si perseguono gli interessi della collettività, gli interessi generali distinti dagli interessi privati disciplinati dal diritto privato. Capita a volte vedere che lo Stato assume la posizione di un privato ed è soggetto di rapporti bilaterali o plurilaterali come quelli che caratterizzano la vita dei cittadini. Ad esempio lo Stato locatario di un immobile privato, lo Stato appaltatore di lavori, lo Stato socio di una società per azioni. In questo caso lo Stato si spoglia quasi della sua sovranità e si muove come un soggetto qualunque nell'ambito del diritto privato, perché sta perseguendo interessi che non sono troppi collegati all'interesse generale e non ricorre al potere di comando, cioè all'esercizio della sovranità statale. Tuttavia, avere un credito nei confronti dello Stato e un credito con un privato possono configurarsi rapporti giuridicamente uguali ma in concreto diversi..

Nel diritto privato che disciplina i rapporti tra persone fisiche e giuridiche diverse dallo Stato l'accento è spostato sulla volontà del privato, gli interventi dello Stato sono limitati a fissare i presupposti, i requisiti, le forme e gli effetti degli atti tra i privati.

La tendenziale invasione dello Stato nella sfera del privato

Sono divenute di competenza dello Stato la salute, la scuola o divenute quasi statuali come la fabbricazione di armi o l'organizzazione del turismo. Di pari passo sono sorte materie di natura pubblicistica, come i trasporti, al diritto al lavoro, alla sanità. La crescita dei compiti ritenuti di interesse generale e quindi di diritto pubblico ha determinato una contrazione della sfera privata (famiglia, circoli privati, ecc.). La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato rimane netta se riferita a concetti come danno, responsabilità patrimoniale, restituzione dell'indebitato o presunzione di colpa. In linea di massima allo Stato vengono riservati dalla legge trattamenti più benevoli, tolleranti e favorevoli. Anche quando viola la legge a volte lo Stato si impone e non tollera resistenze, in violazione di quanto detto a proposito dello stato di diritto. A volte si riesce a dimostrare un illegittimo dello Stato dopo una lunga battaglia giudiziaria.

Tutta la prima parte della costituzione ha enunciato principi vincolanti in alcune materie che un tempo riguardavano solo il diritto privato, e costituzionalizzandole ha avvicinato i due tipi di norme di diritto pubblico e di diritto privato, se non addirittura ha reso la distinzione insignificante nel quadro complessivo di quello che oggi viene chiamato Stato sociale.

Stato e autonomia dei privati

La realtà concreta del rapporto tra Stato e privati si avverte tra la prima e seconda parte della nostra Costituzione rivelata da tutte quelle norme che disciplinano il modo di formazione e l'attività degli organi dello Stato. Rapporto che non di rado nelle conversazioni tra la gente comune viene descritto come oppressivo, tiranno, benevolo, nemico e prepotente con i deboli e gli umili quasi si trattasse di una sintesi della società.

La seconda parte della Costituzione anche se sembra lontana dai soggetti privati riporta ad un rilievo di J. Stuart Mill per il quale il principio fondamentale del diritto costituzionale fa sì che sempre le disposizioni e regole abbiano presente il pericolo da parte di chi esercita il potere si persegua il proprio interesse personale invece di quello dello Stato, non perché avvenga sempre ma perché si tratta di una tendenza naturale.

PARTE I

LA COSTITUZIONE

Costituzione e Potere Costituente

La Costituzione: prime definizioni

Una Costituzione moderna è caratterizzata da quell'insieme di norme che costituiscono il fondamento di uno Stato, stabili nel tempo, superiori rispetto alle altre norme giuridiche (forza), che contengono principi e valori generalmente condivisi in tema di diritti fondamentali, nonché un modello organizzativo nella distribuzione dei poteri dello Stato (sostanza).

Tali norme devono essere dotate di determinate caratteristiche di contenuto e di forma che le contraddistinguono da altri atti normativi, gli elementi formali e gli elementi sostanziali.

Gli elementi sostanziali (contenuto della Costituzione) richiamano quanto stabilito nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 "la società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti né la separazione dei poteri non ha costituzione".

In questa norma viene identificato il concetto di Costituzione in base al contenuto (garanzia dei diritti e separazione dei poteri). Questa concezione è definita garantista e storica della Costituzione perché fa riferimento ad un modello costituzionale riferibile ad un determinato momento storico.

Si contrappongono:

- la concezione tradizionalista secondo la quale la Costituzione è formata da atti normativi e da consuetudini. Ciò che le attribuisce forza e legittimazione è il decorso del tempo; considera Costituzione anche la Magna Carta del 1215 o il Bill of Right del 1689 in Inghilterra, documenti che Costituzioni non sono; questa concezione non può essere accolta;
- la concezione sociologica secondo la quale la Costituzione è frutto dei rapporti reali all'interno di una società indipendentemente dalle regole imposte dal testo costituzionale. Qualora la Costituzione coincida con i rapporti reali ed economici, la Costituzione ha una funzione descrittiva anziché precettiva, codifica cioè che è già esistente nella società. Ritiene che il diritto sia una sovrastruttura dei rapporti economici e sociali; questa concezione non spiega come al contrario le Costituzioni post-dopoguerra modificano o ridelineano l'assetto sociale sottostante. Questa teoria è valida nella misura in cui spiega come l'evoluzione economica, sociale e politica della società condizioni l'interpretazione della Costituzione

Gli altri elementi caratterizzanti sono:

Stabilità la Costituzione non è fatta per disciplinare equilibri transitori ma per durare nel tempo. Differisce dalle norme di indirizzo politico perché non è l'espressione delle scelte politiche di un Governo.

Superiorità la Costituzione è la legge fondamentale di uno Stato, le norme costituzionali possiedono una forza maggiore rispetto alle altre norme dell'ordinamento giuridico.

Valori e principi generalmente condivisi da un punto di vista del contenuto le norme costituzionali esprimono valori che i cittadini e le forze politiche considerano come propri. Il sistema dei diritti fondamentali prevede garanzie a beneficio dei cittadini e dai quali scaturiscono valori patrimonio di tutti. Questo è un altro elemento che contraddistingue la Costituzione da tutti gli altri atti normativi che sono normalmente espressione di una maggioranza politica (la maggioranza di Governo) che hanno la funzione di disciplinare e regolare fatti concreti della vita.

Le norme costituzionali sono dotate, inoltre, di un elevato livello di flessibilità, per potersi adattare a situazioni storiche, sociali o politiche diverse rispetto al momento nel quale la Costituzione è stata approvata..

Modello organizzativo nella distribuzione dei poteri dello Stato la Costituzione disciplina il potere dello Stato e allo stesso tempo lo limita. Le Costituzioni nascono infatti come strumenti di limitazione del potere del Sovrano, per poi essere finalizzati alla organizzazione e al bilanciamento dei poteri dello Stato.

Costituzione in forma scritta si presenta come un documento redatto in forma solenne da un organismo appositamente convocato. Nella Costituzione non scritta non esiste un testo di riferimento, ma il funzionamento delle istituzioni si fonda su una serie di consuetudini e su dichiarazioni di portata generale (es. Magna Charta Libertatum, Habeas Corpus Act - diritto per difendersi dall'arresto illegittimo)..Da un punto di vista teorico non si esclude che la Costituzione possa essere in forma non scritta, possedendo i requisiti di stabilità e di superiorità. Tuttavia essendo l'espressione della volontà del potere costituente, vale a dire di un popolo, essa è espressione di un atto e non di un fatto (un mero comportamento) che è spesso collegato alla forma scritta. Inoltre da un punto di vista storico le Costituzioni moderne tendono ad assumere la forma scritta.

Gli ordinamenti giuridici prerivoluzionari erano per lo più accordi transitori tra monarchia, nobiltà e clero che riconoscevano alcuni diritti degli uni nei confronti degli altri.

La Magna Charta Libertatum del 1215, è principalmente un accordo che disciplina alcune libertà dei nobili nei confronti del sovrano. Così di Bill of Rights del 1689 (dichiarazione dei diritti civili e politici) disciplina interessi tra due parti contrapposte. In questi accordi mancano tutti e quattro gli elementi caratterizzanti le costituzioni in senso moderno: mancava la stabilità perché erano accordi transitori, la superiorità perché nessuna delle parti intendeva delegare ad un

terzo, la Costituzione, la disciplina di un rapporto che si presupponeva che si sarebbe modificato rapidamente. Non contenevano valori e principi generalmente condivisi, ma al massimo riconosceva alcune libertà ad una sola classe sociale, i nobili, né disciplinavano l'organizzazione dei poteri dello Stato. In definitiva, finché vi sia una situazione di dualismo costituzionale, cioè un conflitto tra due o più parti per la sovranità, non può aversi Costituzione in senso moderno.

2. L'origine della Costituzione come limite al potere: potere costituente e poteri costituiti

Le Costituzioni moderne furono elaborate da organismi rappresentativi (convenzioni o Assemblee Costituenti) titolari in autonomia e senza negoziazioni con altri organi, del potere costituente.

Il potere costituente è un potere straordinario e irripetibile conferito alle Assemblee Costituenti di darsi una nuova Costituzione. Con l'approvazione della Costituzione le Assemblee Costituenti si sciolgono e il potere costituente si estingue.

I poteri che derivano dalla Costituzione sono i c.d. poteri costituiti che trovano fondamento e legittimazione nella Costituzione. Sono poteri limitati perché non sono originari ma derivano dalla stessa norma costituzionale che è superiore, così come è superiore rispetto alle norme che i poteri costituiti producono.

Sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1803 c.d. Marbury v. Madison, sul caso della nomina a giudice di pace di William Marbury che aveva accusato l'allora segretario di Stato americano, John Madison di non aver notificato tramite decreto il suo incarico. Il caso arrivò alla Corte Suprema ma la Costituzione non riconosceva alla Corte Suprema la competenza di giudicare casi simili a questi, mentre esisteva una legge federale che statuiva il contrario. Dopo aver esaminato il caso la Corte Suprema dichiarò la legge federale incostituzionale e decise di disapplicarla.

Il giudice affermò che: se la Costituzione si pone in una posizione gerarchica superiore rispetto alla legge, la legge non può contravvenire a quanto disposto dalla Costituzione e, se questo accade, la legge deve essere privata dei suoi effetti (o la Costituzione è la legge suprema, immutabile e impedisce che le leggi contrastino con le sue prescrizioni o la Costituzione è allo stesso livello delle leggi ordinarie e il legislatore può modificare la Costituzione con una legge comune. Se è vera la prima ipotesi, la norma contraria alla Costituzione non è una legge; se è vera la seconda ipotesi le Costituzioni scritte sono un assurdo tentativo per limitare un potere a sua volta illimitabile. Certamente tutti gli artefici della Costituzione hanno ritenuto di elaborare una legge suprema e fondamentale della Nazione, per cui vale il principio ogni atto del potere legislativo contrastante con la Costituzione è nullo).

In questa sentenza sono contenuti molti principi del costituzionalismo moderno:

la Costituzione è la legge suprema immutabile con mezzi ordinari la sua superiorità è conseguenza dell'esercizio del potere costituente;
una legge in contrasto con la Costituzione è invalida perché la legge, potere costituito, è inferiore alla costituzione;
quando un giudice deve applicare una legge in contrasto con la Costituzione, la legge non può essere applicata. Quando vi è una Costituzione superiore, l'ordinamento deve necessariamente prevedere un organo che abbia il potere di giudicare se una legge è contrastante con la Costituzione, l'idea della GIUSTIZIA COSTITUZIONALE.

Tuttavia il costituzionalismo moderno per potersi compiutamente realizzare necessita di presupposti storici e sociali che consentano l'esercizio del potere costituente, la Costituzione deve essere espressione di tutti e non di una parte sociale o di un sovrano.

3. Le Costituzioni nelle monarchie dualiste e nel primo dopoguerra

Con la restaurazione, in Europa i Sovrani ritornano sulla scena con ampi poteri, anche se non sono più i sovrani assoluti del periodo prerivoluzione francese, concedono infatti le Costituzioni alla borghesia, classe sociale emergente, cosicché le Costituzioni diventano strumenti di limitazione dello stesso potere Sovrano. Le Costituzioni di questo periodo sono definite dualiste, perché la sovranità è contrastata tra il Re e una determinata classe sociale. Queste Costituzioni, a differenza del passato, disciplinano con una certa completezza, l'ordinamento dello Stato, l'organizzazione dei poteri, alcuni diritti di libertà.

Tuttavia non ci sono i presupposti per essere considerate Costituzioni in senso moderno perché:

- non sono il frutto del potere costituente, perché ognuna delle due parti ritiene di essere la vera titolare della sovranità;
- il potere non deriva dalla Costituzione ma tale potere preesiste al Re e quest'ultimo si limita semplicemente a sottoporlo ad alcune limitazioni attraverso lo strumento costituzionale. Ciò significa che il potere incardinato nel Sovrano, esterno e preesistente alla Costituzione, è superiore alla Costituzione stessa; Se il potere del Sovrano preesiste alla Costituzione, infatti, la Costituzione deriva dal Sovrano, che come la concede la può allo stesso tempo revocare.
- in un modello dualistico le due parti preferiscono avere la possibilità di modificare i contenuti dell'accordo a seconda del crescere della propria forza politica e una Costituzione superiore avrebbe costituito un ostacolo allo sviluppo e all'evolversi di quei rapporti di forza.

d. Se la Costituzione non è superiore, non può esistere un sistema di giustizia costituzionale presupposto già visto nella sentenza *Marbury v. Madison*. Nelle Costituzioni ottocentesche, dominate dal dualismo, la difesa della Costituzione non poteva essere delegata ad un terzo.

Per ragioni diverse, anche le Costituzioni del primo dopoguerra presentano caratteri di dualismo e di sovranità indecisa. Il suffragio universale aveva portato sulla scena politica le masse con esse le organizzazioni sindacali e i grandi partiti, cosicché la Costituzione, aveva lo scopo di cercare il difficile equilibrio tra queste forze e le loro antagoniste conservatrici. La Costituzione di Weimar del 1919 riconosceva moltissimi diritti sociali e riforme economiche ma allo stesso tempo rinviava la loro attuazioni a politiche legislative successive. Da un punto di vista della distribuzione dei poteri era bilanciata ma lasciava aperta la possibilità di un supremo reggitore dello Stato in caso di crisi. L'equilibrio tra le forze opposte era necessariamente transitorio con conseguente Costituzione instabile.

4. Le Costituzioni contemporanee e la rigidità come tratto caratterizzante

Dopo la seconda guerra mondiale e le dittature fascista e nazista per la prima volta le forze politiche sono mosse dalla necessità di ricostituire la società e la Costituzione doveva svolgere il compito sia di rifondare l'ordinamento giuridico dello Stato sia di indirizzare in qualche misura, anche la ricostruzione della società.

Le Costituzioni per conseguenza si allungano molto, ricomprendendo valori e principi comuni a tutte le forze politiche e contengono programmi sociali all'interno dei quali ciascuna forza politica fa propria una parte del programma. Modelli detti dello Stato pluralista, perché vi è una pluralità di valori, interessi, forze politiche che convivono con eguale dignità all'interno della Costituzione.

L'evoluzione storica dei modelli costituzionali, dalle monarchie assolute, alle monarchie costituzionali, sino alle Costituzioni del primo dopoguerra, si fondava sull'esistenza di un potere, che la Costituzione poteva servire a limitare, regolare, confinare, ma che non poteva essere eliminato perché esistente nei fatti (il re o il dualismo). Potere che nelle Costituzioni contemporanee non c'è più: tutte le forze politiche e sociali hanno accettato la Costituzione e sono dunque parti di quell'accordo. La Costituzione è garante del nuovo sistema sociale del nuovo ordinamento giuridico. Per esserlo deve essere necessariamente superiore ai poteri che disciplina (poteri costituiti).

Questa superiorità doveva essere garantita da norme giuridiche che prevedevano un procedimento aggravato e complesso per la sua modificazione. Le Costituzioni divengono pertanto rigide. La rigidità costituisce quindi una garanzia formale e procedimentale della Costituzione per conservare il patto sociale.

Tutti gli atti che vengono dopo la Costituzione sono costituiti e quindi inferiori, la superiorità è un concetto collegato alla natura dell'atto e non alla sua forma.

La rigidità afferisce alle regole procedurali per modificare la Costituzione è dunque garanzia sia della superiorità che della stabilità nel tempo della Costituzione.

Un'altra caratteristica delle Costituzioni contemporanee è la previsione di sistemi di giustizia costituzionale. Se la legge deriva dalla Costituzione ne deve rispettare il contenuto. Se non ne rispetta il contenuto significa che essa modifica la Costituzione. Ma la Costituzione che è superiore perché espressione del potere costituente non può essere modificata da un potere costituito. Occorre quindi, in questi modelli costituzionali, un sistema che consenta di giudicare sulla legittimità di una legge nei confronti della Costituzione.

5. Costituzioni flessibili e rigide, Costituzioni lunghe e brevi, formali e materiali.

Una Costituzione è detta flessibile quando può essere modificata attraverso una legge ordinaria mentre è detta rigida quando per essere modificata è richiesto un procedimento complesso rispetto a quello ordinario.

Nel periodo di accentuato dualismo e di lotta per la sovranità le Costituzioni erano flessibili, perché le parti non intendevano delegare ad un strumento normativo superiore le modalità di composizione di quei conflitti. Nel dopoguerra invece, venuta meno la lotta per la sovranità, le Costituzioni divengono lo strumento per garantire il nuovo patto sociale e dunque vengono rese rigide per conservare nel tempo quello stesso patto sociale.

Le Costituzioni brevi sono un modello ancora dualistico, dove le parti decidono di disciplinare alcuni rapporti di potere ed alcuni diritti, sono tipiche del periodo liberale ottocentesco.

Le Costituzioni lunghe sono invece tipiche della società contemporanea:

- disegnano un modello di organizzazione del potere e del sistema dei diritti nel quale tutti possono riconoscersi;

- sono collegate al nascere dello **Stato sociale**, quando lo Stato assume il compito di rimuovere e di perequare le differenze materiali tra i cittadini (principio di uguaglianza materiale), e alla determinazione di valori che lo Stato deve perseguire;

- non dettano solo norme di tipo verticale, cioè relative al solo rapporto Stato-cittadino, ma dettano anche norme di tipo orizzontale, cioè relative ai rapporti tra cittadini.

Per contro, Costituzioni troppo lunghe sono sinonimo di un modello costituzionale spesso non generalmente condiviso in presenza di società fortemente disomogenee (es. Costituzione indiana).

La Costituzione formale è costituita dall'insieme delle norme costituzionali, è la Costituzione scritta e che può essere modificata solo attraverso il procedimento di revisione costituzionale.

La Costituzione materiale in senso stretto è quella parte della Costituzione cui le forze politiche dominanti danno attuazione e ritengono di dover applicare in un determinato momento storico.

La Costituzione materiale in senso largo può essere definita come il substrato storico e sociale che, sta sotto la Costituzione, la rende legittima e applicabile.

CAPITOLO II

Alle origini della Costituzione italiana

1. Lo Statuto albertino e la sua evoluzione

La prima Costituzione italiana risale al 1948 e fu promulgata da Carlo Alberto di Savoia nel Regno di Sardegna e poi estesa al Regno di Italia dopo il 1861. Rimase in vigore sino al 1948, anche se di fatto non fu applicata nel periodo fascista e nel c.d. periodo transitorio tra la fine della seconda guerra mondiale e l'approvazione della Costituzione.

Inizialmente lo Statuto delineava una classica monarchia costituzionale per passare poi a seguito del cambiamento di molti istituti, a una monarchia parlamentare.

Era una classica Costituzione liberale dualistica flessibile e breve e non espressione del potere costituente.

Il modello di monarchia costituzionale era incentrato sui poteri del Sovrano sia pure limitati in parte dal Parlamento. Il Sovrano era titolare della gran parte dei poteri e poteva intervenire di fatto su tutti gli altri organi dello Stato.

Nominava i ministri con facoltà di revoca qualora si fossero discostati dall'indirizzo che dettava. I ministri quindi erano responsabili verso il Re e non verso il Parlamento come accade nelle forme di Governo parlamentari.

Il Parlamento era composto da due Camere, ma il Senato era composto da membri nominati a vita dal Sovrano che svolgevano il compito di condizionare l'esercizio del potere legislativo.

Le leggi non erano espressione della volontà popolare come accade in tutte le democrazie ma frutto di un accordo contrattuale tra Parlamento e Sovrano.

Il Parlamento appariva come un organo ausiliario del Re piuttosto che un organo rappresentativo della sovranità popolare.

Le libertà del cittadino erano trattate solo in 9 articoli, disciplinate in modo vago e con costanti rinvii al legislatore. Il rinvio alla legge consentiva in parte ai rappresentanti eletti in Parlamento di legiferare sui propri diritti, dall'altra il Sovrano, titolare del potere di sanzione, si sentiva garantito nel poter bloccare leggi troppo vantaggiose per il Parlamento.

Con il tempo si consolidò la prassi che i Governi nominati dal Sovrano e che dunque avevano la fiducia del Re, esponevano un proprio programma in Parlamento rispetto al quale ottenevano la fiducia. Cosicché la separazione tra Governo e Parlamento iscritta nello Statuto era venuta meno.

Conseguentemente altri poteri del Sovrano si ridussero. Doveva scegliere ministri che potevano avere la fiducia del Parlamento e che sarebbe stato poi difficile revocare senza provocare una contrapposizione eccessiva tra Governo e Parlamento.

I poteri del Governo nei confronti del Sovrano si rafforzarono con la doppia fiducia ottenuta dal Re e dal Parlamento. Di fatto divenne il Governo a decidere se sciogliere o meno le Camere, se le Camere erano contrarie ad approvare gli atti proposti dall'esecutivo il Governo poteva minacciare lo scioglimento.

Il Governo di prassi conquistò anche il potere sostanziale di nominare i membri del Senato.

Lo Statuto albertino si trasformò nel tempo e senza alcuna modifica scritta, in una monarchia parlamentare sancendo nella sostanza, nel dualismo sovrano e borghesia, la vittoria costituzionale di quest'ultima.

2. Il periodo fascista

A seguito della marcia su Roma il 28 ottobre 1922, il Re affidò infatti a Mussolini, capo del fascismo, l'incarico di primo ministro. Si trattava di una probabile violazione dello Statuto, perché in primo luogo il Re si era rifiutato di firmare il decreto di stato di assedio che il Governo legittimo gli aveva sottoposto, e in secondo luogo aveva nominato primo ministro il rappresentante di un partito minoritario in Parlamento a seguito di un atto di forza e di una vera e propria auto designazione.

Progressivamente furono smantellate tutte le istituzioni della monarchia costituzionale. La legge Acerbo consentiva al partito che avesse ottenuto il 25% dei voti di ottenere i 2/3 dei seggi della Camera. Nel 1924 furono indette le elezioni con questa legge ma il partito fascista non ebbe bisogno di applicare questa legge perché ottenne il 65% dei voti.

Con la legge 24 dicembre 1925 n. 2263 fu stabilito che il capo del Governo era superiore gerarchico rispetto agli altri ministri e che le Camere non potevano più porre la mozione di sfiducia per censurare l'operato del Governo e nessun oggetto poteva essere messo all'ordine del giorno delle Camere senza il consenso del capo del Governo.

Con la legge n. 100 del 1926 fu ampliato a dismisura il potere del Governo di emanare atti aventi forza di legge e regolamenti senza passare dal Parlamento esautorandone della funzione legislativa.

Nel 1926 fu disposta la decadenza dei parlamentari che, a seguito del delitto Matteotti, si erano astenuti dai lavori delle Camere e in quello stesso anno fu creato il Tribunale speciale per la difesa dello Stato per giudicare i delitti politici.

Con la costituzionalizzazione del Gran Consiglio del fascismo (legge 9 dicembre 1928 n. 2693) il massimo organo del partito diventava un organo dello Stato dipendente dal Capo del Governo. L'identificazione dello Stato con il partito proseguì successivamente con una legge del 1929 prevedeva che lo Stato assumesse il controllo del partito.

Nel 1939 venne soppressa la Camera dei deputati e al suo posto venne istituita la Camera dei fasci e delle corporazioni.

L'inizio della caduta del fascismo avvenne il 24 luglio del 1943 quando il Gran Consiglio del fascismo votò il c.d. ordine del giorno Grandi che esautorava Mussolini e si invitò il Re a riassumere i poteri sanciti nello Statuto. Il giorno dopo il Re revocò Mussolini da primo ministro, ne ordinò l'arresto e nominò il Maresciallo Badoglio primo ministro.

3. Il periodo transitorio

Caduto il regime, il nazionalismo aveva lasciato il posto a risentimenti: innanzi tutto tra fascisti e antifascisti che si erano combattuti in una guerra civile, ma poi anche entro le forze antifasciste. Era quest'ultima, l'eredità drammatica di quella lotta nella lotta che fu il conflitto di classe, nella più ampia storia della guerra partigiana di liberazione nazionale. L'idea o l'ideale nazionale non erano tuttavia scomparsi.

L'8 settembre 1943 il Maresciallo Badoglio annunciò di aver firmato un armistizio con gli anglo-americani (provocò la fuga da Roma dei vertici militari, del Maresciallo Badoglio e del Re Vittorio Emanuele III e del figlio Umberto). L'Italia era divisa in due parti, il nord occupato dalle forze tedesche e il sud dalle forze alleate. I 6 partiti antifascisti (partito liberale, partito democratico del lavoro, partito della democrazia cristiana, partito di azione di La Malfa e Valliani, partito socialista di unità proletaria di Nenni, partito comunista italiano) riuniti nei Comitati di Liberazione Nazionale (CNL) posero fin dall'inizio la questione istituzionale, cioè il passaggio da una monarchia fortemente compromessa con il regime fascista, alla forma repubblicana.

Nel 1944 fu stipulato il c.d. "patto di Salerno" su iniziativa di Palmiro Togliatti finalizzato a trovare un compromesso tra partiti antifascisti, monarchia e Badoglio che consentisse la formazione di un governo. L'iniziativa si concluse con l'accettazione di una mediazione di Enrico De Nicola (presentata anche a firma di Sforza e Benedetto Croce) che prevedeva il trasferimento di tutte le funzioni da Vittorio Emanuele III al figlio Umberto di Savoia quale luogotenente del Regno - che si concretizzò con l'ingresso degli alleati nella Roma liberata - L'accordo prevedeva anche che, al termine della guerra fosse indetta una consultazione fra tutta la popolazione per eleggere un'Assemblea Costituente e scegliere la forma dello Stato.

Il primo Governo politico post-fascista con la partecipazione dei sei partiti del CNL si formò a Salerno il 22 aprile 1944. Salerno rimase sede dell'esecutivo fino alla liberazione di Roma il 4 giugno 1944. Nel frattempo con un decreto del 28 febbraio 1945 n. 73 al Comitato di Liberazione Nazionale dell'Alta Italia fu investito dal Governo italiano del potere di rappresentanza nella lotta contro gli occupanti tedeschi divenendo da un punto di vista giuridico-istituzionale organi di Governo locale mentre il CNL costituiva l'organo politico centrale.

Il 18 giugno 1944 il Comitato Centrale di Liberazione nazionale si attribuì l'incarico di designare il Governo Corona fungendo da organo rappresentativo della volontà popolare. Occorreva adesso per sancire la discontinuità con la fase precedente, attribuire anche l'esercizio della funzione legislativa. Essa fu assegnata con un decreto legge 25 giugno 1944 allo stesso Governo in via transitoria e fino a quando non fosse entrato in vigore il nuovo Parlamento.

Tale decreto conteneva anche la c.d. tregua istituzionale con la quale il CNL, il Governo in carica e il luogotenente si impegnavano a non compiere atti che potessero pregiudicare la scelta della Monarchia o Repubblica a una Assemblea Costituente da eleggersi alla fine della guerra.

Con successivo decreto luogotenenziale 16 marzo 1946 si sottrasse la scelta sulla forma dello Stato all'Assemblea Costituente per attribuirla direttamente alla volontà popolare attraverso un referendum (gli elettori italiani sono inoltre chiamati ad eleggere la Costituente - Assemblea Costituente eletta a suffragio universale). Fu stabilito inoltre che la funzione legislativa non sarebbe stata esercitata dalla stessa Assemblea Costituente, bensì restava delegato al Governo (ad eccezione delle leggi elettorali e delle leggi di approvazione dei trattati internazionali).

Vittorio Emanuele III che conformemente a quanto stabilito dal patto di Salerno si era ritirato in maniera definitiva dalla vita pubblica designando Umberto luogotenente del Regno, nel maggio del 1946 abdicò in favore del figlio Umberto. Pose in essere un atto che non poteva compiere perché ritirato non aveva più poteri e perché violava la tregua istituzionale.

Nonostante l'illegittimità dell'atto Governo e CNL non si opposero.

Il referendum istituzionale si svolse il 2 giugno 1946, la Repubblica vinse sia pure con uno scarto non enorme (circa 2.000.000 di voti).

4. L'Assemblea Costituente

Insieme all'entrata in vigore della Costituzione era necessario attuare quelle riforme sociali che la Costituzione stessa prevedeva. Con il decreto luogotenenziale 16 marzo 1946 si sottraeva all'Assemblea Costituente il potere di fare le leggi, interpretato da alcuni come un colpo di coda della monarchia.

Da un punto di vista strettamente giuridico, questa scelta fu corretta perché l'organo che esercita la funzione costituente non può essere lo stesso che esercita la funzione legislativa.

A posteriori tutto questo sortì effetti positivi, staccata dalla politica e dalla questione istituzionale che divideva l'Italia, l'Assemblea Costituente poteva concentrarsi su una Costituzione in grado di guardare lontano. Inoltre con l'elezione dell'Assemblea Costituente, si concludeva un periodo storico e un modello politico e se ne apriva un altro. Finiva l'escharchia dei CNL (governo di 6 partiti) e si apriva una fase politicamente bipolare.

La Repubblica aveva vinto ma il paese era fortemente diviso, circa 10.000.000 milioni di elettori avevano votato per la monarchia; il partito fascista non esisteva più il che non significava che non c'erano più fascisti; il fronte popolare aveva una componente ideologica marxista molto forte; la guerra e l'occupazione avevano distrutto l'economia e il senso di identità nazionale.

In questo senso, l'obiettivo pregiudiziale (che deve essere tenuto in considerazione) della Costituzione era innanzi tutto

sociale prima che giuridico, poiché doveva contenere le disomogeneità allo scopo di evitare conflitti sociali e derive autoritarie.

La Costituzione doveva quindi prevedere un sistema articolato di diritti e uno Stato in grado di intervenire per equilibrare le forti disuguaglianze sociali ed economiche.

Occorreva poi un sistema articolato di protezione dei diritti delle minoranze e di garanzie per evitare che una maggioranza contingente prendesse sopravvento sull'altra parte.

Su questi obiettivi si fondò il famoso compromesso dal quale scaturisce la costituzione.

Per redigere un progetto iniziale di discussione fu istituita una Commissione dei 75 (Presidente Meuccio Ruini) composta proporzionalmente rispetto ai gruppi parlamentari. Fu poi suddivisa in tre sottocommissioni: la prima per i diritti e i doveri dei cittadini (Presidente Umberto Tupini - DC), la seconda per l'organizzazione costituzionale dello Stato (Presidente Umberto Terracini - PCI), la terza per i temi economici e sociali (Presidente Gustavo Ghidini PSLI). Fu poi costituito un comitato di coordinamento (composto da 18 membri) al quale fu affidato il compito di procedere alla redazione del progetto finale.

Linee guida della Costituzione

La nuova carta doveva ispirarsi ai valori della resistenza e della liberazione per accogliere i nuovi principi di libertà e di socialità allo scopo di creare un sistema politico essenzialmente democratico in cui la sovranità parta dal basso e non scenda dall'alto. Anche la sovranità popolare è tuttavia limitata poiché il popolo la esercita, nelle forme e nei limiti della Costituzione (art. 1). La sovranità deriva dalla Costituzione e da essa è limitata, come nelle Costituzioni dell'età contemporanea.

La priorità del popolo rispetto allo Stato è ulteriormente declinata nella prima parte della Costituzione, che è improntata ad un modello a socialità progressiva o a piramide invertita. (Costituzione italiana è stata definita progressiva perché non si limita alla enunciazione dei diritti civili e politici ma contiene un programma di trasformazione dei rapporti sociali - tratto da Assemblea Costituente - lavori preparatori).

Per il pieno sviluppo della persona umana a cui la nostra Costituzione doveva tendere era necessario affermare i diritti individuali che poi si allargavano all'interno delle associazioni, per poi trattare quelle particolari associazioni che hanno riflessi nella vita politica (partiti e sindacati), e solo dopo trattare della forma di Governo, per poi concludersi con le garanzie della Costituzione.

La Costituzione rappresentava un modello cattolico fortemente voluto da Aldo Moro ma all'interno del quale si ritrovano anche forti matrici del pensiero liberale. La sinistra di cultura marxista era consapevole che non vi era alcun presupposto per una rivoluzione di tipo socialista, si limitò invece a cercare di introdurre alcune norme alcuni correttivi che avrebbero potuto consentire un domani, un'evoluzione diversa della forma di Stato.

Per quanto riguarda la forma di governo, la cultura liberale di una parte considerevole dei costituenti e quella francese spingevano verso un modello razionalizzato nella Costituzione francese della III Repubblica anche se necessitava di essere modernizzato, reso più efficiente e garantito. La scelta di questo tipo di governo era giustificato dalle caratteristiche politiche e sociali dell'Italia, paese disomogeneo spaccato in due grandi blocchi contrapposti anche ideologicamente, e con altri partiti di dimensioni minori che potevano costituire un domani "aghi della bilancia", non poteva essere governato attraverso la forma di Governo parlamentare. Il sistema presidenziale (negli USA il capo dello Stato è anche il capo del Governo e ha ampi poteri) postula infatti l'esistenza di una omogeneità sociale, di un bipartitismo politico non ideologico e di contrapposizione, di un sistema autonomistico di tipo federale, rispetto al quale il modello presidenziale funge da strumento di ricostruzione dell'unità dello Stato. Inoltre il modello presidenziale evocava quello spettro del cesarismo sperimentato nel periodo fascista, dal quale ovviamente l'Assemblea costituente voleva distaccarsi il più possibile.

La forma parlamentare costituiva quindi una scelta quasi scontata. Il 3 settembre 1946 fu votato il c.d. ordine del giorno Petrassi nel quale si stabiliva che la forma di Governo italiana sarebbe stata caratterizzata da un sistema partitistico a multipartitismo estremo; che il sistema elettorale sarebbe stato di tipo proporzionale; che conseguentemente le crisi di Governo sarebbero state frequenti; che occorreva quindi un modello parlamentare con strumenti di stabilizzazione del Governo. Tuttavia per la paura di un eccessivo rafforzamento del Governo (il primato dell'esecutivo) che avrebbe potuto aprire a regimi autoritari e antidemocratici alcuni di questi obiettivi non furono tradotti nel testo costituzionale.

Accanto alla forma di Governo parlamentare si ritenne poi necessario prevedere un decentramento politico attraverso un sistema articolato di autonomie territoriali. Ai Comuni e alle Province che esistevano già si affiancarono le regioni. Questo nuovo livello amministrativo e politico (con la possibilità di approvare leggi e non solo atti amministrativi) era sconosciuto alla tradizione costituzionale italiana e necessitava di essere integrato dalla legislazione ordinaria e dalla giurisprudenza costituzionale.

Infine posto che la Costituzione doveva essere rigida, a garanzia dei diritti fondamentali e del sistema pluralistico che la Costituzione prevedeva, occorreva un sistema di giustizia costituzionale che potesse controllare tale rigidità. La sinistra, legata all'idea roussoiana del primato della sovranità popolare, faticava ad accettare concettualmente l'esistenza di un organo non rappresentativo della volontà popolare, con il potere di dichiarare invalide le leggi, atti approvati dal Parlamento. Furono giuristi come Calamandrei che dimostrarono la imprescindibile necessità - logica e giuridica - di un organo costituzionale in presenza di una Costituzione rigida.

5. Il congelamento della Costituzione e il suo successivo disgelo

Una volta approvata la Costituzione l'Assemblea si sciolse per consentire alle Assemblee legislative di svolgere le funzioni

costituzionalmente previste. Con la guerra fredda tra Stati Uniti e Unione Sovietica già nella primavera del 1947 i partiti di sinistra uscirono dal Governo e condizionò l'attuazione successiva della Costituzione. La prima legislatura dell'Italia repubblicana fu caratterizzata dal c.d. ostruzionismo della maggioranza. Molti degli istituti "nuovi della Costituzione, segnatamente quelli di garanzia, necessitavano di leggi ordinarie per poter essere completati e resi operativi, così come la Corte Costituzionale, il referendum popolare, il Consiglio superiore della magistratura, il sistema regionale. Queste leggi furono approvate molti anni dopo: la Corte Costituzionale fu istituita nel 1956, il Consiglio Superiore della Magistratura nel 1958; le Regioni e il referendum popolare nel 1970. Inoltre, per quanto riguardava altre norme sociali della Costituzione lunga, gran parte della attuazione dei valori costituzionali era rimessa alla volontà del Parlamento che tuttavia nella prima legislatura non se ne occupò.

Infine la mancata abrogazione della legislazione fascista previgente che era quindi ancora applicabile costituiva un paradosso in quanto conviveva con la Costituzione moderna e garantista. Non essendo stata ancora attuata la Corte Costituzionale, spettava al giudice comune il controllo sulla legittimità costituzionale delle norme.

In questo contesto la Corte di Cassazione rallentò notevolmente l'applicazione della Costituzione. Divise le norme della Costituzione in precettive, cioè immediatamente applicabili e norme programmatiche, non applicabili ma solo promesse per il futuro che sarebbero diventate effettive solo se e quando il legislatore, cioè la maggioranza politica, le avesse tradotte in pratica. Poiché la gran parte delle norme sui diritti fondamentali era considerata programmatica, di fatto alla parte più innovativa e garantista della Costituzione veniva sottratto valore giuridico. Il c.d. disgelo costituzionale iniziò nel '55 quando fu eletto Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi che indicò come obiettivo principale quello dell'attuazione della Costituzione. Infatti nel '56 fu resa operativa la Corte costituzionale che con sentenza 14 giugno 1956 n. 1 stabilì, a differenza di quello che indicato dalla Corte di Cassazione, che tutte le norme costituzionali possono determinare l'illegittimità costituzionale delle norme legislative contrastanti. Da allora, furono posti in essere altri istituti di garanzia, abrogata la legislazione fascista e quella parte sociale della Costituzione.

CAPITOLO III

Costituzione e procedimento di revisione

1. I caratteri essenziali della Costituzione italiana: una sintesi

è una Costituzione definibile come fonte superiore, espressione del potere costituente. Infatti fu approvata da un'Assemblea Costituente, eletta dal popolo, che si estinse non appena approvata la Costituzione;

è una Costituzione rigida, perché prevede un procedimento aggravato per la sua modifica disciplinato dall'art. 138;

perché sono trattati i classici diritti di libertà e un loro ampliamento, i diritti sociali, l'organizzazione della forma di Governo, norme di natura non solo verticale - che disciplinano il rapporto tra lo Stato e il cittadino - ma anche di natura orizzontale - che disciplinano il rapporto tra i cittadini;

è una Costituzione sociale perché molte norme prevedono un programma di mutamento della società anche con interventi dello Stato per attuare questo programma.

2. I caratteri essenziali delle norme contenute nella Costituzione

Anche se le norme costituzionali sono qualificate come norme giuridiche, come accennato nel paragrafo precedente esse non hanno tutte le stesse caratteristiche tipologiche, non svolgono le stesse funzioni, e dunque non hanno tutte la stessa efficacia.

Le norme costituzionali possono essere distinte in:

Norme ad efficacia diretta hanno una struttura precettiva completa tale da poter essere applicate direttamente dai giudici, dalla Pubblica Amministrazione, dai privati. È una caratteristica delle Costituzioni moderne che svolgono il compito di incidere sui rapporti sociali stabilendo per quanto possibile valori e priorità e rendendo, laddove possibile, direttamente obbligatori questi valori e queste priorità, mentre le Costituzioni dell'ottocento avevano fondamentalmente lo scopo di garantire i diritti della società borghese. Queste norme svolgono una doppia funzione. Esse operano come una norma di fonte ordinaria, quando devono essere applicate a un caso concreto, e svolgono una funzione invalidante nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi promanate da una fonte diversa della Costituzione.

Norme ad efficacia indiretta sono costituite da quelle disposizioni costituzionali che rinviando, per la loro attuazione, ad un'altra fonte. Posso distinguersi in

- a. **norme ad efficacia differita.** Un esempio ne è l'art. 75 sull'istituto del referendum, all'ultimo comma prevede che "la legge determina le modalità di attuazione del referendum". Si tratta di una norma ad efficacia differita, perché in assenza della legge di attuazione, l'istituto non può essere utilizzato. Allo stesso modo le norme per la costituzione e il funzionamento della Corte Costituzionale siano previste con legge ordinaria (art. 136 2° comma), mentre per il giudizio di legittimità costituzionale occorre una legge costituzionale che ne stabilisca le condizioni, le forme e i termini di proponibilità (art. 136 1° comma).
- b. **norme di principio** pongono regole generali che possono applicarsi ad un numero indefinito di casi. La generalità è così ampia che qualcuno le definisce come valori. Funzione è quella di dare delle linee guida

al legislatore ad applicare il principio, e trasformare queste regole in una o più fattispecie astratte. La Costituzione contiene innumerevoli norme di principio (l'inviolabilità della libertà personale art. 13; l'inviolabilità del diritto di difesa in ogni stato e grado art. 24; l'inviolabilità del domicilio). L'esistenza nella Costituzione di varie norme di principio pone anche il problema di stabilire quale principio prevalga su di un altro perché la Costituzione contiene moltissimi principi che sono tra loro configgenti (in contraddizione). Solo per esemplificare: il principio di manifestare liberamente il proprio pensiero art. 21 può contrastare il principio del diritto alla riservatezza art. 2; il primo e il secondo comma dell'art. 41. Spetterà poi all'attività legislativa ordinaria trovare un corretto bilanciamento e, se del caso, alla Corte Costituzionale stabilire se questo bilanciamento è costituzionalmente illegittimo, perché ad esempio è stato sacrificato troppo un principio rispetto ad un altro. Le norme di principio svolgono una funzione invalidante nei confronti di una legge che contenga disposizioni contrarie al principio.

- c. **norme programmatiche** prevedono un fine molto generale da raggiungere. Solo per esemplificare: art. 4 1° comma; art. 3 2° comma. Queste norme hanno innanzitutto un'efficacia invalidante se una norma contiene disposizioni contrarie al programma enunciato. Così fu pronunciato nella prima sentenza della Corte Costituzionale del 1956 che reagiva all'interpretazione data dalla Corte di Cassazione circa l'efficacia non normativa di molte norme costituzionali. Dalle norme programmatiche non si può ricavare un obbligo dello Stato ad attuare quei programmi, però è possibile rinvenire in esse un vincolo negativo, nel senso che una previsione opposta rispetto al programma è da considerarsi illegittima. Le norme programmatiche svolgono anche una funzione di stimolo e moderazione politica poiché servono a collocare il dibattito tra maggioranza e opposizione all'interno di obiettivi già determinati da una norma costituzionale.

Il procedimento di revisione costituzionale

La rigidità della Costituzione trova il suo punto di riferimento formale nell'art. 138 che stabilisce il procedimento per modificare la Costituzione. Tale procedimento è finalizzato ad evitare che la riforma della Costituzione possa avvenire per volontà della sola maggioranza di Governo: posto che la Costituzione contiene principi condivisi da maggioranza e minoranza, e dunque costituisce garanzia per entrambi, non può essere modificata da una sola parte.

L'art. 138 stabilisce un procedimento differenziato e più complesso detto **procedimento aggravato** per l'applicazione delle leggi di revisione costituzionale e le altre leggi costituzionali rispetto a quello previsto per l'approvazione delle leggi ordinarie, con la previsione di tempi più lunghi, maggioranze più elevate, eventuale intervento diretto del popolo. E' infatti richiesta l'approvazione di ciascuna delle due Camere per due volte a intervallo non inferiore di tre mesi e a maggioranza assoluta dei membri delle camere nella seconda votazione (art. 138 Cost.). Le leggi sono sottoposte a referendum popolare quando entro tre mesi dalla loro pubblicazione ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o 500.000 elettori o 5 Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. Non si dà luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti.

Occorrono dunque:

due deliberazioni da parte di ciascuna camera. L'intervallo non inferiore di tre mesi tra una deliberazione e l'altra costituisce il c.d. periodo di riflessione, che allunga il procedimento, aggravandolo. Nella seconda deliberazione occorre almeno la maggioranza assoluta (la metà più uno dei componenti della camera, mentre la maggioranza semplice con la quale si approvano le leggi ordinarie è costituita dalla metà più uno dei presenti). Se tale maggioranza non viene raggiunta, il procedimento decade.

Se nella seconda votazione la legge viene approvata a maggioranza dei due terzi dei suoi componenti il procedimento è concluso, la legge viene promulgata, pubblicata e quindi entra in vigore. La maggioranza è così larga che non si darà luogo al referendum (3° comma dell'art. 138 della Costituzione).

Se nella seconda votazione la legge viene approvata ma a maggioranza assoluta la legge viene pubblicata perché entro tre mesi può essere richiesto un referendum da un quinto dei membri di una Camera o 500.000 elettori o 5 Consigli regionali. Non c'è promulgazione perché il fine è solo la proposizione di un referendum detto approvativo della legge di revisione costituzionale (altre ipotesi di referendum approvativo lo troviamo nell'art. 123 nel procedimento di approvazione degli statuti regionali, o nell'art. 132 nelle ipotesi di distacco di Province e Comuni dalle Regioni di appartenenza). E' un potere che la Costituzione attribuisce alle minoranze (1/5 dei membri di una camera o 500.000 elettori che qualunque partito può radunare. Mentre la possibilità a cinque Consigli regionali risponde a una logica diversa, la possibilità cioè delle Regioni di partecipare al processo di revisione costituzionale per modificare la forma dello Stato). Inoltre, come la Costituzione è l'espressione del potere costituente del popolo così nel procedimento di modifica della Costituzione tale potere viene restituito al popolo che approva il progetto attraverso il suo voto diretto.

Il procedimento di revisione è un procedimento costituito perché è una norma prevista dalla Costituzione, mentre il potere costituente è un potere extra ordinem, che si esercita quando non c'è un ordinamento costituzionale preesistente. Attraverso il potere di revisione si può modificare la Costituzione ma non sostituirla integralmente con una nuova Costituzione perché sarebbe un potere costituente anziché un potere costituito.

5. Il contenuto essenziale della Costituzione ovvero i limiti impliciti alla revisione

I vincoli all'attività di modifica della Costituzione non si esauriscono sull'aspetto formale e procedurale di cui all'art. 138 Cost. Esistono infatti dei limiti di revisione della Costituzione o anche detto il contenuto essenziale non modificabile della Costituzione che non si trova in parti della Costituzione o in specifiche norme costituzionali ma nei principi fondamentali che la Costituzione esprime. In questo senso si era espressa anche la Corte Costituzionale con un'importante sentenza (n. 1146 del 1988), nella quale si parla di principi supremi che hanno una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale e che quindi non possono essere modificati neppure attraverso il procedimento aggravato.

Questi principi sono ricavabili dall'interpretazione di altre disposizioni, come ad esempio il principio della laicità dello Stato in applicazione degli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione (sentenza Corte cost. n. 203 del 1989).

Ne consegue che se una legge di revisione costituzionale modificasse tali principi sarebbe incostituzionale e quindi soggetta al giudizio di legittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale.

6. L'art. 139 della Costituzione tra limite esplicito e limite implicito

Il referendum popolare del 1946 aveva scelto la Repubblica alla Monarchia e l'art. 139 è l'espressione di questa scelta (la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale).

Tale scelta fu costituzionalizzata poi nell'art. 1 della Costituzione (l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro). Non possono essere cancellati, quindi, tutti quegli istituti fondamentali di ogni Repubblica democratica e pluralista: libertà personale, libertà di manifestazione del pensiero, diritto di riunione e di associazione, partiti politici, diritto di voto. Si può quindi sostenere che l'art. 129 contiene anche dei limiti impliciti della revisione.

7. Le altre leggi costituzionali

Leggi di revisione costituzionale: incidono direttamente sul testo della costituzione, modificandolo, ad es. abrogando un articolo o parte di un articolo della Cost., sostituendo un articolo della Cost. con un altro, ecc.

Leggi costituzionali:

possono derogare a una norma costituzionale senza modificarla in via definitiva

norme che integrano la Costituzione senza modificarla (es. art. 137)

tutte quelle norme che sono espressamente definite tali dalla Costituzione (es. art. 132 e 137)

8. La adattabilità delle Costituzioni rigide: le consuetudini costituzionali, le convenzioni della Costituzione e la prassi

L'ordinamento italiano è ispirato al sistema civil law, si è formato cioè sulla base di norme scritte mentre l'ordinamento anglosassone si è formato sulla base di comportamenti ripetuti nel tempo, le c.d. consuetudini.

Nell'ambito del sistema costituzionale italiano la dottrina distingue tra consuetudini costituzionali e convenzioni costituzionali.

La consuetudine costituzionale è caratterizzata da comportamenti spontanei ripetuti nel tempo posti in essere da organi costituzionali che diviene poi norma giuridica e quindi vincolante.

Le convenzioni costituzionali non sono fonti del diritto e non sono quindi suscettibili di applicazione giudiziaria. Sono regole politiche che nascono da accordi tra più organi costituzionali valide e applicate fintanto che non vengono mutate da quegli stessi autori politici o organi istituzionali che le hanno poste in essere.

Nel nostro ordinamento il ruolo delle consuetudini e convenzioni è più ristretto per la presenza di una Costituzione scritta, di leggi costituzionali che completano gli istituti, di leggi ordinarie che ne attuano in gran parte il dettato. Presenta spazi più ampi nella parte della Costituzione dedicata agli organi costituzionali, laddove il comportamento fattuale degli organi diviene necessario per la concreta applicazione delle norme. Ad esempio l'art. 92 comma 2 della Cost. non dice di come i poteri conferiti al Presidente della Repubblica sulla formazione del Governo devono essere esercitati. Così i comportamenti posti in essere dai primi Presidenti della Repubblica sono stati poi ripetuti successivamente dagli altri diventando giuridicamente vincolanti. Le convenzioni sono vincolanti rebus sic stantibus, cioè fino al momento in cui sussistono i presupposti (storici, politici, sociali) che hanno sostenuto e legittimato quel comportamento. Inoltre non possono mai essere contra constitutionem, cioè contrastanti con norme costituzionali.

La prassi consiste invece in un comportamento ripetuto nel tempo da parte di organi costituzionali relativo all'interpretazione di una norma costituzionale. Non sono quindi fonti.

Le convenzioni costituzionali e la prassi hanno il ruolo di integrare la Costituzione, di renderla stabile, e in parte la adattano ai mutamenti del substrato sociale e politico.

PARTE II

FONTI DEL DIRITTO

CAPITOLO I

NORME GIURIDICHE E FONTI DEL DIRITTO

1- Ordinamento ed ordinamenti giuridici

Un ordinamento giuridico è costituito da un gruppo sociale organizzato, ordinato secondo determinate regole.

Requisiti necessari sono la stabilità nel tempo del gruppo sociale e l'organizzazione intesa come distribuzione di funzioni, competenze, diritti e doveri. La stabilità si realizza solo quando si radicano interessi generali e a sua volta costituisce il presupposto per la produzione di regole per proteggere giuridicamente quegli interessi e che sono vincolanti per quel gruppo sociale.

Quindi sono ordinamenti giuridici tutti quei gruppi organizzati che possiedono questi requisiti.

La teoria della pluralità degli ordinamenti si basa sul presupposto che è l'organizzazione sociale che crea le norme e il diritto; l'ordinamento statale è dotato di maggiore stabilità e quindi normalmente è anche dotato di regole più stabili e superiori rispetto agli altri ordinamenti ma ciò non esclude che altre organizzazioni sociali non siano in grado di dettare regole che valgano per il loro gruppo sociale. Questa teoria anticipa le trasformazioni costituzionali del dopoguerra, è infatti la società, prima dello Stato, ad essere legittimata a porre le norme giuridiche fondamentali attraverso il potere costituente espressione delle Costituzioni moderne. La Costituzione ha inoltre lo scopo di disciplinare e garantire una società pluralista con strumenti di tutela delle minoranze, che sono incompatibili con lo Stato autoritario.

La teoria della statalità del diritto invece si basa sul presupposto che solo lo Stato è legittimato a porre norme giuridiche in conseguenza dell'autorità della quale è investito. I componenti del gruppo sociale sono sottoposti all'autorità dello Stato e godono di diritti, pretese e garanzie solo se riconosciuto dallo Stato. Questa concezione è espressione di un modello costituzionale ancora di tipo dualista.

2. Le norme giuridiche

Caratteri della norma giuridica sono l'esteriorità, la generalità e l'astrattezza, la coercibilità e la previsione di una sanzione.

Esteriorità significa che la norma giuridica è prodotta da un soggetto esterno rispetto chi la deve rispettare e in contrapposizione alla sua volontà. Ciò la contraddistingue dalle regole morali perché non sono imposte da altri. Inoltre nel diritto sono irrilevanti le ragioni che spingono un soggetto a conformarsi alla norma giuridica, ciò che conta è che l'azione corrisponda alla previsione normativa astratta. Nella morale invece l'adesione interiore alla regola costituisce l'elemento qualificante per il suo rispetto.

Generalità ed astrattezza

Generalità: la norma deve disciplinare fatti o comportamenti senza riferimento a situazioni o soggetti determinati, deve essere indirizzata alla comunità nella sua generalità.

Astrattezza: la norma non deve prendere in considerazione un singolo caso particolare ma deve prevedere una situazione tipo generale e astratta cui possono ricondursi tutti i casi concreti possibili (fattispecie) e quindi la ripetibilità della regola per un tempo indeterminato.

Generalità e astrattezza costituiscono un elemento di garanzia per il cittadino (Rousseau collegava la generalità alla tutela dell'uguaglianza mentre per Montesquieu generalità e astrattezza della norma garantivano la libertà del singolo e lo tutelavano da ingiustizie e discriminazioni da parte del potere).

Generalità e astrattezza sono rilevanti per distinguere la norma dal provvedimento. L'attività di disporre comporta la previsione di fattispecie generali e astratte, l'attività del provvedere comporta attuare quelle fattispecie.

Il giudice si pronuncia attraverso un provvedimento, detto sentenza, quando la fattispecie concreta si presta a essere inserita nella fattispecie astratta, procedimento che prende il nome di sussunzione.

Anche la Pubblica Amministrazione attraverso un provvedimento amministrativo attua quanto disposto da una norma generale e astratta.

Con il tempo generalità e astrattezza si sono relativizzati, molte norme giuridiche hanno carattere settoriale e sono temporalmente circoscritte rappresentando una situazione intermedia tra il provvedimento individuale e la norma generale.

O agli atti amministrativi che si rivolgono a categorie più ampie di destinatari e che quindi hanno il carattere dell'astrattezza (i piani, i programmi, le direttive, gli atti di indirizzo).

La perdita delle caratteristiche tipiche delle norme giuridiche riflette la società attuale composta da soggetti economici che necessitano di trattamenti normativi differenziati.

Inoltre il processo di produzione del diritto è fortemente contrattualizzato con soggetti portatori di interessi particolari, come i sindacati, le organizzazioni di categoria, i c.d. gruppi di pressione, ecc.

c) **Coercibilità e sanzione**

Nel periodo dello Stato liberale la norma giuridica aveva uno schema bilaterale, al diritto di un soggetto corrispondeva un obbligo da parte di un altro soggetto. La norma giuridica si sostanziava in un comando di fare o non fare e ciò che non era oggetto del comando veniva lasciato alla libera disciplina dell'autonomia privata.

Con l'avvento dello Stato sociale e interventista molte norme oltre a esprimere un comando attribuiscono capacità, potestà, situazioni attive o passive, fini da raggiungere, che non sempre costituiscono comandi e che non sempre vi è una sanzione. In questi casi l'inosservanza della norma provocherà l'effetto negativo implicito nella norma stessa (es. la decadenza di un diritto se il comportamento tenuto non è quello della norma).

3. Dalla disposizione alla norma: l'attività di interpretazione

La disposizione contiene l'enunciato astratto.

La norma giuridica è costituita dalla disposizione nel momento in cui ad essa sia interpretata.

L'interpretazione consiste in un'attività, posta a valle della produzione normativa, che trasforma le disposizioni in norme. Attraverso l'interpretazione è possibile stabilire se tra i diversi significati che dalla norma è possibile ricavare, ve ne sia almeno uno nel quale essa faccia riferimento al caso individuale e concreto (fattispecie concreta) e quindi sarà possibile applicare la norma.

L'attività di interpretazione viene normalmente svolta dai giudici e l'ampiezza concessa dall'ordinamento produce riflessi anche nei rapporti tra i poteri, e quindi anche sull'assetto complessivo della forma di Governo. Infatti, più lo Stato è chiuso e autoritario, tanto meno l'ordinamento concede la possibilità di interpretare in maniera evolutiva.

1.. Interpretazione giudiziale e interpretazione autentica

Tipi di interpretazione:

l'interpretazione **legislativa** (o autentica): è l'emanazione di una legge attraverso la quale il legislatore chiarisce il significato di una legge precedente; questa interpretazione è vincolante. Sono leggi "naturalmente retroattive che cioè si applicano al passato.

l'interpretazione **dottrinale**: è quella posta in essere dagli studiosi del diritto (professori universitari, "scienziati del diritto"); non è vincolante a meno che non sia recepita dalla giurisprudenza, o nella misura in cui solleciti la giurisprudenza ad assumere determinate interpretazioni;

l'interpretazione **giudiziale**: è quella posta in essere dai giudici nell'esercizio del potere giurisdizionale. E' vincolante nei confronti delle parti in giudizio. I modelli storici di produzione del diritto sono essenzialmente due: il sistema della formulazione giudiziario, tipico degli ordinamenti anglosassoni, e il sistema di formulazione legislativo, tipico degli ordinamenti di derivazione romanista. Nel primo sistema gli interventi dello Stato nella produzione delle norme sono limitati, i giudici nel risolvere una controversia creano un precedente e progressivamente i precedenti aumentano tanto che si crea un sistema nel quale il diritto deriva principalmente dalle decisioni dei giudici. Nel secondo sistema il diritto origina da manifestazioni di volontà attraverso le quali vengono delineate ex ante le c.d. fattispecie astratte e spetterà al giudice applicarle alle fattispecie concrete attraverso l'interpretazione della previsione normativa. In questa attività i giudici non sono vincolati dai precedenti sia pure con il limite del rispetto della giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che una volta interpretato una disposizione attribuendole un determinato significato, di fatto anche se non di diritto i giudici ordinari si sentono vincolati dalla statuizione della Suprema Corte

3.2. La volontà del legislatore: interpretazione analogica, interpretazione adeguatrice

Il modo vago e spesso ambiguo in cui le norme giuridiche sono formulate lascia all'interprete un qualche margine di **discrezionalità** nella scelta del significato da preferire. Esistono allora una serie di **vincoli** di che limitano la discrezionalità dell'interprete: L'art.12 co1 Prel. detta "nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Qui troviamo l'interpretazione oggettiva e soggettiva.

Interpretazione oggettiva: l'interprete non può a suo arbitrio ignorare il significato corrente che le parole utilizzate dalla legge rivestono, specie se questo significato è condiviso da tutti e non presenta margini troppo ampi di ambiguità e vaghezza.

Interpretazione soggettiva (o dell'intenzione del legislatore): l'interprete dovrebbe stabilire quali fossero gli scopi avuti di mira dal legislatore nel momento in cui si accingeva ad emanare quella legge e ricavarne indicazioni circa il significato da attribuire alle singole norme (ad esempio attraverso l'esame dei documenti che si sono formati nella fase di elaborazione del testo normativo da interpretare - i lavori preparatori, il dibattito parlamentare).

Lacune: può accadere che, per quanto generali e astratte siano le norme, esse non riescano a disciplinare quel singolo caso perché fin dal principio non è previsto.

Analogie: il ricorso all'analogia è previsto dal art. 12, co.2 Prel.: "se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe (detta analogia legis); se il caso rimane ancora dubbio si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (detta analogia iuris)".

L'interpretazione per analogia si fonda su di una presunzione abbastanza irrealistica che l'ordinamento sia un tutt'uno intimamente coerente. Infatti negli Stati sociali attuali le norme sono numerose e frammentarie, e rispondono ad interessi diversi spesso in contrasto tra loro.

Il riferimento ai principi generali dell'ordinamento è rilevante per interpretare le norme legislative esistenti secondo i principi costituzionali, attraverso un'ulteriore forma di interpretazione detta adeguatrice avvalorata della Corte costituzionale. Tra due interpretazioni di una norma legislativa, una conforme ai principi costituzionali e l'altra non conforme il giudice deve scegliere la prima. Il giudice dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte Costituzionale soltanto dopo aver tentato, senza successo, di interpretare la norma in senso costituzionalmente conforme.

3.3. Leggi penali, speciali ed eccezionali

L'art 14 Pre. vieta il ricorso all'analogia nel caso di norme penali incriminatrici, introducendo il c.d. principio di stretta interpretazione per le leggi penali che comporta che in questa materia sia fatto divieto di interpretazione analogica. L'art. 25 della Costituzione d'altra parte stabilisce il principio della riserva di legge in materia penale: nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Solo la legge è abilitata a determinare fattispecie di reato, e non invece fonti di rango inferiore. Così l'art. 1 del codice penale prevede che "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente previsto dalla legge come reato né con pene che non siano da essa stabilite. Anche questa norma esprime il principio di stretta legalità al quale è sottoposto il diritto penale. "

Il principio di stretta interpretazione in materia penale deriva dal combinato disposto di queste disposizioni. Poiché in materia penale vige il principio che la legge deve espressamente indicare la fattispecie che costituisce il reato e la determinazione della pena mentre l'interpretazione analogica postula l'assenza di una disposizione che regola una fattispecie.

Il principio della riserva di legge in materia penale e il correlato principio di stretta interpretazione sono finalizzate a garantire che sia il Parlamento a stabilire reati e pene e limitare il potere discrezionale del giudice.

L'art. 14 vieta il ricorso all'analogia anche per le leggi speciali e le leggi eccezionali (ossia "norme che derogano a regole generali o ad altre leggi") come ad esempio la legge che a seguito del terremoto in Abruzzo ha sospeso il pagamento delle tasse per i cittadini terremotati.

Il giudice, altrimenti potrebbe estendere l'ambito di operatività della norma eccezionale, oltre i casi e i tempi stabiliti dal legislatore.

4. Fonti del diritto: distinzioni preliminari

Le fonti del diritto sono gli atti e i fatti che producono, modificano o estinguono norme giuridiche. Si distinguono preliminarmente in fonti atto, espressioni di manifestazioni di volontà, e fonti fatto dette consuetudini, espressioni di comportamenti ripetuti nel tempo nel convincimento che siano giuridicamente dovuti. Sono rilevanti negli ordinamenti Common Law, mentre nei sistemi come il nostro ispirati alla codificazione ha perso importanza tanto che nella gerarchia delle fonti sono collocate all'ultimo posto. Le fonti atto si distinguono in:

fonti di produzione, fonti che contengono diritto oggettivo e che producono effetti nei confronti dei terzi;

fonti sulla produzione che pongono norme per la produzione di altre fonti. Sono molte norme costituzionali dette **metanorme o norme di secondo grado** di cui agli artt 71-77 Cost. sulla formazione delle leggi: sono le norme che stabiliscono i criteri attraverso i quali è possibile dare vita a nuove norme..

Sono indirizzate

agli organi costituzionali investiti dal potere di creare nuove norme, imponendo l'adozione di un certo procedimento.

alla magistratura, organo costituzionale investito del potere di applicare le norme giuridiche, imponendo di astenersi di applicare norme che non siano state confezionate nel rispetto di quella procedura (questo forse il significato dell'espressione "i giudici sono soggetti soltanto alla legge" art. 101, co. 2, Cost.).

Ma possono essere anche fonti legislative ordinarie (ad esempio la legge n. 400 del 1988 sul procedimento dei regolamenti governativi, sia fonti diverse da quelle legislative, come le norme sui regolamenti parlamentari.

, - fonti di cognizione, gli strumenti mediante i quali le norme vengono portate a conoscenza dei cittadini: la Gazzetta ufficiale dello Stato Italiano, Bollettini Ufficiali di ciascuna Regione.

5. Il pluralismo delle fonti nello Stato contemporaneo

Quanto più lo Stato diviene Stato sociale e si fa carico di rimuovere le disegualianze esistenti all'interno della società, tanto più il numero delle norme aumenta. Per svolgere questa funzione occorrono norme a efficacia verticale che sono quelle norme che disciplinano i rapporti tra Stato e cittadini, e quelle di natura orizzontale che sono quelle norme che disciplinano i rapporti tra privati. In questo caso sono regolamentate aree lasciate all'autonomia privata o all'indifferente giuridico. Inoltre tanto più l'organizzazione sociale ed economica di uno Stato è articolata e complessa maggiore sarà la quantità di norme che tendono a perequare (distribuire equamente), disciplinare situazioni diverse, regolare i mercati.

Nelle Costituzioni contemporanee anche le fonti sono molte, a garanzia del pluralismo sociale, di un articolato sistema di autonomie, di un corretto bilanciamento istituzionale. Il Parlamento ad esempio approva leggi ordinarie, leggi di revisione della Costituzione, leggi costituzionali (previste dalla Costituzione stessa), regolamenti parlamentari che garantiscono la sua autonomia. Così come il Governo, le Regioni, le Provincie, i Comuni.

Di contro un sistema troppo articolato di fonti rischia di generare incertezza del diritto, difficoltà di perseguire un indirizzo politico coerente, una frammentazione eccessiva dei centri decisionali.

Nel nostro ordinamento non esiste un'identificazione completa delle fonti. Un'indicazione si rintraccia solo nell'art. 1 delle Disposizioni sulla legge in generale che recita: sono fonti di diritto le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi.

Norma che ha poca utilità perché entrata in vigore nel 1942 e quindi non indica come fonte la Costituzione e le altre fonti costituzionali (decreti leggi e decreti legislativi); le fonti del modello decentrato dello Stato (statuti regionali, le leggi regionali, i regolamenti regionali). Anche se questa norma offre una prima indicazione circa l'esistenza di una scala gerarchica delle fonti.

6. Come l'ordinamento ricomponesse ad unità un sistema pluralistico di fonti: il principio di gerarchia

Nello Stato di diritto i cittadini per l'osservanza delle norme e per orientare i propri comportamenti devono sapere a quale norma i loro comportamenti sono sottoposti, ciò che è lecito o meno, e in generale fare affidamento su di un sistema normativo che sia coerente. Quindi un ordinamento giuridico non può contenere al suo interno norme tra loro in conflitto senza prevedere come risolvere tale conflitto.

Il primo principio per risolvere contrasti tra fonti diverse è il principio in base al quale "nessuna fonte può istituire altre fonti aventi forza superiore o pari alla fonte di origine". Ogni fonte infatti può essere anche fonte sulla produzione oltre che di produzione, ma la fonte "seconda" non può avere la forza di modificare la prima.

Da questo principio derivano due conseguenze giuridiche: la prima è che la forza di una fonte deriva dalla sua forma, conseguenza del procedimento seguito per la sua approvazione (es. la forza di un decreto legge deriva dall'approvazione di quell'atto con le regole di cui all'art. 77 della Costituzione). La seconda conseguenza si sostanzia nell'esistenza del c.d. principio di gerarchia delle fonti in base al quale le fonti hanno una forza normativa diversa e sono collocate in una scala gerarchica al cui vertice si trova la Costituzione, poi le fonti di primo grado cioè la legge e gli atti che hanno forza di legge, poi le fonti che possono essere istituite dalla legge cioè le fonti di secondo grado che sono i regolamenti governativi, poi le fonti che possono essere istituite dai regolamenti cioè le fonti di terzo grado che sono i regolamenti ministeriali e infine gli usi.

Una fonte di rango inferiore non può modificare quella di rango superiore, pena l'illegittimità della norma. Qualora sia una legge contrastante con norme costituzionali sarà la Corte Costituzionale a dichiarare invalida la legge illegittima. Qualora sia una norma di secondo grado contrastante con la legge sarà il giudice della giurisdizione amministrativa (Tribunali amministrativi Regionali e Consiglio di Stato in grado di appello) a dichiarare l'illegittimità della norma.

La dichiarazione di illegittimità comporta la perdita di efficacia della norma con effetto retroattivo (ex tunc) perché la norma era invalida sin dal momento in cui era entrata in vigore (salvo il limite del giudicato?).

7. Il principio di competenza

Con il principio di competenza la Costituzione attribuisce una determinata materia alla competenza di una fonte e solo quella fonte è competente a disciplinare una determinata materia. Un esempio sono le regioni enti dotati di autonomia politica oltre che amministrativa. Gli atti prodotti sono fonti primarie che sono sottratte al principio gerarchico perché altrimenti dovrebbero rispettare la legge dello Stato e quindi ne verrebbe negata l'autonomia. Un altro esempio sono i regolamenti parlamentari. La Costituzione attraverso gli artt. 64 e 72 alla fonte regolamento parlamentare la disciplina della materia "organizzazione interna delle Camere" e "procedimento legislativo" che garantisce alle Camere un elevato sistema di autonomia. Infatti non è promulgato dal Presidente della Repubblica né è sottoposto al controllo di legittimità della Corte Costituzionale, come invece le leggi e gli atti aventi forza di legge.

Il principio di competenza, a differenza di quello gerarchico che agisce verticalmente, agisce orizzontalmente, poiché il rapporto tra le fonti che disciplina la materia riservata e le altre fonti non si pone in termini di forza ma in termini di reciproca esclusione. Ne consegue che se una fonte disciplina una materia riservata ad un'altra fonte questa sarebbe invalida.

Nello Stato contemporaneo il pluralismo sociale, la pluralità di ordinamenti giuridici ed economici solo il processo politico parlamentare non è sufficiente. Il principio di competenza assicura quote di potere normativo ai soggetti dotati della competenza costituzionalmente attribuita, contribuendo alla realizzazione di un sistema articolato di autonomie.

8. Sintesi di alcune categorie giuridiche emerse: validità, legittimità, annullamento di una fonte

La validità è un istituto generale del diritto che consiste nella conformità di un atto alle norme procedurali che regolano la sua produzione. Nell'ambito del principio gerarchico la fonte di rango inferiore deve essere conforme alla fonte di rango superiore. Nell'ambito del principio di competenza, una fonte che disciplini l'ambito di competenza di un'altra fonte è invalida perché non ha rispettato la norma procedimentale prevista.

Una fonte invalida è anche una fonte illegittima.

Una fonte è quindi illegittima quando non rispetta le regole procedurali per la sua approvazione ma anche quando è contrastante, in relazione al contenuto, con una norma di rango superiore.

Una fonte illegittima può essere annullata dal giudice amministrativo quando riguarda atti aventi natura secondaria che violino le regole poste da una fonte primaria, o dalla Corte costituzionale quando riguarda atti aventi forza di legge che violino la Costituzione. Tuttavia fintanto che viene pronunciata la sentenza di annullamento, la fonte illegittima continua ad essere applicata all'interno dell'ordinamento.

9. La successione delle fonti nel tempo

Quando il rango è uguale, si applica il principio cronologico la fonte posteriore va ad abrogare la fonte anteriore (lex posterior derogat legi priori). Il meccanismo abrogativo non produce l'invalidità della fonte abrogata ma solo la perdita di efficacia della fonte precedente dal momento dell'entrata in vigore di quella successiva. Tuttavia la fonte abrogata

continuerà ad applicarsi ai rapporti giuridici sorti durante la sua vigenza.

Il principio cronologico viene applicato in caso di antinomia, cioè quando due fonti appartenenti allo stesso rango statuiscono in modo diverso e per esigenze di rinnovamento dell'ordinamento che riflette gli orientamenti e le scelte della politica.

La sentenza di annullamento espunge definitivamente la fonte dall'ordinamento con effetto retroattivo perché sin dall'inizio quella fonte non doveva essere posta mentre la norma abrogata era una norma perfettamente valida fino al momento in cui l'ordinamento ha compiuto una scelta diversa.

L'art. 15 delle disposizione sulla legge in generale indica 3 tipi di abrogazione:

Si dice che è **espresa** quando è espressamente dichiarata dal legislatore (che abroga una legge). E' invece **tacita** se il legislatore emana una nuova disposizione legislativa incompatibile con la precedente (per il principio *lex posterior derogat legi priori*), è invece **implicita** perché la nuova fonte regola, in maniera diversa, l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.

L'utilizzazione dell'abrogazione tacita e dell'abrogazione implicita è frutto di una prassi cristallizzata e riflette la politica di Governi deboli basati su maggioranze instabili spetterà poi agli organi che devono applicare queste norme, decidere quali norme sono incompatibili con le nuove disposizioni. Di contro invece l'abrogazione espresa è tipica di Governi forti portatori di un indirizzo politico stabile, dove questi giudizi di valore non rischiano di creare fratture all'interno delle forze di maggioranza.

Si realizza anche con **referendum popolare** (art. 75 della Cost.) e con **sentenza di illegittimità costituzionale** pronunciata dalla Corte Costituzionale.

Si parla poi di figure atipiche di abrogazione che contribuiscono all'incertezza del diritto.

abrogazione innominata, il legislatore utilizza una frase generica del tipo sono abrogate tutte le disposizioni legislative incompatibili con la presente legge. Il legislatore ha difficoltà nell'individuare le norme da abrogare per inconsapevolezza della situazione preesistente;

abrogazione differita, l'abrogazione si verifica solo al momento dell'entrata in vigore della fonte diversa (delegificazione);

abrogazione generalizzata c.d. "taglia leggi" con una semplice clausola si abrogano tutte le leggi approvate anteriormente ad una certa data.

10. Il principio di irretroattività della legge

Tutte le fonti normalmente acquistano efficacia dopo la pubblicazione, *ex nunc* (cioè da ora) e non *ex tunc* (da allora, retroattivamente).

L'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale detta: "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo". Tale principio è ispirato ad esigenze di certezza del diritto cardine dello Stato di diritto, dove il cittadino deve orientare i propri comportamenti in un quadro normativo conosciuto e al principio dell'affidamento del cittadino nei confronti dello Stato, che viene meno se un comportamento viene regolato in un certo modo e poi a posteriori in maniera diversa.

Poiché l'art. 11 è contenuto in una legge ordinaria non può vincolare fonti dello stesso rango ma solo fonti inferiori che se incompatibili sarebbero invalide.

L'irretroattività della legge ha carattere assoluto soltanto nel caso di norme penali (nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso ai sensi del secondo comma dell'art. 25 Cost.), mentre in altri ambiti ha un valore soltanto di massima e trova frequenti eccezioni, come

le leggi più favorevoli al reo (ai sensi dell'art. 2 del codice penale nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato. Vale a dire che se una legge abroga una fattispecie di reato, questa legge si applica retroattivamente. Tale previsione è poi estesa dal 3° comma dello stesso articolo stabilendo che se la legge successiva è più favorevole al reo essa si applica retroattivamente;

aumenti di stipendio con decorrenza retrodata;

norme di carattere interpretativo;

leggi di ordine pubblico che tutelano gli interessi dello Stato.

11. il nucleo di resistenza alla retroattività: rapporti esauriti, diritti quesiti, principio dell'affidamento

La retroattività trova dei limiti nei c.d. rapporti esauriti. I casi classici sono sentenze passate in giudicato, prescrizione, decadenza, in cui la fattispecie giuridica è ormai definitiva e non può essere rimessa in gioco neppure una legge retroattiva.

La dottrina ha esteso i limiti ai diritti acquisiti ma non ancora esercitati, c.d. diritti quesiti. Non vi sono riferimenti espressi nella giurisprudenza costituzionale, il diritto quesito si è trasformato nel "principio dell'affidamento del cittadino" nella sicurezza giuridica (Corte cost. n. 446 del 2002).

La Corte costituzionale ha poi legato il divieto di retroattività alla ragionevolezza della legge (ad esempio il legislatore può ridurre i trattamenti pensionistici già in atto (che dunque non costituiscono diritti quesiti intoccabili) purché non comprima

sino ad eliminare il diritto in questione.

Inoltre costituiscono limiti alla retroattività della legge la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario.

CAPITOLO II

LA CENTRALITÀ DELLA LEGGE NELLA COSTITUZIONE

1. La centralità della legge nella Costituzione: il principio della preferenza della legge

La legge costituisce la fonte primaria più importante perché espressione del Parlamento organo rappresentativo della sovranità popolare. Sulla base del principio di separazione dei poteri spetta al Parlamento disporre norme generali e astratte, e al Governo e all'Amministrazione provvedere in concreto per attuare quelle disposizioni.

Negli Stati costituzionali del dopoguerra caratterizzati dal suffragio universale e di Parlamentari frazionati in diversi partiti politici espressione di interessi sociali distinti, la legge è espressione di maggioranza politica, normalmente coincidente con la maggioranza di Governo. Quindi gli interessi selezionati dalla legge non pretendono essere gli interessi di tutti. Inoltre dato che gli Stati sono definibili Stati sociali e perseguono il fine di rimuovere le disuguaglianze all'interno della società (c.d. uguaglianza sostanziale) generalità e astrattezza della legge non sono sufficienti per raggiungere tale obiettivo. Trattare tutti in modo uguale non comporta affatto rimuovere le disuguaglianze che possono invece essere rimosse attraverso un trattamento normativo diversificato. Lo Stato sociale produce dunque leggi a generalità e astrattezza attenuata, riferibili a situazioni particolari o a determinate categorie di cittadini.

Per queste ragioni storiche e collegate alla funzione garantista della legge, la nostra Costituzione considera la legge la fonte più importante.

Questa collocazione ha svariate conseguenze giuridiche: al primato della legge sono collegati: il principio di preferenza della legge, il principio di legalità, le riserve di legge.

Il principio di preferenza significa che la legge è una fonte a competenza generale, cioè può disciplinare anche altri ambiti afferibili alla Pubblica Amministrazione. Nel nostro ordinamento infatti non esiste un principio nel quale il potere esecutivo e la Pubblica amministrazione hanno una sfera di normazione riservata (riserva di amministrazione)

2. Un primo effetto della centralità della legge: il principio di legalità nella sua generale accezione

Pilastro dello Stato di diritto è il principio di legalità secondo il quale ogni atto posto in essere dalla Pubblica Amministrazione e dal Governo (che hanno il potere amministrativo ed esecutivo) deve trovare fondamento in una norma giuridica che disciplina la loro attività, delinea le competenze e regola i rapporti con i soggetti privati, perché la legge è in qualche misura espressione degli interessi dei cittadini stessi. **L'essenza del principio di legalità consiste nella limitazione del potere esecutivo attraverso la legge.**

Non c'è un'espressa norma costituzionale che faccia riferimento al principio di legalità che tuttavia può considerarsi implicito nella Costituzione nell'art. 1 il principio di supremazia della legge, negli artt. 70 e ss., nel principio che il Governo non ha una legittimazione originaria ma derivata e conseguente al rapporto di fiducia con il Parlamento così come previsto nell'art. 92 e infine nell'art. 101 "i giudici sono soggetti soltanto alla legge".

2.1 legalità formale e legalità sostanziale

In generale il principio di legalità può essere inteso:

- 1) in senso debole, quando la Pubblica Amministrazione può emanare atti anche in assenza di una legge, purché non siano in contrasto con le fonti superiori;
- 2) in senso più forte, quando occorre sempre una legge che determini e attribuisca il potere alla Pubblica Amministrazione di emanare atti (al Governo di emanare norme o alla Pubblica Amministrazione di emanare provvedimenti amministrativi). E' detta legalità formale. Gli atti emanati dalla Pubblica Amministrazione sono sindacabili, oltre che per contrasto con norme costituzionali, nel caso in cui sono al di fuori della propria competenza (vizio di competenza);
- 3) in senso forte, quando necessita di una norma che, oltre ad attribuire il potere alla Pubblica Amministrazione di emanare atti, ne vincoli il contenuto, limitando l'esercizio del potere discrezionale. E' detta legalità sostanziale. Gli atti emanati dalla Pubblica Amministrazione sono sindacabili, oltre che per il vizio di incompetenza, anche per altri vizi di legittimità relativi al contrasto di contenuto.

Nel nostro ordinamento la Corte Costituzionale ha ritenuto che il principio di legalità debba intendersi in entrambi i sensi (formale e sostanziale), stabilendo che è necessaria una disposizione legislativa che vincoli e che contenga principi o indirizzi generali che limitino la discrezionalità del Governo.

3. Le riserve di legge: garanzia dei diritti e limitazione del potere esecutivo

Con la riserva di legge, la Costituzione attribuisce solo alla fonte legge il potere di disciplinare una determinata materia escludendo l'intervento di fonti secondarie.

Le riserve di legge sono collegate soprattutto alla prima parte della Costituzione che garantisce i diritti fondamentali. La limitazione di alcuni diritti costituzionalmente riconosciuti può avvenire soltanto nei soli casi e modi previsti dalla legge come l'invulnerabilità della libertà personale (art. 13) o l'invulnerabilità del domicilio (art. 14).

Altre riserve di legge sono poste laddove si tratti di disciplinare organi e/o istituzioni che con quei diritti vengono necessariamente in contatto, come ad esempio la magistratura (artt. 101 e 108 della Costituzione) oppure la Pubblica Amministrazione (art. 97 della Costituzione).

Nella monarchia dualista il principio di riserva di legge rappresentava una garanzia dei cittadini a causa della disomogeneità tra maggioranza parlamentare e Governo e all'assenza di meccanismi di controllo del Parlamento sull'esecutivo. Nelle forme parlamentari moderne, Governo e Parlamento hanno la stessa legittimazione popolare (il Parlamento è espressione della volontà popolare e il Governo è espressione della volontà parlamentare), anche se quella del Governo è indiretta attraverso la fiducia del Parlamento, e vi sono meccanismi articolati di controllo e se del caso di sfiducia che il Parlamento può attuare nei confronti del Governo.

La ratio della riserva di legge non sta più nella difesa del Parlamento rispetto al Governo piuttosto uno strumento di difesa delle minoranze parlamentari, infatti possono bloccare l'approvazione di una legge o indurre alla sua modifica se non d'accordo con il suo contenuto. In ogni caso la pubblicità del sistema legislativo rende possibile un controllo sulla legge da parte dell'opinione pubblica (non sarebbe possibile su atti emanati dal Consiglio dei ministri o addirittura da una Pubblica Amministrazione).

Tuttavia, la riserva di legge nell'ambito dei diritti fondamentali e nelle istituzioni costituzionali rimane un presidio garantistico insostituibile.

In definitiva, il principio di preferenza della legge, il principio di legalità, la previsione di riserve di legge costituiscono un potere del Governo e della Pubblica Amministrazione derivante dal carattere rappresentativo del Parlamento, con eccezioni e finalità diverse.

3.1 Riserve di legge e atti con forza di legge

Fanno eccezione a quanto detto gli atti aventi forza di legge come i decreti leggi e i decreti legislativi in quanto vi è sempre un intervento della legge, che nel decreto legislativo è a monte attraverso la legge delega (anche se nella prassi i principi e i criteri direttivi delle deleghe sono di notevole ampiezza), mentre nel decreto legge è a valle attraverso la legge di conversione (anche se la prassi della reiterazione consente di fatto un termine più lungo).

3.2 Riserve assolute, rinforzate, relative

Sono riserve assolute, le riserve che escludono la possibilità di disciplinare certe materie con fonti di grado secondario, lasciando tale determinazione solo alla legge o atti aventi forza di legge. Siamo nell'ambito delle libertà fondamentali, dove l'esigenza di garanzia è avvertita dalla Costituzione in maniera forte.

La riserva di legge rinforzata oltre a quanto detto per la riserva di legge assoluta deve rispettare determinati vincoli costituzionali. Ne è un esempio l'art. 16 della Costituzione sulla libertà di circolazione "salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità e sicurezza". Oltre a prevedere una riserva di legge, la Costituzione pone in questa norma anche un rinforzo, cioè le limitazioni devono avvenire in via generale e per motivi indicati dalla stessa Costituzione.

La riserva di legge relativa si ha quando la Costituzione riserva alla legge la disciplina di una determinata materia, ma consente che quella disciplina sia integrata da una fonte secondaria. Un esempio si ritrova nell'art. 23 della Costituzione che stabilisce che "nessuna prestazione patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Il riferimento alla legge è in termini generali, l'espressione "in base alla legge" non ha caratteri assoluti come "nei soli casi e modi previsti dalla legge". Un altro esempio lo si trova nell'art. 97 della Costituzione dove si stabilisce che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge. Anche in questo caso l'espressione "secondo disposizioni di legge" consente che quella disciplina sia integrata da pubbliche amministrazioni, sia pure nell'ambito di linee guida dettate dalla legge, nell'organizzare autonomamente i propri uffici.

4. Il procedimento legislativo: gli obiettivi costituzionali

Gli articoli della Costituzione che vanno dal 70 al 74 delineano i principi generali del procedimento legislativo e le sue fasi, mentre le regole nel dettaglio sono stabilite nei regolamenti parlamentari, espressione dell'autonomia del Parlamento, approvate da ciascuna Camera a maggioranza assoluta. Il primato della legge è garantito costituzionalmente anche la determinazione delle fasi che conducono all'approvazione della legge.

Il procedimento legislativo ha come scopo quello di selezionare e contrapporre dialetticamente interessi al fine di arrivare ad un atto conclusivo che sia la sintesi migliore degli interessi in gioco.

Le scelte di fondo che la Costituzione ha effettuato in tema di procedimento legislativo sono:

1) il bicameralismo perfetto (art. 70 "la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere") prevede

l'approvazione da entrambe le Camere dello stesso testo.

La rappresentanza politica della seconda Camera può essere espressione di interessi particolari rispetto a determinate categorie di leggi e quindi la sua composizione deve essere differenziata e in un certo senso specializzata rispetto alla Camera dei deputati.

Se invece la Costituzione non attribuisce nessuna competenza particolare alla seconda Camera nè una diversa rappresentatività, lo scopo è quello di allargare la rappresentanza in funzione di stabilizzazione del sistema politico e della ponderazione di tutti gli interessi in gioco.

Questo è il caso del Senato italiano. La previsione della doppia lettura ha principalmente la funzione di produrre un'ulteriore riflessione sul testo legislativo. **Il bicameralismo paritario è oggetto di una proposta di revisione costituzionale.**

2) parità delle armi tra Governo e Parlamento: i progetti di legge proposti e sostenuti dal Governo sono parificati agli altri progetti di legge che non sono di iniziativa governativa.

In generale questo non avviene nelle forme di Governo parlamentari, dove al Governo è riconosciuta una priorità per portare avanti, attraverso l'approvazione di leggi, l'indirizzo politico definito nel programma sul quale il Parlamento ha espresso la fiducia. O comunque attraverso strumenti che garantiscono tempi certi, o limitata emendabilità del progetto governativo. **Anche questo aspetto è oggetto di una proposta di revisione costituzionale.**

3) la tutela delle minoranze attraverso norme all'interno del procedimento. Spetta alle minoranze il potere di chiedere di trasformare il procedimento legislativo decentrato in procedimento ordinario che allunga significativamente i tempi per l'approvazione di un progetto di legge. Questa facoltà costituisce uno strumento di ostruzionismo parlamentare per le forze di minoranza.

Queste scelte costituzionali si legano con il principio di riserva di legge, con il principio di preferenza della legge, con il principio di legalità, dove la legge svolge questa funzione di garanzia connessa al suo carattere largamente rappresentativo. Tuttavia, l'eccesso garantistico spinge spesso il Governo ad utilizzare strumenti diversi dalla legge formale (decreti legge e decreti legislativi) per raggiungere in tempi brevi un risultato normativo.

Il procedimento legislativo è scomposto in diverse fasi.

4. La fase della iniziativa

Si sostanzia nella presentazione, a una delle due Camere, di un disegno di legge redatto in articoli.

La Costituzione ha attribuito il potere di iniziativa legislativa al Governo, a ciascun parlamentare, a 50.000 elettori; a ciascun Consiglio regionale; al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL) ai sensi dell'art. 71, Cost.

Può essere conferita anche tramite legge costituzionale ad altri organi o enti, prefigurando così ipotesi di evoluzioni ulteriori di forma di Governo.

a) iniziativa governativa

la proposta di un progetto di legge governativo si articola in vari momenti:

- l'iniziativa del ministro competente o del Presidente del Consiglio,
- la delibera del Consiglio dei ministri che approva il disegno di legge,
- l'autorizzazione del Presidente della Repubblica alla presentazione del disegno di legge alle Camere.

Nel corso di questo procedimento il disegno di legge viene accompagnato da: una relazione che ne spiega le ragioni politiche, una relazione tecnico finanziaria sulla sostenibilità finanziaria, una relazione tecnico normativa, e una relazione detta AIR, una valutazione sull'impatto anche economico della nuova legge.

La Costituzione non attribuisce alcuna priorità all'iniziativa governativa, attribuita invece dai regolamenti parlamentari che consentono al Governo di incidere sulla programmazione dei lavori parlamentari indicando le priorità e dando indicazioni sui progetti ai quale assegnare priorità.

Il Governo è poi titolare di iniziative c.d. obbligatorie e sono i disegni di legge sul bilancio e il rendiconto che devono essere presentati ogni anno e approvati dal Parlamento e le di iniziative c.d. riservate come i disegni di legge di conversione dei decreti legge o i disegni di legge di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali.

Per tutte queste iniziative i regolamenti parlamentari prevedono un'elevata priorità.

b) iniziativa parlamentare

Iniziativa che spetta ad ogni singolo parlamentare delle Camere. Spesso è slegata dal programma di Governo e connessa

con gli interessi particolari del parlamentare in relazione al proprio collegio di appartenenza. E' anche vero che alcune importanti leggi sui diritti civili (il divorzio, l'obiezione di coscienza, la riforma del diritto di famiglia) sono frutto di iniziativa parlamentare. Non godono di alcuna priorità salvo che il disegno di legge non sia fatto proprio dal gruppo di appartenenza. In ogni caso l'iniziativa parlamentare è soggetta alla verifica tecnica di copertura della spesa.

c) iniziativa popolare

L'iniziativa legislativa popolare attraverso la sottoscrizione di 50.000 elettori di un progetto redatto in articoli, costituisce un omaggio alla democrazia diretta. Tuttavia se non fatta propria dal Governo né trasferita in progetti di legge di origine parlamentare, ha poche possibilità di concludersi con l'approvazione di una legge.

d) iniziativa regionale

Ai sensi dell'art. 121 della Cost. anche il Consiglio regionale può fare proposte di legge alle Camere un omaggio alla partecipazione delle Regioni alla vita dello Stato centrale (così come all'elezione del Capo dello Stato o al Senato). Ha avuto un certo successo nella prima fase di attuazione delle Regioni, attraverso la presentazione contemporanea di progetti di legge identici da parte di più regioni al fine di influenzare progetti concorrenti di iniziativa parlamentare e governativa. L'iniziativa Regionale per essere presentata necessita di almeno un interesse regionale.

e) iniziativa del CNEL

Riflette l'idea di far partecipare al procedimento legislativo un organo consultivo in materia di economia e lavoro. Di scarso rilievo dell'organo nella vita istituzionale era invece rilevante nel 1948. Il progetto di revisione costituzionale in caso di approvazione prevede l'abolizione del CNEL.

4.2 La fase decisoria: il procedimento in sede referente o ordinario

Per approvare una legge la Costituzione prevede tre tipi di procedimenti che si collocano nella fase decisoria, perché, al termine di questa fase, la legge è approvata anche se non è ancora perfetta. Ogni procedimento decisorio è a sua volta diviso in quattro fasi come indicato nell'art. 72 della Cost., la fase istruttoria, la fase dell'esame delle linee generali; la fase dell'esame e dell'approvazione degli articoli; la fase dell'approvazione finale.

I procedimenti sono:

- **procedimento in sede referente o ordinario** che prevede da parte del Presidente di una delle Camere a cui il disegno di legge è pervenuto l'attribuzione del disegno ad una commissione competente per materia che ha la funzione di istruire il progetto. La commissione è composta in modo da riflettere la proporzione delle forze politiche in Parlamento. Inoltre al Presidente della Camera spetta la scelta del procedimento da seguire.

Nella fase istruttoria si redige un testo da sottoporre alla Camera nel quale siano palesi le ragioni della normativa, eventualmente, unificare in un unico testo altri progetti di legge con il medesimo oggetto o raccogliere pareri da altre commissioni. Alla discussione sulle linee generali del progetto di legge segue poi un voto quindi la discussione e la votazione articolo per articolo anche sugli eventuali emendamenti che sono stati proposti e infine votato il testo nel suo complesso, insieme a una relazione finale che verrà presentata dal relatore in aula. In aula si svolge la stessa attività. La relazione generale ha lo scopo di introdurre una discussione sulle linee generali che può concludersi con un voto di "non passaggio agli articoli" cioè una bocciatura del progetto di legge. Normalmente però non c'è un voto preclusivo, il procedimento prevede la discussione articolo per articolo con voto anche sugli emendamenti presentati e con voto finale su ogni articolo. E' una fase importante perché è nella possibilità di emendamento che si esercita il potere legislativo del Parlamento, peraltro anche diritto importante dell'opposizione attraverso il quale verificare la tenuta della maggioranza. Infatti con maggioranze coese il potere di emendamento non produce risultati concreti, la maggioranza di Governo che ha proposto il testo compatterà la propria maggioranza per far sé che il testo possa essere approvato nella versione voluta dal Governo. Viceversa, quando la maggioranza parlamentare è debole, il potere di emendamento può costituire uno strumento di negoziazione con il Governo per ottenere un testo anche diverso rispetto a quello proposto.

Si passa quindi alla votazione finale del testo legislativo, così come risulta a seguito dell'approvazione degli articoli.

Viene poi inviato all'altra Camera in conformità del principio del bicameralismo paritario.

La Camera decide il procedimento da adottare (anche diverso) e si passa all'approvazione del testo. Se il testo approvato è identico al primo la fase dell'approvazione è conclusa. Se invece il testo approvato si discosta dal primo anche solo di un articolo, questo viene rinviato all'altra Camera, che deve procedere all'approvazione della parte emendata per poi rinviarla all'altra Camera sino al momento in cui non vi sia un testo uguale per entrambe le Camere (c.d. "navette" parlamentare).

4.3 Il procedimento in sede deliberante o in commissione

Ai sensi dell'art. 72 della Cost. nel procedimento in sede deliberante, il progetto di legge viene assegnato ad una commissione competente per materia che oltre a istruire il progetto ha il compito di approvarlo definitivamente senza passare dalla Camera.

La scelta di questo procedimento è effettuata dal Presidente dell'Assemblea, ed è possibile quando un progetto di legge "riguardi questioni che non hanno speciale rilevanza di ordine generale" o "qualora rivestano particolare urgenza" (art. 92

reg. camera). Questo per evitare che in Commissione si realizzino accordi tra maggioranza e opposizione che tendano a nascondere responsabilità sull'approvazione di un testo legislativo. Le leggi approvate in commissione hanno scarso rilievo politico, leggi che non hanno carattere di generalità e astrattezza, definiti normalmente "leggine".

L'art. 72 comma 4° prevede anche le materie escluse dal procedimento deliberante la c.d. riserva di legge di assemblea per alcune categorie di leggi e sono: le leggi costituzionali (art. 138 Cost.), le leggi in materia elettorale, le leggi di delegazione legislativa, le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, le leggi di approvazione dei bilanci.

Anche i regolamenti parlamentari escludono alcune categorie di legge e sono: le leggi di conversione dei decreti legge, i disegni di legge finanziaria, le leggi rinviate alle Camere dal Presidente della Repubblica ai sensi dell'art. 74 della Cost.

La Costituzione prevede anche che un progetto di legge attribuito alla sede deliberante possa essere rimesso all'assemblea quando lo chiedano un quinto dei componenti della commissione o un decimo dei componenti della Camera (una minoranza parlamentare) oppure il Governo.

4.4 Il procedimento in sede redigente

Non è previsto dalla Costituzione, ma è stato successivamente introdotto dai regolamenti parlamentari. Rappresenta un procedimento intermedio fra quello ordinario e quello decentrato e comporta una collaborazione dell'Assemblea e delle Commissioni.

Tale procedimento presenta differenziazioni tra i due rami del Parlamento:

alla Camera (art. 96 del regolamento) l'Assemblea (anche su richiesta della Commissione interessata) può decidere di deferire alla Commissione il compito di procedere alla formulazione degli articoli di un progetto di legge, riservandosi l'approvazione dei singoli articoli, senza dichiarazioni di voto e senza possibilità di emendamenti, e del testo finale, con dichiarazioni di voto. L'Assemblea può stabilire, all'atto del deferimento, criteri e principi direttivi per la formulazione del testo degli articoli;

al Senato (art. 36 del regolamento) spetta al Presidente (anche su richiesta unanime della Commissione interessata) assegnare alle Commissioni i disegni di legge per il voto sui singoli articoli, riservando all'Assemblea la votazione finale del testo, con sole dichiarazioni di voto. Su richiesta di otto senatori è possibile fissare i criteri informativi a cui la Commissione deve attenersi nella formulazione del testo.

Questo tipo di procedimento si indirizza a quei progetti di natura assai complessa e tecnica, la cui approvazione articolo per articolo, in Assemblea plenaria richiederebbe particolari conoscenze. Tuttavia è stato scarsamente applicato sinora.

4.5 Un vincolo importante al potere decisionale del Parlamento: la copertura finanziaria delle leggi

Ai sensi dell'art. 81 della Costituzione "ogni legge che importi nuove o maggiori spese deve individuare i mezzi finanziari per farvi fronte".

Questa norma nel tempo è apparsa insufficiente a rispettare i vincoli economici posti dal bilancio dello Stato, perché le spese previste dalla legge venivano sottostimate che hanno provocato nel tempo un elevato disavanzo del bilancio, affiancato da una spesa pubblica in costante crescita. Il vincolo è stato reso più stringente con la legge n. 196 del 2009 che prevede ulteriori vincoli, e modificato successivamente l'art. 81.

La copertura finanziaria delle leggi deve essere determinata:

- modifiche a norme che comportino maggiori entrate
- riduzioni di autorizzazioni precedenti di spesa

- accantonamenti indicati nei fondi speciali previsti dalla legge di stabilità e che sono destinati ai progetti di legge che si prevede siano approvati nel corso dell'esercizio di bilancio

In caso di sfioramento, un decreto del Ministero dell'economia accerta l'esaurimento dello stanziamento di bilancio, blocca la spesa, e quindi la stessa efficacia della legge.

Nel tempo con gli obblighi provenienti dall'Unione Europea di contenere il disavanzo dello Stato, tutti i disegni di legge di iniziativa governativa, devono essere dotati di una relazione tecnica verificata dal Ministero dell'economia sulla quantificazione degli oneri e delle coperture.

4.6 La promulgazione

La legge una volta approvata nella stessa versione dalle Camere, è perfetta, ma non ancora efficace. Per divenire efficace (e quindi obbligatoria per i suoi destinatari), deve superare la fase di integrazione dell'efficacia (regolamentata dal D.P.R. 28 dicembre 1985 n. 1092).

Il Presidente della Repubblica è tenuto a promulgare la legge entro un mese dall'approvazione (art. 73 Cost.). Tuttavia se le Camere, ciascuna a maggioranza assoluta dei propri componenti, ne dichiarano l'urgenza, la legge è promulgata in un termine inferiore mediante decreto del Presidente della Repubblica.

Al Presidente della Repubblica spetta, tuttavia, un controllo sulla legittimità costituzionale in senso ampio della legge, finalizzato al mantenimento della coerenza dell'ordinamento. Costituzionale.

Se il Presidente rileva un vizio nell'atto approvato dal Parlamento (es. violazione dell'art. 81 Cost., violazione dei grandi principi costituzionali: il principio di uguaglianza o del pluralismo informativo come la legge sulle radiotelevisioni), nell'ambito dei poteri conferitigli dalla Costituzione (art. 74) può rinviarlo alle Camere per un riesame, motivando tale rinvio con un messaggio e chiedendo una nuova deliberazione delle stesse. Il rinvio presidenziale alle Camere può essere

richiesto una sola volta ed è destinato a cedere a fronte della riapprovazione della legge da parte del Parlamento.

Il potere di rinvio della legge non potrà dipendere dalla non condivisione da parte del Presidente delle scelte politiche implicite nella legge

Con l'atto di promulgazione, la legge diviene esecutoria. Diviene invece obbligatoria per tutti i cittadini solo con la pubblicazione.

4.7 La pubblicazione

A seguito della promulgazione la legge viene pubblicata entro trenta giorni, sotto la responsabilità del Ministro di Grazia e Giustizia, nella raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana e nella Gazzetta ufficiale della Repubblica. Una volta avvenuta la **pubblicazione**, trascorsi 15gg. **àvacatio legis**. la legge diviene efficace nei confronti di tutti coloro che sono soggetti alle norme del diritto italiano (la legge stessa può prevedere un periodo superiore, inferiore o nullo come nel caso delle leggi catenaccio).

L'ignoranza della legge non scusa perché tutti avrebbero potuto conoscere la norma e il suo contenuto (con l'unico limite dell'ignoranza inevitabile estesa anche per le norme penali quando vi è oggettiva impossibilità alla conoscenza della legge, le norme penali non devono essere applicate).

5. Il progetto di riforma costituzionale: l'intervento del Senato nel procedimento legislativo

Il progetto di revisione modifica il bicameralismo paritario affinché le leggi non debbano essere più approvate da entrambe le Camere (si pone anche l'obiettivo del superamento del bicameralismo nel procedimento legislativo che punta ad evitare per tutte le leggi la doppia lettura), ad esclusione:

- delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali,
- delle leggi di attuazione delle disposizioni costituzionali in materia di referendum popolare,
- delle leggi che autorizzano la ratifica dei trattati relativi all'appartenenza dell'Italia all'Unione europea,
- di alcune categorie di leggi regionali (sui principi fondamentali dell'organizzazione regionale nonché l'organizzazione e le funzioni fondamentali di Comuni e Città metropolitane).

Per le altre leggi, invece, il progetto di riforma prevede tre tipi di procedimenti:

- un procedimento ordinario che riguarda tutte le leggi, una volta che il disegno di legge è stato approvato dalla Camera, un terzo dei componenti del Senato entro 10 giorni può disporre di esaminare il progetto. In caso positivo entro 30 giorni può deliberare proposte di modifiche del testo, sulle quali la Camera ha 20 giorni di tempo per pronunciarsi in via definitiva.
- un procedimento potenzialmente rafforzato (principalmente in materia regionale e di organizzazione degli enti locali) Ha le stesse modalità di riesame da parte del Senato e gli stessi termini. La Camera può non conformarsi alle modifiche proposte dal Senato pronunciandosi nella votazione finale a maggioranza assoluta dei suoi componenti.
- un procedimento potenzialmente rafforzato con termini ridotti per i disegni di legge di cui all'art. 81 4° comma (bilancio e rendiconto consultivo) la richiesta di riesame da parte del Senato può avvenire solo se il Senato abbia approvato tale richiesta a maggioranza assoluta ed entro 15 giorni dal momento della trasmissione del disegno di legge a differenza degli altri due procedimenti. Anche in questo caso la Camera può non conformarsi alle modifiche proposte dal Senato pronunciandosi nella votazione finale a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

Un quarto procedimento è poi previsto dall'art. 71 per i progetti di legge di iniziativa del Senato e purché tali proposte siano approvate a maggioranza assoluta. In questo caso, la Camera dei deputati procede all'esame e si pronuncia entro i termini di sei mesi dalla data di delibera del Senato.

6. Il progetto di riforma costituzionale: il voto a data certa

Il Governo è sprovvisto di strumenti particolari per attuare il proprio programma, ed ecco perché è derivato un ricorso eccessivo della decretazione di urgenza, della delegazione legislativa, nonché della fiducia. Per superare questi aspetti la riforma disciplina una corsia preferenziale per i progetti di legge di iniziativa del Governo (c.d. voto a data certa). Il Governo può così chiedere alle Camere che un proprio disegno di legge sia iscritto con priorità all'ordine del giorno, e sottoposto a votazione finale entro 60 giorni o anche entro un termine inferiore, a seconda della complessità della materia. Decorso il termine il testo proposto viene sottoposto a votazione, senza modifiche, articolo per articolo e con votazione finale.

Questo strumento rafforza i poteri del Governo perché:

- avrebbe la possibilità di conoscere i tempi per l'approvazione dei propri progetti di legge;
- limita il dibattito parlamentare e la stessa proposizione di emendamenti (decorsi i 60 giorni si vota il testo del Governo).

7. la destrutturazione della forma della legge: le leggi rinforzate

La legge rinforzata è una legge ordinaria che per la sua approvazione la Costituzione prevede una procedura aggravata. La procedura aggravata le attribuisce una resistenza passiva, cioè la capacità di resistere all'abrogazione, maggiore rispetto a una legge ordinaria. Per abrogare una legge rinforzata occorrerà un'altra legge avente un pari rinforzo.

In alcuni casi il rinforzo è procedimentale, che consiste in una fase ulteriore del procedimento con pareri da parte di altri

organi (come nel caso dell'art. 116 Cost.: sentiti gli enti locali), consultazione popolare espressa in varie forme (come nel caso dell'art. 132 a proposito del distacco di Province e Comuni) a monte del procedimento legislativo. L'intesa si sostanzia in un accordo tra Stato e l'ente allo scopo di determinare e concordare i punti fondamentali che dovranno poi essere declinati all'interno dell'atto legislativo. Lo scopo dell'intesa è quindi quello di attribuire all'ente interessato un potere negoziale che altrimenti non è dotato. L'intesa costituisce una garanzia costituzionale del pluralismo e a correggere posizioni di disuguaglianza di partenza tra interessi tutti meritevoli di tutela.

La legge che disciplina i rapporti tra lo Stato e le confessioni diverse dalla cattolica (art. 8 Cost.) è una legge rinforzata, perché prima del procedimento legislativo occorre acquisire un accordo, un'intesa (rinforzo), tra lo Stato e le rappresentanze di quelle confessioni in ordine alle modalità di regolazione dei reciproci rapporti. In assenza di un accordo la legge sarebbe costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 8 Cost.

In modo analogo anche i rapporti tra Stato e Chiesa, possono essere modificati con legge ordinaria previo accordo tra le parti, che costituisce il rinforzo previsto dalla Cost. all'art. 7.

Altro caso di legge rinforzata per procedimento si rinviene nell'art. 132: i comuni e le province che ne facciano richiesta possono staccarsi da una Regione e unirsi ad un'altra previo, referendum popolare tra le popolazioni dei Comuni interessati e il parere dei Consigli regionali, che costituiscono il rinforzo della legge.

In altri casi il rinforzo riguarda la maggioranza per approvare la legge. In questi casi la Costituzione prevede una maggioranza diversa dalla maggioranza semplice per la sua approvazione.. Un caso di rinforzo per maggioranza si rinviene nell'art. 79 della Cost. che disciplina l'amnistia (estingue un reato) e l'indulto (riduce la pena) prevedendo che tali provvedimenti siano concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera in ogni suo articolo e nella votazione finale.

Costituisce un caso di legge rinforzata sia per procedimento che per maggioranza la legge prevista dall'art. 116 della Cost. a proposito della attribuzione di altre competenze alle Regioni: il rinforzo riguarda l'iniziativa perché questo tipo di leggi è possibile solo per la Regione interessata, dopo aver sentito tuttavia gli enti locali. Vi è poi un'ulteriore intesa tra lo Stato e la Regione (rinforzo procedimentale) e infine la legge deve essere approvata a maggioranza assoluta dei componenti (rinforzo di maggioranza).

7.1 Perché le leggi rinforzate

Le leggi rinforzate per procedimento derivano dalla necessità di perequare situazioni non uguali o dalla necessità di garantire in maniera più forte situazioni di autonomia. Le leggi rinforzate per maggioranza sono leggi che non dovrebbero essere connesse con l'indirizzo politico del Governo in quanto, pur senza essere leggi costituzionali, impattano fortemente su valori costituzionali tanto da richiedere, per la loro approvazione, anche il necessario consenso delle forze di opposizione.

8. La destrutturazione della legge per contenuto: le leggi provvedimento e le leggi "a basso contenuto di generalità e astrattezza"

Le leggi provvedimento non contengono norme generali e astratte, ma hanno invece un contenuto concreto e specifico incidendo su un numero determinato e limitato di destinatari. Sono inoltre auto applicative perché non necessitano di essere applicate dalla Pubblica Amministrazione attraverso la produzione di altre norme. Sono approvate con il procedimento di cui agli artt. 70 e ss. della Cost. Sono simili agli atti amministrativi emanati dalla Pubblica Amministrazione (è il caso delle leggi che rilasciano concessione amministrative).

Alcune leggi provvedimento sono dette anche legghine in relazione al modesto contenuto politico del quale sono dotate. Molte sono il frutto di iniziativa di singoli parlamentari che rispondono ad esigenze territoriali dei colleghi di appartenenza.

Distinte dalle leggi provvedimento sono le leggi a basso contenuto di generalità e astrattezza, vale a dire le leggi speciali che disciplinano categorie particolari di soggetti o di situazioni. Sono dotate del carattere di generalità anche se limitata. Un caso è la legge che esclude il pagamento delle tasse per una popolazione terremotata. Il progressivo aumento di queste leggi è una conseguenza inevitabile del passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale che rimuove ostacoli e disuguaglianze.

CAPITOLO III

ATTI CON FORZA DI LEGGE E REGOLAMENTI

1. La regola e l'eccezione della legge del Parlamento ai decreti legge e decreti legislativi

Attualmente, l'articolo 70 della Costituzione conferisce ad entrambe le Camere la funzione legislativa (è il Parlamento che è titolare del potere legislativo sulla base del principio di separazione dei poteri; la sovranità popolare si estrinseca attraverso l'elezione di rappresentanti del corpo elettorale in Parlamento, quindi la legge è espressione indiretta dello stesso corpo elettorale). Esistono, tuttavia, delle circostanze che possono giustificare l'emanazione di atti normativi anche da parte del Governo, detti atti con forza di legge perché dotati della stessa "forza" attiva e della stessa "resistenza" passiva della

legge del Parlamento sia per materie che richiedono una specializzazione tecnica e un insieme di conoscenze che i parlamentari non posseggono in dettaglio che vengono disciplinate ex art. 76 (decreto legislativo), oppure in presenza di necessità e di urgenza ex art. 77 (decreto legge), situazioni che vanno fronteggiate con una tempestività che un'assemblea come il Parlamento non è in grado di assicurare in tempi brevi.

Trattandosi di una deroga al principio di separazione dei poteri la Costituzione li considera strumenti eccezionali di normazione e pone regole per un controllo parlamentare stringente.

Il decreto legge nella normativa precostituzionale e nella Costituzione

I decreti legge esistevano anche, sia pure non codificati, nello statuto Albertino, mentre poi sono stati codificati nella legge n. 100 del 1926.

ART. 77

Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria.

Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni.

I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti.

Il Governo può esercitare direttamente e di sua iniziativa il potere legislativo attraverso l'emanazione di decreti-legge quando sotto la sua responsabilità (civile, penale o politica - ma la mancata conversione non comporta automaticamente crisi di Governo) ritenga sia indispensabile, per motivi di necessità e di urgenza, fronteggiare situazioni eccezionali, come le calamità naturali; o situazioni derivanti dall'intervento dell'uomo sull'ambiente: inquinamento, epidemie, ecc.; o emergenze pubbliche quali il terrorismo, la mafia o una crisi economica:

Il decreto-legge viene deliberato dal Consiglio dei ministri, emanato dal Presidente della Repubblica e pubblicato, entrando in vigore immediatamente dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, ma con effetti provvisori.

Infatti, il decreto-legge una volta adottato, il giorno stesso deve essere presentato alle Camere (se sono sciolte devono riunirsi nel tempo strettissimo di cinque giorni) che hanno tempo 60 giorni per convertirlo in legge, pena la perdita di efficacia ex tunc, cioè retroattivamente al giorno della sua emanazione e deve considerarsi come mai adottato. L'effetto retroattivo incontra il limite dei c.d. rapporti esauriti, rapporti passati in giudicato (cioè definiti con sentenza non più appellabile), i diritti ormai prescritti o decaduti o i rapporti non più azionabili (es. un decreto legge che aumenta la benzina poi non convertito. Di fatto non c'è diritto alla restituzione delle somme pagate per l'aumento).

2.1 La prassi degenerativa

Nella prassi, i decreti legge sono diventati spesso il principale mezzo attraverso il quale il Governo ha fatto fronte all'inerzia del legislatore davanti a certe materie. In particolare la produzione normativa in forma di decreto ha assunto nell'ultimo ventennio i connotati della normalità, stravolgendo il disposto costituzionale che prevede l'emanazione dei decreti legge solo in caso di necessità ed urgenza.

Di conseguenza il Parlamento è occupato da leggi di conversione dei decreti legge, rallentando ulteriormente il procedimento legislativo ordinario.

I Governi hanno anche utilizzato in maniera abnorme la possibilità di reiterare (ripresentare) decreti legge non convertiti dalle Camere (anche 10-12 volte prima di essere convertiti). Questo produce effetti discorsivi della Costituzione perché la mancata conversione di un decreto legge reiterato molte volte provoca problemi rilevanti di certezza del diritto;

Anche il Parlamento ha contribuito a snaturare il modello costituzionale considerando il decreto-legge come in realtà un disegno di legge ordinario proponendo emendamenti nel corso della sua conversione. La giurisprudenza ha distinto gli emendamenti in:

- emendamenti soppressivi con effetti retroattivi (trattandosi di una mancata conversione)

- emendamenti aggiuntivi senza effetti retroattivi (trattandosi di una mera aggiunta), la modifica entrerà quindi in vigore solo dal giorno della pubblicazione della legge di conversione

Queste soluzioni non sono esaustive poiché vi sono emendamenti allo stesso tempo soppressivi che aggiuntivi. Spetterà all'interprete ragionare se si tratta di una norma nuova e i margini di discrezionalità sono rilevanti e il tutto genera incertezza nel diritto.

2.2 I primi tentativi di limitare l'eccesso di decretazione di urgenza: il filtro parlamentare

L'art. 96 bis del regolamento della Camera prevedeva che anche al Parlamento spettava il compito di verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza. Infatti, appena trasmesso al Parlamento, il decreto legge viene in primo luogo assegnato alla Commissione Affari costituzionali, al solo scopo di procedere a tale controllo: se la Commissione ritiene che non vi sia alcuna urgenza (e l'Assemblea conferma tale orientamento), il decreto legge viene respinto e perde

immediatamente efficace. Tuttavia, la composizione proporzionale della Commissione faceva sì che la maggioranza della stessa rispecchiasse la maggioranza di Governo e quindi improbabile che bocciassero l'operato del Governo.

2.2.1. La legge n. 400 del 1988

L'art. 15 della legge n. 400 del 1988 ha introdotto dei limiti alla decretazione di urgenza, in particolare il decreto legge non può:

- essere emanato se non dal Consiglio dei Ministri;
- conferire deleghe legislative (ai sensi dell'art. 76 Cost.). Il Governo non è titolare del potere legislativo e quindi non può delegare altri soggetti;
- le materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, Cost. (leggi costituzionali, elettorali, autorizzazioni alla ratifica di Trattati internazionali, approvazione di bilanci e consultivi ex art. 81) non possono essere approvate con decreti-legge. In particolare perché le leggi di approvazione di bilanci e consultivi sono atti di controllo sul Governo da parte del Parlamento; le leggi in materia costituzionale non possono essere disciplinate con decreti legge perché coincidono con le leggi costituzionali per le quali è previsto il procedimento aggravato. Per il tema elettorale, spesso derogato dal Governo, che più volte ha adottato decreti per questa materia;
- rinnovare le disposizioni di decreti -legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere; per evitare la reiterazione dei decreti legge. Anche se i decreti spesso decadono non in seguito a un voto, ma semplicemente perché il Parlamento non arriva a esprimere un voto;
- regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti (anche in questo caso si tratta della codificazione di un principio già esistente: art. 77 ultimo comma della Cost.);
- ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento (costituirebbe violazione del giudicato costituzionale e potrebbe legittimare un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato),
- non può violare, sospendere o derogare diritti fondamentali o attribuzioni costituzionali.

Inoltre il decreto-legge deve:

- essere presentato per l'emanazione al Presidente della Repubblica con la denominazione "decreto-legge" e contenere un preambolo con l'indicazione dei caratteri di necessità e di urgenza;
- il contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo. Le norme del decreto devono immediatamente applicabili e quindi tendenti ad evitare la prassi dei c.d. "decreti omnibus", decreti-legge che includono materie di vario tipo o altri decreti decaduti.

Con la legge n. 400 del 1988 sono state determinate alcune materie che non potrebbero essere disciplinate da decreti legge. Tuttavia la legge in questione è una legge ordinaria e quindi i vincoli posti non sono di livello costituzionale; inoltre l'esclusione della decretazione di urgenza su molte delle materie indicate era già implicitamente ricavabile dai principi costituzionali.

2.2.2 Gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale

La giurisprudenza costituzionale, a partire dalla fine degli anni '80, ha introdotto una linea più rigorosa sul controllo di legittimità costituzionale dei decreti legge.

1) La Corte costituzionale può dichiarare incostituzionale un decreto legge quando manchino manifestamente i presupposti di necessità ed urgenza in relazione all'art. 77 della Cost.

Non vi è necessità e urgenza quando:

- la norma contiene disposizioni destinate ad avere effetti pratici differiti nel tempo, o che necessitano comunque di essere attuate con ulteriore normativa (Corte cost. n. 220 del 2013);
- vi è la soppressione delle competenze delle Province attraverso un decreto legge. E' illegittima la trasformazione radicale dell'intero sistema su cui da tempo è aperto un ampio dibattito nelle sedi politiche e dottrinali (Corte cost. n. 220 del 2013);
- una norma c.d. intrusa, cioè incoerente - rispetto all'oggetto del decreto legge, e tale norma non sia servita da alcuna specifica giustificazione (Corte cost. n. 55 del 2010). Il fine è di scardinare la prassi dei decreti legge "omnibus" (contenenti norme di varie materie);

2) La Corte costituzionale può dichiarare illegittima la reiterazione del decreto legge quando non vi siano fatti nuovi che lo giustificano, per violazione ancora dell'art. 77 della Cost. che qualifica il decreto legge come un atto provvisorio (Corte cost. n. 360 del 1996).

3) Inoltre sulla base della giurisprudenza costituzionale, anche il Parlamento non può introdurre emendamenti alla legge di conversione che non siano direttamente connessi con l'oggetto (Corte cost. n. 22 del 2012). Il fine è di censurare la prassi del Parlamento di utilizzare la conversione del decreto legge per introdurre, in una sorta di corsia preferenziale, norme "nuove" rispetto al contenuto del decreto.

3. Il progetto di riforma costituzionale: le limitazioni alla decretazione di urgenza

Il decreto legge dovrebbe tornare ad essere un atto emanato dal Governo solo in casi straordinari di necessità e urgenza. In particolare:

- il Governo ha a disposizione il procedimento legislativo "a data certa" che garantisce l'approvazione di un progetto di legge entro 60 giorni;
- il testo della riforma costituzionalizza le limitazioni già poste dalla legge n. 400 del 1988 e i principi introdotti dalla giurisprudenza costituzionale: il Governo non può con decreto legge disciplinare le materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, Cost. (leggi costituzionali, elettorali, autorizzazioni alla ratifica di Trattati internazionali, approvazione di bilanci e consultivi ex art. 81);
- reiterare disposizioni adottate con decreti non convertiti in legge e regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei medesimi;
- ripristinare l'efficacia di norme di legge o di atti aventi forza di legge che la Corte cost. ha dichiarato illegittimi per vizi non attinenti al procedimento (si tratta, come si è detto, delle materie già previste dall'art. 15 della legge n. 400 del 1988);
- i decreti legge devono contenere misure di immediata applicazione e di contenuto specifico;
- ad evitare decreti legge c.d. omnibus, il contenuto deve essere omogeneo e corrispondere al titolo;
- è fatto divieto inoltre al Parlamento di introdurre emendamenti alla legge di conversione che non siano direttamente connessi con l'oggetto.

4. La delegazione legislativa

ART. 76

L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti.

Il Parlamento può delegare al Governo, in particolari circostanze, l'esercizio della funzione legislativa, cioè il potere di creare norme giuridiche che hanno la stessa forza - la stessa efficacia - delle leggi ordinarie.

Per il principio della divisione dei poteri, il Governo non condivide con le Camere la funzione legislativa, che spetta esclusivamente alle assemblee popolari.

Infatti, la Costituzione, all'articolo 76, non attribuisce al Governo il potere di emanare leggi, ma gli riconosce il compito di disciplinare alcune materie, la cui complessità ne renderebbe difficile la regolamentazione da parte delle Camere. Si pensi, ad esempio, alla compilazione di un codice o alla redazione di un testo unico, in cui va affiancata all'attività dei parlamentari, un pool di specialisti che non esprimono una propria volontà politica ma svolgono attività prevalentemente di coordinamento e di sistemazione di una determinata materia.

Il Parlamento in tale circostanza non si spoglia della sua funzione legislativa, perché esercita sempre un controllo sull'attività normativa del Governo attraverso la c.d. legge delega (approvata con il procedimento legislativo ordinario, art. 72 ultimo comma della Cost., garantistico per le minoranze), in cui si stabilisce:

- le materie che il Governo deve disciplinare (oggetto definito). Sono escluse le leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, le leggi di approvazione di bilanci e consuntivi, la legge con la quale può essere deliberata un'inchiesta parlamentare poiché sono tipologie di leggi che costituiscono un controllo del Parlamento sull'esecutivo;
- i principi e i criteri direttivi, lo strumento più forte per vincolare la discrezionalità del Governo nell'esercizio della delega. Astrattamente per principi si intende le norme programmatiche e per criteri direttivi le finalità da perseguire (i principi e i criteri direttivi);
- il termine entro il quale deve approvare il testo della legge delegata (tempo definito). Nel caso la delega ecceda i due anni di tempo, la legge n. 400 del 1988, all'art. 14, ha previsto la necessità di un parere da parte della commissione parlamentare competente in materia, che consente un controllo parlamentare "in itinere";

Il decreto legislativo deve essere approvato dal Consiglio dei Ministri ed emanato dal Presidente della Repubblica con le regole procedurali e di forma previste dall'art. 14 della legge n. 400 del 1988. Deve recare la denominazione di "decreto legislativo", e contenere nel preambolo la deliberazione del Consiglio dei Ministri e gli altri adempimenti del procedimento previsti dalla legge di delegazione. L'indicazione del "nomen" decreto legislativo lo contraddistingue dagli altri atti emanati dal Presidente della Repubblica con la forma del decreto presidenziale.

Il testo sarà poi pubblicato sulla Gazzetta ufficiale con la denominazione di decreto legislativo o delegato..

Infine il Parlamento può decidere di revocare la delega e normare la stessa materia con legge.

4.1. La progressiva deformazione del modello costituzionale

Nel tempo la delegazione legislativa è diventata uno strumento ordinario di normazione (e non eccezionale) per evitare la discussione politica, e i possibili emendamenti del Parlamento, più che per normare materie di complessità tecnica.

Anche il modello legislativo nel tempo si è deformato: la Costituzione prevedeva una legge delega che aveva lo scopo di limitare la discrezionalità del Governo (principi e criteri direttivi), e un decreto legislativo che attuasse quella legge.

Quasi sempre invece la legge delega contiene norme di immediata applicazione (norme che innovano il diritto oggettivo) e in aggiunta una delega legislativa al Governo. Entra quindi in vigore e deve essere applicata con le stesse regole previste per ogni legge del Parlamento per la parte precettiva, mentre per un'altra parte necessita essere attuata attraverso decreti legislativi del Governo. Inoltre la determinazione dei principi e criteri direttivi è sempre più sfumata. Infine molto spesso il Governo adotta più decreti legislativi che poi vengono corretti da altri decreti legislativi secondo il modello della c.d. delegazione polifasica, che legittima il Governo a intervenire ripetutamente sempre sulla base della prima delega.

4.2 La giurisprudenza della Corte costituzionale: il sindacato sulle c.d. norme interposte

La Corte costituzionale può sindacare il rispetto da parte del decreto legislativo dei principi e i criteri direttivi contenuti nella legge delega. La legge delega infatti costituisce una norma interposta tra il decreto legislativo e la norma costituzionale, per cui la violazione della legge delega costituisce anche una violazione dell'art. 76 della Costituzione. La tecnica del sindacato sulle norme c.d. interposte consente alla Corte costituzionale di giudicare sulla legittimità del rapporto tra decreto legislativo e legge delega per il quale ogni violazione costituisce violazione di una legge ordinaria e non di una legge costituzionale.

Se il Governo non rispetta i limiti contenuti nella legge delega, ricorre l'ipotesi di eccesso di delega che comporta la dichiarazione di incostituzionalità della parte del decreto che ecceda i criteri e i principi direttivi.

5. I testi unici

Costituiscono raccolte di materiale normativo, prodotto in tempi diversi, ma caratterizzato da omogeneità della materia. Si distinguono in:

- compilativi, raccolgono materiale normativo esistente e introducono mere modifiche alle norme in conseguenza della operazione di armonizzazione;
- innovativi, oltre a raccogliere materiale normativo, introducono modifiche alla materia.

Il codice di settore, testo unico parte compilativo e parte innovativo e comunque assumono la forza del decreto delegato.

6. I poteri del Governo in caso di guerra

ART. 78

Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari.

La decisione di entrare in guerra come in tutti i paesi democratici spetta alle Camere, coinvolgendo sia la maggioranza che l'opposizione che rappresentano la volontà popolare; lo stato di guerra viene poi dichiarato dal Presidente della Repubblica. Per fronteggiare una situazione così grave, il Parlamento non ha quell'elasticità e rapidità indispensabili in tali circostanze, per cui conferisce al Governo i necessari poteri di emanare atti con forza di legge. Il Parlamento continua tuttavia a esercitare un controllo sull'operato del Governo con facoltà di revocare al Governo quei poteri.

7. Il potere regolamentare del Governo: alcune notazioni preliminari

I regolamenti governativi costituiscono la più importante delle fonti secondarie. Nella nostra Costituzione sono scarsi i riferimenti ai regolamenti: l'art. 87 prevede che siano emanati dal Presidente della Repubblica; l'art. 117 prevede che la potestà del Governo di emanare regolamenti è limitata alle materie nelle quali lo Stato ha competenza legislativa (principio di parallelismo).

Cenni poi nella legislazione ordinaria: art. 1 (gerarchia delle fonti) e 3 (il potere regolamentare del Governo è disciplinato da leggi di caratteri costituzionale) delle Disposizioni sulla legge in generale contenute nel codice civile del 1942.

7.1 La legge n. 400 del 1988: filosofia e tipizzazione dei regolamenti

La legge n. 400 del 1988 si poneva l'obiettivo di determinare i tipi di regolamenti, ampliare il potere normativo dell'esecutivo spingendo il Parlamento ad approvare leggi di principio, effettuare un'ampia delegificazione e tipizzare il procedimento.

L'art. 17 distingue in primo luogo tra:

- regolamenti governativi deliberati dall'intero Consiglio dei Ministri;
- regolamenti ministeriali deliberati da un singolo ministro. Possono essere adottati nelle materie di competenza del ministro quando la legge espressamente conferisca questo potere, e debbono essere comunicati al Presidente del Consiglio dei ministri prima della loro emanazione e necessitano il parere del Consiglio di Stato, la registrazione della Corte dei Conti

e la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Sono fonti di terzo grado, posto che non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo;

- regolamenti interministeriali deliberati da più ministri contemporaneamente.

In secondo luogo distingue i regolamenti governativi in:

- regolamenti esecutivi hanno lo scopo di specificare il contenuto delle leggi o a determinare le modalità di attuazione, senza ampliarne il contenuto. In quanto non innovativi ma meramente attuativi della legge, possono intervenire su materie coperte da riserva di legge;

- regolamenti integrativi attuativi sono finalizzati a disciplinare l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi, ampliando il potere normativo dell'esecutivo e allo stesso tempo incentivando il Parlamento ad approvare norme di principio. Tuttavia il regolamento sia pure con margini innovativi non muta il suo carattere di fonte di grado secondario. Per questa ragione il regolamento può intervenire su materie coperte da riserva di legge relativa e non assoluta;

- regolamenti indipendenti disciplinano materie non coperte da riserva di legge, non disciplinate da legge e non di competenza delle Regioni (di fatto è estremamente raro che possa verificarsi una simile concomitanza di fattori);

- regolamenti organizzativi disciplinano l'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni pubbliche. Dettano regole per l'organizzazione interna dei pubblici uffici. Devono rispettare i principi dettati dalla legge ai sensi dell'art. 97 della Cost. che prevede vi sia una riserva di legge relativa sulla materia;

- regolamenti di delegificazione. L'istituto della delegificazione persegue l'obiettivo di alleggerire l'ordinamento giuridico da un eccesso di fonti primarie, per spostare la disciplina di materie qualitativamente meno importanti sulla fonte regolamento. Nel principio di gerarchia delle fonti un regolamento non può abrogare una fonte di rango superiore, cosicché il 2° comma dell'art. 17 stabilisce:

a) una legge del Parlamento autorizza l'emanazione di regolamenti su una materia non coperta da riserva di legge;

b) la legge allo stesso tempo stabilisce le norme regolatrici della materia e dispone l'abrogazione delle norme vigenti con effetto dalla entrata in vigore delle norme regolamentari;

c) il regolamento governativo, disciplina così la materia, completando così la delegificazione.

Tuttavia, spesso le leggi di delegificazione non contengono principi e criteri direttivi, inoltre la delegificazione è spesso contenuta nei decreti legge o in decreti legislativi, con i quali praticamente il Governo autorizza sé stesso a modificare o abrogare la disciplina normativa vigente. Nonostante questo, la delegificazione ha contribuito a semplificare molti procedimenti amministrativi, o con legge di delegificazione sono state avviate riforme organizzative degli apparati amministrativi centrali e periferici dello Stato, con strumenti di delegificazione sono state attuate molte direttive comunitarie.

Sono poi approvati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunciarsi entro 45 giorni dalla richiesta. Parere non vincolante, svolge la funzione di controllo preventivo di legittimità sul testo del regolamento.

8. Le leggi "taglia leggi" e i regolamenti "taglia regolamenti": nuove frontiere dell'abrogazione

Con la legge n. 246 del 2005, nota con il nome "legge taglia-leggi", si è cercato di abrogare tutta la legislazione antecedente al 1970, salvo quelle ritenute indispensabili, attraverso una clausola di abrogazione generalizzata.

Con la legge n. 69 del 2009, denominata taglia regolamenti, all'art. 17 della legge n. 400 del 1988 il comma 4 ter, con il quale si attribuiva al Governo il compito di provvedere all'individuazione delle disposizioni regolamentari vigenti e a quelle oggetto di abrogazione implicita. Allo stesso tempo si consentiva al Governo di abrogare espressamente le disposizioni obsolete, o che avevano esaurito la loro funzione, o prive di contenuto normativo. Il meccanismo ha tuttavia creato molti dubbi di ordine giuridico e non ha contribuito alla semplificazione del sistema normativo.

CAPITOLO IV

LE FONTI DI PROVENIENZA DA ORDINAMENTI ESTERNI ALLO STATO ITALIANO: LE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE

1. La Costituzione italiana come Costituzione "aperta"

ART. 10 (primo comma) L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

ART. 11 l'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

La Costituzione italiana si caratterizza come una Costituzione aperta alla ricezione di norme di diritto internazionale attraverso norme di raccordo e di collegamento all'ordinamento internazionale, secondo il modello c.d. dualistico in base al quale i rapporti tra ordinamento internazionale e ordinamento interno sono collegati su piani paralleli.

Il primo comma dell'art. 10, esprime la volontà della Repubblica di aprirsi alla Comunità internazionale, impegnandosi a rispettare le norme internazionali non scritte cioè le consuetudini. Il fine presupposto, ma non espresso, è quello di tutelare la pace, la giustizia e il rispetto dei diritti umani.

L'art. 11 limita la sovranità nazionale per consentire alla Repubblica l'ammissione alle organizzazioni internazionali e, in primis, a quelle che promuovono la pace e la giustizia fra i popoli (questa parte fu pensata e scritta per consentire l'adesione dell'Italia alle Nazioni Unite). Principale applicazione di tale disposizione è stata successivamente la legittimazione dell'adesione italiana alla Comunità europea (oggi Unione europea).

Questa norma in generale sancisce il principio pacifista, in base al quale viene ripudiata la guerra come strumento di offesa dei popoli e come modalità per risolvere qualunque controversia, sia sul piano politico che su quello giuridico, tra gli Stati. L'unico tipo di intervento armato ammesso è la guerra per la legittima difesa che minacci l'esistenza e l'indipendenza della Repubblica.

2. L'adattamento automatico e le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute

Il primo comma dell'art. 10, esprime la volontà della Repubblica di aprirsi alla Comunità internazionale, impegnandosi a rispettare le norme internazionali non scritte, le consuetudini, cioè il comportamento uniforme tenuto dagli Stati, con la convinzione che si tratti di un comportamento giuridicamente dovuto (*opinio iuris*). Il fine presupposto, ma non espresso, è quello di tutelare la pace, la giustizia e il rispetto dei diritti umani.

Un classico esempio di consuetudine internazionale è "l'immunità diplomatica": i diplomatici di uno Stato che operano nel territorio di un altro Stato, sono soggetti alle norme giuridiche dello Stato di provenienza.

In ragione del loro fondamento nell'art. 10 della Cost. le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, vengono recepite direttamente dall'ordinamento italiano e assumono rango costituzionale. Di conseguenza se una legge italiana è in conflitto con tale norma sarà incostituzionale. Le consuetudini incontrano il solo limite dei principi fondamentali posti dalla Costituzione.

3. L'adattamento speciale e il diritto pattizio

Il trattato internazionale è un accordo, di natura negoziale, che intercorre tra due o più Stati, ed è diretto a regolare una determinata sfera di rapporti tra le parti.

La ratifica del trattato spetta al Presidente della Repubblica (art. 87 della Cost.) ed è l'atto formale che dà vigore e applicabilità alle norme contenute nel trattato. L'art. 80 della Cost. elenca i casi in cui questo atto deve essere autorizzato con una legge del Parlamento:

ART. 80 le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi.

Le modalità di adattamento speciale all'ordinamento nazionale mutano a seconda delle caratteristiche del trattato. I trattati possono essere *self executing*, quando contengono norme sufficientemente chiare, precise e incondizionate tali da poter essere applicate senza essere recepite da una fonte interna; è sufficiente il rinvio al testo del trattato (c.d. ordine di esecuzione. Spesso viene inserito nella legge di autorizzazione alla ratifica con una formula del genere "piena ed intera esecuzione è data al trattato"); i trattati non *self executing*, al contrario prevedono impegni e obblighi che lo Stato firmatario deve raggiungere, che necessitano di atti di esecuzione e di implementazione. Occorrono norme di diritto interno, nella maggioranza dei casi si tratta di fonte di primo grado ma anche di leggi costituzionali.

La legge costituzionale n. 3 del 2001 che ha modificato l'art. 117 della Cost. ha previsto che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Di conseguenza la Corte costituzionale con due sentenze (n. 348 e 349 del 2007 c.d. sentenze gemelle a proposito della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, ma che possono essere utilizzate anche per gli altri trattati internazionali), prevede che la legge italiana in conflitto con la legge di ratifica di un trattato internazionale è incostituzionale per violazione dell'art. 117 della Cost., secondo lo schema tradizionale del sindacato di costituzionalità sulle norme interposte.

4. Il trattamento giuridico dello straniero

ART. 10 (secondo comma e succ.) La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali. Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici.

L'art. 10 della Cost. secondo comma, disciplina la condizione giuridica dello straniero che si trova in Italia, il cui trattamento può essere fissato soltanto dalla legge e non può essere meno favorevole di quanto previsto dalle norme di

diritto internazionale e comunque deve rispettare i diritti fondamentali stabiliti dalla Costituzione (patrimonio non solo del cittadino ma anche dello straniero), vale a dire i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Cost.

Il d.lgs. n. 286 del 1988 ha disciplinato lo status giuridico degli stranieri, riconoscendo a quest'ultimi il godimento pressoché integrale dei diritti riconosciuti dalla Costituzione ai cittadini, con la sola esclusione dei diritti c.d. politici.

(viene quindi implicitamente abrogato l'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale, che prevede che lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti a cittadini a condizione di reciprocità, cioè solo se il cittadino italiano trovandosi nel paese di provenienza dello straniero sia ammesso a godere degli stessi diritti).

Diversa è la questione della c.d. cittadinanza europea, introdotta con il trattato di Maastricht ne 1992, che garantisce anche il diritto di elettorato, in relazione alle elezioni amministrative e alle elezioni del Parlamento Europeo.

Allo straniero è inoltre riconosciuto il diritto d'asilo, di potere cioè soggiornare nel territorio italiano per sfuggire alle persecuzioni politiche del Paese di origine e poter così esercitare liberamente nel nostro Paese i diritti e le libertà sancite dalla Costituzione e invece negate nello Stato di appartenenza.

Viene riconosciuto inoltre il divieto di estradizione per chi si è reso colpevole nel suo Paese di reati politici commessi per opporsi a un regime non democratico.

CAPITOLO V

L'UNIONE EUROPEA, LE FONTI EUROPEE E I VINCOLI ALL'ORDINAMENTO INTERNO DERIVANTI DALL'UNIONE

1. L'Unione Europea: le ragioni ideali

Scopo delle organizzazioni internazionali è di facilitare la collaborazioni tra gli Stati membri, finalizzata tra l'altro a predisporre progetti di convenzioni che gli Stati sono liberi di trasformare in norme giuridiche attraverso la ratifica. In assenza, non si può dare seguito perché la sovranità di uno Stato dissenziente non può essere prevaricata da parte degli altri Stati.

Il Trattato che unisce l'Unione Europea differisce dagli altri trattati che istituiscono organizzazioni internazionali perché prevede che per alcune materie l'organizzazione può emanare norme che hanno effetto giuridico all'interno degli Stati membri. Si realizza dunque una reale cessione di sovranità degli Stati a vantaggio dell'Unione Europea. Sono previste istituzioni proposte al controllo della corretta applicazione delle norme comunitarie negli Stati membri e procedure per l'adozione di norme non umanitarie.

In Italia già nel risorgimento era stata teorizzata da Mazzini nella Giovine Europa e da Cattaneo la realizzazione degli Stati Uniti di Europa.

Le radici dell'Unione Europea affondano nella necessità politica di una grande organizzazione europea in contrapposizione ai grandi blocchi nascenti (USA e URSS) al termine della seconda guerra mondiale.

Il 7 maggio del 1948 si tenne all'Aja, sotto la presidenza di Churchill, il Congresso d'Europa che auspicava di organizzare uno spazio europeo per garantire la pace, salvaguardare i diritti fondamentali, contrastare l'insorgere di nuovi nazionalismi. Sorsero in seguito l'OECE, attraverso la quale gli Stati europei decisero di gestire in comune gli aiuti economici americani del Piano Marshall; il Patto Atlantico (NATO), un'alleanza militare con gli Stati Uniti; il Consiglio di Europa, organizzazione internazionale che riuniva 10 Stati d'Europa occidentale che attuava delle decisioni approvate dal congresso di Europa.

2. I Trattati europei: dalla CECA alla CEE

Nell'aprile del 1951 fu firmato a Parigi il Trattato istitutivo della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (CECA) tra Francia, Germania, Italia, Belgio, Olanda e Lussemburgo. Il trattato istituiva un mercato comune carbo siderurgico e si proponeva di perseguire un'integrazione tra gli Stati membri.

Nel 1957 furono firmati il Trattato relativo all'istituzione della Comunità Europea (per la realizzazione di un'unione doganale e successivamente un'unione economica, rimandando, ma non escludendo, una successiva unione politica) e quello relativo alla Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM).

Obiettivo del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea era quello di costituire un mercato unico attraverso la garanzia della libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali (c.d. quattro libertà). A questo fine il Trattato prevedeva l'abolizione dei dazi doganali, l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali; l'instaurazione di una politica agricola comune (PAC), di una politica comune dei trasporti (PCT) e di una politica commerciale comune; l'adozione di regole per assicurare la libera concorrenza e divieto di aiuti di Stato.

I tre Trattati (CECA, CEE, EURATOM) avevano in comune delle istituzioni, e nel 1965 si arrivò alla fusione degli organi istituzionali e un solo bilancio.

3. Il Trattato di Maastricht

La creazione di un mercato costituiva il presupposto per un'unione politica e monetaria. Nel 1991 fu approvato il Trattato di Maastricht, fu apportata una revisione importante al Trattato della CEE e fu aggiunto un nuovo Trattato,

denominato Trattato sull'Unione Europea (TUE) che si fonda su tre pilastri:

- il primo era costituito dalle comunità preesistenti (CEE, CECA, EURATOM) gestito da norme comunitarie;
- il secondo dalla politica estera e dalla sicurezza comune, gestito da norme del diritto internazionale;
- il terzo dalla cooperazione di polizia giudiziaria in materia penale, gestito da norme del diritto internazionale.

Il Trattato ha introdotto anche la moneta unica e ha stabilito i parametri di convergenza delle economie e delle monete degli Stati (essendo la moneta espressione della forza economica di uno Stato, per partecipare all'Unione economica e monetaria, gli stati dovevano avere caratteristiche comuni: l'inflazione di ogni paese non doveva superare l'1,5%; i Governi dovevano essere rigorosi in ordine al deficit pubblico, il disavanzo pubblico non doveva superare il 3% del PIL e comunque lo stock del debito pubblico non doveva superare il 60% del PIL). Il 1° gennaio 1999 le monete nazionali furono sostituite con la moneta unica.

Come rafforzamento politico di questo processo di integrazione economica e monetaria, il Trattato di Maastricht istituì la cittadinanza europea, e rafforzò i poteri del Parlamento Europeo, che esercita poteri di indirizzo e di controllo e formula pareri di cui il Consiglio dei Ministri deve tenere conto.

Il nuovo Trattato si fonda sul principio di sussidiarietà secondo il quale per le materie di non esclusiva competenza comunitaria, le decisioni devono essere adottate il più vicino possibile ai cittadini (autorità locale o regionali), e soltanto laddove non sia realizzabile, possono essere adottate a livello europeo.

4. Il fallimento della Costituzione europea e il nuovo Trattato di Lisbona

Nel corso dei decenni il numero di Stati aderenti è aumentato fino a raggiungere quota 28. Si ipotizzò una riforma che avrebbe dovuto portare a un testo costituzionale, modificando ancora il Trattato: gli atti principali avrebbero dovuto chiamarsi leggi e leggi quadro europee, la rappresentanza esterna dell'Unione affidata a un ministro degli esteri, un preambolo avrebbe dovuto tratteggiare un'identità comune, la carta dei diritti fondamentali dell'Unione avrebbe dovuto essere ricompresa dentro la Costituzione europea nella sua parte seconda. Il processo di ratifica del nuovo Trattato tuttavia non si concluse per il voto contrario di Francia e Paesi Bassi in sede di referendum popolare.

Nel 2007 fu firmata a Lisbona una ulteriore revisione dei trattati che ha dato vita a un unico soggetto dotato di personalità giuridica, l'Unione Europea che succede alle Comunità Europee e si fonda a sua volta su due trattati: il Trattato sull'Unione Europea (TUE) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

5. Cenni all'organizzazione interna dell'Unione Europea

L'organizzazione interna dell'Unione Europea si fonda sul:

- Parlamento Europeo composto da rappresentanti eletti all'assemblea a suffragio diretto, esercita con il Consiglio dei Ministri la funzione normativa. Non è titolare di un potere autonomo di iniziativa legislativa, ma può chiedere alla Commissione europea di presentare progetti di atti normativa. Esercita un controllo politico nei confronti della Commissione europea attraverso mozioni, interrogazioni e inchieste;
- Consiglio Europeo composto dai capi di governo degli Stati membri, definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali (compie le scelte generali di indirizzo non normative);
- sul Consiglio dei ministri, formato dai rappresentanti dei Governi degli Stati membri. Esercita insieme al Parlamento Europeo la funzione normativa. Esercita inoltre la funzione di bilancio e prende le decisioni relative alla politica estera e alla sicurezza comune;
- sulla Commissione europea, organo indipendente, composta da 28 membri. Il Presidente è scelto a maggioranza dal Consiglio Europeo (eletto poi dal Parlamento Europeo a maggioranza). Il Consiglio Europeo d'intesa con il Presidente, individua i componenti della Commissione sulla base delle proposte degli Stati. Costituisce l'organo esecutivo che ha la funzione di vigilare sull'applicazione delle disposizioni prese dalle istituzioni. In caso di trasgressione, la Commissione invita lo Stato a presentare le sue giustificazioni; se queste non convincono, la Commissione può rivolgergli un parere motivato al quale lo Stato è obbligato a conformarsi. Se l'inadempimento continua, la Commissione può rivolgersi alla Corte di Giustizia, aprendo una procedura di infrazione che può concludersi con una sentenza di condanna nei confronti dello Stato. La Commissione è titolare altresì del potere di iniziativa normativa;
- sulla Corte di giustizia dell'Unione Europea, organo giurisdizionale decide: contro le infrazioni compiute dagli Stati (ricorsi per inadempimento); sugli atti adottati dalle istituzioni dell'Unione in violazione dei trattati (ricorsi di annullamento); sulle questioni di interpretazione dei trattati e delle altre norme comunitarie sollevate dai tribunali degli Stati membri (ricorso in via pregiudiziale). Accanto alla Corte è stato poi istituito un Tribunale, competente per azioni intraprese da persone fisiche e giuridiche che sgrava la Corte dalle questioni di minor rilievo;
- sulla Banca centrale europea che esercita le funzioni di politica monetaria; governa il tasso di sconto (cioè il costo del denaro) per assicurare la stabilità dei prezzi all'interno dell'Unione;
- sulla Corte dei Conti, assicura il controllo dei Conti attraverso l'esame delle entrate e delle spese dell'Unione.

6. Gli atti giuridici dell'Unione Europea

Il principio di attribuzione (art. 1 TUE) stabilisce che l'Unione esercita solo le competenze che gli Stati hanno attribuito ai trattati, mentre quanto non attribuito rimane agli Stati. Le competenze attribuite dal TFUE si distinguono in:

- competenze esclusive, nelle quali solo l'Unione può legiferare;

- competenze concorrenti, nella quali sia l'Unione che gli Stati possono legiferare ma quest'ultimi solo se l'Unione non lo ha fatto;
- competenze di sostegno, coordinamento o completamento delle competenze degli Stati, laddove l'Unione non ha competenze prevalente.

Queste competenze devono essere esercitate:

- secondo il principio di sussidiarietà, secondo il quale per le materie di non esclusiva competenza comunitaria, le decisioni devono essere adottate il più vicino possibile ai cittadini (autorità locale o regionali), e soltanto laddove non sia realizzabile, possono essere adottate a livello europeo;
- e secondo il principio di proporzionalità, secondo il quale l'intervento dell'Unione Europea non può andare oltre quanto strettamente necessario per il raggiungimento dell'obiettivo.

Gli atti giuridici emanati dall'Unione Europea hanno efficacia all'interno degli Stati membri, si distinguono in:

- 1) regolamenti che sono atti di portata generale, obbligatori in tutti i loro elementi. Sono direttamente applicabili, non necessitano quindi di essere recepiti da parte dello Stato membro;
- 2) direttive, vincolano lo Stato membro al raggiungimento di un determinato risultato lasciando libero lo Stato di scegliere quale strumento utilizzare. Non sono direttamente applicabili, poiché necessitano di un atto di recepimento da parte dello Stato membro. Vi sono poi le direttive dettagliate che contengono norme sufficientemente chiare, precise e incondizionate tali da poter essere applicate senza essere recepite da una fonte interna.
- 3) decisioni che non contengono norme e sono piuttosto simili ai nostri provvedimenti amministrativi;
- 4) raccomandazioni, non sono vincolanti non facendo nascere diritti od obblighi, svolgono principalmente la funzione di indirizzo.

7. L'efficacia delle norme U.E. all'interno degli Stati membri: la natura sui generis del Trattato secondo la Corte di Giustizia

Il punto di partenza per giustificare la forza del diritto europeo è la natura del Trattato comunitario nel quale sono i cittadini ad essere soggetti di diritti e di doveri di fronte alla comunità, mentre negli altri trattati internazionali la soggettività giuridica è incardinata sugli Stati.

Come sostenuto dalla Corte di Giustizia nel 1963, gli Stati hanno rinunciato in certi settori alla loro sovranità e il nuovo ordinamento riconosce come soggetti non solo gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Ne consegue che le norme comunitarie dovranno essere sia direttamente applicabili negli Stati membri, sia superiori rispetto alle fonti interne. Diversamente l'attuazione del diritto comunitario sarebbe dipendente dalla volontà degli Stati.

7.1 L'efficacia delle norme UE all'interno degli Stati membri: l'effetto diretto

Qualunque norma emanata dall'Unione Europea produce effetti giuridici diretti negli ordinamenti degli Stati membri a condizione che sia precisa e sufficientemente incondizionata e quindi può essere azionabile in sede di giudizio. Le norme ad effetto diretto sono i regolamenti comunitari e le direttive quando contengono norme precise e sufficientemente incondizionate.

7.2 L'efficacia delle norme U.E. all'interno degli Stati membri: il principio del primato del diritto europeo

Il principio del primato del diritto europeo costituisce una conseguenza implicita della natura particolare del Trattato dell'Unione e del principio dell'effetto diretto. Sarebbe infatti contraddittorio affermare che vi è stata una cessione di sovranità da parte degli Stati ad un ordinamento sovranazionale, che questo ordinamento emana norme che hanno efficacia diretta negli Stati allo scopo di assicurare i diritti comunitari agli individui; che tuttavia, e infine, queste norme sono liberamente modificabili da parte degli Stati. La Corte di Giustizia ha sviluppato il principio del primato in due fondamentali sentenze. La sentenza *Costa v. Enel* (del 1964) e la successiva, più elaborata sentenza c.d. *Simmenthal* (del 1978). Nella prima la Corte afferma che atti interni contrastanti con il diritto comunitario sarebbero inefficaci, poiché con l'adesione al Trattato si è verificata una limitazione della sovranità degli Stati nelle materie attribuite al diritto comunitario. Nella seconda la Corte esplicita che le norme comunitarie fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giudiziario. Con la conseguenza che norme interne contrastanti con il diritto comunitario sono invalide e quindi disapplicabili.

Secondo la Corte dunque ordinamento comunitario e ordinamento interno non costituirebbero due ordinamenti separati, ma il diritto comunitario costituirebbe parte integrante del diritto interno degli Stati membri (teoria monistica che sottintende l'esistenza di un unico ordinamento). Ed inoltre, e ad ulteriore conferma della tesi monistica, la norma comunitaria sarebbe gerarchicamente superiore rispetto alle norme prodotte dagli ordinamenti degli Stati membri.

Il principio di gerarchia si applica infatti in relazione a fonti di uno stesso ordinamento e non rispetto a fonti di provenienza da ordinamento distinti (rispetto alle quali si applica, invece, il diverso principio di competenza). Da ciò deriva che qualsiasi giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria in quanto invalida senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

7.3. Il cammino comunitario della Corte costituzionale italiana

La sentenza della Corte costituzionale (Corte cost. n. 14 del 1964) considera il Trattato comunitario come tutti i trattati internazionali. Conseguentemente esso ha la forza della fonte che lo recepisce (la legge) e dunque è derogabile da leggi posteriori (applicazione del principio cronologico).

Corte costituzionale che con sentenza n. 183 del 1973 modifica radicalmente il suo punto di vista e per la prima volta riconobbe la superiorità del Trattato comunitario agganciandolo alla Costituzione italiana e in particolare all'art. 11 della Costituzione, che acconsente alla limitazione di sovranità.

Tuttavia mentre per la Corte di Giustizia la superiorità del diritto dell'Unione Europea deriva dalla superiorità gerarchica delle norme comunitarie rispetto alle norme interne, conseguenza di una visione monistica del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento interno sono invece sistemi distinti, secondo la più tradizionale impostazione dualista. Sostiene infatti la corte che "il diritto dell'Unione e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenze stabilita e garantita del trattato".

Nel 1984 con una sentenza "capi-saldo" (Corte cost. n. 170 del 1984 c.d. Granital), la Corte costituzionale affermò che il contrasto tra norma comunitaria e legge italiana doveva portare alla non applicazione della legge italiana da parte del giudice, piuttosto che dalla disapplicazione. Dunque non era più necessaria la sollevazione della questione di costituzionalità per violazione - indiretta - dell'art. 11 della Cost.

La conseguenza di questa sentenza è importante: in ipotesi di contrasto tra una norma direttamente applicabile dell'Unione Europea e una legge italiana il giudice deve applicare la norma comunitaria e non applicare la legge, senza sollevare la questione di legittimità costituzionale.

7.4 La non applicazione della legge per contrasto con norme U.E.: gli effetti

La non applicazione della legge nel nostro ordinamento non consegue ad un vizio della legge, che pertanto è in sé per sé perfettamente valida. Quindi ne deriva che la legge non applicata non è annullata e conseguentemente espunta dall'ordinamento giuridico ma continua ad esistere come una sorta di fonte dissecata dalla quale potrà uscire solo quando e se il diritto comunitario si ritrarrà da quella materia, consentendo il riespandersi della norma italiana.

La non applicazione di una legge effettuata da un giudice che applica la fonte comunitaria ha quindi effetto soltanto per quel caso (inter partes) e non rispetto all'intero ordinamento (erga omnes), come avrebbe invece una decisione di annullamento conseguente alla invalidità della fonte.

La non applicazione della legge effettuata da un giudice o anche dalla pubblica amministrazione costituisce una modifica rilevante. Sino alla sentenza del 1984 della Corte costituzionale infatti, il nostro sistema era imperniato sul principio che la legge, ancorché incostituzionale, doveva sempre essere applicata sino alla dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte costituzionale. Se il giudice avesse ritenuto che una legge avesse contrastato con la Costituzione, avrebbe dovuto sospendere il giudizio e rinviare la questione alla Corte costituzionale.

La sentenza del 1984 ha cercato di salvare il modello costituzionale italiano attraverso l'artificio della non applicazione piuttosto che della disapplicazione.

Bisogna quindi prendere atto che in seguito alla adesione alla Unione Europea e al successivo evolversi di questo ordinamento anche il modello tradizionale del rapporto tra le fonti è cambiato, e per certi versi e di conseguenza è cambiata anche la forma di governo. Il Parlamento non è più l'unico organo titolare di approvare fonti di livello primario, perché l'Unione Europea può approvare fonti rispetto alle quali le fonti primarie interne devono cedere. Del pari, la Corte costituzionale non ha più l'esclusivo monopolio del giudizio sulla legge (o meglio lo ha a solo in relazione alla costituzionalità della legge), poiché tutti i giudici possono non applicare la legge quando questa contrasti con una norma direttamente applicabile emanata dall'Unione Europea.

Di recente la Corte ha recuperato la possibilità di giudicare della legittimità di una legge nei confronti del diritto comunitario, ma solo nel caso del giudizio in via di azione. Questo perché, dati i caratteri del giudizio in via principale, la non applicabilità della norma rappresenterebbe una garanzia inadeguata rispetto al soddisfacimento del dovere, fondato sull'art. 5 del Trattato di Roma e sull'art. 11 della Costituzione, di dare pieno e corretto adempimento agli obblighi comunitari (Corte cost. n. 94 del 1995). La possibilità di giudicare della legittimità costituzionale di una legge per contrasto con una norma comunitaria in sede di giudizio tra lo Stato e le Regioni non inficia, peraltro, il principio generale che la legge contrastante con il diritto comunitario non è applicabile.

Dalla espressione "non applicabili" si ricava tuttavia che la Corte costituzionale, a differenza della Corte di Giustizia, si basa ancora su di un modello dualista nei rapporti tra le fonti interne e quelle europee.

7.5 Se la norma europea contrasta con la Costituzione: la teoria dei contro limiti

La Corte costituzionale ammette il controllo di costituzionalità non sui regolamenti o sulle direttive direttamente applicabili (che in quanto fatti non sono sindacabili dalla Corte) ma sulla legge italiana di esecuzione del Trattato, così come essa è interpretata e applicata attraverso le norme del diritto derivato (regolamenti e direttive appunto).

Sostiene infatti la Corte che essa ha la possibilità di: "verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del trattato, così come essa è interpretata e applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inviolabili della persona umana (Corte cost. n. 232 del 1989).

Non ogni violazione della Costituzione da parte del diritto europeo è costituzionalmente sindacabile, ma solo quelle violazioni poste in essere nei confronti del c.d. "nucleo fondamentale" della Costituzione, cioè di quell'insieme di principi

fondamentali e diritti inviolabili che la stessa Corte ritiene non sottoponibili alla revisione costituzionale (Corte cost. n. 1146 del 1988). Si tratta della c.d. teoria dei contro limiti che ha la funzione di garantire la possibilità di un controllo di costituzionalità, per così dire di ultima istanza, rispetto ai principi fondamentali della Costituzione.

Questa teoria non è mai stata concretamente utilizzata dalla Corte costituzionale anche se è servita a sensibilizzare la Corte di Giustizia sul tema dei diritti fondamentali.

Le norme U.E. direttamente applicabili devono rispettare i principi fondamentali della Costituzione. Poiché tuttavia esse per l'ordinamento interno sono fatti e non atti, non possono essere controllati direttamente dalla Corte costituzionale. Tuttavia la Corte costituzionale ha superato questo problema ammettendo il controllo di costituzionalità non sui regolamenti o sulle direttive direttamente applicabili, ma sulla legge (italiana) di esecuzione del Trattato, così come essa è interpretata e applicata attraverso le norme del diritto derivato (regolamenti e direttive appunto).

In conclusione le leggi italiane che contrastino con i regolamenti e le direttive direttamente applicabili non possono essere applicate. Se invece una legge italiana contrasta con una direttiva non direttamente applicabile deve essere sollevata questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale per violazione indiretta dell'art. 11 della Costituzione.

7.6. Lo stato dell'arte attuale: la forza dei regolamenti e delle direttive nell'ordinamento interno

Ricapitolando, sulla base dell'attuale giurisprudenza della Corte costituzionale si possono trarre le seguenti conclusioni in relazione ai rapporti tra fonti interne e fonti comunitarie:

i regolamenti comunitari sono direttamente applicabili e non necessitano di essere recepiti nello Stato italiano da altre fonti. Se una fonte primaria italiana contrasta con un regolamento comunitario, essa non deve essere applicata né dal giudice né dalla Pubblica Amministrazione, e dunque non deve essere sollevata questione di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale può invece giudicare del contrasto tra una fonte interna e una norma comunitaria, allorché sia adita in via di azione, cioè per impugnativa dello Stato di una legge regionale o per impugnativa della Regione di una legge dello Stato.

Se la direttiva contiene norme sufficientemente precise e incondizionate, essa, sulla base del principio dell'effetto diretto, è direttamente applicabile. Una fonte primaria che contrasti con una direttiva direttamente applicabile decorso il termine per lo Stato per adempiere (estopped clause), non deve essere applicata, mentre deve essere applicata la norma precisa e incondizionata posta dalla direttiva.

Se un regolamento o una direttiva direttamente applicabile dovesse contrastare con i principi fondamentali della Costituzione o con i diritti inviolabili, la Corte costituzionale potrebbe dichiarare illegittima la legge di esecuzione del Trattato così come attuata dal regolamento o dalla direttiva.

8. La legge europea: partecipazione alla fase ascendente e discendente della normativa comunitaria

Per molto tempo l'Italia ha sottovalutato la partecipazione attiva al processo di formazione del diritto comunitario, la c.d. fase ascendente con conseguente effetti negativi nella fase discendente, cioè i processi di attuazione del diritto comunitario con ritardi nel recepimento delle direttive comunitarie, tanto da essere stato più volte condannato dalla Corte di Giustizia per inadempimento.

In anni più recenti la questione è cambiata in conseguenza a un vincolo comunitario: annesso al Trattato di Amsterdam del 1997 vi è infatti un protocollo sul ruolo dei Parlamenti nazionali che richiede che i Governi portino a conoscenza dei Parlamenti le proposte legislative della Commissione europea, e che queste non siano iscritte all'ordine del giorno del Consiglio dei ministri prima di un determinato periodo di tempo, allo scopo di consentire ai Parlamenti di votare atti di indirizzo nei confronti dei rispettivi Governi. In attuazione di questi principi sono state emanate le leggi n. 11 del 2005 e la legge n. 234 del 2012: il Governo trasmette atti e documenti ai Presidenti di Camera e Senato, che li rimette alle rispettive commissioni permanenti, che possono così esprimere un avviso di indirizzo al Governo.

Questa legge disciplina anche i procedimenti per l'attuazione del diritto comunitario. È stata prevista una legge annuale, la c.d. legge europea, che in alcuni casi recepisce direttamente le direttive comunitarie; più frequentemente costituisce una legge di delegazione per il recepimento delle direttive; più raramente costituisce legge di autorizzazione alla emanazione di regolamenti ex art. 17 della legge n. 400 del 1988. La legge europea poi abroga la normativa interna incompatibile con il diritto comunitario.

Le Camere inoltre esaminano la relazione annuale sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario. Si tratta di un atto di indirizzo politico attraverso il quale il Governo riferisce in ordine all'attività svolta, preannunciando altresì gli orientamenti che intende assumere per l'anno in corso.

9. L'Europa ed il problema della spesa pubblica

La normativa comunitaria pone vari vincoli al bilancio dello Stato e alle leggi di spesa. Di riflesso, condiziona anche le politiche sociali dello Stato, imponendo di selezionare, in presenza di risorse scarse, alcune politiche piuttosto che altre.

Le funzioni che lo Stato esercita quali la tutela dell'ordine pubblico, l'esercizio della funzione giurisdizionale o le politiche sociali (sanità, previdenza, istruzione), comportano l'utilizzazione di ingenti risorse finanziarie. Lo Stato finanzia la spesa pubblica principalmente in due modi: attraverso le entrate che derivano dalla tassazione oppure ricorrendo

all'indebitamento con l'emissione di strumenti finanziari di debito (BOT, BTP, CCT, ecc.). Quando la tecnica all'indebitamento diventa eccessiva, la stabilità finanziaria di uno Stato può essere messa in discussione. Per sottoscrivere nuovi strumenti finanziari emessi gli investitori chiederanno tassi di interesse sempre più elevati perché più elevata è la possibilità che lo Stato alla scadenza non restituisca quanto chiesto in prestito. Lo Stato non riuscirà quindi a rinnovare il debito avviandosi verso il default. Il problema della disciplina della spesa pubblica ha quindi almeno tre implicazioni che devono essere tra loro coordinate: un'implicazione costituzionale che è connessa alla forma dello Stato. Uno Stato fortemente sociale, prelude ad una spesa pubblica rilevante. La Costituzione dovrebbe prevedere vincoli stringenti per le procedure di spesa, al fine di impedire che l'indebitamento sia condizionato da ragioni opportunistiche di voto. Infatti il metodo meno costoso - politicamente - per finanziare le spese, è proprio quello di finanziarle in deficit, perché così può apparire che tutti guadagnino e che nessuno perda.

Il secondo tema riguarda invece la politica economica, occorrono politiche economiche restrittive (quando la domanda è alta ad esempio), oppure quando il ciclo economico è in contrazione può ritenersi che occorran politiche pubbliche espansive per sostenere una domanda debole. I keynesiani riterranno che la spesa pubblica è necessaria quando la domanda è debole sino a giustificare il disavanzo del bilancio (e quindi il ricorso all'indebitamento). I monetaristi della scuola di Friedman negheranno che una politica espansiva possa avere alla lunga effetto sul reddito reale.

Il terzo tema riguarda l'Unione Europea, i paesi aderenti non possono effettuare scelte di politica economica completamente autonome. Dai parametri di Maastricht, necessari per entrare nell'euro, sino ai più recenti provvedimenti, l'Europa pone vincoli di bilancio e alle leggi di spesa, al fine di garantire la stabilità della moneta unica.

9.1. La disciplina della spesa pubblica nella Costituzione: l'art. 81 nella sua formulazione originaria

In origine la spesa pubblica non costituiva un problema da contenere ma anzi era necessaria per ricostruire un'economia disastrosa dalla guerra.

Nel vecchio testo l'art. 81 disciplinava il bilancio dello Stato nell'ottica di assicurare un sostanziale equilibrio tra entrate e uscite dello Stato, prevedeva che le Camere dovevano approvare ogni anno il bilancio preventivo, con il quale venivano rappresentate le entrate e le uscite previste sulla base della legislazione vigente, e il rendiconto consuntivo presentato dal Governo. La legge di bilancio ha dunque la funzione di controllo del Parlamento rispetto al Governo. L'art. 81 inoltre stabiliva che ogni nuova legge che importasse nuove spese doveva anche indicare la corrispondente copertura finanziaria. Nella prassi fu considerata obbligatoria la copertura finanziaria per l'esercizio in corso, ma non necessariamente per gli esercizi successivi. Questa prassi fu inoltre avallata dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 1 del 1966) che sostenne che per gli esercizi successivi poteva valere la previsione di una crescita delle entrate (ad esempio crescita del gettito fiscale in conseguenza di una crescita del PIL del paese).

In secondo luogo la norma non impediva di coprire le nuove spese attraverso il ricorso all'indebitamento. Emerse così la necessità di uno strumento di politica economica che potesse riesaminare i flussi di spesa in relazione agli obiettivi di politica economica. La legge n. 468 introdusse la c.d. legge finanziaria con la funzione di individuare nuove entrate e nuove uscite.

Nonostante ciò nel corso degli anni è diventato uno degli strumenti attraverso i quali si è aggravato il debito pubblico dello Stato con conseguente aumento del costo del debito facendo divenire molto costoso e difficile il rifinanziamento del debito. Il problema non era solo italiano ma anche altri paesi c.d. periferici dell'Unione Europea (Grecia, Portogallo, Spagna) è tutto ciò minava la stabilità della moneta unica.

Sono stati dunque effettuati vari interventi di sostegno ai paesi in difficoltà:

- strumenti finanziari temporanei ai paesi in difficoltà come il Fondo Europeo di Stabilità Finanziaria e il Meccanismo Europeo di Stabilizzazione Finanziaria. Poi si è concordato l'istituzione di uno strumento permanente, il c.d. Meccanismo Europeo di Stabilità;
- un esame preventivo in sede europea dei bilanci e dei patti di stabilità dei singoli paesi;
- il Fiscal Compact, un patto tra i paesi dell'Eurozona che vincola gli Stati a perseguire il pareggio del bilancio, impegnandoli a inserire questo principio nelle proprie costituzioni e obbligandoli a intraprendere un percorso virtuoso di progressiva riduzione del debito pubblico.

9.2. Il nuovo art. 81 della Costituzione: Ulisse e le sirene

Il deficit eccessivo degli Stati, la grave crisi finanziaria che ha colpito nel 2011 i debiti pubblici dei paesi periferici dell'Unione Europea, la crisi economica, hanno determinato una notevole accelerazione nel dibattito sulla governance economica dell'Europa.

E' stato così stipulato il c.d. Patto Europlus che attua un coordinamento più stretto delle politiche economiche e impegna i paesi aderenti a recepire nella legislazione nazionale le regole di bilancio dell'UE fissate nel patto di stabilità e crescita. E' stato poi stipulato un nuovo Trattato che recepisce le novità contenute nel six-pack e introduce il Fiscal Compact sul pareggio di bilancio degli Stati e accentua i poteri di coordinamento e di controllo dell'Unione Europea sulle politiche economiche degli Stati (Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la governance dell'Unione economica e monetaria). In sintesi il Fiscal Compact entrato in vigore il 1 gennaio 2013 stabilisce che il bilancio della Pubblica Amministrazione deve essere in pareggio o in avanzo. Inoltre se il rapporto tra il debito pubblico e il PIL di un contraente supera il 60% il contraente deve operare una riduzione a un ritmo medio di un ventesimo all'anno (tagli della spesa pubblica e incremento delle imposte?). E' inoltre prevista la comunicazione ex ante al Consiglio dell'unione Europea e alla Commissione Europea di piani di emissione di strumenti di debito pubblico e l'istituzione di un organismo indipendente di sorveglianza,

responsabile a livello nazionale dei vincoli comunitari. Prevede inoltre che se uno Stato si trovi in una situazione di eccessivo disavanzo predisponga un programma con una descrizione delle riforme strutturali per correggere il disavanzo. Il programma è approvato dal Consiglio e dalla Commissione; in caso di inottemperanza al programma gli altri stati possono adire alla Corte di Giustizia che emana una sentenza vincolante.

Gli Stati che hanno ratificato il Fiscal Compact possono beneficiare del fondo salva Stati previsto dal Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità (MES).

Gli Stati contraenti sono obbligati a inserire nei propri ordinamenti questi principi. L'art. 81 della Costituzione è stato modificato attraverso la legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1 "introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale" art. 1. L'art. 2 modifica l'art. 97 della Costituzione; agli artt. 3 e 4 modifica gli artt. 117 e 119 della Costituzione; all'art. 5 definisce il contenuto della legge di bilancio.

ART. 81

Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali.

Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo.

L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale.

In sintesi l'art. 81 stabilisce:

Il principio dell'equilibrio del bilancio assume valore costituzionale. I criteri per assicurare l'equilibrio sono stabiliti con legge ordinaria approvata tuttavia a maggioranza assoluta.

Il ricorso all'indebitamento può avvenire solo al verificarsi di eventi eccezionali (recessioni economiche, crisi finanziarie, gravi calamità naturali) che devono essere precisati dalla legge rinforzata di cui al 2° comma.

In presenza di eventi eccezionali i criteri per assicurare l'equilibrio tra entrate e spese sono definiti con legge ordinaria approvata con la maggioranza assoluta di cui al 6° comma dell'art. 81

Il principio del pareggio del bilancio costituisce, nell'ottica europea, solo il punto di partenza di un tracciato virtuoso finalizzato alla diminuzione dell'indebitamento.

9.3 Il ciclo europeo di bilancio

Il ciclo di bilancio italiano è condizionato dalle regole e dai processi decisionali dell'Unione Europea. Il Consiglio UE approva le c.d. "linee guida" relative ai principali obiettivi di politica economica, indicando altresì le possibili riforme per perseguirli.

La procedura per la formazione del bilancio dello Stato richiede lo svolgimento di più fasi, che corrono lungo tutto l'anno, e si conclude con l'approvazione della legge di bilancio e della legge di stabilità entro il 31 dicembre di ogni anno. Nelle previsioni di entrata e di spesa del bilancio dello Stato, ma anche di tutte le amministrazioni pubbliche, deve essere seguito il principio della programmazione. Gli strumenti della programmazione, secondo l'articolo 7 della L. 196/2009 (legge di contabilità e finanza pubblica) sono:

il documento di economia e finanza (DEF) che il Governo deve presentare alle Camere entro il mese di aprile. Questo documento analizza l'andamento dell'economia e dei conti pubblici, contiene la proposta di aggiornamento del programma di stabilità (che contiene gli obiettivi di finanza pubblica da perseguire nei successivi tre anni), propone l'aggiornamento del programma nazionale di riforma (che contiene le riforme necessarie per il raggiungimento degli obiettivi). Si tratta di uno strumento di programmazione economica che dovrà essere implementato da leggi ordinarie. Infatti, in allegato al documento vi sono poi i c.d. disegni di legge (il disegno di legge di stabilità; il disegno di legge del bilancio dello Stato; il disegno di legge di assestamento del bilancio annuale; i disegni di legge collegati alla manovra di finanza pubblica) collegati alla manovra, che servono per modificare l'ordinamento vigente rispetto agli obiettivi prefissati dal DEF. Questo documento è poi inviato a Bruxelles e pronunciarsi entro il 31 luglio

il rendiconto generale dello Stato che il Governo presenta alle Camere entro il 30 giugno, suddiviso in conto consuntivo del bilancio relativo all'anno precedente e conto generale del patrimonio, che non costituisce uno strumento della programmazione secondo la definizione dell'articolo 7 L. 196/2009, ma rientra comunque nel ciclo del bilancio. In quest'ultimo vi rientra altresì la Relazione generale sulla situazione economica del Paese che il

Ministro dell'economia presenta alle Camere entro il mese di aprile.

A questo punto il Governo ha già ottenuto eventuali indicazioni sul DEF da parte dell'UE, e quindi su queste basi, entro il 20 settembre, presenta la nota di aggiornamento del documento di economia e finanza, che recepisce le indicazioni dell'UE.

Entro il 15 ottobre il Governo deve presentare sia il disegno di legge di bilancio che il disegno di legge di stabilità (la vecchia legge finanziaria). La legge di stabilità quindi deve contenere aumenti o riduzioni di tasse, modifiche di leggi di spesa per eventualmente ridurre l'onere. Si tratta in sostanza di interventi sulle aliquote senza modificare il quadro complessivo.

Prospettive di riforma:

L'autorizzazione al ricorso all'indebitamento così come l'approvazione del bilancio dello Stato e il rendiconto consuntivo presentato dal Governo competerebbe alla sola Camera dei deputati (esclusa quindi il Senato).

PARTE III L'ORGANIZZAZIONE DELLO STATO

CAPITOLO I FORME DI STATO E FORME DI GOVERNO

Forme di Stato e forme di Governo: prime definizioni

Il diritto disciplina tre grandi aree:

- le relazioni di natura verticale tra autorità e individui (diritto penale)
- le relazioni di natura orizzontale tra privati (diritto privato)
- le relazioni tra pubblici poteri e privati (diritto pubblico)

Ripartizione del diritto sempre meno netta: nell'ambito del diritto penale vi sono materie che afferiscono al diritto pubblico (es. tema delle garanzie dei diritti); nell'ambito del diritto privato vi sono parti del diritto pubblico; il progressivo alleggerimento delle funzioni dello Stato, ha spostato compiti e funzioni un tempo di pertinenza del diritto pubblico a soggetti privati.

La forma di Stato indica il rapporto che intercorre tra chi detiene il potere (poteri pubblici) e coloro che ne sono assoggettati (privati) e quindi il rapporto che si realizza tra autorità e libertà. Tale rapporto è profondamente condizionato dal contesto storico, da fattori economici, culturali, politici che incidono sulle strutture e sull'organizzazione dello Stato. Si distinguerà allora lo Stato feudale, lo Stato assoluto, lo Stato liberale, Stato sociale, ecc. Le forme di Stato vengono quindi classificate sulla base delle relazioni di natura verticale.

La forma di Governo indica la modalità di articolazione delle funzioni politiche tra i diversi organi costituzionali dello Stato e, in particolari, i rapporti tra potere esecutivo e potere legislativo, i differenti sistemi di elezione e i criteri di legittimità e rappresentanza che assumono in ambito democratico. Si distinguerà allora il Governo parlamentare, presidenziale, semi-presidenziale e direttoriale. Le forme di Governo vengono quindi classificate sulla base delle relazioni di natura orizzontale.

L'ordinamento feudale: la sovranità basata sul diritto privato

Nell'ordinamento feudale la sovranità non deriva da un rapporto di tipo pubblicistico ma da rapporti di natura privata. Questa forma di Stato costituisce pertanto il presupposto per l'evoluzione in altre forme di Stato piuttosto che una forma di Stato essa stessa.

L'ordinamento feudale, insediatosi dopo la caduta dell'Impero romano d'Occidente (476 d.C.) non può essere, infatti, considerato una vera e propria forma di Stato in quanto in esso il potere di governo era disperso fra il monarca e il suo apparato, da una parte, i signori feudali, gli ordinamenti comunali, le corporazioni e le comunità contadine, dall'altra.

Lo Stato assoluto: la sovranità unica e indivisibile

A partire dal XV secolo, le guerre e i conflitti religiosi interni impongono ai sovrani d'Europa di ristrutturare l'impianto istituzionale e amministrativo dello Stato. Lo Stato assoluto rappresenta, appunto, il risultato del perfezionamento delle strutture delle monarchie nazionali sorte in Francia, Inghilterra e Spagna in quel periodo, allorché i regnanti, per la necessità di regolamentare una società dilaniata da infiniti contrasti particolari, si trovano nell'esigenza di disporre di apparati amministrativi efficienti (monarchia amministrativa) e di eserciti e diplomazie permanenti.

Lo Stato assoluto si caratterizza per l'assenza di divisione dei poteri, tutti riconducibili alla persona del Sovrano. Questi, nella cui persona si incarna lo Stato stesso (si attribuisce al Luigi XIV l'espressione "l'Etat c'est moi"), ha poteri illimitati ed è libero da qualunque vincolo legislativo (*legibus solutus*), ponendosi al di sopra del diritto in qualità di fiduciario di Dio in terra.

Non esiste ancora un sistema di tutela dei sudditi, né si può parlare di diritti, ma solo di pretese spettanti a chi dispone di titoli di proprietà.

La società civile è rigidamente frazionata in ceti, ai quali si appartiene per diritto di nascita, dal momento che la mobilità sociale è molto limitata.

Il monarca resa comunque dipendente dal ceto nobiliare, di cui è espressione e dal quale drena le risorse necessarie a sostenere le sue ingenti spese, riconoscendo in cambio privilegi e forme di autonomia. Anche quando lo scontro fra monarchia e ceti sembrò volgere definitivamente a favore della prima, l'assolutismo fu sempre un principio cui ispirarsi piuttosto che una realtà compiuta.

Lo Stato assoluto, nel tardo settecento, si trasformò poi nello Stato di polizia, orientato ad accrescere il benessere dei sudditi attraverso una compiuta direzione e regolamentazione delle attività sociali. Sono riconosciuti alcuni diritti ai cittadini quali principalmente il diritto a contestare le imposizioni tributarie.

Lo Stato liberale: il principio di separazione dei poteri

Dopo la rivoluzione francese, che aveva travolto lo Stato assoluto "l'ancien régime", e dopo l'esperienza napoleonica, in Europa tornano le monarchie e nacquero, a cavallo dell'ottocento, forme di Stato, definite liberali. La borghesia che della rivoluzione era stata il motore e che nel corso degli anni si era progressivamente rafforzata aveva necessità di garanzie su alcuni diritti e su alcune libertà economiche, come il tutela al diritto di proprietà, e non era più disponibile a concedere un potere assoluto al sovrano.

Le carte costituzionali ottocentesche nacquero quindi come accordi attraverso i quali il Sovrano limitava alcuni suoi poteri a vantaggio della borghesia.

Gli Stati liberali si fondano su alcuni presupposti:

- una base sociale omogenea rappresentata dalla borghesia;

- il principio rappresentativo. La classe borghese per difendere i propri interessi doveva poter essere rappresentata in Parlamento;

- la separazione dei poteri, teorizzata da Montesquieu e prima da Locke, postula che, a garanzia delle libertà, i poteri dello Stato siano divisi in relazione alle funzioni svolte, in potere legislativo, esecutivo e giudiziario. I poteri non solo devono essere divisi ma devono anche bilanciarsi e controllarsi reciprocamente;

- la soggezione dei pubblici poteri alla supremazia della legge, lo Stato di diritto: gli atti della pubblica amministrazione non devono violare la legge (pena la dichiarazione di invalidità) e sulla base di una previa norma attributiva del potere: principio di legalità;

- il riconoscimento delle libertà individuali, nell'ambito delle quali venivano annoverate l'iniziativa economica e il diritto di proprietà.

La crisi dello Stato liberale tra le due guerre: l'avvento degli Stati totalitari

Il modello dello Stato liberale iniziò a mutare intorno al primo decennio del 1900 quando i ceti operai e proletari si affacciarono sulla scena politica attraverso i grandi partiti di massa, che avevano posizioni conflittuali rispetto ai modelli liberali borghesi, che volevano strappare garanzie sul lavoro e alcuni elementari diritti sociali. Conflittualità sociale che si trasferì all'interno del Parlamento quando si giunse al suffragio universale (in Italia nel 1912 sia pure solo maschile). Negli Stati europei dove c'era un minore livello di conflittualità consentì una transizione dal sistema liberale al modello democratico pluralistico senza scosse rilevanti. In altri paesi invece la conflittualità sociale e l'incapacità della borghesia di modificare il quadro istituzionale aprì la strada agli Stati totalitari.

In Germania la Costituzione di Weimar del 1919 garantiva i diritti sociali (diritto all'abitazione, all'istruzione, al lavoro) e norme finalizzate a diminuire le disuguaglianze sociali. Ma a seguito della grande crisi del 1929 la coalizione di Weimar che allora governava perse il consenso a favore dei partiti che contestavano le istituzioni democratiche rappresentative e aprì in seguito la strada al nazionalsocialismo di Hitler.

Per certi versi un analogo percorso ci fu in Italia, dove la classe borghese non riuscì a contenere le spinte innovatrici dei nuovi partiti e aprì la strada al fascismo.

Nazionalsocialismo e fascismo sono modelli di Stato totalitari che si fondano su alcuni presupposti:

- il ruolo centrale del partito unico di massa che esclude la possibilità di un'opposizione;

- la concentrazione dei poteri nella figura del Capo del partito che è anche capo del Governo e sul Governo sono accentrate tutte le funzioni dello Stato;

l'interesse supremo dello Stato giustifica la soppressione delle libertà fondamentali e degli istituti dello Stato liberale (elezioni, separazione dei poteri, principio di legalità, autonomie locali).

Lo Stato costituzionale a matrice sociale: pluralismo e crisi della sovranità

Gli Stati costituzionali a matrice sociale che si realizzano nel dopoguerra sono finalizzati a rimuovere le disuguaglianze tra cittadini che impediscono il godimento di diritti civili e politici. Sono il risultato dei modelli preesistenti di Stato liberale (principio di separazione dei poteri, principio rappresentativo, il principio che la legge costituisce uno degli strumenti principali di garanzia dei diritti, l'esistenza di libertà fondamentali basate sul non intervento dello Stato - libertà negative -) al quale si aggiungono libertà positive caratterizzate cioè da poteri di intervento dello Stato per potere garantire il diritto alla salute, il diritto al lavoro, il diritto alla assistenza sociale, ecc.

Le Costituzioni contengono garanzie nei confronti della legge a tutela delle minoranze e dei diritti sanciti in Costituzione facendo nascere quindi istituti come le Corti costituzionali.

Inoltre segnano il superamento della nozione storica di sovranità come categoria fondante il potere pubblico, poiché nessun soggetto dispone a titolo esclusivo del potere sovrano poiché tutti, a vario titolo, vi concorrono secondo le competenze segnate dalla Costituzione.

La distinzione tra le forme di Stato basata sul grado di decentramento dello Stato: rinvio

Le forme di Stato possono essere distinte in relazione alla struttura, accentrata o decentrata dell'organizzazione del potere.

Criteri e metodi per la classificazione delle forme di Governo

Le forme di Governo sono definite in relazione alle modalità di distribuzione del potere tra gli organi costituzionali. Tuttavia la modalità di distribuzione del potere è condizionata dal sistema dei partiti, dalle regole elettorali, dal sistema delle convenzioni costituzionali che definiscono e precisano le relazioni tra gli organi costituzionali. L'analisi di tutti questi elementi è necessaria per valutare le caratteristiche di una determinata forma di Governo.

I presupposti condizionanti: separazione dei poteri e checks and balances

Il primo presupposto condizionante la forma di Governo è dato dal modo in cui è accolto il principio di separazione dei poteri. Il principio di separazione dei poteri è adottato da tutte le forme di Governo contemporaneo in maniera tuttavia più o meno rigida.

Il potere legislativo, che si sostanzia nel potere di approvare le leggi, il potere esecutivo, che consiste nell'attuare queste leggi, il potere giudiziario che consiste, a sua volta, nell'applicare le leggi ad una fattispecie concreta in pendenza di una lite.

Il potere è definito come un insieme di organi che esercita una funzione. Il principio di separazione dei poteri costituisce un importante strumento di garanzia, perché tende ad impedire ad un tempo l'accentramento eccessivo di funzioni in un solo organo, e a favorire al contrario il controllo reciproco tra gli organi costituzionali (c.d. checks and balances).

Negli Stati Uniti questo principio conosce la sua espressione più rigida: il Presidente e il Congresso sono eletti direttamente dal corpo elettorale ma in momenti diversi; il Congresso non può costringere alle dimissioni il Presidente con un voto di sfiducia e il Presidente non può sciogliere il Congresso. Il Presidente ha invece poteri di controllo sull'operato del Congresso (ad esempio attraverso il veto sulle leggi) mentre il Congresso a sua volta ha poteri di controllo nei confronti del Presidente e del Governo (ad esempio attraverso le commissioni di inchiesta parlamentari) secondo la logica di bilanciamenti e controlli reciproci.

In Europa il principio di separazione dei poteri ha avuto un'applicazione meno rigida; nella forma di Governo parlamentare gli organi si legano tra loro in una sorta di processo circolare: il popolo elegge il Parlamento, il Parlamento elegge il Presidente della Repubblica, il Presidente della Repubblica elegge il Presidente del Consiglio e il Governo, il Governo e il Parlamento sono legati da un rapporto di fiducia.

i presupposti condizionanti: sistema dei partiti e sistemi elettorali

Il secondo presupposto condizionante è dato dal sistema dei partiti e dai sistemi elettorali. Si distingue tra sistemi a multipartitismo estremo, multipartitismo moderato e sistemi bipartitici,

Le società fortemente disomogenee e frammentate negli interessi tendono ad esprimere un numero elevato di partiti politici, con presenza anche di partiti collocati alle ali estreme. Questi sistemi sono definiti a multipartitismo estremo.

Al contrario, società omogenee con base sociale non troppo frammentata, tendono ad esprimere un numero più ridotto di partiti, senza la presenza di ali estreme. Questo sistema è definito a multipartitismo moderato (come nel caso francese o tedesco) o addirittura bipartitico, come nel caso americano, dove vi sono repubblicani e democratici, o inglese, dove si contendono la leadership conservatori e laburisti (quest'ultimo è definito bipartitico anche se vi è sempre un terzo partito che tuttavia in virtù del sistema elettorale maggioritario, non ha normalmente possibilità di governare).

Nei sistemi bipartitici il leader che vince le elezioni assume la carica di capo del Governo (Primo Ministro o Capo dello Stato a seconda della forma di Governo) e si impegna a portare avanti il programma politico. Il partito che non vince le

elezioni costituisce l'opposizione; il sistema elettorale è sempre maggioritario.

Nei sistemi di multipartitismo moderato, i modelli tendono a trasformarsi in bipolari, il leader della coalizione che vince la competizione elettorale diviene il capo del Governo e si impegna a portare avanti il programma con la sua maggioranza parlamentare di coalizione. La coalizione che ha perso le elezioni costituisce l'opposizione. Nel modello bipolare, la stabilità deriva dall'entità della coesione alla coalizione. I sistemi elettorali non sono mai puri - maggioritario puro o proporzionale puro - cercano di mediare tra esigenze di rappresentatività ed esigenze di stabilità.

Nei sistemi basati sul multipartitismo estremo occorre creare una coalizione al centro eliminando le possibilità di governo alle ali. In questi casi ogni partito si presenta alle elezioni ma senza una coalizione predefinita. La coalizione verrà formata dopo, in base ai risultati ottenuti intorno a un programma stilato successivamente alle elezioni. In questo modello la tenuta della coalizione è a notevole rischio, poiché non esiste un patto preventivo tra le forze politiche consacrato dal voto elettorale. Inoltre i programmi del Governo sono spesso ambigui e compromissori dato che ciascun partito che farà parte della coalizione tenderà a ricattare gli altri minacciando il non ingresso o il ritiro dalla coalizione se non verranno portati avanti i punti del proprio programma politico. Inoltre, se anche dopo le elezioni è possibile formare una maggioranza, non c'è mai un'opposizione unitaria. Vi sono i partiti di opposizione sia di destra che di sinistra, che spesso hanno visioni tra loro antitetiche e che sono i partiti rimasti fuori dalla coalizione. Strutture politiche di questo genere si basano su sistemi elettorali di tipo proporzionale.

I sistemi elettorali sono costituiti dall'insieme di regole adottate in una democrazia rappresentativa per trasformare le preferenze o voti espressi dagli elettori durante le elezioni in seggi da assegnare all'interno del Parlamento: Si distinguono in sistemi maggioritari e quelli proporzionali, con possibilità di varie ibridazioni degli uni e degli altri.

I sistemi maggioritari consentono di accedere al Parlamento solo a quelle forze politiche che hanno ottenuto più voti nei collegi e impediscono la rappresentanza della minoranza.

Si basano sul collegio uninominale, circoscrizioni nelle quali viene eletto un solo candidato. Caratteristica dei sistemi uninominali è quella di suddividere il territorio in tanti collegi quanti sono i seggi da coprire, esprimendo un unico candidato per partito.

Si differenziano tra di loro per il diverso criterio con cui viene definita la maggioranza.

Nel sistema a turno unico (Regno Unito e negli Stati Uniti) viene eletto il candidato con la maggioranza relativa.

È tipico di un sistema politico bipartitico. Non è pensabile l'applicazione del sistema maggioritario in un sistema politico a multipartitismo moderato o estremo perché eliminerebbe dalla rappresentanza parlamentare la gran parte delle forze politiche risultando quindi antidemocratico.

Nel sistema a doppio turno (Francia) per vincere è necessaria la maggioranza assoluta, altrimenti si ricorre a una nuova votazione fra i candidati che hanno superato la soglia di sbarramento. Al secondo turno vince il candidato che ottiene più voti (la maggioranza relativa). Questo sistema aggrega le forze politiche in vista del secondo turno solo sui due candidati sui quali convergono quindi i voti dei partiti che non hanno chances di vittoria. È tipico dei sistemi politici multipartitici, perché non elimina la rappresentanza ma obbliga le forze politiche ad avvicinarsi.

Nel sistema proporzionale ciascun partito si assicura un numero di seggi in Parlamento in rapportato alla sua forza politica e alla distribuzione effettiva degli elettori su tutto il territorio nazionale. Consentono inoltre un'adeguata rappresentanza delle forze politiche minoritarie che, invece, i sistemi maggioritari tendono a penalizzare.

I seggi in palio sono distribuiti in una prima fase, a seconda della percentuale di voti, alle liste che abbiano raggiunto il c.d. quoziente elettorale (cioè un numero minimo di voti). I seggi verranno quindi ripartiti tra le liste in relazione ai voti, e una volta attribuiti i seggi, si passerà a verificare quali sono i candidati eletti di ciascuna lista. Si possono avere due opzioni: se la legge elettorale prevede il meccanismo delle preferenze saranno eletti i candidati con il numero più elevato di preferenze. Se invece non è prevista la possibilità della preferenza (c.d. lista bloccata), i seggi sono attribuiti seguendo l'ordine dei candidati nella lista. Questi modelli vengono utilizzati nei sistemi politici a multipartitismo (estremo o moderato).

Tuttavia il sistema proporzionale non consentiva alle forze politiche di aggregarsi; questa tendenza del proporzionale può essere corretta con clausole di sbarramento o premi di maggioranza.

Le clausole di sbarramento hanno la funzione di limitare l'accesso al Parlamento a quelle forze politiche che hanno una rappresentanza significativa a livello nazionale, con la conseguenza di eliminare i partiti più piccoli (ad esempio in Germania esiste una soglia di sbarramento al 5%). Elimina un'eccessiva frammentazione politica costringendo i partiti minori ad aggregarsi.

Il premio di maggioranza consiste nell'attribuire un certo numero di seggi in premio alla coalizione che superi una certa percentuale di voti. Stabilizza sistemi fortemente divisi, nei quali si presume che nessuna coalizione riesca a risultare nettamente vincitrice in una competizione elettorale. Per contro, premi eccessivi rischiano di snaturare il meccanismo della rappresentanza, poiché il numero dei seggi non corrisponde alla reale forza elettorale della coalizione.

La forma di Governo parlamentare: i tratti comuni

Necessità di tre organi posti al vertice dello Stato: il Parlamento, il Governo, composto da ministri con a capo il Presidente del Consiglio dei ministri, e il Presidente della Repubblica.

Si tratta della forma di governo adottata dalla maggioranza degli Stati contemporanei, caratterizzata dal fatto che il Governo formula un indirizzo politico che si impegna a seguire e di cui è responsabile solo dinanzi al Parlamento il quale, a sua volta, può in ogni momento revocarlo, togliendogli la c.d. fiducia che forza il Governo a dimettersi.

Nella forma di Governo parlamentare classica - definita monistica - il capo dello Stato in genere gode di limitati poteri e non partecipa alla determinazione dell'indirizzo politico. Le funzioni attribuite al capo dello Stato sono di pura rappresentanza e organo di equilibrio volto a garantire la continuità democratica e l'osservanza della Costituzione. Il potere di scioglimento anticipato delle Camere (nell'ipotesi di crisi fiduciaria tra Governo e Parlamento) è fortemente condizionato dalla volontà del Governo e del Parlamento. Formale è anche il potere di nomina del Governo (ciò non toglie che i poteri esercitati dal Presidente, possono espandersi in presenza di determinate circostanze come ad es. sistema politico frammentato, legge elettorale proporzionale, crisi politiche e istituzionali)

Nelle forme parlamentari dualistiche invece la funzione di indirizzo politico è distribuita tra Governo, Parlamento e Presidente della Repubblica, il quale può influire sull'indirizzo politico attraverso il potere di nomina e di revoca dei ministri e di scioglimento anticipato delle Camere.

La principale caratteristica è dunque la comunicazione tra la funzione legislativa e quella esecutiva: tra i due organi che la esercitano si instaurano complessi rapporti caratterizzata da una serie di pesi e contrappesi (il c.d. balance of power) per cui il Governo, titolare della funzione esecutiva, è sottoposto al controllo del Parlamento, unico organo eletto direttamente dal corpo elettorale.

Caratteristiche della forma di governo parlamentare:

la condivisione del potere di indirizzo politico tra l'esecutivo e il legislativo;

un solo organo direttamente rappresentativo della volontà popolare, il Parlamento;

l'esistenza di una responsabilità politica del Governo nei confronti del Parlamento, che si esprime attraverso l'istituto della fiducia, quell'istituto attraverso il quale la maggioranza dei membri del Parlamento prende atto del programma politico presentato dal Governo e garantisce a quest'ultimo il proprio sostegno per l'approvazione degli atti legislativi necessari per la sua realizzazione. Qualunque governo che non potesse contare sull'appoggio della maggioranza parlamentare, difficilmente potrebbe realizzare il proprio programma politico. Il Governo, quindi, deve rendere conto al Parlamento del suo operato e quest'ultimo può esprimere la sua disapprovazione con il voto di sfiducia, costringendo il Governo alle dimissioni.

1. la forma di Governo parlamentare a preminenza dell'esecutivo

Questo modello tende a realizzarsi in maniera forte nelle forme di Governo basate su un sistema politico di tipo bipartitico, e in maniera più debole dove il sistema politico conduca invece a un sistema organizzativo di tipo bipolare.

Nei sistemi bipartitici il premier è il leader del partito che ha vinto le elezioni che viene nominato dal capo dello Stato, vincolato alla scelta degli elettori.

Il primo ministro assume sia la carica di capo dell'esecutivo che quella di capo di partito di maggioranza in seno all'assemblea parlamentare, e può quindi facilmente controllare l'attività del Parlamento assicurandosi che sia in linea con il programma del Governo. E' questo il caso dell'ordinamento britannico, dove la prevalenza dell'esecutivo è garantita dalla sua omogeneità politica con il partito che detiene la maggioranza parlamentare (nella camera dei comuni di sono i deputati semplici, denominati membri privati che non hanno cariche e sono tenuti a una rigida disciplina di partito, garantita da altri deputati whips i quali dipendono a loro volta da un chief whip. Il sistema ha lo scopo di garantire la presenza dei deputati alle sedute e di garantire la disciplina di partito). Inoltre il Governo assume un ruolo determinante anche nella determinazione dell'ordine del giorno dei lavori della Camera, questione importante per portare avanti il proprio indirizzo politico, funzione esercitata dal ministro della Camera dei Comuni. In questo modo il Governo avrà la possibilità di contare su tempi ragionevolmente certi per l'approvazione di disegni di legge (l'iniziativa individuale del singolo parlamentare in questo modello non ha ragione di esistere - il regolamento infatti concede solo un'ora il venerdì alla discussione di disegni di legge di iniziativa parlamentare).

Il potere di scioglimento delle Camere diviene tendenzialmente un potere governativo per tenere a freno la propria maggioranza.

Non bisogna pensare a uno svuotamento del ruolo e delle funzioni del parlamento che svolge una funzione di controllo sull'operato del Governo. L'opposizione infatti garantisce l'alternanza senza la quale la garanzia del sistema verrebbe meno. Nel Regno Unito la forza politica che perso le elezioni costituisce uno shadow cabinet (governo ombra) che propone soluzioni alternative a quelle proposte dalla maggioranza.

Nel sistema bipolare poiché le coalizioni sono formate da più partiti comporta una maggiore mediazione in sede parlamentare. Anche in questo caso il premier è il leader della coalizione che ha vinto le elezioni e quindi anche in questo caso la nomina del premier da parte del Presidente della Repubblica è un potere vincolato. Tuttavia il premier è meno forte dovendo mediare con le forze dei partiti della coalizione in relazione al loro peso elettorale per la nomina dei ministri, così come il programma di Governo. Anche nei rapporti con il Parlamento il Governo è meno forte che deve mediare con i partiti per avere la maggioranza parlamentare. I regolamenti parlamentari cercano di rafforzare i poteri del Governo in Parlamento: es. regole per l'ordine del giorno dei lavori determinando corsie preferenziali per atti normativi importanti.

11.2 la forma di Governo parlamentare a preminenza dell'assemblea

Si realizza in presenza di sistemi a multipartitismo estremo e in costanza di un sistema elettorale di tipo proporzionale. Il modello del voto non consente di individuare né il Presidente del Consiglio né la maggioranza di Governo, nessuno dei partiti con rappresentanza parlamentare ha la maggioranza necessaria per formare da solo il Governo. La coalizione verrà formata quindi dopo il voto, il programma sarà frutto di un compromesso. Il sistema basato sul proporzionale di fatto attribuisce un potere molto elevato rispetto alla propria rappresentanza a quei partiti che sono necessari per tenere in vita la coalizione. In questo contesto il potere del Presidente della Repubblica di nominare il Presidente del Consiglio assume connotati caratterizzati da ampia discrezionalità. In questi sistemi caratterizzati da multipartitismo estremo i partiti della coalizione tengono sotto pressione il Governo, alleandosi se del caso anche con forze di opposizione per spostare l'indirizzo politico sul Parlamento e ottenere quindi una maggioranza parlamentare.

In questo sistema l'opposizione tende spesso a candidarsi a una sorta di cogoverno, costringendo la maggioranza a rilevanti compromessi. Sono così frequenti le crisi di Governo così come le modifiche alle compagini governative (sostituzioni dei ministri per accontentare le forze politiche).

12. La forma di Governo presidenziale

Con il termine presidenzialismo si indica una forma di governo dualistica in cui il principio della separazione dei poteri è applicato in maniera rigida ed è accentuata la distinzione tra legislativo ed esecutivo. Il Presidente della Repubblica è contemporaneamente Capo dello Stato e Capo del Governo ed è eletto direttamente dal popolo (negli Stati Uniti in ogni Stato sono eletti - direttamente - i c.d. elettori presidenziali, che poi, riuniti in un apposito organo (l'Electoral College) voteranno il Presidente. Elezione comunque formale perché precedentemente i due partiti hanno già individuato i candidati alla presidenza).

L'esempio classico di presidenzialismo è quello degli Stati Uniti d'America, il Presidente assume un ruolo preponderante rispetto a tutti gli altri organi e riunisce nella sua persona sia la carica di Capo dello Stato sia quella di Capo dell'esecutivo. Nella sua funzione di Capo dello Stato, rappresenta la federazione, riceve e accredita i rappresentanti diplomatici, è posto al vertice delle forze armate, nomina i funzionari federali, può concedere la grazia.

Nella sua funzione di Capo dell'esecutivo, nomina e revoca i ministri (chiamati Segretari di Stato) che rispondono solo a lui, ha alle sue dipendenze l'amministrazione dello Stato federale (si parla di organizzazione politica reggente con l'appellativo di amministrazione Bush, amministrazione Obama, ecc.).

Il potere legislativo federale è attribuito al Congresso, l'organo parlamentare di natura bicamerale composto da Senato (formato da rappresentanti degli Stati membri) che dura in carica 6 anni, e dalla Camera dei rappresentanti formata invece su base nazionale. Il Congresso inoltre approva il bilancio annuale, può costituire speciali commissioni dette "investigating committees" con funzioni di controllare l'attività dell'esecutivo e di effettuare una stringente supervisione della gestione della cosa pubblica, e approva le nomine presidenziali ad alcune altre cariche dello Stato (es. i giudici della Corte Suprema).

Per temperare e controllare tutto questo accentramento di potere, la Costituzione fissa alcune regole sulla durata in carica degli organi e di meccanismi di controllo reciproco (checks and balance):

- la durata del mandato del Presidente è di 4 anni, con possibilità di rieleggibilità solo per una volta, al fine di garantire l'alternanza;
- rinnovo parziale ogni due anni (in un terzo dei suoi membri) del Senato e rinnovo ogni due anni della Camera dei rappresentanti al fine di evitare che la stessa maggioranza che ha eletto il Presidente sia anche la maggioranza nel Congresso.

Non vi è un rapporto di fiducia tra Presidente e Congresso e d'altronde il Presidente non ha il potere di scioglimento del Congresso. Tuttavia il Presidente sa che per portare avanti il proprio indirizzo politico deve avere l'appoggio del Congresso. Se la maggioranza del Congresso è l'opposizione, può condizionare l'indirizzo politico del Presidente.

13. La forma di Governo semipresidenziale e la forma di Governo direttoriale

La forma di Governo semipresidenziale (il cui esempio classico è dato dalla Francia attuale) è caratterizzata da un doppio rapporto di fiducia che lega il Governo tanto al Presidente della Repubblica quanto al Parlamento del quale deve comunque ottenere la fiducia.

Il presidente della Repubblica è eletto direttamente dal popolo e gli sono attribuiti rilevanti poteri nella determinazione dell'indirizzo politico, è a capo dell'esecutivo nei confronti del quale esercita anche funzioni di controllo. Nomina il Presidente del Consiglio (al quale compete la direzione dell'azione di governo) e, su proposta di questi, nomina e revoca i ministri.

Inoltre esercita poteri d'indirizzo e di controllo nei confronti dell'Assemblea nazionale (una delle Camere del Parlamento), poiché oltre a il potere di scioglimento può sottoporre a referendum ogni progetto di legge sull'organizzazione dei pubblici poteri e può sottoporre al Consiglio costituzionale una legge prima della sua promulgazione affinché ne venga controllata la legittimità costituzionale.

La forma di Governo direttoriale (adottata solamente nella confederazione svizzera) si caratterizza invece per la elezione del Governo da parte del Parlamento per un periodo di tempo determinato. Il Governo svolge ad un tempo funzioni di Governo e di Capo dello Stato. Questa singolarità si spiega in relazione alle caratteristiche etniche, linguistiche e religiose della Svizzera. Da ciò deriva la necessità che Governo e Capo dello Stato abbiano una struttura collegiale dove siano rappresentate le diverse componenti di quella società.

CAPITOLO II

IL PARLAMENTO

1. La forma di Governo parlamentare italiana: uno sguardo complessivo

La Costituzione colloca al centro della vita politica del Paese il Parlamento, unico organo eletto direttamente dal popolo a livello nazionale.

Scegliendo la forma di governo parlamentare, i Costituenti hanno affidato al raccordo Governo-Parlamento la gestione politica dello Stato, moderata dalla presenza del Presidente della Repubblica in veste di organo di equilibrio del sistema, imparziale e super partes rispetto alla determinazione dell'indirizzo politico e una Corte costituzionale che svolge la funzione di controllare la legittimità costituzionale delle leggi rispetto alla Costituzione.

Questa forma di Governo doveva essere resa più stabile attraverso meccanismi di rafforzamento dell'esecutivo che invece non sono stati introdotti in Costituzione (questione affrontata nel famoso ordine del giorno Perassi).

Secondo quanto previsto dalla Costituzione, al Parlamento spetta la determinazione dell'indirizzo politico che lo Stato deve seguire ed esercita un controllo politico sull'operato del Governo attraverso l'istituto della fiducia. Infatti il Governo per poter restare in carica, deve ottenere l'appoggio della maggioranza dei parlamentari sulle scelte politiche sul programma; spetta inoltre la manovra di bilancio e partecipa al potere estero (art. 80).

2. Il principio del bicameralismo paritario

ART. 55

Il Parlamento si compone della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Il Parlamento si riunisce in seduta comune dei membri delle due Camere nei soli casi stabiliti dalla Costituzione.

L'art. 55 delinea la struttura bicamerale del Parlamento che è un istituto formato da due Camere, la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica: si tratta di un bicameralismo perfetto, perché entrambe le Camere hanno gli stessi poteri e le stesse competenze.

Le ragioni di un modello bicamerale risalgono agli antichi parlamenti inglesi che all'esistente Camera dei Lords, istituirono anche la Camera dei comuni per dare voce a quei gruppi sociali che non erano rappresentati.

Questa idea della rappresentanza di interessi diversi ha sempre guidato le scelte verso strutture bicamerali. Negli Stati Uniti, il bicameralismo costituisce una necessità per poter rappresentare una Camera gli Stati membri, e in un'altra Camera i cittadini dello Stato.

In Germania dove vi è un elevato decentramento, una Camera (il Bundersrat) è nominata dai Governi locali, mentre un'altra Camera (il Bundestag) è eletta da tutto il popolo.

Negli ordinamenti ottocenteschi di tipo dualistico (es. Statuto Albertino) il Senato era nominato dal re e solo l'altra Camera rappresentava il corpo elettorale.

In generale il bicameralismo serve a dare voce a interessi diversi, normalmente differenziando le Camere sotto il profilo della loro composizione, della loro durata e delle loro competenze.

La Costituzione italiana non ha differenziato in maniera significativa la composizione delle due Camere né tantomeno ha differenziato le Camere sotto il profilo delle competenze.

Tutta la struttura dell'organizzazione costituzionale è improntata al principio che nessun potere possa prendere il sopravvento sull'altro, e quindi anche il Parlamento è bilanciato da due Camere che hanno gli stessi poteri. Da un punto di vista funzionale la seconda Camera opera allora come "camera di riflessione", al fine di garantire una migliore ponderazione del procedimento legislativo e una migliore qualità degli atti.

3. Le differenze tra le due Camere in ordine a composizione e sistema elettorale

Camera:

- il numero dei deputati è 630;
- per esercitare il diritto di voto è sufficiente la maggiore età;
- per essere eletti bisogna avere 25 anni;

il sistema elettorale (prima che fosse dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale sentenza n. 1 del 2014) era disciplinato dalla legge Calderoli 21/12/2005 n. 270 (c.d. porcellum), classificabile nell'ambito dei sistemi proporzionali con correzioni in senso maggioritario. I seggi erano assegnati in maniera proporzionale a ciascuna lista o coalizione di liste. Se una lista o una coalizione raggiungeva il 53% pari a 340 seggi (e cioè la maggioranza assoluta) dei voti, l'attribuzione dei seggi avveniva in maniera proporzionale. In caso contrario veniva attribuito un premio per raggiungere 340 seggi e dunque la maggioranza assoluta. Non occorre cioè il raggiungimento di una soglia di voti, essendo sufficiente ottenere la maggioranza relativa (più voti degli altri) per far scattare il premio che conduceva alla maggioranza assoluta alla Camera.

Vi erano poi delle soglie di sbarramento che dovevano essere superate per poter partecipare al riparto dei seggi. Per le liste che non partecipavano alla coalizione la soglia di sbarramento era fissata al 4%, per le coalizioni occorreva invece aver raggiunto il 10% dei voti e una lista al loro interno che avesse raggiunto almeno il 2%. Era previsto il deposito di un unico programma di governo e la possibilità di indicare il nominativo del leader della coalizione. Infine le liste dei candidati erano "bloccate", cioè i nomi della lista erano scelti dai partiti senza la possibilità per gli elettori di esprimere preferenze.

Senato:

il numero dei senatori è 315, a cui si aggiungono i Presidenti della Repubblica alla scadenza del loro mandato, salvo rinuncia, (art. 59) e i senatori di nomina presidenziale. Il Presidente può infatti nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la patria per altissimi meriti nel campo sociale, artistico e letterario (art. 59). Nel progetto di revisione costituzionale viene abrogato. Le figure dei senatori nominati da parte del Capo dello Stato in realtà non scompariranno del tutto, disponendo il nuovo art. 57. La nomina di un certo numero di cittadini che hanno illustrato la patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario, per la durata di 7 anni.

Per esercitare il diritto di voto occorrono 25 anni;

per essere eletti occorrono 40 anni;

al Senato, l'art. 57 1° comma della Costituzione prevede che l'attribuzione dei seggi debba essere effettuata su base regionale, cioè deve avvenire Regione per Regione. Se una lista o una coalizione raggiungeva il 55% l'attribuzione dei seggi avveniva in maniera proporzionale. In caso contrario veniva attribuito un premio di maggioranza per ottenere quel 55%.

Vi erano poi delle soglie di sbarramento che dovevano essere superate per poter partecipare al riparto dei seggi. Accedevano al riparto solo le liste che avessero conseguito almeno l'8% dei voti e le coalizioni di liste che avessero conseguito almeno il 20% dei voti.

Questa legge è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale con sentenza n. 1 del 2014 sia in relazione al premio di maggioranza sia alle liste bloccate, facendo riespandere, fino a quando non sarà approvata una nuova legge elettorale, il sistema proporzionale senza premio di maggioranza e con una preferenza.

La Corte costituzionale ha ritenuto infatti che un premio di maggioranza così elevato violava sia l'art. 48 secondo comma (principio fondamentale di eguaglianza del voto. Esso infatti esige che ciascun voto contribuisca potenzialmente e con pari efficacia alla formazione degli organi elettivi - sentenza n. 43 del 1961) che l'art. 3 della Costituzione dal punto di vista della ragionevolezza e proporzionalità, anche perché per far scattare il premio non occorre il raggiungimento di una soglia minima di voti.

Anche il sistema delle liste bloccate è incostituzionale perché non consente all'elettore di poter scegliere il candidato, scelta che è totalmente rimessa ai partiti.

Tale libertà risulta compromessa, posto che il cittadino è chiamato a determinare l'elezione di tutti i deputati e di tutti i senatori, votando un elenco spesso assai lungo di candidati che difficilmente conosce. In definitiva, è la circostanza che alla totalità dei parlamentari eletti, senza alcuna eccezione, manca il sostegno della indicazione personale dei cittadini, che ferisce la logica della rappresentanza consegnata nella Costituzione.

4. le norme costituzionali a tutela del libero esercizio delle funzioni del parlamentare: ineleggibilità, incompatibilità e divieto di mandato imperativo.

ART. 65

La legge determina i casi di ineleggibilità e di incompatibilità con l'ufficio di deputato o di senatore.

Nessuno può appartenere contemporaneamente alle due Camere.

ART 66

Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità.

L'ineleggibilità è un impedimento, di natura giuridica, che esiste già prima dell'elezione e non consente a un soggetto di essere eletto a una determinata carica pubblica. In genere sono ineleggibili persone che, svolgendo certe attività, potrebbero porsi in una posizione di vantaggio rispetto ad altri candidati o comunque potrebbero influenzare la scelta dell'elettore.

Tra le categorie di soggetti ineleggibili rientrano i presidenti delle Giunte provinciali, i sindaci dei Comuni con popolazione superiore ai ventimila abitanti, il capo e il vicecapo della polizia, i prefetti, i magistrati nella circoscrizione in cui esercitano la giurisdizione, gli ufficiali superiori delle forze armate nella circoscrizione del loro comando tutelare, tutti coloro che hanno impiego da Governi esteri, i giudici della Corte costituzionale.

Per evitare di incorrere nella ineleggibilità occorre cessare dalla carica almeno 180 giorni prima della scadenza della legislatura (in caso di scioglimento anticipato delle Camere la cessazione deve avvenire entro 7 giorni dalla pubblicazione del decreto di scioglimento). L'elezione è nulla.

L'incompatibilità si verifica quando una stessa persona ricopre contemporaneamente due o più cariche pubbliche tra loro in conflitto. In questo caso, il soggetto deve scegliere l'una o l'altra carica: ad esempio non è possibile ricoprire la carica di senatore e deputato (art. 65), quella di Presidente della Repubblica e deputato (art. 84), parlamentare e membro del Consiglio Superiore della magistratura (art. 104), parlamentare e membro del Consiglio regionale o della Giunta regionale (art. 122). Altre cause di incompatibilità sono previste dalla legge ordinaria, come quella tra parlamentare e membro del Parlamento europeo. L'elezione è valida, ma impone un'opzione tra la nuova carica e la precedente.

Diverse sono le ipotesi di incandidabilità approvate dal D.Lgs. 31 dicembre 2012, n. 235 (c.d. legge Severino). Non possono ricoprire la carica di deputato e di senatore coloro che sono stati condannati, con sentenze passate in giudicato, a pene superiori a due anni di reclusione per vari reati.

L'accertamento dell'incandidabilità comporta la cancellazione automatica dalla lista dei candidati. Se la condizione di incandidabilità sopraggiunge o sia accertata nel corso del mandato elettorale, le Camere devono dichiarare la decadenza dell'eletto.

La qualifica di parlamentare avviene a seguito della proclamazione dell'avvenuta elezione, effettuata dal presidente dell'ufficio elettorale competente sulla base dei risultati della elezione. Questa assunzione è sottoposta a condizione risolutiva, poiché sarà la Camera di appartenenza attraverso la Giunta per le elezioni ad accertare la validità dell'elezione e la insussistenza di cause di ineleggibilità e di incompatibilità.

Il compito primario della figura del parlamentare

ART 67

Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato.

In un paese democratico e rappresentativo il Parlamento non può perseguire interessi di parte in quanto vige il principio della rappresentanza politica nazionale in base alla quale i singoli deputati e senatori, una volta eletti, non rappresentano le circoscrizioni locali da cui sono stati votati ma la nazione nella sua unicità, anche se non impedisce che il parlamentare si faccia interprete di interessi, bisogni, aspirazioni di carattere locale.

L'art. 67 sancisce anche il c.d. divieto del mandato imperativo, per il quale il parlamentare non può accettare alcuna direttiva, da qualunque parte provenga, circa l'esercizio della sua funzione, e ciò a tutela della sua indipendenza da qualsiasi potere politico, economico o sociale. Ne consegue che ciascun parlamentare, nello svolgimento della sua attività, può agire liberamente, non sussistendo alcun mezzo giuridico per costringerlo al rispetto di eventuali accordi sulla condotta o per chiamarlo in giudizio per rispondere del modo in cui ha esercitato il mandato (mancanza di responsabilità giuridica).

La legge elettorale delle liste bloccate (di liste cioè formate dai leaders e dalle Segreterie dei partiti a prescindere dalla volontà degli elettori), di fatto ha prodotto una sorta di mandato imperativo nei confronti del parlamentare eletto. Spesso la ribellione del Parlamentare alla linea e alla direttiva del partito sono punite con sanzioni disciplinari che possono giungere fino all'espulsione dal partito o alla richiesta di dimissioni dalle cariche ricoperte.

5. La durata delle Camere: la fine della legislatura e la prorogatio

ART. 60

La Camera dei deputati e il Senato della Repubblica sono eletti per cinque anni.

La durata di ciascuna Camera non può essere prorogata se non per legge e soltanto in caso di guerra.

Il periodo di tempo che intercorre tra un'elezione e l'altra è detto legislatura e ha la durata di cinque anni, fatta eccezione per i casi di scioglimento anticipato o di proroga in caso di guerra, detta anche proroga (perché si presume che gran parte degli elettori non possono recarsi alle urne). I Costituenti hanno tassativamente escluso altre ipotesi di proroga per impedire potenziali abusi di tale potere da parte della maggioranza parlamentare.

ART. 61

Le elezioni delle nuove Camere hanno luogo entro settanta giorni dalla fine delle precedenti. La prima riunione ha luogo non oltre il ventesimo giorno delle elezioni.

Finchè non siano riunite le nuove Camere sono prorogati i poteri delle precedenti.

Per evitare pericolosi vuoti di potere tra una legislatura e l'altra, e in base al principio di continuità degli organi costituzionali, questo articolo prevede una proroga temporanea, fino alle nuove elezioni, dei poteri di ciascuna Camera (c.d. prorogatio).

Con il decreto di scioglimento viene fissata anche la data delle future elezioni, che coincide con l'ultima domenica entro il 70° giorno dalla data dello scioglimento. Nello stesso decreto è anche fissata la data della prima riunione delle nuove Camere, che deve necessariamente tenersi entro venti giorni dalle elezioni.

La proroga consente alle Camere, una volta cessato il mandato, di continuare a esercitare, temporaneamente, i loro poteri fino alla prima riunione del nuovo Parlamento e alla proclamazione dei nuovi eletti. Si ritiene che possano compiere atti di ordinaria amministrazione strettamente necessarie a mantenere la continuità costituzionale.

Con la fine della legislatura i procedimenti pendenti in aula e in commissione decadono; solo le proposte di legge di origine popolare godono della c.d. repechage che consente alle nuove Camere di continuare l'attività svolta dalla precedenti Camere.

6. L'autonomia delle Camere: le norme costituzionali sui regolamenti parlamentari

ART. 64

Ciascuna Camera adotta il proprio regolamento a maggioranza assoluta dei suoi componenti.

L'organizzazione interna della Camera, il procedimento legislativo e in genere le funzioni del Parlamento, sono disciplinate anche attraverso i regolamenti parlamentari che sono atti approvati da ciascuna delle Camere a maggioranza assoluta (metà più uno dei componenti della Camera). I regolamenti parlamentari sono un complesso di norme che rappresentano l'espressione concreta dell'autonomia normativa e organizzativa di ciascuna Camera. Stabiliscono lo svolgimento dei lavori dell'Assemblea, le procedure di decisione, l'esercizio delle varie funzioni e i rapporti con il Governo.

ART. 72

Ogni disegno di legge, presentato a una Camera è, secondo le norme del suo regolamento, esaminato da una Commissione e poi dalla Camera stessa...

La Costituzione, invece, garantendo al Parlamento una vera e propria autonomia normativa nei confronti di qualunque altro potere statale e di ogni altra fonte subordinata alla Costituzione, ha previsto una vera e propria riserva a favore dei regolamenti, attribuendo diverse materie (quelle indicate dall'art. 72) alla loro competenza esclusiva.

6.1 I regolamenti parlamentari come fonti di diritto

I regolamenti parlamentari sono fonti del diritto perché posseggono i requisiti sostanziali, la generalità e l'astrattezza, e i requisiti formali, posto che sono pubblicati come tutti gli atti normativi sulla Gazzetta Ufficiale, con decorrenza della loro efficacia a partire dalla data di pubblicazione. Sulla base del combinato disposto (interpretazione congiunta di più norme) disposto degli artt. 64 e 72 sono fonti primarie (non rientrano nella categoria "leggi e altri atti aventi forza di legge su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi. La Corte costituzionale ha garantito un'indipendenza dei regolamenti parlamentari).

6.2 I regolamenti parlamentari e la forma di Governo

I regolamenti parlamentari nella misura in cui integrano le norme costituzionali sulla organizzazione e sulle modalità di funzionamento del Parlamento, disciplinando la dialettica tra maggioranza e opposizione e i poteri del Governo in Parlamento, possono incidere sugli equilibri della forma di Governo, rafforzando l'uno o l'altro degli organi costituzionali.

Quelli del 1971 sono collegati ad una determinata stagione politica nella quale le formule di governo non erano improntate al bipolarismo (due coalizioni contrapposte) ma principalmente su di un partito di centro (la democrazia cristiana) che si appoggiava ad altri partiti minori. Inoltre, l'allora partito comunista, non era considerato legittimato a governare. Attraverso il recupero del ruolo del Parlamento si voleva allora legittimare anche quei partiti che non potevano trovare ingresso nella coalizione governativa, che nella dialettica parlamentare, accentuata appunto dalle norme regolamentari, potevano trovare un loro spazio.

Inoltre molte norme instauravano canali con altri organi costituzionali, quali la Corte costituzionale, il CNEL, il CSM, la Corte dei Conti. Altre, invece, prevedevano il principio dell'unanimità o la necessità di maggioranze molto elevate.

In definitiva però la riforma del '71 che rivedeva le norme regolamentari che risalivano al periodo statutario, rafforzava un modello di forma di Governo di tipo assembleare, basato su maggioranze variabili e sull'inesistenza di nette linee di demarcazione tra maggioranza e opposizione.

Le riforme degli anni '80 perseguivano l'obiettivo di raggiungere una più netta distinzione tra maggioranza e opposizione nel quadro di un rafforzamento dei poteri di indirizzo politico del Governo e di una ritrovata funzione di controllo del

Parlamento.

Questa fase avrà poi un'accelerazione negli anni '90 in concomitanza alla modifica della legge elettorale. Sono espressione di questo periodo le norme che modificano il principio della sostanziale parità tra i gruppi parlamentari, abbandonando il principio dell'unanimità per la programmazione e valorizzando al contrario il potere del Governo di incidere sulla pianificazione dei lavori. Del resto coerente con la forma di Governo parlamentare che il Governo, che presenta un programma sul quale ottiene la fiducia, possa poi portare avanti tale programma anche intervenendo nella pianificazione dei lavori parlamentari.

La sostanziale eliminazione delle norme che consentivano il ricorso al voto segreto, allo scopo di rendere più trasparente la dialettica tra la maggioranza e opposizione, ed anche la precisione di un contingentamento dei tempi della discussione parlamentare, che consente al Governo di poter contare su tempi se non certi, comunque non "infiniti" per la discussione di un progetto di legge.

7. L'autonomia e l'indipendenza delle Camere: interna corporis, verifica dei poteri e autodichia

L'indipendenza del Parlamento è poi rafforzata da ulteriori condizioni di autonomia interna: l'insindacabilità degli interna corporis, il potere di controllare la validità della elezione dei parlamentari, il potere di decidere sui ricorsi dei dipendenti (c.d. autodichia).

Gli interna corporis delle Camere sono i procedimenti e gli atti interni posti in essere da questi organi. Il principio dell'insindacabilità degli interna corporis implica l'esclusione del sindacato da parte di qualunque autorità, e quindi anche dell'autorità giudiziaria.

La Corte costituzionale ha ammesso la sindacabilità degli interna corporis nel giudizio di legittimità della legge qualora si fosse verificata, nel procedimento di formazione della legge, la violazione di un principio costituzionale (sentenza n. 9 del 1959).

Le Camere poi hanno il diritto-dovere di giudicare sulla validità delle elezioni e in particolare, come recita l'art. 66, sui "titoli di ammissione dei propri componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità". Il procedimento viene istruito da organi interni alle Camere formate da Deputati o Senatori, denominate Giunta per le elezioni che propongono all'Assemblea la convalida o la contestazione dell'elezione.

Le Camere sono infine titolari della c.d. autodichia - o giurisdizione domestica - che consiste nel poter decidere sulle controversie relative allo status giuridico ed economico dei propri dipendenti. I ricorsi dei dipendenti delle Camere, sono sottratti alla giurisdizione ordinaria per essere decisi direttamente dalla Camera di appartenenza.

8. L'autonomia e l'indipendenza delle Camere: la insindacabilità

Il 1° comma dell'art. 68 disciplina la c.d. insindacabilità e recita: "I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni date e dei voti espressi nell'esercizio delle loro funzioni". Secondo questa previsione i parlamentari non sono responsabili giuridicamente per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni.

La insindacabilità costituisce una scriminante assoluta, sia da un punto di vista temporale che in relazione alle diverse tipologie di responsabilità. La insindacabilità esclude ogni forma di responsabilità giuridica dei parlamentari, civile, penale, amministrativa o contabile. Per i voti e le operazioni espresse durante il corso del mandato, inoltre, il parlamentare non risponde neppure una volta cessato dalla carica.

L'attività politica svolta dai parlamentari al di fuori del Parlamento, come ad esempio interviste, dibattiti, comizi. Dopo una prima fase nella quale la interpretazione del Parlamento tendeva ad estendere l'insindacabilità anche ad attività extraparlamentari.

A questo proposito la Corte costituzionale ha stabilito che deve sussistere un nesso funzionale tra le opinioni espresse in sedi diversi da quella parlamentare e l'attività tipica del parlamentare e inoltre una sostanziale identità di contenuto tra l'opinione espressa in sede parlamentare e quella espressa in sede extraparlamentare (sentenza n. 10 del 2000 e confermata con sentenza n. 115 del 2014 - è pacifico che costituiscono opinioni espresse nell'esercizio della funzione quelle manifestate nel corso dei lavori della Camera. Fuori dai compiti e dalle attività propri delle assemblee rappresentano piuttosto esercizio della libertà di espressione comune a tutti i consociati: ad esse dunque non può estendersi, senza snaturarla, una immunità.

La linea di confine fra la tutela dell'autonomia e della libertà delle Camere, e a tal fine, della libertà di espressione, dall'altro lato, è fissata dalla Costituzione attraverso la delimitazione funzionale dell'ambito della prerogativa. Senza questa delimitazione, l'applicazione della prerogativa la trasformerebbe in un privilegio personale.

In attuazione dell'art. 68 della Costituzione la legge n. 140 del 2003 ha poi dettato una normativa che mira a disciplinare i rapporti tra autorità giudiziaria e Parlamento per risolvere possibili conflitti sulla sussistenza di una situazione riconducibile alla inviolabilità. Si è così introdotto per legge la c.d. "pregiudiziale parlamentare":

se il giudice ritiene sussistere la insindacabilità definisce autonomamente la causa senza procedere;

se il giudice non ritiene sussistere la insindacabilità - e quindi considera di poter giudicare - deve sospendere il processo e investire la Camera di appartenenza del parlamentare, che dovrà decidere sulla sussistenza o meno della insindacabilità;

se investita dal giudice la Camera ritiene che non vi sia insindacabilità, il giudice può proseguire il giudizio; se al contrario la Camera ritiene che vi sia insindacabilità il giudice può conformarsi e definire il processo, o può non confermarsi e sollevare un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato davanti alla Corte costituzionale nei confronti della Camera. Sarà allora la Corte costituzionale a stabilire la sussistenza o meno del nesso funzionale.

8.1 La inviolabilità

Il 2° comma dell'art. 68 prevede la diversa e ulteriore prerogativa della inviolabilità: "senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna, o se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza".

La limitazione alla libertà personale del parlamentare - senza autorizzazione - è possibile solamente in esecuzione di una sentenza definitiva di condanna, o se in flagranza di reato quando la legge prevede l'arresto obbligatorio

La norma è stata modificata con legge costituzionale 29 ottobre 1993 n. 3 poiché la precedente versione dell'art. 68, assai più ampia dell'attuale, prevedeva la necessità dell'autorizzazione a procedere da parte della Camera di appartenenza per sottoporre il parlamento a procedimento penale.

La inviolabilità invece riguarda reati compiuti al di fuori della attività di parlamentare. Anche le radici storiche delle due prerogative sono diverse: se la insindacabilità dei parlamentari trova i suoi riferimenti nella storia del Parlamento inglese, la inviolabilità nacque invece nel corso delle vicende storiche della rivoluzione francese ed è legata alle esigenze, anche teoriche, del tempo.

L'autorizzazione delle Camere è necessaria per sottoporre il parlamento a perquisizione personale o domiciliare, per sottoporlo ad arresti o altrimenti privarlo della libertà personale o mantenerlo in detenzione. L'autorizzazione è altresì richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni, e a sequestro di corrispondenza.

La ratio di questa forma di immunità è quella di proteggere il parlamentare da interventi dell'autorità giudiziaria con intento di tipo persecutorio (c.d. *fumus persecutionis*). Oggetto della valutazione della Camera, in sede di autorizzazione a procedere, non è pertanto la esistenza o non esistenza del reato (che altrimenti il giudizio della Camera si sostituirebbe a quello del giudice), ma solamente l'accertamento dell'esistenza o meno di un *fumus persecutionis* da parte dell'autorità giudiziaria. Solamente in presenza di questo intento persecutorio la Camera dovrà negare l'autorizzazione a procedere. Il procedimento di autorizzazione a procedere viene istruito da una apposita Giunta, denominata Giunta per le autorizzazioni a procedere: valuta la richiesta da parte del giudice e le controdeduzioni del parlamentare. Al termine dell'istruttoria la Giunta formula una richiesta alla Camera di appartenenza o nel senso di concedere o nel senso di non concedere l'autorizzazione, sulla quale proposta dovrà votare la Camera di appartenenza.

9. L'organizzazione interna delle Camere: Gruppi parlamentari, Commissioni, Giunta e Presidente

I Gruppi parlamentari sono unioni di deputati o senatori che costituiscono la proiezione, all'interno del Parlamento, della rappresentanza dei partiti scaturita dal voto elettorale, e rappresentano l'anello di congiunzione tra il partito - o la coalizione - e il Parlamento. Se il parlamentare non aderisce ad alcun gruppo è assegnato di ufficio ad un gruppo misto nel quale confluiscono anche quei parlamentari appartenenti a formazioni politiche che non riescono ad ottenere il numero minimo di parlamentari per la formazione del gruppo. Ogni gruppo deve essere composto da almeno 20 deputati alla Camera e 10 Senatori al Senato. I gruppi hanno organi propri, un proprio bilancio, uffici e impiegati, e in relazione a tali profili essi hanno le caratteristiche dell'associazione non riconosciuta. Allo stesso tempo però, partecipano alla formazione degli organi parlamentari, alla programmazione dei lavori, alle consultazioni effettuate dal Presidente della Repubblica nelle crisi di governo.

Commissioni parlamentari svolgono funzioni principalmente di natura politica e sono composte in proporzione ai gruppi parlamentari. I capigruppo definiscono il programma e il calendario dei lavori della Camera, inoltre vengono consultati dal Presidente della Repubblica nelle crisi di Governo, quando il Presidente deve attribuire l'incarico per la formazione di un nuovo Governo che possa avere la fiducia delle Camere.

Gran parte del lavoro delle Camere si svolge nelle Commissioni parlamentari, si dividono in:

Commissioni permanenti, sono suddivise per materia e rispecchiano a grandi linee la struttura del Governo come la Commissione parlamentare Giustizia (corrispondente al Ministero della Giustizia) o la Commissione parlamentare Bilancio, tesoro e programmazione (corrispondente al Ministero dell'Economia e delle Finanze) e durano in carica tutta la legislatura.

. Svolgono funzioni nell'ambito:

1) del procedimento legislativo attraverso l'attività istruttoria (in sede referente) e attività decisoria (in sede deliberante),

2) di indirizzo e controllo sul Governo, approvano risoluzioni così manifestando indirizzi su temi specifici potendo poi far valere la responsabilità politica del Governo;

3) dell'attività consultiva, possono esprimere pareri o possono svolgere indagini conoscitive su determinate materie per acquisire notizie, documenti utili all'esercizio dell'attività della Camera di appartenenza.

Commissioni speciali, sono costituite in presenza di situazioni particolari e sono previste dalla Costituzione o dai regolamenti parlamentari. Possono essere istituite all'interno di una o di entrambe le Camere. Oltre alle Commissioni di inchiesta anche la Commissione per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi con funzioni di indirizzo e controllo dell'attività informativa svolta dal servizio pubblico.

Le giunte sono organi interni delle Camere che svolgono funzioni di natura tecnica-giuridica la cui composizione avviene attraverso la nomina del Presidente della Camera. Alla Camera attualmente le Giunte sono tre:

Giunta per il regolamento che propone alle Camere le modifiche da apporre ai regolamenti parlamentari. Inoltre esprime il proprio parere su questioni interpretative del regolamento su richiesta del Presidente;

Giunta per le elezioni si occupa del procedimento di convalida delle elezioni;

Giunta per le autorizzazioni a procedere istruisce il procedimento relativo alle richieste di autorizzazione a procedere inoltrate dall'autorità giudiziaria ex art. 68 della Costituzione.

Il Presidente dell'Assemblea è il garante del corretto andamento dei lavori parlamentari. Inoltre convoca le Camere, incide sulla programmazione dei lavori elaborando la proposta di programma e di calendario, mediando con il Governo e le forze politiche; risolve le questioni interpretative del regolamento; assegna i progetti di legge alle Commissioni parlamentari; viene consultato, dal Presidente della Repubblica in caso di scioglimento delle Camere.

Per la sua elezione il regolamento fissa dei quorum molto elevati. Al primo scrutinio alla Camera occorre la maggioranza dei due terzi dei componenti, al secondo la maggioranza dei due terzi dei voti; dal terzo la maggioranza assoluta dei voti.

10. L'attività delle Camere: i principi costituzionali

Il Parlamento svolge un'attività normativa attraverso l'approvazione di leggi, e un'attività di indirizzo e controllo nei confronti del Governo espletate secondo principi costituzionali di natura procedimentale, che sono pregiudiziali sia rispetto all'attività normativa che all'attività di indirizzo di controllo.

La Costituzione al 2° e al 3° comma dell'art. 64 stabilisce le maggioranze necessarie perché le Camere possano deliberare validamente.

La maggioranza assoluta dei componenti consiste nella metà + 1 dei membri che compongono ciascuna Camera. Ad esempio per la Camera dei deputati 315 + 1. E' questa la maggioranza richiesta per l'adozione di alcuni atti particolarmente importanti. Il regolamento della Camera ad esempio deve essere approvato con 316 voti a favore.

La maggioranza dei presenti è il numero corrispondente alla metà + 1 dei membri di ciascuna Camera che risultino presenti in aula, ed è generalmente definita maggioranza relativa. Ad esempio se fossero presenti solo 350 deputati, la maggioranza relativa sarebbe 175 + 1. La maggioranza dei presenti è richiesta per la validità della maggior parte delle deliberazioni parlamentari. Comunque per evitare che esigui gruppi prendano decisioni di parte approfittando di temporanee assenze, la Costituzione prescrive che in aula vi siano un numero minimo di presenti che corrisponde alla maggioranza (metà + 1) ed è detto numero legale.

Infine in entrambe le Camere vige il principio della presunzione del numero legale (si considera sempre presente in aula la metà + 1 dei parlamentari) che viene a cadere soltanto quando almeno venti deputati o dodici senatori o lo stesso Presidente richiedano la verifica del numero legale. Se l'accertamento dà esito negativo, la seduta viene sospesa o rinviata.

Esistono poi dei casi in cui le Camere assumono decisioni con una maggioranza particolare, detta qualificata, che si solito corrisponde ai due terzi o ai tre quinti dei componenti. Quest'ultima è richiesta per decisioni di grande rilievo. Per l'elezione del Presidente della Repubblica, ad esempio, nelle prime tre votazioni è richiesta la maggioranza qualificata, ma se il Parlamento (in questo caso riunito in seduta comune) non riesce ad eleggere il Capo dello Stato al terzo scrutinio, la Costituzione prescrive di procedere a maggioranza assoluta (metà + 1 dei componenti).

Maggioranza relativa	Metà + 1 dei presenti
Maggioranza assoluta	Metà + 1 dei componenti
Maggioranza qualificata	Due terzi o tre quinti dei componenti

La Costituzione prevede una regola generale sulla trasparenza delle sedute, che sono normalmente pubbliche salvo che le Camere decidano di riunirsi in seduta segreta. Le modalità di votazione sono lasciate ai regolamenti parlamentari e la distinzione più importante è tra votazioni a scrutinio segreto e votazioni a scrutinio palese.

Il voto palese comporta una assunzione di responsabilità politica per il deputato che vota, mentre il voto segreto favorisce certamente la libertà di coscienza dei parlamentari - che possono votare contrariamente alle direttive di partito senza

conseguenze - ma, d'altro canto, favorisce il fenomeno dei c.d. "franchi tiratori" (deputati di maggioranza che votano contro la propria maggioranza) e in generale una maggior possibile commissione tra maggioranza e opposizione. La Costituzione prevede l'obbligatorietà del voto palese solamente per il voto di fiducia al Governo.

Le funzioni di indirizzo e controllo del Parlamento nei confronti del Governo: mozioni, risoluzioni, ordine del giorno, interrogazioni, interpellanze

Oltre alla funzione legislativa, il Parlamento svolge funzioni di indirizzo e controllo nei confronti del Governo. Il Governo infatti è legato al Parlamento da un rapporto di fiducia che si estrinseca attraverso una mozione di fiducia sul programma di Governo. Questo rapporto di fiducia deve permanere lungo tutta la legislatura, altrimenti si apre la crisi di Governo. Il Parlamento ha vari strumenti per indirizzare il Governo verso il mantenimento degli impegni assunti.

Attraverso gli atti di indirizzo, disciplinati dai regolamenti parlamentari, il Parlamento svolge un'attività di direzione e correzione dell'attività di indirizzo politico del Governo e sono:

La mozione, è lo strumento con il quale si invita il Governo ad assumere, su di un determinato argomento, una precisa posizione. Se la mozione è approvata il Governo è politicamente vincolato a comportarsi come approvato dalla maggioranza dell'Assemblea. Deve essere presentata da un determinato gruppo di parlamentari (dieci alla Camera) o da un Presidente di gruppo parlamentare.

La risoluzione è simile alla mozione negli scopi. Come recita il regolamento della Camera, serve "a manifestare orientamenti e definire indirizzi". Può anche essere votata in Commissione, salvo diversa richiesta del Governo. E' meno impegnativo della mozione, esplicita un orientamento parlamentare di massima e quindi ampiamente interpretabile.

L'ordine del giorno è lo strumento con il quale il Parlamento conferisce una direttiva politica al Governo, può riguardare l'interpretazione di una legge in un certo qual modo, l'interpretazione di una mozione o adottare delle leggi tramite alcuni provvedimenti di attuazione, sottolineare alcuni aspetti specifici della materia in esame verso i quali indirizzare l'azione governativa. Per essere vincolante deve essere accolto dal Governo o può essere recepito come una mera raccomandazione, in questo caso il vincolo è meno stringente.

Attraverso gli atti di controllo, il Parlamento verifica l'operato del Governo ai fini di farne valere la responsabilità politica. Sono:

Le interrogazioni sono domande poste in forma orale o scritta da un parlamentare o da un gruppo di parlamentari al Governo o a un singolo ministro, circa un determinato fatto o di segnalare determinati problemi. La risposta all'interrogazione può avvenire sia alla Camera che in Commissione, scritta o orale, immediata o differita, e può anche non esserci in assenza di un obbligo specifico di risposta, salvo motivare le ragioni per le quali non si è risposto. Una particolare tipo di interrogazione è la Question time, una volta la settimana può essere riservato all'interno di una seduta uno spazio ristretto dove il Presidente del Consiglio risponde a interrogazioni. Spesso le interrogazioni riguardano questioni e fatti di rilievo locale, e questo spiega l'elevato numero di interrogazioni inevase.

Le interpellanze possono essere presentate in forma scritta, illustrate dal suo presentatore necessariamente all'interno dell'Assemblea. Hanno lo scopo di conoscere i motivi della condotta del Governo su questioni che riguardino aspetti della sua politica, anche allo scopo di aprire un dibattito che possa poi sfociare in un atto di indirizzo al Governo attraverso lo strumento della mozione.

12. Le funzioni di indirizzo e controllo delle Camere: le commissioni di inchiesta

ART 82

Ciascuna Camera può disporre inchieste su materie di pubblico interesse.

A tale scopo nomina fra i propri componenti una commissione formata in modo da rispecchiare la proporzione dei vari gruppi. La commissione d'inchiesta procede alle indagini e agli esami con gli stessi poteri e le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria.

Inchieste importanti sono state quelle sulla mafia, sul delitto Moro, sulla loggia massonica P2, sul servizio sanitario nazionale. Si distinguono in inchieste politiche, finalizzate al controllo del Governo, e inchieste legislative sull'attività legislativa del Parlamento.

La Commissione di inchiesta può essere mono o bicamerale, essere istituita con legge o con deliberazione non legislativa, e l'atto chiarisce l'oggetto, il termine entro il quale l'inchiesta deve essere conclusa, ecc.

Le commissioni di inchiesta possono esercitare tutti i poteri conferiti ai giudici: convocare e interrogare i testimoni, richiedere documenti, predisporre perquisizioni domiciliari e personali, prescrivere sequestri, intercettazioni e tutto quanto sia necessario per una più approfondita conoscenza dei fatti. Nello svolgimento della loro attività, le commissioni incontrano le stesse limitazioni dell'autorità giudiziaria, per cui, ad esempio, devono garantire il diritto alla difesa,

assicurare il contraddittorio (cioè consentire alla persona oggetto di indagini di essere ascoltata per difendersi dalle accuse che le vengono mosse) e così via.

13. Il Parlamento in seduta comune

ART. 55

Il Parlamento si compone delle Camere dei deputati e del Senato della Repubblica.

Il Parlamento si riunisce in seduta comune dei membri delle due Camere nei soli casi stabiliti dalla Costituzione.

I due rami del Parlamento operano con due regolamenti distinti e senza alcuna influenza reciproca.

Per le attività di particolare rilievo istituzionale, indicate dalla Costituzione, le Camere attualmente sono chiamate a esercitare i loro compiti congiuntamente in seduta comune, specificamente per:

- l'elezione del Presidente della Repubblica;
- il suo giuramento;
- la messa in stato d'accusa del Capo dello Stato per alto tradimento e attentato alla Costituzione;
- l'elezione di un terzo dei giudici della Corte costituzionale;
- l'elezione di un terzo dei membri del Consiglio superiore della Magistratura.

14. Il progetto di riforma costituzionale: il nuovo Senato

L'art. 55 nella sua nuova formulazione, trasformerebbe il bicameralismo perfetto dell'attuale sistema parlamentare italiano in un bicameralismo imperfetto.

In particolare, il Parlamento si comporrebbe di:

- una Camera dei deputati, i cui membri rappresenterebbero la Nazione;
- un Senato delle autonomie, i cui membri rappresenterebbero le istituzioni territoriali e non i cittadini.

L'organo dovrebbe essere composto da 95 senatori, rappresentativi delle istituzioni territoriali, e da 5 senatori che possono essere nominati dal Presidente della Repubblica. Infatti i Consigli regionali (e i Consigli delle Province autonome di Trento e Bolzano) eleggono con metodo proporzionale i senatori con metodo proporzionale i senatori tra i propri componenti: nessuna Regione può avere un numero di senatori inferiore a due e la ripartizione dei seggi avviene in proporzione alla popolazione. Inoltre ciascun Consiglio regionale elegge un sindaco tra i sindaci dei comuni dei rispettivi territori. La durata del mandato dei senatori coincide con quella degli organi delle istituzioni territoriali nei quali sono stati eletti.

Differenti sarebbero a questo punto le funzioni esercitate da ciascuno dei due rami del Parlamento. La Camera sarebbe titolare del rapporto di fiducia con il Governo ed eserciterebbe da sola la funzione di indirizzo politico, la funzione legislativa ordinaria e quella di controllo dell'operato del Governo.

Il Senato invece al di là della partecipazione alla funzione legislativa condivisa con la Camera solo in materia costituzionale e secondo le modalità stabilite dalla Costituzione:

- si occuperebbe del raccordo tra Stato, Regioni, città metropolitane e Comuni;
- parteciperebbe alle decisioni dirette alla formazione e all'attuazione degli atti normativi dell'Unione europea;
- eserciterebbe un potere di controllo sulle leggi approvate dalla Camera e valuterrebbe l'impatto delle politiche pubbliche sul territorio.

Da quanto detto emerge come alla Camera spetterebbero le decisioni fondamentali con esclusione del Senato, su tutte la funzione legislativa al fine di garantire un notevole snellimento dell'iter legislativo che attualmente si dipana con continue "navette" tra le due Assemblee costringendo il Governo (ormai monopolista del potere di iniziativa legislativa) ad adottare atti aventi forza di legge (decreti-legge e decreti legislativi) per la cui approvazione è richiesta in modo pressoché costante la questione di fiducia, e determinano, così, la trasformazione della legge ordinaria in uno strumento eccezionale.

Viene così a cadere il bicameralismo perfetto che ha caratterizzato sia la prima che la seconda Repubblica (1948-2014).

CAPITOLO III

GOVERNO E PRINCIPI SULLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1- Il Governo organo non solo esecutivo: la funzione di indirizzo politico

Tradizionalmente il Governo era definito come "organo esecutivo", la cui attività era di mera natura esecutiva della volontà del Parlamento unico organo rappresentativo.

Tuttavia con l'aumentare dei compiti dello Stato e a seguito del processo di razionalizzazione delle forme di Governo

parlamentari questa definizione è diventata riduttiva.

Nelle forme di Governo parlamentari il Governo svolge sia una funzione di indirizzo politico ha cioè la capacità di determinare i fini da perseguire ed è dotato degli strumenti per perseguirli (presenta il proprio programma in Parlamento ed attuare quel programma proponendo progetti di legge) sia svolge una funzione esecutiva. Il governo costituisce anche il vertice dell'apparato amministrativo statale, dotato quindi degli strumenti per attuare l'indirizzo politico in maniera conforme alle direttive del Parlamento

I fini dello Stato si realizzano non solo attraverso la mera approvazione di una legge e con la sua esecuzione ma anche attraverso atti secondari del Governo e lo sviluppo della politica interna ed esterna dello Stato. E' il Governo, l'organo che intrattiene direttamente le relazioni internazionali e le relazioni comunitarie nelle sedi dove si formano gli indirizzi generali che poi debbano essere tradotti in manovre di politica economica. E' il Governo che prende impegni ad attuare questi indirizzi e sono queste relazioni dirette a conferire al Governo quel surplus di legittimazione politica che sopperisce al deficit di rappresentanza diretta.

L'attività di indirizzo politico è per sua natura un'attività libera nel fine, vale a dire che è il titolare dell'indirizzo che sceglie liberamente i fini da perseguire. Anche gli atti politici attraverso i quali si estrinseca la funzione di indirizzo politico sono liberi, salvo i vincoli posti dalle norme costituzionali

2. La composizione del Governo: il quadro generale

Il Governo è formato dal consiglio dei Ministri, composto dai ministri e dal Presidente del Consiglio, dai singoli ministri e dal Presidente del Consiglio. La Costituzione non determina con chiarezza se il titolare dell'indirizzo politico sia il Presidente del Consiglio o il Consiglio dei Ministri.

In sede all'Assemblea Costituente si è molto dibattuto che la forma di Governo parlamentare con sistema elettorale di tipo proporzionale a multipartitismo estremo avrebbe prodotto Governi di coalizione probabilmente instabili e necessitava quindi di norme costituzionali per stabilizzare la coalizione e ne rafforzasse l'indirizzo politico.

Secondo la sinistra bisognava rafforzare la collegialità del Governo (Consiglio dei Ministri) secondo la DC invece la figura del Presidente del Consiglio. Il modello che è stato adottato a seguito della mediazione tra queste forze è ambiguo e crea incertezza sul ruolo del Presidente del Consiglio, se è titolare dell'indirizzo politico o se l'indirizzo politico è frutto di un accordo collegiale all'interno del Consiglio dei Ministri.

Inoltre non è chiaro se ciascun ministro è a sua volta portatore di un proprio indirizzo politico o se l'indirizzo politico si esprime collegialmente attraverso gli atti del Consiglio dei Ministri.

Questo modello, che nasce incerto principalmente a causa della paura del costituente di delineare un Governo forte intorno alla figura del Premier, avrà in effetti oscillazioni nel corso degli anni. Nei momenti di maggiore frammentazione politica e in presenza di una legge elettorale che tale frammentazione accentuava, predomineranno gli elementi della collegialità.

Nei momenti in cui la legge elettorale di tipo maggioritario sarà in grado di produrre una coalizione stabile intorno al Presidente del Consiglio o in situazioni di netta prevalenza di un partito sugli altri (presidenza De Gasperi intorno agli anni '50) predominerà la funzione di indirizzo politico.

3. L'ambiguità dell'art. 95 e le interrelazioni tra gli organi

In generale, per rafforzare l'unitarietà dell'indirizzo politico si tende nei modelli costituzionali a rafforzare i poteri di indirizzo del Premier, attribuendo a questo organo la forza politica e gli strumenti giuridici per mantenere coerente l'indirizzo politico e per bloccare eventuali iniziative di singoli ministri divergenti con la linea politica approvata. Nella Costituzione italiana tuttavia non è stata effettuata questa scelta.

Le relazioni tra gli organi che compongono il Governo sono infatti basate essenzialmente su tre principi: il principio collegiale che tende a esprimere il concetto che l'indirizzo politico si forma all'interno del Consiglio dei Ministri; il principio monocratico, sulla base del quale i poteri di direzione e coordinamento sono attribuiti al Premier, ed il principio della responsabilità ministeriale rispetto agli atti dei propri dicasteri, che indica l'esistenza di autonomia e responsabilità per ciascun ministro.

La scelta di fondo che emerge dalla relazione di questi principi è che l'indirizzo politico dovrebbe formarsi collegialmente all'interno del Consiglio dei Ministri perché il Presidente del Consiglio dovrebbe dirigere e mantenere quell'indirizzo che si è determinato in sede collegiale.

La Costituzione ad esempio non attribuisce al Premier il potere di revoca nei confronti dei ministri.

Anche la Corte costituzionale ha riconosciuto che nel bilanciamento tra questi principi è il Consiglio dei Ministri l'organo all'interno del quale si forma l'indirizzo politico.

Questo modello è stato in parte precisato dalla legge n. 400 del 1988. In particolare il Consiglio dei Ministri, oltre a svolgere le funzioni che sono previste in Costituzione determina la politica generale del Governo, e ai fini dell'attuazione di questa, l'indirizzo generale dell'azione amministrativa. Al Presidente del Consiglio sono attribuiti invece poteri relativi al

funzionamento del Consiglio dei Ministri, adotta le direttive politiche ed amministrative in attuazione delle deliberazioni del Consiglio dei Ministri, adotta direttive per assicurare l'imparzialità, il buon andamento e l'efficienza dell'azione amministrativa; ha il potere di manifestare verso l'esterno gli indirizzi politici generali del Governo.

4. Gli organi governativi non necessari

Accanto agli organi delineati nella Costituzione, e quindi necessari, vi sono anche altri organi governativi non costituzionalmente necessari previsti in certi casi dalla legge.

La legge n. 400 del 1988 (e successive modifiche) ha stabilito questi organi e sono:

il Consiglio di Gabinetto, il Presidente del Consiglio può essere coadiuvato da un comitato composto da ministri da lui designato sentito il Consiglio dei Ministri (nelle ultime legislature questo organo non è stato costituito)
 i comitati dei ministri, istituiti dal Presidente del Consiglio dei Ministri con compiti prevalentemente istruttori su questioni di comune competenza da sottoporre poi al Consiglio dei Ministri
 i Comitati interministeriali, hanno la funzione di svolgere non solo attività di indirizzo ma anche attività normativa (secondaria) su settori di competenza di più ministri (normalmente settori economici)
 il vicepresidente del Consiglio, svolge funzioni di supplenza in caso di assenza o impedimento temporaneo del Presidente del Consiglio
 i ministri senza portafogli, non sono proposti a nessun dicastero ma esercitano solo le competenze delegate dal Presidente del Consiglio
 i sottosegretari di Stato, coadiuvano il ministro ed esercitano i compiti conferiti loro attraverso decreto ministeriale
 i vice ministri, sono sottosegretari di Stato ai quali viene conferita una delega di particolare ampiezza; debbono essere approvati dal Consiglio dei Ministri su proposta del Presidente del Consiglio.

5. La formazione del Governo: la prassi prima e dopo il sistema maggioritario

In costanza del sistema elettorale proporzionale, le elezioni non determinavano una coalizione vincente, ma soltanto i seggi che spettavano a ciascun partito in Parlamento. Attraverso valutazione ex post si individuava la coalizione che avrebbe sostenuto il Governo e la personalità politica idonea a svolgere il ruolo di Presidente del Consiglio.

Il procedimento di formazione del Governo veniva quindi aperto con le c.d. consultazioni da parte del Presidente della Repubblica (con gli ex Presidenti della Repubblica, i Presidenti delle Camere, i leaders delle forze politiche), per scegliere un Presidente del Consiglio che avesse poi la possibilità di formare un nuovo Governo. Era anche prassi attribuire un mandato esplorativo ad una personalità super partes (es. il Presidente del Senato) per effettuare i sondaggi tra le forze politiche per poi riferire al Presidente prima dell'attribuzione dell'incarico. Così com'era anche prassi attribuire un pre-incarico a colui che si riteneva sarebbe stato il Premier. Questi accettava con riserva, potendo rinunciare all'incarico qualora avesse verificato l'impossibilità di formare un nuovo Governo, mentre scioglieva la riserva una volta verificata la possibilità di formare un Governo che potesse ottenere la fiducia.

A sua volta doveva svolgere le consultazioni per determinare la compagine ministeriale bilanciando i componenti delle varie forze politiche in relazione al loro peso elettorale. In questo modo il Presidente del Consiglio subiva considerevoli pressioni da parte dei partiti politici in ordine alla scelta dei ministri.

L'introduzione della legge elettorale di tipo proporzionale corretto del 1993 prevedeva una competizione elettorale basata su due coalizioni di partiti all'interno della scheda elettorale insieme all'indicazione del candidato premier.

All'esito della consultazione elettorale, il leader della coalizione vincente diventava di norma anche il Presidente del Consiglio dei Ministri. Per cui le consultazioni del Presidente della Repubblica avvenivano velocemente. Una volta individuato il Presidente del Consiglio e quest'ultimo scioglie la riserva, il Presidente della Repubblica lo nomina con decreto controfirmato dallo stesso Presidente del Consiglio.

Su proposta del Presidente del Consiglio vengono nominati i ministri i quali giurano nelle mani del Presidente della Repubblica. Da questo momento il Governo esiste giuridicamente ma non è nel pieno delle sue funzioni (può svolgere solo attività di ordinaria amministrazione), deve infatti ottenere la fiducia delle Camere.

6. Mozione di fiducia, mozione di sfiducia, questione di fiducia

ART. 94

Il Governo deve avere la fiducia delle due Camere.

Ciascuna Camera accorda o revoca la fiducia mediante mozione motivata e votata per appello nominale.

Entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si presenta alle Camere per ottenere la fiducia.

Il voto contrario di una o d'entrambe le Camere su una proposta del governo non importa obbligo di dimissioni.

La mozione di sfiducia deve essere firmata da almeno un decimo dei componenti della Camera e non può essere messa in discussione prima di tre giorni dalla sua presentazione.

Il Governo neo-nominato entro dieci giorni deve presentarsi alle Camere per ottenere la fiducia. Deve perciò mettere a punto il programma sul quale le Camere esprimeranno la fiducia che deve essere votata per appello nominale, motivata e

votata per scrutinio palese.

Il voto palese ha lo scopo di rendere trasparenti le posizioni dei diversi partiti politici e rafforza l'assunzione di responsabilità che viene effettuata da ciascun Deputato o Senatore.

Con la motivazione della mozione vengono spiegate le ragioni di adesioni al programma di Governo.

Come prescrive l'art. 64 la mozione di fiducia viene votata a maggioranza semplice, cioè a maggioranza dei presenti.

La mozione di sfiducia deve essere firmata da almeno un decimo dei componenti la Camera, è un diritto delle minoranze, e non può essere messa in discussione prima di tre giorni dalla sua presentazione per evitare colpi di mano da parte delle stesse minoranze.

La Costituzione considera che l'indirizzo politico si formi nel Governo nella sua collegialità e pertanto non prevede la possibilità di una mozione di sfiducia individuale diretta al singolo ministro (possibilità invece prevista dal regolamento della Camera).

Le norme dei regolamenti parlamentari disciplinano uno strumento che incide sul rapporto fiduciario tra Governo e Parlamento: la questione di fiducia.

Viene posta dal Governo su di una legge o su di un articolo di una legge e consiste nel legare alla sua approvazione la permanenza in carica del Governo. Il voto contrario su quella legge produce come effetto la sfiducia al Governo e le conseguenti dimissioni. Si vota a scrutinio palese, inoltre nel momento in cui la questione di fiducia viene posta, se sulla norma oggetto della questione erano stati posti emendamenti, questi decadono. Costituisce uno strumento in mano al Governo per superare sia eventuali situazioni di ostruzionismo parlamentare (attraverso la proposizione da parte delle minoranze ad esempio di moltissimi emendamenti), sia per compattare la propria maggioranza, evitando, attraverso il voto palese, i c.d. franchi tiratori.

Per contro l'eccessivo ricorso alla questione di fiducia svilisce il dibattito parlamentare, poiché il Parlamento si riduce ad essere l'organo di registrazione di decisioni prese esclusivamente in sede governativa. E' tipico dei Governi deboli - con maggioranze incerte in Parlamento - l'utilizzo troppo frequente della questione di fiducia. L'uso eccessivo della questione di fiducia crea tensioni all'interno della propria maggioranza (oltreché dell'opposizione che subisce l'effetto "ghigliottina" del dibattito) e, alla fine indebolisce sempre di più il Governo che vi ricorre.

7. La crisi di Governo

La crisi si apre con le dimissioni del Governo nelle mani del Presidente della Repubblica.

La crisi parlamentare, l'unica prevista dalla Costituzione, si verifica quando al Governo non viene concessa la fiducia iniziale, o la fiducia inizialmente concessa, nel corso della vita del Governo viene "ritirata" a seguito dell'approvazione di una mozione di sfiducia.

Si svolge in Parlamento a seguito di un dibattito e di un voto palese. I partiti decidono di togliere la fiducia al Governo e il Presidente della Repubblica che dovrà gestire la crisi può formare un nuovo Governo o decidere lo scioglimento delle Camere. A seguito di un voto di sfiducia il Presidente del Consiglio ha l'obbligo giuridico di dimettersi, perché si è ormai formalizzato che tra Parlamento e Governo non sussiste più la necessaria relazione fiduciaria.

La crisi extraparlamentare avviene a seguito delle dimissioni del Governo non conseguenti ad un voto di sfiducia. Le ragioni sono da ricollegarsi normalmente al ritiro dell'appoggio di uno o più dei partiti che formano la coalizione governativa, tanto che, senza quel partito o quei partiti, al Governo viene a mancare la maggioranza in Parlamento. Il Presidente del Consiglio dei Ministri, anche se non ha l'obbligo giuridico di dimettersi, di fatto è impossibilitato a portare avanti il programma di Governo essendo privo di maggioranza. In questi casi è molto frequente che il Presidente della Repubblica provveda a rinviare il Governo alle Camere per chiedere un voto di fiducia al Parlamento, al fine di ricondurre la crisi al suo modello tipico costituzionale. Il rinvio alle Camere può avere ricompattare la maggioranza o può decidere di continuare ad appoggiare il Governo o il rinvio si può concludere con un voto di sfiducia, il Presidente potrà trarre indicazioni per la soluzione della crisi di Governo. Si dice in questi casi che il Presidente della Repubblica parlamenta rizza la crisi, utilizza cioè i poteri per ricondurre la crisi nell'ambito del modello costituzionalmente previsto.

Il rimpasto di Governo si contraddistingue dalla crisi di Governo, sostituisce uno o più ministri dimissionari. In questi casi il Presidente del Consiglio assume ad interim cioè temporaneamente quel ministero il cui ministro è venuto meno, in attesa di provvedere alla sua sostituzione.

Il Presidente del Consiglio non ha l'obbligo di dimissioni, né vi è l'obbligo di un nuovo voto di fiducia da parte delle Camere. Questo perché il voto di fiducia è espresso dal Parlamento sul programma di Governo e non sulla sua composizione, e in ogni caso il Parlamento ha sempre la possibilità di proporre una mozione di sfiducia a seguito del rimpasto.

Il Governo dimissionario rimane in carica sino alla formazione di un nuovo Governo, anche se non è nel pieno dei suoi poteri dato che la fiducia parlamentare è stata tolta, o comunque, nel caso di crisi extraparlamentare, si presume che non sia sussistente. Sono limitati agli adempimenti costituzionalmente necessitati, mentre atti che importano esercizio di discrezionalità politica non dovrebbero essere consentiti in questa fase.

La crisi di Governo può essere risolta dal Presidente della Repubblica o con l'incarico ad un nuovo Presidente del

Consiglio che provveda alla formazione di un nuovo Governo o attraverso lo scioglimento anticipato delle Camere e la conseguente indicazione di nuove elezioni.

La nostra forma di Governo si basa sul rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo, e l'obiettivo principale dei meccanismi costituzionali previsti per risolvere la crisi tende proprio a ricostruire questo rapporto fiduciario che giustifica la nomina di un Presidente del Consiglio diverso da quello indicato come leader nella scheda elettorale. Inoltre se il Presidente riesce ad individuare una personalità che, senza sciogliere le Camere, possa formare un Governo che possa ottenere la fiducia del Parlamento e dunque ristabilire così la regolarità costituzionale, tale potere costituzionale è certamente da considerarsi superiore rispetto ad una legge ordinaria quale quella elettorale. La prassi sia recente che quella risalente nel tempo conferma questa interpretazione.

8. La responsabilità dei ministri

Da un punto di vista della responsabilità civile e amministrativa, ai ministri si applica il principio posto dall'art. 28 della Costituzione. Possono essere considerati responsabili sia da privati cittadini per danni conseguenti ad atti compiuti in violazione di diritti, e in tal caso lo Stato è responsabile solidalmente con il ministro sia considerati responsabili per danni verificatisi in conseguenza del loro operato, nei confronti dello Stato, ipotesi di danno c.d. erariale rispetto il quale esiste la giurisdizione speciale della Corte dei Conti.

I ministri sono anche responsabili penalmente per gli atti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni, qualora questi integrino gli estremi c.d. reati ministeriali. I reati ministeriali consistono in reati comuni (contro la pubblica amministrazione) ma posti in essere dai ministri nell'esercizio delle proprie funzioni. Occorre quindi un nesso funzionale tra l'attività svolta dal ministro e il reato posto in essere.

La legge costituzionale 16 gennaio 1989 n. 1 prevede che sia la magistratura ordinaria, previa autorizzazione da parte della Camera di appartenenza, a giudicare se il ministro è anche parlamentare - o del Senato se il ministro non è un parlamentare.

Competente a svolgere le indagini preliminari, è un collegio giudiziario istituito presso il Tribunale del capoluogo del distretto di Corte di Appello competente per territorio, composto da tre magistrati estratti a sorte ogni due anni. E' competente a richiedere l'autorizzazione a procedere alla Camera (o al Senato) che potrà negarla, a maggioranza assoluta, solo se il ministro "abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante o per perseguimento di un preminente interesse pubblico. Qualora l'autorizzazione venga concessa, competente a giudicare è il Tribunale del distretto di Corte di Appello competente per territorio, quindi non un giudice speciale.

9. Le funzioni del Governo: i principali settori nei quali si svolge l'indirizzo politico

L'attuazione dell'indirizzo politico del Governo si svolge con varie modalità, attraverso sia l'esercizio di poteri condivisi con altri organi costituzionali, sia attraverso l'esercizio di poteri propri.

Costituiscono poteri condivisi con altri organi costituzionali:

- i poteri del Governo nei confronti del Parlamento nell'ambito del procedimento legislativo (potere di iniziativa legislativa, poteri che intervengono nella fase della programmazione dei lavori, poteri vari di intervento nel procedimento. Alcuni elementi di rafforzamento del potere del Governo si sono poi realizzati attraverso le riforme dei regolamenti parlamentari;

- i poteri relativi alla politica di bilancio e finanziaria: la politica di bilancio e finanziaria costituisce uno degli strumenti principali per l'attuazione dell'indirizzo politico. L'Unione Europea determina a monte le linee guida all'interno delle quali gli Stati membri dovranno effettuare i loro interventi di programmazione economica e controlla a valle la coerenza degli interventi. Il Governo elabora il Documento di economia e finanza (DEF) e lo presenta per l'approvazione al Parlamento.

- La politica estera: si sostanzia principalmente nella stipula di trattati internazionali, nelle relazioni diplomatiche con gli Stati, nella partecipazione dello Stato italiano ad organismi internazionali. Questa attività è fortemente concentrata sul Governo, il Parlamento svolge un'attività di indirizzo e di controllo.

Costituiscono poteri propri del Governo:

- l'esercizio del potere normativo viene esercitato attraverso decreti legge e decreti legislativi, che atti secondari, come l'esercizio del potere regolamentare. Il Governo adotta sotto la sua responsabilità tali atti e sono dunque espressione di un indirizzo politico autonomo del Governo. Il potere regolamentare è stato poi rafforzato dalla legge n. 400 del 1988 e sue successive modificazioni allo scopo di rendere più facilmente attuabile l'indirizzo politico governativo;

- l'attività di direzione dell'amministrazione statale

10. Il Governo come "organo esecutivo": il problema della continuità o della separazione con l'amministrazione

Il Governo è anche al vertice dell'apparato amministrativo dello Stato, ed ogni ministro è a capo di una struttura

amministrativa complessa che ha la funzione di tradurre in provvedimenti concreti gli atti di indirizzo espressione delle scelte politiche.

L'attività amministrativa consiste nel provvedere attraverso provvedimenti amministrativi alla cura degli interessi pubblici determinati dalla norma. Nell'attuazione concreta di questi principi la Pubblica Amministrazione esercita delle scelte guidate dalla c.d. discrezionalità amministrativa, valutando gli interessi pubblici e privati in gioco e tutelando l'interesse pubblico determinato dalla norma, con il minor sacrificio possibile per l'interesse privato.

Al Governo fanno capo sia l'attività di indirizzo politico, attraverso la quale si esercitano liberamente le grandi scelte politiche, che l'attività amministrativa, attraverso la quale si esercita la discrezionalità amministrativa per attuare quelle scelte

Il rapporto tra amministrazione e Governo (collegamento organizzativo tra attività politica e attività amministrativa) può essere configurato in termini di continuità o di separazione .

Nel modello che si ispira alla continuità tra politica e amministrazione il ministro costituisce il vertice dell'amministrazione ed opera attraverso un sistema di uffici a lui legati da un rapporto di gerarchia. Questo gli consente di dare ordini, ed eventualmente avocare (?) a sé una competenza o un atto. Ne consegue che il ministro è direttamente responsabile giuridicamente e politicamente anche degli atti dell'amministrazione, e l'amministrazione deve necessariamente uniformarsi alla volontà del vertice politico. L'apparato amministrativo è quindi fortemente condizionato dalla politica che può condizionare le carriere dei funzionari con il rischio che l'apparato amministrativo sia della sola maggioranza.

La separazione distingue meglio tra politica e amministrazione tra attività di indirizzo e attività di gestione. Infatti al Governo spetta la determinazione degli obiettivi e dei programmi da realizzare e la verifica dei risultati conseguiti. All'amministrazione - ed in particolare ai dirigenti - spetta attuare questi indirizzi attraverso atti concreti, sapendo che poi saranno valutati rispetto al raggiungimento degli obiettivi. Il ministro non può sostituirsi alla burocrazia amministrativa nell'emanazione dei provvedimenti concreti, poiché il suo compito è quello di fissare gli indirizzi generali che l'amministrazione dovrà perseguire. In questa impostazione il rischio si traduce a una maggiore difficoltà nel ricondurre la responsabilità della Pubblica amministrazione alla responsabilità politica del vertice dell'amministrazione.

11. I principi costituzionali: imparzialità e buon andamento della Amministrazione

Qual è stata dunque la scelta effettuata dalla Costituzione per definire i rapporti tra politica e amministrazione? La Costituzione contempla entrambi i modelli, anche se il principio della separazione sembra delineato con maggior nettezza. L'art. 95 presuppone che al vertice dell'amministrazione statale vi sia il presidente del Consiglio:

ART. 95

Il Presidente del Consiglio... mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo promuovendo e coordinando l'attività dei ministri.

Tuttavia, la legge n. 400 del 1988 e successive modifiche, all'art. 2 specifica che il Consiglio dei Ministri determina "l'indirizzo generale dell'azione amministrativa", mentre non emana atti di natura provvedimentoale che spettano invece all'apparato amministrativo.

L'art. 97 della Costituzione, detta i principi sull'organizzazione e sull'attività dell'amministrazione. Tale norma stabilisce una riserva di legge relativa all'organizzazione degli uffici pubblici che devono essere organizzati:

ART. 97

...in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità della amministrazione.

Dal principio dell'imparzialità dell'azione amministrativa la Corte costituzionale impone la separazione tra politica e amministrazione, tra l'azione del Governo legata agli interessi di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza, e l'amministrazione che deve agire senza distinzione di parti politiche, al fine di perseguire le finalità pubbliche (Cortecost. N. 453 del 1990).

Un ulteriore conferma si trova nell'art. 98 della Costituzione che precisa che:

ART. 98

I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione.

i quali devono agire non nell'interesse di una parte politica ma dell'intera collettività.

Da un punto di vista organizzativo questo principio importa che l'accesso al rapporto di lavoro con la Pubblica amministrazione deve avvenire attraverso il pubblico concorso, che costituisce un meccanismo di selezione tecnico e neutrale dei più capaci per la composizione di organi chiamati ad esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità e al servizio esclusivo della nazione e non di una parte politica.

CAPITO IV

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

1. Il Presidente della Repubblica nella forma di Governo parlamentare: introduzione

In ogni organizzazione statale esiste un capo dello Stato. Alle origini il capo dello Stato assommava su di sé le tre funzioni dello Stato (legislativo, esecutivo e giudiziario). Progressivamente ha perso le funzioni legislative e giudiziarie e in ultimo quelle connesse all'esercizio del potere esecutivo (nelle forme di governo parlamentari). I poteri del Presidente della Repubblica nella Costituzione italiana costituiscono la risultante della forma di Governo prescelta (forma parlamentare). Il Presidente può essere definito come garante della Costituzione, o, in una accezione più ampia come garante della regolarità costituzionale, o ancora come garante del buon andamento delle relazioni tra gli organi costituzionali, escludendo comunque che esso, all'interno dell'attuale Costituzione, sia portatore di un proprio indirizzo politico.

2. L'elezione del Presidente della Repubblica

Gli artt. 83-91 disciplinano le modalità di elezione, i poteri e le funzioni del Presidente della Repubblica.

La nostra forma di governo è di tipo parlamentare e, in quanto tale, il ruolo centrale spetta al Parlamento, ma prevede, a tutela dell'equilibrio del potere, al vertice dello Stato una figura prestigiosa, in grado di rappresentare l'unità nazionale e di garantire il rispetto della Costituzione.

Il nostro Capo dello Stato è, dunque, un organo imparziale e apolitico, che non concorre a determinare la politica generale del Paese, né esercita funzioni attive di governo, ma vigila sugli organi di vertice dello Stato, affinché nessuno prevalga sugli altri, verificando altresì che Governo e Parlamento osservino i principi e i valori fondamentali sanciti dalla Costituzione.

ART. 83

Il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento in seduta comune dei suoi membri.

All'elezione partecipano tre delegati per ogni Regione eletti dal Consiglio regionale in modo che sia assicurata la rappresentanza delle minoranze. La Valle d'Aosta ha un solo delegato.

L'elezione del Presidente della Repubblica ha luogo per scrutinio segreto a maggioranza di due terzi dell'assemblea. Dopo il terzo scrutinio è sufficiente la maggioranza assoluta.

La modalità di elezione del Presidente della Repubblica è indiretta, ed è logica conseguenza della forma di governo di tipo parlamentare. Specialmente se collegata a maggioranze ampie, ha la funzione di non legare strettamente il Presidente a un partito e quindi a un programma politico. L'indirizzo politico è infatti prerogativa del Governo e del Parlamento.

La seconda scelta effettuata dalla Costituzione riguarda la composizione del Parlamento in seduta comune, seicentotrenta deputati e trecentoquindici senatori a cui si aggiungono tre rappresentanti delle Regioni (uno per la Valle d'Aosta), una rappresentanza regionale molto modesta non in grado di spostare gli equilibri delle Camere, ma che contribuisce a rendere ancora meno collegiale l'elezione del Presidente ad un determinato politico.

La Costituzione richiede una maggioranza qualificata per le prime tre votazioni (i due terzi dei componenti dell'Assemblea), allo scopo di rendere il Presidente della Repubblica espressione di una maggioranza più ampia di quella richiesta per sostenere il Governo, in collegamento con le funzioni di garanzia che il Presidente è chiamato a svolgere. Dopo i primi tre scrutini è invece sufficiente la maggioranza assoluta (metà + 1 dei componenti dell'Assemblea).

Il procedimento di votazione previsto è lo scrutinio segreto, che garantisce l'assoluta segretezza (e, di conseguenza, l'assoluta libertà) della scelta dell'elettore, consentendogli di votare anche in maniera diversa dalle indicazioni ricevute dal partito, sebbene, nella realtà dei fatti, il Presidente della Repubblica sia diretta espressione di accordi tra le forze politiche presenti in Parlamento.

ART. 85

Il Presidente della Repubblica è eletto per sette anni.

Trenta giorni prima che scade il termine, il Presidente della Camera dei deputati convoca in seduta comune il Parlamento e i delegati regionali, per eleggere il nuovo Presidente della Repubblica.

Se le Camere sono sciolte, o manca meno di tre mesi alla loro cessazione, l'elezione ha luogo entro quindici giorni dalla riunione delle Camere nuove. Nel frattempo sono prorogati i poteri del Presidente in carica.

Il Presidente della Repubblica dura in carica sette anni, a differenza del Parlamento, il cui mandato è fissato a soli cinque anni. I motivi di tale scelta risiedono, da una parte, nell'esigenza di svincolare il Capo dello Stato dalla maggioranza che lo ha eletto, poiché la sua figura è super partes rispetto alle parti politiche.

La Costituzione non vieta espressamente che il Capo dello Stato, alla scadenza del mandato, possa essere rieletto (2013 Napolitano).

Trenta giorni prima della scadenza del settennato il Presidente della Camera convoca il Parlamento in seduta Comune, integrato dai delegati regionali, per procedere all'elezione del nuovo Presidente della Repubblica. Lo scopo è quello di evitare ipotesi di prorogatio del Presidente e di procedere quindi, in condizioni normali, alla sua sostituzione anteriormente alla scadenza. L'unica ipotesi di prorogatio può verificarsi nel caso in cui, nel periodo in cui il Presidente cessa le sue funzioni, le Camere siano sciolte o manchino meno di tre mesi al loro scioglimento (quindi politicamente depotenziate). Allora l'elezione del Presidente della Repubblica ha luogo entro quindici giorni dalla riunione delle Camere nuove, mentre nel frattempo sono prorogati i poteri del Presidente in carica.

Le Camere sciolte (o prossime allo scioglimento) non possono eleggere il Capo dello Stato, poiché potrebbero non essere più rappresentative agli elettori.

ART. 91

Il Presidente della Repubblica, prima di assumere le sue funzioni, presta giuramento di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione dinanzi al Parlamento in seduta comune.

Con il giuramento dinanzi al Parlamento in seduta comune, il Capo dello Stato assume la carica presidenziale. In questa occasione, egli rivolge alle Camere un messaggio, detto introduttivo o di insediamento, con cui espone il modo in cui intende svolgere il mandato. Si tratta di un messaggio in forma orale, a differenza dei tipici messaggi presidenziali che sono, invece, trasmessi in forma scritta al Parlamento.

ART. 86

Le funzioni del Presidente della Repubblica, in ogni caso che egli non possa adempierle, sono esercitate dal Presidente del Senato.

In caso di impedimento permanente o di morte o di dimissioni del Presidente della Repubblica, il Presidente della Camera dei deputati indica l'elezione del nuovo Presidente della Repubblica entro quindici giorni, salvo il maggior termine previsto se le Camere sono sciolte o manca meno di tre mesi alla loro cessazione.

Questa disposizione prevede l'istituto della supplenza, cioè la sostituzione del titolare di un ufficio con un altro soggetto, quando il primo sia assente o impedito.

I casi in cui il Presidente della Repubblica non può assolvere le sue funzioni possono riguardare sia impedimenti permanenti, qualora sia affetto da un'infermità irreversibile, o sia stato dichiarato decaduto dalla carica, in seguito a una condanna della Corte costituzionale per alto tradimento e attentato alla Costituzione; sia impedimenti temporanei, in casi di malattia non guaribile in breve tempo o di viaggio all'estero.

In tali ipotesi, così come in caso di morte o di dimissioni, spetta al Presidente del Senato la funzione di supplente del Capo dello Stato, mentre, in armonia con il principio di equilibrio dei poteri, il Presidente della Camera dei deputati è chiamato ad indire l'elezione per il nuovo Presidente e presiede il Parlamento in seduta comune.

(Il Presidente Segni fu colpito da ictus nel 1964 ed era quindi incapace di accertare il proprio impedimento, fu deciso d'intesa tra i Presidenti di Camera, Senato e del Consiglio che avviò la supplenza. Segni poi riuscì a scrivere una lettera di

dimissioni così il Presidente della Camera poté indire nuove elezioni).

Si ritiene che per correttezza costituzionale il Presidente del Senato investito della supplenza, debba limitarsi a svolgere funzioni di ordinaria amministrazione, astenendosi ad effettuare le consultazioni per la formazione di un nuovo Governo o procedere allo scioglimento delle Camere.

3. la controfirma ministeriale

ART. 89

Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità.

Gli atti che hanno valore legislativo e gli altri indicati dalla legge sono controfirmati anche dal Presidente del Consiglio dei ministri.

Gli atti del Presidente della Repubblica devono essere controfirmati dal Presidente del Consiglio o dai singoli ministri, i quali, in sostanza, devono apporre la loro firma, dopo quella del Presidente, su tutti gli atti di questi emanati per conferire a essi validità ed efficacia.

La controfirma assume il carattere di atto polifunzionale in relazione all'individuazione del potere espresso dall'atto (del Presidente o del Ministro) e dell'attribuzioni del controllo (Presidente o Ministro) e dell'attribuzione del controllo (Presidente o Ministro) che, di conseguenza, conferisce una valenza diversa all'atto:

negli atti formalmente e sostanzialmente presidenziali ove la responsabilità politica dell'atto ricade sul Presidente (es. atti di nomina di senatori a vita o dei giudici della Corte costituzionale o atti di autorizzazione e controllo, autorizzazione di disegni di legge alle Camere, il rinvio della legge, o atti di esternazione come i messaggi alle Camere e le esternazioni non formali) in questi casi la controfirma del ministro competente assume una funzione di controllo, tesa ad accertare la legittimità dell'atto;

negli atti formalmente presidenziali e sostanzialmente governativi, il contenuto è discrezionalmente determinato dal Governo, mentre la forma è imputabile al Presidente. Come ad esempio i decreti presidenziali (decreti legge, decreti legislativi, regolamenti governativi) o la nomina dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio in cui è il Presidente che esercita un controllo di legittimità;

negli atti complessi in cui può considerarsi, paritaria, trattandosi di atti cd. Dumvirali (es. scioglimento delle Camere, nomina del Presidente del Consiglio). La controfirma attesta la convergenza, formale e sostanziale del Governo, rispetto alla volontà del Presidente.

4. I poteri nei confronti del Parlamento

ART. 87

Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale.

Può inviare messaggi alle Camere.

Indice le elezioni delle nuove Camere e ne fissa la prima riunione.

Autorizza la presentazione alle Camere dei disegni di legge di iniziativa del Governo.

Promulga le leggi ed emana i decreti aventi valore di legge e i regolamenti.

Indice il referendum popolare nei casi previsti dalla Costituzione.

Nomina, nei casi indicati dalla legge, i funzionari dello Stato.

Accredita e riceve i rappresentanti diplomatici, ratifica i trattati internazionali, previa, quando occorra, l'autorizzazione delle Camere.

Ha il comando delle Forze armate, presiede il consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge, dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere.

Presiede il Consiglio superiore della Magistratura.

Può concedere grazie e commutare le pene.

Conferisce le onorificenze della Repubblica.

Il Presidente della Repubblica non detiene nessuno dei tre poteri tradizionali dello Stato, ma, in veste di garante della costituzione, esercita funzioni che lo mettono, di volta in volta, in relazione col potere legislativo, con l'esecutivo e con quello giudiziario: ciò spiega perché tutti i suoi atti (meno quelli emanati in veste di Presidente di un collegio, come ad esempio la Presidenza del Consiglio Superiore della Magistratura), devono essere sempre controfirmati da un Ministri di cui (per gli atti governativi) si assume la responsabilità politica.

Il Presidente della Repubblica ha vari poteri nei confronti del Parlamento. Ha il potere di convocare le Camere, di promulgare la legge e rinviarla al Parlamento, nomina cinque senatori a vita, può inviare messaggi alle Camere.

ART. 88

Il Presidente della Repubblica può, sentiti i loro Presidenti, sciogliere le Camere o anche una sola di esse. Non può esercitare tale facoltà negli ultimi sei mesi del suo mandato, salvo che essi coincidano in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura.

La Costituzione attribuisce al Presidente della Repubblica, nella sua veste di organo super partes, il potere di scioglimento anticipato delle Camere, subordinandolo a tre condizioni fondamentali:

- che siano ascoltati i Presidenti delle due Camere, i quali esprimono quindi un parere obbligatorio, ma non vincolante;
- che il Presidente non si trovi negli ultimi sei mesi del suo mandato, a meno che tale periodo, detto semestre bianco, non coincida in tutto o in parte con gli ultimi sei mesi della legislatura;
- che l'atto sia controfirmato dal Presidente del Consiglio, quindi la volontà del Governo e volontà del Presidente debbono coincidere..

I casi di scioglimento anticipato sino ad oggi verificatisi possono essere ricondotti sostanzialmente a tre tipi di circostanze:

- gli scioglimenti tecnici, dovuti all'iniziale diversa durata delle due Camere, fino all'equiparazione della loro durata; la constatazione dell'impossibilità per le forze politiche presenti in un certo momento in Parlamento di formare una maggioranza in grado di attribuire la fiducia a un Governo e consentirgli di governare;
- la perdita di rappresentatività del Parlamento evidenziata da eventi politici particolarmente significativi, come, ad esempio, il risultato fortemente negativo di una consultazione referendaria nella quale il Parlamento aveva giocato un ruolo negativo fondante o a seguito delle elezioni amministrative svoltesi in tutta Italia si delinei, in maniera netta, una maggioranza politica diversa rispetto a quella presente in Parlamento (1994 il Presidente Scalfaro sciolse le Camere perché le elezioni amministrative nel paese avevano dato esiti diversi rispetto alle precedenti elezioni politiche - anche se fu molto criticato).

5. I poteri nei confronti del Governo

Il Presidente svolge un ruolo fondamentale nel momento della nascita del Governo, la costituzione gli attribuisce infatti il potere di nominare il Presidente del Consiglio dei ministri e su proposta di questi i ministri. Il potere di nomina è condizionato sia dal sistema dei partiti, dal sistema elettorale e da situazioni di emergenza e di eccezionalità che possono restringere o allargare i suoi poteri (vedi il Governo Monti, da molti definito come il governo del Presidente Napolitano, insediato all'indomani delle dimissioni del Presidente Berlusconi nell'ambito di una grave situazione economica e in particolare l'elevatissimo differenziale di spread tra i titoli di Stato italiano e quelli tedeschi, che si riteneva dovuto alla debolezza politica e alla scarsa credibilità internazionale del Governo Berlusconi).

La nomina dei ministri invece costituisce un atto sostanzialmente governativo, perché è il Presidente del Consiglio che sceglie la squadra di Governo, anche se il Presidente può suggerire e consigliare.

Alcuni poteri sono di controllo come l'autorizzazione alla presentazione dei disegni di legge di iniziativa governativa alle Camere, l'emanazione degli atti con forza di legge e dei regolamenti (nel caso Englaro il Presidente Napolitano inviò una lettera al Presidente del Consiglio che precisava che in tema di diritti della persona il ricorso al decreto legge appariva soluzione inappropriata; che il potere del Presidente di non emanare un decreto manifestamente contrastante con i principi costituzionali discende dalla natura di garanzia istituzionale che la Costituzione conferisce al Capo dello Stato).

Nel momento della crisi di Governo, quando il Presidente del Consiglio presenta le proprie dimissioni al Presidente della Repubblica, questi può in primo luogo respingere le dimissioni e rinviare il Governo alle Camere per un voto di fiducia. Il rinvio alle Camere serve per palamentizzare una crisi nata come extraparlamentare ed ottenere indicazioni per la successiva gestione della crisi. Se il Presidente accetta le dimissioni può procedere alla nomina di un nuovo Presidente del Consiglio o può sciogliere le Camere.

Il Presidente ha il potere di nomina dei funzionari dello Stato, l'accreditamento dei diplomatici e la ratifica dei trattati internazionali.

Ha inoltre il comando delle forze armate e la presidenza del Consiglio supremo di difesa, al quale spetta l'esame dei problemi generali politici e tecnici attinenti alla difesa nazionale. Ha il potere di dichiarare lo Stato di guerra deliberato dalle Camere.

6. I poteri nei confronti dell'ordine giudiziario e della Corte costituzionale

Presiede il CSM ma si tratta di una funzione principalmente formale, perché le attività materiali di guida del CSM sono

normalmente svolte dal vice Presidente. Gli atti non sono controfirmati.

Devono essere emanati con decreto presidenziale gli atti di nomina e conferimento di incarichi direttivi a magistrati ordinari, amministrativi e militari e controfirmati dal Ministro della giustizia. Sono solo formalmente presidenziali, posto che la competenza in ordine a nomine e conferimento di incarichi direttivi è di spettanza del CSM.

Mentre il Presidente non si occupa degli adempimenti ordinari del CSM, può intervenire su delicate questioni di equilibrio tra i poteri nelle quali sia coinvolto l'ordine giudiziario.

Spetta poi di nominare cinque giudici della Corte costituzionale. Ha la funzione di equilibrare la componente di nomina politica e la componente di nomina giurisdizionale con personalità che, siano tendenzialmente separate dalla politica e d'altra parte non facciano parte dell'ordine giudiziario.

7. Il potere di esternazione

Accanto ai poteri di intervento costituzionalmente codificati nei confronti del Parlamento, del Governo e dell'ordinamento giudiziario, la dottrina riconosce al Presidente, e la prassi avvalorata, l'esistenza di un generale potere di esternazione, cioè la possibilità di esprimere pubblicamente il proprio pensiero.

La Costituzione prevede in realtà un solo caso di esternazione: il messaggio motivato alle Camere (art. 87 2° comma) che avrebbe la funzione di richiamare l'attenzione del Parlamento su tematiche di rilievo costituzionale.

Di questo potere poco usato nella prassi si è tratto il fondamento costituzionale del generale potere del Presidente di esternare il proprio pensiero attraverso i c.d. messaggi alla Nazione, i discorsi pubblici, le interviste, ecc.

Gli atti compiuti in attuazione del potere di esternazione non sono controfirmati ed è opportuno che questo potere venga esercitato con estrema prudenza.

Diverso è invece il c.d. moral suasion, vale a dire il potere di persuasione, essenzialmente composto di attività informali, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l'impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato

8. Il potere di grazia

Con il potere di grazia il Presidente può estinguere o diminuire la pena. Si tratta di un provvedimento individuale e per questo si differenzia sia dall'amnistia che dall'indulto, che la Costituzione attribuisce alla legge del Parlamento da approvarsi con la maggioranza dei due terzi. Queste leggi si rivolgono a fattispecie di reato. L'amnistia estingue il reato, mentre l'indulto estingue soltanto la pena.

L'organizzazione della forma di Governo è basata sul principio della separazione dei poteri e poiché la grazia va ad incidere su un provvedimento giurisdizionale definitivo, per non ledere troppo il principio di separazione dei poteri, il suo esercizio deve essere di natura eccezionale (ragioni di tipo umanitario).

La Corte costituzionale ha qualificato questo potere come un potere proprio del Presidente (atto formalmente e sostanzialmente presidenziale) ne consegue che la concessione della grazia non risponde a ragioni di politica giurisdizionale che sono proprie dell'indirizzo politico (il Governo).

9. la responsabilità del Presidente della Repubblica

ART. 90

Il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione.

In tali casi è messo in stato di accusa dal parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri.

La norma è poi integrata dall'art. 134 che prevede che sia la Corte costituzionale a giudicare sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica.

Il Capo dello Stato non è responsabile degli atti leciti che commette nell'esercizio delle sue funzioni: la Costituzione ha garantito la più ampia libertà d'azione nello svolgimento della sua attività (responsabilità politica). Tale libertà, tuttavia, non può essere garantita illimitatamente, poiché il Capo dello Stato non può essere considerato irresponsabile per quegli atti che mettono in pericolo l'esistenza della Repubblica (responsabilità giuridica). Per questo motivo sono esplicitamente previsti i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione.

Per l'alto tradimento si intende un comportamento doloso, voluto e intenzionale, che viola il giuramento di fedeltà alla Repubblica, cui è tenuto il Capo dello Stato, come ad esempio favorire un'attività volta a distruggere l'integrità o l'indipendenza dello Stato, disgrega nolo o esponendolo al pericolo di dominazione da parte di potenze straniere.

L'attentato alla Costituzione è una figura più generica, in cui rientra, senza specificazioni, qualsiasi attività dolosa diretta a sovvertire le istituzioni o a violare la Costituzione, come ad esempio l'organizzazione di un colpo di Stato per instaurare una dittatura..

Per tali reati il Presidente della Repubblica viene messo in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune (la

deliberazione del Parlamento è preceduta da un'attività di indagine da un comitato che ha compiti istruttori: può disporre intercettazioni o perquisizioni ad esempio, e presenta poi una relazione al Parlamento) e giudicato dalla Corte costituzionale in cui intervengono oltre i giudici della Corte, anche sedici membri tratti a sorte da un apposito elenco di cittadini. La Corte costituzionale in composizione integrata conclude il processo con una sentenza che può essere di condanna o di assoluzione.

Per gli atti non compiuti nell'esercizio delle funzioni presidenziali, la responsabilità del Capo dello Stato è identica a quella di qualsiasi altro cittadino.

10. Il ruolo complessivo del Presidente nella forma di Governo

I poteri del Presidente della Repubblica sono numerosi e molto flessibili. Pur non essendo delineato dalla Costituzione come il supremo reggitore dello Stato, i poteri del Presidente possono espandersi notevolmente in periodi di crisi e quando il circuito costituzionale si blocca, per poi affievolirsi nuovamente quando le relazioni tra gli organi costituzionali rientrano nella normalità costituzionale.

CAPITOLO V

L'ORDINAMENTO REGIONALE

1. Stato accentratore, Stato Federale e Stato regionale: alcune distinzioni preliminari

La classificazione delle forme di Stato in ragione del grado di decentramento un tempo veniva effettuata in base al criterio di distribuzione della sovranità. Si distingueva tra:

Stato unitario accentratore: la sovranità è originaria e l'esercizio dei poteri sovrani (potere legislativo, esecutivo e giudiziario) è incardinato a livello centrale, scarso era il decentramento di funzioni amministrative che tuttavia erano indirizzate e coordinate dal centro (esempio classico di questo modello organizzativo era quello francese);

Stato federale: unione di stati ciascuno dotato di sovranità originaria e caratterizzato dall'esercizio dei poteri sovrani. La Federazione degli Stati che li unisce deriva da un accordo internazionale e non da una Costituzione, poiché ciascun stato essendo sovrano, è libero di aderire o non aderire a quell'accordo. Esempio classico di questo modello sono gli USA, quando le colonie inglesi acquisirono l'indipendenza dall'Inghilterra e decisero di unirsi in una confederazione, che si è poi trasformata in una federazione. La Costituzione prevede un riparto di competenze tra Stato centrale e Stati membri.

Stato regionale: lo Stato è sovrano, l'autonomia è derivata dallo Stato. Questi modelli prevedono una serie di controlli dello Stato nei confronti delle Regioni (modello classico è dato dalla Costituzione italiana del 1948, prima delle modifiche costituzionali del 2001).

La cultura dell'ottocento e della prima metà del novecento aveva esaltato il dogma della sovranità dello Stato (potere di dichiarare la guerra e firmare la pace, fare leggi e farle rispettare, imporre tributi, amministrare la giustizia).

Negli Stati costituzionali contemporanei la sovranità invece non preesiste nello Stato, perché è distribuita tra organi e istituzioni secondo modalità determinate dalla Costituzione.

Si è allora cercato di distinguere tra Stato federale e Stato regionale secondo la distribuzione di competenze. Si diceva che lo Stato federale è caratterizzato dall'aver i singoli Stati tutte le competenze salvo quelle, espressamente enumerate, riservate allo Stato federale. Negli Stati regionali alle Regioni spetterebbero competenze enumerate, mentre allo Stato spetterebbe la competenza generale.

Inoltre allo Stato federale si attribuisce una seconda Camera rappresentativa delle istanze locali, come anche la partecipazione al procedimento di revisione della Costituzione da parte delle entità autonome, o l'assetto decentrato del sistema fiscale.

Nel corso del tempo questi modelli si sono fortemente ibridati. In generale quasi tutte le forme di Stato sono dotate di strumenti di decentramento e, allo stesso tempo, di strumenti per ricondurre ad unità questo decentramento. Cosicché oggi appare più corrispondente al vero distinguere tra Stati a basso livello di decentramento e Stati ad elevato livello di decentramento, piuttosto che cercare l'elemento in grado di tracciare una linea netta di demarcazione tra un modello e un altro.

2. Le ragioni storiche del regionalismo in Italia

Lo Stato italiano nacque sulla base del modello amministrativo napoleonico, basato sulla concentrazione dei poteri negli apparati centrali e su enti - quali i Comuni - che esercitavano poteri amministrativi sotto il rigoroso controllo del Governo. Dopo la caduta del fascismo, le forze politiche che dovevano dar vita ad un nuovo ordinamento costituzionale guardavano al decentramento (cioè la ripartizione dei poteri tra un'autorità centrale di governo ed enti territoriali autonomi dotati di proprie funzioni e competenze), come uno strumento di garanzia di libertà e democrazia, che consentiva ai cittadini di controllare l'operato di chi governava.

Le ragioni principali della scelta regionalista sono dunque da ricercarsi nell'essere il modello regionale complementare rispetto alle scelte di fondo effettuate dalla Costituzione riguardo al sistema delle libertà e riguardo all'organizzazione, assai bilanciata, della forma di Governo.

La Costituzione distingue tra Regioni a statuto speciale (Sicilia, Sardegna, Valle d'Aosta, Friuli Venezia Giulia, Trentino) che godono di particolari forme di autonomia e poteri conseguenti a statuti approvati con leggi costituzionali e Regioni a statuto ordinario, che sono le altre quindici regioni, il cui grado di autonomia è minore.

Le Regioni si contraddistinguevano da altri enti locali territoriali (Province e Comuni) per l'attribuzione di un potere statutario (potere di auto-organizzazione, seppure entro certi limiti) e di un potere legislativo e quindi politico.

Le Regioni dovevano essere quindi capaci di svolgere una propria funzione politica, mentre gli altri enti locali privi della competenza legislativa, sono qualificabili come enti decentramento amministrativo.

3. il modello regionale nella Costituzione del 1948

La Costituzione del 1948, nel titolo V, delineava un modello di decentramento regionale all'interno del quale le Regioni erano titolari di autonomia legislativa. L'autonomia era di grado diverso per le Regioni a statuto speciale che godevano:

della potestà legislativa esclusiva, cioè per alcune materie previste dallo statuto le Regioni potevano legiferare senza alcun condizionamento dello Stato, salvo alcuni limiti esterni (il limite territoriale, il limite costituzionale, il rispetto degli obblighi internazionali, le grandi riforme economiche sociali della Repubblica, i principi generali dell'ordinamento, l'interesse nazionale);

della competenza concorrente o ripartita (che spettava anche alle Regioni a statuto ordinario) dava la possibilità alle Regioni di legiferare nell'ambito di un elenco di materie stabilito dall'art. 117 della Costituzione;

della competenza attuativa (che spettava anche alle Regioni a statuto ordinario), consisteva nella possibilità per la Regione - se lo Stato avesse voluto - di adattare norme legislative statali alle esigenze proprio del territorio regionale.

In Costituzione il quadro delle funzioni amministrative era più definito. Secondo l'art. 118 sulla base del principio di parallelismo delle funzioni, su tutte le materie che le Regioni avevano competenza legislativa avrebbero dovuto svolgere funzioni amministrative delegando alle Province, ai Comuni o altri enti locali.

Le Regioni erano poi dotate di autonomia finanziaria. Alle Regioni erano attribuiti - con leggi dello Stato - tributi propri e quote di tributi dello erariali. Inoltre per scopi determinati lo stato poteva assegnare per legge a singole Regioni contributi speciali.

Gli atti della Regione - legislativi e amministrativi - erano sottoposti a controlli di legittimità dal "Commissario del Governo" residente nel capoluogo della Regione. In particolare le leggi Regionali venivano sottoposte a un controllo

preventivo da parte del Governo. Gli atti amministrativi regionali erano sottoposti al controllo di un organo decentrato da istituirsi con legge statale.

Questa autonomia fortemente controllata dallo Stato trovava una coerenza nell'art. 5 della Costituzione che promuoveva le autonomie locali ispirandosi al principio del decentramento pur tuttavia senza legittimare un modello di tipo federale (la Repubblica è unica e indivisibile).

4. la difficile attuazione del modello regionale

Le Regioni entrarono in funzione solo nel 1970. Nel 1953 una legge, la c.d. legge "Scelba", aveva previsto che le Regioni non potessero legiferare fin tanto che lo Stato non avesse approvato le c.d. leggi cornice contenenti i principi fondamentali sulle materie di competenza dello Stato.

Una legge del 1970 ha poi abrogato quella disposizione prevedendo che le Regioni potevano legiferare anche se lo Stato non avesse emanato le leggi cornice, traendo i principi dalla legislazione vigente. La Corte costituzionale ha consentito allo Stato di legiferare, nelle materie di competenza regionale, anche nel dettaglio, spettando poi alla Regione di porre nuove norme eventualmente abrogando la normativa di dettaglio statale.

Questo modello produsse l'effetto di rendere la legislazione regionale meramente eventuale, dato che sulle varie materie di competenza regionale era già presente una norma di livello statale.

Inoltre fu introdotto l'ulteriore limite degli obblighi internazionali, che escludeva la competenza regionale - attribuendola allo Stato - laddove vi fosse un problema di attuazione di un obbligo internazionale.

Dall'altro lato le Regioni piuttosto che porsi come enti di snodo tra lo Stato e gli enti territoriali hanno costituito apparati burocratici pesanti e costosi, per esercitare loro stesse le funzioni amministrative anziché delegarle agli enti locali

A cavallo degli anni '90 si ritenne che il sostanziale fallimento dell'esperienza regionale derivasse dal modello costituzionale, che non era stato chiaro sui livelli di autonomia e sul sistema di raccordo tra lo Stato e le Regioni.

5. L'impianto regionale dopo la riforma del titolo V: una visione complessiva

Tra il 1999 e il 2001, con tre leggi costituzionali (la legge n. 1 del 1999, n. 2 e n. 3 del 2001), è stato modificato sostanzialmente il vecchio "Titolo V" della Costituzione.

Si è voluta rafforzare l'autonomia regionale, agendo su

l'autonomia statutaria. Lo statuto delle Regioni è divenuto una fonte che disciplina la forma di Governo regionale, cioè i rapporti tra il Consiglio, la Giunta e il Presidente della Giunta. Disciplina l'organizzazione e il funzionamento della Regione, e gli istituti di partecipazione (referendum e iniziativa popolare). Coerentemente con questa competenza, la legge n. 1 del 1999 ha attribuito alla competenza legislativa regionale concorrente la materia elettorale (disciplinata fino ad allora da una legge dello Stato).

Lo statuto diviene una fonte regionale approvato con legge regionale con un procedimento che ricalca quello previsto dall'art. 138 della Costituzione.

La legge n. 2 del 2001 ha riformato il procedimento statutario delle Regioni a statuto speciale. E' stata attribuita la possibilità di adottare una legge speciale regionale, la c.d. legge statutaria approvata dal Consiglio regionale a maggioranza assoluta, con la quale disciplinare la forma di Governo secondo il modello delle regioni ordinarie.

Riconoscimento un'autonomia costituzionale teoricamente paritaria nei confronti dei vari enti che compongono lo Stato. Come recita **L'ART. 114**

La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi, con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione.

Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento.

Da un punto di vista della potestà legislativa **ART. 117**, la riforma rovescia l'impianto precedente, è lo Stato ad avere competenze sulle materie elencate, mentre spettano alle Regioni le competenze su tutte le altre. Allo Stato sono attribuite competenze esclusive su di un elenco di materie; vi è poi una potestà legislativa concorrente (significa che c'è una ripartizione dei compiti tra lo Stato e le Regioni) lo Stato si limita a dettare i principi generali attraverso leggi quadro o leggi cornice mentre alle Regioni spetta il compito di emanare la legislazione specifica nel settore; alle Regioni spetta poi una competenza residuale, c.d. de residuo, cioè su tutte le materie non attribuite alla competenza dello Stato e alla competenza concorrente. E' inoltre data la possibilità di affidare alla competenza esclusiva regionale, con legge dello Stato, ulteriori materie di competenza esclusiva dello Stato o della competenza regionale concorrente (**ART. 117 3° comma**).

Da un punto di vista amministrativo **L'ART. 118**

Le funzioni amministrative attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle

conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell'articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Stati, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà. segna il definitivo tramonto del "parallelismo delle funzioni" (in base al quale l'ente titolare della competenza legislativa in un settore svolgeva parallelamente anche le relative funzioni amministrative) a favore del principio di sussidiarietà che disciplina la ripartizione delle competenze amministrative tra i diversi livelli di governo a prescindere dalla titolarità della potestà normativa. In rispetto a tale principio l'esercizio delle funzioni amministrative sono attribuite in primis ai Comuni.

Da un punto di vista finanziario l'ART. 119 prevede che gli enti locali e le Regioni abbiano autonomia di entrata e di spesa, possono stabilire tributi propri ma dispongono anche di compartecipazione al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio.

Il controllo sulle leggi statali da preventivo è diventato successivo, i controlli di legittimità e di merito sugli atti amministrativi della Regione sono scomparsi dal testo costituzionale, mentre è stato introdotto un controllo di tipo sostitutivo in ipotesi determinate dalla Costituzione come recita il 2° comma dell'ART. 120

"il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e de Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normazione comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, o quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

6. La potestà statutaria delle Regioni ordinarie e speciali

Lo statuto regionale

ART. 123

Ciascuna Regione ha uno statuto che, in armonia con la Costituzione, ne determina la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento. Lo statuto regola l'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum su leggi e provvedimenti amministrativi della Regione e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali.

Lo statuto è approvato e modificato dal consiglio regionale con legge approvata a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con due deliberazioni successive adottate ad intervallo non minore di due mesi. Per tale legge non è richiesta l'apposizione del visto da parte del Commissario del Governo. Il Governo della Repubblica può promuovere la questione di legittimità costituzionale sugli statuti regionali dinanzi alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla loro pubblicazione. Lo statuto è sottoposto a referendum popolare qualora entro tre mesi dalla sua pubblicazione ne faccia richiesta un cinquesimo degli elettori della Regione o un quinto dei componenti il Consiglio regionale. Lo statuto sottoposto a referendum non è promulgato se non è approvato dalla maggioranza dei voti validi. In ogni Regione, lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali.

Lo statuto regionale è un atto che contiene le norme e i principi fondamentali relativi all'organizzazione e ai fini che l'ente si propone di realizzare. Nella versione attuale, l'articolo in commento attribuisce alla Regione l'intera competenza del procedimento senza essere trasmettere lo statuto al Parlamento per l'approvazione con legge ordinaria..

Lo statuto è una legge regionale approvata con un procedimento aggravato in parte simile a quello previsto dall'articolo 138 per le leggi di revisione costituzionale. Lo statuto è dunque una fonte regionale, con forza superiore rispetto alla legge regionale, in conseguenza del procedimento aggravato per la sua approvazione.

Lo Stato non può esercitare alcun controllo preventivo sullo Statuto, ma può ricorrere alla Corte costituzionale, entro trenta giorni dalla pubblicazione dello stesso, quando ritiene che l'atto non sia conforme alla Costituzione.

Gli statuti delle **Regioni speciali** sono adottati dalle Camere con legge costituzionale, così come stabilità dall'articolo 116 della Costituzione. Le Regioni speciali, tuttavia, possono approvare, a maggioranza assoluta, le c.d. leggi statutarie, che disciplinano la forma di Governo. Le leggi statutarie possono essere sottoposte a referendum confermativo, qualora ne facciano richiesta, entro tre mesi dalla pubblicazione, un cinquesimo del corpo elettorale regionale o un quinto dei membri del Consiglio. Gli statuti devono contenere norme in armonia con la Costituzione e sono tenuti al rispetto dei principi generali dell'ordinamento. Il Governo può impugnare la legge davanti alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla pubblicazione ma anteriormente alla sua promulgazione, come nel caso degli statuti delle Regioni ordinarie.

7. Il contenuto degli statuti e la forma di Governo regionale

ART. 121

Sono organi della Regione: il Consiglio regionale, la Giunta e il suo Presidente.

Il Consiglio regionale esercita le potestà legislative attribuite alla Regione e le altre funzioni conferitegli dalla costituzione e dalle leggi. Può fare proposte di legge alle Camere.

La Giunta regionale è l'organo esecutivo delle Regioni.

Il Presidente della Giunta rappresenta la Regione; dirige la politica della Giunta e ne è responsabile; promulga le leggi ed emana i regolamenti regionali; dirige le funzioni amministrative delegate dallo Stato alla Regione, conformandosi alle istruzioni del Governo della Repubblica.

ART. 122

Il sistema di elezione e i casi ineleggibilità e di incompatibilità del Presidente e degli altri componenti della Giunta regionale nonché dei consiglieri regionali sono disciplinati con legge della Regione nei limiti dei principi fondamentali stabiliti con legge della Repubblica, che stabilisce anche la durata degli organi elettivi.

Nessuno può appartenere contemporaneamente a un Consiglio o a una Giunta regionale e ad una delle Camere del parlamento, ad un altro Consiglio o ad altra Giunta regionale, ovvero al Parlamento europeo.

Il Consiglio elegge tra i suoi componenti un Presidente e un ufficio di presidenza.

I consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.

Il Presidente della Giunta regionale, salvo che lo statuto regionale disponga diversamente, è eletto a suffragio universale e diretto. Il Presidente eletto nomina e revoca i componenti della Giunta.

Lo statuto delle Regioni ordinarie ha un contenuto necessario e deve determinare: **la forma di Governo, i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento, l'iniziativa legislativa e il referendum, la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti.**

Teoricamente lo statuto può avere un contenuto ulteriore oltre a queste materie, determinabile nell'esercizio dell'autonomia di ciascuna Regione. La Corte costituzionale pur riconoscendo alle Regioni questa possibilità, ha però negato valore giuridico alle norme di principio e programmatiche inserite negli statuti da alcune Regioni. Gli statuti non sono carte Costituzionali ma "fonti regionali a competenza riservata" cioè statuti di autonomia che devono essere in armonia con i precetti e i principi costituzionali. Inoltre le disposizioni statutarie svolgono una funzione politica o culturale, ma non normativa (Sentenza n. 372 del 2004)..

Forma di Governo: gli organi costituzionali necessari sono:

Il Presidente della Regione è il capo della Regione ed è eletto a suffragio universale e diretto (salvo diversa indicazione dello Statuto).

Come rappresentante della Regione

- partecipa al Consiglio dei ministri in qualità di organo consultivo su questioni di interesse della Regione;
- promulga le leggi regionali ed emana i regolamenti;
- indica i referendum regionali.

Il Presidente della Regione è anche Presidente della Giunta e in quanto tale:

- fissa le riunioni e l'ordine del giorno della Giunta;
- ne dirige i lavori;
- garantisce l'unità di indirizzo, coordina i diversi assessorati, ha una funzione di stimolo e di controllo su tutte le attività del Governo;
- può nominare e revocare gli assessori (anche se la Corte costituzionale con sentenza n. 12 del 2006 ha ritenuto incostituzionale la norma di uno statuto regionale che aveva previsto la possibilità di sfiducia nei confronti di un singolo assessore).

Il Presidente della Regione costituisce l'organo in cui è incardinata la funzione d'indirizzo politico e dunque non è assimilabile al Presidente del Consiglio dei Ministri.

La Costituzione ha introdotto la regola c.d. del "simul stabunt simul cadent" (come insieme staranno, come insieme cadranno). Il voto di sfiducia nei confronti del Presidente della Regione comporta l'obbligo di dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio regionale - impedisce al Consiglio di "ricattare" e condizionare con la mozione di sfiducia eccessivamente la politica del Presidente. (la deroga a questo principio è possibile solo se lo Statuto non preveda l'elezione diretta del Presidente - Sentenza n. 304 del 2002) e eventuali "ribaltoni".

Il Consiglio regionale è l'organo rappresentativo della collettività regionale ed è eletto ogni cinque anni dai cittadini

maggioresse che abbiano la residenza nella Regione, mediante suffragio universale e diretto.

Il Consiglio esercita il potere legislativo regionale, approva il bilancio preventivo e quello consuntivo, esercita poteri di controllo politico sulla Giunta (a volte gli statuti attribuiscono al Consiglio funzioni anche gestionali - ad esempio la competenza di approvare lo statuto - che appaiono incoerenti con questo modello).

La giunta è l'organo esecutivo ed è guidata dal Presidente e dagli assessori da lui nominati.

Ha il compito di dare attuazione alle leggi e alle deliberazioni dal Consiglio e compie, tutti gli atti relativi all'organizzazione amministrativa della Regione. Normalmente esercita il potere regolamentare (quando gli statuti non l'hanno attribuito al Consiglio).

La forma di governo regionale è atipica (non è né presidenziale, né parlamentare in senso stretto) e viene normalmente definita "**neoparlamentare**", è finalizzata a rafforzare l'esecutivo e a dare stabilità e continuità all'azione di Governo. L'elezione diretta del Presidente, dà ai cittadini la possibilità di esprimere un giudizio sull'operato degli eletti al termine della legislatura.

8. La potestà legislativa concorrente e i suoi limiti

La potestà legislativa concorrente si esercita sulle materie indicate nell'art. 117 della Costituzione. Si tratta di venti settori tra i quali vi sono competenze importanti in settori **economici** come le reti di trasporto, la produzione e la distribuzione nazionale dell'energia, porti e aeroporti civili; **settori c.d. welfare state** come la tutela e la sicurezza del lavoro, istruzione, salute, previdenza complementare e integrativa; **settori connessi al territorio** quali governo del territorio, valorizzazione dei beni culturali e ambientali; in **settori connessi ai rapporti internazionali**, quali le relazioni con l'Unione Europea e il commercio con l'estero.

Si tratta di un elenco molto esteso che presenta però dei rischi in quanto alcuni settori necessitano di una normazione unitaria (es. produzione e distribuzione di energia).

Inoltre da un punto di vista giuridico per alcune materie vi è la difficoltà, da un punto di vista giuridico, di determinare il contenuto perché si riferiscono a valori costituzionali (la tutela della salute o dell'ambiente) per il raggiungimento dei quali si possono intrecciare competenze sia dello Stato che delle Regioni. Queste materie sono state definite dalla Corte costituzionale come materie valore o materie "trasversali".

Queste materie costituiscono un primo limite all'esercizio della potestà legislativa concorrente, perché vi saranno necessariamente interventi distribuiti tra Stato e Regioni a seconda della dimensione e della tipologia degli interessi.

Limite dei principi fondamentali stabiliti dalla legge e dallo Stato lo Stato si limita a dettare i principi generali attraverso leggi quadro o leggi cornice mentre alle Regioni spetta il compito di emanare la normativa nel dettaglio.

I principi inoltre possono essere desunti in via interpretativa dalle norme vigenti, non è pertanto necessario che lo Stato emani specifiche leggi per determinare i principi (c.d. leggi cornici). Tuttavia lo Stato può legiferare anche nel dettaglio nelle materie di competenze concorrenti, spetta eventualmente alla Regione abrogare le norme statali con normativa successiva.

Il limite costituzionale: la legge regionale è ovviamente inferiore alla Costituzione e deve quindi rispettare le disposizioni e i principi costituzionali.

Il limite territoriale: la legge regionale non può disciplinare fatti e fenomeni esterni al territorio regionale.

Il limite degli obblighi internazionali e comunitari: le Regioni possono oggi eseguire direttamente le direttive europee nelle materie di loro competenza, e solo in ipotesi di inerzia della Regione interviene direttamente lo Stato con una propria legge che disciplina anche nel dettaglio.

Il modello della attuazione delle direttive comunitarie segue oggi il seguente schema: la Regione può eseguire la direttiva anche prima della emanazione da parte dello Stato della c.d. legge europea. La legge europea pone comunque i principi ai quali deve adeguarsi la legislazione regionale. se i principi sono incompatibili con la legge regionale essi prevalgono su quest'ultima.

In materia di trattati internazionali, dopo l'ordine di esecuzione del trattato la Regione può procedere alla sua attuazione. In caso di inadempimento, a norma dell'art. 120 della Costituzione, il Governo può sostituirsi alla Regione.

Il limite degli interessi unitari

Si verifica quando, nell'ambito della competenza regionale, vi sono interessi che non possono essere tutelati che unitariamente attraverso una norma dello Stato.

Il limite delle competenze locali

La norma costituzionale riserva agli enti locali (Comuni, Province e Città metropolitane), la disciplina di alcune materie attraverso una propria fonte (il regolamento) - ai sensi dell'art. 117 comma 6.

9. la competenza esclusiva dello Stato

Allo Stato la Costituzione attribuisce la competenza su materie come la politica estera, la moneta, l'organizzazione amministrativa dello Stato, la giurisdizione, l'armonizzazione dei bilanci pubblici che fanno parte di quel nucleo essenziale di poteri che caratterizzano l'essenza del potere statale.

Accanto a queste, vi sono poi le competenze trasversali dello Stato, materie cioè che si intrecciano anche con le competenze delle Regioni. In queste materie vi saranno sempre norme poste dallo Stato e norme poste dalle Regioni.

10. La potestà legislativa residuale e i suoi limiti

La Costituzione attribuisce alle Regioni la competenza c.d. de residuo, cioè su tutte le materie che non spettano né alla competenza esclusiva dello Stato né alla competenza concorrente. Si tratta di una competenza residuale di tipo esclusivo, cioè non vincolata, a differenza della competenza concorrente, al rispetto dei principi fondamentali posti dalle leggi dello Stato.

La Corte costituzionale ha tuttavia ristretto la competenza de residuo, affermando la necessità di verificare se queste materie innominate non rientrino all'interno di materie di competenza statale o di materie di competenza regionale concorrente. Un esempio classico è l'urbanistica, non presente nelle elenchi, per la quale la Corte costituzionale ha stabilito che si tratta di materia di competenza concorrente. Un altro esempio è quello degli asili nido, sono stati ricondotti a materia di competenza esclusiva statale.

11. Il regionalismo differenziato

L'art. 116 3° comma della Costituzione, prevede poi che alle Regioni possono essere attribuite ulteriori forme di autonomia quando lo richieda la Regione interessata, sentiti gli enti locali, previa intesa tra Regione e Stato, e che queste competenze (sostanzialmente ulteriori materie) vengano riconosciute attraverso una legge statale approvata a maggioranza assoluta. La ratio della norma è quella di consentire alle Regioni ordinarie di richiedere l'attribuzione di nuove materie, qualora ne abbiano interesse, capacità, organizzazione e copertura finanziaria per svolgere anche queste ulteriori funzioni.

12. La potestà legislativa delle Regioni a statuto speciale

Le Regioni a statuto speciale rimangono titolari delle: competenza legislativa esclusiva, della competenza concorrente, della competenza integrativa. La competenza esclusiva implica il potere delle Regioni di approvare leggi nell'ambito delle materie previste nello statuto. Così come per le Regioni a statuto ordinario, tali leggi sono sottoposte ai limiti costituzionale, territoriale, degli obblighi internazionali e comunitari, dalle competenze trasversali dello Stato.

13. L'autonomia amministrativa

La riforma costituzionale segna il definitivo tramonto del "parallelismo delle funzioni" (in base al quale l'ente titolare della competenza legislativa in un settore svolgeva parallelamente anche le relative funzioni amministrative) a favore del principio di sussidiarietà che disciplina la ripartizione delle competenze amministrative tra i diversi livelli di governo a prescindere dalla titolarità della potestà normativa. In rispetto a tale principio l'esercizio delle funzioni amministrative sono attribuite in primis ai Comuni, il livello amministrativo più vicino ai cittadini. Laddove occorra un esercizio unitario delle funzioni, questa attribuzione di competenza può essere derogata ad un livello superiore - Province, Città metropolitane, Regioni e Stato.

Corollario dell'applicazione del principio di sussidiarietà sono i principi di:

- differenziazione, la distribuzione delle competenze deve tenere conto anche delle diverse caratteristiche (strutturali, organizzative, demografiche) dei vari livelli di governo;
- adeguatezza invece, le funzioni devono essere attribuite ad amministrazioni che siano tendenzialmente idonee a garantirne l'esercizio.

L'autonomia finanziaria

Da un punto di vista finanziario l'ART. 119 prevede che gli enti locali e le Regioni abbiano autonomia di entrata e di spesa. Esse inoltre sono dotati di risorse autonome, potendo stabilire e applicare tributi ed entrate propri. Dispongono anche di compartecipazione al gettito di tributi erariali riferibili al loro territorio.

L'attuazione di questa nuova normativa è stata parziale (nel 2009 legge n. 42 è stata approvata una legge di delegazione in materia di federalismo fiscale. Dovevano essere emanati una serie di decreti legislativi attuativi della delega che tuttavia non sono stati ancora in gran parte emanati).

L'idea di fondo della legge di delega era quello di realizzare il "federalismo fiscale": dovevano essere aboliti i trasferimenti dallo Stato alle Regioni in base ai c.d. costi storici (in base a quanto costava a quella Regione garantire un servizio) e sostituiti con tributi propri e quote di tributi erariali per garantire i livelli essenziali delle prestazioni determinati invece sulla base dei c.d. costi standard (in base a quanto costa quel servizio nella media).
Ciò avrebbe dovuto premiare le Regioni più virtuose e spingere quelle meno virtuose ad essere più efficienti.

15. i collegamenti verso l'alto: raccordi tra Stato e le Regioni

Da un punto di vista costituzionale non è previsto alcuno strumento di coordinamento tra lo Stato e le Regioni. A livello di fonti ordinarie, invece, con il d.lgs. n. 281 del 1997 sono state rideterminate le funzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome (già prevista con la legge n. 400 del 1988). Nella conferenza si realizza la partecipazione delle Regioni e delle Province autonome di Trento e Bolzano a tutti i processi decisionali di interesse regionale, interregionale, allo scopo di concludere intese o accordi, coordinare la programmazione statale e regionale, determinare i criteri di ripartizione delle risorse finanziarie, formulare pareri sugli schemi di disegni di legge nelle materie di competenza regionale.

La Corte costituzionale ha cercato di valorizzare questo modello basandosi sul principio di "leale collaborazione" allorché le reciproche competenze di Stato e Regioni vadano ad intersecarsi.

16. I collegamenti verso il basso: cenni all'ordinamento degli enti locali

Il disegno costituzionale è impostato su Regioni che dovrebbero svolgere funzioni legislative e di programmazione (alle quali peraltro è conferita la potestà statutaria e la potestà regolamentare), mentre le funzioni amministrative dovrebbero essere poste in essere dagli enti locali (Comuni, Province, Città metropolitane) art. 118Cost.

I Comuni sono dotati di funzioni amministrative proprie e di funzioni amministrative conferite, sia con legge statale che con legge regionale.

17. Il progetto di riforma costituzionale: il nuovo modello delle autonomie

Il progetto di revisione della Costituzione prevede la soppressione della competenza legislativa concorrente. Le Regioni sarebbero titolari solo della competenza "de residuo", per quelle materie cioè non espressamente attribuite allo Stato. Stato che a sua volta vede aumentare significativamente le materie di sua esclusiva spettanza.

Il progetto di riforma introduce inoltre nel sistema la c.d. "clausola di supremazia", in base alla quale lo Stato può intervenire, su proposta del Governo, in presenza di interessi nazionali o economici, di natura unitaria.

Per quanto riguarda la potestà regolamentare, viene reintrodotta il principio del parallelismo, che spetta allo Stato e alle Regioni secondo le rispettive competenze legislative sulla base del principio che dove vi è competenza legislativa vi è anche competenza regolamentare. Lo Stato può comunque delegare alle Regioni l'esercizio del potere regolamentare nelle materie riservate alla sua competenza.

Prevede inoltre la soppressione delle Province.

CAPITOLO VI

ORGANI AUSILIARI E AUTORITA' INDIPENDENTI

1. Gli organi ausiliari

L'organizzazione dello Stato è completata da alcuni organi detti ausiliari che svolgono una funzione di collaborazione con gli organi costituzionali. Sono previsti nel titolo III, alla sezione terza della Costituzione titolata "gli organi ausiliari" e sono il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti.

Vi sono poi altri organi detti "Autorità indipendenti" per la loro caratteristica di regolare mercati o situazioni giuridiche di rilevante interesse costituzionale, in posizione di terzietà e indipendenza rispetto agli interessi in gioco.

2. Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro

Secondo l'art. 99 1° comma, "è composto, nei modi stabiliti dalla legge, di esperti e di rappresentanti delle categorie produttive, in misura che tenga conto della loro importanza numerica e qualitativa".

Si compone attualmente di sessantaquattro consiglieri e di un Presidente, che durano in carica cinque anni (dieci sono esperti di materie sociali, economiche e giuridiche, ventidue sono rappresentati del lavoro dipendente, nove sono rappresentanti del lavoro autonomo, diciassette sono rappresentanti delle imprese, sei sono rappresentanti delle associazioni di promozione sociale e delle organizzazioni del volontariato)

Il CNEL è definito dal 2° comma dell'art. 99 "organo di consulenza delle Camere e del Governo per le materie e secondo le funzioni che gli sono attribuite dalla legge". Il 3° comma attribuisce poi al CNEL la titolarità dell'iniziativa legislativa e la possibilità di contribuire "alla elaborazione della legislazione economica e sociale, secondo principi e entro i limiti stabiliti dalla legge".

Le funzioni di consulenza alle Camere e al Governo hanno avuto scarso peso e la c.d. rappresentanza degli interessi ha trovato strumenti politicamente più rilevanti (come i sindacati e la Confindustria che spesso intervengono nel dialogo con il Governo attraverso la c.d. concertazione). L'iniziativa legislativa è stata attivata poche volte e il CNEL si è trasformato nel tempo una sorta di ufficio studi. E' prevista la sua abrogazione.

4. Il Consiglio di Stato

E' definito dall'art. 100 1° comma Cost. come "organo di consulenza giuridico amministrativa e di tutela di giustizia nell'amministrazione". Le funzioni giudiziarie sono indicate dagli artt. 103 e 111 della Cost. che precisano che tale organo ha "giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interessi legittimi e in particolare materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi", e che le pronunce del Consiglio di Stato sono ricorribili in Cassazione per i soli motivi attinenti alla giurisdizione.

Il Consiglio di Stato, organo di grande tradizione storica preesistente anche all'unità di Italia dal 1971 svolge funzioni di giudice di appello nei confronti delle sentenze dei Tribunali amministrativi regionali.

Le funzioni consultive del Consiglio di Stato sono svolte dalle prime due sezioni dell'organo e dall'adunanza generale, che riunisce tutti i magistrati del Consiglio di Stato. Tali funzioni si sostanziano nella formulazione di pareri di legittimità sugli schermi di atti normativi e amministrativi predisposti dal Governo. Questi pareri possono essere obbligatori (ad esempio nel caso dei regolamenti governativi previsti dalla legge n. 400 del 1988), o facoltativi su richiesta dell'amministrazione interessata.

4. La Corte dei Conti

L'art. 102 2° comma della Cost. prevede che la Corte dei Conti "esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato". Inoltre partecipa "al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria" e "riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito".

La Corte dei Conti svolge un controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo precisati dalla legge 14 gennaio 1994 n. 20 (che esclude dal controllo preventivo gli atti con forza di legge).

Gli atti del Governo devono infatti essere "vistati" prima della loro entrata in vigore dalla Corte dei Conti, che ne deve verificare la legittimità. Nel caso di esito negativo, il Governo può richiedere, sotto la sua responsabilità, la c.d. registrazione con riserva, cioè l'entrata in vigore dell'atto. In tal caso la Corte dei Conti registrerà l'atto appunto con riserva, dandone però notizia al Parlamento.

La Corte dei Conti svolge poi il controllo successivo sul bilancio dello Stato. Si concretizza nel raffronto tra il rendiconto consuntivo, predisposto dal Governo, e le previsioni di bilancio, e si conclude con il c.d. giudizio di parificazione del rendiconto generale dello Stato.

La legge n. 20 del 1994 ha conferito alla Corte dei Conti un controllo successivo nei confronti delle amministrazioni non solo statali ma anche regionali degli enti locali. Tale funzione è estesa ad enti ai quali lo Stato non partecipa finanziariamente.

Inoltre la legge 23 dicembre 2005 n. 266, ha attribuito funzioni di controllo sulla gestione finanziaria degli enti locali e delle aziende sanitarie locali.

5. Le Autorità indipendenti

Si suole indicare una serie di autorità, caratterizzate dalla loro indipendenza rispetto all'amministrazione dello Stato e agli organi costituzionali, che hanno funzione di regolare mercati (Autorità Antitrust, Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, Consob, Autorità per l'energia e il gas) o regolare materie tecniche dove impattano diritti costituzionalmente rilevanti (Garante per la protezione dei dati personali detto anche garante della privacy).

Non sono previste in Costituzione anche perché sono principalmente il frutto dei processi di liberalizzazione dei mercati e di privatizzazione degli enti pubblici dello Stato.

Le funzioni delle Autorità indipendenti non possono essere attribuiti ad amministrazioni dello Stato che neutrali non sono

perché queste perseguono per definizione il fine dell'interesse pubblico, che non coincide con il fine di assicurare parità di armi in un mercato.

Dal punto di vista strutturale sono dotate di autonomia contabile e di spesa, il metodo di nomina dei componenti è pensato per accentuare la separazione dell'autorità dagli organi politici. Inoltre le leggi individuano per i componenti criteri di competenza, professionalità, moralità e indipendenza, nonché regimi di incompatibilità con cariche pubbliche e interessi privati.

Godono di poteri normativi assai ampi, del resto molte norme che applicano le autorità hanno carattere squisitamente tecnico, sono sottoposte a rapida obsolescenza sia per il mutare delle condizioni tecnologiche o dei mercati. Ne consegue che spesso non è rispettato il principio tradizionale della legalità sostanziale, principio in base al quale le autorità amministrative debbono porre in essere norme che trovino il loro fondamento e limite in norme di grado primario.

Le Autorità indipendenti non esercitano un'attività discrezionale. Esse infatti non ponderano interessi ma applicano norme a fattispecie concrete. Si tratta tutt'al più di discrezionalità definibile come tecnica poiché debbono applicare regole tecniche, conseguenza di analisi economiche, a determinate fattispecie.

Certamente mancano di legittimazione popolare e responsabilità e pur tuttavia producono norme; applicano norme a fattispecie concrete, alla fine in maniera simile ad un giudice, ma non fanno parte dell'ordinamento giudiziario; sono imparziali ma non esercitano un'azione amministrativa, perché non ponderano interessi.

La carenza di legittimazione democratica, in questo quadro, viene risolta attraverso la partecipazione al procedimento decisorio dei soggetti che debbono poi attuare la decisione, attraverso la rete sovranazionale di analoghe autorità, che ha la funzione di creare modalità di comportamento uniformi e garanzia di prevedibilità di comportamento.

CAPITOLO VII

GLI STRUMENTI DIRETTI DI PARTECIPAZIONE POPOLARE

1. Democrazia rappresentativa e democrazia diretta: alcune coordinate preliminari

Nei modelli di democrazia rappresentativa il controllo popolare sulla coerenza e sull'efficacia dell'indirizzo politico portato avanti dalla maggioranza vincitrice delle elezioni lo si esercita quindi normalmente alle scadenze elettorali, attraverso la possibilità di rinnovare, o di non rinnovare, il mandato agli eletti.

Le Costituzioni delle democrazie evolute introducono meccanismi per fare in modo che questo controllo possa essere effettivo.

Nelle forme di Governo parlamentari, vi sono regole per sfiduciare il Governo e per sciogliere le Camere, mentre la durata ordinaria della legislatura è abbastanza lunga. Nelle forme di Governo presidenziali, non vi è la possibilità di sfiduciare il Governo, ma le scadenze elettorali sono molto ravvicinate e sfalsate tra di loro, allo scopo di poter verificare con continuità la coerenza dell'indirizzo politico con la volontà popolare.

In quasi tutti i modelli di democrazia rappresentativa sono disciplinati, a livello costituzionale, strumenti di democrazia diretta che normalmente assumono la forma del referendum. Ciò implica la possibilità da parte del popolo di essere chiamato ad esprimersi direttamente su di una legge.

In presenza di un forte capo dello Stato questo può diventare uno strumento per rafforzare l'autorità e la legittimazione del capo dello Stato contro il Parlamento. In assenza di queste condizioni e nell'ambito di una forma di governo parlamentare, il referendum costituisce normalmente uno strumento in mano alle forze di minoranza.

Il referendum attribuisce anche una possibilità di intervento alla c.d. società civile, su leggi che disciplinano materie su valori etici (come ad esempio l'aborto, l'eutanasia).

L'uso frequente dell'istituto tende a delegittimare le istituzioni parlamentari e rischia di ingenerare, nel corpo elettorale, la sfiducia nelle istituzioni rappresentative.

2. Il referendum abrogativo nella Costituzione

La Costituzione italiana disciplina tre tipologie di referendum: il referendum approvativo previsto per le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali dall'art. 138; alcune tipologie di referendum consultivo in materia di Regioni e enti locali (art. 123 e 132 secondo comma); e il referendum abrogativo sulle leggi e sugli atti avente forza di legge disciplinato dall'art. 75 della Costituzione.

Il referendum abrogativo svolge la funzione di abrogare, attraverso un voto popolare, una legge o un atto avente forza di legge quando questo sia richiesto da 500.000 elettori o cinque consigli regionali. È uno strumento di garanzia della minoranza e finalizzato ad abrogare una norma di una fonte primaria, ha natura eccezionale, di controllo ultimo dell'attività parlamentare da parte del popolo, quando si potrebbe dire, siano risultati insoddisfacenti i meccanismi di controllo tradizionali della democrazia rappresentativa.

L'abrogazione può essere totale o parziale.

Non si può proporre referendum su leggi tributarie e di bilancio (il desiderio di una minore imposizione tributaria è presumibilmente comune a tutti i cittadini), di amnistia e di indulto, di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali. Perché il referendum possa essere valido occorre che abbia partecipato alla votazione la maggioranza degli aventi diritto (quorum) e che sia stata raggiunta la maggioranza dei voti validi.

Il quorum per la validità della votazione (la partecipazione al voto della metà degli aventi diritti) serve per verificare l'esistenza nel paese, di un reale interesse all'abrogazione della legge.

La Costituzione disciplina quindi i principi fondamentali, ma il procedimento referendario e i controlli sulla sua ammissibilità, sono demandati ad una legge ordinaria.

3. Il procedimento referendario

La legge 25 maggio 1970 n. 352 disciplina il procedimento referendario distinguendo varie fasi:

la prima fase è costituita dall'iniziativa per la raccolta delle firme. Tale attività è attribuita ai c.d. promotori, 10 cittadini che mettono in moto il meccanismo referendario mediante la presentazione alla cancelleria della Corte di Cassazione della richiesta di referendum, insieme al quesito da sottoporre al popolo con la domanda "volete sia abrogata?". Si procede quindi alla raccolta delle firme a sostegno della proposizione del referendum.

La seconda fase è costituita dal deposito delle firme presso la cancelleria della Corte di Cassazione, nei tre mesi successivi alla richiesta, da effettuarsi a cura dei promotori. La legge prevede che il deposito debba avvenire nel periodo che va dal 1° gennaio al 30 settembre di ciascun anno.

La terza fase è costituita dalla verifica degli adempimenti formali svolta dall'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione. Il procedimento deve iniziare il 30 settembre e concludersi il 31 di ottobre con un'ordinanza.

La quarta fase è costituita dal giudizio di ammissibilità da parte della Corte Costituzionale. L'ordinanza dell'Ufficio centrale che dichiara la legittimità della richiesta è trasmessa alla Corte costituzionale, la quale deve accertare, entro il 20 gennaio, se gli oggetti della richiesta referendaria rientrano tra le materie per le quali l'art. 75 esclude la possibilità della proposizione del referendum.

Nella quinta fase il Presidente deve indire il referendum previa deliberazione del Consiglio dei ministri, con una data tra il 15 aprile e il 15 giugno.

La sesta fase è quella della votazione e dello scrutinio delle schede.

La settima ed ultima fase è quella della proclamazione del risultato a cura dell'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione. A seguito della proclamazione il Presidente della Repubblica dichiara con proprio decreto, l'avvenuta abrogazione dell'atto oggetto di referendum. Il decreto viene pubblicato sulla G.U. e l'abrogazione ha effetto a decorrere dalla pubblicazione.

4. L'Ufficio centrale per il referendum presso la Corte di Cassazione

Svolge la funzione di verificare la correttezza della richiesta referendaria (dal punto di vista delle firme). Ha anche la funzione di procedere all'accorpamento dei quesiti e proprio in conseguenza del rilievo politico dell'operazione, i promotori, i rappresentanti dei partiti, i gruppi politici possono presentare all'Ufficio deduzioni scritte.

Inoltre nell'ipotesi di abrogazione della legge oggetto di referendum, l'Ufficio deve valutare se la nuova disciplina modifichi i principi ispiratori della disciplina previgente e i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti. In questo caso il quesito referendario deve effettuarsi sulle nuove disposizioni legislative, e quindi la cessazione del referendum è limitato alla sola ipotesi in cui l'abrogazione della normativa sia effettiva e sufficiente, al fine di evitare che con mere modifiche di facciata il Parlamento possa impedire lo svolgimento.

Il potere di dichiarare la cessazione del referendum o il suo trasferimento sulla nuova disciplina è un potere delicato. Può accadere che l'Ufficio dichiari cessato il referendum a seguito di una nuova normativa, ma i promotori ritengono al contrario che la nuova normativa non raggiunga i risultati che invece sarebbero stati raggiunti attraverso il quesito referendario.

5. Il giudizio di ammissibilità della Corte costituzionale

Questa competenza della Corte costituzionale, non prevista dalla Costituzione ma attribuita dalla legge n. 352 del 1970 si sostanzia nel consentire o meno l'indizione del referendum. In primo luogo la Corte deve esaminare che la legge oggetto di abrogazione referendaria non rientri tra le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto o di autorizzazione a ratificare trattati internazionali.

Inoltre accanto a questi limiti la Corte ha ritenuto sussistenti anche questi limiti (sent. N. 68 del 1978):

le leggi di cui all'art. 75 2° comma devono essere interpretate estensivamente. Ad esempio quando la Costituzione esclude dall'abrogazione le leggi di bilancio, devono intendersi escluse tutte le leggi che fanno parte della manovra finanziaria (come la legge di stabilità)

sono escluse le leggi di revisione della Costituzioni e le altre leggi costituzionali, in conseguenza del procedimento

rinforzato previsto dalla Cost. Per la stessa ragione sono escluse le leggi rinforzate, quelle leggi cioè che in conseguenza di un rinforzo procedimentale sono dotate di una maggiore resistenza passiva all'abrogazione sono escluse le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, cioè quelle leggi necessarie per il funzionamento degli organi costituzionali. Tuttavia, sono stati ammessi i referendum sulla legge elettorale il quesito referendario deve essere omogeneo, nel senso che non può contenere più richieste che non siano riconducibili a un'unica ratio. Ad esempio non fu ammesso il referendum che riguardava ben 97 articoli del codice penale che disciplinavano reati di natura diversa.

I referendum sulla legge elettorale hanno dato luce ad un nuovo tipo di referendum detto manipolativo, attraverso il quale l'abrogazione di una o più norme, produce una normativa detta di risulta, nuova e diversa dalla precedente che risulta da parti abrogate (o parti rimaste in vita) di una legge.

A seguito dell'abrogazione di una legge attraverso il Parlamento, quest'ultimo non potrà ripristinare la normativa abrogata.

6. Il diritto di petizione

L'art. 50 della Costituzione disciplina il c.d. diritto di petizione "tutti i cittadini possono rivolgere petizioni alle Camere per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità".

Il diritto di petizione si distingue dall'iniziativa legislativa perché, nel caso sia richiesto un provvedimento legislativo, la richiesta non segue le forme di cui all'art. 71 della Cost. (nessun numero minimo di presentatori, nessun requisito formale di presentazione di un progetto di legge redatto in articoli). Inoltre può essere utilizzata anche per esporre comuni necessità e quindi non necessariamente in collegamento con un provvedimento legislativo del quale si sollecita l'adozione.

Questo diritto tuttavia, che pure vanta una storia illustre, è assai poco utilizzato nelle democrazie contemporanee, dove i canali per esprimere l'opinione pubblica possono essere assai sofisticati, mentre petizioni al Parlamento hanno ben poche possibilità di creare consenso politico.

PARTE IV

I DIRITTO FONDAMENTALI E LE GARANZIE

CAPITOLO I (I DIRITTI FONDAMENTALI: UN INQUADRAMENTO GENERALE)

Principi fondamentali

(Articoli 1-12)

PREMESSA (Costituzione esplicita)

La Costituzione si apre con un gruppo di 12 articoli in cui sono enunciati i principi fondamentali della Repubblica i quali rappresentano il fondamento su cui poggiano tutte le altre norme dell'ordinamento.

Tali norme esprimono un complesso di valori e di idee che devono guidare l'azione del legislatore e degli altri poteri dello Stato nel corretto esercizio della funzione legislativa, esecutiva e giurisdizionale.

Principi fondanti della Repubblica sono:

democrazia; unità nazionale; pluralismo istituzionale; partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese; riconoscimento e rispetto delle libertà fondamentali; principio di uguaglianza; principio di solidarietà; laicismo; diritto al lavoro come presupposto primario per la crescita sociale.

Il Costituente mette al centro del sistema l'individuo, sia come singolo sia come membro delle formazioni sociali in cui esplica la sua personalità, ripudia la precedente forma di Stato autoritario per dar spazio a un nuovo rapporto tra pubblici poteri e cittadini.

La Costituzione, infine, sancisce il perentorio rifiuto della guerra come mezzo di offesa agli altri popoli e il riconoscimento del tricolore come bandiera della Repubblica.

Art. 1

L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.

Con il referendum del 2 giugno 1946, il popolo italiano ha scelto la forma di governo repubblicana, dichiarando la caduta della monarchia sabaudia. L'espressione "Repubblica democratica" indica una forma di governo in cui

tutte le cariche pubbliche sono espressione diretta o indiretta del consenso del popolo che è l'esclusivo titolare della sovranità. La Costituzione prevede due forme attraverso cui si realizza la partecipazione del popolo al governo dello Stato: democrazia rappresentativa in cui il corpo elettorale composto da cittadini maggiorenni e con diritto al voto, elegge i propri rappresentanti al Parlamento e ai Consigli degli enti territoriali (Regioni, Province e Comuni) cui affidare la direzione politica dello Stato; la democrazia diretta che prevede il coinvolgimento immediato dei cittadini nelle decisioni, come nel caso del referendum abrogativo.

L'altro principio distintivo della nostra forma di Stato è quello lavorista. Il lavoro rappresenta non solo un mezzo di affermazione del singolo e della sua personalità, ma anche uno strumento di progresso materiale e sociale, nonché un diritto e dovere del cittadino. E' compito dello Stato perseguire una politica di promozione e di tutela di ogni tipo e forma di attività lavorativa.

Le situazioni giuridiche soggettive

Il diritto effettua ipotesi normative astratte (fattispecie astratte) che quando si prestano ad essere inserite in fattispecie concrete producono **effetti giuridici** che consistono nell'attribuzione di **situazioni giuridiche soggettive a soggetti di diritto**.

Si può definire una situazione giuridica soggettiva la posizione giuridicamente rilevante di un soggetto di diritto nei confronti di un altro nell'ambito di un rapporto giuridico. Può essere **attiva o passiva**.

Sono situazioni giuridiche soggettive attive, il diritto soggettivo, l'interesse legittimo, il potere mentre sono situazioni giuridiche soggettive passive sono l'obbligo e il dovere.

Il **diritto soggettivo**: è una situazione giuridica soggettiva attiva che consiste nella pretesa di un soggetto, riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico, cui corrisponde il dovere od obbligo in capo ad un altro soggetto di soddisfarla.

L'ordinamento accorda al titolare del diritto una tutela **immediata e diretta** attraverso l'attribuzione di un complesso di poteri. Al titolare del diritto corrispondono infatti sia facoltà, che riguardano le modalità di godimento del diritto (ad esempio il titolare di un diritto di proprietà di un bene ha la facoltà di disporne in vario modo, può alienarlo, cederlo in locazione, ecc.), sia pretese nei confronti di terzi (lo stesso proprietario può escludere altri dal godimento del suo bene).

L'interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva riconosciuta ad un soggetto nei confronti della pubblica amministrazione che esercita un potere attribuitole dalla legge e che consiste nella pretesa che tale potere sia conforme alla legge.

Tale situazioni non sono quindi definibili come diritti soggettivi, ma come interessi legittimi, poiché la tutela di queste situazioni non è immediata e diretta ma connessa con la tutela dello stesso interesse pubblico.

I diritti soggettivi e gli interessi sono dati per presupposti nella Costituzione, che garantisce la loro tutelabilità in via giudiziaria: "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" (art. 24 1° comma). Da questa distinzione derivano una serie di effetti il più importante dei quali è la modalità della tutela giurisdizionale: normalmente il giudice ordinario tutela i diritti soggettivi, mentre il giudice amministrativo (Tribunali Amministrativi regionali in primo grado e Consiglio di Stato in secondo grado) gli interessi legittimi.

Il potere indica la capacità di costituire, modificare o estinguere la situazione giuridica propria o altrui. A differenza del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo che sono situazioni concrete è definibile come una situazione astratta. La situazione di potere costituisce una mera possibilità dell'ottenimento di quell'interesse in conseguenza di una propria posizione soggettiva, ma non anche la certezza di ottenerla, se alla situazione di potere non è legata una situazione di diritto soggettivo. Ad esempio i cittadini hanno il potere in astratto di accedere alle cariche elettive della Repubblica (art. 51 della Costituzione) ma non hanno il diritto di accedervi se non seguono le regole previste dalla legge per il deposito della candidatura. Il potere è dunque legato al diritto ma non è un diritto, poiché è una situazione potenziale, anteriore rispetto al diritto. Si trasforma in diritto quando la norma che prevede il potere viene ad essere ulteriormente precisata, determinando allora una fattispecie concreta tutelata dall'ordinamento in maniera diretta e immediata.

L'obbligo indica il comportamento (obbligo di fare o non fare) a cui un soggetto è tenuto nell'interesse di un altro soggetto, non ha contenuto patrimoniale. Il mancato rispetto di un obbligo è sanzionato giuridicamente.

Il dovere

La situazione giuridica soggettiva passiva prende il nome di **dovere**, il quale può assumere la forma di un **divieto** (impone una condotta omissiva) o di un **comando** (impone una condotta commissiva).

Costituisce un comportamento che la norma prevede come obbligatorio, ma senza che dall'altra parte sia esistente un corrispondente diritto. E' quindi posto nell'interesse generale e non è sanzionato. Esempio è il dovere dei cittadini di fedeltà alla Repubblica (art. 54).

Il dovere è una situazione potenziale che può trasformarsi in obbligo se sia precisato dalla legge e sanzionato giuridicamente (ad esempio il "dovere del cittadino di difesa della Patria" diviene un obbligo attraverso la prestazione del servizio militare).

I diritti fondamentali: giusnaturalismo, positivismo, storicismo

Nelle costituzioni contemporanee una parte importante e articolata è dedicata ai diritti fondamentali della persona che caratterizzano la forma di Stato come Stato costituzionale a matrice sociale.

Le ragioni della codificazione di alcuni diritti sono riconducibili al pensiero giusnaturalista, positivista, e storicista.

Secondo il pensiero **giusnaturalista** l'uomo sarebbe titolare di diritti originari per natura, che sono inalienabili e imprescrittibili e che neppure lo Stato può sottrargli. Da questa impostazione culturale derivò anche la "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" successiva alla rivoluzione francese.

Il pensiero giusnaturalista segnò una netta censura rispetto ad un periodo storico nel quale il rapporto tra Stato e persona era stato pensato in maniera disuguale, periodo nel quale il cittadino era sottoposto alla potestas del Sovrano.

Tuttavia ciò che sembra fondamentale in un'epoca può non esserlo in altre epoche e questa considerazione sta alla base di alcune critiche. In secondo luogo bisogna tener conto che tutti i diritti sono in concorso con altri, cioè ogni diritto non è mai assoluto ma relativo, perché incontra limiti nell'esistenza di altri diritti. La conseguenza è che i diritti fondamentali non possono avere un'origine trascendente perché sono destinati ad essere limitati da altri diritti ugualmente fondamentali. In terzo luogo anche i diritti fondamentali necessitano di essere attuati attraverso strumenti normativi (di livello costituzionale o inferiore).

L'esistenza del diritto naturale si scontrò con il pensiero **positivista** secondo il quale i diritti del cittadino esisterebbero in quanto conseguenza di un limite che lo Stato impone a sé stesso. Secondo Jellinek i diritti del cittadino sono qualificabili non solo come soggettivi ma anche come pubblici. Sono raggruppati in status a seconda del rapporto dell'individuo con lo Stato e sono suddivisi nel c.d. **status libertatis**: diritti di non intervento da parte dello Stato; nel c.d. **status subiectionis**: dove invece lo Stato può limitare la libertà dell'individuo; nel c.d. **status activae civitatis** diritti dell'individuo a partecipare alla vita dello Stato.

Gli eventi della seconda guerra mondiale, lo sterminio degli ebrei, le leggi razziali, hanno condotto ad una necessaria riflessione sul pensiero positivista, se infatti il diritto di libertà esiste solo come conseguenza della volontà dello Stato allora qualunque decisione dello Stato, ancorché aberrante, sarebbe in sé legittima.

Le Costituzioni rigide costituiscono una prima risposta a questa contraddizione. Nella misura in cui i diritti sono sanciti in fonti costituzionali superiori, i poteri dello Stato, che sono poteri costituiti, trovano un limite in quei diritti che pertanto non possono essere negati. In realtà le codificazioni costituzionali dei diritti fondamentali costituiscono il frutto di questo processo storico, nel quale si mescolano componenti di pensiero diverse, accomunate dalla necessità di garantire quei diritti che in un determinato momento storico sono considerati come fondamentali.

le distinzioni tradizionali: libertà dallo Stato, libertà nello Stato, libertà attraverso lo Stato

Muovendo dalle teorie di Jellinek, i diritti di libertà sono stati tradizionalmente divisi in tre grandi gruppi:

Le libertà dallo Stato tutti i c.d. diritti civili, libertà fondate sull'autonomia riconosciuta alla persona. Queste libertà si realizzerebbero proprio attraverso un non intervento da parte dello Stato come la libertà personale dell'individuo art. 13 "la libertà personale è inviolabile...". Si tratta in sostanza della prima generazione dei diritti di libertà quelli sorti in Europa a seguito della Rivoluzione francese e dell'affermarsi del pensiero giusnaturalista. Sono libertà rivendicate dalla borghesia ottocentesca ma che hanno tutt'oggi una loro connotazione universale che li rende slegati dal contesto storico tanto da costituire il presupposto per l'esercizio di altri diritti a loro volta tutelabili solo nella misura in cui i primi siano garantiti.

Le libertà nello Stato sono invece i c.d. diritti politici. Nacquero a cavallo del novecento, con l'urbanizzazione delle città, il percorso di industrializzazione, la conseguente nascita dei partiti di massa che rivendicano la progressiva affermazione dei diritti a partecipare alla vita dello Stato. Sono il diritto di voto, il diritto di associarsi in partiti politici e in sindacati sono diritti finalizzati alla partecipazione alla vita politica dello Stato.

I diritti attraverso lo Stato sono invece i diritti c.d. sociali che si realizzano attraverso un intervento da parte dello Stato. La nascita di questi diritti è legata ai grandi eventi storici tra la prima e la seconda guerra mondiale: la rivoluzione russa, la grande depressione economica conseguente alla crisi del 1929, avevano ingenerato una grande riflessione sul sistema tradizionale delle libertà ("un uomo che ha fame non è libero" - Beveridge; o "la prima libertà è la libertà del bisogno" - Calamandrei).

Per la verità i diritti sociali erano già prospettati nella Costituzione rivoluzionaria francese del 1793. Questa esigenza di

riconoscere ad ogni individuo il diritto a un minimo di prestazioni nella sua lotta contro la miseria, l'ignoranza, la disoccupazione, le malattie, la ritroviamo poi in alcune norme nella Costituzione francese del 1848, ma solo con la Costituzione di Weimar del 1919, i diritti sociali trovarono articolata e compiuta formulazione in un testo costituzionale.

Alla base del riconoscimento dei diritti sociali vi è l'idea che le stesse libertà tradizionali non possono essere tutelate, se prima lo Stato non provvede a riequilibrare le esistenti disparità sociali. Il principio di uguaglianza sostanziale posto dal 2° comma dell'art. 3, secondo il quale "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese" costituisce la norma base di questo nuovo sistema di libertà, che poi si articola, tra l'altro, nel diritto al lavoro, nel diritto alla salute, nel diritto all'istruzione, ecc. per garantire queste libertà lo Stato deve necessariamente attivarsi per rimuovere le disegualianze.

1.. La storicità di queste distinzioni e il loro superamento

Queste distinzioni sono considerate superate perché principalmente collegate al modello costituzionale delle Costituzioni liberali. Nelle Costituzioni contemporanee anche le libertà c.d. dallo Stato sono, dal punto di vista del loro contenuto, libertà positive, perché caratterizzate dalla facoltà di fare un qualcosa che altri sono obbligati a rispettare. Esse costituiscono situazioni di diritto soggettivo perfetto. I diritti sociali hanno una struttura diversa dai diritti di libertà. I diritti sociali in genere possono essere tutelati solamente se lo Stato decide di soddisfarli attraverso ulteriori atti legislativi o amministrativi. Essi pertanto non sono diritti soggettivi perfetti ma rientrano nella definizione di potere.

In sintesi quindi i diritti di libertà sanciti in Costituzione spiegano i loro effetti sia nei confronti dei terzi, come diritti soggettivi, sia nei confronti del legislatore, che è tenuto a rispettare la previsione costituzionale, sia nei confronti del giudice, che è tenuto ad un'interpretazione costituzionale della legge (detta "interpretazione conforme", cfr. Parte IV, Cap. VII. Par. 3.1)

I diritti sociali invece non sarebbero diritti soggettivi direttamente sanzionabili ma poteri, quindi possono essere tutelati direttamente in giudizio solo se siano resi concreti attraverso l'intervento del legislatore, e divengono pertanto diritti.

La impostazione culturale dei diritti fondamentali nella Costituzione

Nel contesto dell'Italia del dopoguerra, ancora fortemente divisa, la costruzione dello Stato sociale, attraverso il riconoscimento di diritti sociali, era necessario per diminuire le disomogeneità e garantire la tenuta della nuova struttura costituzionale. Nella Costituzione vengono trattati, con socialità crescente, prima i diritti dei singoli, poi i diritti dei singoli nelle formazioni sociali, sino all'organizzazione dello Stato secondo il modello a piramide invertita cara alla cultura cattolica e che alla Costituente era espressione diretta del pensiero di Aldo Moro..

La gran parte delle norme costituzionali, a differenza delle Costituzioni liberali, disciplina i diritti in maniera compiuta, in genere definibili come diritti soggettivi. Dal punto di vista delle garanzie, la legge è positivamente vincolata dalle norme costituzionali (quindi condizionata dalla Costituzione), mentre alla riserva di giurisdizione la Costituzione collega ulteriori garanzie quali la pubblicità del procedimento, la presunzione di non colpevolezza, l'obbligo di motivazione della sentenza ecc. che non esistevano nelle Costituzioni ottocentesche.

La sinistra cercò di introdurre, nella parte relativa ai diritti sociali e alla Costituzione economica, principi di perequazione sociale e di tutela delle posizioni deboli, peraltro su questi temi una notevole convergenza con la cultura cattolica.

I diritti sociali furono inseriti in Costituzione in maniera ampia e articolata. Questa impostazione segna una cesura con la tradizione liberale ottocentesca perché i diritti di libertà non sono pochi e soprattutto sono diritti soggettivi pieni, garantiti con strumenti se vogliamo tradizionali (la riserva di legge e la riserva di giurisdizione).

Non si pone in linea di continuità con la dottrina positivista tedesca, che postulava che i diritti esistono solo come riflesso dell'autolimitazione statale, perché derivano invece dalla Costituzione. Non vi è infine una visione puramente giusnaturalistica, perché la tutela dei diritti è strettamente legata alla Costituzione rigida e ai meccanismi di garanzia.

I diritti inviolabili dell'uomo nell'art. 2 della Costituzione

ART. 2

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Alcuni ritengono che questa norma sia interpretabile come a "fattispecie aperta", cioè dia copertura costituzionale a

nuovi diritti anche se non previsti nella Costituzione. I sostenitori di questa tesi ritengono ad esempio che il diritto alla vita, il diritto alla privacy, il diritto alla libertà sessuale, diritti riconosciuti dalla stessa Corte costituzionale come diritti fondamentali, anche se non espressamente previsti dalla Costituzione, derivino dall'art. 2 in quanto diritti inviolabili dell'uomo (Corte cost. n. 22 del 1996)..

Tuttavia questi nuovi diritti immessi attraverso la clausola generale dell'art. 2 creerebbero necessariamente nuovi obblighi che andrebbero a limitare diritti espressamente sanciti in Costituzione.

Secondo altri invece l'art. 2 farebbe riferimento a quei diritti fondamentali già esistenti in Costituzione, pertanto la norma costituzionale non avrebbe la funzione di riconoscere nuovi diritti che non siano ivi considerati. I nuovi diritti, quando essi vi siano, dovranno invece essere tratti dalle norme costituzionali esistenti attraverso un'attività interpretativa nella quale il principio della tutela della persona umana, come espresso dall'art. 2 funge da strumento di interpretazione di altre norme.

Questa tesi appare più convincente, garantisce una maggiore certezza, collegano l'estensione della tutela costituzionale a norme esistenti.

Così come al verbo riconosce non deve essere attribuito un significato di eccessivo rilievo anche all'espressione inviolabile non deve trarsi la conseguenza che tali diritti siano sottratti al procedimento di revisione.

Infatti anche le norme costituzionali che prevedono diritti qualificati come inviolabili sono modificabili con il procedimento costituzionale, purché tuttavia non siano modificati i principi alla luce dei quali questi diritti sono disciplinati.

Per il loro carattere di appartenenza alla sfera più intima e personale dell'uomo, i diritti sono definiti inviolabili perché: sono **inalienabili**, il titolare non può cederli, **intrasmisibili**, non possono essere trasmessi agli eredi, **irrinunciabili**, **imprescrittibili**, rappresentano quasi una seconda pelle per l'individuo. Sono **insopprimibili** e **incompressibili**, per cui il loro esercizio non può essere limitato dai pubblici poteri se non temporaneamente e con il rispetto di precise garanzie previste dalla Costituzione.

La tutela della dimensione sociale dell'individuo: l'art. 2 poi tutela la persona umana non solo come singolo ma anche all'interno delle formazioni sociali. La Costituzione ha infatti voluto sancire il principio pluralista intendendosi con ciò che anche le formazioni sociali debbono godere degli stessi diritti che spettano agli individui. Questo perché l'individuo esplica la sua personalità non in maniera individualistica, ma insieme ad altre persone, e le formazioni sociali generano comunità intermedie tra l'individuo e lo Stato che hanno anche la funzione di bilanciare ulteriormente il potere dello Stato.

A parte il generale principio sulla libertà di associazione (art. 18), la Costituzione tutela infatti espressamente la famiglia, le minoranze linguistiche, le comunità religiose, le organizzazioni sindacali e i partiti politici.

La solidarietà come principio di convivenza civile; infine l'art. 2 "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale" che costituisce un principio che prelude alla costituzione sociale, e conforma la stessa struttura della Costituzione in senso sociale (si tratta di doveri come educare i figli (30), difendere la patria (52), contribuire alle spese pubbliche (53), essere fedeli alla Repubblica (54)

Il principio di eguaglianza nell'art. 3 della Costituzione: nozioni introduttive

Art. 3

Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.

È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

L'art. 3 può essere definito "il cuore" della Costituzione, in quanto sancisce il principio d'uguaglianza. In particolare il primo comma afferma il principio della pari dignità sociale intesa come diritto di ognuno a essere trattato e riconosciuto come essere umano in ogni rapporto in cui si viene a trovare a prescindere da qualsivoglia condizione economica e sociale. In questo senso, si comprende il principio di uguaglianza davanti alla legge „ vietando qualsiasi forma di discriminazione. Il Costituente ha puntualizzato sei cause discriminatrici e sono: **sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali**"

(Tale principio fondamentale che costituisce la pietra miliare di ogni democrazia, è stato recentemente minacciato dal

lodo Alfano che sanciva che per le alte cariche dello Stato - Presidente della Repubblica, del Senato, della Camera, del Consiglio- durante il loro mandato, la sospensione temporanea dei processi penali a loro carico. La Corte costituzionale il 7 ottobre 2009 ha dichiarato l'incostituzionalità della legge che prevede qualsiasi forma di immunità. Lo stesso risultato è stato ottenuto con la sentenza n. 23/2011 da parte della Corte costituzionale che ha dichiarato illegittima la legge che sanciva il c.d. "**legittimo impedimento**", situazione che consentiva al Capo di Governo e ai ministri di non comparire alle udienze - soprattutto penali e in qualità di imputati - in concomitanza con impegni essenziali del Governo).

L'uguaglianza formale deriva dal principio, di tradizione liberale, che tutti i cittadini sono eguali perché nascono eguali e pertanto in maniera eguale devono essere trattati dalla legge, in conseguenza la legge è generale e astratta al fine di garantire a tutti un trattamento uguale.

L'uguaglianza sostanziale ha invece una evidente matrice sociale. Posto che tutte le persone nascono con le medesime possibilità di sviluppo, a causa di disuguaglianze di ordine sociale ed economico che di fatto ne limitano la libertà, queste disuguaglianze debbono essere rimosse dallo Stato al fine di garantire non solo un'astratta uguaglianza formale, ma una concreta uguaglianza sostanziale.

Le due norme possono apparire in conflitto: per tutelare l'uguaglianza sostanziale si dovrà alle volte sacrificare l'uguaglianza formale.

Inoltre anche libertà ed uguaglianza sostanziale sono due valori potenzialmente in conflitto. Mentre la libertà tutela la diversità, l'uguaglianza tutela l'omogeneità.

6.1 Il principio di uguaglianza in senso formale

Il principio di uguaglianza in senso formale contiene tre diversi significati, alcuni dei quali frutto della interpretazione evolutiva della Corte costituzionale.

Il nucleo forte del principio di uguaglianza ha la funzione di selezionare "a priori" una serie di situazioni soggettive che sono il sesso, la razza, la lingua, la religione, le opinioni politiche, le condizioni personali e sociali, in base alle quali non possono normalmente avvenire disparità di trattamento, in quanto queste sarebbero contrastanti con i valori propri del sistema costituzionale. Tuttavia la presunzione non è assoluta ma relativa, perché non implica un'automatica dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma legislativa che viola il "nucleo forte", ma produce invece una sorta di inversione dell'onere della prova. Spetterà al legislatore infatti dimostrare che la legge non ha violato l'art. 3, perché la differenza di trattamento deriva dalla necessità di applicare un altro principio costituzionale e che tale differenza di trattamento è ragionevole. Al esempio l'art. 6 Cost. prevede che la Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche. Ciò implica che la legge può effettuare differenze di trattamento in base alla lingua purché queste differenze di trattamento siano funzionali a raggiungere l'obiettivo indicato dalla norma costituzionale (tutelare le minoranze linguistiche) e possano resistere ad un giudizio di ragionevolezza effettuato dalla Corte costituzionale.

In secondo luogo uguaglianza significa che si debbono trattare situazioni eguali in maniera eguale e situazioni diverse in maniera diversa. Un esempio del primo caso: se una legge punisce con una determinata pena chi ruba mele, non può punire con una pena superiore chi ruba ciliegie. Un esempio del secondo caso: se una legge punisce in maniera eguale il furto di mele e la rapina a mano armata in una banca le due situazioni sono omogenee perché il principio di uguaglianza sia rispettato occorre invece che la legge preveda una diversità di disciplina. dal principio di uguaglianza la Corte costituzionale ha poi tratto il principio di ragionevolezza della legge.

6.2 L'uguaglianza sostanziale

Il 2° comma dell'art. 3 Cost. sancisce il principio di uguaglianza c.d. sostanziale: "è il compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese.

Mentre il 1° comma prevede una regola come tale immediatamente applicabile, il 2° comma stabilisce un principio, dal quale si ricava un generale dovere a carico dello Stato. Al pari di molte altre norme costituzionali necessita dell'intervento del legislatore.

L'art. 3 2° comma ha la funzione di legittimare interventi perequativi da parte dello Stato che limitano l'uguaglianza formale ma che dall'altra parte servono a rimuovere quegli ostacoli che producono disuguaglianze di fatto.

La norma è generale, e quindi non individua quali sono queste situazioni di disuguaglianza di fatto, lasciando il legislatore libero di apprezzare. Tuttavia, in certi casi, l'esistenza di situazioni di disuguaglianza di fatto è apprezzata dalla stessa Costituzione.

Ad esempio l'art. 37 tratta della tutela della donna lavoratrice madre, stabilendo che le condizioni di lavoro debbono "assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione". Si tratta di un'applicazione costituzionale del principio dell'uguaglianza sostanziale. Alla madre lavoratrice deve essere assicurata una speciale protezione: la legge dovrà attuare questa protezione attraverso una legge speciale perché derogatoria della normativa generale sul lavoro che prevederà un trattamento particolare per la donna madre.

Esempi sono le norme dedicate alla famiglia (dagli artt. 29 a 31), dove in molti casi la Costituzione accerta la presenza di una situazione di disuguaglianza di fatto, i c.d. soggetti "deboli" (ad esempio i figli naturali, nati fuori dal matrimonio). Anche all'art. 6 della Costituzione che tutela le minoranze linguistiche, ha portato all'approvazione di una legge (la legge n. 482 del 1999) che consente l'utilizzazione di lingue diverse dall'italiano, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni, all'interno della scuola, nella programmazione televisiva di alcune aree.

Evidentemente la cultura cattolica ha avuto un peso di rilievo nella parte relativa alla tutela sociale della famiglia, così come la matrice socialista ha avuto un peso di rilievo nella tutela sociale del lavoro.

Un caso particolare di applicazione del principio di eguaglianza sostanziale sono le c.d. azioni positive, o discriminazione alla rovescia, dove la legge interviene per garantire eguali possibilità a soggetti storicamente svantaggiati come ad esempio nel caso del c.d. quote rosa o riserva di posti per componenti di sesso femminile.

Questo principio è stato anche costituzionalizzato con una modifica all'art. 51 della Cost. che prevede che "tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge". La legge di revisione costituzionale del 2003 "a tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini". Questo principio è stato sancito, a livello costituzionale, anche per quanto concerne la legislazione regionale stabilendo all'art. 117 che "le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive".

La questione relativa alle quote elettorali a vantaggio delle donne è stata oggetto di varie decisioni della Corte costituzionale.

La sentenza n. 49 del 2003 ha specificato questi principi affermando che le norme costituzionali fanno dell'equilibrio della rappresentanza un vero e proprio obbligo, e dunque le leggi che impongono la presenza nelle liste elettorali di entrambi i sessi non sono solo ammissibili, ma devono essere tali da poter realizzare quell'equilibrio sancito dalla Costituzione.

In applicazione di questo principio, ad esempio, è stata approvata una legge (la legge n. 120 del 2011) che riserva alle donne un determinato numero di posti nei consigli di amministrazione delle società quotate in borsa e delle società pubbliche.

Attraverso l'azione positiva non si tutela solo una situazione soggettiva specifica considerata debole, parificandola alle altre, ma si tutelano le minori opportunità che derivano alla donne dalla differenza di sesso, dando dei vantaggi al soggetto debole. Costituiscono cioè un'ulteriore fase, ancora più avanzata, dell'eguaglianza sostanziale.

SINTESI

Il principio di eguaglianza non si traduce nella semplice parità di trattamento degli individui. Se è vero, infatti, che la legge per la sua generalità ed astrattezza deve rivolgersi egualmente a tutti e valutare allo stesso modo situazioni obiettivamente differenti, al tempo stesso non bisogna creare vere e proprie discriminazioni nei confronti di quei soggetti che necessitano di una maggiore attenzione e protezione rispetto agli altri appartenenti alla stessa comunità sociale. Il compito di diversificare le norme a seconda dei casi e riguardo ad alcune categorie di persone spetta al legislatore, il quale però, deve attenersi al **principio di ragionevolezza delle leggi**, per giustificare la necessità sociale che è alla base della disparità di trattamento riservato ad alcuni cittadini.

L'art. 3 Cost. sancisce il principio di **uguaglianza formale**, inteso nella duplice accezione dell'uguaglianza **dinanzi alla legge**, per cui nessuno può ergersi al di sopra della legge facendo valere presunte superiorità o differenze sociali, e **dell'uguaglianza nella legge**, da cui scaturisce il divieto di emanare leggi che contengano discriminazioni fondate sul sesso, razza, lingua, religione, opinione politica, condizione sociale.

Al tempo stesso per non far cadere nel vuoto il principio di eguaglianza formale, il Costituente sancisce l'onere per lo Stato a impegnarsi attraverso la legislazione ordinaria, per favorire il più possibile il raggiungimento **dell'uguaglianza sostanziale**. La Costituzione affida alla Repubblica il compito di intervenire per rimuovere ostacoli e disparità di natura sociale ed economica, affinché tutti i cittadini possano trovarsi nelle condizioni di realizzare pienamente se stessi e le proprie aspirazioni nella vita politica, economica e sociale del paese.

7. Il principio lavorista

Il tema del lavoro ricorre ben tre volte, in tre articoli diversi che devono tuttavia considerarsi intimamente legati e quindi congiuntamente analizzati.

ART. 1

L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro"

ART. 3 2° comma

"l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese".

ART 4

"La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo

questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e a propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso mentale e spirituale della società".

Questi principi hanno poi un'ampia declinazione negli articoli che vanno dal 35 al 40 dedicati ai rapporti economici.

Il principio lavorista rappresenta il fondamento dell'ordinamento repubblicano e garantisce a tutti i cittadini pari dignità sociale a prescindere dall'attività in cui si sostanzia. Il lavoro costituisce la fonte di sostentamento dell'individuo e perciò rappresenta il mezzo indispensabile per consentire a ciascuno di essere libero, autonomo e indipendente. **Il diritto al lavoro**, tuttavia, non deve essere inteso come pretesa dell'individuo a ottenere dallo Stato un posto di lavoro, ma anche come divieto per lo Stato di prevedere norme che limitino la libertà di esercitare qualsiasi attività lavorativa. Allo stesso tempo lo Stato assume l'impegno di farsi carico di una serie di obiettivi che devono caratterizzare la sua politica (massima occupazione, sviluppo economico, ecc.) per favorire la crescita.

Il diritto al lavoro corrisponde anche al dovere di lavorare che rappresenta più un monito agli individui a non ricorrere a forme di "parassitismo economico e sociale". Non attribuisce diritti soggettivi, ma delinea la forma di Stato e può svolgere la funzione di parametro, insieme ad altre norme, nel giudizio di costituzionalità della legge.

Il principio di laicità dello Stato

ART. 7

Lo Stato e la chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani. I loro rapporti sono regolati dai patti lateranensi. Le modificazioni dei patti accettate dalle due parti non richiedono procedimento di revisione costituzionale.

Il primo comma dell'art. 7 sancisce il principio di separazione tra Stato e Chiesa che respinge il modello di Stato confessionale, secondo il quale la Chiesa è titolare di verità morali ed etiche che si estendono all'intera società, **con la conseguenza** che le leggi ed etica pubblica dovrebbero conformarsi su questi principi.

Statuto Albertino e patti lateranensi (sottoscritti l'11 febbraio del 1929 tra Stato e Chiesa cattolica) si basavano sul principio della preminenza della religione cattolica.

L'entrata in vigore della Costituzione ha sancito il principio di eguaglianza in materia di religione e, quindi, affermato il principio di laicità per cui le norme in contrasto con tale principio (art. 8) sono state gradualmente dichiarate illegittime e abrogate dalla Corte costituzionale.

Tuttavia solo il 18 febbraio 1984 è stato sottoscritto un nuovo Accordo con la chiesa Cattolica, detto di Villa Madama, che ha apportato significative modifiche ai patti lateranensi.

ART. 8

"Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge". Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano. I loro rapporti con lo stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

ART. 19

Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purchè non si tratti di riti contrari al buon costume.

La Costituzione non ammette discriminazioni fondate sulla diversità di fede religiosa, né alcuna disciplina di favore verso la Chiesa cattolica che sia in contrasto con il principio di laicità e si impegna a tutelare senza distinzioni tutte le confessioni religiose.

Così a partire dal 1984, in base al principio del pluralismo confessionale sono state stipulate intese per garantire la libertà ai differenti culti religiosi, con il limite a carico di tutti i culti di rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento, l'ordine pubblico e il buon costume.

Gli altri articoli tra i principi fondamentali

Art. 9

La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica.

Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione.

Art. 10

L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

La condizione giuridica dello straniero è regolata dalla legge in conformità delle norme e dei trattati internazionali.

Lo straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica secondo le condizioni stabilite dalla legge.

Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici. [3]

Art. 11

L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo.

Art. 12

La bandiera della Repubblica è il tricolore italiano: verde, bianco e rosso, a tre bande verticali di eguali dimensioni.

CAPITOLO II (LE LIBERTA' DEI SINGOLI E DELLE FORMAZIONI SOCIALI)

DIRITTI E DOVERI DEI CITTADINI

Titolo I

Rapporti civili

(Articoli 13-28)

La nostra Carta costituzionale nella Parte Prima sancisce il "catalogo dei diritti e doveri" dei cittadini a partire dai **rapporti civili** (artt. 13-28) cioè l'insieme delle libertà e delle prerogative che garantiscono all'individuo la libera autodeterminazione (seguono i rapporti etico-sociali - artt. 29-34; i rapporti economici - artt. 35-47; e i rapporti politici - artt. 48-54).

La libertà personale

ART. 13

La libertà personale è inviolabile.

Non è ammessa forma alcuna di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'Autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge.

In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di Pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'Autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto.

È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà.

La legge stabilisce i limiti massimi della carcerazione preventiva.

La libertà personale è stata delineata in Costituzione principalmente come libertà della persona fisica contro qualsiasi forma di coercizione. E' intesa come il diritto di ogni persona a non subire coazioni o imposizioni che impediscano o limitino le sue azioni o i suoi movimenti.

Tuttavia, la Costituzione prevede:

i casi e i modi in cui è possibile procedere a restrizioni della libertà personale che devono essere indicati in apposite leggi. Si parla a questo proposito di **riserva di legge assoluta e rinforzata**: solo le leggi emanate dal Parlamento possono limitare la libertà personale, e le stesse devono rispettare le regole contenute nella Costituzione, alla quale sono gerarchicamente subordinate;

solo i giudici che agiscono liberi da qualsiasi forma di condizionamento politico nella loro veste imparziale sono chiamati a valutare il fatto sottoposto al loro giudizio con imparzialità e obiettività. Solo i magistrati infatti hanno il potere di **adottare misure restrittive della libertà personale** in quanto nessun altro soggetto o organo dello Stato può ordinare l'arresto di una persona. E' questo il principio della **riserva di giurisdizione** sancito dall'art. 13;

i giudici sono inoltre sottoposti all'**obbligo di motivazione dei provvedimenti** che emettono, vale a dire sono tenuti a spiegare nelle singole sentenze le ragioni che hanno portato a valutare i fatti in un certo modo e ad applicare una determinata legge.

La stessa Costituzione afferma che in casi eccezionali di necessità e di urgenza l'autorità di pubblica sicurezza (polizia, carabinieri) può adottare provvedimenti provvisori che limitano la libertà personale, che dovranno essere comunicati al giudice entro 48 ore e da questi convalidati nelle successive 48 ore.

L'ultimo comma per difendere l'individuo da arresti illegali impone un limite massimo alla durata della carcerazione preventiva, che è il periodo di restrizione della libertà di un individuo in attesa che venga svolto il processo a suo carico.

Dall'art. 13 della Costituzione derivano altri diritti della persona che possono ritenersi compresi all'interno della libertà personale, come il diritto all'identità personale, il diritto al nome, il diritto all'immagine, il diritto alla libertà sessuale, il diritto alla riservatezza.

La libertà di domicilio

Art. 14.

Il domicilio è inviolabile.

Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri, se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale.

Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali.

Il domicilio è l'ambiente privilegiato in cui il singolo svolge la propria vita privata e professionale, viene considerato inviolabile gode delle stesse garanzie previste dall'art. 13 in materia di libertà personale: **riserva di legge** (solo la legge può stabilire come limitare la libertà); **riserva di giurisdizione** (solo il giudice può limitare tale libertà emettendo un provvedimento motivato); **obbligo di motivazione dei provvedimenti emanati**.

Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali possono avvenire senza un provvedimento dell'autorità giudiziaria.

4. La libertà di comunicazione e corrispondenza

Art. 15.

La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili.

La loro limitazione può avvenire soltanto per atto motivato dell'Autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge.

La libertà di comunicazione deve essere necessariamente accompagnata dalla garanzia alla riservatezza del suo contenuto. La segretezza di ogni forma di corrispondenza (scritta, telegrafica, ecc.) e di comunicazione (telefonica, informatica, telematica) che si instaura tra due soggetti viene specificamente tutelata dalla Costituzione per consentire a ogni persona di trasmettere il proprio pensiero solo a chi desidera, senza che estranei possano venire a conoscenza. Tuttavia l'autorità giudiziaria può limitare questo diritto attraverso:

il sequestro della corrispondenza che permette all'autorità giudiziaria di sequestrare materiale che si sospetta abbia a che fare con un reato;

le intercettazioni telefoniche e di altre forme di comunicazione, ai fini delle indagini per reati di una particolare gravità e con le dovute tutele riconosciute all'intercettato.

Per questi motivi solo i giudici possono adottare provvedimenti restrittivi a differenza di quanto previsto per la libertà personale e di domicilio.

3. La libertà di circolazione e soggiorno

Art. 16.

Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza.

Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche.

Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge.

Anche la libertà di circolazione e soggiorno rientra nel più ampio concetto di libertà personale. La Costituzione riconosce la libertà di circolare sul territorio nazionale ai soli cittadini, sebbene con l'adesione dell'Italia all'UE, tale norma vada intesa nel senso che i cittadini europei possano spostarsi su qualsiasi territorio di uno Stato membro dell'UE. Ulteriore aspetto di tale principio è la libertà di espatrio che è consentita a tutti i cittadini in regola con gli obblighi di legge, possedendo un valido documento. Per la circolazione all'interno dell'"Area Shengen" non è prevista alcun tipo di formalità.

La libertà di circolazione e soggiorno può subire limitazione esclusivamente per motivi di sanità e di sicurezza, ma mai per ragioni politiche.

La libertà di manifestazione del pensiero

La libertà di manifestazione del pensiero, non va intesa solo come riconoscimento del diritto di esprimere liberamente le proprie opinioni, ma anche come diritto al silenzio, come diritto di utilizzare ogni mezzo tecnico per diffondere il proprio pensiero e, come libertà di informare e di essere informati. Dall'esistenza di una componente passiva di questa libertà - diritto di essere informati - deriva la necessità di una pluralità di mezzi: la stampa, la telediffusione e la radiodiffusione, la pubblica affissione, gli spettacoli pubblici, i nuovi media (es. internet). Lo sviluppo di tali strumenti divulgativi consente

I limiti alla libertà di esprimere le proprie opinioni (componente attiva) possono essere espressi o impliciti. Sono espressi quando direttamente previsti dall'ultimo comma dell'art. 21 che impone il rispetto del buon costume che si sostanzia in generale nel comune senso del pudore e della pubblica decenza. Sono impliciti quando sono fissati in altre norme costituzionali, volte a tutelare i diritti che possono venire in conflitto con il concreto esercizio di tale libertà. Tali limiti sono: la riservatezza, l'onorabilità e la reputazione della persona (art. 2 e 3 Cost. il diritto di ciascuno a manifestare il proprio pensiero non deve ledere la dignità, l'onore e la privacy altrui - commettendo ad esempio reati di diffamazione, vilipendio, oltraggio);

I limiti al diritto di essere informati (componente passiva) si sostanziano nel segreto giudiziario: è vietata la pubblicazione di atti destinati a rimanere segreti per garantire l'efficace andamento della giustizia e proteggere la reputazione degli imputati prima della condanna definitiva; il segreto professionale; il segreto di Stato per salvaguardare la Repubblica o il segreto militare a notizie riguardanti la difesa nazionale.

L'articolo 21 abolisce qualsiasi controllo pubblico (come accadde invece durante il fascismo); viene, così, escluso ogni controllo preventivo da parte del potere pubblico alla pubblicazione di stampati, attraverso autorizzazioni o censure; mentre il sequestro degli stessi, che può intervenire solo dopo la pubblicazione, è ammesso solo per delitti espressamente previsti dalla legge sulla stampa. L'art. 21 prevede la riserva di legge - cioè il legislatore può determinare i delitti che ne causano il sequestro - e la riserva di giurisdizione, in quanto è solo la magistratura titolare del diritto di ordinare il sequestro che comunque può essere esercitato in casi di necessità e urgenza anche dalla polizia giudiziaria ma deve essere convalidato dal giudice entro le 24 ore successive. La Costituzione inoltre si preoccupa di dettare i principi di trasparenza dei mezzi di finanziamento della stampa.

La questione del pluralismo della stampa è stata poi affrontata con la legge n. 416 del 1981 e successive modifiche. Il pluralismo della stampa viene garantito attraverso la previsione di tetti antitrust e di limiti alle concentrazioni della proprietà editoriale. La c.d. legge antitrust, che istituisce l'Autorità della concorrenza e del mercato sarà molto successiva (legge n. 287 del 1990).

La disciplina della televisione, che non è trattata nell'art. 21 ma rientra nella libertà di pensiero, è stata furto i vari interventi della Corte Costituzionale. In generale la Corte ha affermato il principio che il pluralismo non poteva considerarsi raggiunto con la presenza di un polo pubblico e di un polo privato, ma al contrario doveva raggiungersi attraverso l'accesso al sistema televisivo del maggior numero possibile di voci diverse. Su questa base sono state approvate varie leggi, l'ultima della quale è la legge 31 luglio 2005 n. 177 "testo unico sulla televisione" che ha introdotto una riforma complessiva del settore, introducendo un complesso sistema che da un lato incoraggia il passaggio al digitale terrestre, dall'altro introduce tetti antitrust calcolati però sulla base dei ricavi provenienti dal c.d. sistema integrato della comunicazione. In esso sono ricompresi l'attività televisiva, ma anche l'editoria quotidiana, periodica, libraria e cinematografica.

La libertà della ricerca scientifica e della scuola

Compito fondamentale della Repubblica è la crescita culturale dell'individuo alla luce dei principi del pluralismo ideologico e scolastico. Ciò spiega perché curare, promuovere la cultura in tutte le sue manifestazioni, e organizzare la formazione culturale degli individui in un Paese civile significa garantire durata e qualità della sua democrazia. Gli artt. 33 e 34 tutelano la libertà della scienza e della scuola.

La libertà della scienza è tutelata principalmente attraverso l'autonomia organizzativa delle istituzioni di alta cultura, università e accademie, che hanno diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato (art. 33). La libertà di ricerca incontra limiti minori della libertà di pensiero: non è previsto infatti alcun limite espresso ma solo limiti impliciti in altri indirizzi costituzionali.

La libertà della scuola si sostanzia nel dovere per lo Stato di istituire scuole statali per tutti gli ordini e gradi, e nel garantire ad enti e privati il diritto di istituire scuole senza tuttavia oneri per lo Stato (principio del pluralismo scolastico o libertà della scuola). Queste scuole poi possono essere parificate alle scuole statali, secondo i criteri previsti dalla legge, purché sia previsto per gli alunni un trattamento equipollente a quello degli alunni delle scuole statali.

7. La libertà di riunione

Tale libertà detta collettiva, in quanto il suo esercizio presuppone il concorso di una pluralità di persone, è riservata dalla Costituzione ai soli cittadini e alle loro formazioni sociali. La Costituzione riconosce questo diritto in tutte le sue possibili manifestazioni: dal corteo all'assemblea, dalla processione alla conferenza, dallo spettacolo al comizio elettorale, con l'unico limite che tali riunioni si svolgano pacificamente e senza armi. I cittadini possono, inoltre, riunirsi liberamente e per i più svariati motivi sia in luoghi privati (una casa, un circolo privato) sia in luoghi aperti al pubblico (un cinema, un teatro), sia in luoghi pubblici (una strada, una piazza). Solo per quest'ultime la Cost. richiede che sia dato preavviso all'autorità di pubblica sicurezza almeno tre giorni prima, affinché possano esercitare in modo legale la funzione di vigilanza. La pubblica autorità può vietare la riunione motivando la decisione con un provvedimento quando sussistono concrete ragioni di sicurezza e incolumità pubblica.

8. La libertà di associazione

L'art. 18 tutela la libertà di associarsi, la libertà di non associarsi, la libertà delle associazioni. Il diritto di associazione si differenzia da quello di riunione per il carattere stabile e duraturo e per l'esistenza di un vincolo ideale che lega gli associati. Per creare un'associazione non è necessaria alcuna autorizzazione purché vengano rispettati i limiti della legalità e della non-violenza. Tale diritto è esplicitamente garantito dal Costituente anche per le libertà collettive sancite dall'art. 9 (sindacati) e all'art. 49 (partiti politici).

L'articolo 18 esplicitamente vieta la costituzione di:

Associazioni dirette a commettere reati o i cui scopi possono essere raggiunti mediante reati (associazioni a delinquere o associazioni per sovvertire l'ordine costituzionale);

Associazioni segrete e quelle che perseguono anche indirettamente scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare. L'interpretazione del concetto di segretezza è stata precisata dalla legge n. 17 del 1982 con la quale fu sciolta la loggia massonica P2. Per associazione segreta non si intende semplicemente un'associazione nascosta, che in sé non è illegittima, ma un'associazione nascosta con fini di sovvertimento dell'ordine democratico.

La ricostruzione del disciolto partito fascista

9. I principi costituzionali sulla famiglia

La famiglia è la forma primaria di convivenza umana, basata su principi naturali ancor prima che giuridici: l'assistenza, la protezione e la cura dei figli, il rispetto e l'obbedienza di questi verso i genitori sono sentimenti spontanei, prima ancora che obblighi imposti dalla legge. Al pari dei diritti fondamentali, i diritti di famiglia sono personali, intransmissibili, irrinunciabili e imprescrittibili.

La famiglia ottiene riconoscimento giuridico tramite il matrimonio, atto giuridico solenne, mediante il quale un uomo e una donna si impegnano a condividere le proprie vite e ad assumere reciproci obblighi. E' inoltre da rilevare, posto che la famiglia non è un soggetto dotato di personalità giuridica, che la Costituzione tutela i diritti e doveri dei singoli membri.

La Costituzione attraverso l'art. 30 si occupa dei figli nati al di fuori del matrimonio, stabilendo il dovere dei genitori di mantenerli, istruirli ed educarli, ed attribuendo loro ogni tutela giuridica e sociale. Tuttavia questa disposizione è posta a protezione dell'interesse dei figli naturali e non della famiglia di fatto.

La questione è di grande rilevanza anche in relazione all'interpretazione dell'art. 31 sulle misure economiche a sostegno della famiglia.

Alle unioni di fatto deve essere riconosciuta una propria specifica dignità in quanto formazioni sociali da tutelare ex art. 2 della Costituzione. Tuttavia il diverso status del matrimonio (il bene ricercato dai coniugi è la stabilità del rapporto) e la famiglia di fatto (il vincolo è in ogni istante revocabile da ciascuna delle parti) esclude la possibilità del giudizio di eguaglianza per disparità di trattamento, essendo situazioni non omogenee e quindi non compatibili.

CAPITOLO III

I DIRITTI POLITICI E SOCIALI

1. Partiti politici e democraticità dello Stato

La Costituzione riconosce il diritto inviolabile di costituire i partiti politici che rappresentano il più importante strumento di partecipazione politica in quanto espressione del pluralismo democratico.

I partiti sono considerati associazioni private non riconosciute previste nel codice civile. La loro organizzazione è infatti rimessa agli accordi tra i consociati, e quindi allo statuto del partito che ne determina gli organi interni e il loro funzionamento, i diritti e i doveri degli iscritti, gli obblighi e le finalità

dell'associazione. Sono caratterizzati da una comune ideologia e mirano a esercitare la loro influenza sull'indirizzo politico del Paese sia nello Stato comunità di cui, attraverso il voto, canalizzano la volontà politica dei cittadini, sia nello Stato persona attraverso la partecipazione ai gruppi parlamentari, alle assemblee regionali.

Le principali funzioni che i partiti svolgono nelle democrazie contemporanee sono rivolte alla formazione ideologico-politica degli elettori e alla selezione dei candidati da presentare nelle liste elettorali per ricoprire le cariche elettive.

Infine, per la Costituzione, i partiti concorrono "con metodo democratico" alla determinazione dell'indirizzo politico del Paese. Ciò significa che il confronto con gli avversari politici deve avvenire nel rispetto delle differenti scelte ideologiche; non è invece prevista - come per i sindacati - una democrazia interna ai partiti creando forti dubbi circa l'effettiva libertà di azione e di parola degli iscritti.

3. Cenni alla c.d. "crisi dei partiti"

Il modello di partito al quale faceva riferimento la Costituzione del 1948 non esiste più. Il crollo delle ideologie, sancito dalla caduta del muro di Berlino, e la progressiva perdita di valori generali di riferimento da parte della società, ha ulteriormente accelerato la disgregazione dei grandi partiti (democrazia cristiana, comunismo). Le inchieste giudiziarie degli anni 90 che hanno segnato in maniera netta il distacco tra la società e il sistema dei partiti di allora. Da allora si può dire che si sono susseguiti vari modelli di partito: il partito azienda che utilizza metodologie aziendali per selezionare i rappresentanti e mira ad ottenere il consenso attraverso operazioni di marketing; il partito persona, che si basa sul sostegno, attraverso comitati, a leaders presenti in Parlamento; il partito "liquido" che rifiuta qualunque ingabbiamento ideologico e programmatico per decidere, caso per caso, in base a valutazioni contingenti del proprio leader.

Il tratto comune di queste nuove forme organizzative è dato dalla libertà dei leaders di cambiare frequentemente la linea per cercare di intercettare il rapido mutamento degli interessi e finanche degli "umori" della società. In assenza di strumenti di democrazia interna del partito, risulta rafforzata dalla possibilità di scegliere, in sostanziale autonomia, i vertici del partito e i candidati alle elezioni che debbono agire come il capo che li ha scelti. Tuttavia questa tecnica mobile costituisce la negazione ideologicamente interscambiabili e privi di un vero collante sociale, non svolgono più la loro funzione fondamentale di sintetizzare e trasformare interessi particolari in interessi omogenei sufficientemente generali e stabili.

4. Il diritto di voto

L'art. 48 fissa il principio di base di ogni democrazia: il suffragio universale. Esso sancisce il diritto inviolabile di tutti i cittadini di prendere parte alle consultazioni elettorali, esprimendo il proprio voto e scegliendo i propri rappresentanti, il partito o la coalizione di partiti che ritengono in grado di guidare il Paese. Il primo comma stabilisce che sono elettori tutti i cittadini, uomini e donne che hanno la maggiore età. Il requisito della maggiore età incontra il solo limite di cui all'art. 58 che prevede per il Senato 25 anni. Affinché il voto possa costituire la manifestazione libera della volontà del cittadino, la Costituzione ha dettato alcuni principi che ne regolano l'esercizio:

il principio del suffragio universale, in base al quale sono elettori tutti i cittadini, sia uomini che donne. Si ricordi che il diritto di voto è stato esteso alle donne sole nel 1946;

il principio della personalità del voto, che impone all'elettore di recarsi a votare sempre di persona, non è infatti possibile votare tramite un proprio rappresentante essendo ammesso il voto per corrispondenza solo per i cittadini residenti all'estero;

il principio di eguaglianza che riconosce uguale peso al voto di ogni elettore, indipendentemente dalla sua condizione economica e sociale;

i principi della libertà e della segretezza del voto;

il voto non può essere limitato se non per incapacità civile, sentenza penale irrevocabile, e indegnità morale indicati nella legge.

il secondo comma dell'art. 48 stabilisce che l'esercizio del diritto di voto costituisce un "dovere civico" volendo con questa previsione indicare come la partecipazione alla vita politica debba essere un impegno del cittadino (il dovere non costituisce un obbligo, e infatti il non voto non è sanzionato e l'astensione è considerata un diritto).

5. I sindacati

Ai sindacati come i partiti politici, la costituzione attribuisce funzioni di mediazione di interessi e parti anche se non istituzionalizzate del confronto politico. Infatti, spesso vengono consultati dal Governo su provvedimenti che riguardano il lavoro, la c.d. concertazione o possono essere consultati dal Presidente del Consiglio all'atto della formazione del Governo.

Il ruolo dei sindacati è andato quindi al di là della previsione costituzionale che era solamente finalizzata alla stipula dei contratti collettivi di lavoro. La ratio della norma era quella di limitare il potere dei datori di lavoro e di tutelare i lavoratori a seconda delle categorie di appartenenza. I contratti collettivi avrebbero quindi dovuto essere fonti di diritto in quanto dotati di contenuto generale e astratto e di efficacia *erga omnes*. Le condizioni previste dalla Costituzione sono:

- un ordinamento interno a base democratica

- la registrazione

- la personalità giuridica.

Alla norma dell'art. 39 non è tuttavia stata data attuazione: a causa di un'elevata sindacalizzazione e sigle sindacali molto piccole che avrebbero perso il proprio potere interdittivo. Quindi i sindacati non sono registrati e non hanno personalità giuridica con conseguenza che i contratti collettivi non vincolano l'intera categoria dei lavoratori alla quale il contratto si riferisce, ma solamente gli iscritti al sindacato.

Il codice civile prevede tuttavia che sono invalide alcune clausole nei contratti individuali che siano difformi rispetto al contratto collettivo. Così come la Corte costituzionale, in caso di controversie, ha esteso i contratti collettivi anche ai non iscritti al sindacato in ordine alla determinazione del minimo contrattuale.

6. I principi costituzionali sulla tutela del lavoro

Il diritto al lavoro è posto tra i principi fondamentali della Costituzione (art. 4), declinato nelle norme costituzionali dall'art. 35 all'art. 40 che costituiscono le basi del modello di Stato sociale. Molte di queste norme tra l'altro pongono regole e sono pertanto direttamente applicabili anche nei rapporti privati. I principi invece vincolano e impegnano il legislatore ad adottare norme attuative.

L'Art. 35 costituisce una norma di principio che impone in capo alla Repubblica il dovere di tutelare il lavoro in tutte le sue forme curando la formazione dei lavoratori, favorendo accordi internazionali finalizzati a regolarne i diritti, riconoscendo la libertà di emigrazione e tutelando anche il lavoro italiano all'estero. Nell'immediato dopoguerra c'era un'elevata emigrazione e da qui l'accento sugli accordi internazionali e sulla tutela del lavoro all'estero, oltre a porre l'obbiettivo di perequare situazioni di intrinseca debolezza. E' questa anche la ragione per la quale la Costituzione tratta esclusivamente del lavoro dipendente, pur tutelando astrattamente il lavoro in tutte le sue forme.

La prima norma attuativa è l'art. 36 che pone delle garanzie a favore del lavoratore dipendente a tutela della dignità e della libertà che sono:

- il diritto a una retribuzione corrispondente al lavoro svolto e sufficiente ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza dignitosa;

- la durata massima della prestazione e, in primis, della giornata lavorativa;

- il diritto irrinunciabile alle ferie annuali e al riposo settimanale.

Particolarmente importante è lo Statuto dei lavoratori (l. 300/1970) che tutela i diritti dei lavoratori sul luogo di lavoro: vieta trattamenti discriminatori tra i lavoratori, salvaguarda la libertà politica e sindacale di quest'ultimi, vieta di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni inferiori a quelle per le quali è stato assunto.

L'art. 37 mira a tutelare le categorie dei soggetti più deboli del rapporto di lavoro (le donne e i minori) riconoscendo agli stessi parità di trattamento rispetto agli altri prestatori che originariamente ricevevano un trattamento economico meno favorevole, mortificando in questo modo l'identità di entrambe le categorie. Questo articolo garantisce inoltre alla lavoratrice condizioni di lavoro che non ostacolino "l'adempimento della sua essenziale funzione familiare. La donna per le sue peculiarità biologiche assolve una funzione preminente all'interno della comunità familiare, la maternità e l'infanzia rappresenta quindi un valore prioritario nella scala dei principi costituzionali.

Il principio di parità si sostanzia nel principio di pari opportunità. Le disposizioni approvate nel corso del tempo sono confluite nel codice delle pari opportunità tra uomo e donna (D.Lgs. 11 aprile 2006, n. 198) contenente norme aventi ad oggetto "le misure volte ad eliminare ogni discriminazione basata sul sesso, che abbia come conseguenza o come scopo di compromettere o di impedire il riconoscimento, il godimento o l'esercizio dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale e civile o in ogni altro campo.

La seconda parte dell'art. 37 prevede particolari garanzie per il lavoro minorile al fine di assicurare un equilibrato e corretto sviluppo fisico, culturale e psicologico di fanciulli e adolescenti.

L'art. 38, in linea con i fini dello Stato sociale, prevede l'attuazione concreta del principio di sicurezza sociale, in base alla quale l'autorità statale deve tutelare la dignità dell'uomo nelle situazioni di bisogno:

garantendo a tutti i cittadini i mezzi per l'esistenza in vita;

tutelando la salute mediante i servizi di prevenzione, diagnosi e cura delle malattie;

rimuovendo gli ostacoli, economici e sociali, che impediscano lo sviluppo della persona e la sua effettiva partecipazione alla vita pubblica.

L'art. 40 disciplina il diritto di sciopero che si esercita nell'ambito delle leggi che lo regolano. Non essendo stato regolamentato legislativamente, le linee fondamentali dell'istituto sono state sviluppate dalla giurisprudenza costituzionale. Il diritto di sciopero è un diritto individuale del lavoratore, esercitabile collettivamente, che postula l'esistenza di un contratto di lavoro e che si sostanzia nell'astensione dal lavoro. E' stata approvata una legge che regola lo sciopero nel settore dei servizi pubblici (legge n. 146 del 1990 e modifiche).

7. i principi costituzionali sul diritto alla salute

L'interpretazione dell'art. 32 della giurisprudenza costituzionale e della Corte di Cassazione ne hanno fatto un diritto soggettivo. E' considerato uno dei più importanti diritti sociali in quanto consente di ridurre fino ad eliminare la disparità di ordine economico e sociale a tutela della salute di tutti gli individui per rendere effettivo l'esercizio di tutti gli altri diritti di libertà. La salute rappresenta non solo un diritto primario dell'uomo, ma anche un interesse della collettività.

Il diritto alla salute si distingue come:

diritto fondamentale dell'individuo rispetto a terzi che possono ledere. Il c.d. diritto all'integrità psico-fisica, è un diritto soggettivo pieno direttamente garantito dalla Costituzione ha efficacia erga omnes, la cui violazione produce come conseguenza il risarcimento del danno;

diritto sociale, fruibile nella misura in cui lo Stato, con leggi e norme secondarie, ritenga di assicurarlo. Si ritiene che esista tuttavia un contenuto minimo del diritto che non può essere compresso che impone di non lasciare prive di tutela situazioni che possono ledere la dignità umana.

Il 2° comma dell'art. 32 vieta i trattamenti sanitari obbligatori se non nei casi previsti dalla legge e nel rispetto della persona umana. La norma bilancia il diritto della persona di scegliere se ricevere o meno cure mediche, con il diritto della collettività a non subire effetti negativi dalle scelte individuali (vaccinazioni obbligatorie, malattie contagiose). E' molto difficile che si possano fare norme su questi temi che contemplano valori etici, di religione, di credo personale. Questioni di questo tipo sono spesso risolte dai giudici che devono effettuare bilanciamenti di valori spesso fuori dallo stretto contesto normativo. Ad esempio nel caso Englaro (accanimento terapeutico) la Corte di Cassazione autorizzò l'interruzione del trattamento sanitario in presenza di una situazione vegetativa irreversibile.

CAPITOLO IV

LA COSTITUZIONE ECONOMICA

1. La Costituzione economica tra diritto ed economia

L'interpretazione della Costituzione economica deve essere effettuata alla luce delle norme del diritto europeo, e partendo dalla considerazione che le norme che prevedono interventi dello Stato di tipo programmatico e che sembrano negare il modello dell'economia di mercato non sono mai state utilizzate. Al contrario nel tempo sono state valorizzate quelle norme costituzionali di natura maggiormente liberista. La letteratura economica postula la possibilità dell'intervento dello Stato nelle attività economiche private nel caso dei c.d. fallimenti del mercato. Questi casi si verificano quando il mercato non è più in grado di produrre spontaneamente certi beni o quando, senza intervento pubblico, produrrebbe una corretta allocazione delle risorse. Nei casi di fallimento del mercato, lo Stato deve intervenire per produrre quel bene che altrimenti non verrebbe prodotto o per ristabilire correttamente, attraverso norme giuridiche, gli equilibri tra le parti.

il c.d. modello di economia mista delineato nella Costituzione

La Costituzione economica italiana è normalmente qualificata come "mista", volendosi dire con questa espressione che le attività economiche possono essere svolte sia da soggetti privati che da soggetti pubblici. Essa è definibile anche come mista perché, pur essendo ampiamente riconosciuta e garantita l'iniziativa economica privata, è riconosciuto anche il potere dello Stato di intervenire a tutela degli interessi generali. L'intervento dello Stato doveva principalmente servire a limitare il monopolio privato. Nella Costituzione non vi sono regole a tutela del mercato, ma ciò non esclude che gli interventi dello Stato possano avvenire nei casi dei c.d. fallimenti del mercato.

La Costituzione non ha la pretesa di disciplinare un preciso modello economico di sviluppo. Ne esclude certamente uno - il modello socialista dell'economia pianificata - ma nell'ambito dell'altro - il modello capitalista - si limita a fissare dei grandi principi esterni di natura principalmente culturale e politica. Eppure questo modello di Costituzione, sufficientemente aperta, ha consentito l'assorbimento dei principi di diritto comunitario, che sono improntati alla concorrenza e al mercato, e il progressivo adeguamento a questi principi senza necessità di modificare le norme della Costituzione.

L'influenza del diritto europeo sulla Costituzione economica

Il Trattato europeo si basa invece sul mercato e la concorrenza. Il Trattato vieta agli Stati di interferire nel mercato creando posizioni di vantaggio per talune imprese (divieto di aiuti di Stato), e vieta alle imprese di compiere attività che limitino i diritti di altre imprese di competere nel mercato (regole antitrust). Questi principi sono stati introdotti nell'ordinamento italiano prima attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale, che hanno sancito il principio del primato del diritto europeo sul diritto interno, poi con la modifica costituzionale dell'art. 117 in base al quale lo Stato italiano si conforma alle norme del diritto comunitario.

L'iniziativa economica privata

L'art. 41 della Costituzione costituisce una norma chiave nell'interpretazione della Costituzione economica privata. Tuttavia pone a tale libertà un vincolo negativo, poiché questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, e un vincolo

potenzialmente positivo. Vi si legge infatti che la legge determina i programmi e il controllo opportuni perché l'attività economica, pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Quest'ultima norma, tuttavia, non voleva introdurre un modello economico alternativo all'economia di mercato, ma solo ribadire quel carattere di socialità che informa l'intero modello costituzionale e di riflesso anche la Costituzione economica. L'impresa è libera, ma lo Stato si riserva il diritto di intervenire, con legge e con atti di carattere generale di controllo, quando gli interessi particolare dell'impresa entrino in collisione con interessi generali.

1. Brevi cenni alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

A testimonianza del cambiamento interpretativo della Costituzione economica effettuato nel corso degli anni novanta, la legge n. 287 del 1990 introdusse in Italia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Antitrust), e anche la normativa sulla tutela della concorrenza. Allo scopo di sancire come la concorrenza sia un valore costituzionale la legge collega la disciplina antitrust con la libera iniziativa economica, emanando tale normativa "in applicazione dell'art. 41 della Costituzione". L'Antitrust è un'autorità definibile come indipendente perché non dipende dal Governo né da altre istituzioni. Il suo compito consiste nell'applicare in maniera imparziale le regole del mercato. Si occupa principalmente che intese, abusi di posizione dominante, concentrazione illegittime tra imprese limitino la concorrenza. Per svolgere questo compito l'Antitrust esercita poteri di regolazione del mercato, che ricomprendono poteri normativi, decisori e sanzionatori. Poiché al pari di altre autorità indipendenti essa è collocata al di fuori del circuito della responsabilità politica, si cerca di garantire i "regolati" attraverso procedimenti amministrativi.

5. La proprietà privata

L'altra norma chiave in materia economica riguarda la disciplina della proprietà privata.

A differenza dello Statuto albertino e delle Costituzioni ottocentesche, il diritto di proprietà non è considerato un diritto fondamentale, e in questa impostazione si rispecchia il nuovo modello di Costituzione sociale che si fonda sul lavoro e sulla perequazione e non invece sulla proprietà dei beni. In secondo luogo la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla Costituzione, ma la garanzia opera attraverso la legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti con il limite della funzione sociale. Il primo comma dell'art. 42 introduce la distinzione tra proprietà pubblica e proprietà privata. La proprietà di bene dello Stato o di altri enti pubblici è sottoposta a un regime giuridico diverso rispetto alla proprietà dei privati. A seguito dell'entrata in vigore della Costituzione non si può più fare riferimento alla nozione di proprietà data dal codice civile come "diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo (art. 832) norma che faceva perno sull'esclusivo interesse del proprietario. La funzione sociale della proprietà consente infatti attraverso il ricorso a normative vincolistiche, limitazioni al diritto di "godere e disporre in modo pieno ed esclusivo". Inoltre, poiché i beni possono avere funzioni diverse, la legge può stabilire modalità diverse per il godimento. Per esemplificare, il rilievo sociale del bene "opera d'arte" è diverso da quello "dell'edificio di civile abitazione" e quindi legittimamente può essere diverso il trattamento legislativo e i vincoli che il legislatore prevede per il godimento di questi beni. La Costituzione prevede poi, per motivi di interesse generale, che il sacrificio del privato possa arrivare sino alla totale compressione del diritto sul bene attraverso l'espropriazione, ma in questo caso con la previsione di un indennizzo.

In conseguenza della ratifica e della sottoscrizione delle norme della Convenzione Europea, per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) il serio ristoro è venuto collegandosi in maniera più stretta con il valore di mercato del bene.

6. Il possibile trasferimento allo Stato di particolari attività produttive

L'art. 43 tratta delle imprese che esercitano servizi pubblici essenziali, fonti di energia o si trovino in situazioni di monopolio. In questi casi la Costituzione prevede che la legge può riservare originariamente, o trasferire mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato e a enti pubblici o di lavoratori o di utenti tali imprese. L'art. 43 costituzionalizza, l'istituto (discusso) della riserva originaria che significa che lo Stato può riservare con legge - o trasferire - l'esercizio di una determinata attività imprenditoriale, allo Stato e un ente pubblico preesistente o creato ad hoc. Fu ampiamente utilizzato nel periodo fascista in conformità con la natura corporativa e totalitaria della forma di Stato. La riaffermazione della riserva originaria nel testo della Costituzione vuole evitare il formarsi di monopoli privati nei servizi pubblici essenziali.

L'espropriazione è stata utilizzata una sola volta quando con la legge n. 1463 del 1962 furono nazionalizzate le imprese produttrici di energia elettrica, dando vita all'ENEL.

7. La tutela del risparmio

L'art. 47 della Costituzione prevede al 1° comma che "la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito". Vi è stata una prima fase dalla entrata in vigore della Costituzione sino alle fine degli anni '80, nella quale dell'art. 47 si privilegiava principalmente un'interpretazione dirigistica, facendo leva sulle espressioni "disciplina, coordina e controlla". Vi è stata una seconda fase, dagli anni '90 sino al 2008, nella quale sulla spinta del diritto comunitario, la lettura dirigistica è stata parzialmente abbandonata a vantaggio della estensione al sistema del credito dei principi relativi all'impresa e al mercato. Vi è stata, e vi è tuttora, un'ulteriore fase nella quale il tema del controllo pubblico sul credito in funzione di garanzia di stabilità ha ripreso vigore sia pure sostituendo alla Repubblica le istituzioni dell'Unione Europea.

CAPITOLO V

LA GARANZIA E LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: DALLA COSTITUZIONE ALLA DIMENSIONE SOVRANAZIONALE

Il bilanciamento dei diritti e il c.d. "contenuto minimo"

La Costituzione garantisce varie tipologie diversificate di diritti fondamentali: i diritti personali di libertà, i diritti delle formazioni sociali, i diritti politici e sociali, i diritti economici. Alcuni sono definiti dalla norma inviolabili; alcuni contengono regole e fanno sorgere diritti soggettivi perfetti; alcuni contengono disposizioni di principio che devono essere attuate dal legislatore (come gran parte dei diritti sociali) e quindi non fanno sorgere diritti se non a seguito dell'attuazione normativa; alcuni contengono programmi molto generali che devono ispirare l'azione dello Stato (es. l'art. 4 sul diritto al lavoro).

Quando la norma non attribuisce immediatamente un diritto soggettivo, questa non può essere invocata direttamente in un giudizio a tutela della situazione giuridica lesa, perché non ne deriva una pretesa immediatamente tutelabile alla quale corrisponde un obbligo. Tuttavia questo tipo di norma svolge una funzione invalidante in relazione al c.d. bilanciamento dei diritti.

Nessun diritto è in sé assoluto e illimitato ma incontra limiti in altri diritti costituzionali. L'esercizio di un diritto non può impedire l'esercizio di un altro diritto, e per le stesse ragioni non è possibile individuare in Costituzione una gerarchia di diritti: ad esempio la libertà di circolazione incontra limiti nella diritto di proprietà. **E' il legislatore che deve, all'interno delle norme, bilanciare correttamente i diritti onde evitare che la tutela dell'uno renda non godibile l'altro. La legittimità costituzionale di questo bilanciamento è poi verificata a valle, dalla Corte costituzionale.** (es. ILVA di Taranto è stato realizzato un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione in particolare il diritto alla salute - art. 32 - da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e il diritto al lavoro - art. 4 - da cui deriva l'interesse costituzionale al mantenimento dei livelli di occupazione e il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso).

Il bilanciamento dei diritti nel giudizio di costituzionalità, segue tecniche consolidate: il bilanciamento può avvenire solo quando due diritti appartengono allo stesso rango; un diritto può essere sacrificato solo in modo ragionevole e proporzionato; il sacrificio di un diritto non può intaccare "il contenuto minimo" del diritto, al di là del quale si determinerebbe una elusione e una sostanziale violazione del diritto sacrificato, che pure ha rango costituzionale.

Principi sulla magistratura: autonomia e indipendenza del giudice

La Costituzione pone una serie di garanzie tese a preservare autonomia e indipendenza del giudice, considerati i presupposti per il corretto giudicare e quindi per una equilibrata tutela dei diritti. Sono considerate funzionali a garantire autonomia e indipendenza le prerogative relative allo status giuridico e ai

percorsi di carriera del giudice. Per sancire che l'ordinamento giudiziario non è gerarchicamente organizzato, l'art. 101 prevede che "giudice è sottoposto soltanto alla legge", i giudici cioè non dipendono da altri organi. Per rafforzare l'indipendenza dagli altri poteri dello Stato, l'art. 104 della Costituzione stabilisce che "la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere" ha lo scopo di sancire il carattere non politico mentre il concetto di autonomia è strettamente legato al concetto di indipendenza (Corte cost. n. 142 del 1973) al fine di evitare che vi possono essere influenze dello stesso potere giudiziario sull'autonomia di giudizio di ogni singolo giudice.

1.. **Le garanzie dell'indipendenza: il CSM e le altre garanzie**

Il CSM si occupa di tutto il percorso di carriera del magistrato, a garanzia che altri poteri non ne condizionino lo status giuridico, garantendo così, come si sostiene tradizionalmente, l'indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri. Le competenze del CSM sono specificate dall'art. 105 secondo il quale "spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario le assunzioni, le assegnazioni e i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati". Per quanto concerne i provvedimenti disciplinari la procedura viene attivata su richiesta del ministro della giustizia o del procuratore generale presso la Corte di Cassazione, ai quali spetta il potere di promuovere l'azione disciplinare.

Il CSM è composto da ventisette membri. Sedici sono espressione della stessa magistratura dalla quale sono eletti, mentre otto sono eletti dal Parlamento in seduta comune. Sono poi membri di diritto il Presidente della Repubblica, che ne è il Presidente, il Primo Presidente della Corte di Cassazione e il Procuratore generale della Corte di Cassazione. La composizione mista del CSM impedisce che questi possa essere tecnicamente qualificato come organo di autogoverno della magistratura, anche se la presenza largamente maggioritaria della componente togata (diciotto verso nove) nei fatti attribuisce il predominio delle decisioni ai membri che provengono dalla magistratura. Il Presidente della Repubblica svolge la funzione di equilibrio tra la componente togata e quella laica.

Ulteriore garanzia per i magistrati è sancita con l'art. 107 che ne determina "l'inalienabilità". Essi infatti "non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura adottata o per i motivi e con la garanzia di difesa stabiliti dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso".

Inoltre norme legislative prevedono la sostanziale irresponsabilità civile del giudice per le decisioni assunte. Secondo la legge infatti (legge n. 117 del 1988) il magistrato è responsabile soltanto in caso di dolo (cioè se abbia agito intenzionalmente) o in casi di colpa grave (cioè per grave negligenza) con esclusione della responsabilità civile per colpa.

2.. **Le garanzie delle parti: il giusto processo**

Diritto di azione, principio del contraddittorio e motivazione della sentenza, costituiscono i principi cardine di un giusto processo. A questo proposito la Costituzione stabilisce alcuni principi, largamente generali, sia sul diritto di azione, sia sul diritto di difesa, sia, con la riforma costituzionale del 1999, sulle regole che presiedono al c.d. giusto processo. Il diritto di azione è disciplinato dall'art. 24 "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi". La costituzione prevede una tutela giurisdizionale piena quindi, non soltanto per diritti soggettivi ma anche per l'interesse legittimo. A completamento del diritto di azione l'art. 25 stabilisce "nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge", nel senso che la legge deve predeterminare la competenza giurisdizionale, affinché prima dell'esercizio dell'azione sia determinabile l'organo giudicante sulla base di criteri generali fissati in anticipo dalla legge e non in vista di singole controversie. Ne consegue il divieto per il legislatore di istituire giudici creati a posteriori per giudicare controversie dopo che queste siano sorte.

La legge all'art. 111 introduce il c.d. "giusto processo", stabilendo vari principi, specialmente in materia penale, a garanzia del contraddittorio e delle esigenze di difesa. Le norme di carattere generale statuiscono che il processo è retto dal principio del contraddittorio paritario tra le parti davanti ad un giudice terzo e imparziale, e che tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati. Si tratta della codificazione costituzionale dei principi cardine che reggono il processo come strumento giungere a quella "verità processuale" che si auspica il più possibile alla verità oggettiva.

Le norme relative al processo penale stabiliscono che la persona accusata di un reato sia informata nel più breve tempo possibile della natura e dei motivi dell'accusa, disponga del tempo per preparare la sua difesa, e possa interrogare o far interrogare la persona che renda dichiarazioni a suo carico. La norma prevede anche il diritto all'assistenza di un interprete se l'accusato non parla la lingua italiana.

Questo insieme di norme sul processo e sull'ordinamento giudiziario completano il sistema di tutela dei diritti. Il sistema dei diritti fondamentali (es. artt. 13, 15, 21) può essere limitato solo da un "atto giurisdizionale motivato dotato di garanzie (la motivazione, l'indipendenza e l'imparzialità del giudice, il giusto processo) che dovrebbero tutelare il cittadino da un'arbitraria compressione dei diritti fondamentali.

La tutela internazionale dei diritti fondamentali: alcune distinzioni preliminari

Il sistema dei diritti fondamentali, dal dopoguerra in poi, si è progressivamente ampliato con strumenti di carattere sovranazionale (trattati internazionali, convenzioni internazionali). Questi strumenti internazionali disciplinano, con forza diversa, i diritti fondamentali. Essi sono:

i trattati internazionali come ad esempio il Patto internazionale sui diritti economici e politici, entrambi approvati dall'ONU nel 1966; la Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 1989;

la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) sottoscritta a Londra nel 1949 dagli stati membri del Consiglio di Europa (che attualmente conta 47 membri), più ampia e articolata rispetto alla nostra Costituzione;

il Trattato dell'Unione Europea (TUE) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000. Contiene varie tipologie di diritti, alcuni nuovi come le biotecnologie o i diritti informatici di ultima generazione. I diritti fondamentali sanciti nella carta hanno la stessa forza dei trattati, e vengono immessi nell'ordinamento giuridico italiano con la forza del Trattato dell'Unione.

1. La protezione dei diritti dell'uomo nei trattati internazionali

I diritti fondamentali sanciti nei trattati internazionali, a seguito della modifica dell'art. 117 della Costituzione, che prevede che la potestà legislativa dello Stato è esercitata nel rispetto dei vincoli "derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", hanno assunto rango superiore rispetto alla legge. La legge italiana che contrasti con i diritti fondamentali stabiliti in un trattato internazionale è incostituzionale per contrasto con l'art. 117 della Costituzione.

3.2 La protezione dei diritti dell'uomo nella Convenzione EDU

La Convenzione EDU nasce sulla scia della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU, integrata nel tempo da successivi protocolli. Prevede un catalogo di diritti fondamentali, le ipotesi nelle quali questi diritti possono essere limitati, una Corte appositamente dedicata alla tutela dei diritti fondamentali, la Corte europea dei diritti dell'uomo avente sede a Strasburgo (da non confondersi con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che si occupa della violazione del diritto comunitario e che ha sede in Lussemburgo).

Alla Corte europea dei diritti dell'uomo possono ricorrere non soltanto gli Stati firmatari della Convenzione per violazione della medesima da parte di altri Stati, ma anche persone, fisiche o giuridiche, che ritengano di aver subito una lesione, da parte dello Stato, in relazione ai diritti ivi tutelati. La Corte può essere adita solo previo esaurimento dei ricorsi interni, cioè soltanto dopo che siano esauriti tutti i rimedi giudiziari previsti dall'ordinamento dello Stato al quale il soggetto appartiene, previo esaurimento dei ricorsi interni. La pronuncia della Corte deve essere ottemperata dallo Stato.

3.3 La protezione dei diritti dell'uomo nel Trattato dell'Unione Europea

Nell'anno 2000 è stata approvata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Con la riforma dei trattati effettuata a Lisbona si è stabilito all'art. 6 che "l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 che ha lo stesso valore giuridico dei trattati". La Carta dei diritti fondamentali è dunque entrata a far parte del trattato dell'Unione

europea, con la stessa forza giuridica di quest'ultimo. Lo stesso principio è stato adottato per quanto riguarda la CEDU. L'art. 6, 3° comma del Trattato di Lisbona prevede infatti che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Queste norme fanno parte del diritto europeo, e costituiscono parametri per giudizio da parte della Corte di Giustizia.

Verso una tutela multilivello dei diritti fondamentali

Riepilogando:

Le norme del diritto internazionale che disciplinano diritti fondamentali vengono introdotte nel nostro ordinamento con legge e applicate come una legge dello Stato. Tuttavia le leggi che ratificano i trattati internazionali hanno efficacia superiore alla legge italiana e in caso di conflitto, la legge statale può essere impugnata davanti alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117 1° comma della Costituzione;

La CEDU ha un giudice ad hoc, la Corte europea dei diritti dell'uomo. Vi può ricorrere anche il cittadino, una volta esaurito i ricorsi interni. Anche in questo caso se una legge statale è in conflitto con la CEDU, il giudice deve sollevare questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 1° comma;

A seguito della modifica di Lisbona, i trattati comunitari incorporano, sia la CEDU che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che hanno la forza del trattato. Giudice del trattato è la Corte di Giustizia, che può essere adita in via pregiudiziale da giudici nazionali in relazione a questioni di interpretazione del diritto europeo. Anche la Corte di giustizia si pronuncia quindi sui diritti fondamentali, sia pure con la diversa finalità, rispetto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, di garantire la uniformità di interpretazione del diritto europeo e non la reintegrazione di un diritto violato.

La tutela dei diritti fondamentali a livello sovranazionale è in conclusione molto articolato e complessa. Se i diritti fondamentali sono il patrimonio storico delle Costituzioni, d'altra parte l'elencazione di diritti in "Carte" o "Convenzioni" non comporta la trasformazione del trattato in una Costituzione. Inoltre più aumenta il numero dei diritti posti in fonti con forza diversa, più aumenta la necessità di bilanciarli tra loro e quindi la possibilità di limitazione dei medesimi. Non necessariamente, quindi, aumentando il numero dei diritti e il numero delle fonti che li disciplinano aumentando le garanzie e la tutela di questi.

CAPITOLO VI

LA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE NELLA COSTITUZIONE: ORIGINI E PRINCIPI ORGANIZZATIVI

La nascita della giustizia costituzionale negli Stati moderni

Per giustizia costituzionale s'intende la possibilità di sindacare se una legge o un atto avente forza di legge, promanante quindi da una fonte diversa dalla Costituzione, sia conforme o meno alla Costituzione stessa. In Italia l'organo investito del potere è di giudicare della legittimità costituzionale delle norme di rango inferiore alla Costituzione è la Corte costituzionale. Oltre al giudizio di costituzionalità sulle leggi ci sono altre funzioni che la Costituzione attribuisce alla Corte costituzionale: il giudizio penale sul Presidente della Repubblica; il giudizio di ammissibilità sul referendum abrogativo.

La prima preconditione per l'instaurarsi di un sistema di giustizia costituzionale era costituita dal superamento della forma di Stato di tipo dualistico. Con l'uscita dei Sovrani, le Costituzioni successive alla seconda guerra mondiale sono invece espressione del potere costituente, e ridisegnano un assetto istituzionale e sociale generale del quale è la stessa Costituzione ad essere garante.

Una seconda preconditione è legata all'avvento della rigidità delle Costituzioni. Se la Costituzione è superiore rispetto alle leggi, ne consegue che una legge contraria alla Costituzione è invalida: dunque deve esservi,

all'interno della Costituzione, un organo che eserciti la funzione di accertare l'invalidità di una legge incostituzionale. Questo aspetto era stato approfondito nella famosa sentenza della Corte Suprema americana *Marbury vs Madison* del 1803.

Una terza preconditione, la legge è espressione di una maggioranza politica alla quale si contrappone, normalmente, una minoranza politica. Il controllo della legge rispetto alla Costituzione è dunque anche una garanzia della minoranza rispetto alla maggioranza, nel senso che le scelte di indirizzo politico di quest'ultima devono tuttavia muoversi all'interno della cornice di valori e principi delineati dalla Costituzione e da tutti condivisi.

Infine le Costituzioni contemporanee sono ricche di diritti, di valori, di principi che necessitano di essere interpretati e anche attuati attraverso la legislazione ordinaria. Perché questo possa accadere occorre però che si formi una giurisprudenza sull'interpretazione della Costituzione, che possa essere da guida anche nell'interpretazione della legge. Questo ruolo viene svolto appunto dagli organi di giustizia costituzionale.

I modelli di giustizia costituzionale

Ne deriva che la giustizia costituzionale è caratterizzata da una doppia anima: una giurisdizionale, nel giudizio di legittimità vengono messe a confronto due norme utilizzando i canoni della discrezionalità interpretativa che può essere elastica o molto elastica (come nel giudizio di ragionevolezza delle leggi); e un'anima politica che riguarda gli effetti della decisione stessa che incidono in profondità nel sistema degli equilibri e dei valori di una determinata società. Essa non è semplicemente un'attività giurisdizionale, poiché dalla giurisdizione mutua alcune regole e la forma degli atti, ma allo stesso tempo incide sulle scelte politiche dello Stato. Non è una funzione legislativa, anche se la pronuncia di incostituzionalità produce l'effetto di far perdere di efficacia alla norma - come una sorta di legislazione negativa - perché l'attività della Corte non è mai libera di ponderare interessi diversi che non siano quelli allegati all'interno del processo.

Il giudizio di costituzionalità effettuato direttamente dal giudice (negli USA non esiste un organo ad hoc incaricato di svolgere il giudizio di costituzionalità) può verificare la legittimità di una legge rispetto alla Costituzione. E' definito diffuso perché tale potere spetta a ciascun giudice. Il giudizio diffuso è un giudizio sulle situazioni giuridiche soggettive, perché ha per oggetto la soluzione di un caso e non la dichiarazione di incostituzionalità della legge. La decisione di incostituzionalità produce l'effetto della disapplicazione della legge a quel caso. La legge non viene espunta dall'ordinamento; non viene annullata con effetti nei confronti di tutti (*erga omnes*) ma viene solamente disapplicata; si dice che la disapplicazione ha effetti solo *inter partes*, cioè solo tra le parti in giudizio e non *erga omnes*. La possibile incertezza del diritto, che può derivare da questo modello - perché ciascun giudice è libero di interpretare la Costituzione e la legge, e dunque diverse possono essere le decisioni di giudici in ordine alla stessa legge - è temperata, nel modello americano, dal principio dello *stare decisis* o dei precedenti giurisprudenziali vincolanti. In questo modello il fine del giudizio è la tutela delle situazioni giuridiche soggettive - e non la dichiarazione di incostituzionalità della legge, che è soltanto una conseguenza della soluzione di un caso concreto.

Il giudizio diffuso si è diffuso negli Stati Uniti dopo la sentenza di Marbury vs Madison. Gli USA non hanno conosciuto il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato democratico attraverso gli eventi rivoluzionari che hanno caratterizzato l'Europa della fine del '700. Le Costituzioni dualiste dell'800 e il progressivo affermarsi dei Parlamenti e della fonte legge nei confronti del sovrano, tipiche dell'evoluzione di quella forma di Stato. Non hanno vissuto, in definitiva, quel percorso storico che in Europa ha portato la legge ad essere considerata lo strumento di garanzia dei diritti per eccellenza, espressione diretta della sovranità popolare. Il modello giuridico del mondo anglosassone è principalmente basato sulla decisione del caso concreto e sulla regola del precedente vincolante, piuttosto che sull'atto normativo. Dunque il modello del controllo diffuso si intestava, negli USA, su un percorso storico e giuridico preparato a ricevere quel tipo di modello.

Il giudizio accentrato, al contrario, postula l'esistenza di un organo ad hoc, una Corte costituzionale incaricata del controllo di costituzionalità delle leggi. Ha per oggetto l'incostituzionalità della legge (si tratta di un giudizio di diritto oggettivo). E' anche un giudizio sulla legge in astratto, perché quest'ultima viene sindacata non nel momento in cui la legge è applicata - ed interpretata - rispetto ad un caso concreto, ma nella sua astratta potenzialità conflittuale rispetto alla Costituzione. In conseguenza la decisione di incostituzionalità, a sua volta, sarà una decisione di annullamento, cioè una decisione con effetti nei confronti dell'intero ordinamento, *erga omnes* e non *inter partes* come nel caso del giudizio diffuso.

Il giurista austriaco Kelsen, che aveva teorizzato la necessità di un Tribunale costituzionale come strumento per garantire la regolarità costituzionale.

Il giudizio accentrato può poi essere a priori o a posteriori.

Il controllo a priori si svolge prima che la legge sia entrata in vigore. Questo tipo di giudizio si colloca immediatamente a ridosso della approvazione della legge e dunque ha una valenza politica molto forte.

Il giudizio a posteriori tende a diminuire il livello di politicizzazione del controllo di costituzionalità poiché questo giudizio può svolgersi anche a distanza di molto tempo dalla approvazione della legge, in presenza di maggioranze che non sono le medesime che hanno approvato la legge ritenuta incostituzionale.

Ci sono anche modelli misti che mettono insieme alcune caratteristiche dell'uno e dell'altro giudizio (come la Costituzione italiana).

La scelta della Costituzione verso un modello accentrato

Il modello scelto in Costituzione, per varie ragioni, è un modello accentrato. La Costituzione disciplina la Corte costituzionale e ne delinea le competenze, ma non stabilisce le modalità di accesso alla Corte. Queste sono state stabilite da una legge costituzionale e da una legge ordinaria. Una legge costituzionale avrebbe dovuto stabilire i principi fondamentali del giudizio costituzionale, mentre una legge ordinaria ne avrebbe dovuto precisare il dettaglio.

La disciplina costituzionale della Corte e la sua composizione

La Costituzione disciplina le competenze della Corte costituzionale (art. 134), la sua composizione (art. 135), l'efficacia delle sentenze (art. 136), mentre rinvia ad una legge costituzionale e a una legge ordinaria per la determinazione delle modalità dell'accesso.

In base all'art. 134 la Corte costituzionale è competente a giudicare sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e le Regioni e tra le Regioni; sulle accuse promosse dal Parlamento in seduta comune contro il Presidente della Repubblica per alto tradimento e attentato alla Costituzione (come specificato dall'art. 90).

Vi è unitamente all'art. 127 il giudizio sul riparto di competenza tra lo Stato e le Regioni sia sulle leggi che sugli atti secondari (conflitti Stato-Regioni).

La Corte è composta da 15 giudici, eletti per un terzo dal Parlamento, per un terzo dalle supreme magistrature ordinarie e amministrative e infine nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica. I giudici durano in carica nove anni, non sono rieleggibili e devono essere scelti tra i magistrati anche a riposo, delle giurisdizioni superiori ordinaria e amministrative, i professori ordinari di università materie giuridiche, e gli avvocati dopo venti anni di esercizio della professione.

I giudici di provenienza parlamentare sono eletti dal Parlamento in seduta comune, con la maggioranza dei due terzi per i primi due scrutini e con la maggioranza dei tre quinti dal terzo scrutinio in poi. Questo quorum così elevato ha la funzione di sganciare il giudice da una maggioranza parlamentare preconstituita ed eventualmente coincidente con la maggioranza di Governo.

I giudici che provengono dalle supreme magistrature ordinarie e amministrative sono eletti tre da un collegio del quale fanno parte il primo presidente, il procuratore generale, i presidenti di sezione, gli avvocati generali, i consiglieri e i sostituti procuratori generali della Corte di Cassazione; uno da un collegio del quale fanno parte il presidente, i presidenti di sezione, i consiglieri il procuratore generale e i vice procuratori generali della Corte dei Conti; uno da un collegio composto dal presidente, dai presidenti di sezione e dai consiglieri del Consiglio di Stato. I cinque giudici di nomina presidenziale sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, controfirmato dal Presidente del Consiglio. Per prassi le supreme magistrature ordinarie e amministrative eleggono alla Corte costituzionale magistrati.

La composizione della Corte presenta quindi una componente politica, derivante dalla elezione dei cinque giudici da parte del Parlamento in seduta comune. Presenta una componente giurisdizionale, rappresentata dai cinque giudici di provenienza dalle supreme magistrature dello Stato. Presenta infine una componente di nomina presidenziale che dovrebbe porsi come elemento di congiunzione tra l'una e l'altra, proprio in conseguenza del ruolo rivestito nella nostra forma di governo dal Presidente della Repubblica, come garante della regolarità costituzionale.

L'art. 136 sembra optare per una efficacia soltanto pro futuro della dichiarazione di incostituzionalità (ex nunc). Questa soluzione non è stata accolta.

Il sistema delle fonti che disciplina la Corte

La legge n. 1 del 1948 contiene alcune norme molto generali sul giudizio di legittimità costituzionale e sulle garanzie di indipendenza della Corte. Questa legge stabilisce le modalità di accesso alla Corte costituzionale secondo un modello c.d. in via incidentale. L'accesso alla Corte costituzionale avviene in maniera indiretta. La questione di legittimità deve essere sollevata da un giudice nel corso di un giudizio e deve riguardare norme applicabili in quello stesso giudizio (il modello di controllo di costituzionalità introdotti in Italia è misto, caratterizzato da elementi del modello accentrato, in cui il controllo di costituzionalità è affidato alla Corte costituzionale, organo ad hoc appositamente istituito, ed elementi del modello diffuso, in quanto origina da un giudizio sorto per risolvere un caso concreto).

La legge costituzionale n. 1 del 1953 determina alcune garanzie per i giudici costituzionali, attribuisce alla Corte costituzionale il giudizio di ammissibilità sul referendum abrogativo e la disciplina sul giudizio penale nei confronti del Presidente della Repubblica).

La successiva legge ordinaria n. 87 del 1953 contiene norme sulla costituzione e sull'indipendenza e le incompatibilità dei giudici, le regole generali di procedura applicabili a tutti i giudizi della Corte costituzionale, le norme sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e tra lo Stato e le Regioni e le Regioni.

La stessa legge ordinaria n. 87 del 1953 all'art. 14, rinvia poi ad un'ulteriore fonte, subordinata rispetto alla legge, prevedendo che la "Corte può disciplinare l'esercizio delle sue funzioni con regolamento approvato a maggioranza dei suoi componenti".

Inoltre sulla base dell'art. 22 della stessa legge è previsto che, nel procedimento davanti alla Corte costituzionale, salvo che per i giudizi sulle accuse, si osservano in quanto applicabili anche le norme del regolamento di procedura innanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Tuttavia norme integrative possono essere stabilite dalla Corte nel suo regolamento, e sono prevalenti rispetto al regolamento di procedura innanzi al Consiglio di Stato.

Autonomia e indipendenza della Corte costituzionale

L'autorevolezza della Corte costituzionale, che deve giudicare in definitiva su atti e comportamenti di altri poteri dello Stato, dipende anche dal grado di indipendenza di questo organo rispetto al sistema dei poteri politici.

Da un punto di vista delle incompatibilità può dirsi che la funzione di giudice costituzionale esclude ogni altra attività. I giudici costituzionali non possono assumere o conservare altri uffici o impieghi pubblici o privati, né esercitare attività professionali, commerciali o industriali. Se professori universitari o magistrati sono collocati fuori ruolo o in aspettativa.

I giudici non possono essere candidati in elezioni politiche o amministrative, né possono svolgere attività inerenti ad associazioni o partiti politici. Vi è la prassi che il giudice, eventualmente iscritto, si dimette dal partito al momento della nomina.

Da un punto di vista dell'immunità, come per i membri del Parlamento, le opinioni espresse e i voti dati nell'esercizio delle proprie funzioni non sono sindacabili. Inoltre vale per essi l'istituto dell'autorizzazione a procedere, di cui all'art. 68 della Costituzione.

L'indipendenza è principalmente conseguenza dell'autonomia organizzativa, finanziaria e regolamentare riconosciuta dalla legge: la legge n. 87 del 1953 prevede infatti che la Corte, nei limiti di un fondo stanziato a tale scopo da una legge del Parlamento, provvede ad emanare regolamenti per la gestione delle spese, dei servizi e degli uffici, stabilisce la pianta organica dei dipendenti, determinando altresì le attribuzioni, i diritti e i doveri dei funzionari addetti a ciascun ufficio. La stessa legge prevede che la Corte possa emanare norme regolamentari di procedura da applicarsi a diversi tipi di procedimenti costituzionali. La Corte costituzionale è l'unico organo a natura prevalentemente giurisdizionale ad essere dotato di tale potestà.

Regole generali di organizzazione funzionamento

Le attività della Corte costituzionale è informata al principio della collegialità.

Le decisioni sono prese da tutto il collegio con la maggioranza dei votanti, e in caso di parità prevale il voto del Presidente.

Non esiste la possibilità per il giudice dissenziente di esplicitare la propria opinione contraria (dissenting opinion), né la possibilità di far valere, con argomenti diversi, la propria opinione favorevole (concurring opinion). Il Presidente della Corte costituzionale viene eletto in seno alla Corte e dura in carica tre anni, viene eletto a maggioranza assoluta e a scrutinio segreto: se dopo due votazioni nessuno ha raggiunto la maggioranza assoluta, si procede al ballottaggio tra i due giudici che hanno ottenuto il maggior numero di voti. In caso di parità viene eletto il più anziano.

Ha il potere di scegliere il giudice relatore, convocare la Corte in Camera di Consiglio, fissare l'udienza di trattazione della causa. In caso di parità nelle votazioni il voto del Presidente vale doppio.

Il Presidente nella conferenza stampa di fine anno, rappresenta il lavoro svolto dalla Corte nel corso dell'anno, gli indirizzi giurisprudenziali più significativi, le eventuali problematiche nelle relazioni con gli altri organi costituzionali.

CAPITOLO VII

IL GIUDIZIO INCIDENTALE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

La incidentalità del giudizio: caratteristiche e ragioni di un modello

Il nostro ordinamento non prevede forme di accesso diretto dei cittadini alla Corte costituzionale (come invece è previsto nell'ordinamento spagnolo c.d. amparo). L'art. 1 della legge n. 1 del 1948 e l'art. 23 della legge n. 87 del 1953 stabiliscono che la questione di legittimità costituzionale nei confronti di una legge o di un atto con forza di legge, deve sorgere nel corso di un procedimento. Il giudice, definito giudice a quo (giudice di grado inferiore, giudice di partenza contraddistinto dal giudice a quem, corte costituzionale), sospende il giudizio e rinvia la questione alla Corte costituzionale. L'origine della questione di legittimità costituzionale è pertanto collegata alla tutela di situazioni giuridiche soggettive.

L'accesso alla Corte muove dunque dalla necessità di risolvere una causa, relativa a situazioni giuridiche

soggettive, in relazione alla quale deve essere applicata una legge "sospettata" di incostituzionalità perché la decisione sulla causa non può prescindere dall'applicazione di quella legge, quindi la questione di legittimità costituzionale della legge costituisce, rispetto alla controversia, una questione pregiudiziale. Essa sorge quindi come incidente processuale (da qui incidentale) di un giudizio finalizzato alla soluzione di un caso concreto. Appare simile al giudizio diffuso americano entrambi legati alla tutela di situazioni giuridiche soggettive. Nel giudizio diffuso americano il giudice decide anche sulla illegittimità della legge, eventualmente disapplicandola ai fini di decidere la causa. Nel modello italiano il giudice deve sollevare la questione davanti alla Corte costituzionale, unico organo deputato nel nostro ordinamento a decidere sulla sua legittimità.

La Costituzione, le leggi costituzionali ed ordinarie attrattive, hanno delineato dunque un modello di giustizia costituzionale misto, perché pur essendoci una Corte costituzionale che giudica sulla illegittimità della legge (modello accentrato) la questione di legittimità costituzionale nasce in relazione con un giudizio su situazioni giuridiche soggettive (modello diffuso).

Questo modello si fonda sul principio della "presunzione di legittimità della legge": la legge deve sempre essere applicata sin tanto che la Corte costituzionale non la dichiara illegittima.

L'origine incidentale della questione di legittimità costituzionale diminuisce gli elementi di politicITÀ tipici di questo tipo di giudizio.

La Corte costituzionale, che si pronuncia non sul significato politico astratto della legge, ma sul significato della legge "mediato" dal caso concreto.

L'autorità giurisdizionale legittimata a sollevare la questione

L'accesso alla Corte costituzionale passa dunque necessariamente da un'autorità giurisdizionale nel corso del giudizio (art. 23 legge n. 87 del 1953). In questa posizione di intermediarietà del giudice tra la legge come "atto politico" e la legge come strumento di "soluzione di un caso concreto" sta la ragion d'essere dell'accesso incidentale alla Corte costituzionale. Per determinare l'organo legittimato a sollevare la questione di legittimità costituzionale si utilizza sia un criterio soggettivo (l'esistenza di un'autorità giurisdizionale) sia un criterio oggettivo (l'esistenza di un giudizio). Alle volte è stata data la prevalenza all'esistenza dell'uno e dell'altro.

Su questa base possono sollevare la questione tutti i giudici appartenenti all'ordinamento giudiziario (giudici ordinari, giudici amministrativi, militari, ecc.) purchè siano investiti di un potere decisorio. Nel nostro ordinamento vi sono situazioni nelle quali vi è un giudizio ma l'organo deputato a decidere sul quel giudizio non è un giudice appartenente all'ordinamento giudiziario. Pensiamo a una controversia demandata a un collegio arbitrale, o alla sezione disciplinare del Consiglio dell'ordine degli avvocati che ha il potere di irrogare una sanzione nei confronti di un proprio iscritto. In entrambi i casi vi è certamente un giudizio, ma non c'è un giudice nel senso formale del termine. Esistono situazioni opposte: ad esempio vi è un giudice appartenente all'ordinamento giudiziario ma non c'è un giudizio nel senso di controversia relativa a situazioni giuridiche soggettive. Pensiamo alla Corte dei Conti in sede di controllo sugli atti del Governo. Non v'è dubbio che la Corte dei Conti sia un giudice, ma il controllo non è su situazioni giuridiche soggettive.

Tuttavia, organi imparziali della pubblica amministrazione - che non sono giudici - potranno essere legittimati ai meri fini della sollevazione della questione di costituzionalità quando si controverta di posizioni di terzi estranei alla pubblica amministrazione. Sono state ammesse questioni di legittimità provenienti dalla Commissione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura; è stato legittimato il Consiglio nazionale forense in sede disciplinare; un collegio arbitrale; così come la stessa Corte costituzionale; la Corte dei Conti per consentire alla Corte costituzionale il controllo di spesa.

3. I filtri preliminari del giudice a quo: la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione

La questione di legittimità costituzionale può essere sollevata dalle parti del processo (attore e convenuto), dal Pubblico Ministero quando questi sia presente nel processo (nell'ambito del processo penale ed in alcuni casi del processo civile), e anche dal giudice di ufficio (cioè senza sollecitazione delle parti). La questione viene proposta al giudice con un'apposita istanza nella quale sono indicate le disposizioni della legge o dell'atto avente forza di legge viziata da illegittimità costituzionale, e le norme costituzionali che si assumono violate (art. 23 legge n. 87 del 1953).

Le iniziative delle parti e del Pubblico Ministero sono sottoposte al vaglio del giudice che il solo legittimato alla sollevazione della questione.

Il giudice, secondo quanto previsto dall'art. 23 della legge n. 87 affinché possa sollevare la questione occorre in primo luogo che essa sia rilevante. La rilevanza della questione significa che deve esservi un rapporto di pregiudizialità costituzionale tra la soluzione della questione di legittimità costituzionale e la soluzione del caso concreto davanti al giudice a quo.

La questione deve essere considerata come pregiudiziale anche quando la legge incida sugli antecedenti logici del

giudizio (i passaggi logici che il giudice deve compiere per giungere alla decisione).

Inoltre la pregiudiziale deve essere attuale, non può essere eventuale, prematura o ipotetica o teorica.

Occorre inoltre che la questione sia non manifestamente infondata. Mentre la valutazione sulla rilevanza della questione costituisce un giudizio di natura processuale, il giudizio sulla non manifesta infondatezza, come dice l'espressione, costituisce invece un giudizio sul merito della questione, cioè sulla possibile illegittimità della legge, che ha lo scopo di evitare richieste di sollevazioni di questioni di legittimità costituzionale, specialmente ad opera delle parti del giudizio, infondate e proposte ai meri fini di dilatare i tempi del processo e sovraccaricare la Corte costituzionale di giudizi privi di rilievo.

Il giudice a quo deve valutare la questione di legittimità, prima facie. Deve solo verificare che vi sia una possibile fondatezza, cioè dei dubbi concreti che la questione di costituzionalità possa essere fondata. Dovrebbe quindi trattarsi di un filtro a maglie larghe.

L'ordinanza del giudice che respinge l'eccezione di illegittimità costituzionale non è impugnabile, ma la questione è riproponibile in ogni grado di giudizio.

3.1 Un ulteriore filtro introdotto dalla giurisprudenza costituzionale: la interpretazione conforme

Nell'ambito del giudizio sulla "non manifesta infondatezza" la giurisprudenza costituzionale più recente ritiene che il giudice debba esperire anche una valutazione sulla possibilità di dare alla norma, sospettata di incostituzionalità, un'interpretazione costituzionalmente conforme che la riconduca a costituzionalità, e solo se questa interpretazione non è possibile il giudice deve sollevare la questione alla Corte costituzionale. Come ha asserito la Corte in una famosa sentenza, "una legge si dichiara incostituzionale non perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali ma perché è impossibili darne interpretazioni costituzionali (Corte cost. n. 356 del 1996).

Il giudice a quo deve utilizzare i suoi poteri interpretativi per verificare se è possibile attribuire alla norma un significato costituzionale. Solo se tale interpretazione non fosse possibile, perché contraria alla giurisprudenza dominante (c.d. diritto vivente), il giudice dovrà verificare che la questione sia "non manifestamente infondata" ed eventualmente sollevare la questione di costituzionalità.

Un presupposto necessario per la sollevazione della questione di legittimità costituzionale, se il giudice non ha esperito questa valutazione la Corte costituzionale dichiarerà la questione manifestamente inammissibile per omesso tentativo di interpretazione conforme, il giudice deve allora dimostrare di aver esplorato le eventuali soluzioni offerte dalla giurisprudenza e motivare circa le ragioni che lo hanno indotto a scegliere l'opzione interpretativa prescelta come l'unica praticabile.

Il giudice deve svolgere una preliminare attività interpretativa di tipo costituzionale (legge e Costituzione si legano al caso concreto che il giudice deve risolvere). INTEGRARE CON I PRECEDENTI PARAGRAFI

4. La ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale

Qualora il giudice abbia accertato la sussistenza dei requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza, nonché la impossibilità della interpretazione conforme, emana un'ordinanza (le ordinanze, a differenza delle sentenze, sono atti c.d. di impulso, che normalmente - vi sono alcune eccezioni - non concludono il processo), con la quale determina il c.d. *thema decidendum*, sospende il processo, e rinvia gli atti alla Corte costituzionale.

L'ordinanza contiene: la motivazione sulla rilevanza, elemento importante per la successiva valutazione da parte della Corte di ammissibilità della questione, la determinazione del *thema decidendum*, la motivazione sulla non manifesta infondatezza, anche questa rilevante in punto di ammissibilità della questione, e la sospensione del processo.

Il *thema decidendum* è costituito dalla norma sospettata di incostituzionalità rispetto alla norma costituzionale o alle norme costituzionali invocate come parametri. La determinazione del *thema decidendum* è di fondamentale importanza, perché la Corte costituzionale sarà chiamata a giudicare sulla questione di legittimità, così come individuata dal giudice a quo nella sua ordinanza, rispettando il principio processuale del **rapporto tra chiesto e pronunciato**.

Non fanno parte invece del *thema decidendum* i motivi che il giudice ha esplicitato per sostenere l'illegittimità costituzionale: la Corte costituzionale potrà in effetti argomentare in maniera diversa rispetto al giudice, poiché il giudizio costituzionale è un giudizio autonomo da quello a quo. La Corte è vincolata a decidere su ciò che è stato chiesto.

Un'eccezione rispetto al principio del rapporto tra chiesto e pronunciato è la c.d. illegittimità consequenziale. La Corte costituzionale, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità, determina le ulteriori norme legislative la cui illegittimità è derivata da quelle dichiarate incostituzionali (e rispetto alle quali non era stata sollevata

eccezione di legittimità da parte del giudice a quo). Nella decisione di illegittimità consequenziale predomina invece l'interesse alla conformità costituzionale dell'ordinamento, e l'interesse che sistemi normativi complessi siano, non solo costituzionalmente legittimi, ma anche intimamente coerenti.

Con l'ordinanza il giudice sospende il giudizio in attesa della decisione della questione da parte della Corte costituzionale.

Gli art. 23 e 24 della legge n. 87 del 1953 prevedono poi vari adempimenti di notifica, comunicazione, e pubblicazione dell'ordinanza a carico del giudice remittente.

Questi adempimenti si collegano con la necessità di tutelare l'interesse delle parti ad essere presenti anche nel giudizio costituzionale per difendere le proprie posizioni; tengono conto della natura politica dell'atto, e della connessa necessità per il Parlamento di essere informato; infine l'interesse di tutti i cittadini a conoscere se una legge potrà essere dichiarata incostituzionale, con conseguente perdita di efficacia nell'ordinamento.

Ne deriva che gli atti di notifica, comunicazione e pubblicazione hanno caratteristiche diversi. La notifica, infatti, è un tipico atto processuale finalizzato normalmente alla corretta instaurazione del contraddittorio tra le parti; la comunicazione è un atto con mero fine notiziale; la pubblicazione è un atto extraprocessuale con fini conoscitivi.

L'ordinanza deve essere notificata alle parti del processo a equo e al Pubblico Ministero se il suo intervento nel processo è obbligatorio (giudizi penali e cause di volontaria giurisdizione). Se la legge impugnata è una legge statale l'ordinanza deve essere notificata anche al Presidente del Consiglio dei Ministri; se si tratta di una legge regionale la notifica deve essere effettuata al Presidente della Giunta regionale. La notifica è funzionale alla costituzione delle parti nel giudizio davanti alla Corte costituzionale, cioè al corretto instaurarsi del contraddittorio nel giudizio costituzionale.

Dato che il corretto instaurarsi del contraddittorio costituisce elemento essenziale del processo, la mancata notifica è causa di inammissibilità della questione di legittimità. Semplice comunicazione deve essere data invece ai Presidenti delle Camere e, se la legge è regionale, al Presidente del Consiglio regionale. Mentre la notifica è un atto processuale, quindi la sua mancanza vizia il procedimento, la comunicazione è un atto extraprocessuale e la sua mancanza non determina l'inammissibilità del giudizio ma solo l'obbligo di sanare, anche in un momento successivo, il mancato rispetto della norma.

Infine, non appena pervenuta alla cancelleria della Corte costituzionale l'ordinanza è pubblicata, su disposizione del Presidente della Corte, sulla Gazzetta ufficiale (se legge regionale sul Bollettino Ufficiale della Regione). Si tratta di una forma di pubblicità conoscitiva.

L'oggetto del giudizio da parte della Corte costituzionale: leggi e atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni

Le fonti secondarie (regolamenti del Governo in primis), in ragione del principio di legalità devono essere conformi alla fonte superiore che non è la Costituzione, ma la legge o un atto avente forza di legge. Se vi sono fonti secondarie che contengono disposizioni contrarie alla Costituzione, dato che necessariamente la legge si interpone tra la fonte secondaria e la Costituzione, o la fonte secondaria contrasta con la legge (ed allora la fonte secondaria è illegittima per violazione del principio di legalità secondo le regole ordinarie e non occorre alcun giudizio di costituzionalità) o se, pur contenendo disposizioni contrarie alla Costituzione essa non contrasta con la legge, allora è la legge ad essere costituzionalmente illegittima (in questo caso il giudizio di costituzionalità sulla legge, facendo venir meno la fonte primaria, farà venir meno come conseguenza anche la fonte secondaria). Quando un atto è primario tutte le leggi del Parlamento, anche quelle leggi definite come rinforzate, dei decreti legislativi e dei decreti legge, delle leggi regionali, delle leggi delle Province di Trento e di Bolzano, nonché delle leggi regionali che approvano gli statuti regionali. Più complessa è invece la questione quando non vi sia coincidenza tra forma e sostanza. La Corte costituzionale ha affrontato la problematica caso per caso. Ad esempio le leggi di revisione e le altre leggi costituzionali, da un punto di vista formale non sono leggi ex artt. 70 e ss. né sono atti con forza di legge. Hanno tuttavia il carattere della subordinazione e della primari età rispetto ad alcune norme della Costituzione. Solo la Costituzione è espressione del potere costituente, mentre tutte le fonti che trovano legittimazione nella Costituzione sono costituite. Anche le leggi di revisione sono fonti costituite. Da ciò consegue che le leggi costituzionali sono fonti direttamente subordinate, quindi primarie.

I regolamenti UE sono fonti considerate allo stesso livello della Costituzione in conseguenza del principio del primato del diritto europeo, inoltre essi non sono sindacabili direttamente perché tali fonti

non sono atti ma fatti. Però secondo la Corte è consentito "verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del trattato non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inviolabili della persona umana". I regolamenti governativi indipendenti sono caratterizzati dalla carenza di una normativa primaria sulla materia disciplinata dal regolamento. Conseguentemente tali regolamenti sono subordinati solo alla Costituzione e dunque sono definibili come sostanzialmente primari. Tuttavia sulle fonti regolamentari la Corte ha da sempre manifestato una sostanziale chiusura, rispetto a essi non può esercitarsi il controllo di legittimità costituzionale. I regolamenti parlamentari, posto che da un punto di vista della forma essi non sono qualificabili come atti con forza di legge, la Corte costituzionale ha escluso la possibilità di sindacare tali regolamenti, non perché essi non costituiscano fonti primarie ma perché i regolamenti parlamentari costituiscono la garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza del Parlamento.

6. Le caratteristiche generali del giudizio davanti alla Corte costituzionale

L'art. 18 delle norme integrative prevede infatti che *"la sospensione, l'interruzione e l'estinzione del processo principale non producono effetti sul giudizio davanti alla Corte costituzionale"*. Coloro i quali erano parti del processo a quo, possono infatti costituirsi davanti alla Corte costituzionale per far valere le ragioni a sostegno o a difesa dell'incostituzionalità della legge, proprio perché dalla decisione della Corte dipenderanno gli esiti del giudizio. La Corte costituzionale non ha mai consentito la costituzione del Pubblico Ministero, in relazione al suo ruolo di organo di giustizia che agisce nell'interesse oggettivo dell'ordinamento, e che quindi non consente di accostare la sua posizione a quella delle parti. Infine quando l'esito del giudizio di costituzionalità sia destinato ad incidere direttamente su una posizione giuridica specificamente propria dell'interveniente la Corte acconsente all'intervento del terzo.

Nel giudizio davanti alla Corte costituzionale non è necessaria la costituzione delle parti. Nel giudizio davanti alla Corte predomina infatti l'interesse dell'ordinamento alla eliminazione di leggi incostituzionali e non la soluzione della controversia.

Oltre alle parti del giudizio a quo possono intervenire nel giudizio il Presidente del Consiglio dei Ministri, o se trattasi di legge regionale, il Presidente della Giunta regionale. Le parti devono costituirsi entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza attraverso il deposito nella cancelleria della Corte costituzionale della procura alle liti e delle eventuali controdeduzioni. La presenza del Governo è considerabile in effetti come rappresentativa della difesa della "politica", intesa come atto formale - la legge o l'atto con forza di legge - espressione di un indirizzo politico.

I filtri preliminari della Corte costituzionale: le decisioni processuali di inammissibilità e di restituzione degli atti al giudice a quo.

Le pronunce della Corte costituzionale si distinguono infatti in **sentenza**, **ordinanze** e **decreti**. La Corte costituzionale pronuncia sentenze, ordinanze e decreti. Normalmente le sentenze sono caratterizzate dal fatto che esse concludono il giudizio, mentre le ordinanze normalmente non definiscono il giudizio. La distinzione tra decisioni definitive (sentenze) e decisioni non definitive (ordinanze) incontra tuttavia alcune eccezioni: vi sono alcune ordinanze (quelle di manifesta inammissibilità, le ordinanze di restituzione degli atti al giudice a quo e le ordinanze di manifesta infondatezza) che sono atti conclusivi del processo costituzionale. C'è anche una differenza di rito. Le sentenze vengono infatti assunte dopo la discussione in pubblica udienza e dopo discussione delle parti, mentre le ordinanze vengono pronunciate in Camera di Consiglio senza preventiva discussione delle parti. Le decisioni che definiscono il giudizio possono essere processuali o di merito. Le prime sono definibili come decisioni processuali di natura preliminare rispetto al giudizio di merito. Le decisioni processuali sono: decisioni di inammissibilità che possono essere sentenze o ordinanze, e la decisione di restituzione degli atti al giudice a quo (che normalmente è un'ordinanza) e, per completezza, l'ordinanza di correzione degli errori materiali. La decisione di ammissibilità è pronunciata quando manca un presupposto di natura processuale per poter giudicare: ad esempio se l'oggetto della questione di legittimità non è una legge o un atto con forza di legge, oppure se colui il quale ha sollevato la questione, oppure se la Corte abbia accertato un difetto in ordine alla rilevanza della questione nel giudizio a quo. La decisione di inammissibilità è assunta a seguito di pubblica udienza, e allora assume la forma della sentenza, o può essere pronunciata in Camera di Consiglio, e allora assume la forma dell'ordinanza di manifesta inammissibilità che produce un effetto

definito come preclusivo nei confronti del giudice a quo, poiché impedisce al giudice di risolleverare la stessa questione nell'ambito del medesimo procedimento. La decisione di restituzione degli atti al giudice a quo la Corte costituzionale richiede al giudice a quo una nuova valutazione su elementi che il giudice avrebbe dovuto verificare al momento dell'emanazione dell'ordinanza di rimessione, o, ed è il caso più frequente, la verifica di nuovi elementi sopravvenuti dopo l'ordinanza di rimessione (ad esempio il c.d. ius superveniens, cioè una nuova normativa sulla materia, oppure nuove decisioni di accoglimento della Corte costituzionale, o ancora modifiche costituzionali che cambiano il parametro).

1.. I filtri preliminari di merito: le decisioni di manifesta infondatezza

Preliminarmente alla decisione del giudizio la Corte costituzionale può assumere la decisione di merito della manifesta infondatezza. La decisione di manifesta infondatezza della questione viene assunta con ordinanza in camera di consiglio.

8- L'incostituzionalità della legge: vizi della legge, tipologia di norme costituzionali e sindacato sulle norme interposte

La Corte può accertare l'esistenza di

vizi formali, l'atto non è stato emanato secondo le regole costituzionali che presiedono al suo procedimento di formazione;

vizi di incompetenza, l'organo era dotato della competenza costituzionale ad emanare l'atto del quale si discute; e

vizi sostanziali, contrasto del contenuto dell'atto rispetto alle norme costituzionali.

Il vizio si manifesta diversamente a seconda che la norma costituzionale contenga programmi, principi o regole.

Regole. Una legge che prevedesse la pena di morte sarebbe incostituzionale per diretta violazione di quella regola (art. 27 Cost.).

Principi. Il principio, a differenza della regola, non disciplina direttamente una determinata fattispecie, ma indica un valore che deve essere poi precisato dal legislatore. La Corte costituzionale deve prima estrapolare il principio dalla norma, poi trasformare il principio costituzionale in regola attraverso l'interpretazione.

Programmi, obiettivi di trasformazione sociale a cui tendere. L'illegittimità costituzionale per contrasto con una norma programmatica può verificarsi solo quando il contenuto della legge sia manifestamente inconciliabile con le finalità perseguite dalla norma. In questo tipo di giudizio, il controllo della Corte è infatti informato ad un rigoroso self-restraint, allo scopo di non invadere la discrezionalità del legislatore e quindi il campo della politica.

Il sindacato delle Corte costituzionale si può svolgere attraverso le c.d. "norme interposte", come nel caso del vizio di eccesso di delega del decreto legislativo.

8.1 Un modello di giudizio particolare: dal giudizio sull'eguaglianza al controllo sulla ragionevolezza della legge

Normalmente il controllo di costituzionalità per vizi materiali segue uno schema di tipo binario, perché la norma legislativa impugnata viene messa a confronto con la norma costituzionale per ricavare la sua legittimità o illegittimità. Nel giudizio di legittimità in relazione al principio di eguaglianza, il giudizio segue invece uno schema ternario. L'art. 3 della Costituzione prevede infatti il principio che tutti i cittadini devono essere trattati dalla legge in maniera eguale, ciò esclude che a parità di situazioni sostanziali ci devono essere trattamenti diversi mentre laddove le situazioni siano diverse il trattamento normativo deve essere diverso. Il principio di eguaglianza dipende principalmente dalla valutazione sull'omogeneità delle situazioni. La Corte compara la posizione dei soggetti regolati dalla norma

impugnata con la posizione di altri soggetti regolata da un'altra normativa (*tertium comparationis*) e una volta verificata l'omogeneità delle posizioni raffrontate, ritiene il trattamento differenziale privo di ragionevole giustificazione, dichiarando la norma impugnata illegittima. Attraverso la dichiarazione di illegittimità la Corte rende così omogenea la disciplina legislativa delle posizioni a confronto "mediante parificazione della posizione assunta come discriminatoria".

La Corte costituzionale tuttavia nel tempo ha sviluppato una tipologia di controllo più sofisticato, denominato controllo sulla ragionevolezza della legge che segue uno schema diverso, non legato all'esistenza del *tertium comparationis*, ma che mira a sindacare la coerenza e la ragionevolezza della legge in sé stessa (e non quindi in relazione ad un'altra norma).

In generale può dirsi che attraverso questo giudizio la legge viene sindacata dalla Corte, ed eventualmente dichiarata illegittima, perché non coerente (irragionevole) rispetto all'ordinamento giuridico e pertanto non necessita normalmente, di un termine di paragone (*tertium comparationis*). Diversi sono i modelli del giudizio di ragionevolezza: un primo caso è la c.d. contraddittorietà intrinseca che significa che le norme censurate sono valutate in relazione alla *ratio legis* o ad altre disposizioni contenute nello stesso testo legislativo; la c.d. contraddittorietà estrinseca, quando le norme impugnate sono esaminate in relazione al sistema normativo di un intero settore; il c.d. giudizio di congruità, attraverso il quale la Corte sottopone a controllo una norma legislativa non coerente con il fine previsto dalla norma costituzionale; un altro caso è il giudizio di proporzionalità, prevalentemente utilizzato dalla Corte nel bilanciamento dei diritti costituzionali per determinare il c.d. "contenuto minimo" del diritto che in ogni caso non può essere sacrificato. Il test di proporzionalità svolge la funzione di codificare, e rendere quindi ripetibili, i modelli di giudizio sulla proporzionalità, ed è assai utile per evitare che la Corte costituzionale possa essere "accusata" di invadere, attraverso questo giudizio, le competenze del legislatore.

9. Le sentenze di rigetto

Con la sentenza di rigetto la Corte costituzionale dichiara la non fondatezza della questione nei limiti e nei termini in cui essa è stata proposta alla Corte: la Corte costituzionale non accerta dunque che la legge è legittima, ma soltanto che essa non è incostituzionale in relazione alla domanda proposta dal giudice. La Corte costituzionale non si pronuncia sulla legittimità di una legge in astratto, ma in concreto in relazione ai vizi individuati dal giudice a quo, ed in relazione alle norme costituzionali da questo ultimo qualificate come parametro, e solo in relazione al *thema decidendum* determinato dal giudice a quo dichiara la non incostituzionalità della norma. La sentenza di rigetto è dunque definibile come una mera decisione di accertamento rispetto a quel caso e ai motivi individuati dal giudice nell'ordinanza di rimessione. Essa pertanto non ha efficacia di giudicato (cioè non statuisce in maniera definitiva e nei confronti di tutti), ma ha solo un effetto *inter partes* di tipo preclusivo, e questo implica che i suoi effetti sono dispiegati solamente nei confronti del giudice a quo e non anche nei confronti di altri giudici.

Nulla vieta al giudice di risollevarne la questione sulla stessa norma, ad esempio in relazione a norme costituzionali diverse, così come nulla vieta ad altri giudici, nel corso di altri giudizi, di risollevarne la questione. In questo caso è molto probabile, tuttavia, che la Corte pronunci una decisione di manifesta infondatezza, richiamando il proprio precedente.

10. Le sentenze di accoglimento

Con la sentenza di accoglimento la Corte costituzionale dichiara che le disposizioni oggetto di impugnazione sono contrastanti con la Costituzione. Dalla decisione di incostituzionalità deriva che queste norme non potranno più essere applicate dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale.

La sentenza che dichiara l'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione, entro due giorni dal suo deposito in cancelleria, è trasmessa di ufficio al Ministero di Grazia e di Giustizia o al Presidente della Giunta regionale, affinché si proceda immediatamente e, comunque, non oltre il decimo giorno di pubblicazione del dispositivo della decisione nella medesima forma stabilita per la pubblicazione dell'atto dichiarato costituzionalmente illegittimo. La sentenza entro due giorni dalla data del deposito, viene altresì comunicata alle Camere e ai Consigli

regionali interessati affinché adottino i provvedimenti di loro competenza.

La dichiarazione di incostituzionalità è conseguenza di un vizio della legge per contrasto con la Costituzione (formale, materiale, o di competenza). La legge costituzionalmente illegittima è dunque una legge invalida, se la sua invalidità sia accertata al momento della dichiarazione di incostituzionalità della legge da parte della Corte costituzionale.

La sentenza di accoglimento della Corte costituzionale è qualificabile come una sentenza di accertamento con effetti costitutivi. E' una sentenza di accertamento perché la Corte, nel momento della dichiarazione di incostituzionalità, accerta l'esistenza di un vizio preesistente della legge. Ha effetti costitutivi perché è solo dalla sentenza che si verificano gli effetti che la Costituzione riconnette alla sentenza di accoglimento (la perdita di efficacia).

La sentenza di accoglimento ha effetti retroattivi ed efficacia erga omnes. La perdita di efficacia con effetti erga omnes, cioè nei confronti dell'intero ordinamento e non solamente nei confronti delle parti del processo, deriva dall'art. 16 della Costituzione. La perdita di efficacia erga omnes costituisce l'effetto principale del modello di giudizio accentrato previsto dalla Costituzione con l'interesse generale che nell'ordinamento non vi siano leggi incostituzionali.

La sentenza di accoglimento ha poi efficacia retroattiva. Essa cioè produce effetti non solo per i rapporti sorti successivamente alla pubblicazione della sentenza sulla Gazzetta ufficiale (efficacia c.d. ex nunc), ma anche per tutti quei rapporti sorti sulla base della legge dichiarata costituzionalmente illegittima (efficacia c.d. ex tunc). Questo effetto deriva principalmente dal meccanismo incidentale del giudizio di costituzionalità. La questione di costituzionalità sorge in relazione ad una situazione soggettiva alla quale la legge deve essere applicata, è evidente che le parti che sollevano la questione devono poter beneficiare della decisione costituzionale.

Se la legge era incostituzionale nel momento nel quale è stata pubblicata, la retroattività della sentenza ha l'effetto di sanare quel periodo di tempo nel quale una legge, pur incostituzionale, ha avuto applicazione nell'ordinamento. E' tuttavia da ricordare che in certi casi la Corte limita gli effetti retroattivi della sentenza. Quando la Corte afferma che la norma legislativa è divenuta incostituzionale a seguito di avvenimento successivo.

La retroattività incontra alcuni limiti, rimangono salvi i rapporti c.d. esauriti. Dipenderà dalle regole dei singoli ordinamenti (processuali, civili, penali, amministrativi) la definizione o meno di un rapporto come esaurito. Un esempio è la sentenza passata in giudicato (quando cioè una situazione giuridica è stata definita dopo i tre gradi di giudizio, o sono decorsi i termini per le impugnazioni dopo una sentenza di primo o di secondo grado). Un altro caso è quando il diritto che la retroattività della sentenza farebbe espandere, è però prescritto o decaduto.

Queste regole, che tendono a dare certezza ai rapporti giuridici quando questi siano conclusi incontrano una sola eccezione prevista dall'art. 30 della legge n. 87 del 1953: colui il quale sia stato condannato con sentenza passata in giudicato sulla base di una legge dichiarata poi costituzionalmente illegittima, cessa di subire gli effetti di quella condanna.

L'art. 2 del codice penale dove è stabilito il principio di legalità delle pene, poiché "nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e se vi è stata condanna, ne cessano la esecuzione e gli effetti penali".

11. Le sentenze interpretative di rigetto

La Costituzione prevede un modello di decisioni costituzionali improntate sulla rigida ripartizione accoglimento rigetto. Nel tempo la Corte costituzionale ha cercato di rendere più flessibile questo strumentario, anche allo scopo di temperare gli effetti della sentenza di accoglimento in relazione al vuoto normativo che da questa deriva (il c.d. orror vacui). Il primo strumento che la Corte ha utilizzato allo scopo di evitare la pronuncia di accoglimento è stato la sentenza interpretativa di rigetto.

Con la sentenza interpretativa di rigetto la Corte costituzionale modifica l'interpretazione proposta dal

giudice a quo della disposizione legislativa sottoposta al suo giudizio, ne trae una norma diversa, e in relazione a questa norma, dichiara la non incostituzionalità della legge. Non produce effetti erga omnes e solo il giudice a quo è vincolato all'interpretazione data dalla Corte costituzionale. Attraverso questa sentenza la Corte mira ad ottenere l'adeguamento della legge ai principi costituzionali, fornendo l'interpretazione legislativa "conforme" alla costituzione e salvando allo stesso tempo la norma impugnata dalla dichiarazione di incostituzionalità. Questa tipologia di sentenze tuttavia presenta alcuni problemi teorici: nella sentenza interpretativa la Corte costituzionale, modificando un parametro dell'ordinanza di rimessione, modifica del pari il c.d. thema decidendum, violando così il necessario rapporto tra chiesto e pronunciato, principio informatore del processo costituzionale. In secondo luogo, reinterpreta la norma di legge in maniera difforme dall'interpretazione del giudice, la Corte pare violare il principio che il compito di interpretare le leggi ordinarie (la c.d. nomofilachia) è attribuito all'ordinamento alla Corte di Cassazione e non alla Corte costituzionale (che interpreta invece la Costituzione). In terzo luogo, non potendo avere la sentenza di rigetto efficacia erga omnes, l'interpretazione "suggerita" dalla Corte costituzionale non può considerarsi vincolante nei confronti dei giudici che non avevano sollevato la questione. Quindi alla fine, l'efficacia di questa sentenza si basa sulla "collaborazione" tra Corte costituzionale giudici ordinari, e sulla spontanea volontà di questi ultimi di adeguarsi all'interpretazione data dalla Corte. Il problema è stato superato: la Corte costituzionale, nella sentenza interpretativa, non modifica la disposizione oggetto di impugnazione, ma cambia soltanto il significato normativo che quella disposizione esprime. Il secondo e il terzo problema sono stati invece superati.

La Corte costituzionale ha risolto questo problema con la c.d. teoria del diritto vivente. In sostanza quando su di una norma legislativa si è formata un'interpretazione costante della Corte di Cassazione, si è di fronte al c.d. diritto vivente. Il potere interpretativo della Corte costituzionale nei confronti delle norme legislative ordinarie deve arrestarsi (self restrain), perché sulla norma vi è già un'interpretazione costante della giurisprudenza e dunque non è possibile utilizzare la sentenza interpretativa di rigetto. Solo quando non c'è diritto vivente, quindi, la Corte può procedere con una sentenza interpretativa.

Viva vox constitutionis

31 gennaio 2015 pubblicato da Il Ponte

<di Piero Calamandrei

[In occasione dell'elezione del dodicesimo presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ripubblichiamo questo articolo del giugno 1955 in cui Piero Calamandrei, prendendo le mosse dal messaggio al popolo italiano del neopresidente Giovanni Gronchi, delineava le attribuzioni del presidente della Repubblica. A chi ricorda quegli anni non sfuggirà che la non attuazione della Corte costituzionale, del Consiglio superiore della Magistratura e dell'ordinamento regionale rappresentava un pesante vulnus della Costituzione e tuttavia la Democrazia cristiana, con un oblio sistematico dei suoi doveri nei riguardi della Costituzione, faceva di tutto per non dar corso a tali istituti. Calamandrei dal 1948 al 1956 batté con caparbia su questo argomento insistendo sul colpevole immobilismo costituzionale del partito di maggioranza. Da qui l'importanza del presidente della Repubblica quale custode di una Costituzione programmatica, di una Costituzione, cioè, che avrebbe dovuto indirizzare e prefissare l'iniziativa politica del governo. A noi sembra che tali attribuzioni a tutt'oggi non siano mutate. Il presidente della Repubblica non può essere una figura neutra, un "arbitro", come l'attuale presidente del Consiglio vorrebbe! Ma poi, arbitro di che cosa? La metafora della politica simile a una partita di calcio, metafora che rivela la pochezza culturale dei nostri politici, non si addice al presidente della Repubblica, che non è chiamato a stabilire chi tra le forze politiche ha vinto e chi ha perso, ma a far sì che quella Carta che è espressione del momento più alto della recente storia del popolo italiano abbia finalmente piena attuazione.]

Chi, dopo aver letto il messaggio del nuovo presidente della Repubblica al popolo italiano, se n'è allarmato come di uno straripamento dai limiti delle attribuzioni presidenziali e come di un'invasione delle attribuzioni di indirizzo politico riservate al governo, ha dimostrato con ciò di non essersi reso conto né di quelle che sono in realtà le funzioni presidenziali nella nostra Costituzione, né del momento di vera e propria "emergenza costituzionale" in cui il messaggio è stato lanciato, come un appello di sos destinato a richiamare l'attenzione di tutti gli italiani sul naufragio che attende la nostra democrazia se continua a navigare con questi dissennati piloti.

La posizione costituzionale del presidente della nostra Repubblica non è paragonabile a quella che secondo lo statuto albertino aveva il monarca, del quale si soleva ripetere che «il re regna ma non governa». Questo principio può esser valido in una monarchia come quella inglese, in cui i poteri del parlamento sono teoricamente sconfinati perché possono arrivare fino a modificare la costituzione con legge ordinaria, e in cui il re, che fonda il suo potere non sulla volontà popolare ma sulla tradizione, si è ridotto sempre più ad essere soltanto un organo figurativo di rappresentanza, senza effettiva ingerenza nelle direttive politiche del governo, che risponde soltanto di fronte al parlamento: tanto che perfino il discorso della Corona è redatto dal primo ministro. Ma nel nostro ordinamento repubblicano il presidente della Repubblica, organo costituzionale avente anch'esso come tutti gli altri la sua unica fonte nella sovranità popolare, è posto al vertice dello Stato non solo come rappresentante dell'unità nazionale, ma anche come *custode della Costituzione*; com'è dimostrato dal fatto che mentre egli di regola non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, risponde tuttavia personalmente della osservanza della Costituzione e può esser messo sotto stato d'accusa per «attentato» alla medesima (art. 90 Cost.), commesso da lui o dal governo colla sua complicità ed acquiescenza.

Questa funzione di responsabile della vigilanza costituzionale, che la Costituente volle affidare al presidente e di cui oggi tutti i costituzionalisti riconoscono la rilevanza (c'è chi considera il presidente come investito della «suprema soprintendenza sull'attività degli altri organi costituzionali»; e v'è chi lo definisce come supremo «garante» o «tutore» dell'osservanza costituzionale) è resa importante, anzi indispensabile, dai caratteri tipici che ha la nostra Costituzione: la quale è una costituzione *rigida*, cioè non modificabile per legge ordinaria del parlamento (e tanto meno, si intende, per atti del governo), ed è una costituzione *programmatica*, cioè contenente in sé la preventiva e prefissata determinazione di quei supremi indirizzi politici, dai quali i governi che si susseguono al potere non potrebbero deflettere senza tradire la Costituzione. Si aggiunga che la Costituzione è oggi, di fatto, *incompiuta*: e che in questa situazione di fatto vi è una ragione di più per dare importanza all'organo che ha l'ufficio di controllarne e di stimolarne l'integrale compimento.

Quando si parla di garanzie costituzionali, viene subito in mente la Corte costituzionale: quella Corte costituzionale che dovrebbe esservi e non v'è, e la cui assenza costituisce una delle più sconce e ridicole vergogne della nostra attuale situazione politica. Ma in realtà la Corte costituzionale (anche se ci fosse) non potrebbe esercitare il suo controllo altro che in via successiva, quando l'infrazione costituzionale è già stata commessa, togliendo efficacia agli atti emanati in contrasto colla Costituzione: essa esercita, come dicono i giuristi, un controllo di legittimità costituzionale *a posteriori*, che può intervenire contro infrazioni costituzionali già compiute, in quanto esse si concretino in atti legislativi contrari alla Costituzione. Ma contro l'inerzia governativa, contro una politica governativa di sistematico oblio dei doveri costituzionali, contro l'immobilismo costituzionale di una maggioranza che si sottrae al dovere di istituire gli organi indispensabili voluti dalla Costituzione per il proprio funzionamento, la Corte costituzionale, anche se ci fosse (e così, in sua vece, l'autorità giudiziaria ordinaria) non potrebbe in alcun modo intervenire.

La funzione di vigilanza e di stimolo *preventivo* contro l'inerzia costituzionale, o addirittura contro il «sabotaggio» costituzionale del governo, è demandata principalmente, oltre che all'opposizione parlamentare e all'opinione pubblica, al presidente della Repubblica, il quale solo ha la possibilità (informato, come ha il diritto e il dovere di essere, di tutta la vita politica della nazione) di esercitare un efficace controllo costituzionale *a priori*, non solo rifiutando il suo concorso al compimento di atti legislativi che siano in contrasto colla Costituzione, ma anche sorvegliando e stimolando l'attività politica del governo, per evitare, come dice il Mortati, che si creino disarmonie e divergenze tra essa e il sentimento o le esigenze espresse dal popolo, ed altresì per evitare che la politica governativa si indirizzi per vie divergenti dalle direttive politiche prefissate nella Costituzione.

Bisogna, insomma, rendersi conto che una Costituzione rigida e programmatica com'è la nostra, non solo pone limiti invalicabili al potere legislativo, ma altresì indirizza e prefissa l'iniziativa politica del governo, nel senso che questo non è più libero di dare alla propria politica l'indirizzo che crede, ma è tenuto a contenere questo indirizzo negli argini prestabiliti dalle norme programmatiche della Costituzione e a perseguire gli scopi da questa assegnati. Ora, l'organo che ha in maniera tipica l'ufficio di ricordare continuamente al governo il dovere di restare entro questi argini e di procedere verso quelle mete, è proprio il presidente della Repubblica.

Questo ufficio di richiamo alla fedeltà costituzionale, che può essere meno appariscente e quasi invisibile quando si ha un governo che comprende e rispetta da sé il dovere di osservare la Costituzione, diventa preminente e decisivo in un momento come questo, in cui ormai, per merito dell'attuale governo, l'Italia vive in un clima che si potrebbe chiamare, più che di inosservanza della Costituzione, di ostentata e testarda beffa ai principi fondamentali di essa. Si capisce quindi come il messaggio del nuovo presidente, nel quale si esprime un'onesta ed energica volontà di raddrizzamento del timone costituzionale in un momento in cui la barca governativa segue una rotta che la porta sempre più chiaramente verso le secche dello Stato di polizia, sia potuta apparire a certi benpensanti conservatori come una voce sovversiva. Sì, perché questo è l'assurdo della situazione italiana: che chi si richiama alla Costituzione, fa la figura di essere un sovversivo, che la questura ha l'ordine di tener d'occhio!

Per superare situazioni come questa, la Costituzione dà al presidente della Repubblica adeguati poteri. Egli può, intanto, rifiutarsi di autorizzare la presentazione alle Camere di disegni di legge di iniziativa governativa che ritenga contrari alla Costituzione (art. 87, quinto comma), e può rifiutarsi di promulgare una legge incostituzionale rimandandola con messaggio motivato alle Camere per una nuova deliberazione (art. 74). Ma accanto a questi poteri specifici, limitati a una singola legge o a un singolo disegno di legge, il presidente ha il potere generico di intervenire *preventivamente* a raddrizzare il corso di una politica anticostituzionale, mediante quella facoltà, che gli è riconosciuta in ogni caso, di «inviare messaggi alle Camere» (art. 87 secondo comma); la quale gli è data non per mandare alle Camere espressioni di augurio o di benevolenza o di compiacimento patriottico, ma proprio per ricordare le strade che la Costituzione ha segnato verso l'avvenire al parlamento e al governo. In questo senso si può veramente dire che la Costituzione parla attraverso il presidente della Repubblica: come il Montesquieu diceva che i giudici sono la «bouche de la loi», così si può dire che attraverso l'ammonimento dei messaggi presidenziali parla nel nostro ordinamento la Costituzione: contro ogni smarrimento costituzionale, contro ogni deviazione, contro ogni inerzia, il presidente della Repubblica può essere, se vuole, la viva vox Constitutionis.

Quando, nel recente messaggio, il presidente della Repubblica ha ammonito che è «interesse fondamentale della democrazia» rinnovare la classe dirigente, introducendo nella direzione politica dello Stato quelle masse lavoratrici e quei ceti medi che finora sono rimasti sulla soglia, parlava per bocca sua l'art. 3 della Costituzione, il quale proclama che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che

limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese». E quando, in quello stesso messaggio, richiamando parole del Pontefice, ha ricordato che non può esservi democrazia e libertà «se l'uomo comune vive col timore di subire l'arbitrio e non perviene ad affrancarsi dal sentimento che egli sia soggetto al buono e al cattivo volere di coloro che applicano le leggi o che come pubblici ufficiali dirigono le istituzioni e le organizzazioni; se si accorge che nella vita quotidiana tutto dipende da relazioni che egli forse non ha a differenza di altri; se sospetta che dietro la facciata di quel che si chiama Stato si cela il giuoco di potenti gruppi organizzati» (parole le quali descrivono al vivo in quale condizione di avvilito e di mortificazione sono costretti gli italiani per fatto di un governo il cui programma si riassume tutto nel praticare ostinatamente la discriminazione politica), anche qui il presidente della Repubblica non ha fatto altro che lasciar parlare gli articoli della Costituzione che proclamano la pari dignità sociale e l'uguaglianza dinanzi alle leggi di tutti i cittadini, «senza distinzione [...] di opinioni politiche» (art. 3), e il pari diritto di tutti i cittadini di accedere ai pubblici uffici (art. 51), e quel dovere di «imparzialità dell'amministrazione» (art. 97) che oggi in Italia è sfacciatamente violato ogni volta che le autorità si ostinano a negare il passaporto a un cittadino perché non ha le stesse idee politiche dell'on. Scelba, o a escludere da un concorso a un pubblico impiego un concorrente onesto e preparato, solo perché non ha la tessera della Democrazia cristiana (o meglio del Partito monarchico o del Msi), o a negare il contributo dello Stato alle colonie estive marine o montane, solo perché i bambini che dovrebbero andarvi sono figli di lavoratori iscritti alla Cgil invece che ad altri sindacati: dividendo così i bambini italiani, secondo le preferenze sindacali dei loro genitori, in due categorie, quelli che sono degni di assistenza e di cure sanitarie, e quelli che, essendo figli di «sovversivi», lo Stato può tranquillamente lasciar morire di tubercolosi!

Contro questa folle politica di discriminazione, che arriva a incrudelire perfino contro l'infanzia e contro la malattia, e a distribuire secondo criteri di parte l'aria delle montagne e il sole delle spiagge marine, la Costituzione ha parlato attraverso il messaggio del nuovo presidente: ed è veramente strano che mentre in quel messaggio si afferma energicamente «la necessità che la Costituzione sia compiuta negli istituti previsti, quali la Corte costituzionale, il Consiglio superiore della Magistratura, l'ordinamento regionale, il Consiglio dell'Economia e del Lavoro, e nell'adeguamento della legislazione e del costume», il governo, che per rimanere aggrappato allo scoglio si affanna a preparare il «rimpasto», non abbia saputo far di meglio che annunciare la creazione di nuovi ministeri, di cui nessuno (al di fuori di coloro che li ricopriranno) sentiva il bisogno, ma non abbia detto una parola sulla Corte costituzionale o sul Consiglio superiore della Magistratura o sull'abbandono della politica delle discriminazioni, proclamata come metodo di governo democratico nel famoso comunicato del 4 dicembre!

A proposito di che c'è da osservare che, in caso di estrema necessità, la Costituzione (art. 88) dà al presidente della Repubblica anche il potere di sciogliere le Camere: tra i casi in cui questo potere può essere esercitato, i costituzionalisti sono concordi nel menzionare il caso in cui appaia la incapacità del parlamento ad esprimere un governo; ma è da ritenere che in una costituzione rigida come la nostra tale potere possa essere esercitato anche nel caso in cui il parlamento non riesca ad esprimere da sé quegli organi che la Costituzione ha prefissato come indispensabili per il suo proprio funzionamento. Se continuasse ancora la commedia del parlamento che non riesce a mettersi d'accordo per nominare i componenti della Corte costituzionale o per istituire il Consiglio superiore della Magistratura, il presidente della Repubblica, per difendere la Costituzione e per non esser complice di questo perdurante attentato contro di essa, non potrebbe far altro che ricorrere alla *extrema ratio* dello scioglimento anticipato, e appellarsi al paese.

Sembra evidente, dunque, che nella nostra Costituzione il presidente della Repubblica non è un organo di pura cerimonia, che, anche quando si accorge che il governo manda la Costituzione alla rovina, possa rimanere inerte ed agnostico. Il presidente ha l'ufficio di vigilare a che in ogni materia la politica governativa corrisponda alle norme programmatiche della Costituzione; ma vi è poi una materia nella quale il presidente può, più energicamente che in ogni altra, concorrere a raddrizzare la politica governativa: parlo delle questioni che interessano, direttamente o indirettamente, la difesa nazionale. Questo è un punto sul quale l'opinione pubblica non è forse abbastanza informata: il presidente della Repubblica, infatti, non ha soltanto, formalmente, «il comando delle forze armate», ma è anche, secondo la Costituzione (art. 87, comma 9) il presidente di quel «Consiglio supremo di difesa» il quale, secondo le attribuzioni fissate dalla legge 28 luglio 1950 che lo ha istituito in conformità della Costituzione, «esamina i problemi generali politici e tecnici attinenti alla difesa nazionale e determina i criteri e fissa le direttive per la organizzazione e il coordinamento delle attività che comunque la riguardano».

Su tutte le questioni attinenti direttamente o indirettamente alla difesa nazionale, come potrebbero essere quelle concernenti le alleanze militari, l'adozione di certe armi distruttive, la dislocazione delle nostre forze armate

fuori del nostro territorio o la concessione di basi militari a forze armate straniere sul nostro territorio, i criteri politici non possono essere fissati dal governo, cioè dal Consiglio dei ministri, ma devono essere prima di tutto deliberati da questo speciale organo supremo, a capo del quale sta il presidente della Repubblica, *non il presidente del Consiglio*.

Le questioni di questa importanza non si risolvono e non si pregiudicano in colloqui segreti dei quali il pubblico conosce soltanto l'immane fotografia finale in cui si vede un bell'inchino del presidente del Consiglio che si prosterna a un amabile sorriso femminile. Anche qui la parola determinante, prima che il parlamento sia chiamato a deliberare, è quella del presidente della Repubblica, *viva vox Constitutionis*.

Che è poi (è vano tentar di dimenticarlo) la viva voce della Resistenza.