



# riassunto corso di diritto pubblico Rescigno

Diritto Pubblico

Università degli Studi di Roma La Sapienza

268 pag.

---

---

---

---

---

---

---

---

# CORSO DI DIRITTO PUBBLICO-RESCIGNO (17 edizione)

## CAP 1: LO STATO IN QUANTO ENTE MONOPOLIZZATORE DELLA FORZA

Lo Stato, anzitutto, presenta due significati distinti:

- a) Stato in quanto insieme costituito da un popolo stanziato su un determinato territorio e organizzato attorno ad un potere centrale (relativamente) stabile
- b) Stato= organizzazione o apparato centralizzato, composto talvolta anche da 1 milione di uomini, dotato di mezzi materiali e giuridici spesso imponenti, che comanda sul popolo entro un determinato territorio.

-Lo Stato dispone della forza armata: lo Stato usa la forza armata sia quando comanda, perché lo Stato ha la materiale possibilità di far eseguire questo suo comando l'uso della forza per imporre coattivamente quanto ha comandato, sia visibilmente e ovviamente quando uomini armati eseguono materialmente e oggettivamente il risultato voluto.

-Lo Stato ha il monopolio della forza (entro i suoi confini): tale forza, di cui dispone lo Stato, va intesa nel significato materiale del termine, come violenza fisica sulle persone e sulle cose. Al contempo lo Stato si riserva il diritto di vietare, permettere, regolare l'uso della violenza da parte di qualsiasi altro soggetto all'interno dei suoi confini. Vi sono casi in cui la violenza è legittima, come quando una persona difende <<un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa>> (**art.52 c.p**) (c.d. legittima difesa).

### 4. La sovranità dello stato

Si dice che lo Stato è sovrano (sovrano=colui che sta al di sopra), che lo Stato ha un potere di comando superiore ad ogni altro soggetto entro un determinato territorio. Lo stesso termine si ritrova nell' **art.1 Cost.** che afferma << L'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro, la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione>>. *Il popolo è dunque sovrano entro lo Stato; anche il Parlamento è sovrano entro lo Stato*, ma anche qui non è il Parlamento a disporre della forza, ma lo Stato nel suo insieme.

In realtà in Italia, il Parlamento, non comanda direttamente le forze armate, che vengono invece comandate sostanzialmente dal Governo e formalmente dal capo dello Stato/ Presidente della Repubblica.

-Gli organi costituzionali statali: il Parlamento è un organo statale, è dunque indipendente. In tal senso, però, tutti gli organi costituzionali sono indipendenti: si usa dire che la Corte Costituzionale è sovrana (ma non si utilizza tal termine né per il Governo né per il Presidente della Repubblica)

- La sovranità della Chiesa cattolica: Anche la Chiesa Cattolica si considera sovrana rispetto alle cose di Dio e riconosce la sovranità dello Stato solo rispetto alle cose terrene (secondo l'adagio di Cristo ricordato nei Vangeli <<Date a Cesare quel che è di Cesare, e a Dio quel che è di Dio). Ciò viene ricordato dall' **art.7 Cost.** che recita <<Lo Stato e la Chiesa 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>>.

Tra Stato e Chiesa non vi è tuttavia perfetta equivalenza. Lo Stato dispone della forza armata, la Chiesa no. Lo Stato ha la materiale possibilità di mutare anche unilateralmente i rapporti con la Chiesa; la Chiesa può fondamentalmente difendersi con armi psicologiche, politiche, morali. Lo Stato garantisce i suoi comandi con la forza, la Chiesa con armi spirituali. Lo Stato ha spogliato della forza armata tutti gli altri soggetti e quindi anche la Chiesa, la

quale- per conquistare la forza armata- dovrebbe muovere guerra; cioè o dovrebbe divenire essa stessa Stato, o dovrebbe distruggere alle radici la forma Stato e sostituire ad essa una nuova forma. Dunque nei fatti lo Stato è il vero sovrano, perché ha il monopolio della forza; la Chiesa, per questo aspetto, non è sovrana.

- Stato e confessioni religiose in generale: a) lo Stato garantisce la sfera di libertà delle chiese, cioè promette di non comandare sulle questioni da essa rivendicate, ma non garantisce con la forza nessuna regola e nessun comando di esse ; b) lo Stato non garantisce la libertà di una Chiesa , ma la aiuta prestando la sua forza armata per garantire la efficacia di alcune norme di essa, purché non siano contrarie con le regole dello Stato (questa è la situazione vigente in Italia, per cui ad esempio i cattolici che si sposano con matrimonio concordatario vengono assoggettati alle regole della Chiesa e lo Stato Italiano presta la sua forza per far rispettare tali regole.

- Il Leviatano: lo Stato, in quanto monopolio della forza, ha la materiale possibilità di rovesciare ogni limite e garanzia, di violare le sue stesse leggi. Da ciò hanno origine i colpi di Stato e le ribellioni. [Il colpo di stato proviene dall'interno dello stesso Stato, viola le autolimitazioni fin allora vigenti dello Stato e per ciò stesso riafferma la forza dello Stato; le rivoluzioni muovono dal popolo, e dunque per questo solo fatto rompono lo Stato esistente e riaffermano i limiti alla sovranità dello Stato ]

## 5. L'indipendenza dello Stato

Il mondo è ripartito, quasi del tutto, tra molti Stati. L'ONU ne raccoglie circa 190 e, poiché l'ONU li raccoglie quasi tutti, a circa 190 assomma il numero degli Stati oggi esistenti. Poiché ciascuno Stato è sovrano, gli Stati in linea di principio devono considerarsi pari ordinati.

Lo Stato è dunque indipendente e sovrano: sovrano al proprio interno, indipendente nei confronti degli altri Stati.

## 7. La territorialità dello Stato

La territorialità si riferisce al fatto che lo Stato per esistere deve avere un territorio rigorosamente delimitato e separato da quello di ogni altro Stato. (l'Università-diversamente dallo Stato- non è un ente territoriale: la sfera di efficacia territoriale di ciascuna Università è un fatto giuridicamente non regolato).

- Gli enti territoriali: tali sono in Italia le Regioni, le Province, i Comuni. I confini regionali sono tutelati e garantiti da **art. 132 e 133 Cost.** I confini dello Stato invece sono in principio imm modificabili, e comunque in tempo di pace mai modificabili unilateralmente per decisione di un ente diverso dallo Stesso Stato. I confini servono allo Stato ad identificarsi rispetto agli altri Stati costituiscono la *condizione di esistenza* stessa dello Stato. I confini delineano quella parte di spazio fisico entro cui si esercita il potere sovrano dello Stato. Lo Stato, se vuole rimanere Stato, non potrà mai ammettere che al suo interno si intrometta il potere armato di altri Stati ( o di un altro soggetto quale che sia ). D'altra parte però truppe straniere in tanto possono stazionare nel territorio dello Stato ed esercitare anche la forza in quanto lo Stato ospite lo consente e finché lo consente. Per queste ragioni si dice che i confini della patria sono sacri.

Tutta la terraferma è dunque divisa fra Stati (con la sola eccezione di Atlantide, peraltro disabitata), cosicché non esiste nessuna parte abitabile del globo che non appartenga ad uno Stato determinato.

- Come si delimitano i confini: I confini delimitano anzitutto la terraferma, ma in realtà delimitano qualsiasi dimensione dello spazio intorno, sopra e sotto la terraferma, che appare storicamente utile. Vi sono così confini rispetto al mare, allo spazio atmosferico, allo spazio sotterraneo. Nello specifico, la sovranità si estende nel c.d spazio atmosferico o aereo (art. 3

cod. nav), fin dove cioè esiste atmosfera (aria respirabile), ma non si estende allo spazio superiore, che è libero (cossichè ad esempio gli Stati per mettere in orbita e far ruotare un satellite artificiale non devono chiedere il permesso di tutti gli Stati che tale satellite sorvola). Problemi analoghi si pongono rispetto allo spazio marittimo. Oggi la sovranità dello Stato Italiano si estende per 12 miglia marine.

Tuttavia con l'avvento dei moderni mezzi di offesa si è dovuto abbandonare da tempo in criterio della gittata massima; la questione non è quindi risolta per tutti gli Stati. Oggi tutti gli Stati riconoscono l'istituto del *mare territoriale* (quella porzione di mare antistante le coste sulla quale si estende la piena sovranità dello Stato rivierasco) e quasi tutti gli Stati fissano in 12 miglia marine il limite di esso, adeguandosi all'ultima convenzione in materia, quella di Montego Bay (Giamaica) del 10 dicembre 1982 sul diritto di mare.

Inoltre gli Stati possono riservare a sé la utilizzazione esclusiva delle ricchezze estraibili dal mare attraverso i due istituti della c.d. *piattaforma continentale* e della *zona economica esclusiva*. Mediante il primo si ottiene che il potere esclusivo di uno Stato si estende sul c.d. zoccolo continentale, e cioè quella parte del fondo marino di profondità costante che, più o meno esteso, circonda le terre emerse, prima che la costa sprofondi negli abissi marini. Mediante il secondo istituto lo Stato rivierasco dichiara che una certa estensione del mare antistante (anche 200 miglia marine dalla costa) che è riservata alla esclusiva utilizzazione economica da parte dello Stato.)

## 8. Lo Stato come ente originario

Spesso e correttamente si definisce lo Stato come *ente originario*, per distinguerlo da altri enti che viceversa vengono chiamati *derivati*. È tuttavia necessario porre una netta differenza tra a) soggetti che usano o comunque sono assistiti dalla forza e quindi possono comandare autoritativamente (con potere coercitivo), e b) soggetti privi di tale qualità e che quindi, quand'anche comandano, possono riuscire ad ottenere obbedienza solo con mezzi diversi dalla forza (moralì, religiosi, economici, culturali, e così via).

Entro i primi, poiché lo Stato ha il monopolio della forza, solo lo Stato è un ente originario, appunto perché ogni altro ente autoritativo in tanto dispone della forza in quanto lo Stato lo consente (e quindi permette che esso ne disponga direttamente o si avvalga di quella dello Stato). Il potere autoritativo di questi enti entro lo Stato è un potere derivato dallo Stato. Così le Regioni, i Comuni, le Province, persone giuridiche distinte e separate dallo Stato, sono anch'essi enti autoritativi, possono comandare usando strumenti coercitivi (che di norma, almeno fino ad oggi, sono quelli dello Stato, ma che, in limitatissima misura, possono essere propri: così i Comuni hanno al loro diretto servizio la limitatissima forza dei vigili urbani: **art.117Cost**); tuttavia il loro potere autoritativo è un potere derivato dallo Stato, esiste se e nella misura in cui lo Stato lo riconosce e lo delimita.

**-gli enti autonomi:** questi sono gli enti che godono, rispetto a se stessi, di un qualche potere indipendente dallo Stato. Così si parla di:

1. **-autonomia politica:** se l'ente può scegliere da sé i propri fini da perseguire sia pure in ambito delimitato
2. **-autonomia normativa:** se l'ente, entro limiti stabiliti dallo Stato, può creare norme giuridiche che entrano a far parte dell'ordinamento generale dello Stato
3. **-autonomia organizzatoria:** se l'ente può organizzarsi secondo criteri decisi da se stesso
4. **-autonomia contabile:** se nella contabilità può divergere dalle regole dello Stato
5. **- autonomia patrimoniale, finanziaria, amministrativa....**

Enti autonomi per eccellenza sono le Regioni ed i Comuni; godono oggi di minore rappresentatività le città metropolitane e le Province, ma anch'esse sono enti autonomi.

-**l'autonomia privata**: situazione tipica dei privati per cui essi possono regolare come meglio credono i propri interessi entro i confini larghissimi delle regole statali inderogabili e avvalendosi degli innumerevoli strumenti legali loro offerti dall'ordinamento generale. È necessario però ricordare A) che autonomia è categoria opposta a sovranità, e designa sempre enti e situazioni subordinati all'ente sovrano (Stato); B) che <<derivazione>> e <<autonomia>> sono due categorie non incompatibili, ma diverse, e dunque possono stare insieme ma anche stare separate: in altre parole vi possono essere enti derivati e autonomi (ad ex. gli enti territoriali: Regioni, Comuni e Province); enti non derivati (ad ex. gli organi decentrati dello Stato); soggetti solo autonomi e non derivati (ad ex. i privati) .

- **enti originari, non derivati, che non sono sovrani**: Vi sono anche soggetti autonomi non derivati. La tesi si può esprimere in modo equivalente affermando che non solo lo stato è un ente originario. L'affermazione <<Solo lo Stato è un ente originario>> diventa versa se aggiungiamo la clausola: << tra gli enti dotati di poteri autoritativi>>. In altre parole, è vero che lo Stato è necessariamente il solo ente originario tra tutti gli enti autoritativi, perché possiede il monopolio della forza; è errato che lo Stato sia l'unico ente originario in assoluto, perché tutt'al contrario, allargando l'orizzonte fino a comprendere anche gli enti non autoritativi vi sono molti enti non autoritativi che si proclamano e riescono ad essere originari e non derivati.

- **la Chiesa cattolica in quanto ente originario**: La Chiesa cattolica sostiene di derivare i suoi poteri religiosi direttamente da Dio, e quindi ha sempre rivendicato la sua indipendenza nelle questioni religiose rispetto allo Stato (e in generale rispetto al potere terreno). Vi sono dunque, oltre lo Stato altri enti originari: nel senso che esistono per loro autonoma determinazione (e non per volontà dello Stato) e perseguono i fini da loro voluti, agendo liberamente e occupando tutto lo spazio che è loro possibile occupare. Lo Stato può certo reprimerli con la forza, o cercare di (e riuscire a ) circoscrivere la loro sfera di libertà. Ma lo Stato non è il fondamento della loro esistenza e dei poteri di fatto che essi riescono a conquistarsi e ad organizzare.

Questa esiste la situazione della stragrande maggioranza dei soggetti che agiscono entro i confini dello Stato: dei singoli individui, dei partiti, dei sindacati, della Chiesa Cattolica e delle confessioni religiose, delle infinite associazioni volontarie; di tutti quei soggetti privati che agiscono nella sfera del lecito.

- la sfera del lecito: rispetto a tali soggetti, che agiscono nella sfera del lecito, lo Stato si limita a porre alcuni limiti invalicabili alla loro attività, ma entro questi limiti essi possono muoversi con estrema libertà. Lo Stato dunque prescrive cosa essi non possono fare; quello che essi fanno in concreto deriva dalla loro volontà

- la sfera del legittimo: esattamente opposta è la situazione di quasi tutti soggetti appunto pubblici. Essi devono fare solo quello che le leggi prescrivono, e null'altro. Ad essi si applica la categoria del *legittimo* (=conforme a legge), opposta a quella del *lecito* (=non contrario alla legge).

In conclusione se diciamo che l'originarietà di un ente designa quella proprietà di esso per cui l'ente considerato deriva la propria esistenza solo da se stesso, allora lo Stato è certamente un ente originario, ma non solo lo Stato è originario. La originarietà, così definita, non è una qualità che appartiene solo allo Stato. Se però ricerchiamo questa qualità restringendo il circolo agli enti autoritativi, allora di nuovo, fra gli enti autoritativi, solo lo Stato è originario e tutti gli altri sono derivati.

## 9. Lo Stato in quanto ente necessario

Lo Stato è un ente necessario, un ente cioè al quale si appartiene o non appartiene per volontà dello stesso ente e non per volontà dei singoli appartenenti. Chiaramente ente

necessario si contrappone a ente volontario, e cioè a quel soggetto collettivo al quale si appartiene o non appartiene per libera volontà degli appartenenti. Così un partito è un ente volontario, così come lo sono i sindacati e in genere le associazioni private (di cui partiti e sindacati sono specie particolare).

**La cittadinanza:** Viceversa si diventa o si cessa di essere cittadini dello Stato italiano (come di ogni altro Stato) sulla base di leggi imperative dello stesso Stato, e non per libera e autonoma decisione del singolo. La materia è oggi disciplinata dalla **legge 5 febbraio 1992, n.91**. Secondo questa legge si è cittadini italiani dalla nascita e nei casi seguenti

- 1) **lure sanguinis** : Se si nasce da padre o da madre cittadina ( basta quindi che sia cittadino solo uno dei genitori; il luogo della nascita non ha alcuna importanza; vale la pena ricordare invece che la **legge n.555 del 1912**, che regolava precedentemente la materia, stabiliva, fino alla dichiarazione di incostituzionalità su questo specifico punto della Corte Costituzionale con la **sentenza n.30 del 1983**, che il padre cittadino trasmetteva sempre la cittadinanza al figlio, mentre la madre cittadina trasmetteva tale qualità solo in casi eccezionali tassativamente previsti dalla legge)
- 2) **lure soli**: sono cittadini italiani tutti coloro che nascono nel territorio della Repubblica, qualora entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non acquisisce la cittadinanza dei genitori in base alla legge dello Stato di appartenenza di questi ultimi.

La legge poi prevede analiticamente i casi in cui si può acquistare la cittadinanza italiana, a seguito di fatti indicati nella stessa legge, oppure si perde, oppure ancora, dopo averla perduta, si può riacquistare. Se non è possibile applicare nessuno dei criteri previsti dalle leggi, il nato sarà o straniero ( se un altro stato lo riconosce come suo cittadino) o apolide ( se nessuno Stato lo riconosce come suo cittadino). Notare che, essendo ogni Stato sovrano e potendo dunque imporre i suoi criteri, è possibile, che la stessa persona sia cittadina contemporaneamente di più Stati.

Elenchiamo ora i casi più significativi in cui la cittadinanza si può acquistare oppure perdere:

- a) Lo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data
- b) **luris communicatio**: in forza di provvedimento dell'autorità amministrativa, acquista la cittadinanza italiana il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano, allorchè, dopo il matrimonio o unione civile:
  - risiede da almeno due anni in Italia
  - dopo 3 anni dal matrimonio/ unione civile, se risiedente all'estero, sempre che non vi sia scioglimento, annullamento o cessazione effetti matrimonio o separazione personale dei coniugi
- c) **Per naturalizzazione**: in forza di decreto del Presidente della Repubblica, può- sulla base di una valutazione discrezionale di opportunità- essere concessa la cittadinanza italiana a chi si trovi nelle condizioni previste dall' **art 9 L. n.91/1992** . è concessa cittadinanza ad ex:
  - al cittadino dell'Unione Europea che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno 4 anni
  - all'apolide che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno 5 anni
  - allo straniero che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno 10 anni

Il cittadino italiano perde la cittadinanza se, <<avendo accettato un impiego pubblico od una carica pubblica da uno Stato o ente pubblico o da un ente internazionale di non partecipi l'Italia, ovvero prestando servizio militare per uno Stato estero, non ottempera, nel termine

fissato, all'intimazione che il Governo Italiano può rivolgergli di abbandonare l'impiego, la carica o il servizio militare.

Con il **d.l. n. 113 del 2018** convertito in legge, sono stati introdotti criteri ancora più restrittivi per concedere la cittadinanza ed è stata disposta in casi specifici la possibilità della revoca della cittadinanza già concessa allo straniero. È chiaro tuttavia che si acquista o si perde a cittadinanza solo quando ricorrono le condizioni ivi previste dalla legge (**art. 22 Cost**: nessuno può essere privato per motivi politici della capacità giuridica, del nome, della cittadinanza.).

- **lo status di cittadino**: finché si è cittadini italiani si ha lo status di cittadino. Oggi esiste per i cittadini degli Stati aderenti all'Unione Europea (e quindi anche per quelli italiani) la cittadinanza europea. Questa cittadinanza però non si acquista in modi e forme indipendenti, ma diventa automaticamente cittadino europeo chi è cittadino di uno degli Stati aderenti dell'Unione.

- **status in generale**: si chiama *status* la situazione in cui un soggetto riveste (permanentemente o per un tempo oggettivamente determinabile) una particolare qualità, che costituisce il presupposto di molteplici e variabili diritti e doveri riconnessi a tale presupposto dalle norme in occasione di accadimenti concreti ( il compimento dei 18 anni per il cittadino richiamato alle armi, un certo reddito per il cittadino soggetto al pagamento delle imposte dirette ....) . La cittadinanza è uno status ma non è il solo ( ex. con matrimonio si acquista status di coniuge).

Lo Stato è dunque un ente necessario perché lo status di cittadino (e cioè soggetto appartenente allo Stato) si acquista e si perde in base alla legge dello stesso Stato.

. **perché lo Stato non può essere un ente volontario**: se i singoli fossero liberi di appartenere o meno allo Stato per loro semplice decisione, il monopolio della forza, la sovranità dello Stato, l'esistenza stessa della società organizzata a Stato, andrebbe in pezzi. Per capire ciò bisogna distinguere:

- sfera territoriale----→ di efficacia del potere statale ( ciascuno Stato può dunque comandare solo entro i propri confini )

- sfera personale-----→ di efficacia del potere personale

- **stranieri e apolidi**: Lo Stato può disciplinare come meglio crede gli stranieri: può impedire loro di entrare, se entrano può assoggettarli alle regole che ritiene più opportune, può espellerli. Può dunque evitare che essi espatrino. È chiaro dunque che tutti gli Stati devono distinguere tra cittadini e stranieri.

- **la libertà di espatrio**: Lo Stato può disciplinare e limitare l'espatrio dei cittadini (e non quello degli stranieri, salvo che questi abbiano commesso reati nel territorio nazionale e siano stati dunque incarcerati). L'art. 16 Cost stabilisce << ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge >>. Solo lo Stato (più specificatamente, solo la legge del Parlamento) può porre limiti all'espatrio del cittadino.

Diverso il rientrare: il cittadino ha diritto di rientrare nel territorio della Repubblica italiana e nessuna legge può impedirlo (possono tuttavia essere imposte limitazioni temporanee: ex. quarantena); tale si pone come una differenza tra il cittadino e lo straniero: o straniero non ha il diritto incondizionato di entrare nel territorio italiano, ma acquista quel diritto di entrare e rimanere nel territorio italiano così come è previsto e modulato dalla legge.

- **l'extradizione attiva**: lo Stato, non potendo perseguire materialmente i propri cittadini e gli stranieri dimoranti fuori dai suoi confini, deve chiedere ad altri Stati che questi consegnino materialmente il cittadino o lo straniero. Naturalmente questa richiesta di estradizione (*extradizione attiva*) ha successo se l'altro Stato acconsente. Chiaramente la materia è oggetto di trattati internazionali: in presenza di un trattato da esso sottoscritto lo stato è

obbligato a concedere l'estradizione, e quindi lo Stato richiedente ha la certezza giuridica di ottenerla.

- **estradizione passiva** reciprocamente ciascuno Stato riceverà da parte di altri Stati richieste di estradizione dal suo territorio o di stranieri o di suoi cittadini. A tal proposito la Costituzione italiana, con una norma costituzionale che perciò nessun trattato internazionale può violare, stabilisce che << Non è ammessa l'estradizione dello straniero per reati politici >> (**art. 10 Cost.** - salvo il reato di *genocidio* per il quale è ammessa comunque l'estradizione) e che << l'estradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali. Non può in nessun caso essere ammessa per reati politici >> (**art. 26 Cost.**: di nuovo con l'eccezione del reato di *genocidio*).

Come si vede stranieri e cittadini sono parificati per quanto riguarda i reati politici, perché gli uni e gli altri, salvo il reato di genocidio, non possono essere estradati dall'Italia per questi reati (quei reati cioè che offendono << un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino >>, oppure ancora sono stati determinati in tutto o in parte da motivi politici). Stranieri e cittadini sono invece differenziati per quanto riguarda l'estradizione passiva, perché gli stranieri possono essere estradati anche in assenza di specifiche convenzioni internazionali, i cittadini italiani solo se vi sono specifiche convenzioni.

In ogni caso l'estradizione è un istituto che si applica solo a coloro che sono imputati o condannati per reati e, come precisa l'**art. 13 c.p.**, per fatti che sono considerati reati contemporaneamente sia dalla legge italiana che dalla legge straniera (In ogni caso è fatto divieto di concedere estradizione: per reati politici, per motivi di razza religione o personalità, per reati puniti all'estero con la pena di morte).

-il **mandato di arresto europeo**: disciplinato dal Trattato di Lisbona  
 - il **diritto di asilo**: **art.10 Cost** <<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>>. Mentre il cittadino italiano ha il diritto di rientrare in Italia, lo straniero non ha il diritto costituzionalmente garantito di entrare e, se entrato, di restare, salvi i casi, previsti dalla Costituzione o esplicitamente o implicitamente. Oggi però in forza della **l.cost. 3/01** che ha modificato l'**art. 117 Cost** che le leggi italiane sono subordinate agli obblighi derivanti dal diritto internazionale.

-l'**espulsione dallo Stato**: Va ricordato che estradizione ed espulsione sono due istituti diversi:  
 a) l'estradizione è la consegna materiale di un individuo alle autorità di uno Stato determinato affinché l'estradato o venga processato penalmente o scontati la condanna penale inflitta;

b) l'espulsione è la materiale cacciata di un individuo dal territorio dello Stato, fermo restando che in principio tale individuo è libero di andare dove meglio ritiene.

Se però, in base ad accordi con lo Stato di appartenenza o con altro Stato che si dichiara disposto ad accogliere la persona espulsa, l'espulsione viene condotta in modo coattivo, cessa ovviamente ogni libertà della persona e dovrebbero per lo meno applicarsi gli articoli della Costituzione che tutelano la libertà di tutti, ed in particolare la libertà personale secondo l'**art.13 Cost.** Si distingue inoltre:

c) Respingimento coattivo: materiale presa di possesso delle persone prima che riescano ad entrare nel territorio italiano, e nella loro consegna ad altro Stato che ha acconsentito a tale consegna. [da notare che solo lo straniero può essere espulso, e non invece il cittadino italiano]

-la **condizione giuridica dello straniero in Italia**: L'ordinamento deve prevedere sia il caso che lo straniero venga a risiedere in Italia sia i casi in cui più in generale cittadini italiani e stranieri stringono rapporti giuridici.

- **PRIMO CASO-STRANIERO CHE VIENE A RISIEDERE IN ITALIA:** previsto dall'art 10 Cost. Attualmente la legge generale vigente è il **DL. N.286/1998**, ampiamente modificato da leggi successive. Questa legge non si applica ai cittadini comunitari ( dell'UE, per i quali è prevista una particolare disciplina) e parifica gli apolidi ai cittadini extracomunitari. Essa si ispira a due principi fondamentali: da un lato l'ingresso e la permanenza nel territorio italiano di cittadini extracomunitari sono subordinati a regole rigide e restrittive, la cui violazione autorizza le autorità italiane indicate dalla legge o ad impedire l'ingresso o ad espellere le persone entrate illegalmente; dall'altro lato << allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti>>.

Fondamentale è la regola per cui i cittadini comunitari hanno il diritto di entrare, risiedere e svolgere la propria attività lavorativa in qualunque Stato della Unione Europea, in parità con i cittadini di tale Stato.

Bisogna fare netta distinzione tra cittadini extracomunitari e cittadini comunitari. La condizione giuridica dei cittadini comunitari in Italia si avvicina progressivamente a quella dei cittadini italiani, fino al punto che il Trattato di Maastricht prevede la loro capacità elettorale per le elezioni locali (vedi **D.Lg 197/1996** che attua **direttiva 94/80/CE** e che disciplina l'elettorato attivo e passivo dei cittadini comunitari in relazione alle elezioni comunali).

- **SECONDO CASO-RAPPORTI INTERPRIVATI TRA CITTADINI E STRANIERI:** disciplinato dal diritto internazionale privato, cioè da quelle norme dello Stato italiano che prevedono e disciplinano i possibili casi di rapporti giuridici tra italiani e stranieri.

**-altri enti necessari (perché derivati dallo Stato):** in Italia Comuni o Città metropolitane, Province o Regioni sono enti necessari. Quindi in Italia tutti i cittadini sono liberi in linea di principio di stabilirsi nel comune che scelgono, e di mutarlo liberamente in ogni momento ( è vero però che l'iscrizione ad un Comune determina automaticamente l'appartenenza alla Provincia e alla Regione. Dunque si conclude che Comuni, Città metropolitane, Province e Regioni sono enti necessari nei limiti in cui lo Stato lo permette. Anche collegi e ordini professionali sono enti necessari.

Se lo Stato ha il monopolio della forza, solo lo Stato nei fatti può imporre la necessaria appartenenza ad un ente collettivo; con tutte le conseguenze che ne discendono; la pretesa di ogni altro ente di imporre tale appartenenza, o è una pretesa assistita dalla forza dello Stato, oppure non è riconosciuta legittima dallo Stato, oppure non è riconosciuta legittima dallo Stato, cosicché tale pretesa o viene addirittura punita o comunque resta senza la garanzia della forza e dunque può affermarsi nei fatti solo attraverso pressioni di ordine più vario, escluso sempre l'uso della forza. Ecco che torna la differenza fra enti autoritativi ed enti non autoritativi. Tra i primi è certo che solo lo Stato può porsi mediante la forza come ente necessario e quindi realizzare praticamente la sua pretesa. Altri enti autoritativi possono ugualmente essere necessari e quindi realizzare praticamente la loro pretesa, ma solo se lo Stato ha attribuito loro questa qualità: la necessarietà di tali enti è derivata, non originaria.

Vi sono poi gli **enti autoritativi**: enti che non usano e non possono usare la forza. Può ben accadere che qualcuno di questi pretenda di essere necessario e quindi non ammetta che si possa uscire liberamente da esso ( come pretende appunto la Chiesa cattolica che ritiene il battesimo un sacramento indelebile e quindi la appartenenza alla Chiesa mediante il battesimo una qualità perenne); tale pretesa però resta senza pratica efficacia se il soggetto dissenziente vuole comunque abbandonare l'ente collettivo, giacché lo Stato non solo assiste con la forza la pretesa del dissenziente, ma garantisce la libertà del dissenziente di abbandonare l'ente vietando che gli vengano comminate sanzioni.

- **Sulla pretesa della Chiesa cattolica di essere ente necessario:** vale la pena approfondire la questione mediante 3 esempi tratti dalla storia della Chiesa Cattolica. (vedi libro pp.39/40/41)

## 10. Lo Stato in quanto ente rappresentativo

Lo Stato pretende di essere e di regola riesce ad essere -di fatto- l'ente rappresentativo di tutta la collettività nazionale, l'unico autorizzato a parlare e decidere a nome di tutti i cittadini. Il principio è talmente assoluto che, secondo il diritto internazionale, un popolo porta la responsabilità per gli obblighi assunti dal suo precedente Stato anche quando ha mutato totalmente forma di Stato e di governo. Così l'Unione Sovietica dopo la rivoluzione russa del 1917 pretese di non riconoscere come suoi i debiti contratti dal precedente regime zarista, ma dovette infine piegarsi all'opposta pretesa degli Stati creditori. Solo lo Stato dunque ha il potere di fatto di rappresentare l'intera collettività.

## 11. Lo Stato in quanto apparato

Lo Stato è un apparato: cioè è un insieme ordinato e stabile di uomini dotato di mezzi materiali adeguati per esercitare una serie di compiti e perseguire una serie di obiettivi secondo un programma generale e unitario previamente elaborato e deciso. Lo Stato in quanto apparato è un ente collettivo, è un ente sociale; è un soggetto che si aggiunge agli altri soggetti e si distingue da ogni altro soggetto, perché è un complesso ordinato e stabile che si presenta come un soggetto unitario.

Si può affermare che la società moderna è caratterizzata da un insieme di apparati. Le imprese sono apparati; i partiti e i sindacati hanno un apparato; le associazioni hanno in generale un apparato, gli enti previdenziali e assistenziali sono apparati; Comuni/ Province e Regioni sono apparati; lo Stato è un apparato; perfino le confessioni religiose hanno un apparato. Lo Stato è composto per la stragrande maggioranza da professionisti ( da burocrati), e cioè da persone che vivono solo al servizio dell'apparato statale. Si parla così di razionalizzazione delle funzioni statuali.

Conviene distinguere tra razionalizzazione e razionalità:

- a) **razionalizzazione:** processo intellettuale pratico-sociale per cui applichiamo la potenza dell'analisi a qualsiasi procedimento pratico al fine di ottenere un risultato ottimo.
- b) **razionalità:** giudizio sulla realtà storico-sociale davanti al tribunale della ragione, e cioè la capacità di valutare criticamente la realtà complessiva secondo le tendenze che, sviluppandosi al suo interno, rendono possibile un suo superamento.

## 12. APPARATI E PRINCIPIO DI GERARCHIA

Gli apparati sono organizzati secondo il principio di gerarchia. Nel diritto pubblico la categoria della gerarchia in senso proprio ha una applicazione ristretta e designa quel rapporto tra due soggetti per cui l'uno, il superiore, può in ogni momento riformare, annullare, avocare (richiamare a sé) gli atti del secondo, a lui inferiore, cosicché l'inferiore è obbligato a conformarsi agli ordini e alle direttive del superiore ( purché non comportino violazione della legge penale: **art.51 c.p.**: secondo cui l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere importato da una norma giuridica o da un ordine legittimo della Pubblica autorità esclude la punibilità).

Così mentre la gerarchia militare è molto rigorosa; la gerarchia entro l'ordinamento giudiziario, poiché il giudice è soggetto solo alla legge (**art.101 Cost**) è molto più blanda. (vedi pp.45/46).

### 13. L'apparato dello Stato e il segreto

Una caratteristica dell'apparato statale di enorme importanza dal punto di vista sociale e politico sta nella segretezza del suo agire. L'apparato statale è informato al principio del segreto. Bisogna distinguere tra segreto qualificato (o protetto) e segreto semplice (o di fatto):

- **SEGRETO QUALIFICATO (O PROTETTO)**: è il segreto che deve obbligatoriamente essere mantenuto da parte di coloro che vengono a conoscenza di notizie o fatti sui quali chi ne ha l'autorità ha imposto appunto il segreto. La violazione di tale obbligo dà luogo a sanzioni penali. Si distingue tra *segreto di Stato* (=cioè il segreto su fatti e notizie che, se divulgati, mettono in pericolo o si pretende che mettano in pericolo la sicurezza dello Stato) e *segreto di ufficio* (=cioè la divulgazione da parte di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio di notizie apprese a causa del loro ufficio e che invece debbono rimanere segrete; oggi – a seguito della **L.241/1990**- che garantisce e disciplina il diritto degli interessati di accedere ai documenti amministrativi, il segreto d'ufficio è o dovrebbe essere molto ridotto rispetto al passato) .

È necessario sottolineare che il segreto di Stato è certamente più punito del segreto d'ufficio: nel caso di violazione del segreto d'ufficio viene punito solo l'impiegato che divulga la notizia, ma non coloro che, fuori dalla p.a, venuti a conoscenza della notizia, la divulgano; nel caso del segreto di Stato il divieto riguarda tutti e chiunque rivela notizie coperte da segreto di Stato è punibile.

Si distingue infine il *segreto nel processo penale* (= cioè il segreto che devono mantenere sui fatti dei quali sono venuti a conoscenza tutti coloro i quali, a vario titolo, partecipano alle fasi del processo penale; questo segreto va mantenuto in assoluto o fino ad un certo momento, seconda di come dispongono le norme) . Vi sono poi altri segreti, ex. *segreto epistolare, segreto professionale*....

Il segreto di Stato e il segreto d'ufficio vengono posti dall'autorità competente, e cioè comunque da soggetti interni all'apparato, questi segreti possono ( o spesso debbono) essere opposti anche ai giudici; cosicché qualsiasi membro dell'apparato, se ha il consenso e l'appoggio delle autorità superiori, può opporre il segreto e rifiutarsi legittimamente di testimoniare su fatti e avvenimenti.

Per quanto riguarda il segreto di Stato, la Corte costituzionale con **sentenza n.86 del 24 maggio del 1977**, aveva stabilito che solo il Presidente del Consiglio poteva dichiarare definitivamente se una notizia è coperta o non da segreto, che il Presidente deve motivare questa sua decisione davanti alle Camere, che l'autorità giudiziaria non può scavalcare la decisione del Presidente del Consiglio.

Oggi il segreto di Stato è disciplinato da **L.124/2007** intitolata <<Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto >>. Questa ultima legge migliora la precedente disciplina dal punto di vista delle garanzie. In particolare essa prevede che contro il Presidente del Consiglio il quale, su richiesta del giudice, ha confermato l'esistenza del segreto, il giudice può ricorrere per conflitto di attribuzioni tra i poteri dello Stato davanti alla Corte Costituzionale; la Corte dunque decide in ultima istanza se sussiste o no segreto secondo quanto previsto dalla legge; qualora la Corte confermi l'esistenza e la legittimità del segreto, il giudice non può fare altro che prenderne atto e trarne le conseguenze previste; se invece la Corte dichiara

che segreto non c'è o è stato posto illegittimamente, il giudice ne prende conoscenza e nessuno può opporsi; <<in nessun caso il segreto è opponibile alla Corte e viene anche, giustamente, previsto che <<la Corte adotta le necessarie garanzie per la segretezza del procedimento>>.

- **SEGRETO SEMPLICE O DI FATTO:** con il segreto di fatto ogni unità amministrativa tende a coprire col segreto la propria attività, limitandosi a far conoscere all'esterno solo ciò che è obbligatorio per legge oppure che conviene ad essa far conoscere. È oggi regolato da **L.n.241/1990** che ha 2 oggetti principali: il primo riguarda il procedimento amministrativo, il secondo il diritto di accesso ai documenti amministrativi. Scopo della legge è quello di garantire che chiunque vi abbia interesse possa conoscere i documenti della p.a a cui è interessato. È stata istituita presso la Presidenza del Consiglio la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, che ha il compito di vigilare sull'esatto adempimento della legge su questo punto.

#### 14. La separazione dell'apparato statale

Un'altra caratteristica dell'apparato statale è la separazione-in forza della quale l'apparato si autogoverna in modo da escludere, *tendenzialmente*, qualsiasi intromissione al suo interno di soggetti estranei all'apparato. Questa tendenza si manifesta in particolare in 3 momenti: quello della ammissione di nuovi membri entro l'apparato; quello del controllo sulle persone e sugli atti dell'apparato; quello delle sanzioni a carico dei membri dell'apparato in caso di loro comportamento illegittimo.

-la cooptazione come regola generale per l'ammissione di nuovi membri entro l'apparato: l'apparato statale coopta i suoi membri. Secondo la nostra Costituzione e secondo la pratica corrente <<agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso>> (**art.97Cost**) e <<le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso>> (**art.106 Cost**). E' quindi lo stesso apparato statale che apre e chiude le porte ai suoi membri

-solo lo Stato controlla i suoi dipendenti e i loro atti

-Solo lo Stato punisce i propri dipendenti: sanzioni penali comminate da giudici ordinari e sanzioni disciplinari comminate dai superiori gerarchici. Negli ordinamenti democratici, il Governo risponde politicamente davanti al Parlamento. Poiché il parlamento è un organo rappresentativo del popol, sembra che in tal modo tutto l'apparato dello Stato risponda dinanzi al popolo. Nella realtà le cose stanno esattamente all'opposto. La responsabilità politica del Governo costituisce un filtro tra Parlamento e pubblica amministrazione: poiché solo il Governo risponde, viene escluso in radice che possano rispondere direttamente i singoli funzionari nei confronti dello stesso Parlamento.

#### 15. Apparato dello Stato e istituti democratici-prime osservazioni sui partiti

I dirigenti massimi dell'apparato statale, negli Stati democratici e quindi oggi in Italia, vengono eletti dal corpo elettorale e quindi dal popolo, o direttamente (il Parlamento) o indirettamente (tutti i soggetti eletti o dipendenti dal Parlamento: Presidente della Repubblica, Governo, 5 giudici della Corte Costituzionale, i membri del Consiglio superiore della magistratura eletti dal Parlamento in seduta comune, ecc...). Si comprende quindi come la scelta dei massimi esponenti dell'apparato non spetta allo stesso apparato, ma ad un soggetto esterno all'apparato: il popolo.

Tuttavia il potere del corpo elettorale è limitato al momento della scelta, ma non si estende alla concreta e quotidiana direzione dell'apparato. Al popolo con le sole elezioni politiche si chiede

il *consenso, non la partecipazione*. Inoltre né i parlamentari né qualsiasi altro soggetto di derivazione popolare, una volta eletto, è revocabile dal corpo elettorale e responsabile innanzi ad esso fino alla scadenza del mandato.

Nell'apparato statale un ruolo fondamentale è svolto dai partiti: i quali organizzano, guidano e orientano il corpo elettorale di uomini di loro fiducia gli organi costituzionali dello Stato; i dirigenti dei partiti tendono a fondersi con l'apparato dello Stato, pur essendone formalmente separati, ed a costituire un *continuum dirigenti dell'apparato statale-dirigenti dei partiti*.

## 16. L'apparato dello Stato e il principio di legalità

Principio di legalità = principio per cui l'apparato dello Stato può esercitare solo quei poteri che trovano un loro fondamento nella legge del Parlamento, e cioè nella espressione della volontà popolare volta per volta maggioritaria. In passato nelle monarchie assolute, in forza del principio per cui il potere del re derivava da Dio ( e quindi non da altri uomini o corpi collettivi), i singoli poteri esercitati dal sovrano riposavano sulla libera determinazione dello stesso sovrano. Successivamente, con le monarchie non più assolute ma, costituzionali, la legge del Parlamento fu concepita come limite del potere sovrano, cosicché a parte alcune materie riservate alla legge, e cioè al Parlamento ( in particolare il diritto di libertà e di proprietà), in ogni altro campo, se non esisteva la legge, il potere del re poteva espandersi liberamente. Oggi ha prevalso nettamente il principio, già affermato con la rivoluzione francese e con quella americana, per cui *ogni potere dello Stato deve fondarsi sulla legge del Parlamento, e ove non c'è legge non c'è potere statale*.

[per la verità, in alcuni paesi permangono istituti che sono il ricordo dell'antico potere sovrano del re, come in Gran Bretagna, ove è pacifico che il sovrano (e per esso il governo) mantiene un potere di prerogativa, cioè un potere rispetto a determinate materie che è suo senza essere fondato sulla legge (per ex. rispetto alle colonie, agli stranieri, ai rapporti con gli altri Stati); così in Italia residuano ancora alcuni poteri eccezionali a favore dell'esecutivo che sono il ricordo della prerogativa sovrana, non fondata sulle leggi (i c.d. Poteri di ordinanza di necessità e di urgenza--→ tali poteri si caratterizzano per il fatto che il soggetto che ne è investito, per fini di ordine pubblico, o di sanità o di incolumità pubblica, ha un *potere generico ed indeterminato*: cioè, in caso di urgente necessità, secondo la lettera può fare tutto quello che ritiene necessario anche in deroga alla legge per provvedere ad una situazione eccezionale ed urgente. La costituzionalità di questi poteri è dubbia, appunto perché essi violano in sostanza il principio di legalità. In ogni caso tali ordinanze non possono violare i principi costituzionali, sono temporanee e cessano di avere efficacia non appena è cessata l'emergenza, sono limitate al territorio investito da avvenimenti eccezionali, sono sottoposte al controllo dei giudici].

Oggi tutti gli Stati democratici sono governati dal principio di legalità, per cui, in linea di massima e quasi sempre, ogni potere dello Stato si fonda sulla legge. Da qui una fondamentale contraddizione che caratterizza il costituzionalismo moderno: il Parlamento è pur sempre organo di Stato, parte, sia pure preminente, dell'intero apparato statale; nello stesso tempo il Parlamento deve rappresentare l'intero popolo, e dunque per questa via è lo strumento attraverso cui l'apparato dovrebbe subordinarsi all'intero popolo. Ne esce confermato che il popolo, per comandare, deve investire di sé lo Stato e dunque trasferire allo Stato il potere di comando; al contempo, attraverso questo rapporto di rappresentanza politica, il popolo cerca di conservare presso di sé il potere di comando, e nel mentre deve esercitarlo necessariamente attraverso lo Stato e i suoi organi, mantiene un legale diretto tra se stesso e

l'organo supremo entro Stato (il Parlamento), affinché la potenza dello Stato resti subordinata alla volontà del popolo.

## CAP 2: STATO E SOCIETA'

### 1. Due significati della parola Stato

1. Stato come apparato monopolizzatore della forza che governa la società- in tal senso, lo Stato è un soggetto distinto e separato rispetto a tutti gli altri, sia individuali (le singole persone fisiche), che collettivi (gli altri innumerevoli apparati e organizzazioni privati e pubblici)
2. Stato come popolo che risiede in un determinato territorio ed ha una sua organizzazione centralizzata stabile

Va notato che l'oggetto denotato da primo significato è compreso nell'oggetto denotato dal secondo significato – giacché i due significati stanno in una relazione per cui la parte (l'apparato centrale) designa il tutto (la intera società organizzata da tale apparato). Ci chiediamo quindi come sia possibile che la medesima parola <<Stato>> designi sia la parte (apparato centralizzato) sia il tutto (la società organizzata attorno a questo apparato centrale)?

### 2. Storicità dello Stato

Non tutte le società hanno conosciuto la forma di organizzazione che oggi chiamiamo Stato, quella forma cioè per cui un *apparato unitario* entro un determinato territorio *monopolizza la forza*. Sono infatti esistite in passato società in cui questo monopolio della forza non esisteva; lo Stato è nato storicamente nel corso dello sviluppo storico dell'umanità. Lo Stato non esisteva nelle società primitive, ovvero in quelle società che appartengono alla preistoria. Vi è storia quando c'è un mutamento consapevole e organizzato (fattore mancante alle società primitive). La storia finisce e inizia quando cominciano le prime testimonianze scritte

- **la società feudale**: nella società feudale ciascun feudatario ha una propria forza armata, tale che anche i feudatari minori, alleandosi possono contrastare il potere del feudatario maggiore, e tale che i feudatari maggiori hanno un potere talvolta superiore a quello del re o dell'imperatore.

La base economica di questa struttura decentrata e parcellizzata del potere militare è una società agricola in cui domina l'autoconsumo: in tal modo ogni feudo è un'unità economica autosufficiente che fonda e garantisce la indipendenza anche militare del feudatario. Potere militare ed economico sono uniti nella stessa persona o famiglia. I rapporti tra re o imperatore e grandi feudatari, tra grandi feudatari e feudatari minori sono governati da rapporti personali di fedeltà. L'inferiore giura fedeltà al suo superiore e si impegna ad aiutarlo e ad adempiere a tutti gli obblighi che derivano dall'investitura feudale; al contempo anche il superiore si impegna verso l'inferiore ed ha obblighi verso di lui, primo fra tutti quello di proteggerlo, cosicché l'inferiore ha il diritto di ribellarsi se il superiore non rispetta i propri obblighi. Poiché l'inferiore dispone di sufficiente forza economica e militare, questo suo diritto di ribellione è vero ed effettivo. In definitiva non c'è un unico potere che si impone irresistibilmente su ogni altro, ma ogni potere è parziale e limitato, anche se non sono tutti uguali, né in fatto né in diritto. [questo comporta che il feudatario minore non è legato

immediatamente al re o all'imperatore, perché il suo vincolo di fedeltà è diretto verso il feudatario maggiore che lo ha investito, cosicché egli deve obbedire a questo secondo e dunque obbedisce al re o all'imperatore solo perché anche il feudatario maggiore obbedisce]. Se invece il feudatario maggiore si ribella, quello minore a lui legato dalla fedeltà deve seguirlo, cosicché né l'impero né i ciascun regno esiste un potere centrale effettivo ed efficace. L'esercito feudale (che non era permanente) veniva convocato dal re o dall'imperatore ma non era in alcun modo un insieme organico e centralizzato: ciascun signore aveva i suoi armati, e l'esercito era un coacervo di <<reparti>> che rispondevano ciascuno solo al proprio signore, cosicché l'unità di comando era assicurata solo dall'accordo dei feudatari maggiori. Esisteva il diritto di guerra privata; ed inoltre un re poteva essere contemporaneamente, a causa di un suo feudo, feudatario rispetto ad un altro re/imperatore; oppure una stessa persona poteva essere contemporaneamente feudataria di diversi re o feudatari maggiori. Infine la giustizia non riguardava tutti allo stesso modo, ma esistevano tante giurisdizioni particolari quanti erano gli ordini riconosciuti.

In conclusione: nella società feudale nessun soggetto aveva il monopolio della forza, la quale al contrario era spezzettata tra molti soggetti indipendenti, cosicché nessuno poteva prevalere incondizionatamente sugli altri, ma tutti, anche il re o l'imperatore, erano costretti a continue alleanze per mantenere il proprio potere parziale.

- **le monarchie assolute:** la società feudale viene meno a causa dell'azione unificatrice delle monarchie assolute, che distruggono i poteri feudali e concentrano tutto il potere presso di sé. Il processo si sviluppa intorno al 1400/1500 e nel 1600 è terminato in tutti i principali paesi europei del tempo (Inghilterra, Francia e Spagna in particolare). Con la monarchia assoluta del 1500/1600 comincia il monopolio della forza da parte di uno apparato centralizzato e unitario e comincia la storia dello Stato. La monarchia assoluta ha permesso di costruire le strutture fondamentali dello Stato.

Anzitutto nelle monarchie assolute il potere non spetta all'uomo re, ma alla corona, come sede impersonale del potere volta a volta riempita da un concreto re. Diversamente da ciò che si pensa, la successione ereditaria nella corona non è una caratteristica permanente ed infettibile della monarchia. Nel medioevo i re venivano eletti. Solo con la monarchia assoluta si afferma definitivamente (1) il principio per cui la successione al trono è automatica e immediata secondo regole certe e predeterminate; in tal modo la continuità del potere non viene più messa in forse dalle vicende personali dei detentori, e si elimina per pericoloso momento di crisi che nel passato sorgeva alla morte di ciascun re. Questa continuità genera l'idea che il potere è impersonale: così si comincia a distinguere il patrimonio della corona da quello personale del re.

Così il potere pubblico acquista una sua relativa autonomia, appunto perché tiene presente a condizione generale del regno. Con la monarchia assoluta inoltre nasce (2) un apparato burocratico professionale e (3) l'esercito permanente. Scompare l'esercito feudale che viene sostituito da un esercito accentrato e sempre i servizi. Queste caratteristiche ne comportano un *moderno sistema fiscale* per mantenere sempre più numeroso l'apparato statale. Quanto appena detto serve a dimostrare che con la monarchia assoluta e la conseguente distruzione della società feudale comincia la storia dello Stato.

-**la città stato greca:** Nelle città stato greche non esisteva un apparato particolare separato dalla comunità cittadina il quale monopolizzava la forza dopo averne spogliato i cittadini: detentori del potere erano essi stessi cittadini. E infatti non esisteva burocrazia, né esercito permanente, ma tutti i cittadini erano armati e tutti insieme formavano l'esercito nei momenti in cui era necessario combattere. Privi di ogni forza erano ovviamente gli schiavi, non cittadini e privi di ogni diritto, cose in proprietà degli uomini liberi. Esisteva dunque un <<monopolio>> della forza, ma da parte di tutti cittadini nel loro insieme contro gli schiavi. Questo monopolio però non costituiva a sua volta proprietà di un ente separato dai cittadini; ad Atene addirittura,

per tutto il periodo democratico molte cariche pubbliche venivano esercitate a turno da tutti i cittadini mediante sorteggio.

**-l'impero romano:** nell'impero romano il potere militare si è concentrato in un esercito professionale comandato dall'imperatore, eppure però questo fatto non è mai riuscito a trasformarsi nell'idea e nella pratica per cui il potere sovrano spetta ad un apparato particolare separato dalla società. Il potere è delegato alla persona dell'imperatore, che lo esercita, formalmente, per delega del popolo romano; esso non spetta ad un apparato impersonale di cui l'imperatore è soltanto il capo. Di qui, ad esempio, la enorme difficoltà nel risolvere il problema della successione al potere, difficoltà che ha creato continue e drammatiche crisi: viene a mancare proprio l'elemento caratteristico dello Stato, la stabilità e la continuità del potere. La burocrazia si articola in una parte superiore e inferiore: la parte superiore, quella dirigente, è molto ristretta, ed è composta da cariche ricoperte da uomini tratti dalle classi superiori (o che comunque attraverso queste cariche entrano a far parte delle classi superiori), cosicché queste cariche non erano né elettive (come erano le cariche dirigenti della città-stato repubblicana) né professionali nel senso moderno. Ciò che caratterizza lo Stato è appunto il suo poter essere rappresentativo in quanto apparato (monopolizzatore della forza) e cioè strutturalmente capace di recepire ed esprimere le diverse esigenze sociali. La burocrazia dell'impero romano non poteva raggiungere questo risultato.

D'altra parte la città Stato greca e l'impero romano presentano già alcune caratteristiche fondamentali dello Stato: anzitutto separazione tra potere politico e potere economico e insieme la convinzione che il potere politico è *res publica* e cioè affare di tutti contemporaneamente. Peraltro sia nella città-Stato greca che nell'impero romano si sviluppa lo scambio mercantile, per cui gran parte della ricchezza circola sul mercato contro danaro. Questo aspetto ha fatto dire a molto che già nell'antichità classica si era affermato il capitalismo. In realtà il capitalismo nasce quando anche la produzione viene investita della forma dello scambio tra capitale e forza-lavoro. Nell'antichità classica si sviluppa così il capitalismo commerciale.

**-il <<dispotismo asiatico>>:** è caratterizzato dal così detto "*modo di produzione asiatico*": basato su una formazione economico-sociale in cui esistono molte comunità agricole autosufficienti prive di sviluppo, che da anno in anno ripetono il medesimo ciclo economico e sociale; tutte insieme dipendono da un potere centrale che assicura la indispensabile regolamentazione delle acque, le opere pubbliche di grandi dimensioni e la difesa verso l'esterno, compiti che nessuna singola comunità può assolvere. Questo potere centrale si fonda su una tassazione in natura e corvée obbligatorie a carico delle comunità di villaggio. Si tratta di una società fortemente statica, nella quale a livello di base, e quindi come fondamento economico materiale, sta ancora la proprietà comune della terra. Anche il dispotismo asiatico non è uno Stato in senso proprio, giacché l'imperatore e il suo apparato centrale hanno quel tanto di potere necessario ad assolvere quei compiti prima detti, e non sono invece sovrani rispetto ad ogni altro aspetto che riguarda più specificatamente la vita delle singole comunità agricole, che in linea di principio sono mondo autosufficienti e indipendenti l'uno dagli altri e dal centro.

**Conclusione:** **società** **senza** **Stato**  
Vi sono state società prive del monopolio della forza, come la società feudale, e quindi società per questo solo fatto non organizzate a Stato, cosicché lo Stato non è una forma permanente ed eterna di organizzazione politica, ma una forma storica, che si ritrova in alcuni periodi e in alcuni paesi, e non in altri.

### 3. La separazione tra potere politico e potere economico

Con la monarchia assoluta si opera una distinzione netta e definitiva tra potere politico e potere economico. Con lo Stato quindi questa unità tra potere politico ed economico si rompe. Questo fatto fa epoca e spiega perché la borghesia ed il popolo minuto (contadini senza

proprietà/ servitori o poveri) appoggiano la monarchia assoluta, e perché la monarchia assoluta si afferma come la forma storico-politica dominante in Europa.

La borghesia è portatrice di un nuovo modo di produzione fondato sulla concorrenza tra privati, sulla libera circolazione delle merci, sulla separazione tra mezzi di produzione e lavoratori e quindi sulla mercificazione della forza-lavoro, che viene venduta sul mercato da lavoratori liberi. La borghesia ha bisogno della monarchia assoluta perché: a) essa difende i borghesi, e le loro esigenze dai feudatari/ grandi proprietari terrieri i quali uniscono al potere economico quello politico; b) la monarchia assoluta spoglia imparzialmente tutti i borghesi dal potere politico, e proprio per questo li rende formalmente eguali e permette, per la prima volta, che la competizione sia condotta e vinta essenzialmente con armi economiche: chi decide della ricchezza e del fallimento del borghese-imprenditore è il mercato, è la concorrenza economica, non il potere politico: quest'ultimo, nelle richieste dei borghesi, deve solo garantire il risetto delle regole del gioco economico; c) la monarchia assoluta, col suo potere centralizzato armato, garantisce una pace sociale che, è incomparabilmente superiore alla perpetua guerra privata.

Finché fu necessario opporre un potere forte e centralizzato al potere feudale, la monarchia assoluta ebbe l'appoggio di queste forze. Non appena questo compito nell'essenziale fu portato a termine, la monarchia assoluta si rivelò presto un impaccio ed un ostacolo per l'ulteriore sviluppo della società borghese. La monarchia assoluta in Europa è stata la levatrice dello Stato perché, storicamente e concretamente, era l'unica forza che poteva distruggere il potere feudale. La monarchia assoluta si è rivelata niente altri che una forma contingente e transitoria dello Stato, storicamente necessaria, ma necessariamente da superare non appena terminato il suo percorso storico.

#### 4. LA RIVOLUZIONE INGLESE [ 1642-1651]

Ha due grandi teorici: Hobbes e Locke. In Inghilterra la dinastia Tudor, in particolare con Elisabetta I, aveva già portato a termine nell'essenziale il dominio della monarchia assoluta, favorita dalla autodistruzione della vecchia nobiltà feudale, dissanguatasi nella c.d guerra delle due rose (1455-1485). Con Giacomo I Stuart (1603-1625), l'accordo sostanziale tra corona e classi proprietarie realizzatosi sotto Elisabetta si incrina e si creano le premesse del successivo scoppio rivoluzionario. Giacomo I Stuart pretende di teorizzare la derivazione da Dio del potere regio e di trarne in pratica tutte le conseguenze. In questo modo si urta inevitabilmente con il Parlamento, e cioè con il corpo rappresentativo delle classi proprietarie del tempo, e con la indipendenza dei giudici. Giacomo I in realtà non fa altro che applicare ciò che si pratica negli altri paesi europei, in particolare Francia e Spagna. Tuttavia in Francia e in Spagna il potere feudale è ancora forte e la borghesia molto debole, cosicché la monarchia assoluta, che proprio nel 1600 celebrerà in questi paesi il proprio predominio, appare storicamente necessaria e insostituibile come fattore di unità e di pace sociale. In Inghilterra la nobiltà feudale era una forza sociale ormai secondaria; vi era poi l'aristocrazia terriera che aveva ben poco di feudale: essa considera la terra non tanto come la base di un potere politico indipendente, quanto una ricchezza da sfruttare, per questa ragione si alleano con la borghesia commerciale. Nascono così 3 figure tipiche dell'Inghilterra di quel secolo:

1. *L' affittuario capitalistico*: l'imprenditore che prende in affitto la terra dei nobili per ricavarne profitto
2. Il *grande proprietario terriero, aristocratico*: che deriva la sua forza dalla rendita dei terreni affidati all'imprenditore capitalistico
3. Il *gentiluomo di campagna*: il proprietario terriero della nobiltà inferiore, che cura direttamente la conduzione della terra.

In questo modo l'aristocrazia gode di una rendita non più feudale ma capitalistica. Il parlamento, dominato dall'aristocrazia terriera sia nei Comuni che nella camera dei Lords, è

dunque un parlamento che esprime già gli interessi complessivi della borghesia. Dunque quando Giacomo I e poi Carlo I pretendono di imporre il proprio potere assoluto sul parlamento e sui giudici del regno, si scontrano con un blocco di interessi che è ormai dominante economicamente e politicamente. Il conflitto investe anche la sfera religiosa: da una parte c'è la chiesa anglicana e dall'altra i vescovi di nomina regia, insieme a questi ultimi vi sono i presbiteriani (che vorrebbero un compromesso col potere regio ma saranno vinti dalla rivoluzione; gli indipendenti e i livellatori.

Le classi che appoggiano il re sono costituite da un lato dalle classi che hanno tutto da perdere, dall'altro dalle classi rivoluzionarie che, per arretratezza politica, per legami col potere costituito, non riconoscono il proprio interesse storico e si schierano con il proprio nemico. Così si schiera con il re quella parte dell'aristocrazia rimasta feudale per interessi economici (i cavalieri); dall'altra parte quelle frazioni di borghesia commerciale che aveva fondato la propria fortuna sui privilegi concessi alla corona e parte della gentry. Nonostante la divisione tra i due schieramenti (re vs parlamento), la rivoluzione inglese ha un carattere assolutamente borghese: la vittoria del parlamento era ed è stata la premessa di un impetuoso sviluppo capitalistico che farà dell'Inghilterra il primo paese industrializzato e la più grande potenza del mondo; la vittoria del re avrebbe significato un ristabilimento dei privilegi nobiliari e feudali e un aumento del parassitismo, cioè un ritardo dello sviluppo capitalistico. La rivoluzione inglese attraversò almeno 4 fasi distinte:

1. **GUERRA CIVILE: IL PARLAMENTO SI RIBELLA AL RE:** questa prima fase dura 12 anni (dal 1640 al 1652). Il parlamento si ribella al re apertamente al re, crea un suo esercito, governa direttamente quella parte del territorio che domina militarmente (l'esercito del parlamento è rimasto famoso sotto il nome di New Model Army). Questa prima fase termina con la decapitazione del re, Carlo I, nel 1649, dopo che tutti i tentativi di compromesso erano falliti e dopo che aveva preso il sopravvento sullo stesso parlamento l'esercito guidato da Oliver Cromwell.
2. **DITTATURA-PROTECTORATO DI OLIVER CROMWELL:** dal 1653 al 1658. Si tratta del primo esempio di bonapartismo, e cioè di un potere personale e tendenzialmente dittatoriale che emerge in un periodo di profonda crisi sociale, epperò di sostanziale equilibrio nei rapporti di forza tra i partiti principali che si contendono il poter, nessuno dei quali è in grado di da solo di prendere e tenere il potere.
3. **RESTAUZIONE-MORTE DI CROMWELL (1658):** nella quale tutte le forze moderate, dell'uno e dell'altro campo, spaventate dal disordine e dall'emergere di movimenti radicali, impongono la restaurazione della monarchia Stuart e pagano il prezzo di un ritorno all'indietro, per quanto, come sempre, non totale.
4. **GLORIOSA RIVOLUZIONE: 1688-1689:** quando la insipienza restauratrice di Giacomo II (1685-1689) convince sia il partito conservatore *tory* allora dominante (l'erede dei cavalieri della guerra civile degli anni 40'), sia il partito *whig*, erede del parlamento rivoluzionario, che è necessario creare un *rapporto istituzionale tra corona e parlamento* che impedisca una volta per tutte il pericolo di restaurazione della monarchia assoluta, il ritorno del cattolicesimo come religione di Stato, la subordinazione al potente re di Francia, il re-sole, cui il cattolico Giacomo II si appoggia.  
A tal fine i capi più autorevoli dei due partiti si accordano per chiamare al trono Guglielmo d'Orange e sua moglie Maria, mentre Giacomo II, dopo lo sbarco delle truppe di Guglielmo sul suolo inglese, fugge senza neppur tentare una resistenza.

Gli inglesi chiamano gloriosa questa rivoluzione per la ragione esattamente contraria alla verità: la vera rivoluzione gloriosa fu quella degli anni 40', conclusasi con la decapitazione del re. Ma la borghesia inglese, dopo aver vinto ha preferito dimenticare questo <<spiacevole>> incidente, ed ha ripudiato la sua stessa guerra civile. Quella del 1688-1689, che non fu una vera rivoluzione, è gloriosa per gli ideologi perchè pacifica, indolore e rispettabile.

Più tardi nacque un governo parlamentare, il quale da allora in poi reggerà per secoli il paese e sarà sempre più perfezionato e sviluppato.

Con la rivoluzione del 1688-1689 viene definitivamente acquisito: che il sovrano dipende dalla legge, perché è la legge del parlamento che chiama Guglielmo d'Orange e Maria, scavalcando la legittima successione, e perché è la legge del parlamento che dispone che nessun re inglese può essere cattolico; viene pure acquisito una volta per tutte che la corona deve per lo meno spartire il potere col parlamento, ma in realtà -come dimostrerà tutto lo sviluppo successivo, per quanto molto lungo- si pongono le premesse affinché la corona ceda ogni suo potere, che pure formalmente continua ad appartenere, a ministri responsabili innanzi al parlamento.

## 5. I TEORICI DEL PARLAMENTO: HOBBS e LOCKE

Hobbes scrive le sue opere politiche più significative nel periodo della guerra civile (intorno al 1650), Locke le pubblica alla fine (dopo il 1689). I due affrontano problematiche diverse: Hobbes si pone il problema dello Stato nei termini generali in quanto risolutore del conflitto e garante della pace sociale; Locke invece ha il problema di consolidare la vittoria e la pace già raggiunta, di raccoglierne i frutti e dare ad essi una solida base teorica e politica.

**-Hobbes:** Hobbes è descritto come il campione teorico della monarchia assoluta, e quindi nella rivoluzione inglese lui si è schierato con il re/monarchia. E' del tutto falso. In realtà Hobbes è il campione dello Stato assoluto, e la sua preferenza per la monarchia si spiega col fatto che Hobbes veda in essa lo strumento migliore (ma non l'unico) per realizzare l'assolutezza dello Stato. Quello che più interessa Hobbes è spiegare e fondare teoricamente il Leviatano: lo Stato. Infatti Hobbes sarà avversato anche dai realisti e si riconoscerà in Cromwell: i realisti non potevano perdonare ad Hobbes di fondare il potere regio sul contratto, anziché su Dio; Cromwell era agli occhi di Hobbes l'incarnazione vivente della costruzione teorica dello Stato.

Hobbes ritiene che homo homini lupus: l'uomo è lupo per l'altro uomo; l'uomo per sua natura tende ad estendere il proprio dominio sulle cose per soddisfare i propri bisogni, finché non si scontra con l'uguale desiderio degli altri uomini; cosicché fra essi è (o meglio vi sarebbe, se non ci fosse Stato) perpetua guerra. D'altra parte il bene maggiore per l'uomo è la vita poiché questa perpetua guerra metterebbe in pericolo la vita di tutti, la paura spinge gli uomini a riunirsi in società in modo che siano garantiti la vita e i beni di ciascuno e venga posta fine alla guerra tra i singoli. Però non basta riunirsi i società per raggiungere lo scopo: è necessario che tale società sia costruita in modo tale che effettivamente nessuno possa nuocere agli altri.

Gli uomini, dice Hobbes, stipulano un contratto col quale tutti rinunciano alla propria forza a vantaggio di un solo soggetto, il sovrano (che può essere un soggetto collettivo), affinché tutti, avendo rinunciato irrevocabilmente alla forza a favore di un terzo, si ritrovino uguali di fronte alla forza di questo terzo e dunque nessuno possa nuocere agli altri. Questo terzo, il sovrano, a sua volta avrà tutto il potere necessario per garantire la vita e i beni dei sudditi. Egli sarà il Leviatano, la incarnazione del mostro biblico di fronte a cui non poteva resistere alcuna potenza.

**-l'uomo astratto:** Hobbes descrive l'uomo come individuo astratto dalla società; con l'affermarsi del modo di produzione capitalistico, l'individuo borghese si presenta separato dagli altri individui-gli uomini si incontrano nel mercato mediante lo scambio di merci.

**-homo homini lupus:** colpisce in Hobbes la caratterizzazione del rapporto tra gli uomini come guerra perpetua. Secondo Hobbes gli uomini costruiscono lo Stato per impedire che la

concorrenza, che pure esiste ed è inevitabile, giunga a conseguenze estreme. Poiché la concorrenza tra gli uomini viene concepita come qualcosa di irresistibile ed ineliminabile: allora è necessario che nessuno di coloro che partecipano alla concorrenza abbia la forza armata e che proprio per questo tutta la forza necessaria per tenere unita la società sia concentrata in un soggetto separato dagli uomini in concorrenza. Come volevasi dimostrare: monopolio della forza a vantaggio del sovrano (il Leviatano) e separazione della economia (il mondo della concorrenza) dal potere politico così costruito.

-la categoria del contratto sociale: il contratto, e più specificatamente il contratto sociale, è la categoria attraverso cui viene ricostruita la società, da Locke come da Rousseau ... (uniche eccezioni importanti sono Montesquieu e Gianbattista Vico). La cosa è comprensibile e necessaria. Se gli uomini vengono concepiti come individui prima ed indipendentemente dalla società, solo il contratto (e cioè l'accordo tra due volontà ugualmente libere ed indipendenti) permette lo scambio fra tali individui separati ed indipendenti; allo stesso modo solo il contratto spiega la società: gli uomini vivono incontestabilmente in società e sono soggetti a tutti i vincoli conseguenti a questo vivere in società: dunque l'unico modo per conciliare questa realtà e la supposta indipendenza degli individui dalla società è postulare un contratto sociale, e cioè un vincolo basato su un incontro di volontà libere ed indipendenti.

-*pactum unionis et pactum subiectionis*: Nella gloriosa rivoluzione re e parlamento stipularono un patto che costituisce una realizzazione storica del contratto sociale insieme alla Costituzione Americana. Era uso distinguere due tipi di contratto sociale: il *pactum unionis* (il contratto di associazione), e cioè il contratto mediante il quale gli uomini si uniscono in società stabilendo reciproci diritti e doveri; e il *pactum subiectionis* (contratto di subordinazione), mediante il quale i cittadini e il sovrano stipulavano i reciproci diritti e doveri; e il *pactum subiectionis* (contratto di subordinazione), mediante il quale i cittadini e il sovrano stipulavano i reciproci diritti e doveri nelle loro rispettive qualità di subordinati al potere e di titolare del potere sovrano.

Hobbes unifica i 2 contratti in uno solo e fa del sovrano non più il contraente, ma semplicemente il destinatario a cui favore viene stipulato il contratto tra i sudditi. Tecnicamente questo si chiama contratto a favore di un terzo. In tal modo il sovrano, in quanto destinatario e non contraente, non ha obblighi verso nessuno, così come a rigore i sudditi non sono obbligati verso di lui, ma si sono obbligati l'uno verso l'altro a trasferire permanentemente tutta la forza a vantaggio di un terzo, che risulta così sovrano. I sudditi dunque sono subordinati a questo sovrano per il semplice fatto che egli ha il monopolio della forza, e questo sovrano non ha verso di loro alcun obbligo.

In questo modo anzitutto viene fissata la separazione tra potere politico (il sovrano) e potere economico (il mondo della concorrenza); in secondo luogo in questo modo il potere diventa originario perché non dipende da nessuno; infine il potere è perpetuo, irrevocabile e sciolto da ogni vincolo.

Hobbes coglie l'aspetto più minaccioso e tragico dello Stato: il fatto che esso, concentrando tutto il potere armato, ha di fatto una forza materialmente irresistibile. L'averlo chiamato Leviatano dimostra la lucida consapevolezza che Hobbes ha di questo carattere. Lo Stato è un mostro necessario per contenere la concorrenza e quindi necessario per la via della società borghese: ma è un mostro.

**Locke:** Per lui, esponente del vittorioso partito dei whig, il problema principale è come organizzare lo Stato in modo che esso corrisponda agli interessi fondamentali del blocco sociale vittorioso. Il problema non è più quello di affidare tanto potere al sovrano da garantire la pace sociale, ma quello viceversa di circondare il sovrano di tutti quei limiti necessari a garantire ai borghesi il pacifico godimento dei diritti ormai conquistati, primo fra tutti il diritto di proprietà, che costituisce il fondamento materiale della indipendenza e della libertà del borghese. Anche Locke parla del contratto ma, a differenza di Hobbes, pone a base del

pactum unionis non la paura, ma il reciproco interesse, e riconferma la coesistenza accanto al pactum unionis del pactum subiectionis, cosicché anche il sovrano contrae degli obblighi verso i sudditi, per i quali può essere chiamato a rispondere. Nel contratto ritroviamo la garanzia della proprietà e della libertà personale, come garanzia contro arresti arbitrari ed espropriazione (compresa tassazione) non fondate sulla legge (cioè non fondate sulla volontà del parlamento rappresentante del blocco sociale dominante). Il meccanismo politico-istituzionale presentato da Locke si fonda su divisione dei poteri in:

- a. Potere legislativo: che spetta al parlamento
- b. Potere esecutivo: al re
- c. Potere federativo: potere di intrattenere rapporti con gli altri stati- spetta al re

Lo Stato liberale classico si avrà nell'800 e avrà bisogno, per costituirsi ed affermarsi, di 2 grandi rivoluzioni, enormemente più radicali di quella inglese: la rivoluzione americana e quella francese

## 6. La rivoluzione americana

La rivoluzione americana fu una guerra di liberazione nazionale contro il dominio coloniale inglese, non una guerra civile. Essa fece emergere e diede forma definitiva ai caratteri peculiari di una società borghese allo stato puro quale si era progressivamente costruita in quel paese.

La costituzione americana è oggi la più antica costituzione scritta e, a parte quella inglese, la più antica costituzione in assoluto. Nella società americana non esiste l'aristocrazia fondiaria e del connesso apparato burocratico che in quegli anni caratterizzava l'Europa. Al posto delle due figure tipiche della società europea (il signore e massa contadina servile), nelle colonie americane domina l'uomo libero e indipendente, padrone dei suoi mezzi di produzione e proprietario dei frutti del suo lavoro. La abbondanza di terra garantiva ad ogni nuova famiglia immigrata la possibilità di inserirsi immediatamente al livello medio di tutte le altre famiglie. Quando la rivoluzione americana vince, il tipo di uomo assolutamente dominante è il borghese: un uomo proprietario dei suoi mezzi di produzione, non soggetto ad alcun signore, e quindi libero ed indipendente, il quale mediante la propria iniziativa può accrescere la propria ricchezza.

## 7. La rivoluzione francese

Nella rivoluzione francese emerge per la prima volta il proletariato: non è ancora il proletariato industriale, ma i sans-coulottes parigini sono già dei proletari moderni, lavoratori senza alcuna proprietà, che proprio per questo vivono vendendo sul mercato la propria forza-lavoro. La rivoluzione francese distrugge la divisione della società in ordini e afferma per la prima volta in Europa la eguaglianza giuridica, la eguale capacità giuridica di tutti i cittadini, indipendentemente dalla nascita e dalla condizione sociale. Il legame immediato tra questa conquista e il modo di produzione capitalistico è evidente: la concorrenza, per svilupparsi pienamente in tutte le direzioni, ha bisogno di soggetti formalmente uguali, con eguali possibilità giuridico-economiche. Gli ordini (nobiltà, clero, servitù ecc...) negavano in radice questa possibilità e dunque andavano e furono distrutti. L'uguaglianza formale-giuridica di tutti gli individui non è sufficiente per la reale uguaglianza fra tutti gli uomini, ma ne è una premessa indispensabile. La rivoluzione francese, distruggendo la proprietà feudale e quella della Chiesa, ha creato milioni di piccoli proprietari terrieri, la base permanente e solida di ogni potere borghese in Francia da allora ad oggi.

La rivoluzione francese riunificò legislativamente la Francia, cioè creò un unico mercato regolato da leggi uniformi per tutto il territorio francese; abolì le unità di misura locali e le

sostituì con unità di misura universali e razionali; liberò la proprietà da vincoli che ne impedivano la circolazione ( da notare che tutte le grandi rivoluzioni hanno distrutto e redistribuito ai borghesi le grandi proprietà della Chiesa e che sempre la borghesia si è proposta di smobilizzare questo enorme patrimonio congelato e quindi sottratto al mercato). La rivoluzione francese introdusse il principio di legalità (per cui ogni potere dello Stato deve fondersi sulla volontà del Parlamento); la necessità di parlamenti elettivi come fondamento di legittimità di tutto lo Stato; la divisione dei poteri; l'esercizio permanente di leva; il principio di selezioni della burocrazia professionale per concorso.

-i giacobini: i giacobini credono nella proprietà, in quanto frutto del lavoro, e nella indipendenza, eguaglianza e fraternità garantita dalla proprietà. Essi sono dunque l'ala borghese radicale della rivoluzione: restano borghesi, perché ancorati al diritto di proprietà (all'uomo libero ed indipendente) – vogliono rendere tutti i cittadini proprietari liberi e uguali. I giacobini, esaurito il loro compito storico di guida della rivoluzione contro le soffocanti strutture proprietarie e politiche proprie dell'*ancien régime*, furono rapidamente sconfitti dai borghesi terrioriani (e poi Napoleone Bonaparte)

La costituzione del 1793 è la prima e per decenni resterà l'unica Costituzione democratica che traduce in termini radicali e conseguenti i principi della sovranità del popolo e proprio per questo nega la divisione dei poteri (se il potere appartiene al popolo e solo al popolo il potere è unico), non conosce bicameralismo ma una sola assemblea nazionale rappresentativa, ignora il capo dello Stato, prevede il suffragio universale, la elettività dei giudici, la consultazione popolare sui progetti di legge.

-**Rousseau**: la democrazia di Rousseau porta alle estreme conseguenze il pensiero liberale. Anche l'uomo di Rousseau è libero ed indipendente dalla società, e non vi entra che per restare più libero ed indipendente di prima. Anche l'uomo di Rousseau è un proprietario; anche lo Stato di Rousseau è uno Stato garantista, il cui unico compito è quello di assicurare la indipendenza presociale degli individui e la loro libertà. Se la libertà e l'indipendenza si fondano sulla proprietà, tutti debbono essere proprietari, e quindi piccoli proprietari ed uguali nella proprietà, perché solo così tutti sono proprietari e tutti i proprietari sono davvero uguali. Rousseau sarà il teorico borghese della estinzione dello Stato (liberale).

La rivoluzione giacobina costituisce il tentativo più radicale di realizzare il progetto liberale in quanto progetto universale, valido per tutti gli uomini e per sempre. Il progetto deve fallire per 2 motivi: in primo luogo la società francese era ben lontana dall'essere omogeneamente borghese, o anche solo dominata dalla borghesia: tutt'al contrario da un lato la borghesia nel suo insieme aveva di fronte a sé per lo meno l'aristocrazia fondiaria che non riuscì a distruggere; inoltre col borghese nasce inevitabilmente il capitalista, e col capitalista l'operaio, cioè il non-proprietario per definizione.

## 9. Caratteristiche essenziali dello Stato liberale

La base economica della società e dello Stato liberale è il modo di produzione capitalistico. Il modo di produzione capitalistico separa anzitutto i singoli produttori l'uno dall'altro: essi producono separatamente, senza un piano preordinato e portano sul mercato i loro prodotti. Il modo di produzione capitalistico infine tende a mercificare tutto, perché solo il mercato offre la misura sociale del valore degli uomini e di ciò che fanno; in tal modo il principale mezzo di rapporto tra gli uomini è il mercato. Questa radicale separazione degli uomini gli uni dagli altri è la premessa oggettiva dell'individualismo borghese. Gli uomini sono sciolti da ogni legame sociale e stringono rapporti casuali attraverso lo scambio di merci. Così i proprietari sono davvero liberi, i non proprietari, i proletari, liberati da ogni vincolo <<liberati>>anche dai mezzi

di produzione, sono in pratica liberi solo di vendersi o di morire di fame e di stenti (pauperismo).

Il borghese dunque vuole essere libero ed indipendente: vuole una assoluta libertà, la più ampia possibile. La vuole per tutti; è una libertà fondata sulla proprietà privata. Il liberismo, muovendo dal liberismo economico, riplasma, secondo l'ideale della libertà come indipendenza, tutta la società. Nasce e si sviluppa una civiltà borghese, che domina tutt'ora in tanta parte del mondo. Questa libertà per tutti, questa indipendenza di tutti in quanto uomini avrebbe prodotto spontaneamente la pace e l'armonia sociale. Rosseau cerca di tradurre praticamente l'ideale russoviano. Qui si apre la contraddizione insuperabile del liberismo. Lo Stato è necessario, lo Stato è la condizione di esistenza stessa della società liberale. Hobbes lo aveva capito chiaramente. Una società di individui in perpetua concorrenza tra loro necessita dello Stato, perché solo lo Stato garantisce la società, che la concorrenza non si trasformi in guerra civile, che tutti rispettino la libertà ed indipendenza degli altri. Al contempo lo Stato viola la libertà, è per sua natura antiliberalista, perché usa la violenza.

Da un lato lo Stato liberale è fortemente repressivo; reprime quanto è necessario e dunque molto, perché deve garantire la libertà e la indipendenza degli individui degli uomini e quindi deve garantire anzitutto la base materiale di essa, la proprietà: lo Stato dunque deve reprimere duramente tutti i non proprietari (cioè la maggioranza!) che si ribellano. Nello stesso tempo lo Stato liberale è lo Stato meno interventista, dovendo corrispondere ad una società fondata sul principio dell'individuo libero ed indipendente. In conclusione:

- lo Stato liberale rappresenta lo Stato borghese <<puro>>
- lo stato liberale è per certi versi lo stato per eccellenza
- con lo stato liberale la separazione tra Stato e società è netta ed evidente
- ma già lo Stato liberale stesso vede in questa separazione un momento di contraddizione e tende a riassorbire lo Stato entro la società

## 9. La crisi dello Stato liberale classico

Lo Stato liberale, i cui inizi possono collocarsi al tempo della rivoluzione inglese, e il cui dominio aperto e dispiegato cade dopo le rivoluzioni francesi ed americana, ha costituito la forma di Stato dominante per buona parte dell'Ottocento. Vi sono diversi motivi per i quali lo Stato liberale ha fallito: a) anzitutto tale indipendenza si fondava a sua volta sulla proprietà, e dunque per ciò stesso i non-proprietari non erano indipendenti; b) inoltre lo sviluppo del capitalismo avrebbe inesorabilmente distrutto la base social del liberismo, e cioè l'individuo libero ed indipendente.

## 10. Lo Stato democratico-pluralista

Stato che ha caratterizzato la Repubblica Italiana, ed in generale i Paesi europei capitalistici degli anni successivi alla seconda guerra mondiale fino ai primi anni Novanta del secolo scorso, ed è ancora fortemente presente nonostante il ritorno prepotente del liberalismo classico. L'espressione maggiormente utilizzata per denominare questo tipo di Stato è Stato sociale: con questa espressione si vuole sottolineare che lo Stato si preoccupa dei cittadini e quindi corregge le disuguaglianze e ingiustizie del mercato, anzitutto redistribuendo il prodotto interno lordo, togliendo con i tributi danaro ad alcuni gruppi e offrendo o danaro o servizi gratuiti ad altri, e, in secondo luogo sottraendo al mercato alcuni servizi chiamati appunto sociali, quali scuola, sanità, previdenza, assistenza, che vengono o direttamente organizzati dagli enti pubblici o comunque resi gratuiti o semigratuiti per coloro che ne hanno bisogno e la richiedono.

Rescigno preferisce l'espressione <<Stato democratico-pluralista>> perché essa sottolinea 2 momenti strutturali decisivi proprio sul piano delle istituzioni, e cioè il pluralismo (dei partiti politici, dei sindacati, delle confessioni religiose,

delle associazioni, e così via) e la democrazia (basata sul suffragio universale: da ricordare che lo Stato liberale era basato sul suffragio ristretto, limitato in base al censo).

-differenza tra pluralismo e liberismo: Tutti i gruppi, hanno eguale diritto di esistere e debbono godere di eguale protezione quanto alla loro esistenza (e quindi alle condizioni della loro esistenza). Sotto questo aspetto il pluralismo è, sul piano teorico, più arretrato del liberismo: il liberismo presupponeva, falsamente, la eguaglianza fra gli uomini; il pluralismo abbandona apertamente questo presupposto epperò cerca di giustificare e santificare la universale e perpetua disuguaglianza tra i gruppi sociali e quindi tra gli uomini appartenenti ai diversi gruppi.

Il pluralismo è inoltre un rimedio all'individualismo estremo: al posto dei singoli esso riconosce legittimità e potere di azione ai gruppi organizzati. La coesione del gruppo e la sua pratica efficacia è data dalla sua unità e quindi dalla sua disciplina interna: al potere esterno del mercato o dello Stato si sostituisce, o meglio si aggiunge una nuova autorità, quella dei capi del gruppo. Tuttavia il pluralismo funziona se i gruppi sono istituzionalizzati, cioè stabili, strutturati, permanenti, e non invece casuali, transitori caotici.

In terzo luogo la concorrenza viene attenuata e limitata tra gli individui ma non per questo scompare tra i gruppi in quanto tali. Per questo aspetto il pluralismo continua in forma mascherata la società liberale (di concorrenza). I diversi gruppi organizzati entrano in concorrenza l'uno con l'altro, su ogni terreno, dando vita a forme moderne di corporativismo.

-Lo Stato come mediatore universale: Di qui il nuovo ruolo dello Stato, la sua funzione attuale più rilevante: non più mediatore esterno della ordinata lotta di concorrenza entro la società, ma il *mediatore universale tra i diversi gruppi*, il soggetto il cui scopo essenziale e principale è continuamente ricomporre gli interessi dei diversi gruppi sociali in modo da ottenere un generale accordo il più vasto possibile.

Il pluralismo tende a mettere sullo stesso piano ed ad attribuire pari dignità a tutte le possibili forme organizzative, purché istituzionali e riconosciute dal blocco dominante. Rientrano nel pluralismo la famiglia, la scuola, le associazioni, le chiese, i sindacati, i partiti, le regioni ecc.... cioè enti profondamente diversi per struttura, fini, vita e funzionamento.

-il pluralismo conflittuale: costituisce una "tendenza/corrente" del pluralismo. Si basa sul fatto che i vari gruppi sociali sono in concorrenza tra loro e, purché vengano rispettate alcune regole del gioco, tale concorrenza è benefica: seleziona continuamente i migliori dirigenti, e le migliori soluzioni; offre alternative, stimola lo sviluppo e le innovazioni.

-il pluralismo organico: anche in questo caso si parte dalla constatazione e dalla legittimazione di una pluralità di gruppi e di interessi, ma l'accento viene fatto cadere sulla loro necessaria cooperazione e collaborazione in nome del bene comune, piuttosto che sul conflitto e sulla competizione. La società è dunque pluralistica, ma non conflittuale; diventa un tutto organico, in cui le diverse parti cooperano armoniosamente. Nel pluralismo organico rientrano il pluralismo di matrice cattolica e il pluralismo di matrice comunista: mentre *il pluralismo cattolico* tendeva e tende a mettere l'accento sulle formazioni sociali spontanee o naturali (in particolare la famiglia e le associazioni) e sulla loro indipendenza e autonomia nei confronti dello Stato e in generale dei poteri pubblici; il *pluralismo comunista* tendeva a mettere l'accento sulle istituzioni ed a ricondurre le esperienze del pluralismo sociale all'interno delle istituzioni pubbliche. Il pluralismo cattolico può essere definito pluralismo sociale; il secondo, quello comunista (in Italia), pluralismo istituzionale.

## 11. Il ritorno del liberalismo classico

Le cose dette nel precedente paragrafo catturano le caratteristiche principali dello Stato italiano e degli altri Stati europei dal secondo dopoguerra al crollo dell'URSS. Da quel momento in poi si affermano tendenze neoliberali e neolibériste in tutta Europa ed anche in Italia. Le caratteristiche di tali tendenze sono: 1) il rifiuto dei partiti politici di massa e al loro posto l'esaltazione della lotta politica come lotta tra i singoli candidati; 2) lo smantellamento delle imprese pubbliche o sotto controllo pubblico, cosicché l'intero mondo della produzione di beni e servizi è in mano privata.

La crisi dello Stato liberale classico (e cioè quello che ha dominato nel corso del sec.XIX fino alla prima guerra mondiale) ha dato vita a due soluzioni estreme e divaricanti: il fascismo e il comunismo.

## 12. Il fascismo e la statizzazione forzata della società

Anche la società pluralista più organica tiene ferma la distinzione tra Stato e gruppi sociali. Lo Stato deve essere una sintesi libera di questi gruppi, ma proprio perché libera, tali gruppi preesistono e restano indipendenti nel rispetto allo Stato (la Chiesa, i partiti, i sindacati). Ecco, lo Stato fascista tende al contrario esatto di questo: la sua parola d'ordine è: tutto entro lo Stato, nulla fuori dallo Stato.

Mentre nello Stato liberale (e pluralista) la categoria giuridica fondamentale che guida la vita privata è quella del lecito, nello Stato fascista tende a diventare quella del legittimo: cioè la distinzione tra sfera privata e sfera pubblica tende a scomparire. Esiste dunque una morale di Stato, una ideologia di Stato, una cultura di Stato, addirittura una mistica di Stato-un tentativo di religione di Stato. Il fascismo è quindi un tentativo di statizzazione forzata di tutta la società, che non si estende però all'economia perché la proprietà privata non viene statizzata, ma al contrario garantita e potenziata.

## 13. Il comunismo e l'estinzione dello Stato

Ben più antico e complesso il progetto comunista che si riassume nelle parole d'ordine della estinzione dello Stato. Esso è nato intorno al 1800 ed ha dunque addirittura anticipato la crisi dello Stato liberale; ha ottenuto il massimo di espansione e di forza con la rivoluzione russa del 1917, si è profondamente modificato nel corso della esperienza sovietica ed oggi appare crollato insieme al crollo di quella esperienza (crollo avvenuto rapidamente nel biennio 1990-1991).

Anche se il progetto comunista nella estinzione dello Stato è nato all'interno del movimento socialista, esso è stato sostenuto solo da una parte di questo movimento. Quindi le tesi ora esposte riguardano solo quella parte del movimento socialista (comunista) che appoggia il progetto di estinzione dello Stato. E' necessario anzitutto sottolineare la differenza tra il progetto comunista e l'esperienza sovietica.

**-il progetto comunista:** questo progetto muove dalla convinzione che il problema dominante di ogni società fin qui esistita è quello della produzione e riproduzione dei mezzi materiali per la sua esistenza. Lo sviluppo delle forze produttive consente alla società umana di liberarsi parzialmente di tale problema e permette che alcuni strati minoritari della popolazione possano dedicarsi ad attività di ordine superiore (le scienze, le arti, l'ozio) mentre la maggioranza resta legata al lavoro immediatamente necessario per la produzione delle condizioni materiali di vita. Sotto tale aspetto il modo di produzione capitalistico si distingue nettamente da ogni altro modo di produzione precedente: poiché, mentre i modi di produzione non capitalisti erano stagnanti; il modo di produzione capitalistico rivoluziona le condizioni di vita di tutti gli uomini e accresce la ricchezza prodotta.

Il modo di produzione capitalistico non è un sistema reintegrativo ma accumulativo: definiamo accumulativi quei modi di produzione nei quali la massa dei lavoratori produce di più di quanto consuma, cosicché residua un sovraprodotto che viene monopolizzato da una minoranza

dominante la quale lo usa come meglio crede (e in parte lo consuma per sé, in parte lo reinveste). Motore dello sviluppo è il profitto atteso, cosicché l'investimento si accresce o diminuisce secondo che coloro i quali comandano gli investimenti si aspettano un profitto crescente o decrescente.

Poste tali premesse, il progetto proletario si fonda su due ipotesi:

1. Che il modo di produzione capitalistico genera crescenti e ricorrenti ribellioni
2. Che questo stesso modo di produzione ha creato tutte le premesse materiali per eliminare tali contraddizioni

Tale progetto sostiene che esiste la possibilità di riorganizzare la produzione materiale in modo da eliminare tutti quei mali derivanti dal modo di produzione capitalistico (disoccupazione, crisi ricorrenti, spreco, distruzione della natura, oppressione, disuguaglianza economica..).

Va chiarito che il progetto proletario è un progetto che si pone di fronte ad un problema storico che si propone di risolvere: il *problema della produzione e distribuzione della ricchezza materiale*. A tal fine il progetto proletario sostiene:

- a) Che è necessario amministrare le forze produttive a vantaggio dei bisogni umani razionali
- b) Naturalmente qui si parla di bisogni razionali, e cioè collettivamente riconosciuti come umanamente degni di soddisfazione in quantità e qualità determinate. Si tratta quindi di razionare una ricchezza prodotta e producibile in misura tale che i bisogni storicamente destinati siano tutti soddisfacibili. Non saranno mai soddisfacibili per tutti i <<bisogni>> dei grandi ricchi: ma costoro appunto non rappresentano l'uomo medio di oggi, né di domani. E' qui la radice di quel tanto di circolazione, di violenza sociale, che il progetto proletario prevede nella fase di transizione al comunismo (che secondo la tradizione si chiama socialismo): in questa fase diventa necessario ricondurre alla misura dell'uomo medio, per quanto riguarda i bisogni materiali e la ricchezza tutti quegli uomini ricchi ( che rappresentano la netta minoranza della società).
- c) Il progetto proletario sostiene che la produttività è tale che, se tutti gli uomini abili lavorassero, il tempo medio individuale di lavoro si potrebbe ridurre ad una parte assolutamente secondaria della giornata a parità di prodotto complessivo, cosicché tutti, liberati allo stesso modo dalla schiavitù del lavoro <<necessario>>, potrebbero dedicarsi liberamente ad attività umane di ordine superiore.
- d) Resta dunque un tempo di lavoro socialmente obbligatorio. Ciò permette che tutti compiano lavori equivalenti per quanto riguarda gli aspetti socialmente rilevanti di essi (contenuto professionale, grado di attenzione, pericolosità...). Questo risultato può essere raggiunto attraverso due strade convergenti: 1) l'automazione completa di tutti i lavori più disumanizzanti ; 2) rotazione su tutte le posizioni dei rimanenti lavori
- e) Il punto precedente è però irrealizzabile se non esiste una uguaglianza culturale: non si tratta di proporsi l'obiettivo assurdo che tutti sappiano contemporaneamente tutto, ma che tutti abbiano un livello di istruzione equivalente
- f) Il progetto proletario è organicamente legato alla soluzione di due problemi particolarmente acuti oggi: il controllo delle nascite & il rispetto della natura.

Il progetto proletario riprende il tema della uguaglianza rapportato al problema della produzione e della distribuzione della ricchezza. Anche nel comunismo vi sono contraddizioni: perché sarà proprio il comunismo a dar sviluppo alle disuguaglianze umane: il comunismo è la reale liberazione dell'individuo: il comunismo porta a compimento e realizza per la prima volta realmente e su scala universale l'ideale che la borghesia non ha saputo né potuto realizzare: la liberazione delle qualità individuali in un rapporto libero e umanamente vero con gli altri

uomini.  
trionfo dell'individuo nella società.

Nel progetto proletario il comunismo è il

Questo progetto sostiene che la fine della disuguaglianza economica coincide con la fine del problema della produzione e distribuzione della ricchezza materiale: la produzione della ricchezza non sarà più un problema sociale appunto perché non sarà più la questione dominante, né la questione intorno a cui si scatena la guerra tra gli uomini. Insieme a questa scomparsa si determina la scomparsa delle classi e la estinzione dello Stato. Scompariranno le classi perché esse sono il prodotto storico della disuguaglianza nella produzione e nella distribuzione della ricchezza. Ma se le classi, così intese scompariranno, non avrà più ragione d'essere lo Stato, e cioè l'apparato monopolizzatore della forza. Il progetto proletario sostiene che solo il conflitto di classe (e cioè il conflitto legato alla produzione e distribuzione della ricchezza) esige la violenza, e comunque una *violenza sociale concentrata e istituzionalizzata*. I conflitti della società comunista non avranno bisogno della violenza e quindi dello Stato come elemento risolutore, perché non saranno conflitti di classe. Vi saranno appunto specifici apparati sociali destinati a queste funzioni, e in tal modo la società avrà talmente riassorbito in sé le funzioni statuali, dopo aver estinto l'unica funzione statale irriducibile alla società, la violenza organizzata ed istituzionalizzata.

In conclusione, secondo il progetto proletario lo Stato non è una forma eterna di organizzazione sociale, e comunque non è la forma più perfetta e insuperabile: al contrario lo Stato, come è nato storicamente per rispondere a specifiche, determinate esigenze sociali, così è destinato a morire, ad essere sostituito da modi di organizzazione superiori, più civili ed evoluti, non appena le condizioni lo consentiranno.

La contraddizione tra Stato e società si scioglie con la vittoria della società. Mentre lo Stato non può emanciparsi dalla società, non può esistere sospeso per aria ma è sempre Stato di una determinata società, la società si rivela potenzialmente capace di fare a meno dello Stato, è concepibile e praticabile (secondo il progetto proletario) come società senza Stato (senza specifico apparato monopolizzatore della violenza e quindi, in sostanza, senza violenza sociale).

La società distrugge lo Stato, ma distrugge anche se stessa in quanto società borghese, trasformandosi in comunista.

## 15. Conclusioni

Lo Stato è un apparato separato dalla società che monopolizza la forza e che quindi, proprio per questo, rappresenta la prima forma di distinzione organizzata e socialmente attiva fra economia e politica. Questa distinzione, e la forma Stato che realizza istituzionalmente, corrisponde al modo di produzione capitalistico. Per questa ragione lo Stato liberale rappresenta la forma di Stato che più da vicino e meglio corrisponde all'essenza dello Stato. Per questa stessa ragione con la crisi del modo di produzione capitalistico entra in crisi lo Stato liberale e quindi la stessa forma Stato. Le principali risposte a questa duplice e connessa crisi (crisi del modo di produzione capitalistico e crisi dello Stato) sono state da un lato quelle estreme e simmetriche che tendevano e tendono a distruggere la separazione tra Stato e società, l'una assorbendo la società nello Stato (il fascismo), l'altra all'inverso sciogliendo lo Stato entro la società (il comunismo); dall'altro risposte diverse da queste, e oggi dominanti in occidente, hanno tentato una nuova sintesi tra Stato e società, che nello stesso tempo continuasse e rinnovasse lo schema liberale: queste risposte possono essere riassunte sotto la categoria del pluralismo (o della democrazia pluralista), e se ne distinguono per lo meno 2 varianti principali, pluralismo conflittuale e quello organico.

Possiamo ora tornare alla domanda iniziale, perché la parola Stato ha quasi almeno 2 significati? Ciò è dovuto al fatto che la duplicità della parola Stato, e i diversi modi di riconnettere e riunificare i due significati, riflettono le diverse ideologie sulla natura dello Stato e sul rapporto tra Stato e società, e quindi i diversi modi di sentire e ricostruire tale rapporto. Per un liberale la parola Stato designa volta a volta l'apparato statale o l'intera società perché egli è consapevole che la società, considerata come realtà unitaria e non come somma atomistica di individui in concorrenza, è lo Stato: meglio: la società resta società separata dallo Stato, quando si considera il momento della concorrenza e dei bisogni privati in lotta l'una contro l'altro, ma è immediatamente Stato, o diventa Stato, quando viene concepita unitariamente e viene quindi sottolineato e considerato il momento unitario che le deriva solo dal fatto di essere incardinata intorno allo Stato.

La società è immediatamente Stato e nello stesso tempo è separata dallo Stato, e al contempo lo Stato è apparato di potere separato dalla società e nello stesso tempo totalità sociale che ricomprende l'apparato di potere (cioè se stesso!). La costruzione pluralista, molto più avveduta perché muove proprio dal riconoscimento della contraddizione tra Stato e società, non incorre più in questa confusione-indistinzione. Si usano così diverse definizioni: si dice Stato-apparato o Stato-persona o Stato-soggetto o Stato-governo quando chi parla intende riferirsi specificatamente allo Stato in senso stretto, a quell'apparato cioè che è soggetto tra gli altri; oppure si dice Stato-ordinamento o Stato società o Stato-comunità, quando chi parla intende riferirsi all'insieme di coloro che vivono organizzati nello e con lo Stato, alla collettività nazionale.

Si dice semplicemente e puramente Stato quando non c'è bisogno di chiarire, quando cioè la parola Stato designa l'insieme della comunità sociale e dell'apparato, la realtà complessiva fatta di governanti e di governati. Nello Stato pluralista la società è dentro lo Stato. L'uso della parola Stato è triplice: Stato come soggetto particolare; Stato come comunità distinta dal vertice; infine *Stato tout court*, come insieme organico di ambedue questi aspetti. Alla base di questa tesi vi è la concezione per cui tra Stato e società non c'è contrapposizione, ma integrazione; le diverse parti sono sì distinte, ma nel contempo organicamente connesse (le une necessarie alle altre.)

### **CAP 3: I RAPPORTI TRA GLI STATI**

**-Diritto internazionale:** insieme delle regole che disciplinano il rapporto tra Stati.  
**-organizzazioni internazionali:** organizzazioni create dagli Stati mediante un trattato internazionale, alle quali vengono affidati compiti specifici e alle quali, conseguentemente, vengono assegnati i mezzi finanziari, materiali e personali ritenuti opportuni.

Anzitutto è principio fondamentale dell'ordinamento internazionale che di esso fanno parte tutti gli Stati per il solo fatto di esistere, e in principio solo gli Stati. Il fatto che tutti gli Stati fanno parte dell'ordinamento internazionale è conseguenza necessaria della sovranità di ciascuno Stato.

Sembra contraddire questa regola il fatto che talvolta alcuni Stati rifiutano di riconoscere un altro Stato, e, quindi non hanno rapporti con esso; tuttavia lo Stato, anche non riconosciuto da altri resta Stato e dunque esso entra automaticamente e necessariamente a far parte dell'ordinamento internazionale.

La seconda caratteristica del diritto internazionale, per cui in principio solo gli Stati fanno parte del diritto internazionale, e comunque non ne fanno parte soggetti interni ai singoli Stati, traduce normativamente il *principio di esclusività del potere dello Stato*. I cittadini, e ogni altro soggetto entro ciascuno Stato, sono subordinati solo al loro Stato sovrano, e dunque non possono far parte dell'ordinamento internazionale, risultato dei rapporti fra tutti gli Stati, perché se così fosse essi sarebbero subordinati non solo al loro Stato ma alle regole poste da tutti gli Stati insieme. *[Tuttavia vi sono delle deroghe a questo principio: la Chiesa Cattolica è un soggetto del diritto internazionale che non è Stato. analogamente sono sempre più frequenti i casi in cui enti sovranazionali, che non sono Stati, vengono riconosciuti come soggetti del diritto internazionale, almeno in certi casi ed a certi fini (così talvolta rappresentanti dell'Unione Europea siedono a trattative internazionali e stipulano trattati e accordi ai posti dei singoli Stati aderenti alla UE. E' da sottolineare però che tali enti sovranazionali esistono perché gli Stati aderenti li vogliono (sono cioè enti derivati e non originari), e sono soggetti del diritto internazionale se e finché gli Stati con cui entrano in rapporto li riconoscono come tali. Infine in casi molto eccezionali singoli individui vengono direttamente ammessi ad esercitare diritti presso organismi di diritto internazionale, rompendo quindi il monopolio dello Stato. Tale è il caso previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con la quale gli Stati aderenti hanno creato una Corte dei diritti dell'uomo alla quale, sotto determinate condizioni possono ricorrere i cittadini degli Stati aderenti contro il proprio stesso Stato. Tali sono le prime deroghe alla sovranità degli Stati.]*

I cittadini sono obbligati solo se lo Stato comanda, non perché altri Stati comandano; i cittadini dello Stato non possono rivendicare vantaggi loro attribuiti da consuetudini e trattati internazionali contro altri Stati che li violano, ma debbono rivolgersi al proprio Stato, il quale in principio è il solo, nell'ordinamento internazionale, che può agire per loro conto. -il principio <<pacta sunt servanda>> : è pur vero che lo Stato, quando intraprende rapporti con gli altri Stati, deve seguirli secondo il principio consuetudinario del diritto internazionale <<pacta sunt servanda>>; è dunque vero che, se questi obblighi esigono comportamenti conformi dei cittadini, lo Stato obbligato deve estenderli ad essi. Tuttavia finché lo Stato con un suo atto non fa propri verso l'interno questi obblighi internazionali e non li impone esplicitamente ai cittadini, questi non sono obbligati, appunto perché solo lo Stato può obbligarli (e quel che più conta solo lo Stato può costringerli con forza ad adempiere agli obblighi). Quindi finché lo Stato, pure obbligato secondo il diritto internazionale, non comanda verso l'interno, l'obbligo di diritto internazionale non diventa automaticamente obbligo interno.

**-l'art 10 Costituzione:** stabilisce che l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute: In Italia dunque le norme consuetudinarie di diritto internazionale (e cioè quelle generalmente riconosciute) sono automaticamente applicabili, e debbono essere obbedite dai giudici, per il solo fatto di esistere, senza che lo Stato italiano possa impedirlo. E' chiaro però che l'Italia può sempre mutare l'art 10 con una legge di revisione costituzionale ed escludere quello che oggi è in regola. Lo Stato italiano come qualsiasi altro Stato, può in ogni momento violare il diritto internazionale, appunto perché ha la forza materiale per farlo. L' **art. 117 Cost.**, nel nuovo testo introdotto dalla **L.Cost. n.3/2001**, stabilisce che tutte le leggi (e a maggior ragione tutti gli atti giuridici) debbono essere conformi agli obblighi internazionali, cosicché l'adeguamento a quello internazionale è automatico.

-l'ONU: i paesi che aderiscono all'ONU assumono verso questa organizzazione e verso tutti gli altri Stati aderenti una serie di obblighi minuziosamente descritti nel trattato istitutivo. Però l'ONU è una organizzazione volontaria (alla quale si aderisce se e finché ciascuno Stato vuole); l'ONU non ha una sua forza materiale indipendente. Come conseguenza: a) ogni Stato membro può in ogni momento uscire dall'ONU e quindi rendere nulli tutti gli obblighi prima assunti; b) l'ONU non può materialmente imporre i suoi ordini, le sue raccomandazioni, le sue sanzioni, e deve confidare in strumenti indiretti di pressione. Anche quando organizza le forze armate dell'ONU, si tratta in realtà di forze armate prestate dai singoli Stati aderenti. In definitiva la esistenza dell'ONU non supera la sovranità e indipendenza degli Stati, ceca solo di limitarla: epperò il modo con cui questo avviene e può avvenire conferma la esistenza di tale sovranità e indipendenza degli Stati.

**-consuetudini e trattati internazionali:** i **fatti normativi** (quei fatti cioè che sono legittimati a creare norme obbligatorie nei rapporti tra gli Stati) sono di 2 tipi:

- **consuetudini:** regole che si ricavano da comportamenti costanti accompagnati dalla convinzione entro la comunità che li pratica che essi sono obbligatori e quindi coercibili.
- **trattati:** cioè accordi volontari tra due o più Stati.

Le consuetudini derivano da comportamenti degli stessi Stati; ugualmente i trattati sono per definizione il frutto della volontà degli Stati: dunque il diritto internazionale, a differenza di quello interno di ciascuno Stato, è sempre il frutto della volontà dei singoli soggetti, esiste perché gli stessi soggetti obbligati lo vogliono.

**-l'ordinamento internazionale in quanto ordinamento paritario:** l'ordinamento internazionale è un ordinamento paritario senza un'autorità sovraordinata ai singoli membri di

esso: se ci fosse un'autorità sovraordinata agli Stati, questi perderebbero la loro sovranità ed indipendenza, non sarebbero più Stati. Poiché il rispetto dei patti tra gli Stati si basa sulla spontanea e volontaria adesione degli stipulanti, nessuna forza può impedire che il singolo Stato violi unilateralmente il patto, come nessuna forza può impedire che l'altro o gli altri Stati scatenino, se lo vogliono rappresaglie fino alla guerra. I patti vanno rispettati *rec sic stantibus*, finché le circostanze restano immutate. Ma chi giudica se le circostanze sono mutate e se, col loro mutamento, giustificano la rottura dell'accordo (e della pace)? Lo stesso Stato che proclama che esse sono mutate: come a dire che la regola esiste finché l'obbligato la vuole. L'ordinamento internazionale è quindi rozzo ed imperfetto, perché la sovranità ed indipendenza dei suoi soggetti lo rende incerto, insicuro, fondamentalmente anarchico.

### 3. L'ONU

L'ONU fu costituita nel 1945 dagli Stati che avevano combattuto e vinto la seconda guerra mondiale. È una organizzazione internazionale aperta alla adesione di altri Stati, e oggi quasi tutti vi aderiscono. Gli organi principali sono: Il Consiglio di sicurezza; l'Assemblea generale, il Segretario generale.

1. **Il Consiglio di sicurezza:** è l'organo più importante, in quanto è l'unico che secondo il trattato istitutivo può adottare decisioni vincolanti per gli Stati. È composto dai rappresentanti di 15 Stati: 5 però sono membri di diritto (USA, Gran Bretagna, Francia, Russia che ha ereditato il posto dell'URSS, Cina popolare), gli altri 10 sono scelti per un biennio dalla Assemblea generale. Bisogna ricordare che ciascuno dei 5 membri permanenti ha un *potere di veto* su ogni decisione del Consiglio. Il Consiglio è competente a decidere su tutte le questioni che riguardano la pace tra gli Stati, e può adottare le misure che ritiene più opportune per prevenire o ristabilire la pace, comprese quelle di carattere militare. Accade così che il Consiglio possa autorizzare il Segretario generale a raccogliere le forze armate (i c.d. caschi blu) costituite da contingenti militari forniti dagli Stati che si dichiarano disposti a fornirli, o addirittura possa autorizzare gli Stati come tali ad esercitare la forza armata nei confronti di un altro Stato che, a giudizio del Consiglio, ha posto in pericolo la pace e violato lo Statuto dell'ONU.
2. **L'Assemblea generale:** composta da tutti gli Stati aderenti con voto generale, ha una competenza generale, ma le sue deliberazioni non sono vincolati nei confronti degli Stati.
3. **Il Segretario generale:** viene nominato dall'Assemblea generale su proposta del Consiglio di sicurezza, ed è l'organo responsabile della attuazione delle decisioni dell'ONU.

### 4. Altre organizzazioni internazionali

Le organizzazioni internazionali che incidono fortemente sulla sovranità dell'Italia sono: Fondo monetario internazionale (FMI), l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO), il Consiglio d'Europa e la collegata Corte europea dei diritti dell'uomo, la NATO.

**-Fondo monetario internazionale:** l'FMI è una organizzazione che ha lo scopo di impedire o comunque ridurre squilibri nelle bilance dei pagamenti tra gli Stati aderenti. Si dice bilancia dei pagamenti l'insieme delle entrate in danaro da un lato, e delle uscite dall'altro, di un paese nei confronti di un altro paese o nei confronti di tutti i paesi contemporaneamente. Il FMI, su richiesta dello Stato aderente può intervenire in aiuto in caso di deficit di un'aderente. Siccome il Fondo è governato in base alle quote che ciascuno Stato ha versato, e gli Stati Uniti hanno

la quota maggiore, ecco perché molti sostengono che il Fondo è uno dei principali strumenti attraverso cui gli Stati Uniti impongono la loro egemonia su altri paesi.

**-l'Organizzazione mondiale del commercio:** La WTO nasce col 18 gennaio 1995, ha il suo precedente nel GATT (Generale Agreement on tariffs and trade, e cioè accordo generale sui dazi e sul commercio) del 1947. Questa organizzazione ha lo scopo di favorire il commercio internazionale, sia per le merci che per i servizi.

**-il Consiglio d'Europa:** è un'organizzazione che comprende molti Stati europei ed ha lo scopo di <<conseguire una più stretta unione fra i suoi membri per salvaguardare e promuovere gli ideai e i principi che costituiscono il loro comune patrimonio e di favorire il loro progresso economico e sociale.

**- La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali:** fu approvata a Roma nel 1950. L'Italia ha aderito ad essa con la **L. n.848/1955**. La Convenzione si articola in 2 parti: una di ordine sostanziale e una di ordine procedurale. Nella prima vengono descritti e disciplinati i diritti e le libertà fondamentali dell'uomo; nella seconda sono istituiti e disciplinati gli organi e le procedure a tutela dei diritti disciplinati nella prima parte. I cittadini degli Stati aderenti alla Convenzione per tutelare i propri diritti fondamentali, possono rivolgersi direttamente una organizzazione internazionale, scavalcando il proprio Stato. Basandoci sulla più recente innovazione (convenzione approvata a Strasburgo l'11 maggio 1994), i cittadini degli Stati aderenti, dopo aver esaurito le vie di ricorso interne al proprio Stato, ed entro 6 mesi a partire dalla ultime decisione interna definitiva, possono ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo, le cui decisioni sono obbligatorie per gli Stati aderenti. Grazie alla **legge costituzionale n.3 del 2001** oggi le leggi ordinarie e statali contrarie alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali sono incostituzionali.

**- la NATO (Organizzazione del trattato del Nord Atlantico):** bisogna distinguere tra il trattato (o Patto) del Nord Atlantico e la relativa organizzazione militare: si può aderire al primo e non alla seconda.

Mediante il patto alcuni Stati del Nord America (anzitutto gli USA) e dell'Europa occidentale si sono impegnati a coordinare le loro politiche militari e a darsi reciproco aiuto, anche militare, in caso di aggressione da parte di altri Stati ad uno qualunque degli Stati aderenti. Al fine di dare maggiore efficacia al trattato; è stata una comune organizzazione militare, composta da forze armate messe a disposizione dei singoli Stati, con un comando unificato.

#### **CAP 4: L'UNIONE EUROPEA**

- **1952=TRATTATO DI PARIGI:** viene istituita la CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio); il trattato CECA aveva una durata cinquantennale: alla scadenza, nel 2002, gli Stati hanno convenuto che non sussistevano più le ragioni per conservare questa organizzazione specifica, che quindi oggi non esiste più; se vi sono questioni relative al carbone e all'acciaio da decidere ancora oggi, queste rientrano nelle previsioni generali della Comunità europea
- **1957=con due trattati firmati lo stesso giorno a Roma nascono la CEE e la CEEA:** CEE (comunità economica europea) e CEEA (comunità europea per l'energia atomica, più nota come Euratom)

- **1992=TRATTATO DI MAASTRICHT:** la Comunità economica europea ora si chiama Comunità europea. Firmato da gli Stati della comunità europea, entra in vigore nel novembre del 1993.

Va dunque sottolineato che tra Unione Europea e Comunità Europea non vi era coincidenza: l'Unione europea comprendeva le Comunità come suoi strumenti principali, ma era un'organizzazione politica con obiettivi e strumenti ulteriori rispetto a quelli attribuiti alla Comunità. In particolare l'Unione si basava su 3 pilatri:

- a. Le politiche svolte Comunità
  - b. La politica estera e di sicurezza comune
  - c. La cooperazione di polizia e giudiziaria in maniera penale
- **2009=TRATTATO DI LISBONA:** il 1 dicembre 2009 è entrato in vigore il Trattato di Lisbona che ha apportato alcune modifiche sia al trattato base sull'Unione europea sia la trattato base sulla Comunità europea, che da ora in poi non si chiamerà più con questo nome ma Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ( le sigle sono rispettivamente TUE e TFUE). Una modifica significativa consiste ne fatto che l'Unione europea acquista la personalità giuridica (diviene cioè un vero e proprio soggetto di diritto sia negli Stati membri dell'Unione sia nel diritto internazionale) mentre ovviamente la perde la vecchia Comunità europea, la cui organizzazione ed il cui funzionamento diventano parte interna e servente della Unione europea. In buona sostanza scompare la distinzione tra Unione Europea e Comunità Europea, e quindi anche la distinzione fra i 3 pilatri, con il chiaro intento di costruire una struttura maggiormente unitaria rispetto alla precedente.

Altre caratteristiche importanti dell'Unione sono:

- 1) **Il principio di sussidiarietà:** si dispone che, nelle materie di non esclusiva competenza dell'Unione europea (nota bene: vi sono dunque materie attribuite esclusivamente all'Unione europea, nel qual caso non si applica il principio), questa può intervenire solo quando gli obiettivi previsti non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri. Di massima, a parte le materie di esclusiva competenza dell'Unione, l'Unione può intervenire opportunatamente in sussidiarietà, assistendo o addirittura sostituendo gli Stati.
- 2) **Cittadinanza dell'Unione:** che prevede in particolare a eleggibilità attiva e passiva dei cittadini dell'Unione per le elezioni comunali entro lo Stato in cui risiedono anche se diverso dal proprio, e la possibilità di votare per la elezione del Parlamento europeo in qualsiasi Stato dell'Unione. La cittadinanza dell'Unione però è una cittadinanza derivata: si è cittadini dell'Unione se e solo se si è cittadini di uno Stato membro dell'Unione.
- 3) **La Banca Centrale europea:** amministra in totale indipendenza l'Euro.
- 4) **La cooperazione rafforzata e le eccezioni:** è prevista la cooperazione rafforzata tra alcuni Stati dell'Unione e la possibilità di eccezioni a vantaggio di alcuni Stati che intendono sottrarsi alla disciplina comune su alcune questioni, con la conseguenza che in alcune materie e rispetto a determinate questioni all'interno dell'Unione vigono regole differenziate, secondo che gli Stati hanno concordato una disciplina comune oppure ne stanno fuori.
- 5) **Il mediatore europeo:** è un difensore civico comunitario a cui rivolgersi per segnalare disfunzioni, omissioni, ingiustizie.

Il principio che regge l'Unione Europea è quello secondo il quale il diritto europeo prevale sul diritto dei singoli Stati: gli atti comunitari legittimi a cominciare dai regolamenti, prevalgono sulla stessa Costituzione italiana, grazie all' **art 11 Costituzione** in cui si trova disposto che l'Italia <<consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri pace e giustizia fra le Nazioni>>: l'Unione Europea è basata sulla parità tra gli Stati europei e viene considerata una organizzazione che rientra tra quelle indicate dall'art 11 ora citato; per conseguenza sono ammissibili tutte le limitazioni di sovranità previste o che discendono dai trattati che istituiscono e disciplinano l'Unione europea, **salvo, ha sancito la Corte Costituzionale, la garanzia dei diritti di libertà e il risetto dei principi costituzionali fondamentali.**

## 2.Gli organi e gli atti dell'Unione Europea

Gli organi di vertice dell'Unione Europea sono: il Consiglio Europeo, il Consiglio (nella pratica chiamato il Consiglio dei ministri, per distinguerlo da quello precedente), la Commissione, il Parlamento, la Corte di Giustizia, la Banca Centrale Europea, la Corte dei Conti.

A. **IL CONSIGLIO EUROPEO:** è composto dai capi di Stato o di governo degli Stati membri, dal suo Presidente (si tratta di una delle innovazioni più importanti portate dal Trattato di Lisbona) e dal Presidente della Commissione. L'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza partecipa ai lavori. Il presidente del Consiglio europeo viene eletto per 2 anni e mezzo, ed è rieleggibile solo per una volta.

Il Consiglio europeo dà all'Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti e le priorità politiche generali. Non esercita funzioni legislative. Il Consiglio europeo sul piano politico è il massimo organo dell'Unione ed esercita le funzioni strategiche, stabilisce il programma politico di massima per il futuro, ma la traduzione in norme e decisioni vincolanti spetta poi agli altri organi competenti previsti dai trattati.

B. **IL CONSIGLIO:** L'organo che, attuando programmi politici decisi dal Consiglio europeo, è al di sopra di tutti sul piano normativo ed amministrativo è il Consiglio. Esso è costituito da un rappresentante di livello ministeriale per ogni Stato aderente, designato volta a volta dal governo di ciascuno Stato. Esso è dunque un organo rappresentativo dei Governi dei singoli Stati membri della Comunità. È presieduto per 6 mesi a turno dal rappresentante di uno degli Stati aderenti.

Il fatto che le autorità più importanti dell'Unione dipendano dai Governi dei singoli Stati, e non dalla volontà popolare dei cittadini dell'Unione, e neppure dai Parlamenti dei singoli Stati, dimostra chiaramente che l'Unione è stata concepita come una organizzazione strumentale al servizio delle linee politiche dei Governi dei singoli Stati. Fin oggi si segue la regola dell'unanimità per decidere. (in punto di diritto, vi sono casi in cui per decidere basta la maggioranza dei componenti, altri nei quali è necessaria l'unanimità, altri ancora in cui è necessaria la maggioranza qualificata. Rimane però fermo il punto per cui le decisioni dell'organo massimo dell'Unione dipendono dai Governi dei singoli Stati.

C. **LA COMMISSIONE:** è composta da un certo numero di persone (una per ogni Stato) nominate di comune accordo dai Governi degli Stati, previa approvazione da parte del Parlamento. La Commissione deve però agire in modo del tutto indipendente dagli Stati, e i suoi componenti non sono in alcun modo rappresentati dallo Stato di appartenenza.

Essa è l'organo collegiale che dirige l'intero apparato amministrativo dell'Unione, eseguendo ed attuando le decisioni del Consiglio, e adottando gli atti previsti dai trattati.

In particolare:

- ❖ ha un generale *potere di proposta*: (spesso in modo esclusivo, per cui un atto non può essere deliberato dal Consiglio e dal Parlamento se non vi è stata una previa proposta della Commissione.)
- ❖ vigila sulla *corretta applicazione dei trattati e dei regolamenti*: e adotta gli atti previsti dai trattati
- ❖ rappresenta l'Unione sia nei confronti degli Stati aderenti sia nei confronti di qualunque altro soggetto

D. IL PARLAMENTO EUROPEO: è eletto a suffragio universale dai cittadini di tutti gli Stati aderenti alla Comunità europea: ciascuno Stato elegge una quota stabilita dai trattati,, in base ad un sistema elettorale che ciascuno ha deciso autonomamente (in Italia il sistema è proporzionale di lista, al quale con la legge n.10/2009 è stata aggiunta una soglia di sbarramento al 4%, per cui non concorrono alla ripartizioni dei seggi le liste che non raggiungono al livello nazionale la quota del 4% dei voti validi).

Nonostante sia un organo rappresentativo, esso non è il massimo organo dell'Unione: in particolare l'indirizzo politico viene deciso dal Consiglio europeo, e la funzione normativa spetta nella sostanza prevalentemente al Consiglio, anche quando, come accade oggi, in molti casi deve esserci anche l'approvazione del Parlamento.

Le principali funzioni del Parlamento europeo sono le seguenti:

- a) concorre, nei casi previsti dai trattati, alle deliberazioni dei regolamenti
- b) esprime pareri (spesso obbligatori)
- c) approva il bilancio (può respingerlo in blocco, ma con la maggioranza dei due terzi dei voti)
- d) può esprimere censura verso la Commissione: se essa viene approvata con i 2/3 dei suffragi espressi i quali raggiungono anche la maggioranza assoluta dei componenti, la Commissione decade; notare che, come è ovvio, il Parlamento non ha nessun potere sull'organo Consiglio.

E. LA CORTE DI GIUSTIZIA: è il giudice dell'Unione che decide le controversie previste dai trattati, e in particolare quelle relative alla legittimità degli atti comunitari, e quelle relative alla interpretazione ed applicazione dei trattati e degli atti comunitari previsti dai trattati

Dal 1988 è in funzione anche il Tribunale di primo grado, che decide su questioni di minore importanza, secondo quanto previsto dai trattati. Le sentenze di questo giudice sono impugnabili davanti alla Corte di giustizia, ma solo per questioni di diritto.

F. LA CORTE DEI CONTI: si occupa della regolarità e della legittimità dei conti e delle spese della Comunità

G. LA BANCA CENTRALE EUROPEA: organo indipendente sia dagli Stati sia rispetto agli altri organi dell'Unione.

Gli atti principali dell'Unione sono:

-i regolamenti comunitari (di cui parleremo in seguito)

-le direttive: sono prescrizioni rivolte agli Stati affinché questi raggiungano determinati risultati usando i mezzi che riterranno più opportuni. Ciascuno Stato quindi è obbligato ad attuare la direttiva, e nell'attuarla deve perseguire i fini indicati, ma resta libero di usare i mezzi che ritiene più opportuni.

- le raccomandazioni: sono atti politici, che invitano gli Stati a fare o a decidere qualunque cosa, ma non sono obbligatori.

- le decisioni: sono atti concreti di carattere amministrativo, adottati dagli organi competenti sulla base dei trattati e dei regolamenti.

- le sentenze: sono gli atti della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado

I regolamenti, le decisioni e le sentenze dell'Unione sono immediatamente obbligatori per tutti, cittadini ed autorità, entro tutti gli Stati contemporaneamente.

### 3. Rapporti tra Unione europea e Stati aderenti

- L'Unione europea per una parte disciplina e amministra alcune materie, sottraendole quasi del tutto ai singoli Stati: in questo 1 caso, L'Unione -in base ai trattati- ha il potere di stabilire i dazi doganali per tutta l'Unione nei confronti degli Stati esterni; stabilisce prezzi unici per i prodotti dell'agricoltura; impone quote max nella produzione di certi beni.....
- Per un'altra parte disciplina con atti generali (chiamati impropriamente regolamenti, quando sono leggi) le molte materie ad essa attribuite dai trattati, demandando agli apparati amministrativi dei singoli Stati l'applicazione concreta di essi: mediante i regolamenti, gli organi competenti dell'Unione si sostituiscono ai legislatori nazionali, che al più in quelle stesse materie possono approvare atti normativi necessari per la esecuzione dei regolamenti.
- Per un'altra parte ancora svolge un'attività promozionale e preparatoria in vista di una continua integrazione dei paesi aderenti: in questo 3 caso, mediante le direttive, o con altri atti (ex. accordi tra gli Stati), si propongono di ottenere che in tutti gli Stati vengano regolate quanto più possibile simili e pratiche amministrative omogenee, e vengano perseguiti obiettivi economici e sociali eguali o comunque compatibili. In particolare la direttiva indica agli Stati gli obiettivi che essi devono obbligatoriamente perseguire, e lascia agli stessi di approvare, entro un termine tassativo, gli atti normativi necessari per individuare i mezzi e i modi in vista del raggiungimento di questi obiettivi.

Tali rapporti tra Unione e singoli Stati aderenti spiegano alcune caratteristiche della prima. Anzitutto essa non dispone di alcun apparato militare al proprio servizio, ma spetta alle forze armate e di polizia dei singoli Stati attuare con la forza, se necessario, le decisioni comunitarie.

Inoltre gli apparati amministrativi dell'Unione sono enormemente inferiori a quelli dei singoli Stati: spetta alle autorità amministrative dare applicazione nei casi concreti alla normativa comunitaria, e spetta di massima ai giudici dei singoli Stati decidere nelle controversie che derivano dalla applicazione della normativa comunitaria. Questo significa che molto spesso le autorità amministrative italiane debbono applicare norme comunitarie, e non norme italiane, e debbono coordinarsi con le autorità amministrative.

In terzo luogo il bilancio dell'Unione è enormemente più piccolo di quello anche dei singoli Stati. Se il potere della borsa misura anche il potere politico, si capisce perché nell'Unione comandano gli Stati e i loro Governi (che detengono il potere della borsa), e non gli organi comunitari come tali.

Infine l'Unione europea non è uno Stato federale; al contempo non è neppure una mera alleanza tra Stati, perché i singoli Stati, in molte ed essenziali questioni, si trovano ad essere

subordinati alle decisioni collettive adottive dagli organi dell'Unione, cossichè una parte non piccola della loro sovranità originaria non esiste in capo al singolo Stato. Infine i bilanci degli stati membri sono controllati dall'Unione Europea sia preventivamente (vengono comunicati agli organi competenti dell'Unione che si pronunciano su di essi, specialmente per quanto riguarda l'indebitamento dello Stato) sia successivamente (con richieste vincolati di modificazione ed aggiustamento).

## **CAP 5. LO STATO COME SOGGETTO GIURIDICO**

-Non tutti gli Stati sono persone giuridiche: di fronte all'evidenza per cui alcuni Stati, ad esempio Gran Bretagna, non sono considerati e non agiscono come persone giuridiche unitarie nel proprio ordinamento, si sostiene più modestamente che in generale gli Stati sono persone giuridiche.

-la capacità giuridica: art 1.cc : la capacità giuridica si acquista al momento della nascita. Capacità giuridica è la astratta e generale attitudine a diventare titolare di diritti e doveri; si acquista al momento della nascita e non si perde mai finchè si vive.

-la capacità di agire: astratta e generale capacità di agire nel mondo giuridico, si acquista in generale con la maggiore età (art 2.cc), la si può perdere in casi tassativamente indicati dal diritto (ad ex. con sentenza di interdizione a causa della accertata incapacità di intendere e di volere). La prima dunque può esistere anche se non esiste la seconda (si è capaci giuridicamente, non si è capaci di agire), la seconda presuppone sempre (e ovviamente) che il soggetto capace di agire sia esso stesso capace giuridicamente, ma non esiste costante e totale corrispondenza tra le 2 capacità, poiché al contrario alcuni possono agire giuridicamente in nome e per conto della capacità giuridica altrui (e non propria):

-l'eguale capacità giuridica, cioè l'uguaglianza giuridica: oggi la capacità giuridica è uguale per tutti i cittadini: alla nascita sono tutti potenzialmente uguali, nel senso che tutti possono divenire titolari di tutti i possibili diritti e doveri. Anche questa è una conquista moderna, e data essenzialmente della rivoluzione francese. In passato gli uomini nascevano con diverse capacità giuridiche conseguenti alla diversa collocazione sociale che la nascita da genitori appartenenti ad un ordine determinato produceva necessariamente.

-capacità giuridica e status: lo status è una qualità personale che costituisce il presupposto di indeterminabili diritti e doveri ogni qual volta il diritto condiziona il godimento di essi all'esistenza di tale status; detto diversamente, vi sono diritti e doveri che non si possono godere, esercitare, adempiere ecc...se non si appartiene a quel certo status. Oggi gli status si acquistano al sopravvenire di fatti determinati (maggiore età, matrimonio) e sono potenzialmente acquistabili da tutti (tranne la cittadinanza) purchè si verifichino quei fatti attributivi dello status.

Oggi la capacità giuridica è unica e generale. I diritti di libertà si esercitano mediante un fare che di per sé non produce alcun effetto giuridico: la sostanza del diritto consiste nel poter fare liberamente, con la garanzia che questo potrà essere impedito o limitato solo in ipotesi tassative, dalle autorità previste, nei modi e nelle forme prescritte, secondo quanto stabilisce il testo costituzionale: ex libertà di riunione (art..17); tali diritti sono personalissimi, riguardano proprio la persona in quanto tale e non sono esercitabili da nessun altro al posto e per conto della persona interessata.

-la capacità naturale: in principio, il minore eserciterà liberamente i diritti di libertà previsti in Costituzione nella misura in cui è naturalmente capace

-persone fisiche: sono soggetti di diritto

-persone giuridiche: tale soggetto di diritto è persona non perché fisicamente esistente, ma perché giuridicamente costruito: esiste come individuo non nel mondo fisico-naturale, ma puramente nel mondo giuridico.

-l'acquisto della personalità giuridica: in Italia la personalità giuridica si acquista in 2 modi: o automaticamente per le società commerciali che rientrano nei tipi previsti dal codice come aventi personalità giuridica e che sono state costruite in conformità alla legge (società a responsabilità limitata, società in accomandita per azioni, società per azioni); oppure mediante iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture, o presso le Regioni per quelle persone giuridiche che operano nell'ambito regionale e perseguono fini rientranti nelle materie di competenza regionale (vedi sul punto il **d.P.R. 361/2000**, basato sulla **legge 59/97** che ha profondamente modificato la normativa previgente). La persona giuridica ha la stessa capacità giuridica della persona fisica

I due casi tipici di persona giuridica nel diritto privato sono la corporazione e la fondazione:

- a) Corporazione: ente composto da più persone fisiche, unificando in un'unica categoria associazione riconosciuta e società commerciale con personalità giuridica; è un ente collettivo personificato
- b) Fondazione: patrimonio autonomo personificato, destinato ad uno scopo.

Quando invece l'attività principale o quasi esclusiva dell'ente collettivo non ha carattere economico (ad ex. l'attività dei partiti, delle associazioni culturali, dei sindacati: qui per carattere economico bisogna intendere <<produttivo di beni e servizi>>: l'attività del sindacato ha ovviamente una enorme rilevanza economica ma non è direttamente produttiva di beni e servizi), allora lo strumento tecnico <<persona giuridica>> perde di importanza, fino a divenire praticamente irrilevante ed anzi addirittura controproducente (ciò spiega perché partiti e sindacati rifiuterebbero, come hanno già detto apertamente, ogni concessione della personalità giuridica).

A conclusione va sottolineato che: la concessione della personalità giuridica serve a risolvere questioni di carattere patrimoniale; la capacità giuridica è dunque essenzialmente una costruzione giuridica che risponde a fini pratici. Abbiamo incontrato organizzazioni collettive che, per espressa disposizione delle norme giuridiche, non hanno personalità giuridica: le associazioni di fatto (o non riconosciute). Ne esistono molte altre, sia nel diritto privato, che nel diritto pubblico. Nel diritto privato ricordiamo i comitati senza personalità giuridica, le società commerciali senza personalità giuridica, i condomini.

Volendo dare un nome a tutte queste forme organizzative, possiamo usare l'espressione generica di soggetti giuridici: soggetti giuridici sono sicuramente e per definizione le persone fisiche; sono anche, per volontà del diritto italiano, quelle organizzazioni che hanno ottenuto la personalità giuridica (cioè sono state parificate alle persone fisiche, tranne quei casi ovvi nei quali le norme presuppongono le persone in carne ed ossa, come ad ex. nel matrimonio); ma soggetti giuridici sono anche tutte quelle forme organizzative che, pur non essendo persone giuridiche (e quindi non raggiungendo quella quasi totale parificazione che ottengono le persone giuridiche), possono agire in alcuni casi nel mondo dei rapporti giuridici come individui distinti da ogni altro soggetto.

Poiché queste forme organizzative prive di soggettività giuridica

sono ciascuna diversa l'una dall'altra, è necessario ogni volta andare a rintracciare la disciplina giuridica che attribuisce a ciascuna forma determinati diritti e doveri.

## 2. Lo Stato come soggetto giuridico

La parola più adatta per definire lo Stato è <<soggetto>>, che da un lato ribadisce che lo Stato è pur sempre un ente unitario, dall'altro lascia del tutto indeterminata la sua disciplina giuridica in quanto soggetto, che dunque potrà essere ricostruita analiticamente secondo quanto prescrivono le norme pertinenti per rispondere a questa domanda.

Il codice civile distingue tra persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private. Rispetto a quelle pubbliche esso si limita a disporre che <<Le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico>> (**art.11 cc**). Tra le persone giuridiche pubbliche il codice non ricorda lo Stato: a è ovvio che lo Stato è una persona giuridica, esso è una persona giuridica pubblica, ed anzi la persona giuridica pubblica per eccellenza. Non esiste un'unica ed uniforme disciplina delle persone giuridiche pubbliche- o degli enti pubblici- ma tante specifiche discipline quanti sono i tipi di enti pubblici o addirittura i singoli enti pubblici previsti e disciplinati dalle leggi istitutive.

Ora ci chiediamo: qual è la realtà sociale personificata nello e con lo Stato? Per rispondere a tale quesito è giustificato che si cominci per somiglianza e si parte intanto dalle figure note di persona giuridica, e cioè delle associazioni e delle fondazioni, per verificare se lo Stato sia identico, o analogo, o simile, o invece del tutto diverso da quelle figure prima citate (le quali prima ancora di essere costruzioni giuridiche sono realtà sociali).

-lo Stato non è una fondazione perché lo Stato si dà degli scopi da perseguire, e non ha uno scopo predeterminato da altri.

-lo Stato non è una corporazione: in passato si credeva che lo Stato fosse una corporazione, ciò è sbagliato. Corporazione nel linguaggio giuridico vuol dire ente composto da molte persone fisiche associate. Chi sarebbero allora i membri della corporazione Stato? Non certo i dipendenti dello Stato: non sono costoro che hanno creato lo Stato ma è l'esistenza dello Stato che mostra ad essi la possibilità di un impiegato stabile e retribuito. Né d'altra parte i membri della corporazione Stato sono i cittadini: abbiamo prima definito che lo Stato è solo ed esclusivamente l'apparato monopolizzatore della forza, non possiamo ora qualificare lo Stato come corporazione dei cittadini (o associazione di diritto pubblico o formula equivalente).

-**Il Comune**: il comune è un ente pubblico, considerato persona giuridica. Se si vuole applicare la figura della corporazione non resta che definire il Comune come la corporazione dei cittadini iscritti all'anagrafe comunale. Ora è vero che storicamente alle origini i Comuni erano corporazioni: ma lo erano proprio perché, a differenza di oggi, il Comune comprendeva quella parte di residenti (in generale i più ricchi e i più potenti) che volontariamente si univano in comune (di qui l'origine del nome). Il comune dunque non era un ente necessario che ricomprendeva obbligatoriamente tutti i residenti, ma era un ente volontario che comprendeva una parte dei residenti. Il Comune delle origini più propriamente una associazione che per la sua forza organizzativa e sociale conquistò poteri politici. Sostenere che quel comune di allora rientra nella categoria della corporazione è corretto e corrisponde alla realtà: effettivamente quel Comune è un ente collettivo che risulta dalla concorde volontà di una pluralità di persone le quali, tutte insieme, formano il Comune, cioè danno vita ad una forma di organizzazione che è direttamente una loro espressione e lo strumento della loro volontà associata. Confrontiamo ora il Comune di oggi con questa antica e scomparsa forma di Comune. Comune oggi= è un ente necessario, perché tutti i cittadini italiani devono far parte di un Comune, e, secondo la

legge, di quel Comune nel cui territorio risiedono abitualmente; è inoltre un ente burocratico col quale la gran massa dei cittadini ha rapporti di scambio giuridico come un qualsiasi soggetto esterno distinto da lui.

Definire oggi il Comune come una comunità (corporazione) sarebbe un errore: in ciascun Comune c'è conflitto di classe, e dove c'è conflitto di classe non può esserci comunità.

**-le società per azioni:** è un ente collettivo che è sicuramente una corporazione. Dal punto di vista giuridico fanno parte della società per azioni solo ed esclusivamente i soci. La persona giuridica società per azioni si compone dei soci. Tutti gli altri, compresi i dirigenti in quanto dirigenti, non fanno parte della persona giuridica società per azioni, ne stanno fuori. Nel rapporto capitalistico, la forza-lavoro conta solo come spesa di capitale, come oggetto, mentre il potere di comando spetta totalmente (dal punto di vista giuridico) al proprietario del capitale. La persona giuridica società per azioni unifica ed organizza i capitalisti, rappresenta unitariamente il capitale; i lavoratori, e persino i dirigenti in quanto puri funzionari del capitale, non solo elemento costitutivo della persona giuridica, ma elemento esterno con cui la persona giuridica (il capitale personificato) intrattiene rapporti interprivati.

Ritorniamo ora allo Stato. È molto grande la tentazione di ricostruire lo Stato borghese sulla falsariga di una società per azioni, Gli azionisti dello Stato, suoi proprietari e beneficiari della sua attività, sarebbero i borghesi; dirigenti dello Stato sarebbero i membri dell'apparato burocratico; dipendenti, la grande massa del popolo, che col suo lavoro e la sua attività fa vivere l'intera organizzazione sociale. Così lo Stato, a somiglianza della società per azioni, sarebbe sì una persona giuridica-corporazione, ma la corporazione appunto dei borghesi, non di tutti i cittadini. Lo Stato però non è mai la corporazione dei borghesi. In conclusione, non può essere considerato tecnicamente una corporazione in nessun senso, né come corporazione dei cittadini, né come corporazione dei funzionari dello Stato, e neppure come corporazione della classe borghese (o di qualsiasi altra classe).

Lo Stato agisce: in alcuni casi come soggetto giuridico, in altri casi come insieme coordinato di distinti soggetti giuridici.

### 3. La proprietà, il bilancio e la responsabilità giuridica dello Stato

È evidente che lo Stato deve poter disporre di mezzi materiali per assolvere ai propri compiti, e quindi, in questo senso, deve poter essere proprietario di essi. Questi mezzi vengono usati da quelle specifiche parti dell'apparato a cui servono: così gli armamenti sono usati dalle Forze armate, gli edifici scolastici dal Ministero della Pubblica Istruzione ecc... Ma queste unità amministrative minori non sono esse proprietarie dei beni che pure usano: esse sono solo beneficiarie; proprietario unico è lo Stato. I beni statali devono essere amministrati secondo le leggi dello Stato che prescrivono chi come, quando può disporre dei beni di tutto lo Stato.

**-i beni dello Stato:** si articolano in: beni demaniali, beni patrimoniali indisponibili, beni patrimoniali disponibili.

**-il bilancio dello Stato:** tutte le entrate dello Stato confluiscono in un unico conto generale: tutte le amministrazioni statali debbono obbligatoriamente versare le somme percepite in un unico conto generale dello Stato, amministrato dal ministero competente (e dalla Banca d'Italia che fugge da cassiere), per conto dello Stato tutto intero. (le eccezioni ad ex. delle c.d aziende autonome, sono appunto eccezioni disciplinate da leggi dello Stato e sotto controllo dello Stato).

Analogamente la destinazione delle somme da spendere a vantaggio delle diverse parti dell'apparato viene decisa contestualmente con un

unico atto centralizzato: il *bilancio dello Stato*, presentato per ciascun anno dal Governo e approvato con legge dal Parlamento.

-la **responsabilità giuridica dello Stato**: responsabilità prevista e disciplinata da norme giuridiche. Quindi non tratteremo qui della responsabilità politica, né di quella morale.

-la **responsabilità giuridica**: la responsabilità giuridica ha 3 significati: l'uno connesso all'altro:

1. Vista astrattamente, come qualità dei soggetti giuridici, significa generale attitudine a rispondere per fatti imputabili secondo le norme, e cioè attitudine a subire conseguenze sfavorevoli riconnesse dal diritto a carico del soggetto indicato come responsabile seguito dal verificarsi di determinati fatti. La responsabilità giuridica è il risvolto della capacità giuridica: si può essere giuridicamente incapaci e ugualmente responsabili (se l'ordinamento non concede a tutti la capacità giuridica epperò rende tutti responsabili), oppure capaci ed irresponsabili per certe classi di azioni e rispetto di certe conseguenze (ad ex. il Presidente della Repubblica è irresponsabile penalmente per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni tranne i due casi, come vedremo, di attentato alla Costituzione e alto tradimento; naturalmente il Presidente della Repubblica è capace giuridicamente rispetto a quegli atti per i quali pure non risponde penalmente).
2. Responsabilità giuridica come specifica attitudine a subire specifiche sanzioni riconnesse a specifici comportamenti o fatti entro un rapporto giuridico determinato. Al contempo si presuppone, come nel primo caso, e a differenza che nel terzo significato, che tale specifica (non più generale ed astratta) responsabilità sia pur sempre una responsabilità potenziale: non la soggezione ad una *possibile* sanzione se accadranno determinati fatti.
3. In un terzo significato responsabilità giuridica vuol dire *attuale soggezione* al potere sanzionatorio di altri: in questo caso si presuppone che il fatto che genera responsabilità sia avvenuto, e che dunque il soggetto responsabile sia tale non più in potenza ma in atto; esistono tutte le condizioni perché tale soggetto possa o debba essere colpito dalle sanzioni corrispondenti alla sua responsabilità, secondo che tale irrogazione è rimessa alla volontà di un altro (come nella *responsabilità civile*, in cui l'inadempiente risponde se il danneggiato chiede il risarcimento del danno) oppure deve comunque essere irrogata (come nel caso della *responsabilità penale*, in cui il colpevole deve essere punito).

Va notato però che anche questa responsabilità, per quanto attuale, designa una possibilità, una qualità, una attitudine, e non un fatto già accaduto. Colui che è responsabile perché ha effettivamente compiuto un illecito è passibile di una sanzione, ma non è detto che tale sanzione gli verrà irrogata effettivamente.

La responsabilità giuridica, in tutti e 3 i significati, designa sempre una possibile conseguenza; ciò che cambia è il grado di tale responsabilità: nel primo caso è una possibilità del tutto astratta; nel secondo è una possibilità relativa ad un determinato rapporto ma prima che si sia verificato il fatto per cui si diventa responsabili; nel terzo è una responsabilità attuale, perché esistono tutte le condizioni per essere fatti responsabili, per subire le conseguenze relative al fatto, ormai verificatosi, per cui si è responsabili.

**-responsabilità civile e penale:**

Normalmente nella responsabilità civile la colpa non è l'elemento determinante, nel senso che la colpa può aggravare la responsabilità, ma spesso la responsabilità civile prescinde anche dalla colpa. Nella resp. Civile, di regola, il fatto che genera responsabilità è l'emergere di un danno patrimoniale; peraltro, di regola, la resp. civile dipende dalla volontà del danneggiato.

Nel diritto penale l'oggetto principale della regola non è mai il danno patrimoniale prodotto, ma il comportamento come tale, che si vuole comunque impedire. Per tale motivo:

- a. La responsabilità penale è personale: subisce la pena solo colui che con il suo comportamento ha commesso il reato. Vi sono pochi casi in cui tale principio della personalità della responsabilità penale viene attenuato fino a scomparire. Tale è il caso del reo che risponde non de reato da lui voluto ma per quello più grave commesso dal suo complice (vedi art. 116 c.p).
- b. Poiché nel diritto penale l'elemento centrale è il comportamento, diventa determinante accertare lo *stato psichico del presunto reo*, e sapere se ha voluto consapevolmente l'evento delittuoso (cioè se il comportamento è stato tenuto con *dolo* oppure se l'evento si è prodotto senza consapevole volontà di esso ma attraverso pur sempre un comportamento volontario non conforme alle normali regole della prudenza (questa è l'ipotesi della *colpa*). In ogni caso i delitti non sono punibili se non esiste nemmeno la colpa.
- c. La sanzione penale non è proporzionale al danno economico (che oltretutto può mancare del tutto) ma viene determinata dal legislatore in base a criteri extraeconomici.
- d. Di regola responsabilità penale non dipende dalla volontà libera del danneggiato. L'azione penale è *obbligatoria*, salvi quei pochi casi in cui è subordinata ad una richiesta di qualcuno (ad ex. nel caso dei reati perseguibili solo su querela di parte).
- e. La responsabilità civile si articola in resp. contrattuale ed extracontrattuale

**-responsabilità disciplinare:** comprende al suo interno responsabilità di diverse sottospecie, tra cui quella più importante ai nostri fini è la responsabilità dei dipendenti pubblici. La responsabilità disciplinare presuppone: a) che un soggetto debba seguire determinati criteri di condotta nello svolgimento di specifici compiti in collaborazione con altre persone; b) che questa attività cooperante si svolga sotto la direzione di altri; c) che questi dirigenti abbiano dei poteri, chiamati appunto disciplinari, adeguati rispetto al fine di ristabilire la normalità di funzionamento dell'insieme cooperante, ed abbiano in particolare il potere di infliggere sanzioni a quei sottoposti che non si adeguano alle regole di funzionamento e di vita dell'insieme (sanzioni peraltro che non possono consistere in nessun caso nella privazione della libertà personale: in Italia solo i giudici possono infliggere un tale tipo di sanzione; sanzioni inoltre che non possono eccedere la loro finalità specifica).

In che senso e in che misura dunque lo Stato è responsabile giuridicamente?

Le responsabilità penale e disciplinare non sono applicabili allo Stato: la responsabilità penale è personale e quindi non compete ai soggetti collettivi; quella disciplinare anche riguarda le persone fisiche e inoltre lo Stato sovrano non può incorrere in responsabilità disciplinare, non essendo subordinato a qualcuno. Non resta che la responsabilità civile. Ora è del tutto ovvio e pacifico che l'apparato statale, nello svolgere i suoi compiti, stipula contratti privati e può provocare, con i suoi comportamenti, danni ingiusti: cioè l'apparato statale può incorrere in responsabilità contrattuale (ex art 1218cc) o extracontrattuale (ex art.2043 cc). Se tale responsabilità si verifica in concreto, se cioè effettivamente un qualunque soggetto che agisce nell'ambito delle sue competenze in nome e per conto dello Stato viola le regole di un contratto di cui lo Stato è parte oppure, con la sua attività, provoca un danno ingiusto, chi è giuridicamente responsabile (chi in pratica deve risarcire il danno)? Il singolo o i singoli impiegati che materialmente hanno commesso il fatto illecito? Quella parte di cui gli apparati di cui gli impiegati sono membri? Lo Stato nel suo insieme con tutto il suo patrimonio? Se vale la prima il danneggiato può rivalersi solo sul patrimonio dell'impiegato: se vale a terza, come vale in Italia (**art 28 Cost:** <<i>i funzionari e i

dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici>>) il danneggiato può rivalersi su tutto il patrimonio dello Stato: il che in termini economici e pratici fa una bella differenza. Nonostante ciò in Italia è enormemente difficile ottenere un'esecuzione forzata su un bene dello Stato.

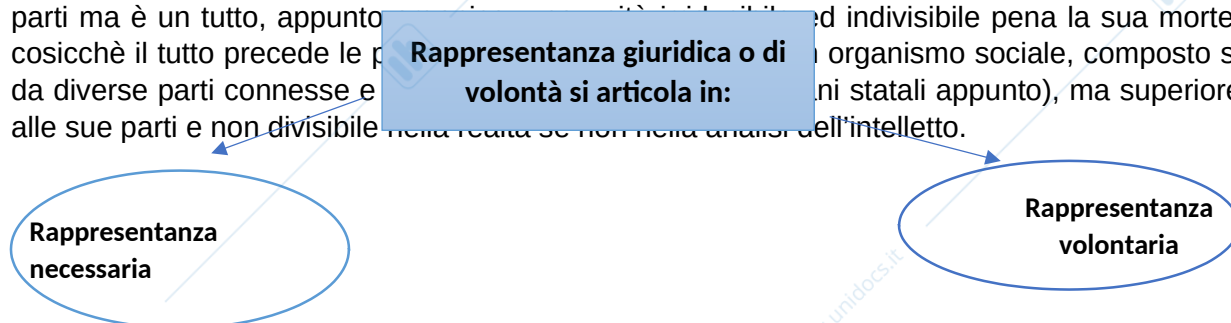
In conclusione, la regola vigente nell'ordinamento italiano è che, in tutti i casi in cui l'apparato statale commette un illecito civile, contrattuale o extracontrattuale, risponde tutto lo Stato con il suo patrimonio.

#### 4. Gli organi dello Stato

Abbiamo visto che rispetto a 3 fondamentali questioni: proprietà, entrate, spesa, responsabilità giuridica, lo Stato italiano si comporta come un soggetto giuridico e unitario, e quindi esso, per lo meno in questi 3 casi e rispetto a tali questioni, o è equiparabile ad una persona giuridica; si possono applicare ad esso le categorie e le regole della persona giuridica in generale

Ora possiamo discutere degli organi dello Stato: viene chiamato organo della persona giuridica quel soggetto autorizzato ad agire in nome e per conto, e sono organi dello Stato quei soggetti che, ciascuno entro la propria rispettiva competenza, agiscono in nome e per conto dello Stato (e quindi, volta a volta, dispongono del patrimonio dello Stato, vantano crediti dello Stato, fanno eseguire ordini dello Stato ec....).

La parola organo fu ripresa dai giuristi dell'Ottocento dalla biologia: come l'organismo vivente è tutto connesso e articolato in diverse parti; tuttavia l'organismo non è la somma delle diverse parti ma è un tutto, appunto indivisibile pena la sua morte; cosicché il tutto precede le parti (l'organismo sociale, composto sì da diverse parti connesse e articolate (i vari organi statali appunto), ma superiore alle sue parti e non divisibile nella realtà se non nella analisi dell'intelletto.



Vi sono casi in cui una persona (fisica) non possa o non voglia curare i propri interessi. In tali casi, al posto della persona che non può o non vuole agire giuridicamente, agisce un'altra persona, designata dal giudice o direttamente dalla legge (rappresentanza necessaria: imposta dal diritto → caso del minore rappresentato dai genitori esercenti la potestà genitoriale); oppure scelto dallo stesso interessato (rappresentanza volontaria.)

In questi casi chi agisce giuridicamente è il rappresentante, epperò gli effetti di questa attività si producono direttamente e immediatamente nella sfera giuridica dell'interessato (rappresentato). Nella rappresentanza giuridica vi sono sempre due soggetti fisicamente e giuridicamente distinti: il rappresentante e il rappresentato. Le persone giuridiche per definizione non possono volere: c'è bisogno che determinate persone fisiche vogliano per

esse. Vi saranno alcune persone che rappresentano necessariamente la persona giuridica e quindi agiranno in sua vece producendo effetti giuridici a carico di essa: in tal modo però:

-si crea la conseguenza paradossale e sorprendente per cui la persona giuridica diventa un soggetto privo di capacità di agire, cioè si contraddice proprio la ragione pratico-sociale che ha condotto alla creazione di questa figura organizzativa, che era quella di accrescere la efficacia giuridica e le possibilità operative delle attività umana (e non di creare nuovi soggetti incapaci di agire, come gli interdetti e i minori).

-mentre è vero che nella rappresentanza ci sono due soggetti giuridici diversi, nel caso della persona giuridica, dietro coloro che agiscono in nome e per conto di essa non c'è un altro soggetto la cui volontà può eventualmente opporsi-scontrarsi con quella dei primi: la persona giuridica in quanto soggetto unitario esiste attraverso i suoi organi; se per un attimo e materialmente li eliminiamo non ci resta più nulla della persona giuridica (resterà solo un coacervo di persone e di cose, ma non un ente unitario).

È possibile che la medesima persona fisica: per certi versi si annulli come tale e diventi la personificazione di una associazione o una fondazione; per altri che questa abbia rapporti con questa stessa persona giuridica.

**-due significati della parola organo:**

- a. Organo come prefigurazione astratta di una figura organizzativa che ha determinate competenze, deve seguire certe procedure, produce determinate conseguenze. Questo primo significato vede l'organo come potenza (possibilità)
- b. Possiamo considerarlo come attività concreta conferma a questo schema astratto. Questo secondo significato vede l'organo come atto

**-la persona giuridica è l'insieme dei suoi organi:** la persona giuridica è l'insieme dei suoi organi e, fuori di essi, non esiste (in quanto soggetto: esisterà un coacervo di persone e cose). La persona giuridica a rigore non ha organi, è gli organi (nel loro insieme). È chiaro dunque che a questa realtà è inapplicabile la figura della rappresentanza. Non esistono un rappresentante e un rappresentato, ma gli organi sono immediatamente e direttamente la persona giuridica (e non i suoi rappresentanti). Il rapporto organico è diverso dal rapporto di rappresentanza appunto perché l'organo esprime immediatamente e direttamente la persona giuridica, è lo strumento della sua capacità di agire, laddove il rappresentante si sostituisce ad un altro soggetto e dunque lo esprime mediatamente e indirettamente.

**-non può esistere un solo organo in quanto organo:** anzitutto non può esistere un solo organo in quanto organo. Se il soggetto che esprime la persona giuridica è unico, esso è giuridicamente e socialmente la stessa persona giuridica. La figura dell'organo nasce proprio perché ci sono più organi. Se ve ne fosse uno solo, esso sarebbe immediatamente e direttamente la persona giuridica.

**-la persona giuridica non esiste al di fuori dei suoi organi:** la persona giuridica è l'insieme degli organi, non esiste al di fuori di essi in quanto persona; ma proprio per questo non si identifica con nessuno di essi singolarmente preso e non si esaurisce con nessuno di essi. È per questa ragione che l'organo ha una sua individualità e una esistenza distinta dalla persona giuridica: non perché dietro gli organi vi sia un altro soggetto concreto (la persona giuridica), ma perché ciascun organo, singolarmente preso, non esaurisce la persona giuridica, né è solo un momento parziale: rispetto a tale momento (rispetto a certe competenze) l'organo esprime la persona giuridica immediatamente e direttamente, ma nel suo complesso la persona giuridica esiste solo attraverso l'insieme dei suoi organi.

-**non può esistere un rapporto tra l'organo e la persona giuridica come tale, ma solo con altri organi**: una parte può avere rapporto con altre parti, ma non col tutto, che non ha e non può avere espressione al di fuori delle parti. L'insieme è proprio una somma di parti staccate, sia pure coordinate e collegate, non è invece un soggetto distinto e separato rispetto alle sue parti.

### **5. In che senso lo Stato non è sempre un soggetto unitario**

È possibile e anzi necessario che gli organi abbiano rapporti tra di loro. Essi esprimono immediatamente e direttamente la persona giuridica verso l'esterno, ma solo pro parte, e proprio per questo, poiché ciascuno ne esprime una parte, devono potersi collegare e coordinare.

-**l'autonomizzarsi degli organi**: l'organo, in certi casi e a certi fini può rendersi autonomo rispetto alla persona giuridica (e cioè all'insieme degli organi) ed acquistare una sua soggettività indipendente e separata. In questo caso però siamo ancora all'interno della stessa persona giuridica (ente composito): si tratta di rapporti tra le diverse parti della medesima persona giuridica, e quindi non di un vero rapporto tra soggetti diversi, contrapposti ed indipendenti, ma di un conflitto interno alla medesima persona collettiva.

Il caso che vogliamo ora esaminare è diverso: l'organo si rende autonomo dalla persona giuridica ed ha rapporti propri ed indipendenti (che non diventano rapporti dell'intera persona giuridica) non con altri organi ma con altri soggetti dell'ordinamento generale distinti dalla persona giuridica, cosicché l'organo diventa esso stesso un soggetto tra gli altri entro l'ordinamento generale accanto ed in modo indipendente rispetto alla persona giuridica di cui è organo. Avviene perciò una scissione tra la persona giuridica e suo organo: quest'ultimo instaura col mondo esterno i suoi rapporti diretti che non sono e non diventano rapporti della persona giuridica di cui esso è parte.

Una volta costruito, l'organo ha una sua materiale esistenza distinta dagli altri organi; è possibile dunque che esso, il quale in origine esiste solo in funzione della persona giuridica di cui è organo, abbia e persegua interessi suoi e soltanto suoi; è possibile che, anziché agire sempre e comunque in nome e nell'interesse dell'intera persona giuridica, agisca nel suo interesse particolare.

Questa vicenda può accadere contro il diritto, e allora assistiamo ad un totale o parziale disintegrazione della persona giuridica, che non è più un insieme coerente e unitario di parti, ma in tutto o in parte si scinde in sezioni autonome o separate. La polemica ricorrente sui c.d corpi separati accenna a questa possibilità, quando sembra ed in parte si verifica che alcune parti dello Stato si rendano autonome dall'insieme e perseguano fini e interessi contrastanti con i fini e gli interessi perseguiti dall'insieme. Però questo relativo autonomizzarsi può essere accettato o addirittura voluto dallo stesso diritto: in questo caso l'organo si scinde in modo legittimo in due parti ideali e giuridiche (ideali perché materialmente l'organo resta unico; giuridiche perché è il diritto che tiene separate queste due parti ideali e dà pratica efficacia a questa separazione ideale-sociale): per un verso resta organo della persona giuridica e continua quindi ad esprimere immediatamente interessi e volontà di questa, come parte di un insieme unitario; per un altro verso persegue i suoi interessi particolari ed ha quindi rapporti giuridici puramente suoi, che non diventano interessi e rapporti dell'insieme. Per fare un esempio: nel 1° caso la responsabilità giuridica è di tutto lo Stato, nel secondo solo dell'organo.

-**gli organi persone giuridiche**: le Università degli studi rappresentano un ottimo esempio. Le Università sono persone giuridiche, distinte e separate dallo Stato (e da qualsiasi altro soggetto). Esse quindi hanno un proprio patrimonio, del tutto separato da quello dello Stato (o

di qualsiasi altro soggetto), un proprio bilancio, una propria responsabilità giuridica. Se la persona giuridica Università X commette un illecito civile, chi risponde è essa direttamente con il suo patrimonio.

Gli organi dello Stato, in quanto organi, non hanno un proprio patrimonio, un proprio bilancio, una propria responsabilità giuridica: patrimonio, bilancio e responsabilità sono dello Stato nel suo insieme. Ma le Università degli studi, persone giuridiche, rilasciano le lauree, titoli di studio con valore legale per lo Stato e valide in tutto il territorio dello Stato: per questo aspetto le università sono organi dello Stato. [La laurea è un titolo di studio rilasciato e riconosciuto dallo Stato, non dalla Università che materialmente ne attesta il conseguimento in seguito ad un regolare curriculum di studi. Quando l'autorità universitaria incaricata proclama qualcun <<dottore in>>, è lo Stato che conferisce quel titolo. Sotto questo aspetto le Università sono organi dello Stato, e come tali vengono governate giuridicamente. Così lo stesso ente <<Università degli studi>> a certi fini ed in certi casi è una persona giuridica e segue le regole proprie delle persone giuridiche, in altri casi e a fini diversi è un organo dello Stato e segue le regole applicabili agli organi. Vi sono dunque degli organo-persone giuridiche. Questa ora descritta è una situazione limite, che dimostra fino a che punto, almeno sul piano giuridico, un organo può diventare autonomo e separato dallo Stato per volontà della stessa legge statale. In questo l'autonomia giuridica è massima.

**-le aziende autonome:** ora esaminiamo le aziende e amministrazioni autonome dello Stato (un tempo numerose e oggi quasi tutte trasformate in società per azioni o in enti pubblici). Queste aziende, che spesso vendono servizi come li venderebbero dei privati (sia pure ad un prezzo politico imposto dallo Stato), che agiscono sul mercato e per questo utilizzano prevalentemente strumenti privatistici; soggette a regole di funzionamento che in più punti derogano a quelle a cui sono soggette tutte le altre articolazioni dello Stato. Così hanno: un'autonomia negoziale, un'autonomia contabile, un'autonomia di bilancio; un'autonomia patrimoniale per cui i beni ad esse assegnati, per quanto sempre di proprietà dello Stato, vengono amministrati con una certa autonomia direttamente dall'azienda autonoma in deroga alle regole generali. In nessun caso però tale autonomia giunge sino al punto da configurare l'azienda autonoma come una vera e propria persona giuridica.

Mentre la figura delle aziende e amministrazioni autonome oggi è recessiva, il legislatore ha introdotto e sta espandendo nuove figure soggettive che per un verso sono parte dello Stato e per altro verso godono di più ampia autonomia e si differenziano dagli organi dello Stato.

## 6. Gli enti pubblici

Vi sono poi casi esattamente opposti ai precedenti nei quali un soggetto pubblico non viene considerato e non è in nessun senso organo o comunque parte dello Stato; anzi dal punto di vista del patrimonio, del bilancio, della responsabilità, del personale, essa è una persona giuridica del tutto autonoma; epperò la vita dell'ente, appunto perché pubblico, è strettamente collegata a quella dello Stato e ampiamente controllata da esso. Tali sono gli enti di provvidenza ed assistenza (INPS, INAIL). Tali su altro piano erano gli enti pubblici economici: ENEL, IRI, ENI, ecc, oggi quasi tutti trasformati in società per azioni (dal 1992) o privatizzati o estinti o frammentati o riorganizzati in forme comunque privatistiche. Questi enti si comportano nel mondo dei rapporti giuridici esterni come persone giuridiche del tutto separate e distinte dallo Stato. Lo Stato però interviene al loro interno in modi spesso penetranti: così talvolta nomina e revoca i dirigenti di tali enti; può dare ad essi direttive; può controllare alcuni atti; impone ad essi lo statuto; e così via.

Vi sono casi in cui l'ente pubblico nasce per decisione dell'autorità pubblica o viene riconosciuto come ente pubblico dalla autorità pubblica competente, e casi in cui la stessa

legge direttamente istituisce l'ente pubblico. In ogni caso l'ente pubblico esiste in quanto la legge lo prevede e lo disciplina, o come tipo o come singolo e concreto ente.

-enti pubblici dipendenti dallo Stato ed altri dipendenti dalle Regioni: per i primi i poteri di vigilanza, direzione, controllo ecc.. previsti dalle leggi sono esercitati dallo Stato, per i secondi dalle Regioni.

-enti pubblici territoriali e funzionali: gli enti pubblici territoriali sono enti pubblici polifunzionali per definizione, tendenzialmente a fini generali, che individuano l'ambito dei loro compiti sulla base di un territorio che li individua, cosicché in linea di principio sono competenti su tutto ciò che accade e su tutte le persone residenti in quel territorio. Gli enti pubblici funzionali, polifunzionali o più spesso monofunzionali, sono enti incaricati di perseguire un compito determinato (opiù raramente alcuni compiti determinati). Inoltre gli enti pubblici territoriali sono enti rappresentativi (i loro organi dirigenti sono eletti direttamente o indirettamente dalle popolazioni interessate), gli enti pubblici funzionali no.

La realtà economico-sociale per cui lo Stato non agisce solo attraverso la sua propria e diretta organizzazione, ma attraverso una moltitudine di altri enti, controllati da esso, ha trovato una traduzione istituzionale-giuridica con le modifiche apportate al bilancio dello Stato e al sistema della contabilità nazionale, con la introduzione originariamente della nozione di <<settore pubblico allargato>> ed oggi più genericamente di <<amministrazioni pubbliche>>, per cui, data la elencazione delle amministrazioni pubbliche compiuta dall'Istat (istituto di statistica) su incarico della legge, ne risulta un bilancio consolidato nazionale di tutte le amministrazioni pubbliche seguendo le norme vigenti in materia di contabilità dello Stato e delle amministrazioni pubbliche (**legge 31 dicembre 2009 n.196**).

## **7. Conclusioni**

- 1) Vi sono casi in cui lo Stato si presenta ed agisce nel mondo giuridico come un unico soggetto di diritto personalizzato: cioè come una persona giuridica in senso proprio e tecnico.
- 2) Vi sono altri casi, legalmente predeterminati, in cui lo Stato appare ed agisce come un insieme coordinato di parti relativamente autonome l'una dall'altra e talvolta l'una contro l'altra.

Riepilogando i casi prima esaminati a titolo di esempio, ciò accade: a) quando un organo ha rapporti con un altro organo (di cooperazione); in tali casi non ha senso dire che lo Stato ha rapporti con se stesso, perché la verità di fatto (e la conseguenza giuridica di tale fatto) è proprio che una parte dello Stato ha rapporti con una diversa parte dello Stato e dunque entro questo rapporto ambedue le parti si comportano come soggetti autonomi e distinti. La cosa è meno evidente quando questo rapporto resta all'interno dell'apparato statale e secondo diritto non è rilevante all'esterno (nessuno al di fuori dello Stato può avvalersi di tale rapporto come elemento giuridicamente rilevante per la propria attività, e ad esempio farlo funzionare a proprio vantaggio o viceversa impugnarlo perché contrario al proprio interesse). Quando il conflitto (o comunque il rapporto) tra organi ha diretta e immediata rilevanza verso i soggetti esterni dello Stato, allora è evidente ed innegabile che rispetto alla collettività e all'ordinamento giuridico generale tali organi confliggenti appaiono e sono soggetti distinti e contrapposti; centri di potere in tal caso indipendenti e confliggenti, e dunque soggetti di diritto in tutto comparabili alle persone fisiche e alle persone giuridiche.

Così accade quando la Corte Costituzionale, organo dello Stato, annulla un atto di un altro organo dello Stato, in sede di conflitto di attribuzioni tra i poteri, se questo secondo è incompetente nei confronti di un terzo organo dello Stato che appunto rivendica di fronte alla

Corte la propria competenza. Immaginiamo che confliggano da un lato un giudice ordinario e dall'altro una o ambedue le Camere (come avviene sempre più spesso, in particolare rispetto alla applicazione della immunità parlamentare prevista dall' **art. 68 Cost**). E' evidente che la decisione della Corte in questo caso non tocca solo gli organi confliggenti ma tutti coloro che sono coinvolti nel conflitto, a cominciare dagli interessati, che saranno giudicati dall'uno o dall'altro organo secondo la decisione della Corte costituzionale.

4. Lo Stato, attraverso controlli più o meno serrati, influenza e guida molti altri enti pubblici (spesso creati da lui), i quali, pur essendo considerati e riconosciuti espressamente dal diritto persone giuridiche, e quindi centri di imputazione giuridica del tutto indipendenti e separati formalmente dallo Stato, costituiscono in definitiva strumenti indiretti della volontà statale.

- **il criterio di distinzione fra Stato ed enti pubblici:** entro i soggetti pubblici distinguiamo lo Stato da tutti gli altri soggetti pubblici, ponendo come criterio di distinzione il fatto per cui le diverse parti dello Stato, per quanto a certi fini rese autonome ed indipendenti, sono però sottoposte ad una possibilità di controllo da parte dei vertici dello Stato permanente, sistematica e generale, cosicché in ogni momento nessun aspetto della loro attività sfugge alla possibilità di controllo da parte dello Stato nel suo insieme; gli enti pubblici diversi e distinti dallo Stato sono soggetti viceversa a diverse forme di controllo, non uniformi per tutti, unificate però dalla caratteristica di essere sempre controlli puntuali, cosicché, al di fuori di questi specifici e nominati momenti, l'ente mantiene la sua autonomia ed indipendenza.

- perché lo Stato non sempre agisce come un unico soggetto di diritto: Questa irriducibilità ha una spiegazione importante e significativa. Lo Stato agisce come soggetto giuridico unitario solo a certi fini ed in certi casi, ed invece si scompone in altri casi e ad altri fini in parti relativamente autonome ed indipendenti perché lo Stato è un soggetto rappresentativo della intera collettività nazionale, e dunque accoglie necessariamente al suo interno i molti e confliggenti interessi presenti nella collettività, fino al punto che alcune parti sono specificatamente destinate a tutelare ciascuna interessi parziali e confliggenti con gli altri, cosicché anche le parti dello Stato che tutelano tali interessi sono inesorabilmente spinte a confliggere.

Lo Stato, e in generale gli enti pubblici rappresentativi (Regioni, Comuni, ecc...), debbono invece articolarsi in molte parti, perché molti e differenziati sono gli interessi sociali a cui devono far fronte, cosicché nasce la possibilità (e la necessità) che tali diverse parti confliggano e si rendano relativamente autonome.

Possiamo concludere dicendo che riserviamo la parola organo a quei soggetti dello Stato, singoli o collettivi che hanno il potere di istituire rapporti giuridici con soggetti esterni allo Stato. Tutti gli altri innumerevoli soggetti che compongono la macchina dello Stato debbono necessariamente fare capo a questi, ciascuno secondo lo specifico apparato in cui è inserito, e dunque costruiscono momento interno dell'organo e dello Stato, senza rilevanza esterna. Lo Stato moderno non ha un unico organo di vertice, ma più di uno (gli organi costituzionali), e la divisione dei poteri impedisce che l'apparato sia rigorosamente unico ed unitario.

## **CAP 6: L'ORDINAMENTO GIURIDICO**

## 1. Stato e diritto

Come sappiamo, lo Stato applica e gradua la sua forza secondo le regole. Tuttavia lo Stato non solo applica le regole agli altri soggetti a lui subordinati, ma appare esso stesso subordinato alle regole. Entriamo così nel rapporto tra Stato (=apparato monopolizzatore della forza) e diritto (=complesso di regole di comportamento giuridicamente obbligatorie). In primo luogo è necessario chiarire il significato di regola di comportamento: [alcune precisazioni: in genere le parole regola giuridica e norma giuridica saranno usate come sinonimi. Tuttavia quando si parlerà di quelle regole che l'ordinamento giuridico italiano assoggetta ad un trattamento particolare considerandole le uniche costitutive del diritto oggettivo (vedi dopo cap.6, n.5), verrà costantemente usata la parola norma giuridica, e mai regola giuridica: tutte le norma giuridiche sono regole, ma non tutte le regole giuridiche sono considerate norme giuridiche; come vedremo in seguito.)

-le leggi fisico-naurali: sono le leggi sulla cui base io comprendo il legame fra i diversi fenomeni (e, quindi, sulla base di questa stessa comprensione, mi metto in grado di prevederli e per ciò stesso di piegarli a scopi razionali). Si tratta però di *descrizioni* di fenomeni, non di *prescrizioni*: la legge mi descrive, mi spiega come avvengono i fenomeni naturali, ma non è certamente essa a determinare i fenomeni, a imporre che essi avvengano così e non altrimenti. Riassuntivamente: le leggi naturali sono indipendenti dalla volontà umana. Se il legislatore prescrive che il ladro venga punito, anche in questo caso viene istituita una relazione tra due fenomeni: tuttavia, affinché il ladro venga punito è necessario anzitutto che un giudice lo condanni, e poi che uno specifico apparato coercitivo esegua la condanna. La volontà del legislatore non si concreta se non esiste la collaborazione di altri soggetti.

- la regola di comportamento: quindi mentre con le leggi naturali lo schema è <<se X, allora Y>>; ora lo schema è <<se X, allora è obbligatorio che Y>>: se avviene il furto, allora il giudice è obbligato a condannare il ladro; se il giudice condanna, allora il carceriere è obbligato a carcerare il condannato. Il legislatore non descrive come andranno le cose, ma prescrive come dovranno andare se appunto coloro a cui la prescrizione è rivolta, si conformano ad essa. È necessario in conclusione separare nettamente le leggi fisico-naturali dalle regole di comportamento:

- o Le leggi fisico-naturali sono proposizioni descrittive: sono o vere o false
- o Le regole di comportamento sono proposizioni prescrittive: non sono né vere né false, giacché esse, in quanto prescrizioni si rivolgono ad un comportamento futuro di uomini che dipende dalla loro volontà.

Le prescrizioni sono volta a volta pretese rivolte a conservare l'ordine esistente (contro cui si manifesta la volontà diretta di mutamento) e reciprocamente tentativo di modificare l'ordine esistente (contro il quale si scontra la volontà di conservazione).

## 2. Regole (di comportamento) sociali e regole (di comportamento) giuridiche

Restringiamo la nostra indagine alle sole regole di comportamento. Ma tutte le prescrizioni, tutte le regole di comportamento osservabili in una società storicamente data, sono per ciò stesso regole giuridiche? No. Dobbiamo quindi separare quelle regole/prescrizioni di comportamento che non sono regole giuridiche, dalle regole di comportamento che sono

regole giuridiche. Per impostare la questione facciamo 4 esempi di regole di comportamento sociali:

- 1) Regole del costume puramente spontanee. (ex. in alcune regioni italiane è costume mangiare in certi orari e in un certo modo).
- 2) Regole del costume socialmente e moralmente obbligatorie: (ex. non aiutare la famiglia del fratello che versa in miseria pur avendone i mezzi significa contravvenire ad un obbligo familiare fortemente sentito). In questo caso-diversamente dal precedente-a regola è avvertita come socialmente obbligatoria, tuttavia tutto ciò che la riguarda resta affidato alla reazione spontanea degli interessati.
- 3) Regole assistite da un apparato ma non dalla forza: [tali sono le regole tipiche degli ordinamenti/ gruppi sociali che non dispongono della forza] ipotizziamo così un terzo caso: il membro di una comunità religiosa infrange una regola dell'ordine a cui appartiene. Un apposito organo permanente (ad esempio un tribunale ecclesiastico) accerta questa infrazione ed infligge una punizione al colpevole (ad ex. lo sospende, come si dice nell'ordinamento canonico, a divinis: in particolare ipotizziamo che gli interdicca di celebrare la messa). Poiché, secondo il diritto dello Stato italiano, il <<condannato>> conserva la libertà di celebrare la messa, immagiamo che egli contravvenga al divieto, e celebri la messa, magari in una casa privata. Il tribunale ecclesiastico può certamente adottare una ulteriore sanzione, e ad esempio espellere dall'ordine il ribelle. Il tribunale ecclesiastico può certamente adottare una ulteriore sanzione, e ad esempio espellere dall'ordine il ribelle. Però resta il fatto che rispetto alla prima regola vietata e alla relativa sanzione, il tribunale non possiede alcuno strumento pratico per impedire che il <<condannato>> celebri ugualmente la messa. Le caratteristiche di questo tipo di regola stanno nel fatto che: a) da un lato, non solo la regola viene posta e sentita dagli interessati come obbligatoria, ma, a differenza del tipo precedente, esiste anche uno specifico apparato destinato ad accertare la violazione di essa e ad infliggere la sanzione conseguente. Questa regola-diversamente dalla precedente-è assistita da una specifica e particolare organizzazione destinata a farla rispettare. b) epperò questo apparato non dispone della forza né per invocare la forza di un altro soggetto per imporre coattivamente la esecuzione della sua decisione. Il sacerdote sospeso a divinis nello Stato moderno, può celebrare ugualmente la messa.
- 4) Regole coercibili mediante la forza: Tutte le regole che lo Stato impone coattivamente e fa eseguire mediante la forza, di cui esso ha il monopolio, presentano appunto una caratteristica che gli altri tipi non hanno: non solo esiste un apparato imponente per imporre il rispetto della regola, o comunque la sanzione conseguente alla sua violazione, ma questo apparato dispone e usa la forza fisica, se è necessario, cosicché nei limiti dell'umanamente possibile esso raggiunge comunque il risultato prefissato.

Sia le regole del primo che del secondo tipo non sono giuridiche: se non altro perché manca loro il carattere della istituzionalità, e cioè della certezza del loro esatto tenore. Le regole del 4 tipo sono invece regole giuridiche incontestabilmente e per universale consenso. Ogni volta che si parla diritto e di norma (o regole) giuridiche, il pensiero corre immediatamente e anzitutto alla regole coerce mediante la forza. Il dubbio e la disputa ormai millenaria verte sulle regole del terzo tipo. Esse si presentano in tutto eguali a quelle del precedente tipo salvo un aspetto: non sono assistite dalla forza materiale. Una opinione molto autorevole e oggi dominante in Italia ritiene che le regole giuridiche non siano caratterizzate dal fatto che esse sono assistite dalla forza: secondo questa opinione le regole giuridiche sono caratterizzate dal fatto che esse stesse sono

assistite da uno specifico apparato diretto alla loro garanzia, anche se esso non usa la forza. Vi saranno dunque regole giuridiche coercite mediante la forza e regole giuridiche non coercite con la forza: le une e le altre però egualmente regole giuridiche.

Infine i reazionari esaltano la forza come elemento permanente, i rivoluzionari intendono contrapporre forza a forza, violenza sociale a violenza sociale, per eliminare definitivamente la violenza sociale dalla società.

### 3. Regole giuridiche e regole indirettamente (o tendenzialmente o quasi) giuridiche

Risponiamo le caratteristiche delle regole prima chiamate del terzo tipo, e cioè di quelle regole proprie di ordinamenti (di gruppi sociali organizzati) che non dispongono della forza. Queste regole sono sanzionate (non però coercite) e dunque: a) non sono affidate alla spontaneità, ma predeterminate e precisamente individuate; b) comportano conseguenze già prefigurate in astratto; c) hanno al loro servizio apparati che accertano la loro violazione e <<impongono>> la relativa sanzione; d) tendono a raggiungere il medesimo risultato di quelle incontestabilmente giuridiche, e cioè la *obbedienza media*, e normalmente la raggiungono. Quanto appena detto conferma la tesi secondo cui esiste diritto anche quando non c'è coercizione. A detta dell'autore Rescigno una riflessione più approfondita dimostra il contrario (cioè che c'è diritto solo quando c'è coercizione). Anzitutto questi ordinamenti indipendenti ed autonomi rispetto allo Stato i quali, pur non disponendo della forza, riescono mediamente ad imporre il rispetto delle proprie regole, sono tutti, necessariamente, ordinamenti volontari agli occhi dello Stato: ricordando la distinzione tra ente necessario ed ente volontario, le regole degli ordinamenti diversi dallo Stato di cui stiamo parlando si impongono se e nella misura in cui alcuni soggetti si subordinano ad esse volontariamente. (i membri di una Chiesa cattolica, possono in ogni momento uscire da questi ordinamenti, sottrarsi in tal modo alle loro regole, non piegarsi alle sanzioni che questi enti pretendono di imporre loro.). Si vede allora come la <<libertà>> di uscire da un ordinamento particolare si rovescia molto spesso in sanzione. (essere espulso da una chiesa significa non soddisfare il proprio bisogno religioso).

In conclusione le sanzioni di questi ordinamenti non coercitivi vengono spontaneamente e volontariamente subite, e dunque funzionano come sanzioni se e finché i <<condannati>> si assoggettano alla pena. Se invece si ribellano, allora la pena ultima, la sanzione definitiva, l'unica realmente efficace, è l'espulsione dal gruppo. *Questa sanzione però si fonda sulla forza, e precisamente sulla forza dello Stato.*

-La regola del terzo tipo presuppone lo Stato (e quindi le regole del quarto tipo): se il giocatore squalificato vuole entrare a forza in campo, egli viene allontanato dall'autorità statale di pubblica sicurezza, perché in questo caso il suo comportamento non costituisce solo violazione delle regole dell'ordinamento particolare della FIGC; ma violazione di una regola dello Stato. Se il giocatore multato per scorrettezze non paga la multa, la FIGC non può rivolgersi alla forza dello Stato per costringerlo a pagare: lo Stato non riconosce questa pena; se però la FIGC espelle da sé il giocatore che non ha spontaneamente pagato la multa, lo Stato protegge questa sua decisione con la sua forza, ed effettivamente il giocatore espulso non può più giocare nelle manifestazioni sportive della FIGC. In conclusione, questi ordinamenti non coercitivi, epperò ugualmente effettivi, in realtà risposano tutti sulla forza dello Stato: le loro regole sono in tutto simili a quelle statuali e funzionano come queste perché hanno alle loro spalle, per così dire, la forza dello Stato; esse confidano, in casi estremi, come ultima ratio per la loro efficacia, nello Stato, nel suo intervento.

Tutto ciò non toglie che le regole di questi ordinamenti vigono perché imposte con la forza, ma perché accettate dai membri del gruppo, tanto è vero che i singoli possono sottrarsi. *Ma questo è vero in generale di tutte le*

*regole*. La tesi qui sostenuta è che le regole giuridiche sono assistite dalla forza, non che esse sono effettive perché assistite dalla forza. Se le regole dello Stato venissero obbedite solo perché coercite, lo Stato non esisterebbe. Mediamente le regole vengono obbedite <<spontaneamente>>, e solo così è possibile allo Stato concentrare la sua forza sulle minoranze devianti. È impossibile dunque nega le differenze che ci sono tra ordinamenti coercitivi (Stato) e ordinamenti non coercitivi. Questa differenza esiste eccome. Se negli ordinamenti non coercitivi la sanzione massima da temere è la espulsione dal gruppo, negli ordinamenti coercitivi è la privazione della libertà o dei beni. Al contempo però in ordinamento non coercitivo può essere molto più solido di uno coercitivo, appunto perché solo in casi estremi si affida alla forza (dello Stato) e dunque è segno che normalmente le sue regole vengono obbedite spontaneamente. Inoltre mentre l'ordinamento non coercitivo non può impedire una scissione e cioè è debole di fronte alla minoranza, lo Stato all'inverso non solo riesce ad impedire le scissioni di minoranze (la creazione di altri Stati al suo interno) ma riesce spesso, forzando al massimo la sua repressione, a resistere alla stragrande maggioranza della popolazione, appunto perché dispone del monopolio della forza.

È necessario sottolineare che gli ordinamenti non coercitivi sono privi della forza perché lo Stato l'ha monopolizzata, ma essi tendono spontaneamente all'uso della forza: se lo Stato dovesse cessare, essi immediatamente tenderebbero a riempire questo vuoto dotandosi di propri apparati coercitivi. La Chiesa Cattolica ha perfettamente chiaro questo punto. Essa proclama di possedere ancora la vis armata (la forza armata), sia pure virtualiter.

Riassumendo: tali ordinamenti non coercitivi sono .privi della forza essenzialmente perché lo Stato l'ha monopolizzata: essi, lasciati a se stessi, tenderebbero spontaneamente ad usare la forza a protezione della proprie regole, le quali, dunque in questo senso, sono giuridiche, perché la mancanza della forza, della coercizione, è il risultato di una compressione sterna, non della loro natura: tali regole, se potessero svolgere liberamente la loro natura, sarebbero assistite dalla forza come tutte le regole giuridiche, e dunque, almeno in potenza, sono anch'esse giuridiche e in fatto lo sono tanto quanto lo Stato lo permette. Di tali ordinamenti non possiamo dire che sono giuridici, se vogliamo sottolineare un loro carattere potenziale che solo il monopolio della forza da parte dello Stato reprime; e dire ugualmente che sono quasi giuridici, o tendenzialmente giuridici, se volgiamo sottolineare che, a causa del monopolio della forza da parte dello Stato presentano una giuridicità meno piena (perché lo Stato le priva della piena giuridicità).

#### **4. L'ordinamento giuridico- le regole per risolvere le contraddizioni entro l'ordinamento**

Alla questione prima esaminata è legata la questione conosciuta come <<teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici>>. È importante, in primo luogo, tenere a mente la distinzione tra il concetto di diritto oggettivo e quello di ordinamento giuridico.

-diritto oggettivo: è l'insieme delle norme giuridiche obiettive ed uniformi che regolano l'agire umano e la vita collettiva in un ordinamento giuridico.

-ordinamento giuridico: sarebbe l'intera società o gruppo sociale in quanto organizzato secondo le norme

-**le fonti dell'ordinamento**: ciò che dà unità, coerenza e completezza all'ordinamento giuridico italiano sono due momenti correlati.

1) il fatto che è prestabilito (o comunque esistono meccanismi per decidere) quali sono i soggetti abilitati a introdurre nuove regole giuridiche (e quindi anche modificarle o eliminarle del tutto) entro l'ordinamento dato, in quali forme e modi, con quali limiti.

2) l'ordinamento è tale anche perché esso contiene al suo interno le regole che permettono di eliminare le contraddizioni (le antinomie).

- **IL CRITERIO CRONOLOGICO:** immaginiamo che il Parlamento (soggetto autorizzato) emani una legge in tutto conforme a Costituzione; immaginiamo che questo stesso Parlamento approvi successivamente una seconda legge egualmente conforme a Costituzione la quale però disponga il contrario della prima. Quale delle due bisogna applicare? L' **art 15. disp. prel. cc.** dice *lex posterior abrogat legem priorem*, e cioè: la legge posteriore abroga la legge anteriore. Questo criterio per scegliere tra 2 leggi/regole giuridiche, che sono state ambedue immesse nell'ordinamento in modo valido, è il criterio cronologico, il criterio cioè che prende a sua misura il tempo: ciò che viene dopo scaccia quello che viene prima. Art.15 disp. prel. cc: **Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore.**

**Abrogazione:** l'effetto prodotto dalla applicazione di questo criterio si chiama abrogazione. L'abrogazione in generale è quell'effetto giuridico per cui una regola giuridica valida elimina definitivamente dall'ordinamento una precedente regola giuridica valida. Bisogna sottolineare che la regola precedente non viene espunta perché non più opportuna a giudizio insindacabile da parte di chi aveva il potere di eliminarla e infatti l'ha eliminata in modo valido.

**Tre casi di abrogazione:** L'art 15 dunque vuol dire che l'abrogazione si produce solo in 3 casi: 1) se la regola successiva espressamente indica la regola precedente da espungere, 2) se la regola successiva è incompatibile con una precedente regola che quindi va espunta; 3) se il complesso successivo elimina in toto il precedente, senza necessità di esaminare se singole regole precedenti sono o non sono incompatibili con regole successive.

**L'abrogazione espressa:** il primo caso è il più semplice, l'abrogazione espressa si ha infatti quando la regola abrogata è esattamente individuata dalla regola abrogante. Molto spesso il legislatore usa questa formula <<sono abrogate tutte le regole incompatibili con la presente legge>>→ questa però non è abrogazione espressa appunto perché il legislatore non indica le regole abrogate, ma si affida all'interprete, il quale deve dire lui se una regola precedente è o non è incompatibile con la legge successiva, esattamente come avviene nella abrogazione tacita.

**L'abrogazione tacita:** il caso più semplice si ha quando una tacita regola nega quella che prescrive un'altra: in termini logici, se la prima dice A, la seconda dice non-A.

**La deroga:** ma questo caso così semplice e facilmente riconoscibile è raro. Il caso più frequente è un altro. Per capirlo bisogna introdurre la nozione di deroga in quanto effetto distinto da quello della abrogazione. Immaginiamo che una legge disciplini una categoria di soggetti individuati dalla caratteristica x; immaginiamo che una legge successiva sottragga la categoria y alla categoria x e la assoggetti a diversa disciplina. La prima legge continua ad esistere epperò non si applica all'intera categoria x, ma a questa meno la sottocategoria y. La seconda legge costituisce chiaramente una eccezione rispetto alla prima, perché regola in modo diverso un soggetto che altrimenti ricadrebbe nella legge più generale.

-Vediamo la differenza essenziale tra abrogazione e deroga: se, per qualsiasi ragione, la norma derogante cessa di esistere, automaticamente si rispede la norma derogata (la sottocategoria y, perché parte della categoria x, rientra sotto la disciplina speciale). La abrogazione invece è effetto definitivo, cioè la regola abrogata cessa definitivamente di esistere. La norma derogata al contrario viene solo compromessa dalla norma derogante, cosicché se cessa questa compromissione, la norma derogata riespande la sua efficacia fino a comprendere tutta la materia che le era stata sottratta dalla norma derogante. *La deroga è una eccezione rispetto ad altra regola più generale.*

A questo punto nasce il problema spinoso. Posto che il legislatore approva una legge la quale disciplina diversamente un oggetto che rientrava in una legge più generale, come si fa a capire se il legislatore intendeva mantenere in vita la precedente legge generale diminuita dell'oggetto ora assegnato ad una legge speciale, oppure se il legislatore tutt'al contrario intendeva abrogare la precedente legge generale sostituendola con una nuova legge che disciplina un ambito minore? Più spinoso ancora il caso inverso: posto che il legislatore emana una legge generale, come si fa a capire se le precedenti leggi, divenute ora speciali rispetto a questa seconda, restano in vigore appunto come leggi speciali, oppure sono state abrogate perché il legislatore non intendeva fare eccezioni? È in questi casi che il legislatore lascia margini discrezionali all'interprete e ai giudici.

L'abrogazione per rinnovazione in materia: terzo e ultimo caso di abrogazione. Come capire quando c'è rinnovazione di materia? Solo la pratica può rispondere, quindi di nuovo si apre spazio a giudici ed interpreti.

- IL CRITERIO GERARCHICO: il criterio cronologico non basta a risolvere tutte le antinomie che si possono creare entro l'ordinamento tra regola e regola di esso. Facciamo un ex.: il Parlamento approva una legge in tutto valida. Successivamente il Governo approva un regolamento esecutivo di tale legge, il quale però in qualche parte pretende di dire il contrario della legge. Il Governo è autorizzato ad emanare regolamenti esecutivi di una legge. I due atti collidono, entrano in contraddizione. Quindi si applica o l'uno o l'altro. Se noi applicassimo il criterio cronologico dovremmo eseguire il regolamento al posto della legge. Sarebbe però una violazione clamorosa della Costituzione e dell'ordinamento italiano. Il regolamento non può abrogare o comunque contraddire una legge del Parlamento (se il regolamento è esecutivo della legge, non può contraddirla). In questo caso si applica un altro antico adagio latino: lex superior derogat inferiori: cioè la legge superiore abroga la legge inferiore, indipendentemente dal tempo dell'una e dell'altra. Questo però vuol dire che se tale regola superiore in concreto non c'è, allora la regola inferiore potrebbe tranquillamente essere immessa nell'ordinamento. Questo secondo criterio si chiama gerarchico: cioè esso seleziona le regole sulla base della forza reciproca. Posto che esistono atti più forti e atti meno forti (atti normativi che prevalgono su altri), quando entrano in conflitto due atti di diversa forza, il superiore prevale sull'inferiore.

-Rapporto tra criterio cronologico e criterio gerarchico: è chiaro che il criterio gerarchico è un criterio alternativo a quello cronologico: o si applica uno o si applica l'altro, ma non possono applicarsi entrambi contemporaneamente. Più precisamente il criterio gerarchico potrebbe prevalere su quello cronologico: il secondo si può applicare solo quando non si può applicare il primo (quello gerarchico) perché gli atti incompatibili hanno la medesima forza reciproca, mentre il criterio gerarchico, prescindendo dal tempo, scaccia il criterio cronologico e si applica al suo posto anche quando quest'ultimo, astrattamente, si potrebbe applicare. E infatti: la legge prevale sul regolamento esecutivo sia che quest'ultimo sia anteriore sia che sia posteriore nel tempo rispetto alla legge: cioè la legge scaccia il regolamento non perché viene dopo ma perché è più forte. Detto altrimenti: il criterio gerarchico assorbe quello cronologico. Per conseguenza: date due regole/atti normativi che non è possibile applicare contemporaneamente perché incompatibili (cossichè o si applica una o si applica l'altra), è necessario anzitutto esaminare se tra le due regole esiste gerarchia; se esiste allora si applica il criterio gerarchico, se invece tale gerarchia non c'è (ex. legge del Parlamento vs legge del Parlamento; legge del Parlamento vs decreto-legge del Governo), allora si applica il criterio cronologico. Il criterio gerarchico deve essere verificato per primo, e cioè, come volevasi dimostrare, prevale su quello cronologico.

- **CRITERIO DELLA COMPETENZA:** quando applichiamo il criterio gerarchico noi presupponiamo che l'atto gerarchicamente inferiore sia competente, e cioè che in astratto possa occuparsi dell'oggetto disciplinato: se però su quel medesimo oggetto è intervenuto o interviene un altro atto normativo gerarchicamente superiore, quello gerarchicamente inferiore o nasce illegittimo nella parte in cui pretende di contraddire l'atto ad esso gerarchicamente superiore, o viene abrogato (o diventa illegittimo) a causa dell'atto gerarchicamente sovraordinato intervenuto successivamente. La illegittimità o l'abrogazione dell'atto gerarchicamente subordinato è in questo senso eventuale: dipende dal contenuto dell'atto gerarchicamente superiore.

-Tuttavia è possibile che vi sia un terzo caso: per disposizione di un atto gerarchicamente superiore (ex.Costituzione) un determinato atto può occuparsi solo di determinati oggetti indicati dallo stesso atto superiore; se quell'atto pretende di disciplinare oggetti sui quali non è competente, questo solo fatto è sufficiente per causarne la invalidità. Oggi il nuovo **art.117 Costituzione** elenca le materie nelle quali è competente la legge statale: se una legge statale pretende di disciplinare una materia che non rientra nell'elenco, essa è automaticamente incostituzionale. In questo senso la sua invalidità non è affatto eventuale: non dipende dal contenuto di un atto gerarchicamente superiore, ma dipende dal fatto che un atto gerarchicamente superiore ha già stabilito una volta per tutte che quel determinato atto può occuparsi solo di determinate cose.

Nella gerarchia il rapporto è trilatero: un atto superiore (C) prevede che vi siano due atti normativi distinti (che chiameremo A e B) che in astratto potrebbero occuparsi del medesimo oggetto, ma stabilisce che se i contenuti di A e B sono incompatibili. A prevale su B. Nella competenza il rapporto invece è bilatero: C ha stabilito che un certo atto (D) può occuparsi solo di alcuni oggetti e di nessun altro.

La differenza tra gerarchia e competenza diventa ancora più evidente quando si dà caso di competenza per così dire rinforzata, e cioè una competenza accompagnata da una riserva: C ha stabilito che l'atto E è competente solo rispetto all'oggetto x e nello stesso tempo che solo E è competente su tale oggetto. In questo caso sussistono due limiti di competenza: uno rispetto ad E, il quale non può occuparsi di oggetti diversi da quelli previsti da C; un secondo rispetto a tutti gli altri atti normativi esistenti, i quali non possono occuparsi dell'oggetto (o degli oggetti) riservati alla competenza di E. Nel caso invece in cui vi sia limitazione della competenza, senza però riserva, E è competente soltanto su un determinato oggetto (o determinati oggetti, o in una certa materia o in certe materie), ma se non c'è riserva non è detto che di quegli oggetti non possa occuparsi o non si occupi un altro atto normativo.

Rapporto tra il criterio della competenza e gli altri due: il criterio della competenza non esclude quello cronologico se il confronto avviene tra due atti del medesimo tipo. Il criterio della competenza, quando è applicabile, regola il rapporto tra un determinato atto e tutti gli altri di diversa natura, ma non esclude che si applichi contemporaneamente il criterio cronologico tra un atto e atto del medesimo tipo. È pacifico perciò che il regolamento parlamentare posteriore abroga quello anteriore. La seconda precisazione ci dice che il criterio di competenza non esclude neppure quello gerarchico, entro certi limiti. Facciamo l'esempio del regolamento parlamentare e diamo per acquisito che, secondo Costituzione, il regolamento parlamentare può occuparsi soltanto della organizzazione e del funzionamento di una camera e nello stesso tempo nessun altro atto può occuparsi di questi due oggetti. Il regolamento parlamentare è bensì l'unico competente a disciplinare certi oggetti, ma entro i limiti della Costituzione. Il regolamento parlamentare dunque è subordinato alla Costituzione e perciò, per ragioni che vedremo, è subordinato anche alle leggi di revisione costituzionale e alle leggi costituzionali:

queste ultima possono dunque abrogare il regolamento parlamentare mentre il regolamento parlamentare non può abrogare o contraddire la Costituzione e le leggi costituzionali. In una parola, il regolamento parlamentare è gerarchicamente inferiore alla Costituzione, alle leggi di revisione costituzionale e alle altre leggi costituzionali.

Come si vede, rispetto ad un atto del tipo qui esaminato (il regolamento parlamentare), i tre criteri si applicano parallelamente tutti e tre in questo modo: il criterio gerarchico si applica ai rapporti tra questo atto ed alcuni individuati atti ad esso superiori (nell'esempio: Costituzione e leggi costituzionali); il criterio della competenza si applica ai rapporti tra questo atto e tutti gli altri atti dell'ordinamento (eccettuati ovviamente i primi); il criterio cronologico si applica ai rapporti interni al tipo di atto, e cioè tra atto e atto dello stesso tipo. I criteri si dispongono per così dire orizzontalmente, senza intersecarsi, giacché ciascuno riguarda un settore dei rapporti tra l'atto considerato e tutti gli altri atti normativi dell'ordinamento.

Il criterio gerarchico si esprime in due modi differenti: ora espelle dall'ordinamento una norma fin qui valida, ora impedisce la valida immissione di una nuova norma: si ha il primo caso quando la norma gerarchicamente superiore viene immessa nell'ordinamento dopo che la norma inferiore era già entrata in vigore; si ha il secondo quando la norma superiore è già in vigore e quella inferiore pretende, illegalmente, di far parte anch'essa dell'ordinamento.

Il criterio della competenza impedisce la valida immissione nell'ordinamento di nuove norme: si esprime in un effetto simmetricamente opposto a quello del criterio cronologico. Riassumendo:

- o Il criterio della gerarchia → possiede ambedue la qualità di espellere vecchie norme ed impedire la immissione di nuove norme;
- o Il criterio cronologico → può solo espellere vecchie norme
- o Il criterio della competenza → può solo impedire la immissione di nuove norme

## 5. Criteri di competenza delle fonti dell'ordinamento giuridico

L'ordinamento determina da se stesso le proprie fonti. Le fonti del diritto sono quegli atti o fatti abilitati a porre norme giuridiche. Gli atti normativi sono manifestazioni di volontà consapevolmente diretti a produrre norme; i fatti normativi sono comportamenti sociali da cui l'ordinamento ricava norme senza che questo effetto sia consapevolmente voluto da qualcuno (ad esempio la consuetudine). Premettiamo che l'ordinamento italiano non contiene un elenco tassativo ed esauriente delle sue fonti. L' **art 1. discp. prel. cc.** contiene un elenco puramente indicativo, non tassativo delle fonti del diritto: sono fonti del diritto le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi. Ma neanche la Costituzione contiene ed lenca tutte le fonti dell'ordinamento italiano; qual è allora il criterio per decidere se un atto è fonte del diritto oppure no?

-Regole generali e astratte e regole particolari e concrete:

- ✚ Regola generale e astratta: è una regola formulata in modo ipotetico, generale e impersonale: una regola quindi rivolta al futuro, ad un numero indeterminabile di comportamenti possibili, ad un numero indeterminabile ed indeterminato di persone. È quindi una regola impersonale ed indefinitivamente ripetibile: si applicherà in futuro tante volte e a tante persone quanti saranno gli imprevedibili casi concreti che corrisponderanno alla previsione astratta.
- ✚ Regola particolare e concreta: regola formulata in relazione a persone determinate rispetto a sepcfici fatti. Una sentenza, un provvedimento amministrativo rispetto a

determinate persone individuate o individuabili, un contratto, sono tutti atti che contengono regole concrete.

Dal punto di vista della completezza esistono anche atti particolari ed astratti ed atti generali e concreti.

In linea generale, solo alle regole generali e astratte è riservato il nome di *norme giuridiche*. Normalmente le seconde (regole particolari e astratte) sono applicazione delle prime: dunque per conoscere un ordinamento è sufficiente conoscere le regole generali e astratte. D'altra parte lo studio e l'attenzione devono concentrarsi su queste perché esse sono più importanti di quelle concrete: durano nel tempo, riguardano tutti, o grandi gruppi sociali, costituiscono il criterio di validità delle regole concrete. Conseguentemente per mutare l'ordinamento basta cambiare le regole generali e astratte e quelle concrete cambieranno in conformità: tale principio può applicarsi solo se le regole particolari e concrete corrispondono a quelle generali ed astratte. Quali sono queste diverse e specifiche conseguenze che l'ordinamento italiano ricollega alla qualità di norme giuridiche?

-il ricorso alla Cassazione per violazione di diritto: la prima e più importante conseguenza è questa: nel nostro ordinamento è previsto un particolare organo giurisdizionale, la Corte di cassazione abbia come compito principale quello di garantire la uniformità della interpretazione delle norme giuridiche da parte dei giudici: a questo fine, come rimedio contro le sentenze erranee, è previsto il c.d. *ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto*, col quale appunto una parte interessata chiese alla Cassazione di cassare (cassare una sentenza=annullare una sentenza) la sentenza perché contraria alle norme giuridiche. Ebbene, tale ricorso è ammissibile quando si pretende che il giudice abbia male interpretato una norma, e non quando abbia male ricostruito il fatto. È necessario dunque distinguere tra norme e fatti. Un contratto, a questo fine, è un atto normativo o un fatto? La pratica risponde con sicurezza: è un fatto. E un regolamento ministeriale? Secondo i giudici italiani è certamente un atto normativo. È evidente che per il diritto italiano vi sono atti normativi la cui violazione è conoscibile dalla Cassazione, e atti non normativi la cui violazione non è conoscibile dalla Cassazione in sede di ricorso per violazione di diritto.

-la interpretazione delle norme giuridiche: il contratto va interpretato quanto più possibile secondo le intenzioni soggettive dei contraenti; le norme giuridiche vanno interpretate oggettivamente, secondo il significato sociale e generale che le parole usate hanno, anche quando tale significato non corrisponde pienamente alla intenzione del legislatore (art.12cc). Si usa bensì rifarsi agli Atti parlamentari, ma il principio generale è che gli atti parlamentari possono servire utilmente a confermare una interpretazione dubbia, non invece a far prevalere la intenzione dei parlamentari sull'oggettivo ed incontrovertibile significato delle proposizioni dell'atto legislativo.

Inoltre le norme giuridiche durano nel tempo, per anni e talvolta per secoli, esse devono adeguarsi ai tempi: se l'interprete dovesse rimanere vincolato alla originaria intenzione del legislatore, le regole verrebbero irrigidite.

-L'ignoranza della legge: un'altra differenza di trattamento tra norme giuridiche e tutti gli altri atti riguarda la disciplina dell'ignoranza: il principio generale vigente in tema di norme giuridiche è che *ignorantia legis non excusat* (l'ignoranza della legge non costituisce esimente) o *nemo jus ignorare censetur* (si presume che nessuno ignori il diritto): le norme obbligano indipendentemente dalla loro conoscenza; esattamente al contrario gli atti giuridici che non sono produttori di diritto in generale non obbligano se non conosciuti. Il principio secondo cui l'ignoranza della legge non scusa ammetteva ed ammette varie eccezioni; in campo penale, in base all' **art. 5 del c.p.**, fino alla sentenza della Corte Costituzionale di cui diremo a breve, la ignoranza della legge non poteva costituire mai esimente. Oggi, dopo la **sentenza n.364 del**

1988 della Corte Costituzionale, anche nel campo penale l'ignoranza della legge va ammessa quando essa, per circostanze oggettive, era inevitabile: spetterà ai giudici stabilire quando essa era inevitabile e quando no.

-il principio <<iura novit curia>>: (il giudice conosce il diritto). Questo principio vuol dire che il giudice deve applicare le norme giuridiche indipendentemente dalla prova della esistenza di queste norme da parte delle parti e indipendentemente dalle richieste di esse, mentre questo stesso giudice in generale non conosce i fatti, cioè non può giudicare su fatti se questi non vengono adottati e provati dalle parti e non risultano ufficialmente agli atti. Queste sono alcune delle principali differenze tra le norme giuridiche (costitutive del diritto oggettivo e dell'ordinamento giuridico) e le innumerevoli altre regole poste da atti giuridici che non vengono considerate norme giuridiche (non costitutive del diritto oggettivo).

Tutte le leggi ordinarie, qualunque sia il contenuto sono trattate come atti normativi e le regole in essa contenute sono norme giuridiche; vi sono all'inverso regole generali e astratte, applicate dai giudici, che unanimemente non vengono considerate norme giuridiche.

Dunque, possiamo affermare che:

- Vi sono atti considerati unanimemente normativi, i quali di regola sono generali e astratti, ma restano normativi anche quando contengono regole concrete: tali sono sicuramente tutti quelli che esamineremo nel prossimo capitolo (legge, legge regionale, regolamento).
- Vi sono atti che unanimemente sono considerati non normativi: sono tali tutti gli atti ricordati nel precedente punto quando contengono regole concrete (quindi quasi tutte le sentenze, quasi tutti i contratti, gli atti amministrativi che riguardano singoli individui)
- Vi sono alcuni atti i quali, poiché sono generali e astratti, pur non rientrando tra quelli del primo punto, da alcuni sono considerati atti normativi, da altri no: così si disputa sulla natura delle deliberazioni dei comitati interministeriali che contengono regole generali e astratte, dei bandi di concorso, dei capitoli di appalto, dei contratti collettivi di lavoro.... Si tratta di atti che sono tutti generali e astratti dal punto di vista logico, e che però. Per ragioni diverse, da molto dalla maggioranza vengono considerati atti normativi. Le ragioni più usate per negare la loro natura di atti normativi sono queste: non provengono da autorità pubbliche, non vengono pubblicati su fogli legali, sono atti preliminari rispetto ad atti concreti e quindi destinati a cessare con essi.

-L'ordinamento determina da se stesso le sue fonti: l'ordinamento giuridico è ordinato in primo senso perché determina da se stesso le sue fonti, e cioè decide mediante sue regole o norme come si producono validamente altre regole o norme.

- a) L'ordinamento giuridico determina sempre quali atti e fatti sono giuridicamente leciti, quali atti o fatti sono giuridicamente illeciti, restando inteso che tutti gli altri innumerevoli atti o fatti sono giuridicamente indifferenti.
- b) All'interno degli atti o fatti riconosciuti giuridicamente leciti, diventano automaticamente e di necessità atti o fatti produttori di regole (in senso lato) tutti quegli atti o fatti che pongono, col loro prodursi, regole di comportamento (ex. i contratti).
- c) All'interno di questi atti o fatti produttori di regole in senso lato, l'ordinamento italiano individua quali atti o fatti sono sicuramente produttori di norme giuridiche in senso proprio (=regole di comportamento che ricevono un trattamento particolare per la loro provenienza e la loro generalità ed astrattezza), quali atti o fatti sicuramente non sono produttori di norme giuridiche; e lascia che vi sia dubbio rispetto ad una minoranza di

atti o fatti che ora vengono assegnati agli atti normativi ora viceversa alla categoria degli atti non normativi a discrezione dei giudici e degli interpreti.

-Divieto del non liquet. L'ordinamento impone sempre una decisione: (non liquet=non è chiaro, e quindi, per traslato, mi astengo) la regola del divieto del non liquet è la regola che fa divieto di astenersi: regola propria degli ordinamenti moderni che pone l'obbligo ai giudici di pronunciarsi sempre e comunque, e dunque fa obbligo di dire sempre se un fatto è lecito, o illecito, o indifferente (e conseguentemente se è o non è produttore di regole giuridicamente rilevanti, e conseguentemente ancora se è o non è atto normativo). In tal modo esiste una procedura che permette sempre, o meglio, impone sempre ai giudici di decidere se una regola entra o non entra a far parte dell'ordinamento.

## 6. Alcuni tipi di regole giuridiche

-le regole di organizzazione: prescrivono come devono essere organizzati uffici, enti, associazioni e in generale organizzazioni.

-le regole definitorie: classificano persone e cose secondo certi criteri: (sono regole definitorie quelle sulla cittadinanza, perché servono ad individuare i cittadini rispetto agli stranieri e agli apolidi, quelle che distinguono tra beni mobili e immobili).

-le regole sulle regole: le regole sulle regole hanno ad oggetto altre regole e prescrivono come tali regole vanno trattate (ad ecc. Le regole sulla interpretazione delle regole: vedi ad es. **l'art 12 delle disp. prel. al c.c.**)

-regole primarie e regole secondarie: regole primarie sono quelle che descrivono il comportamento permesso o obbligatorio o vietato, regole secondarie sono quelle che, nel caso di violazione delle regole primarie, prescrivono la sanzione da infliggere al responsabile della violazione.

Il collegamento tra regole: le norme giuridiche si applicano quasi sempre attraverso combinazioni, collegamenti, comparazioni e intrecci tra molte norme applicabili al caso specifico che si intende risolvere.

## 7. Sulla pluralità degli ordinamenti

È abbastanza evidente il legame che esiste tra questa questione e la più generale problematica della società pluralistica (è possibile coniugare la concezione della pluralità degli ordinamenti giuridici con lo Stato totalitario: così Santi Romano in Italia è stato il giurista che per primo ha elaborato la concezione della pluralità degli ordinamenti giuridici, si è tranquillamente riconosciuto nello Stato fascista, di cui è stato autorevole esponente. Resta però vero che la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici si coordina meglio e più coerentemente con la concezione pluralista della società e dello Stato, e non a caso essa è divenuta dominante tra i giuristi del secondo dopoguerra, e non durante il fascismo).

Oggi tra i giuristi prevale la tesi secondo cui esistono molti ordinamenti giuridici, variante differenziati e collegati tra loro. Secondo tale concezione, lo Stato è solo l'ordinamento giuridico che li ricomprende tutti, a non è l'unico ordinamento giuridico. Sarebbe facile concludere che sono ordinamenti giuridici gli ordinamenti coercitivi (e quindi l'ordinamento dello Stato e quegli ordinamenti creativi creati o riconosciuti dallo Stato), mentre altri ordinamenti, non coercitivi per se stessi, riescono ad esserlo indirettamente avvalendosi della forza dello Stato, dal momento che lo Stato ha monopolizzato la forza e dunque, se lo Stato non esistesse, essi spontaneamente tenderebbero a restaurare l'uso della forza al servizio delle proprie regole. Questa traduzione nasconde una ambiguità che va sciolta.

-Due significati della parola ordinamento:

- Ordinamento come *insieme delle regole che ordinano cose*: qui l'ordinamento è l'insieme delle regole, e le cose ordinate sono l'oggetto di esso ma ne stanno fuori
- Ordinamento come *insieme delle cose ordinate dalle regole*: ordinamento sono le cose ordinate, e le regole ordinatrici sono una parte idealmente distinguibile, ma nella realtà oggettiva organicamente fusa con le cose ordinate

Quando uso l'espressione ordinamento dello Stato posso intendere due cose: o intendo l'insieme delle regole che l'ente Stato applica a se stesso e all'intera società e che esso crea direttamente o comunque fa proprie anche se create da altri (lo Stato crea le regole attraverso il Parlamento; fa proprie le regole create con legge regionale dalle Regioni); oppure intendo l'insieme delle cose ordinate dallo Stato con le sue regole, e poiché tali cose ordinate sono sia lo stesso apparato Stato sia soprattutto e principalmente la stessa società retta a Stato, nasce immediatamente l'equivoco per cui l'ordinamento dello Stato (in questo senso)= società organizzata, o più seccamente Stato=società.

-Stato, ordinamento giuridico, società:

Se noi usiamo la espressione <<ordinamento giuridico dello Stato>> nel primo significato, non nasca alcuna confusione: è chiaro che lo Stato è l'insieme delle regole giuridiche ma l'ente che o crea o recepisce tali regole e le coarctisce; nello stesso tempo l'ordinamento giuridico non è la società, giacché tali regole disciplinano una parte della vita associata e dunque non esauriscono la società. Stato, ordinamento giuridico dello Stato, società sono tre realtà collegate ma distinte e inconfondibili: lo Stato è il soggetto regolatore (e regolato se stesso); la società è l'insieme regolato; l'ordinamento giuridico è il medium; è l'insieme delle regole che connettono (a certi fini e in certi casi) Stato e società.

Anzitutto lo Stato regola ma è esso stesso regolato: l'ordinamento giuridico regola lo Stato stesso. Lo stesso ragionamento può ripetersi per il rapporto società-ordinamento giuridico e società-Stato. La società dello Stato è regolata dallo Stato ma nello stesso tempo influenza, condiziona lo Stato, fino al punto che attraverso i partiti lo dirige. Chi comanda è comandato, e chi è comandato comanda. La società, ricompresa nello Stato, perché da esso disciplinata, a sua volta ricomprende lo Stato, perché lo Stato diventa una parte dell'insieme sociale, un momento specifico entro la infinita varietà dei rapporti sociali.

L'ordinamento giuridico regola i rapporti sociali (alcuni rapporti sociali), ma le regole senza effettivi rapporti sociali sarebbero vane e cioè non-regole, e dunque l'ordinamento esiste in quando esistono le cose ordinate. Non bisogna però considerare tali rapporti come un processo circolare e continuo; dire che *Stato=ordinamento giuridico=società*, significa annullare proprio il processo, precludendosi la possibilità di comprendere il mutamento. Al contrario questi 3 concetti fissano temporaneamente e transitoriamente tre momenti di un concreto e continuo processo storico-sociale e vanno distinti perché rappresentano una differenziazione interna dell'intero corpo sociale e dunque fondano la possibilità di conflitto tra i diversi momenti e spiegano come e perché tali conflitti effettivamente avvengono. Sarebbe più opportuno indicare questo processo storico-sociale con il termine società, perché la società è l'insieme storico sociale che comprende come suoi momenti particolari le regole giuridiche e lo Stato e che, differenziandosi al suo interno, pone anche se stesso come momento particolare del tutto sociale. [la società nel momento stesso in cui dà vita allo Stato e all'ordinamento giuridico dello Stato come parti separate rispetto a sé, diventa essa stessa una parte separata del tutto sociale. La società è più vasta dell'ordinamento giuridico e dello Stato: l'ordinamento giuridico e lo Stato non sono concepibili senza la società; la società almeno idealmente è concepibile senza regole giuridiche (coarctive) e senza Stato (ente monopolizzatore della forza).

-enti collettivi, loro ordinamenti, base sociale: questo ragionamento si può ripetere anche per gli enti collettivi. Se noi esaminiamo un ente collettivo significativamente numeroso, complesso, organizzato e stabile nel tempo, ritroviamo i 3 elementi prima esaminati, e cioè un copro sociale collettivo (la base), un gruppo dirigente (il vertice) e un elemento cementatore composto dalla regole che connettono base e vertice e disciplinano sia i comportamenti della base, sia quelli del vertice, sia quelli tra base e vertice. L'autonomia delle singole parti è talmente relativa da non impedire una ricostruzione unitaria dell'insieme; è tale da consentire di affermare che questo ente unitario e omogeneo in ogni sua parte e in ogni sua manifestazione, o comunque tende all'unità e mediamente riesce a mantenerla. Ma allora come noi chiamiamo partito l'insieme di dirigenti e diretti, base e vertice, regole e attività regolata del partito. Così sembra del tutto legittimo ed anzi necessario chiamare Stato l'insieme di governanti e governati, di apparato statale e società. Ritorna così il nodo centrale dello Stato. Come prima, questa pretesa di riunificazione entro lo Stato del tutto sociale va rifiutata: la equiparazione sopra ricordata tra enti collettivi e lo Stato tradisce la realtà; lo Stato è un ente necessario che usa la forza, ed è un ente necessario dotato della forza proprio perché la società che esso organizza e dirige senza la forza si disintegrerebbe. Lo Stato cioè è la sede delle contraddizioni sociali e l'ente risolutore, mediante la forza, di tali contraddizioni. Postulare in questo caso una immediata unità e una omogeneità tra ente regolatore e soggetti regolati significa negare la specificità dello Stato: lo Stato esiste proprio perché non esiste omogeneità e unità nella società. Ogni qual volta lo Stato usa la forza, esso dimostra fisicamente ed incontrovertibilmente che la società non è unita, ma deve essere tenuta unita da una potenza ad essa superiore.

In conclusione viene qui respinto il concetto di ordinamento giuridico come complesso di cose ordinate (come gruppo sociale ordinato) perché fonte di gravi travisamenti della realtà, e l'espressione ordinamento giuridico sarà usata come per l'innanzi solo nel senso rigoroso di complesso ordinato di regole.

## **8. Ordinamento giuridico dello Stato e altri ordinamenti**

Esistono 3 questioni distinte comprese sotto la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. La riflessione sulla realtà organizzata dello Stato ha mostrato che esistono, entro l'apparato dello Stato, ed entro l'ordinamento generale dello Stato apparati minor con una autonomia talmente vasta ed incisiva da suggerire una loro ricostruzione in termini di ordinamenti giuridici minori entro lo Stato. Affinchè questo tentativo abbia senso è necessario: a) che esista una pluralità di soggetti unificati da un'unica organizzazione specifica; b) che questa specifica organizzazione abbia una sia capacità normativa autonoma nei confronti di se stessa, e quindi rispetto alla propria stessa organizzazione ed a tutti i membri che a vario titolo la compongono; c) che questa normativa propria sia amministrata dalla stessa organizzazione interessata, la quale deve quindi possedere un suo specifico apparato di produzione delle regole, un apparato amministrativo sulla base di tali regole, un apparato di controllo per garantire la conformità delle regole.

L'ordinamento militare sembra rispondere a questi requisiti. Questa organizzazione elabora quotidianamente per la sua vita, attraverso suoi organi interni, in modo sistematico e permanente, una serie di regole in piena autonomia dal resto dello Stato; questa stessa organizzazione ha una serie di meccanismi di controllo interni che culminano nei Tribunali militari. Questo ordinamento particolare è tale col consenso dello Stato: cioè è del tutto legittimo; in secondo luogo esso è rigorosamente interno allo Stato, giacché si tratta di uno specifico apparato che rientra entro l'organizzazione dello Stato e le sue regole (così ad ex. i militari di carriera sono dipendenti statali, i beni delle Forze armate sono beni dello Stato, le

spese delle Forze armate rientrano nel bilancio dello Stato); in terzo luogo esso usa direttamente la forza.

Tali ordinamenti, pur essendo interni allo Stato, tendono a creare rispetto a se stessi principi generali diversi rispetto a quelli dello Stato in generale: si crea un sistema di regole unificato e caratterizzato da principi generali propri esclusivamente di questo ordinamento e diversi da quelli generali dello Stato. D'altra parte questo ordinamento particolare coesiste con quello generale: per una parte le forze armate sono disciplinate dall'ordinamento loro specifico, per altra parte restano disciplinate dall'ordinamento generale; in secondo luogo le stesse regole dell'ordinamento particolare sono collegate a quelle statali, se non altro perché non possono violare norme costituzionali.

-l'ordinamento del credito: dopo la Costituzione del Sistema europeo diretto dalla BC l'autonomia di questo settore rispetto all'ordinamento della Repubblica italiana è enormemente aumentata, vive e si caratterizza come un ordinamento speciale.

-l'ordinamento sezionale: organizza una sezione della vita associata individuata per caratteristiche materiali e funzionali; unifica soggetti di diversa qualità e provenienza, i quali, al di fuori di questa attività che rientra nell'ordinamento sezionale, restano disciplinati in modo anche profondamente diverso: così mescolati insieme troviamo organi dello Stato (ministro del tesoro, Cicr), enti pubblici (banche pubbliche, prima della privatizzazione), persone giuridiche private (banche private).

-ordinamenti indipendenti: un partito, una chiesa, un sindacato, un'impresa si presentano come una pluralità di persone fisiche organizzate unitariamente da un apparato centralizzato mediante regole prodotte dalla stessa organizzazione. Rispetto a queste organizzazioni il punto essenziale è che il loro ordinamento è del tutto separato dallo Stato e dall'ordinamento giuridico dello Stato.

Ci si chiede così quali possibili rapporti si creano tra l'ordinamento giuridico generale dello Stato e tali ordinamenti particolari, esterni ad esso? Si sostiene che esistono 3 possibili rapporti tra ordinamento dello Stato e altri ordinamenti indipendenti dello Stato: di riconoscimento, di indifferenza, di opposizione.

- o Rapporto di riconoscimento: qui l'ordinamento giuridico dello Stato riconosce la esistenza dell'altro ordinamento a lui esterno ed entro certi limiti attribuisce efficacia e protezione alle sue norme (tale è ad esempio il rapporto tra ordinamento dello Stato e ordinamento della Chiesa cattolica).
- o Rapporto di indifferenza: l'ordinamento dello Stato non ostacola l'altro ordinamento ma neppure gli attribuisce alcuna efficacia o protezione in quanto ordinamento.
- o Rapporto di opposizione: qui l'ordinamento dello Stato vieta la esistenza dell'altro ordinamento e mediante sanzioni cerca di distruggerlo. (ex. mafia)

Va notato che in tal modo le tre posizioni ora descritte vengono costruite assumendo come criterio di distinzione l'atteggiamento dello Stato: vi sarà la prima/la seconda/la terza secondo quando deciderà lo Stato-→ in tal modo però la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici (che vuole riaffermare la autonomia ed indipendenza che gli ordinamenti particolari hanno rispetto allo Stato) crolla. Se i tre possibili rapporti tra Stato ed altri ordinamenti dipendono dallo stesso Stato, cessa ogni parità tra l'uno e gli altri. Il pensiero dell'autore inglese Hart ovvia a questo pericolo: secondo questa tesi bisogna distinguere tra un punto di vista interno ad un ordinamento e un punto di vista esterno. Le conclusioni rispetto ad un medesimo fenomeno possono essere diverse secondo che ci si ponga all'interno di un determinato ordinamento o all'esterno di esso: l'ordinamento dato può imporre di considerare quel fatto in un certo modo, e un altro ordinamento può imporre di considerarlo in modo del tutto diverso. Ciò che è reato per lo Stato, può non esserlo per la Chiesa e viceversa (ex. vicenda vescovo

di Prato\*).

Così esistono tanti

punti di vista interni agli ordinamenti, quanti sono gli ordinamenti considerati.

- i rapporti tra Stato ed ordinamento sono asimmetrici, non paritari: l'ordinamento dello Stato può realmente assumere tre diversi atteggiamenti verso gli altri ordinamenti indipendenti da lui, e può o riconoscerli o ignorarli, o viceversa combatterli; gli altri ordinamenti possono o riconoscere l'ordinamento dello Stato e quindi inserirsi in esso, o combatterlo, ma non possono certo ignorarlo.

Pluralità degli ordinamenti giuridici vuol dire che entro l'ordinamento generale dello Stato vi sono alcuni enti che chiedono allo Stato di essere riconosciuti come ordinamenti giuridici e cioè di riavere indirettamente protezione dallo Stato, pur restando quanto più possibile autonomi ed indipendenti.

Esiste dunque una pluralità di ordinamenti giuridici quando entro l'ordinamento generale lo Stato, esplicitamente o implicitamente, riconosce come ordinamenti giuridici alcuni ordinamenti particolari rispetto ad esso (e naturalmente questi sono ordinamenti giuridici particolari nella misura ed entro i limiti in cui lo Stato li riconosce). Oggi in Italia, Regioni e Comuni hanno anch'essi un ordinamento, pienamente giuridico, perché riconosciuto tale dallo Stato.

## **CAPITOLO 7: LE FONTI DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO**

L'unico criterio razionale di esposizione delle fonti dell'ordinamento giuridico italiano è quello di ordinarle in base ai criteri di gerarchia e competenza. Il primo gradino sarà occupato dalla fonte sovrastante a tutte (la Costituzione), e tutti gli altri atti e fatti normativi sono ordinati via via su gradini successivi secondo la forza che ciascuno ha nei confronti degli altri. È necessario sottolineare che l'adesione della Repubblica italiana all'Unione europea comporta almeno due complicazioni fondamentali in tema di fonti dell'ordinamento giuridico italiano.

L' **art 11 Cost** è fondamentale su questo tema: i trattati che istituiscono, disciplinano e continuamente modificano l'Unione, sono autorizzati a derogare alla stessa Costituzione, e su questa base sono autorizzati a derogare alla Costituzione italiana anche i regolamenti comunitari; per questa ragione molte volte le norme supreme in alcune materie non stanno nella nostra Costituzione, ma nei trattati o nei regolamenti comunitari; questa situazione rende incerta ogni ricostruzione del sistema giuridico italiano, che dipende non solo dalle fonti italiane, ma anche da quelle comunitarie. Diventa così necessario trattare anche delle fonti comunitarie, e in particolare i regolamenti dell'Unione europea, che a rigore non sono fonti italiane.

### **2. Il costituzionalismo**

La Costituzione della Repubblica si presenta come un testo normativo composto da 139 articoli, più XVIII disposizioni transitorie e finali, approvato dalla Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947, promulgato dal capo provvisorio dello Stato il 27 dicembre 1947, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n.298 del 27 dicembre 1947, ed entrato in vigore il 1 gennaio 1947.

Ci poniamo 3 quesiti: 1) esiste sempre una Costituzione scritta?; 2) esiste sempre una Costituzione, anche se non scritta?; 3) esiste un contenuto tipico delle Costituzioni? -> conseguentemente a tale domanda: se la costituzione ha un contenuto tipico, ogni

costituzione scritta deve contenere tutto questo contenuto o può contenere solo una parte? Deve contenere solo questo contenuto o può contenere altre norme oltre questo? -Costituzioni scritte e non scritte: iniziando dalla prima domanda, possiamo affermare che vi sono Stati privi di una costituzione scritta, di cui è esempio classico la Gran Bretagna. La Gran Bretagna ha molte leggi costituzionali scritte, ma resta vero :a) che tali leggi non si distinguono per forma e efficacia da altre leggi; b) che esse non costituiscono un unico testo; c) che esse non esauriscono la materia altrove contenuta in costituzione, perché parte di tale materia è effettivamente fondata sulla consuetudine, e cioè su norme non scritte. Tuttavia la Gran Bretagna ha una costituzione; la costituzione esiste anche se non esiste uno specifico testo solenne così chiamato e separato da tutte le altre leggi. Possiamo andare oltre e sostenere che tutti gli ordinamenti, per il solo fatto di esistere, hanno una costituzione? Sì, tutte le società hanno una costituzione oggettiva.

Sembra così necessario passare subito alla 3 domanda: Qual è il contenuto essenziale di una costituzione? Per rispondere dobbiamo ricercare quale problema storico-sociale è stato posto e risolto con la nascita della lotta per la costituzione: è necessario muovere dall' **art 16 della celebre Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo e del cittadino**: *<<Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione>>*. Questo articolo lega costituzione e garanzia dei diritti di libertà e proprietà (che nella società liberale vanno sempre insieme; quanto alla divisione dei poteri, si tratta di una forma di organizzazione tipica dello Stato liberale, anch'essa a garanzia dei diritti di libertà e di proprietà: dove non c'è tale garanzia, non c'è costituzione. Così la costituzione diventa un motivo di lotta.

A sua volta la esigenza di garanzie dei diritti di libertà e di proprietà si afferma da un lato quando si afferma lo Stato, come apparato monopolizzatore della forza che deve garantire la libertà e la proprietà dei cittadini, e dall'altro in un processo unico si afferma la separatezza della società (del mondo della produzione e dei bisogni) rispetto allo Stato; e quindi insorge la necessità di garantire la libertà e la proprietà dei cittadini nei confronti dello Stato, che potrebbe abusare della sua forza e, avendone la materiale possibilità, schiacciare arbitrariamente diritti di libertà e diritto di proprietà. La classe che si fa portatrice di questa duplice esigenza è la borghesia.

Con la borghesia nasce il bisogno della costituzione, e cioè di una decisione consapevole, razionale, solenne, conoscibile, conosciuta e certa che soddisfi l'esigenza, borghese per l'appunto, di garantire la libertà e la proprietà necessarie al funzionamento e alla riproduzione indefinita del modo di produzione capitalistico. È vero che senza garanzia di libertà e della proprietà non c'è costituzione: effettivamente la costituzione, come problema storico-politico, nasce con la necessità di garantire libertà e proprietà. La costituzione, in quanto insieme di regole che esprimono le strutture politiche fondamentali di una società, di fatto è sempre esistita, per lo meno in tutte le società organizzate intorno ad un potere politico. Con il costituzionalismo moderno la Costituzione, da fatto oggettivo, diventa fatto soggettivo, consapevole, voluto, organizzato, razionalmente studiato. In questo modo la borghesia compie un'operazione duplice: per una parte essa, pur pretendendo ideologicamente di dare voce alle esigenze razionali ed universali, difende in realtà i suoi interessi particolari di classe: vuole la costituzione per garantire anzitutto la sua libertà e la sua proprietà; la libertà e la proprietà del proletario è solo formale, perché il proletario è libero di vendersi (cioè di rendersi schiavo) e la sua unica proprietà è la sua forza lavoro, cioè una ricchezza potenziale che abbisogna di mezzi di produzione e che proprio per questo obbliga a vendersi al proprietario di tali mezzi e, in cambio del salario, a lasciare a costui la ricchezza prodotta. D'altra parte la borghesia rende per la prima volta il potere politico oggetto permanente di lotta organizzata, di riflessione. Il costituzionalismo moderno generalizza ad un livello mai visto lo studio e la riflessione sulle strutture più nascoste e profonde del potere politico. Questo

continuo, complesso, enorme lavoro, che non conosce sosta da 4 secoli, ha sottratto il potere all'arbitrio, alla violenza brutta.

-Ogni costituzione, frutto del costituzionalismo moderno, è scritta: ogni costituzione dello Stato è essenzialmente scritta. Dalla costituzione americana (1789) e francese (1791) in poi le costituzioni sono tutte scritte. La costituzione nasce con la garanzia dei diritti di libertà e proprietà e nasce scritta. A che cosa allora si riduce la tesi dominante secondo cui tutte le società politiche hanno di fatto una costituzione? Al fatto che oggi, riflettendo retrospettivamente, noi possiamo astrarre dalla realtà socio-politica del passato strutture e regole comparabili con quelle che noi oggi chiamiamo e viviamo come costituzionali. Le costituzioni prodotte dal moderno costituzionalismo sono nate per difendere libertà e proprietà ed hanno costantemente questo fondamentale ed essenziale contenuto (che ovviamente si articolerà in mille modi storicamente concreti). Non esiste dunque un contenuto fisso e costante delle costituzioni; inoltre ogni costituzione può aggiungere alcune regole che altre non contengono. Però tutte le costituzioni sono comparabili: vi è cioè una parte comune che disciplina, sia pure in modo diverso, gli stessi oggetti. Se dunque la costituzione sta come base di tutto l'edificio statale, è ovvio che essa non possa essere modificata facilmente e frequentemente: sarebbe segno che questa base è continuamente instabile, e cioè che è instabile l'intera società e l'intero Stato.

-costituzioni rigide e costituzioni flessibili:

- a) *Costituzioni rigide*=costituzioni non modificabili con leggi ordinarie (cioè non modificabili dalla legge parlamentare), ma solo con procedure e maggioranze specifiche, piuttosto complesse e macchinose, comunque più onerose della normale procedura di approvazione delle leggi ordinarie. La Costituzione italiana e americana sono costituzioni rigide.
- b) *Costituzioni flessibili*=sono modificabili con legge ordinaria. Lo Statuto albertino era flessibile. La costituzione inglese è flessibile.

È chiara qual è la ragione storica della rigidità: circondare la costituzione di garanzie maggiori rispetto alle leggi, sottrarla alla disponibilità della maggioranza politica del momento. In generale il passaggio storico è dalle costituzioni flessibili a quelle rigide. Non è difficile comprenderne il motivo: se la forza costituente ha la sicurezza di essere domani la maggioranza perché non deve spartire il potere con pericolose correnti, essa non ha ragione e non pensa di porre garanzie rispetto a se stessa. Così, quando la borghesia creò costituzione che in sostanza attribuivano i diritti politici solo alle classi proprietarie, e cioè essenzialmente a se stessa, essa non sentì il bisogno di irrigidire la costituzione. Quando successivamente le costituzioni divennero il frutto di un patto di diverse e confliggenti classi sociali, allora ciascuna sentì il bisogno di garantirsi verso le altre e tutte dunque sono rapidamente giunte a chiedere la rigidità della costituzione come garanzia dell'originario patto costituzionale. A prima vista fu eccezione a questo sviluppo la costituzione americana, che pur essendo la più antica fra quelle scritte e il prodotto della borghesia americana del tempo, è rigida.

Ma come le costituzioni rigide sono relativamente modificabili, così anche le flessibili sono relativamente immutabili.

### **3. Breve storia costituzionale italiana prima della Costituzione del 1948**

Lo statuto albertino concesso unilateralmente nel 1848 da re Carlo Alberto per l'allora Regno di Sardegna (dal 1861 Regno d'Italia) ha in sostanza retto lo Stato italiano da allora fino al 1943, sia pure con modificazioni non piccole, la principale delle quali è costituita dalla inserzione dal 1922 del regime fascista che stravolse il primitivo schema liberale. Il 25 luglio

1943 cade il fascismo e con esso della struttura costituzionale fino allora vigente cade quasi tutto tranne la monarchia (e il Governo che si fonda però esclusivamente sul potere del Re). Inizia un regime provvisorio, reso ancor più provvisorio dal fatto che l'Italia è divisa in due, e nel Nord governa formalmente la c.d. Repubblica sociale di Salò, governo fantoccio sostenuto dai nazisti occupanti, e nel Sud nelle zone di operazioni militari governano direttamente le potenze militari angloamericane occupanti.

Sotto l'incalzare dei partiti si giunge ad un compromesso istituzionale nel marzo-aprile del 1944 (svolta di Salerno) per cui il re Vittorio Emanuele III, compromesso con il fascismo, si impegna non appena Roma sarà liberata dai tedeschi a ritirarsi a vita privata affidando al figlio Umberto la luogotenenza generale del Regno.

Successivamente (con d.lgs. lgt. 16 marzo 1946 n.98) fu deciso che la scelta fondamentale tra Repubblica e Monarchia non venisse domandata alla Assemblea costituente ma direttamente al popolo, che infatti il 2 giugno 1946 si pronunciò per la Repubblica ed elesse la Assemblea costituente che, attraverso un processo complesso e articolato, approvò la Costituzione oggi vigente.

#### 4. La Costituzione vivente

-testo storico e testo vigente: il primo (t. storico) è costituito dal testo originario e dai testi via via modificati; il secondo è quello che risulta dalla parte del testo originario mai modificata più quelle varianti approvate da ultimo e rimaste immutate. La Costituzione vive (ed è stata viva per più di settanta anni) perché, in media e nel suo insieme, la società italiana si è attenuta e si attiene alle regole contenute in Costituzione. Le cose però non sono così semplici. Anzitutto esistono anche comportamenti incostituzionali (anche la Costituzione talvolta viene violata). In qualche caso questi comportamenti vengono corretti o comunque repressi attraverso i meccanismi che la stessa Costituzione prevede (ad ex, come vedremo, la Corte Costituzionale dichiara incostituzionali e quindi annulla leggi del Parlamento e delle Regioni contrarie a Costituzione).

In questo modo noi tolleriamo che possono esservi nella Costituzione regole scritte non (ancora) attuate, e che possono esservi regole non sempre e pianamente attuate.

-le inattuazioni delle Costituzioni: alcuni importanti soggetti pubblici previsti dalla Costituzione non cominciarono a funzionare dal 1 gennaio 1948 ma dopo alcuni anni: la Corte Costituzionale fu costituita nel 1956; il CSM (Consiglio superiore della magistratura) nel 1958; le Regioni ordinarie furono costituite nel 1970; il referendum abrogativo (previsto da **art 75 Cost**) fu praticabile solo dal 1970. Ma ancora oggi vi sono parti della Costituzione scritta senza alcuna attuazione. L'esempio più importante è rappresentato dall'art 39 sui contratti collettivi di lavoro. La Costituzione prevede certe regole, che però hanno bisogno di una legge di attuazione; questa legge non è mai stata approvata, e per conseguenza le regole sui contratti collettivi di lavoro sono diverse da quelle previste in Costituzione.

-le interpretazioni della Costituzione: talvolta gli articoli della Costituzione possono essere diversamente interpretati. **L'art. 59 della Costituzione** dice: <<Il Presidente della Repubblica può nominare senatori a vita 5 cittadini che hanno illustrato la Patria per altissimi meriti nel campo sociali, scientifico, artistico e letterario>>. Sono possibili due interpretazioni di tale articolo: prima interpretazione: la carica di Presidente della Repubblica può nominare al massimo cinque senatori a vita: per conseguenza, se un nuovo Presidente trova i 5 posti già occupati, non ne può nominare nessuno; può nominare senatori a vita a mano a mano che uno dei precedenti muore o si dimette o comunque cessa dalla carica. Seconda interpretazione: ciascun Presidente della Repubblica può nominare cinque senatori a vita: per conseguenza un nuovo Presidente può nominarne cinque durante i sette anni della sua carica,

indipendente da quanti ne rimangono in carica tra quelli nominati dai precedenti Presidenti della Repubblica; il numero dei senatori a vita diventa variabile. Dal 1948 al 1984 l'opinione quasi unanime, e comunque quella seguita dai Presidenti della Repubblica, era la prima: cinque senatori al massimo. Nel 1984 l'allora Presidente Pertini sostenne che era corretta la seconda interpretazione, e sulla di questa nominò nuovi senatori portandoli oltre il numero di cinque.

Il successivo presidente Cossiga (1985-1992) in un primo tempo disse che nel dubbio e in attesa di una riforma costituzionale si sarebbe attenuto alla antica interpretazione, successivamente si avvalse della interpretazione sostenuta da Pertini. I successivi Presidenti (Scalfaro, Ciampi, Napolitano, Mattarella) si sono astenuti dal nominare senatori a vita oltre il numero di cinque ed oggi la **legge costituzionale n.1 del 2020** ha stabilito ufficialmente che cinque è il numero massimo di senatori a vita.

## 5. La Costituzione come legge fondamentale

La Costituzione è la legge fondamentale del nostro ordinamento. Per conseguenza tutti gli altri soggetti, pubblici e privati, sono subordinati alla Costituzione. Il Parlamento, nell'approvare leggi, non può però approvare regole contrarie contenute nella Costituzione; giudici, pubbliche amministrazioni e cittadini, ogni qual volta esercitano diritti, poteri e libertà debbono però esercitarli in modo tale da non violare la Costituzione. A garanzia di questa supremazia della Costituzione stanno vari istituti. In particolare, la Corte costituzionale ha il potere di annullare leggi o gli atti con forza di legge dello Stato e le leggi regionali contrarie a Costituzione. La Costituzione può essere modificata ma non con una semplice legge ( e quindi per decisione della maggioranza politica del momento), ma con una legge speciale (la legge costituzionale), che va approvata con modi e maggioranze particolari tali da garantire che le modificazioni della Costituzione ricevano un amplissimo consenso. A seguito all'adesione dell'Italia alla Unione europea, ed in base alla ormai pacifica interpretazione che viene data alla proposizione contenuta nell' **art 11 Cost.**, la Costituzione si spezza in due tronconi: il primo troncone resta fondamentale, ma il secondo non lo è più. Tutto il diritto comunitario, sia quello contenuto nei trattati istitutivi e regolativi dell'Unione, sia quello derivato contenuto nei regolamenti e nelle direttive comunitarie adottati sulla base dei trattati, prevale anche *sulle disposizioni della Costituzione italiana, salvi i diritti di libertà e i principi fondamentali*. Il sistema che ne risulta diventa il seguente:

1. Al sommo della scala sta la proposizione dell'art 11 della Costituzione italiana sopra citata
2. Al secondo posto stanno i diritti di libertà e i principi fondamentali della Costituzione italiana
3. Al terzo posto si colloca il diritto comunitario, sia originato sia derivato (all'interno poi del diritto comunitario si stabilisce una gerarchia tra diritto originario, quello dei trattati, e derivato quello creato dagli organi comunitari sulla base dei trattati.)
4. Al quarto posto tutte le disposizioni costituzionali che non rientrano nelle norme e nei principi collocati al secondo posto.

I regolamenti comunitari, che in forza della stessa Costituzione italiana, possono derogare alla Costituzione, e quindi prevalgono anche sulle leggi costituzionali ed a maggior ragione sulle leggi ordinarie italiane. Quanto alla obiezione che i regolamenti comunitari non sono atti italiani, ma appunto comunitari, è evidente che si dà per acquisito ormai che l'ordinamento italiano si fonde con quello comunitario.

## 6. I regolamenti comunitari

I regolamenti comunitari sono atti normativi approvati dagli organi dell'Unione europea secondo le procedure e nelle materie previste e disciplinate dai trattati istitutivi. In quanto atti normativi si distinguono da un lato dalle decisioni, perché i regolamenti sono generali ed astratti e le decisioni sono atti concreti, e dall'altro dalle direttive, perché i regolamenti sono applicabili senza bisogno di atti ulteriori, mentre le direttive indicano i fini e lasciano agli Stati il compito di prescrivere i mezzi, cosicché esse diventano applicabili solo dopo che gli Stati hanno attivato gli atti necessari per la loro piena operatività.

I regolamenti comunitari, dopo il trattato di Maastricht, sono deliberati attraverso una procedura molto complessa e farraginoso che coinvolge la Commissione esecutiva, il Parlamento europeo e il Consiglio dei ministri della comunità. Restano però dei casi, previsti nei trattati, nei quali il Consiglio decide da solo, previa consultazione del Parlamento. [sono previsti anche regolamenti della Commissione, ma essi sono subordinati a quelli precedenti. Vi sono anche regolamenti della Banca Centrale europea.]. A rigore l'Unione europea non ha una competenza generale, ma numerata, secondo quanto previsto nei trattati.

-il principio di sussidiarietà: il principio di sussidiarietà autorizza l'Unione ad intervenire e dunque a comprimere, nella ipotesi prevista, la competenza degli Stati. Oggi vi sono materie riservate agli Stati, sulle quali le comunità non possono intervenire (ad ex. la materia penale, il diritto di famiglia; i diritti politici entro ciascuno Stato).

-pubblicazione dei regolamenti comunitari. Entrata in vigore: i regolamenti comunitari sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale e in principio entrano in vigore venti giorni dopo la loro pubblicazione. La particolarità di tali atti sta nel fatto che essi sono immediatamente e completamente applicabili in tutti gli Stati dell'Unione contemporaneamente. In altre parole i regolamenti comunitari, con la loro entrata in vigore secondo le regole del trattato, sono automaticamente e immediatamente obbligatori per tutti i soggetti dell'Unione, e quindi per tutti i soggetti entro il territorio italiano.

Nasce così il problema del rapporto tra i regolamenti comunitari e atti normativi italiani. I regolamenti italiani, con la loro esistenza, derogano alla Costituzione: infatti, nelle materie attribuite dai trattati dell'Unione europea, non è più il Parlamento che impone norme giuridiche mediante la legge, ma l'Unione mediante i suoi regolamenti. Poiché la legge di esecuzione dei trattati istitutivi dell'Unione europea è stata una legge ordinaria (e resta una legge ordinaria ogni qual volta si tratta di autorizzare la ratifica-art 80 Cost- e ordinare la esecuzione dei nuovi trattati che modificano ed integrano quelli originari), i giuristi si sono posti la domanda se è costituzionale una legge ordinaria che autorizza una deroga alla Costituzione. La quasi totalità dei giuristi e la Corte Costituzionale fondano la legittimità costituzionale di tale legge sopra l'art 11 Costituzione. Secondo questo articolo l'Italia <<consente, in condizioni di parità con gli altri paesi alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni>>. Poiché le comunità europee sono state ritenute e l'Unione europea viene ritenuta una organizzazione che assicura la pace e la giustizia fra le Nazioni, e poiché la Costituzione italiana ammette in questo caso limitazioni della sovranità italiana a vantaggio di tali organizzazioni, si giustifica in questo modo, che una legge ordinaria consenta limitazioni della sovranità italiana e, nel caso che ci interessa, trasferisca all'Unione europea competenze che in caso diverso spetterebbero al Parlamento italiano.

I regolamenti comunitari possono derogare alla Costituzione fino ad un certo limite; la Corte Costituzionale ha posto come limite invalicabile il rispetto dei principi e delle libertà fondamentali del nostro ordinamento. I regolamenti comunitari hanno in principio una forza maggiore delle leggi italiane ordinarie, potendo derogare alla Costituzione. È pacifico, così affermano i trattati, che i regolamenti comunitari, prevalgono su tutti gli atti degli Stati aderenti e quindi anche sulle leggi. Che accade se una legge italiana, pubblicata e promulgata

legalmente, si rivela contraria ad un regolamento comunitario? La Corte Costituzionale ha dato due risposte completamente diverse. Fino alla **sentenza n.170/1984** la legge contraria ad un regolamento comunitario, in quanto incostituzionale per violazione dell'art 11 Cost, doveva essere impugnata davanti alla Corte e da questa dichiarata incostituzionale. Vedi contenuto sentenza n170/1984 su foglio 1.

Successivamente però la Corte Costituzionale con la **sentenza n.384/1994** ha deciso che nel caso di impugnativa diretta delle leggi regionali da parte dello Stato essa ha il potere di giudicare sulla legittimità delle leggi regionali sospettate di essere contrarie a regolamenti comunitari. Un anno dopo con la **sentenza 94/1995** ha sostenuto che eguale potere essa conserva nei confronti di leggi statali se impugunate in via diretta da una Regione. Al di fuori di questi due casi però si applica la regola prima detta, per cui spetta al giudice della causa applicare il regolamento comunitario e non applicare la legge italiana incompatibile con questo.

Il controllo sulle leggi in Italia non è sempre accentrato, ma talvolta accentrato e talvolta decentrato. È decentrato, e cioè spetta a tutti i giudici, ogni qual volta la legittimità di una legge viene misurata sulla base dei regolamenti comunitari (e, attraverso di essi, sulla base dei trattati istitutivi e dell'art 11. Cost. che fonda tali trattati); è accentrato (presso la Corte costituzionale) in tutti gli altri casi. Sembra inevitabile concludere che in base all'art 267 del TFUE, che il giudice italiano deve sollevare la questione (che riguarda la legittimità di un atto comunitario) davanti alla Corte di Giustizia. In tal modo però si produce un ulteriore e gravissima limitazione alla sovranità italiana: la competenza delle competenze, e cioè la decisione la quale stabilisce a chi spetta la competenza ad approvare un determinato atto, nel caso vi sia conflitto tra più soggetti su tale punto, viene spostata dallo Stato (o dal terreno dei conflitti tra Stati) ad un organo sovranazionale quale è la Corte di Giustizia.

È pacifico che, qualora si ritenga che il regolamento è contrario a norma dei trattati (e non si faccia neppure questione di competenza dell'Unione o degli Stati, nel qual caso rientreremmo nella ipotesi precedente), competente a giudicare su questa asserita illegittimità è la Corte di Giustizia.

I regolamenti comunitari però si basano su trattati istitutivi della comunità, e tali trattati entrano in vigore in Italia mediante un ordine di esecuzione contenuto nella legge ordinaria. A risultare incostituzionali potrebbero essere direttamente i trattati e quindi la legge che ordina la loro esecuzione. In questo caso si dovrebbe tornare alle regole del nostro ordinamento e quindi concludere che il giudizio sulla costituzionalità di tali leggi spetta alla Corte Costituzionale.

-la legge di delegazione europea e la legge europea: questi due tipi di legge sono leggi del Parlamento giuridicamente in tutto eguali alle altre ma si distinguono dalle altre per il loro contenuto. Esse sono previste dalla **legge n.234 del 2012**, e sostituiscono (dividendosi i compiti) le legge precedente chiamata Legge comunitaria.

- *La legge di delegazione europea* contiene: a) la delega legislativa al Governo volta alla attuazione delle direttive europee e delle decisioni quadro da recepire nell'ordinamento nazionale; b) la delega legislativa al Governo diretta a modificare o abrogare disposizioni statali vigenti, limitatamente a quanto indispensabile per garantire la conformità dell'ordinamento nazionale ai pareri motivati indirizzati all'Italia dalla Commissione europea o al dispositivo di sentenze di condanna per inadempimento emesse dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea; c) disposizioni che autorizzano il Governo a recepire in via regolamentare le direttive; d) la delega legislativa al Governo per la disciplina sanzionatoria di violazioni di atti normativi dell'Unione europea.
- *La legge europea* contiene: a) disposizioni modificative o abrogative di disposizioni statali vigenti in contrasto con gli obblighi comunitari; b) disposizioni abrogative o

modificative di disposizioni statali vigenti oggetto di procedure d'infrazione avviate dalla Commissione europea nei confronti della repubblica italiana o di sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea; e) disposizioni necessarie per dare attuazione o per assicurare l'applicazione di atti dell'Unione europea; e) disposizioni emanate nell'esercizio del potere sostitutivo di cui all'art 117 della Costituzione.

## 7. La legge di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali

-leggi di revisione costituzionale= leggi che modificano il testo della Costituzione  
-leggi costituzionali= sono quelle leggi che non fanno parte del testo della Costituzione e ne restano separate, pur essendo state approvate con la medesima procedura delle leggi di revisione e pur occupando il medesimo grado di queste nella scala delle fonti normative. Dal punto di vista giuridico, le une e le altre sono pienamente parificate sotto ogni aspetto; ambedue sono subordinate alla Costituzione allo stesso modo; identico è il loro modo di approvazione; identico è il loro nome ufficiale, che è legge costituzionale; identica la loro forza giuridica sia nei riguardi reciproci sia rispetto alle altre fonti normative. Più in particolare le une e le altre possono modificare allo stesso modo e con gli stessi limiti le norme costituzionali e/o precedenti leggi costituzionali, ambedue non possono essere modificate che da successive leggi costituzionali o di revisione costituzionale, ambedue sono sopraordinate allo stesso modo a tutte le altre fonti dell'ordinamento che le seguono nella scala gerarchica.

Quando si approvano con forza costituzionale oggetti separati dal testo originario è opportuno usare appunto la legge costituzionale, che si affianca alla Costituzione in senso stretto e la integra, ma ne resta materialmente separata. (vedi p.217 ex in grigio).

**-il procedimento di approvazione delle leggi costituzionali:** la Costituzione italiana prescrive all' **art 138** la procedura per approvare validamente le leggi di revisione e le leggi costituzionali. *Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali sono adottate da ciascuna Camera con due successive deliberazioni ad intervallo non minore di tre mesi, e sono approvate a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nella seconda votazione. Le leggi stesse sono sottoposte a referendum popolare quando, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera o cinquecentomila elettori o cinque Consigli regionali. La legge sottoposta a referendum non è promulgata, se non è approvata dalla maggioranza dei voti validi. Non si fa luogo a referendum se la legge è stata approvata nella seconda votazione da ciascuna delle Camere a maggioranza di due terzi dei suoi componenti.*

Esse debbono essere approvate mediante una doppia votazione da parte di ciascuna camera, la seconda delle quali deve cadere non prima di 3 mesi dalla precedente (e quindi può avvenire quando si vuole dopo i 3 mesi). Schematicamente la sequenza è questa: approvazione di una camera del progetto di legge costituzionale; approvazione quando si vuole (purchè entro la legislatura, come si chiama il periodo di durata delle due camere) da parte dell'altra camera; seconda approvazione della prima camera a distanza non inferiore a 3 mesi dalla precedente approvazione; seconda approvazione di nuovo a distanza non minore di tre mesi dalla sua precedente approvazione. In questa necessaria doppia approvazione da parte di ciascuna camera sta il primo aggravamento di procedura imposto dalla Costituzione rispetto alla procedura normale di approvazione delle leggi ordinarie. Ma vi sono altri aggravamenti. La seconda volta, ambedue le Camere debbono approvare il progetto di legge con una maggioranza qualificata (e non semplice): secondo quale maggioranza qualificata le Camere scelgono esiste la possibilità di una ulteriore fase di

procedimento. Se le camere approvano con la *maggioranza dei 2/3*, la legge costituzionale e di revisione è perfetta, e viene promulgata, pubblicata ed entra in vigore secondo le normali norme che esamineremo in sede di legge ordinaria. Se le Camere (o anche solo 1 di esse) non raggiungono la maggioranza dei 2/3, ma raggiungono però quella assoluta (la metà più uno membri del collegio), si apre una ulteriore fase del procedimento.

Il *progetto* di legge approvato dalle due Camere con la maggioranza assoluta (metà+1) viene pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale (ovviamente, poiché si tratta non di una legge perfetta ma di un progetto, questa pubblicazione è diversa dalla pubblicazione legale delle leggi: la seconda serve a far decorrere i termini per l'entrata in vigore di una legge, la prima serve a far conoscere un progetto ed a far decorrere i termini di cui diremo per la *richiesta del referendum*): da questo momento decorrono tre mesi entro i quali 500.000 elettori oppure 5 consigli regionali oppure ancora 1/5 di ciascuna camera possa chiedere un referendum su tale progetto.

Se la richiesta di referendum viene avanzata, è dovere del Presidente della Repubblica indire il referendum; a referendum avvenuto, se la maggioranza dei votanti ha approvato, la legge costituzionale è perfetta, e seguirà la promulgazione, pubblicazione ed entrata in vigore come per tutte le leggi; se la maggioranza dei votanti ha respinto il referendum, il progetto cade e a questo punto termina in un nulla di fatto. Se invece entro i tre mesi la richiesta di referendum non viene avanzata, scaduto il termine il progetto approvato dalle Camere diviene perfetto (come se fosse stato approvato dal corpo elettorale), con la sequenza successiva, e comune a tutte le leggi, di promulgazione, pubblicazione, entrata in vigore.

-le leggi costituzionali che approvano gli Statuti delle Regioni speciali: la **legge costituzionale n.2/99** conferma che gli statuti delle Regioni speciali vanno approvati con legge costituzionale, ma stabilisce che per tale approvazione è sufficiente la maggioranza assoluta di ciascuna Camera, senza che sia possibile procedere a referendum (come invece è possibile secondo l'art 138). Resta dunque l'aggravamento della doppia deliberazione di ciascuna Camera a distanza non minore di tre mesi, resta il nome ufficiale di legge costituzionale, ma qui non si applica l'aggravamento del possibile referendum.

Inoltre questa stessa legge costituzionale n. 2/99 prevede altre due significative differenze rispetto all'art 138 per quanto riguarda le leggi costituzionali che approvano gli statuti delle Regioni speciali: 1) l'iniziativa per la modificazione degli statuti speciali spetta anche alle assemblee legislative di tali regioni; 2) il Parlamento prima di deliberare deve chiedere ed ottenere obbligatoriamente il parere (non vincolante) del Consiglio regionale.

VEDI PAG. 219 LIBRO-SCHEMA

-Se la legge di revisione costituzionale e le leggi costituzionali possono abrogare o comunque modificare la Costituzione, esse sembrano avere esattamente la stessa forza giuridica della Costituzione. [e infatti, nel seguito dell'analisi, decreto-legge e decreto-legislativo saranno posti sullo stesso piano della legge del Parlamento appunto perché possono abrogare le leggi.] Perché dunque in questo caso collochiamo la legge di revisione costituzionale e la legge costituzionale un gradino sotto alla Costituzione nella scala gerarchica delle fonti?

Vi sono **3** solide ragioni per farlo. Anzitutto la legge di revisione costituzionale e la legge costituzionale debbono essere approvate secondo le regole contenute nell' **art 138 Costituzione**: quindi queste leggi sono subordinate alla Costituzione almeno per quanto riguarda l'aspetto procedurale, e cioè almeno in un caso. È vero con legge di revisione è possibile modificare lo stesso articolo 138, ma questa legge di revisione dell'art 138, per essere valida e quindi raggiungere il suo fine, deve

intanto rispettare la procedura prefissata dallo stesso articolo 138 che intende modificare. Tutto questo è tanto vero che nessuno dubita che la Corte Costituzionale possa controllare la costituzionalità delle leggi di revisione costituzionali almeno per quanto concerne la regolarità del procedimento di formazione. Se la Corte ha questo potere, è segno dunque che la Costituzione è più forte delle leggi costituzionali, appunto perché queste vengono giudicate sulla base della Costituzione.

-la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale: le leggi di revisione costituzionale e le leggi costituzionali perciò per nessuna ragione possono modificare la norma sottratta esplicitamente a revisione costituzionale. L' **art 139 della Costituzione** dice: <<la forma repubblicana non può essere oggetto di revisione costituzionale>> l'articolo 139 vieta di modificare direttamente con una legge di revisione la forma repubblicana, ma niente impedisce che una prima legge di revisione abroghi lo stesso articolo 139 e una seconda introduce la nuova forma di governo (non più repubblicana e quindi, si presume, monarchica). In altre parole per modificare la forma repubblicana ci vorrebbero non una ma due successive leggi di revisione. A questa tesi si possono opporre due argomenti: secondo lettera e buon senso si fa oggetto di revisione la forma repubblicana nel momento in cui si toglie la garanzia dell'articolo 139; la eventuale legge di revisione che abroga l'articolo 139 per ciò solo attenta alla forma repubblicana e dunque viola la prescrizione costituzionale. In secundis come il popolo ha scelto la forma repubblicana, così il popolo può invocarla con un referendum istituzionale.

-limiti taciti della revisione costituzionale e diritti inviolabili: il limite imposto dall'articolo 139 è un limite espresso. Vi sono però anche limiti taciti → o meglio, vi sono cioè istituti irriducibili e ineliminabili, almeno attraverso leggi di revisione istituzionale. È stato trovato un fondamento testuale per un limite implicito alla revisione costituzionale nella parola <<inviolabile>> che la Costituzione usa per qualificare alcuni diritti di libertà. Si è detto, ed è opinione prevalente, che inviolabile vuol dire non eliminabile con legge di revisione costituzionale.

La corte Costituzionale giudica esattamente allo stesso modo e con la stessa efficacia sia la contrarietà delle leggi ordinarie rispetto alla Costituzione che la contrarietà di queste stesse leggi ordinarie nei confronti delle leggi costituzionali. In altre parole, per questo aspetto, leggi di revisione costituzionale e leggi costituzionali si comportano come un unico blocco compatto. Le leggi di revisione costituzionale trovano il loro oggetto già nella stessa Costituzione; le altre leggi costituzionali sono rammentate dalla stessa Costituzione in più punti (ad ex. l'iniziativa delle leggi può essere conferita ad altri soggetti oltre quelli già previsti nella Costituzione perché però con legge costituzionale (art 71); gli statuti delle regioni speciali sono approvati con legge costituzionale (art. 116); una legge costituzionale è prevista per regolare alcuni aspetti della Corte costituzionale.

-se esiste una materia costituzionale: si deve ritenere che esistono materie costituzionali per loro natura, cosicché le leggi costituzionali devono limitarsi a queste? Disciplinare una materia con legge costituzionale significa sottrarre tale materia alla libera disponibilità della futura maggioranza parlamentare o rendere comunque più difficoltoso per essa il mutamento della precedente disciplina. Immaginiamo che durante una legislatura un partito abbia tanta forza da raggiungere le maggioranze prescritte per approvare le leggi costituzionali. Se un partito disciplina con leggi costituzionali materie che normalmente sarebbero state approvate con legge ordinaria, si avrà il risultato che in seguito, se questo partito perderà la maggioranza, esso impedirà il mutamento delle sue leggi, se la nuova maggioranza non sarà tanto forte da raggiungere il quorum prescritto per le leggi costituzionali. Il principio democratico ne sarebbe colpito duramente. Ecco perché concludere che, in linea di massima, non vanno regolate con

leggi costituzionali tutte quelle materie che potrebbero essere tranquillamente regolate con leggi ordinarie.

## 8. La legge del Parlamento

-i diversi significati della parola legge:

1. Legge: un primo significato è generico e atecnico: legge in questo caso equivale a regola giuridicamente obbligatoria, quale ne sia la fonte. Così quando diciamo <<bisogna obbedire alla legge>> intendiamo dire che bisogna obbedire a tutte le regole legittime poste dallo Stato.
2. Legge: in un secondo significato tecnico: la legge designa alcuni specifici atti normativi chiamati così ufficialmente, e solo quelli. In questo secondo significato la parola legge costituisce il nome proprio di atti determinati: le leggi costituzionali, le leggi del Parlamento (o ordinarie), le leggi regionali (vanno esclusi gli atti con forza di legge, perché essi, anche se equiparati alle legge, hanno un loro nome specifico che non è legge).

-la forma della legge: la legge del Parlamento si riconosce e si individua immediatamente e facilmente per la sua forma, che è *tipica* e *solenne*. Sono leggi quegli atti del Parlamento: a) che sono stati approvati seguendo il procedimento tipico di approvazione delle leggi e per questa ragione, fin dal primo nascere, si presentano come progetti di legge; b) che sono stati dichiarati ufficialmente dal Presidente della Repubblica secondo una formula fissa e solenne, la promulgazione, e dunque solo per ciò si chiamano leggi e con questo nome vengono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale e ripubblicati nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. Ogni atto che non si presenta con questa forma non è legge e non riceve il trattamento giuridico riservato alle leggi.

-il procedimento in generale: ci riferiamo al procedimento di formazione della legge, all'iter legislativo. Per il diritto non esiste un modo precostruito e predeterminato per arrivare a concludere il contratto. Immaginiamo ora che questo stesso contratto debba essere stipulato da un ente pubblico (lo Stato). Le cose cambiano totalmente. Il diritto impone al soggetto pubblico come deve procedere per giungere ad un certo risultato utile; di modo che il risultato non venga raggiunto se il soggetto non ha seguito quel determinato cammino. La sequenza del procedimento di formazione delle legge è obbligatoria. Non c'è procedimento solo perché c'è uno scorrere del tempo prima che un determinato atto giuridico sia perfetto ed efficace, ma perché questo tempo è riempito di una sequenza necessaria (o comunque predeterminata) di atti che il diritto esige si susseguano l'uno all'altro in quella determinata successione, di modo che ciascuno è condizionato da tutti i precedenti e il risultato finale è condizionato da tutta la frequenza.

-le 4 fasi tipiche del procedimento:

1. Fase della iniziativa: fase che dà inizio al procedimento
2. Fase preparatoria o istruttoria: fase nella quale si compiono tutte quelle attività strumentali ritenute necessarie o opportune per adottare la decisione finale con piena cognizione dei fatti e in modo conforme alla legge

3. Fase della decisione: fase in cui il soggetto competente decide definitivamente il contenuto concreto dell'atto che il procedimento aveva di mira
4. Fase integrativa dell'efficacia: fase in cui l'atto, il cui contenuto è stato ormai definito, viene però assoggettato a controlli di legittimità (per accertare se è conforme alla legge) o di merito (se è opportuno), o ad ulteriori procedure strumentali prima di divenire effettivamente operante.

Non sempre si rivengono tutte e quattro queste fasi: non può però mancare la terza fase, come è ovvio che si rifletta, così come non c'è procedimento se esiste solo il momento della decisione. Insomma: il procedimento richiede almeno due atti collegati.

Gli atti adottati senza previo procedimento: sono rari nel diritto pubblico (ex. ordini per fini di pubblica sicurezza); sono regola nel diritto privato.

Nel diritto pubblico-nella maggioranza dei casi-gli atti vengono adottati in base a procedimento; perché un atto pubblico viene adottato nell'interesse della collettività non dei privati. È necessario dunque che prima di adottare ed eseguire l'atto possano intervenire sia coloro che sono colpiti o avvantaggiati dall'atto sia altri soggetti il cui compito specifico è tutelare interessi pubblici in qualche modo coinvolti in un atto. (vedi ex. pp 227)

Mediante la figura del procedimento il legislatore si preoccupa di far intervenire in tempi successivi, in vario modo, con efficacia differenziata, soggetti che rappresentano soggetti diversi prima della adozione e della efficacia di un atto, e dunque il procedimento serve essenzialmente a conciliare questi diversi interessi. Il diritto pubblico deve prevedere in anticipo questi diversi interessi ed offrire ad essi garanzie formali e stabili; questa è la ragione per cui all'inverso il procedimento è raro nel diritto privato, dal momento che in generale nel diritto privato la conciliazione degli interessi è rimessa alla libera determinazione dei privati.

-il subprocedimento: può accadere che una specifica fase di un procedimento sia a sua volta costruita dal legislatore anch'essa come un procedimento. Si usa chiamare questo caso sub-procedimento, per sottolineare appunto il fatto che esso non ha autonomia, ma si innesta su un procedimento principale di cui costituisce il momento. (ex. catena di montaggio: è noto che spesso tutti o alcuni dei momenti della catena di montaggio sono a loro volta il punto terminale di un altro processo ugualmente a catena). L'iniziativa del governo è un sub procedimento.

-il procedimento legislativo: questo procedimento si articola proprio nelle 4 fasi canoniche: iniziativa, fase preparatoria, decisionale, fase integrativa dell'efficacia.

-l'iniziativa delle leggi: l'iniziativa delle leggi secondo la Costituzione (**art. 71, 99, 121**) spetta a 5 categorie di soggetti, e solo ad essi (almeno finché una legge costituzionale non estenda tale poteri ad altri): a 50.000 elettori, a ciascun parlamentare, al Governo, a ciascuna Regione, al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL). Questa regola costituzionale ha due conseguenze complementari: da un lato nessun soggetto al di fuori di quelli previsti ha il potere (giuridicamente riconosciuto) di iniziare il procedimento legislativo; reciprocamente ogni qual volta uno dei 5 soggetti legittimati esercita il suo potere, questo basta perché automaticamente si inizi il procedimento. Se un soggetto non autorizzato invia alle Camere un progetto di legge, tale progetto viene cestinato (tutt'al più, se ne ricorrono i requisiti, questa richiesta viene considerata una petizione); se invece il progetto di legge viene presentato da uno dei 5 soggetti legittimati, questo progetto viene immediatamente comunicato all'assemblea, viene stampato e

distribuito ai parlamentari (deputato o senatori a seconda della camera a cui il progetto è stato presentato), riceve un numero, viene assegnato ad una commissione, ed in tal modo dà concretamente inizio ad uno specifico procedimento legislativo. [il CNEL solo dall'86 può fare proposte di legge su ogni materia].

In pratica la possibilità che un progetto superi la fase della iniziativa e cominci ad essere discusso dipende dalla forza politica dei proponenti e dalle circostanze: molti progetti di legge, pur regolarmente presentati, dormono nei cassetti, finché con la fine della legislatura (con lo scioglimento delle Camere) decadono (i regolamenti per ragioni però prevedono come possono essere ripresi con procedure semplificate). In generale proseguono le iniziative del Governo e quelle fatte proprie dai gruppi parlamentari, mentre le altre hanno qualche possibilità solo se un gruppo parlamentare se ne appropria.

-iniziativa obbligatoria ed iniziativa riservata: vi sono rari casi di *iniziativa obbligatoria*: il Governo ad esempio ogni anno deve presentare ogni anno il disegno di legge che approva il bilancio preventivo e quello consuntivo dello Stato; e casi rari di *iniziativa riservata* (che nel senso che solo un soggetto ad esclusione di ogni altro può presentare quel certo progetto di legge: si fa di nuovo l'esempio della legge di bilancio, la cui iniziativa spetta secondo l'opinione dominante al solo Governo).

Tranne le iniziative dei singoli parlamentari, tutte le altre si attuano mediante un procedimento, il quale dunque, rispetto al procedimento legislativo a cui dà vita, diventa un sub-procedimento di esso. Così la legge predetermina il procedimento attraverso cui vanno raccolte le 50.000 firme di elettori necessarie a dar vita alla iniziativa popolare (art 48 e 49 della legge 25 maggio 1970, n.352), egualmente sia le Regioni che il CNEL prima di presentare materialmente alla presidenza di una delle due Camere il progetto devono seguire un certo iter.

-**iniziativa del Governo**: è il sub-procedimento più frequente e più importante. L'iniziativa del Governo si articola in tre fasi: iniziativa del singolo ministro di un gruppo di ministri nei confronti del Consiglio dei ministri; approvazione del Consiglio dei ministri; autorizzazione del Presidente della Repubblica a presentare il disegno di legge del Governo. L'atto del Presidente della Repubblica si chiama <<autorizzazione>>, oggi il Presidente della Repubblica autorizza costantemente e necessariamente; l'autorizzazione ha cambiato funzione, serve al Presidente della Repubblica per conoscere preventivamente il disegno di legge del Governo e per metterlo in grado di far pervenire ad esso le sue osservazioni o i suoi eventuali consigli. Resta però il fatto che di fronte alla ferma volontà del Governo di dar corso alla iniziativa il Presidente della Repubblica deve cedere e autorizzare.

Le iniziative che hanno maggiori probabilità di essere approvate sono quelle del Governo, per la ragione decisiva che le iniziative del Governo sono quelle necessarie ad attuare quel programma approvato dalla maggioranza parlamentare che ha dato fiducia al Governo, cosicché per un lato maggioranza parlamentare e Governo si trovano impegnati ad attuare il loro programma, dall'altro hanno la forza necessaria per approvare le proposte di legge attuative del programma. (le iniziative parlamentari hanno minore probabilità di essere approvate giacché esse sono spesso contro o al di fuori del programma governativo e quindi della maggioranza parlamentare. La proposta di legge non è ammissibile (non è proposta valida) se non è specifica proposta, compiuta in ogni sua parte (e quindi un testo redatto in articoli tale che, se approvato, potrebbe essere legge senza necessità di ulteriori elaborazioni).

**-la petizione:** questa è la prima differenza tra la proposta di legge e la petizione cioè la domanda che qualsiasi cittadino può rivolgere alle Camere, Anche quando la petizione chiede la approvazione di una legge, la petizione può essere generica, approssimativa. Seconda differenza: la petizione può riguardare anche materie non legislative, cioè con la petizione i cittadini possono chiedere alle camere non solo leggi, ma segnalare problemi o chiedere interventi che non abbisognano di leggi. Terza differenza: la petizione può essere avanzata da tutti cittadini, e viene assoggettata a specifiche regole procedurali contenute nei regolamenti parlamentari, le quali comunque non prefigurano la petizione per nessun aspetto come inizio di un procedimento legislativo.

Il progetto (o disegno) di legge viene presentato alla presidenza di una delle due Camere (poiché il progetto deve essere esaminato dalle due Camere in successione, l'una dopo l'altra, e mai contemporaneamente, non avrebbe senso presentarlo ambedue insieme). La presidenza ne dà annuncio pubblico alla assemblea, ne ordina la stampa e la distribuzione ai parlamentari, e decisione ben più significativa, l'assegna ad una commissione. È in questo momento che il Presidente, salvo opposizione dell'assemblea, decide e comunica il tipo di procedura successiva: se la proposta seguirà l'iter normale o quello speciale. Ugualmente è in questo momento che il Presidente assegna il progetto ad una commissione permanente o ad una speciale che egli si riserva di costituire (salvo sempre l'opposizione dell'assemblea).

**-il procedimento ordinario:** il primo procedimento è quello ordinario, sia perché è quello che la Costituzione prevede come normale, sia perché è quello che deve essere scelto obbligatoriamente rispetto a certe materie e a cui si può sempre e si deve ritornare quando lo richiedono alcuni soggetti e dunque è il procedimento che prevale.

**-la commissione in sede referente:** entro questo procedimento ordinario il Presidente della assemblea il progetto di legge ad una commissione che in questo caso si chiama referente (o in sede referente), perché il suo compito specifico è quello di riferire alla assemblea dopo aver esaminato il progetto. Queste commissioni sono composte da parlamentari eletti dai diversi gruppi parlamentari in modo proporzionale alla rispettiva consistenza numerica, cosicché entro ciascuna commissione i rapporti politici di forza tra i diversi gruppi restano i medesimi che nel plenum.

**-commissioni permanenti e speciali:** le commissioni permanenti sono quelle che sono costituite una volta per tutte con una specifica competenza: commissione affari costituzionali, trasporti, giustizia... Camera e Senato hanno ciascuna molte commissioni permanenti le cui competenze corrispondono all'incirca a quelle dei ministri. Va ricordato che la permanenza si riferisce alla commissione come istituzione, non ai singoli membri, che al contrario vengono rinnovati ogni due anni.

Può accadere che un progetto, per la sua particolarità e complessità, suggerisca la opportunità di costituire una commissione speciale, cioè una commissione costituita solo ed esclusivamente per l'esame di quel progetto si legge e che dunque, terminato il suo compito, si scioglie. Anche questa commissione speciale è composta in modo proporzionale ai gruppi.

Le commissioni referenti, avendo un numero di componenti molto più ristretto rispetto all'intera assemblea, permettono un esame del progetto quale non sarebbe possibile nell'assemblea. La commissione deve riferire prima per iscritto e poi oralmente.

Ma la commissione referente ha anche compiti più incisivi: anzitutto se esistono più progetti di legge sulla stessa materia compito della commissione è quello di tentare di

unificarli in uno solo o comunque di ridurli al massimo. La commissione non si limita ad esaminare il progetto e dare un parere su di esso, ma ha il potere di riformulare tale progetto, cosicché il testo base su cui poi l'assemblea dovrà pronunciarsi non è quello dell'originario iniziatore ma quello presentato dalla commissione. Si tratta di un potere non piccolo, giacché i membri delle commissioni appartengono tutti ai diversi gruppi politici e quindi ai partiti presenti in Parlamenti; per conseguenza, in forza della disciplina di partito, le votazioni di commissione pregiudicano quelle in aula, indicano già qual è l'orientamento dei diversi partiti, l'esito delle future votazioni in aula è già in larga misura scontato. Quindi, se il testo presentato dalla commissione ha ricevuto consenso unanimi o largamente maggioritari diventa difficile modificarlo in aula.

**-la fase della decisione:** terminato il lavoro della commissione, il progetto da essa presentato passa alla assemblea, che discuterà e deciderà su di esso quando la conferenza dei presidenti di gruppo deciderà di metterlo all'ordine del giorno. L'assemblea delibera seguendo quest'ordine: discussione generale sul progetto di legge; discussione e votazione dei singoli articoli separatamente; votazione finale dell'intero progetto.

È necessario approvare tutta la legge nel suo insieme, perché le votazioni sui singoli articoli possono aver dato luogo a maggioranze differenziate: alcuni che hanno approvato determinati articoli non condividono però altri articoli che pure hanno ottenuto la maggioranza da part di atri; questi altri a loro volta non condividono gli articoli approvati dai primi, cosicché; per ragioni diversi gli uni e gli altri non vogliono più l'intera legge (pur avendo approvato singole parti). Le maggioranze differenziate sui singoli articoli possono divenire nella votazione finale reiezione (rifiuto) della legge.

[Quanto ai sistemi di votazione, le Camere votano nei seguenti modi:

1. Voto palese: espresso a) elettronicamente mediante lo schiacciamento di un pulsante (è palese perché in questo caso l'elaboratore registra automaticamente in nominativo di chi ha votato), o b) mediante dichiarazione verbale pronunciata pubblicamente e debitamente registrata, o c) mediante alzata di mano (quasi sempre il voto è evidente, senza bisogno di contare le mani alzate), o d) mediante divisione nell'aula (i parlamentari si spostano)  
Oggi il voto palese è la regola (mentre fino alla riforma dei parlamentari dell'88 era l'eccezione): anzitutto vi sono casi in cui il voto palese è imposto dalla Costituzione (ad esempio per le mozioni di fiducia e sfiducia); in tutti gli altri casi i regolamenti parlamentari, dopo la riforma citata, prevedono che il voto sia palese, salvo che la votazione riguardi certe materie (diritti di libertà, diritti elettorali)
2. Il voto segreto: viene espresso o elettronicamente, o mediante schede, o mediante il sistema delle palle nere e bianche. Vi sono casi in cui la stessa Costituzione impone il voto segreto (ad ex. per la elezione del Presidente della Repubblica).

Con la approvazione (se ovviamente c'è stata: se non c'è stata il progetto cade definitivamente, e se qualcuno dei soggetti legittimati vuole ripresentarlo, il procedimento non può ricominciare se non sono trascorsi almeno sei mesi: art 76 reg. Senato) termina la fase deliberante la prima camera (prima in ordine di tempo: in omaggio al principio del bicameralismo perfetto può essere indifferente sia la Camera dei deputati che il Senato, secondo la camera a cui è presentato il progetto) e si ricomincia necessariamente davanti alla seconda camera. Di fronte a questa si deve percorrere la stessa trafila percorsa davanti alla prima (con l'avvertenza peraltro che la seconda è libera di scegliere il procedimento ordinario speciale, indipendentemente dalla scelta fatta dalla prima).

I risultati possibili sono 3: 1) la seconda camera approva il progetto con emendamento (correzioni) rispetto al testo approvato dalla prima; 2) la seconda camera respinge il progetto; 3) la seconda camera approva esattamente il medesimo testo approvato dalla prima.

### 1 CASO: SECONDA CAMERA APPROVA CON EMENDAMENTO IL PROGETTO DELLA PRIMA

Poiché in applicazione del principio del bicameralismo perfetto e in particolare dell'art 70 Cost secondo cui le leggi devono essere approvate collettivamente dalle due camere, una legge è approvata dalle due Camere solo quando ambedue concordano sul medesimo testo, fino all'ultima virgola, nel primo caso fra quelli ora ipotizzati il progetto deve tornare alla prima camera, che ricomincia da capo (anche se il secondo emendamento si limita a riesaminare solo quelle parti emendate dalla seconda camera). Se la prima camera emenda a sua volta il progetto emendato dalla seconda camera, bisogna tornare alla seconda camera, e il ciclo di principio così all'infinito finché non si arriva ad una concorde approvazione (questo sistema si chiama navetta). Una volta raggiunto l'accordo, la camera che ha approvato per ultima trasmette la legge ormai perfetta quanto al contenuto al Governo che a sua volta la tramette al Presidente della Repubblica, aprendo così una ulteriore fase.

### 2 CASO: SECONDA CAMERA RESPINGE PROGETTO APPROVATO DALLA PRIMA

Poiché l'approvazione delle leggi esige la concorde volontà delle due Camere, basta la reiezione dell'una per impedire la nascita della legge, cosicché il rifiuto di una rende inutile l'approvazione dell'altra. Quel progetto di legge rifiutato da una camera decade definitivamente. Se qualcuno dei legittimati vuole ripresentarlo, deve farlo mediante una nuova iniziativa (non prima di 6 mesi): in ogni caso dal punto di vista giuridico e procedurale si tratta di un altro progetto, non più del vecchio.

**3 CASO: 2 CAMERA APPROVA STESSO TESTO APPROVATO DALLA PRIMA** : Nel terzo caso la legge è approvata e si passa direttamente alla fase successiva: il Presidente della camera che ha approvato per ultima il medesimo testo già approvato dalla prima lo trasmette al Presidente della Repubblica (attraverso il Governo).

**-il procedimento speciale:** questo procedimento, se l'assemblea è d'accordo, unifica fase referente e deliberante presso la commissione, la quale investe del potere di approvare il progetto al posto della assemblea, e per questa ragione si chiama commissione in sede deliberante (o deliberante). Notare che tali commissioni possono essere permanenti o speciali, e che quelle permanenti sono le medesime commissioni referenti prima ricordate.

**-leggi per le quali è fatto divieto di approvazione in commissione deliberante:** (**art 72 Cost**) due regole costituzionali importanti vanno ricordate a proposito di questo procedimento speciale. La prima vieta che possano essere approvate in commissione alcune leggi: quelle *in materia costituzionale ed elettorale e di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi*. Queste leggi debbono essere approvate solo con il procedimento ordinario.

Fino al momento della sua approvazione definitiva, il disegno di legge è rimesso alla Camera, se il Governo o 1/10 dei componenti della Camera o 1/5 della Commissione, richiedono che (il disegno di legge) sia discusso o votato dalla Camera stessa oppure che sia sottoposto alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto.

**-la commissione in sede redigente:** i regolamenti parlamentari prevedono una variante al procedimento speciale: l'art 96 del reg. Camera e l'art 36 del reg. Senato, prevedono che

l'assemblea o il presidente possa rimettere a commissioni permanenti o speciali un progetto di legge affinché queste redigano e approvino i singoli articoli, riservando alla assemblea la approvazione finale (commissione redigente). La differenza principale con il procedimento speciale sta nel fatto che le commissioni deliberanti approvano, salvo revoca, la intera legge, le commissioni redigenti possono al più approvare i singoli articoli, ma l'approvazione finale spetta alla assemblea.

Il Presidente della Repubblica entro 1 mese dalla approvazione della seconda camera promulga la legge approvata, o (solo per una volta) rinvia tale legge alle Camere con messaggio motivato.

**-la promulgazione della legge:** la promulgazione della legge consiste in una dichiarazione solenne della legge secondo una formula sacramentale, e dà vita all'originale della legge.

La promulgazione è anzitutto una formula sacramentale: << la Camera dei deputati e il Senato della Repubblica hanno approvato-il Presidente della Repubblica promulga la seguente legge>>-segue il testo approvato dalle 2 camere-<<La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.>>.

La promulgazione costituisce l'originale della legge: è il testo promulgato che viene conservato come originale della legge negli archivi dello Stato; è il testo promulgato che viene pubblicato sulla Gazzetta ufficiale e inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana, e che in tal modo diviene obbligatorio per tutti; è al testo promulgato che il ministro della giustizia deve rifarsi per correggere una eventuale pubblicazione erronea.

Se eventualmente c'è un errore nella stessa promulgazione, è solo il PDR che può correggerla, riconfermandosi così che solo il testo promulgato è l'originale. La Corte costituzionale potrebbe bensì dichiarare illegittima una legge perché il testo promulgato, in base alle sue indagini, non corrisponde a quello approvato dalle Camere, però né la Corte né qualunque altro soggetto potrebbe far entrare in vigore il vero testo ma solo il Presidente della Repubblica con una nuova promulgazione. Il fatto che la promulgazione si un dovere, e che non promulgare il testo approvato dalle Camere farebbe incorrere in responsabilità (attentato alla Costituzione) il Presidente consapevolmente e quindi dolosamente inadempiente, non toglie che solo il PDR può promulgare le leggi.

La dichiarazione proviene dal Presidente della Repubblica, capo dello Stato, per sottolineare che la legge proviene da tutto lo Stato, e non dalla maggioranza del Parlamento, e quindi per dare ad essa maggiore solennità ed autorevolezza; la promulgazione permette al capo dello Stato di controllare preventivamente la legge già approvata, se del caso rinviandola (ma solo per 1 volta); la promulgazione garantisce il cittadino che il testo promulgato è l'unico al quale egli deve obbedire, e non gli può essere opposta nessun'altra volontà legislativa.

-la data della legge: così si spiega perché la data della legge è quella del giorno della promulgazione. La legge (quella legge con quel testo ormai ufficiale) esiste ufficialmente con la promulgazione. Prima di essa non esiste testo ufficiale e quindi non esiste ancora, per tutti, la legge.

**-il rinvio della legge:** Il PDR anziché promulgare la legge, può rinviarla alle due Camere con messaggio motivato. La Costituzione non dice per quali motivi, e dunque in linea di principio bisogna incidere per qualsiasi motivo, sia di legittimità (se la legge, o parte della legge sembra al Presidente della Repubblica in contrasto con la Costituzione), sia di merito (se la legge

sembra al Presidente inopportuna. Il PDR non deve schierarsi politicamente a favore di una parte contro l'altra. I rinvii per motivo di merito sono rarissimi.

Poiché esiste la Corte costituzionale che ha il compito istituzionale di controllare la legittimità delle leggi, il Presidente della Repubblica non potrà rinviare sistematicamente le leggi per la loro presunta incostituzionalità, perché questo significa alterare le competenze istituzionali. Il Presidente dunque rinvierà per motivi di illegittimità solo in casi assolutamente eccezionali o quando è prevedibile che la Corte non potrà sanare una probabile incostituzionalità. Tanto ciò è vero che molti rinvii per motivi di illegittimità sono avvenuti per violazione dell'art 81 della Costituzione (mancanza di copertura finanziaria), un caso che soprattutto in passato (quando la Corte dei conti non era ancora legittimata in sede di controllo a ricorrere alla Corte costituzionale), sfuggiva al controllo della Corte costituzionale.

Le Camere di fronte al rinvio possono adottare tre posizioni:

- 1) lasciar cadere di fatto la legge, né riapprovando né modificando né bocciando espressamente la legge rinviata
- 2) possono riapprovare la legge rinviata così com'è
- 3) possono apportare emendamenti

In questi ultimi due casi la legge così riapprovata dalle due Camere deve comunque essere promulgata dal PDR entro 30 gg dalla approvazione della seconda camera, così come impone espressamente la Costituzione (**art. 74 Cost**).

Il rinvio del Presidente della Repubblica si configura dunque come *veto sospensivo*, e cioè come facoltà di bloccare solo temporaneamente la approvazione di una legge, e come *richiesta di riesame*, che può provocare solo una seconda deliberazione da parte del soggetto che aveva già approvato.

**-la pubblicazione della legge:** dopo la pubblicazione della legge, che non è più propriamente un atto giuridico ma una operazione materiale: la pubblicazione è la stampa pura e semplice del testo promulgato.

È evidente che la legge, per essere obbedita, deve essere conosciuta o comunque conoscibile. D'altra parte è di vitale necessità per l'ordinamento imporre e garantire l'osservanza delle leggi senza che i soggetti obbligati possano addurre a scusante della loro disobbedienza la ignoranza della legge. Di qui l'adagio famoso e il principio giuridico vigente secondo cui *ignorantia legis non excusat*. Una volta avvenuta questa pubblicazione (*pubblicazione legale*) l'atto così pubblicato viene presunto come conosciuto con scarsissime possibilità di prova contraria nei casi espressamente previsti dallo stesso ordinamento. La legge era conoscibile, dunque conosciuta: così ragiona l'ordinamento.

**-la vacatio legis:** la regola generale contenuta nell'art 73 Costituzione dispone che le leggi entrano in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione (c.d *vacatio legis*), salvo che la stessa legge disponga rispetto a se stessa un termine diverso, maggiore o minore. La Pubblicazione legale che produce il risultato prima detto è costituita dalla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale.

**-Gazzetta Ufficiale e Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica:** la Gazzetta Ufficiale è un giornale a stampa quasi quotidiano, pubblicato dal ministero della giustizia, sul quale si pubblicano tutte le leggi e i principali decreti del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio dei ministri, dei ministri, le sentenze della Corte costituzionale, notizie ufficiali da parte di organi costituzionali dello Stato, ecc... La Raccolta ufficiale degli atti

normativi della Repubblica italiana è una pubblicazione a stampa sempre a cura del ministero della giustizia che raccoglie anno per anno le leggi e i principali decreti della Repubblica.

È interessante notare che la Costituzione non dispone un termine per la pubblicazione delle leggi e dice solo all' **art 73** che la pubblicazione deve avvenire subito dopo la promulgazione. Questo spiega il curioso fenomeno per cui, siccome la data della legge è quella della promulgazione, ma il numero è quello progressivo della pubblicazione, può accadere che una legge promulgata prima, e quindi con data anteriore, abbia un numero posteriore ad una legge promulgata dopo.

-data della legge= data pubblicazione

-numero della legge= data pubblicazione

VEDI SCHEMA P.239

### -LA FORZA DI LEGGE

Esaminiamo ora il rapporto tra la legge e tutte le altre fonti dell'ordinamento.

1. La legge del Parlamento, come tutti gli altri atti giuridici, è anzitutto subordinata alla Costituzione ed alle leggi costituzionali (salva la particolarità dell'art 11 Cost\*)
2. La legge del Parlamento è in secondo luogo subordinata all'ordinamento comunitario (come dispone espressamente il nuovo art. 117 Cost).
3. La legge del Parlamento, in forza del nuovo art.117, deve rispettare gli obblighi internazionali, il che non vuol dire che gli obblighi internazionali una volta assunti, non possono essere mai più tolti o modificati.

Una comune legge non può derogare o violare un trattato internazionale, ed a tal fine ci vuole una specifica legge costituzionale che espressamente manifesti questa volontà dello Stato italiano (il che naturalmente non toglie che lo Stato italiano possa andare incontro per questa ragione alle sanzioni proprie del diritto internazionale); va poi chiarito che gli obblighi internazionali capaci di vincolare le leggi ordinarie del Parlamento sono soltanto quelli adottati secondo le regole contenute nell'art 80 della Costituzione: e cioè gli obblighi derivanti da quei trattati ratificati dal PDR sulla base di una specifica legge di autorizzazione del Parlamento. (**art 80 Cost: le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali...**).

C'è una asimmetria tra modo di approvazione dei trattati previsti dall'art 80 Cost e modo di sottrazione agli obblighi internazionali assunti con un trattato:

-per assumere un obbligo internazionale-→basta una legge ordinaria  
-per sottrarsi dagli obblighi internazionali-→necessaria una legge costituzionale

4. La legge del Parlamento-in base al nuovo art.117- ha una competenza numerata: non può legiferare su qualunque oggetto o materia, salvo quelli riservati ad altri soggetti (come si doveva fino alla riforma introdotta dalla l. cost. n.3/2001), ma ha il potere di legiferare solo sugli oggetti e nelle materie riservate espressamente allo Stato, oggi le competenze legislativa generale, su tutti gli altri oggetti o materie non riservate allo Stato, spetta alle Regioni.
5. Se la legge del Parlamento si mantiene entro la sua competenza, può abrogare, sospendere, derogare, o comunque modificare qualunque altra legge anteriore (o atto con forza di legge) e non può essere abrogata, sospesa, derogata o comunque modificata se non da una successiva legge o atto con forza di legge; nel primo caso si dirà che la legge ha **forza di legge attiva**, nel secondo **passiva**.

In alcuni casi rari e tassativi una legge può possedere la forza attiva ma non quella passiva (ad esempio una legge che, eccezionalmente e nei casi non contrari a Costituzione, autorizza espressamente una fonte, di regola subordinata alla legge, a modificare se stessa); reciprocamente una legge può possedere la forza passiva ma non quella attiva (la legge di bilancio: non può essere modificata se non da legge o atto avente forza di legge successivo, ma essa stessa non poteva stabilire nuovi tributi e nuove spese, come prescriveva l'art 81 Cost prima della modifica costituzionale del 2014 che ha tolto questo divieto).

-gli atti con forza di legge: che tali atti esistano ce lo dice la Costituzione negli **articoli 76 e 77** dove disciplina il decreto legislativo e il decreto-legge e li qualifica atti con forza di legge; sia quando nell' **art 134** dispone che la Corte costituzionale giudica della legittimità costituzionale <<delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato>>.

Attraverso l'atto con forza di legge un soggetto diverso dal Parlamento può raggiungere gli stessi risultati di questo; un soggetto non rappresentativo può sostituirsi ad un soggetto rappresentativo del popolo. Si tratta chiaramente di una deroga grave ai principi democratici e quindi da contenere. L'art 77 dispone: <<il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria>>. Quindi al di fuori della previsione costituzionale (cioè oltre il decreto-legge e il decreto legislativo) il Governo non può adottare atti con forza di legge. Agli altri organi istituzionali la Costituzione non attribuisce alcun atto con forza di legge, ciò ancor più vale per tutti gli altri organo statali non costituzionali (sarebbe contraddittorio attribuire ad essi poteri che neppure gli organi costituzionali hanno).

**L'articolo 70 Costituzione** disciplina che la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere → solo il Parlamento a livello nazionale approva le leggi, e cioè gli atti dotati di quella particolari forza e efficacia propria delle leggi. Nessun altro atto, neppure la legge del Parlamento, può dunque creare atti con forza di legge oltre quelli previsti dalla Costituzione o da leggi costituzionali.

Peraltro vi sono atti, legittimati dalla Costituzione (come i regolamenti dell'Unione europea) che non hanno la forza della legge nel senso prima detto, ma neppure possono dirsi subordinati alla legge. Ne abbiamo già parlato trattando del criterio di competenza nella risoluzione delle antinomie giuridiche, allorchè abbiamo descritto questo tipo di atto esaminando come esempio il regolamento parlamentare. Anche se a rigore questi atti non hanno propriamente la forza delle leggi, perché non possono sostituirsi alle leggi del Parlamento, essi condividono con il Parlamento la particolarità di essere subordinati solo alla Costituzione e alle leggi con forza costituzionale, cosicché, in questo senso e solo in questo senso, anch'essi hanno forza di leggi.

Inoltre tra gli atti sottoponibili a giudizio dalla Corte Costituzionale (presentati dall' **art 134 Cost**) sono certamente quelli che possono sostituirsi alle leggi del Parlamento, ma sono anche quelli che, pur non possedendo tale qualità, sono, nella previsione della Costituzione e delle leggi costituzionali che li legittimano subordinati solo alla Costituzione e alle leggi con forza costituzionale, allo stesso modo delle leggi del Parlamento.

- la legge di amnistia e indulto: prevista da **articolo 79 costituzione**: amnistia e indulto sono provvedimenti generali di clemenza, mediante i quali, per reati già commessi, o viene estinto il reato (amnistia) o viene diminuita o tolta la pena (indulto). La grazia invece è un provvedimento di clemenza individuale, e viene concessa, seguendo le procedure di legge, del PDR. L'amnistia e l'indulto vengono concessi mediante una legge approvata con la altissima maggioranza dei 2/3 di ciascuna Camera.

## 9. Decreto-legge

**L'art 77 Costituzione** così disciplina il decreto-legge: << 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.>>

La dizione decreto-legge non è prevista dalla Costituzione, si tratta del nome che oggi viene imposto dall'art 14 della legge n.400/1988. La parola decreto è il nome di quasi tutti gli atti autoritativi del potere esecutivo: essa in tal modo designa una forma (decreto) che può contenere svariati contenuti. Il decreto è una forma astratta che può ricoprire atti molto diversi per quanto riguarda sia il contenuto che l'efficacia. Per tale ragione anche l'atto del Governo previsto dall'art 77, che ha forza di legge, viene rivestito della forma del decreto (e, poiché viene emanato dal capo dello Stato, viene rivestito della forma del decreto dal PDR).

Questo decreto legge spetta al Governo, cioè al Consiglio dei ministri. Un singolo ministro non può deliberare un decreto-legge e neppure il Presidente del Consiglio da solo. Va poi fatta distinzione tra adozione del decreto-legge, e cioè deliberazione sul suo contenuto, che spetta al Consiglio dei ministri, ed <<emanazione>> del decreto-legge, e cioè una sua dichiarazione pubblica e ufficiale, che viene fatta dal PDR con suo decreto (controfirmato, come tutti gli atti del PDR). L'emanazione del capo dello Stato è in sostanza un tutto analogo alla promulgazione delle leggi.

Il decreto legge viene pubblicato sulla Gazzetta ufficiale e inserito nella Raccolta ed entra subito in vigore, conformemente alla sua natura.

-il presupposto della necessità e dell'urgenza: il Governo ha necessità di intervenire, non può attendere l'intervento del Parlamento, pena il prodursi di danni irreparabili. Però unico giudice della sussistenza delle condizioni di necessità ed urgenza almeno fino al 1995 è stato solo il Parlamento in sede di conversione → poiché normalmente il Governo gode di una previa maggioranza che gli ha concesso fiducia, e la maggioranza normalmente segue la direzione del Governo, è più che probabile che la maggioranza parlamentare si schieri col suo Governo riconoscendo la esistenza della necessità e urgenza.

-L'uso politico del decreto legge: la ragione politica principale del ricorso frequente al decreto legge sta nel fatto che in tal modo il Governo (e quindi i partiti di Governo) creano un fatto compiuto di fronte al quale il Parlamento si trova nella situazione svantaggiosa di chi deve distruggere quanto è stato già fatto. Viceversa, se questi stessi partiti seguissero l'iter normale, il Parlamento si troverebbe di fronte ad una semplice iniziativa legislativa, cioè ad una proposta, e dunque potrebbe discutere a fondo la questione con maggiore tranquillità. Inoltre il procedimento legislativo può durare quanto si vuole, mentre la legge di conversione deve essere approvata entro 6° gg, cosicché di necessità i tempi di discussione in Parlamento sono più brevi. Per questa ragione ogni qual volta i dirigenti del Governo e dei partiti di maggioranza non sono molto sicuri dei propri parlamentari e temono resistenze accanite, colpi di mano, emendamenti sgraniti, essi ricorrono al decreto legge per mettere i parlamentari di fronte al fatto compiuto e in sostanza ricattarli o comunque diminuire i tempi e la possibilità del dissenso.

-la reiterazione della legge: il Governo, scaduti i 60 gg senza che il decreto-legge venisse convertito, ne deliberava un secondo, dal contenuto identico, e poi un terzo, un quarto, senza limiti... questa pratica scandalosa e incostituzionale è durata per anni, fino a che finalmente è intervenuta la Corte costituzionale con una fondamentale sentenza in materia (**sentenza n.360, 1996**). In essa anzitutto la Corte conferma il principio già enunciato nella sentenza n.84 del 1996 secondo cui la questione sollevata nei confronti di un decreto-legge (o di singole disposizioni di un decreto-legge) non convertito si trasferisce automaticamente nei confronti dei successivi decreti leggi ritirati o di disposizioni di essi purché però vi sia identità sostanziale di contenuto normativo.

La corte poi sostiene che la reiterazione di un decreto legge è ammissibile purché però al momento della reiterazione sussistano ragioni attuali di necessità ed urgenza in caso contrario essa è illegittima e tale va dichiarata dalla corte.

La corte costituzionale però per anni aveva continuato a sostenere che la legge di conversione sanava l'eventuale vizio della originaria mancanza della necessità e urgenza nel decreto legge.

La sentenza n.171 del 2007 ha riconosciuto però che se il decreto legge originario era incostituzionale per mancanza di ogni necessità e urgenza, tale resta anche la successiva legge di conversione.

Sempre in tema di decreto legge la corte lo arreso un possibile oggetto di conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato (sentenza 10 maggio 1995, n. 161), Sia pure con la limitazione che ciò è possibile solo quando non esiste altro strumento tempestivo ed efficace per difendere una sfera di competenza costituzionalmente attribuita ad un potere dello Stato (se questa è la giustificazione, è da ritenere che oggetto del conflitto possa essere un qualunque atto con forza di legge).

Col decreto legge il governo esercita un potere che di regola non ha, cioè il potere di modificare precedenti leggi o comunque disciplinare una materia coperta da riserva di legge. Il governo usa questo strumento quando, per raggiungere i fini voluti, non può esercitare i normali poteri a lui conferiti dalle leggi esistenti, ma appunto deve provvedere in modo difforme è contrario ad esse.

-il decreto legge entra subito in vigore nel momento stesso della pubblicazione, e deve essere obbedito da tutti fino a che: a) o il Parlamento lo abbia convertito in legge, nel qual caso la legge di conversione sostituisce il decreto-legge e diventa essa obbligatoria al suo posto; b) oppure il Parlamento abbia rifiutato la conversione; c) oppure siano trascorsi 60 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta ufficiale senza che il Parlamento si sia pronunciato. Nei casi b e c il decreto legge decade ex-tunc, cioè fin dal momento in cui è stato pubblicato e quindi è entrato in vigore: per conseguenza tutti gli atti compiuti sul suo fondamento diventano automaticamente invalidi.

-la legge di conversione: affinché la normativa del decreto-legge, da provvisoria e soggetta a nullità, diventanti definitiva e pienamente valida, è necessario che il Parlamento entro sessanta giorni converta in legge-il decreto-legge.

Dal punto di vista formale la legge di conversione consiste in un solo articolo che converte in legge un precedente decreto-legge e, se il Parlamento, come ormai avviene quasi costantemente, ha emendato tale decreto legge, contiene solo quelle parti nuove che il Parlamento aggiunge e/o sostituisce alle vecchie. In pratica, per ricostruire l'intero testo, bisogna fare un collage tra le parti del decreto legge conservate e le parti della legge di

conversione sostitutive ed integrative. Questo college oggi viene fatto direttamente in Gazzetta ufficiale.

Da tenere a mente che la legge 400/1988 stabilisce che le modifiche eventualmente apportate al decreto legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente. Mediante decreto legge non si può:

- o Conferire deroghe legislative ai sensi dell'articolo 76 della Costituzione
- o Provvedere alle materie indicate nell'articolo 72 della Costituzione
- o Rinnovare le disposizioni dei decreti-legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere
- o Regolare i rapporti giuridici sulla base dei decreti non convertiti
- o Ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte Costituzionale per vizi non attinenti al procedimento

Siccome questi divieti sono contenuti in una legge ordinaria, e siccome il decreto legge e la relativa legge di conversione hanno forza di legge, e cioè possono abrogare o derogare a precedenti leggi, di per sé questi divieti non hanno molta efficacia per il legislatore futuro.

Con l'entrata in vigore della l.cost. 3/2001 si apre una questione nuova e difficile. Poiché lo Stato, e per lo Stato il Parlamento ha competenza legislativa soltanto nelle materie espressamente indicate nel nuovo articolo 117, se ne deve concludere che anche il decreto-legge, deliberato dal Governo e poi convertito dalle Camere, può intervenire solo in quelle stesse materie. Quale regola costituzionale si deve seguire se si danno avvenimenti in materie regionali tali da richiedere un immediato intervento anche in deroga a precedenti leggi? La risposta che non pone alcun problema è quella secondo cui sarà il Consiglio regionale, convocato in via d'urgenza, ad approvare la legge necessaria, usando tutti quegli accorgimenti regolamentari che permettono al consiglio di decidere in tempi brevissimi.

10. il diritto in situazioni di emergenza ---→ vedi libro

## 11. Il decreto-legislativo

**L'articolo 76 Cost** recita: << 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 >>. Mentre col decreto legge l'iniziativa parte dal Governo e solo successivamente interviene il Parlamento, col decreto legislativo il rapporto si inverte e prima decide il Parlamento, con la legge di delegazione, e successivamente interviene il Governo, che esercita il potere a lui delegato.

In seguito alla riforma introdotta dalla l.cost. 3/2001 il Parlamento non ha più competenza legislativa generale, ma solo nelle materie e nei casi espressamente indicati nell'articolo 117. Il Parlamento, in base all'art 76, può delegare al Governo l'esercizio della funzione legislativa, ma solo di quella funzione che egli stesso ha: l'articolo 76 cioè va integrato con il nuovo articolo 117-→ "l'esercizio della funzione legislativa spettante al Parlamento"; il Parlamento può delegare il suo potere legislativo, ma non certo quello spettante alle Regioni.

La *legge di delegazione* è in tutto identica ad una normale legge; quanto al contenuto la sua caratteristica principale è di essere *non operativa*: cioè, di per sé le regole contenute nella legge di delegazione sono formulate in modo ancora così generico e di principio che è impossibile applicarle.

La legge di delegazione per Costituzione ha un contenuto minimo al di sotto del quale è incostituzionale: essa deve contenere 3 elementi: a) l'indicazione precisa e delimitata dell'oggetto della delega, cosicché non è ammessa una delega in bianco, generica e generale (i c.d. pieni poteri), b) la precisazione dei criteri e dei principi che il Governo dovrà eseguire nel formulare più precisamente le regole da applicare; c) l'indicazione di un termine, cioè di una data fissa o comunque determinabile oggettivamente.

Chi delibera, e cioè decide sul contenuto del decreto legislativo è il Governo, anche qui per Governo si intende il Consiglio dei ministri, cosicché il Parlamento può delegare solo questo, e non un singolo ministro o solo il Presidente del Consiglio. La emanazione del decreto legislativo spetta al capo dello Stato. Il decreto legislativo, come tutti gli atti normativi deve essere pubblicato in Gazzetta ufficiale e inserito nella Raccolta ufficiale, entrando in vigore dopo 15 giorni dalla pubblicazione.

**Delegazione:** si ha la figura della delegazione quando un soggetto trasferisce ad un altro solo l'esercizio di un proprio potere di cui resta pienamente titolare: il delegante può revocare in ogni momento la delega, anche prima che essa venga esercitata, spogliando così di ogni potere il soggetto prima delegato; in secondo luogo la delega legislativa si esaurisce con il suo esercizio, cosicché il potere delegato, una volta esercitato, non spetta più al Governo, ma può essere nuovamente esercitato solo dal Parlamento che non ne ha mai perduto la titolarità.

Il Parlamento, in linea di diritto, può revocare in ogni momento la delega, o espressamente o in modo implicito disciplinando esso stesso la materia delegata.

Il Governo non può ritornare con un secondo decreto legislativo sulla materia delegata con decreto legislativo (salvo naturalmente il caso che non riceva una nuova delega).

Niente vieta che il Governo, data una materia molto complessa, la divida in più parti, e disciplina separatamente tali parti con più decreti legislativi.

**-rapporto tra la legge di delegazione e decreto legislativo:** il decreto legislativo ha forza di legge, cioè le sue regole producono tutti gli effetti propri delle leggi. Epperò il decreto legislativo, proprio perché è ammissibile solo a seguito di legge di delegazione ed è valido solo se conforme a tale legge, presenta particolarità uniche. Anzitutto esso non è subordinato alla Costituzione, alle leggi costituzionali, alla legge di delegazione, cioè ad un'altra legge ordinaria, come normalmente le leggi ordinarie non sono. D'altra parte anche ammesso che il decreto legislativo è subordinato ad una legge, è subordinato solo a questa legge (quella di delegazione) e resta pari a tutte le altre.

Infine questa vicenda per cui una legge (o atto avente forza di legge), in generale parti a tutte le altre leggi (o atti aventi forza di legge), può incontrare talvolta limiti posti da un particolare atto che non è la Costituzione o una legge costituzionale, è meno rara di quanto sembri e non riguarda solo il decreto legislativo. Ex. i regolamenti parlamentari impediscono alle leggi ordinarie di aggredire le materie a questi riservate. La regola generale è questa: vi sono limiti alle leggi e agli atti aventi forza di legge non direttamente posti dalla Costituzione o da altre leggi costituzionali, epperò tali limiti sono pur sempre fondati e sono ammissibili solo se fondati in Costituzione, implicitamente ed esplicitamente, e quindi sono sempre limiti costituzionali sia pure indiretti. Per conseguenza, in generale e di regola, tutte le leggi e gli atti aventi forza di legge sono pari ed eguali, salvi quei particolari diretti o indiretti posti dalla

Costituzione e dalle leggi costituzionali rispetto a questo o a quell'atto particolare avente forza di legge.

Inoltre il decreto legislativo non elimina la legge di delegazione, ma si accompagna sempre e necessariamente ad essa, cosicché legge di delegazione e decreto legislativo vigono sempre insieme.

La legge di delegazione accompagna sempre il decreto legislativo per 2 motivi:

- 1) Il decreto legislativo deve essere non contrario ai criteri e ai principi direttivi della legge di delegazione
- 2) È sempre possibile, finché il decreto legislativo è in vigore, sostenere che esso è contrario alla legge di delega ed è sempre possibile, fino alla fine della sua vigenza, provocare un giudizio di costituzionalità su di esso che eventualmente lo dichiari illegittimo per constata difformità rispetto alla legge di delegazione.

Inoltre ogni qua volta le regole del decreto legislativo provocano dubbi interpretativi, allora è lecito e necessario ricorrere ai principi della legge di delegazione per risolvere, se possibile, tali dubbi. La legge di delegazione funziona come criterio prioritario per la interpretazione del decreto legislativo e quindi, anche in questo senso, lo accompagna sempre fino alla sua morte.

Tuttavia una volta accertato che la regola del decreto legislativo non è contraria alla legge di delegazione, dal punto di vista operativo giudici e cittadini applicano la regola scritta nel decreto legislativo. Questa affermazione ci serve per cogliere la differenza col regolamento esecutivo.

Il decreto legislativo deve essere e viene formulato dal Governo in modo che esso sia operativo da solo, cioè sia scritto in modo tale che esso sia autosufficiente. Facendo astrazione per un momento dall'obbligo di conformarsi alla legge di delegazione, esso potrebbe applicarsi tranquillamente indipendentemente da questa. All'inverso la legge di delegazione viene formulata in modo tale che essa, da sola, non è operativa, è troppo generica e lacunosa. Quindi il testo normativo che viene applicato concretamente è sempre e solo quello del decreto legislativo: la legge di delegazione serve solo a) a legittimare; b) eventualmente ad interpretare tale testo.

Viceversa il regolamento esecutivo si caratterizza proprio per questo: di essere un testo normativo autonomo; si applica e diventa operativo solo in permanente unione con le regole della legge a cui si ricollega esplicitamente e di cui è punto di esecuzione.

-il giudice del decreto legislativo contrario alla legge di delegazione: Qual è il giudice del decreto legislativo non conforme alla legge di delegazione? La Corte costituzionale o i giudici ordinari. La Corte giudica sulla conformità delle leggi e degli atti aventi *forza di legge rispetto alla Costituzione e alle leggi costituzionali*, mentre il decreto legislativo qui ipotizzato è contrario ad una legge ordinaria. Poiché questa violazione si risolve indirettamente in una violazione della stessa Costituzione; è opinione pacifica che tale decreto venga giudicato dalla Corte Costituzionale.

-fondamento politico dell'istituto della delegazione legislativa: in genere il Parlamento ricorre alla delega legislativa soprattutto quando dovrebbe approvare testi normativi di notevole complessità tecnica (codici, testi unici, leggi fiscali) per i quali non è attrezzato e che impegnerebbero troppo tempo, impedendogli di dedicarsi ad altre questioni. Il Governo invece è molto più libero, perché al suo servizio tutto l'apparato amministrativo dello Stato oppure può nominare una commissione di esperti, cosicché tutto il lavoro preparatorio e di stesura viene svolto da questi, e il governo si riserva la approvazione finale.

La delegazione legislativa permette una maggiore concentrazione del potere e scavalcare la discussione parlamentare pubblica, accrescendo i poteri e l'autorità del potere esecutivo rispetto a quello legislativo.

**-i testi unici:** una forma particolare di delega molto tipizzata è quella che dà vita ai testi unici. Sono testi unici quei complessi normativi così ufficialmente denominati (anche se rivestiti della forma canonica del decreto del PDR: il testo unico è dunque il contenuto possibile di un decreto) con i quali il Governo, su delega del Parlamento, raccoglie in modo organico e sistematico tutte le precedenti leggi via via entrate in vigore rispetto ad una materia unitaria. In tal modo di fronte ad una situazione di confusione e di incertezza determinata dalla stratificazione nel tempo di molte leggi parziali e particolari vertenti su una stessa materia unitaria. Parlamento e Governo pongono rimedio a questa situazione mediante un atto che non dice sostanzialmente nulla di nuovo, ma riordina con chiarezza tutta la materia.

Se la legge di delegazione è conforme all'articolo 76, questa ampia possibilità di variazione non ha nulla di incostituzionale.

Non bisogna confondere i testi unici, che sono veri e propri decreti legislativi e quindi atti con forza di legge con i limiti e poteri che tali atti incontrano, con le raccolte sistematiche curate dai privati o dallo stesso Governo senza però alcuna delegazione. Questi ultimi sono atti senza alcuna efficacia normativa, che hanno un valore puramente pratico, ma non sostituiscono in nessun caso e per nessuna ragione i veri atti normativi.

## 12. Il referendum abrogativo

La Costituzione prevede più tipi di referendum, e cioè di votazioni popolari su questioni determinate da risolvere con un sì o con un no. Oltre quello abrogativo, esiste quello approvativo in sede di procedimento di legge di revisione costituzionale o legge costituzionale-di cui già abbiamo parlato-, quello relativo alla modificazione territoriale delle Regioni (art.132 Cost), quelli previsti dalla Costituzione e dagli statuti regionali su leggi e atti amministrativi delle Regioni.

Il referendum abrogativo presenta la particolarità che attraverso di esso il corpo elettorale può dire solo se intende abrogare una legge già esistente oppure approvare un progetto di legge sostitutivo della legge eventualmente abrogata. È un atto con contenuto necessariamente negativo, e mai positivo.

**-richiesta di referendum:** la Costituzione (**art.75 Cost**) dispone che il referendum abrogativo può essere chiesto solo da 500.000 elettori o da 5 consigli regionali; che può riguardare solo leggi del Parlamento o atti aventi forza di legge, o parti di esse (e quindi non regolamento o atti amministrativi o altro); non può riguardare le <<leggi tributarie di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali>>; il referendum è valido solo se hanno votato la maggioranza assoluta degli aventi diritto e cioè la metà+1 dell'intero corpo elettorale (questo vuol dire che se tale requisito di validità è realizzato, la legge sarà abrogata o non abrogata sulla base dei voti contrari e favorevoli secondo le normali regole; se invece tale requisito non è raggiunto, cioè se non ha votato la maggioranza degli aventi diritto, il referendum è nullo e non ha alcun effetto, quale che sia la specifica decisione espressa da coloro che pure hanno votato).

**-referendum operativo solo dal 1970:** la legge necessaria per la pratica operatività dell'istituto è stata approvata solo nel 1970. La DC ha voluto e imposto politicamente l'attuazione del

referendum quando, per la prima volta, su una questione importante come la legge sul divorzio, contro cui si era decisamente impegnata, è stata sconfitta. Il referendum è divenuto in tal modo moneta di scambio con gli altri partiti nella questione del divorzio e garanzia chiesta dalla DC ai suoi avversari. La legge che regola tutti i referendum statali, e dunque anche quello abrogativo, è la **I. 25 maggio 1970 n.352** (modificata dalla **I.22 maggio 1978 n.199**). Essa attua l'articolo 75 ponendo dei limiti molto severi:

- La raccolta delle firme non può durare oltre 3 mesi
- Non può essere depositata richiesta di referendum nell'anno anteriore alla scadenza di una delle due Camere e nei 6 mesi successivi alla data di convocazione dei comizi elettorali per l'elezione delle Camere medesime
- Il referendum si può effettuare solo in una domenica compresa tra il 15 aprile e il 15 giugno
- Nel caso di scioglimento anticipato delle Camere il referendum già indetto viene sospeso per un anno, e i termini cominciano a decorrere di nuovo dal 365° giorno successivo alla data delle elezioni: in pratica in tal modo possono trascorrere due anni e non solo uno (come è già accaduto a proposito del referendum sul divorzio che dal 1972 è slittato dal 1974)
- Nel caso che il risultato del referendum sia contrario alla abrogazione, non può proporsi richiesta di referendum per l'abrogazione della medesima legge prima che siano trascorsi 5 anni
- Se il Parlamento, prima dello svolgimento del referendum, approva una legge che modifica quella su cui era stato richiesto il referendum, questo non ha più luogo.

Il colpo più duro però lo ha inferto la Corte Costituzionale che con **sentenza n.16, 1978** ha stabilito che la Corte si riserva di decidere quando un referendum è ammissibile e quando no.

-referendum e democrazia rappresentativa: I referendum hanno senso compiuto in un ordinamento, che tende alla c.d *democrazia diretta*, e cioè a demandare le scelte più importanti alla diretta volontà del corpo elettorale, cosicchè gli organi rappresentativi eventualmente esistenti debbono eseguire tali decisioni; il governo parlamentare è una forma tipica della *democrazia rappresentativa*, in cui il corpo elettorale ha la funzione esclusiva di selezionare gli uomini i quali per una legislatura decideranno con legge tutte le questioni essenziali, e manterranno col corpo elettorale solo un rapporto indiretto, di reciproca e mutua influenza politica mediata dai partiti politici.

Poiché non c'è dubbio che la nostra Costituzione pone al centro la democrazia rappresentativa, come elemento dominante, la inserzione di un tipico strumento della democrazia diretta (il referendum) stride e può portare a contraddizioni. Ma il costituente, che ne era consapevole, volle egualmente questa inserzione perché la ritenne un utile correttivo delle possibili degenerazioni del sistema parlamentare. Vi sono poi i referendum consultivi, deliberativi e propositivi: cioè, nell'ordine, referendum mediante i quali il corpo elettorale esprime un parere di cui il soggetto decidente terrà conto, o addirittura decide introducendo nuove regole (o approvando atti amministrativi rilevanti), oppure propone progetti.

-gli usi del referendum:

- a. Talvolta esso è stato lo strumento attraverso cui movimento non necessariamente politici riescono ad entrare nel gioco politico con efficacia ed a costringere il Parlamento a modificare leggi che la maggioranza spontaneamente non avrebbe modificato

- b. Altre volte è lo strumento delle minoranze politiche che, appellandosi al popolo, cercano per questa via di vincere su un punto particolare contro la maggioranza politica del Parlamento
- c. Addirittura nei referendum del 18-19 aprile del 1993 un referendum, quello sulla legge elettorale per il Senato, ha acquisito un significato oggettivamente costituzionale, in quanto decisione popolare su una questione fondamentale che ha chiuso una fase della Repubblica italiana e ne ha aperto una del tutto nuova e diversa. [il referendum sul sistema elettorale del Senato del 1993 ha trasformato un sistema proporzionale in un sistema ferocemente maggioritario].
- d. La pratica ha inoltre dimostrato che spesso il referendum non è affatto abrogativo (pur rimanendo tale nella forma) ma deliberativo (nella sostanza)

La corte costituzionale poi ha affermato il principio (non scritto in Costituzione) per cui non è ammissibile un referendum su una legge se dalla abrogazione di tale legge deriva il pericolo di paralisi di un organo costituzionale. In casi come questo cioè la Corte ammette il referendum solo se esso, anziché essere abrogativo, è approvativo di una legge che deriva dalla opportuna cancellazione di parole del vecchio testo. La totale incostituzionalità di questo risultato è duplice: a) da un lato si introduce nel nostro ordinamento il referendum approvativo contro quanto dispone chiaramente la Costituzione, che prevede il referendum approvativo solo per le leggi costituzionali, mentre per quelle ordinarie prevede solo il referendum abrogativo (che si limita cioè ad abrogare); dall'altro lato si introduce una procedura di approvazione di una nuova legge del tutto antidemocratica, giacché si dà il potere di proposta di legge ad una sola parte (il comitato promotore del referendum), negando il diritto di proporre un diverso progetto, così da permettere al popolo di scegliere tra ipotesi diverse, come dovrebbe avvenire in una seria democrazia.

-aspetti negativi del referendum: si discute sulla razionalità della procedura, per cui il giudizio della Corte sulla ammissibilità del referendum avviene dopo la raccolta delle firme, vanificando mesi di lavoro, energie e mezzi spesi inutilmente; meglio sarebbe anticipare questo giudizio. Nel momento in cui alcuni partiti, che pure fanno parte della maggioranza, e dunque potrebbero ottenere dalla maggioranza una nuova legge, promuovono invece un referendum abrogativo, ci si chiede se questo non significhi snaturare l'istituto, facendolo diventare, da strumento del popolo nei confronti del potere, uno strumento dei partiti nella lotta tra loro. Si riscopre così il valore della democrazia rappresentativa, la quale, attraverso il dibattito nelle assemblee, consente i compromessi e dunque impedisce che la maggioranza stravinca, in tal modo aiuta la pace sociale.

-aspetti positivi del referendum:

- Permette a movimenti non partiti di entrare nel gioco politico con forza comparabile ai partiti, almeno su temi specifici.
- Spesso, con la sola minaccia di iniziare la procedura referendaria, costringe le maggioranze pigre o divise ad attivarsi, modificando leggi esistenti
- Offre ai partiti nuovi strumenti di lotta

### **13. Gli statuti regionali, provinciali, comunali, delle Città metropolitane**

Gli statuti delle Regioni (o stati regionali) sono quegli atti normativi che disegnano le strutture organizzative fondamentali dell'ente Regioni, indicano i fini fondamentali che l'ente perseguirà e prescrivono le regole fondamentali a cui l'ente si dovrà attenere nella sua futura e multiforme attività. Essi rientrano pienamente e totalmente nella categoria degli statuti degli enti pubblici,

giacchè tutti gli enti pubblici hanno o potrebbero avere un loro statuto, e cioè un atto fondamentale che sta a base della loro organizzazione e della loro attività.

-gli statuti regionali sono subordinati alla Costituzione (e non però alle leggi ordinarie dello Stato), ma solo a loro volta sovraordinati alle leggi regionali. La Costituzione differenzia gli *statuti speciali* (delle Regioni speciali) dagli *statuti ordinari* (delle Regioni ordinarie).

**-gli statuti speciali:** sono propri solo di 5 Regioni nominate espressamente dalla Costituzione: Sicilia, Sardegna, Trentino-Alto Adige, Valle d'Aosta, Friuli Venezia Giulia. Le prime 4 sono nate contestualmente alla Costituzione (la Sicilia in realtà preesisteva ad essa); il Friuli Venezia Giulia in realtà venne istituito solo nel 1963. Gli statuti speciali sono approvati direttamente dallo Stato mediante legge costituzionale.

La specialità di tali Regioni rispetto a tutte le altre si traduce nel fatto che le norme costituzionali generali in tema di Regioni (e cioè le norme che la Costituzione pone in generale rispetto a tutte le Regioni) debbono essere derogate o integrate o comunque in parte modificate rispetto alle Regioni speciali, in modo appunto da ampliare i poteri di queste ultime: questo spiega perché gli statuti speciali sono approvati con legge costituzionale, appunto perché dovendosi derogare alla stessa Costituzione l'unico strumento adeguato è un atto con forza di legge costituzionale (e quindi la legge costituzionale).

La **legge costituzionale n.2/99**, pur confermando che gli statuti delle Regioni speciali vanno approvati con legge costituzionale, ha attenuato la dipendenza dalla volontà unilaterale dello Stato che le Regioni speciali dovevano (e in parte continuano a) pagare in cambio del privilegio di ottenere uno statuto con maggiori e diverse autonomie rispetto alle Regioni ordinarie. Infatti in base a tale legge: 1) l'iniziativa per la modificazione degli statuti spetta anche alle assemblee legislative di tali Regioni; 2) il Parlamento prima di deliberare deve chiedere ed ottenere obbligatoriamente il parere (non vincolante) del Consiglio regionale; 3) se la legge costituzionale viene approvata, e per l'approvazione è sufficiente la maggioranza assoluta, non è possibile far luogo a referendum previsto dall'articolo 138 Costituzione.

**-le legge statutarie:** sempre la l.cost.n2/99 prevede le leggi statutarie, e cioè le leggi delle Regioni speciali che seguendo un particolare procedimento, possono modificare lo stesso statuto per quanto riguarda la forma di governo e il sistema elettorale. Il procedimento è così organizzato:

1. La legge statutaria deve essere approvata deve essere approvata dalla maggioranza assoluta del Consiglio regionale
2. Il Governo entro 30 gg dalla pubblicazione di questa deliberazione può ricorrere alla Corte Costituzionale
3. Entro 3 mesi dalla pubblicazione di cui sopra 1/50 elettori o 1/5 del Consiglio possono chiedere un referendum
4. Se però la legge è stata approvata dai 2/3 del Consiglio solo gli elettori possono chiedere un referendum, con un numero minimo di elettori diverso secondo le diverse Regioni.

Come si vede è stata introdotta una maggiore autonomia delle Regioni speciali che, rispetto ad alcune specifiche parti dello statuto, possono modificare lo stesso statuto (come del resto in forza di l.costituzionale 3/2001 possono fare le Regioni ordinarie), nonostante che lo statuto nel suo insieme sia stato approvato con legge costituzionale (in altre parole la speciali legge regionale, chiamata non per caso legge statutaria, una legge costituzionale nei casi, e solo nei casi indicati).

Come si vede, gli statuti speciali, essendo approvati con legge costituzionale non andrebbero collocati qui ma insieme appunto alle leggi costituzionali, immediatamente dopo la Costituzione e prima delle leggi ordinarie e degli atti aventi forza di legge. La potestà statutaria generale è quella ordinaria, e tale potestà, va collocata a questo punto, sullo stesso gradino degli atti aventi forza di legge; gli statuti speciali, eccezione rispetto a questa regola, vengono attratti da tale collocazione, anche se a rigore hanno forza costituzionale, poiché in tal caso si fa prevalere la comunanza dell'oggetto regolato (statuto) sulla diversa forza giuridica dell'atto che li approva.

**-gli statuti ordinari:** la legge costituzionali 22 novembre 1999, n.1 ha modificato l'originario **art. 123 Costituzione** che disciplina gli statuti delle Regioni ordinarie, sia per quanto riguarda il procedimento di formazione, sia per quanto riguarda il contenuto.

Il nuovo articolo 123 demanda allo statuto la determinazione della forza di governo (che invece, precedentemente, era disciplinata direttamente dalla Costituzione). Gli statuti poi debbono stabilire i principi fondamentali di organizzazione e funzionamento della Regione, regolare l'esercizio del diritto di iniziativa e del referendum sulle leggi e provvedimenti amministrativi della Regione, e la pubblicazione delle leggi e dei regolamenti regionali. Per quanto riguarda invece il modo di approvazione e modificazione degli statuti delle Regioni ordinarie il nuovo articolo 123 innova totalmente rispetto al testo originario:

1. Lo statuto va approvato e modificato con legge regionale
2. Per conseguenza la deliberazione del Consiglio regionale, trascorsi i 3 mesi senza che sia stato chiesto il referendum dagli aventi diritto, deve essere promulgata dal Presidente della Regione e pubblicata nel Bollettino ufficiale di questa, ed entra in vigore decorsi 15 giorni
3. In Consiglio è necessaria una duplice deliberazione con la maggioranza assoluta dei componenti e con un intervallo tra la prima e la seconda deliberazione non inferiore a 2 mesi
4. Il Governo può promuovere questione di legittimità costituzionale davanti alla Corte costituzionale entro 30 gg dalla pubblicazione
5. Lo statuto è sottoposto a referendum popolare se entro 3 mesi ne facciano richiesta 1/50 degli elettori o 1/5 dei componenti del Consiglio regionale.

La Corte costituzionale ha stabilito che i 30 gg per ricorrere ad essa da parte del Governo decorrono dalla prima pubblicazione, quella notiziale, dalla quale decorrono anche i 3 mesi entro i quali può essere chiesto il referendum, cosicché il controllo della Corte in tal caso è un controllo preventivo, prima che la legge la quale approva lo statuto entri in vigore.

**-statuti comunali, provinciali e delle città metropolitane:** il nuovo articolo 114 prevede che Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni abbiano propri statuti. Gli statuti di Comuni e Province sono stati introdotti per la prima volta dalla **l.142 del 1990** e sono oggi disciplinati dal **d.lgs. 267/2000**: mentre però previsti da legge ordinaria, oggi sono previsti e garantiti dalla stessa Costituzione, cosicché una legge ordinaria può disciplinare gli statuti di questi enti stabilendo i principi fondamentali ai quali devono attenersi, ma non potrebbe più togliere tale potestà ad essi. Anche agli statuti comunali, provinciali e delle città metropolitane si applicano alternativamente il criterio della competenza e della gerarchia.

Costituzione

Statuti comunali, provinciali e delle città metropolitane sono subordinati a:

Leggi Statali: che disciplinano le competenze statutarie di Province, Comuni e città metropolitane. Inoltre le leggi statali individuano la materia che viene devoluta esclusivamente agli statuti comunali e provinciali (criterio della competenza)

Quindi le leggi statali individuano una materia che viene attribuita in via esclusiva alla decisione di tali enti, cosicché, tali statuti, se conformi alle prescrizioni delle leggi statali che li riguardano, disciplinano oggetti che spettano solo ad essi e a nessun altro atto normativo. Ne consegue che, nel conflitto tra statuto comunale e provinciale e ogni altro atto normativo diverso dalla legge statale, si applica il criterio della competenza, e cioè di deve previamente stabilire se la materia disciplinata rientra tra quella statutaria (e in questo caso lo statuto provinciale e comunale prevale sugli altri atti normativi) oppure non rientra tra quelle statutarie (e in questo caso prevale l'atto normativo competente.). Nel rapporto tra statuto provinciale o comunale e regolamenti provinciali o comunali invece si ristabilisce pienamente la gerarchia delle fonti, per cui i regolamenti provinciali e comunali sono sempre subordinati ai rispettivi statuti.

#### 14. I regolamenti parlamentari

I regolamenti parlamentari (art 64) sono atti approvati da ciascuna camera con i quali esse disciplinano la propria organizzazione interna, le procedure che seguono nello svolgere i propri compiti, e ogni altro oggetto che concerna il proprio modo di funzionare. Quindi oggi i regolamenti parlamentari per una parte sono esecutivi di norme costituzionali, per un'altra parte dettano regole in piena autonomia, conformemente alla volontà della stessa camera interessata (peraltro anche questa parte è fondata sulla Costituzione che legittima la sua esistenza e stabilisce come va approvata).

I regolamenti parlamentari sono approvati da ciascuna camera per se stessa e vanno approvati con la maggioranza assoluta. I regolamenti parlamentari, nell'ordine delle fonti, si comportano come gli statuti regionali (o come i regolamenti dell'Unione europea) e in generali come quegli atti a competenza esclusiva ai quali, nel rapporto con tutte le altre fonti si applica il criterio della competenza e non quello gerarchico. Anche i regolamenti parlamentari sono immediatamente subordinati alla Costituzione (e alle leggi costituzionali) e a nessun altro atto, e dunque per questo aspetto vanno posti sullo stesso piano delle leggi. Sulla base di questi atti si è creato il diritto parlamentare.

#### 15. Le leggi regionali

Oggi, in base alle nuove disposizioni introdotte dalla **legge costituzionale n.3 del 2001** del titolo V della Parte seconda della Costituzione, il rapporto tra leggi statali e leggi regionali è

totalmente ribaltato rispetto a quanto stabilito in precedenza.

Precedentemente le leggi regionali erano caratterizzate da 3 elementi principali:

- 1) Le Regioni avevano una competenza **tassativa**, mentre la competenza del Parlamento era **generale**: il Parlamento cioè poteva legiferare su qualunque materia tranne quelle attribuite alle Regioni, le Regioni potevano legiferare su qualunque materia tranne quelle attribuite alle Regioni, le Regioni potevano legiferare solo nelle materie espressamente attribuite ad esse dalla Costituzione o da leggi costituzionali.
- 2) Le leggi regionali erano sempre subordinate alle leggi statali, ora più o meno, secondi i diversi tipi
- a) Le leggi regionali erano sottoposte ad un **sistematicamente** ad un controllo **preventivo** di legittimità da parte dello Stato. Mentre quelle statali subivano ( e continuavano a subire) un controllo solo **successivo ed eventuale** nei modi e nelle forme che vedremo.

Oggi:

- 1) Le leggi statali hanno una competenza tassativa solo nelle materie e negli oggetti indicati espressamente nel nuovo articolo 117, mentre la competenza delle regioni è generale (meglio: residuale), e cioè esse possono legiferare su qualunque materia e qualunque oggetto, esclusi quelli riservati allo Stato; 2) i casi di subordinazione delle leggi regionali a principi e regole posti dallo Stato sono tassativi; 3) le leggi regionali e costituzionali sono sottoposte alle medesime regole per quanto riguarda il controllo di costituzionalità

-il **procedimento di formazione delle leggi regionali**: le leggi regionali vengono deliberate dal Consiglio regionale, con un procedimento in tutto analogo a quello delle leggi del Parlamento. Esiste la fase dell'iniziativa, per cui i soggetti previsti dai rispettivi statuti possono presentare progetti di legge regionali; quella preparatoria in commissione e quella deliberatoria in commissione e quella deliberata innanzi all'intera assemblea; quella integrativa dell'efficacia, per cui la legge approvata dal Consiglio deve essere promulgata dal Presidente della Giunta (o Presidente della Regione, come dicono gli statuti speciali) e deve essere pubblicata legalmente secondo le norme stabilite negli statuti regionali.

-limiti delle leggi regionali (provenienti da Regioni ordinarie):

1. Le leggi regionali sono ovviamente subordinate alla Costituzione, come tutti gli atti dell'ordinamento italiano. Così l'articolo 120 stabilisce: <<La Regione non può istituire dazi d'importazione o esportazione o transito fra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.>>
2. Le leggi regionali sono subordinate ai rispettivi statuti, così una legge regionale che viola il proprio statuto è incostituzionale e deve essere dichiarata tale dalla Corte Costituzionale.
3. Le leggi regionali sono subordinate all'ordinamento comunitario
4. Le leggi regionali devono rispettare gli obblighi internazionali; tale limite riguarda anche le leggi statali. Però, diversamente dallo Stato, le Regioni non possono sciogliersi dagli obblighi internazionali con legge costituzionali. Inoltre il nuovo art.117 stabilisce che- nel caso di inadempimento delle Regioni nell'attuazione e esecuzione di atti normativi e accordi internazionali-una legge dello Stato disciplini le modalità di esercizio del potere sostitutivo esercitabile dallo Stato nelle materie di competenza regionale.

5. La potestà legislativa regionale viene divisa in 2 gruppi:
  - a. Nel primo gruppo sono comprese le leggi che disciplinano le materie elencate nel terzo comma dell'articolo 117: le leggi regionali di questo gruppo debbono rispettare i principi fondamentali che in ciascuna materia pongono le leggi statali; si ricrea in tal modo la legislazione concorrente (del resto così dice l'inizio del 3 comma dell'art 117 <<sono materie di legislazione concorrente...>>), che consiste in una *doppia riserva*: spetta alla legge statale, e solo alla legge statale, stabilire in ciascuna materia indicata i principi fondamentali; spetta a ciascun regionale legiferare in modo operativo in tale materia attenendosi ai principi fondamentali stabiliti dalla legge statale.  
Se esiste controversia tra Stato e Regione sul rispetto dei limiti reciproci, spetterà alla Corte costituzionale stabilire fin dove può estendersi la potestà legislativa di principio dello Stato, e da dove comincia la potestà legislativa della Regione.
  - b. Nel secondo gruppo rientrano tutte le leggi regionali che non rientrano né nelle materie riservate allo Stato né in quelle riservate alla legislazione concorrente delle Regioni.
6. Un meccanismo particolare viene previsto per le leggi tributarie (nuovo art.119)
7. Un ampliamento eventuale delle materie di competenza regionale è previsto dal terzo comma dell'articolo 116: una legge statale (approvata con maggioranza assoluta, sulla base di intesa fra lo Stato e la Regione interessata, previa iniziativa della stessa Regione, sentiti gli enti locali, e nel rispetto dei principi di cui all'articolo 119) può attribuire ad una specifica Regione potestà legislativa in materia di organizzazione della giustizia di pace (il giudice di pace), di norme generali sull'istruzione, di tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (di tratta di materie che in principio sono riservate allo Stato dalle lettere l/n/s del secondo comma dell'art 117).
8. Il terzo comma dell' **art. 116** in sintesi prevede che alcune Regioni ordinarie, mediante una speciale legge statale approvata con le modalità indicate, o abbiano competenza ulteriori nelle materie tassativamente indicate che in principio sono riservate allo Stato, oppure nella legislazione concorrente siano subordinate a principi fondamentali meno stringenti o comunque diversi da quelli validi per tutte le altre Regioni.
9. Leggi regionali di attuazione degli atti comunitari: se questi atti comunitari vertono in materie regionali, sono le Regioni ad avere competenza per la attuazione ed esecuzione, e non lo Stato; dall'altro però, in tal caso, la legge regionale deve rispettare le norme di procedure stabilite con legge dello Stato.
10. Limite territoriale: le leggi regionali sono efficaci solo entro il territorio di ciascuna regione
11. Limiti derivanti dalle materie trasversali e dal principio di sussidiarietà:  
le materie trasversali non sono materie ma aspetti generali che possono riguardare qualunque materia; il caso più evidente si ha con la lettera *m* dell'articolo 117; in base a questa disposizione spetta alla legge dello Stato <<la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale>>; per conseguenza, qualunque sia la materia trattata; se una legge regionale prevede prestazioni concernenti diritti civili e sociali, questa legge può venir subordinata ad una legge statale che determina i livelli essenziali delle prestazioni relative a quei diritti.

La corte costituzionale con sentenza n.303/2003 ha sostenuto che, in applicazione del principio di sussidiarietà verticale, se lo stato ritiene che una funzione amministrativa in materie regionali (e quindi spettante alle Regioni) debba però essere svolta a livello statale per ottenere risultati adeguati, la legge statale può sottrarre tale funzione alle Regioni e attribuirla

allo Stato, con relativa disciplina; però aggiunge la Corte, lo Stato deve cercare ed ottenere il consenso delle Regioni interessate.

## 16. I regolamenti (in quanto fonte secondaria)

La parola regolamento non ha un significato tecnico rigoroso e viene applicata per disegnare atti molto diversi per natura ed efficacia. I regolamenti parlamentari e i regolamenti dell'Unione europea non hanno niente a che vedere con i regolamenti di cui si parlerà in questo paragrafo, i quali sono atti normativi subordinati alle leggi (e cioè, come si dice fonti secondarie).

Ugualmente non parleremo dei regolamenti interni, e cioè tutti quegli innumerevoli atti i quali disciplinano il modo di funzionare interno di enti, organi, e apparati minori, atti la cui caratteristica è, in generale, quella di non avere rilevanza esterna.

-la Costituzione sui regolamenti: la Costituzione con la l.cost n.3/2001, è stata profondamente modificata non solo per quanto riguarda le Regioni, ma anche per quanto riguarda i regolamenti. Il comma 6 del nuovo articolo 117 prevede e quindi garantisce la esistenza di 3 tipi di regolamento per quanto riguarda il soggetto emanante: a) *regolamenti statali*; b) *regolamenti regionali*; c) *regolamenti dei Comuni, delle Province e delle città metropolitane.*, e stabilisce 1) che lo Stato ha potestà regolamentare soltanto nelle materie nelle quali ha competenza legislativa esclusiva, ma, se vuole, può delegare tale potestà regolamentare alle Regioni; 2) che i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare per quanto riguarda la disciplina della propria organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite; 3) che in tutti gli altri casi la potestà regolamentare spetta alle Regioni (le quali possono esercitare una potestà regolamentare anche nelle materie riservate allo Stato se sono state delegate dallo Stato, ovviamente con legge.

Per quanto riguarda lo Stato, la Costituzione si limita ad aggiungere all' **articolo 87** che il Presidente della Repubblica <<emana... I regolamenti>>: questa disposizione è stata sempre intesa come se dicesse che <<alcuni regolamenti indicati dalle leggi sono emanati dal PDR>>, cosicché sono sempre esistiti ed esistono regolamenti statali che non sono emanati dal PDR ma da altri.

-la situazione dopo l'articolo 17 della legge n.400/88: alcuni problemi che si ponevano sono stati risolti con questa legge. Bisogna fare distinzione tra la situazione precedente e quella posteriore a tale legge. Poiché la situazione posteriore è quella vigente, cominciamo con questa. Questa legge si occupa unicamente dei regolamenti statali.

Mentre la vecchia legge 400/88 partiva dal principio costituzionale allora vigenti per cui la competenza statale era generale, oggi bisogna ricordare che i regolamenti statali sono legittimi se e solo se disciplinano materie riservate dalla Costituzione allo Stato, e sono illegittimi se pretendono di disciplinare materie ulteriori rispetto alle precedenti.

L'articolo 17 della legge 400/88 si preoccupa anzitutto di dare ai regolamenti una forma esteriore riconoscibile. I regolamenti disciplinati dall'art.17 debbono recare il nome di regolamento. Però, a differenza della legge, del decreto-legge e del decreto-legislativo, questa denominazione è contenuta all'interno dell'atto, ma non è il suo nome ufficiale: il nome ufficiale dell'atto resta <<decreto>>, e quindi, secondo i casi, <<decreto del PDR>>, <<decreto del

Presidente del consiglio dei ministri>>. Nel titolo però, o nella formula di emanazione, o nel corpo del decreto deve figurare la parola regolamento.

In secondo luogo la procedura di approvazione presenta alcune fasi costanti e obbligatorie per tutti i regolamenti statali: tutti debbono essere preceduti da un parere del Consiglio di Stato; dopo l'emanazione sono sottoposti al controllo della Corte dei Conti; debbono essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale. In tal modo essi sono conoscibili da tutti, esiste un solo testo ufficiale obbligatorio (quello pubblicato in Gazzetta), l'esame sia preventivo che successivo dovrebbe garantire a livello statale uniformità e coerenza degli atti normativi subordinati alle leggi.

Va peraltro ricordato che il procedimento ora descritto è quello previsto dall'art 17 della legge 400/88. Siccome tale procedimento viene introdotto da una legge ordinaria, niente vieta che successive leggi ordinarie (o atti con forza di legge) prescrivano per alcuni regolamenti specifici, diversi in tutto o in parte dal procedimento generale, stabilito dall'art 17.

-tipi di regolamento statale per quanto riguarda i soggetti deliberanti: l'articolo 17 distingue tra:

- a) Regolamenti deliberati dal Consiglio dei ministri ed emanati dal Presidente della Repubblica (la sequenza base diventa: iniziativa di uno o più ministri o del Presidente del Consiglio; parere del Consiglio di Stato; deliberazione del Consiglio dei ministri; emanazione del Presidente della Repubblica; controllo della Corte dei conti; pubblicazione nella Gazzetta ufficiale). Si tratta in pratica degli stessi regolamenti già esistenti prima e che ricevevano il nome convenzionale di <<regolamenti governativi>>.
- b) Regolamenti emanati dal singolo ministro (regolamenti ministeriali) e regolamenti deliberati ed emanati da più ministri contemporaneamente (regolamenti interministeriali); bisogna ritenere che anche i regolamenti del Presidente del Consiglio sono ammissibili nei casi previsti dalla legge.

L'articolo 17 elenca poi 6 tipi (di cui uno abolito) di regolamenti governativi (deliberati dal Consiglio dei ministri ed emanati dal Presidente della Repubblica.

- 1) l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi;
- 2) l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale;
- 3) le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge;
- 4) l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge;
- 5) l'organizzazione del lavoro ed i rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti in base agli accordi sindacali.

**1) I regolamenti esecutivi:** sono i regolamenti emanati per disciplinare l'esecuzione delle leggi e dei decreti legislativi (sono i vecchi regolamenti esecutivi). Si chiamano così i regolamenti che si riferiscono ad una specifica e nominata legge e contengono norme ulteriori che a) specificano le norme contenute nella legge, oppure b) prescrivono il modo che i soggetti interessati dovranno eseguire per attuare le norme della legge.

La regola generale vigente in tema di rapporti tra legge e (suo) regolamento è che le norme del regolamento non possono in alcun modo contrastare quelle della legge a cui si riferiscono, come in generale di nessun'altra legge. Di qui la definizione del regolamento del potere esecutivo come fonte secondaria del diritto: secondaria (e cioè subordinata) rispetto alle leggi (o atti aventi forza di legge). Peraltro il regolamento (e cioè, il potere esecutivo) specificando in modo obbligatorio vincolante un oggetto generico previsto dal legislatore ha il potere di

estendere o restringere di molto la portata della legge; in termini politici ha il potere di tradire o comunque condizionare fortemente la volontà del legislatore. Il regolamento può subordinare l'esercizio di un diritto a condizioni talmente vessatorie da renderlo praticamente nullo o comunque da restringerlo fortemente.

Così il rapporto apparentemente astratto tra legge e regolamento è in realtà un rapporto politico tra 2 diversi centri di potere (in questo caso Governo e Parlamento); è incontestabile che il Governo specie di fronte ad un Parlamento che rinuncia a difendere le sue prerogative e il suo ruolo, acquista mediante i regolamenti un grande potere rispetto alle stesse leggi.

Questo potere governativo dovrebbe trovare un fermo ostacolo nei giudici perché essi: a) dovrebbero o disapplicare o annullare i regolamenti che contengono norme chiaramente contrarie a norme legislative; b) potrebbero disapplicare o annullare quelle norme regolamentari che, pur non essendo apertamente contrarie a norme di legge, pongono tali restrizioni ad una legge da renderla sostanzialmente inefficace. Nella pratica il punto a) trova sufficiente garanzia, quello b) che è il più importante, è invece trascurato, cosicché i giudici applicano sempre i regolamenti salvo che le norme regolamentari siano in chiara, netta e inequivocabile opposizione con norme di legge.

La caratteristica della norma regolamentare esecutiva è di essere inautonoma: e cioè di essere una norma che ha senso e si può applicare solo unendola con un'altra.

**2) I regolamenti di attuazione:** questi sono i regolamenti per l'attuazione e l'integrazione delle leggi e dei decreti legislativi recanti norme di principio, esclusi quelli relativi a materie riservate alla competenza regionale. Alla luce del nuovo art 17 la disposizione va letta come se dicesse <<nelle materie riservate allo Stato, le leggi e i decreti legislativi possono limitarsi a dettare norme di principio, demandando ai regolamenti la determinazione delle disposizioni di attuazione ed integrazione. I regolamenti di attuazione hanno dunque il compito di rendere operative norme di principio. Oggi però la cosa è possibile solo se la materia rientra che quelle riservate allo Stato. Deve ritenersi implicitamente che i regolamenti di attuazione dei principi in tanto sono ammissibili in quanto disciplinano materie non coperte da riserva assoluta di legge.

**-la riserva di legge:** vuol dire che in principio una determinata materia può essere disciplinata con norme giuridiche solo da una legge del Parlamento, se la materia è riservata allo Stato, oppure con legge regionale in tutti gli altri casi. Si usa poi distinguere 3 tipi di riserva di legge:

- a) riserva rinforzata: cioè quella riserva con cui la Costituzione non solo esige che unicamente la legge (o atti avente forza di legge) disciplini una certa materia, ma fissa essa stessa limiti inderogabili dalla legge (ex. diritti di libertà)
- b) riserva assoluta: cioè quella riserva fondata in modo tale dalla Costituzione da far presumere ragionevolmente che quella certa materia può essere disciplinata solo dalla legge (o atto avente forza di legge), senza possibilità di integrazione o specificazione o sviluppo da parte di fonti subordinate alla legge, e in particolarità di regolamenti.
- c) Riserva relativa: cioè quella riserva fondata in modo tale dalla Costituzione da far ragionevolmente presumere che in quella specifica materia la legge deve pur sempre intervenire previamente, ma può limitarsi a delineare le caratteristiche fondamentali della disciplina, permettendo che i regolamenti o altre fonti senza forza di legge la completino e la articolino compiutamente.

Nella materia della riserva di legge vi sono dei punti problematici. Il primo riguarda i criteri in base ai quali stabilire se una certa materia è coperta di riserva assoluta o relativa. Vi sono però quelle materie che per tradizione sono state ritenute coperte da riserva assoluta (ex.

materia dei diritti di libertà), c'è riserva relativa nel caso inverso (ex. organizzazione dei pubblici uffici). Di regola quando la Costituzione usa espressioni come:

- <<nei casi previsti dalla legge>>, <<con legge>>-----→riserva assoluta
- <<in base alla legge>>, <<secondo la legge>>---→riserva relativa

La pratica conosce regolamenti esecutivi anche in materie coperte da riserva assoluta. Nei casi di riserva assoluta: a) la legge deve essere formulata in modo così concreto da essere operativa, cioè in modo da poter essere applicata senza bisogno di regolamento esecutivo, cosicché questo, se c'è, è un'aggiunta utile ma non indispensabile.; b) per tali leggi, di regola, non è ammesso regolamento esecutivo, è invece ammesso regol. attuativo.

Il terzo punto problematico in tema di riserva riguarda la riserva relativa, e precisamente il criterio in base al quale ritenere che la legge, pur non essendo di per sé operativa, è sufficientemente determinata in modo da rispettare la riserva. In pratica, tranne casi clamorosi ed evidenti nei quali la legge si limita a rivestire di potere normativo il Governo (potere regolamentare), tutti gli altri casi vengono decisi discrezionalmente dalla Corte costituzionale ogni qual volta qualcuno sostiene davanti ad essa che la legge X non rispetta la riserva relativa posta dalla Corte.

**3) regolamenti indipendenti:** cioè i regolamenti statali che disciplinano materie nelle quali non vi sono leggi o atti aventi forza di legge (se vi fossero, gli eventuali regolamenti sarebbero regolamenti subordinati a tali atti, e non più indipendenti) e che non sono coperte da riserva di legge, né assoluta né relativa (poiché in tal caso i regolamenti sarebbero incostituzionalmente illegittimi). Oggi, dopo legge cost n.3/2001, i regolamenti indipendenti sono impensabili, giacché si dovrebbe ipotizzare che qualcuna delle materie riservate allo Stato dall'articolo 117 non è coperta da riserva di legge e per di più non si trova disciplinata dalla legge o da un atto con forza di legge.

**4) i regolamenti di organizzazione:** i regolamenti che disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge. Per la verità, questo tipo di regolamento è già ricompreso nel tipo del regolamento esecutivo o nel tipo b) regolamento di attuazione, giacché si tratta di un regolamento che comunque deve attenersi alle disposizioni di legge (come dice l'art. 97 Cost, che pone in materia di organizzazione dei pubblici uffici una riserva di legge, da tutti ritenuta relativa.

L'articolo 13 della legge 15 marzo 1997, n.59, introduce entro l'art.17 della legge 400/88 un comma4-bis, nel quale vengono previsti regolamenti che disciplinano l'organizzazione ed il funzionamento dei ministeri. Si caratterizzano per 2 aspetti: anzitutto vengono autorizzati a disciplinare tutta la organizzazione dei ministeri, attenendosi a pochi e generici principi enunciati nella legge (ad avviso dell'autore costituiscono violazione della riserva di legge, sia pure relativa, posta dall'art.97 Costituzione). In secondo luogo devono seguire un procedimento loro specifico: devono essere inviati alle commissioni competenti delle due Camere per ricevere un parere.

**5) i regolamenti che recepiscono gli accordi sindacali nell'i.p:** si ricordano i regolamenti che disciplinavano l'organizzazione del lavoro ed i rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti in base agli accordi sindacali. Essi non sono oggi più praticabili perché il d.lgs. n.29 del 1993 ha <<privatizzato>> il rapporto di lavoro della grande maggioranza dei dipendenti pubblici.

**6) i regolamenti delegificatori:** Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sentito il Consiglio di Stato, sono emanati i regolamenti per la disciplina delle materie, non coperte da riserva assoluta di legge prevista dalla

Costituzione, per le quali le leggi della Repubblica, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo, determinano le norme generali regolatrici della materia e dispongono l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari.

In questo tipo di regolamento l'aspetto nuovo e distintivo è costituito dal fatto che esso si sostituisce a precedenti disposizioni contenute nelle leggi o atti aventi forza di legge ( e cioè apparentemente, ha la stessa forza della legge, contro quanto abbiamo sostenuto fin qui per cui i regolamenti sono subordinati alle leggi). Va sottolineato che ciò è possibile solo in materie non coperte da riserva assoluta di legge: in secondo luogo il regolamento in tanto sostituisce precedenti disposizioni di legge in quanto la legge su cui esso si fonda lo prevede: se invece la legge non dice nulla, prevale il principio generale per cui il regolamento non può disporre contro la legge ( o atti con forza di legge); in terzo luogo, non è tanto il regolamento ad abrogare le disposizioni di legge, quanto la legge abilitante, la quale dispone che certe disposizioni di legge cesseranno di aver vigore con l'entrata in vigore di altre disposizioni (contenute in un regolamento da essa autorizzato).

Il fenomeno viene chiamato delegificazione, una certa materia, non riservata in toto alla legge, viene per così dire <<declassata>>: mentre fino ad un certo punto essa è stata disciplinata con legge, da un certo punto in poi, sulla base di una legge autorizzante, viene disciplinata con regolamento (salvo sempre che una successiva legge intervenga nella materia, rilegificandola).

[Note dell'autore: non è chiara la differenza tra i regolamenti indipendenti e quelli di attuazione e integrazione di cui al numero 2: in entrambi i casi il regolamento attuativo dei principi di legge è ammesso solo se la materia non è coperta da riserva assoluta; in ambedue i casi il regolamento non è ammesso se la materia è regionale; in entrambi i casi il complesso <<legge di principio+ regolamento di attuazione>> abroga precedenti norme di legge incompatibili, e la materia disciplinata unitariamente da una legge resta divisa in 2 parti, una di principio ancora spettante al suo legislatore, una di dettaglio spettante al governo mediante potere regolamentare. La tesi sostenuta da Rescigno è che l'articolo 17 con questi 2 regolamenti introduce con parole diverse lo stesso tipo di regolamento.

Il problema più delicato consiste nella individuazione delle disposizioni di legge che vengono abrogate: se queste disposizioni vengono individuate una per una nella legge abilitante, non c'è problema; ma se la legge abilitante si limita a preannunciare genericamente l'abrogazione di tutte le disposizioni che risultano incompatibili col regolamento di attuazione, allora in realtà chi individua le disposizioni di legge da abrogare e le abroga è il Governo, e non il legislatore, e questo va contro l'articolo 76 della Costituzione, il quale chiaramente ammette questa possibilità solo mediante decreto legislativo, e non mediante regolamento. In conclusione la legittimità costituzionale di questo tipo di regolamento è ancora da dimostrare.]

Il culmine è stato raggiunto con la [L. n.59/1997](#) la quale prevede che ogni anno il Governo presenti un disegno di legge per la delegificazione di norme concernenti procedimenti amministrativi; l'intenzione è chiara; fare di quasi tutto il diritto amministrativo un campo affidato al regolamento (e cioè all'esecutivo) e sottratto al legislatore.

**-i regolamenti previsti dalla legge di delegazione europea:** la [legge n.234/2012](#), intitolata "norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea" ha introdotto questa classe di regolamenti. Oggi questi

regolamenti, se statali, sono ammessi solo se vertono su materie riservate allo Stato; se le materie rientrano tra quelle che spettano alle Regioni, allora sono le stesse Regioni che provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, <<nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza>>; questa disposizione costituzionale limita il contenuto della legge di delegazione europea, che è legge statale, e dunque non può invadere o limitare la competenza regionale, la quale nelle materie regionali sussiste anche quando si tratta di attuare ed eseguire atti dell'Unione europea.

**-regolamenti ministeriali, del Presidente del Consiglio, interministeriali:** l'articolo 17 della L.400/88 ha stabilito:

- a) Che i ministri (e, si deve aggiungere, il Presidente del Consiglio dei ministri) in tanto possono adottare regolamenti in quanto volta per volta abilitati da una specifica legge (notare la differenza con i regolamenti del Consiglio dei ministri: questi sono ammessi una volta per tutte in base all'articolo 17; quelli ministeriali, interministeriali e del Presidente del Consiglio sono ammessi solo se previsti volta per volta);
- b) I ministri e il Presidente del Consiglio possono adottare regolamenti solo nelle materie di loro competenza
- c) I regolamenti dei ministri e del Presidente del Consiglio sono subordinati a quelli dell'intero Governo

Non è ben chiaro quanti dei tipi di regolamento possono essere adottati dai ministri. Sicuramente possono essere adottato quelli esecutivi. Siccome però i poteri regolamentari di un ministro sono sempre basati su una specifica legge, niente vieta che una specifica legge posteriore alla legge 400/88 possa attribuisce ad un ministro un potere regolamentare corrispondente ad uno dei tipi previsti a favore del Governo, un tipo ancora diverso (salvo restando ogni problema di costituzionalità). [vedi nota su circolari pp.274/275]

La Costituzione non vieta che le leggi statali nelle materie statali possano attribuire poteri regolamentari a soggetti diversi da quelli previsti dalla L.400/88.

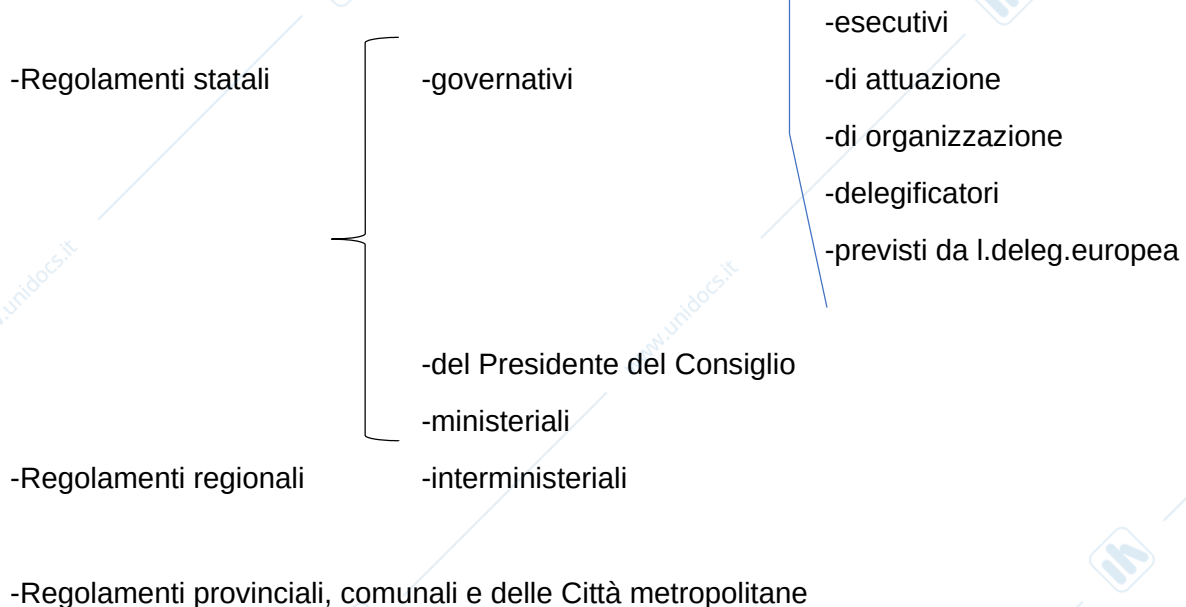
**-i regolamenti regionali:** i regolamenti regionali, per quanto riguarda le Regioni ordinarie, sono previsti dall'articolo 123 della Costituzione (sia nel testo originario che in quello novellato dalla l.cost. 1/99), che prescrive la loro pubblicazione legale come leggi (e quindi sul Bollettino ufficiale). Il nuovo articolo 121 invece non esige più che i regolamenti siano deliberati dal Consiglio regionale. Spetta dunque agli statuti delle Regioni ordinarie stabilire chi e come delibera i regolamenti regionali.

Inoltre il nuovo articolo 117 prevede che le Regioni abbiano una generale potestà regolamentare, a differenza dello Stato, che ha potestà regolamentare solo nelle materie riservate allo Stato, e di Comuni, Province e Città metropolitane, che hanno potestà regolamentare per quanto riguarda la loro organizzazione e lo svolgimento delle funzioni loro attribuite; è previsto poi che lo Stato possa delegare alle Regioni la sua potestà regolamentare e, che dunque, se così dispone la legge statale, la Regione possa approvare regolamenti anche in materia riservate allo Stato (ovviamente se e finché la legge statale non toglie la delega).

**-regolamenti comunali, provinciali, e delle città metropolitane:** i regolamenti provinciali e comunali sono sempre stati fonte del diritto italiano importane e diffusa. Oggi essi, insieme ai regolamenti delle città metropolitane, sono coperti da una garanzia di ordine costituzionale, per cui nessuna autorità può togliere Comuni, Province e Città

metropolitane la potestà normativa ad essi conferita direttamente dalla Costituzione in materia di organizzazione di tali enti e per lo svolgimento delle funzioni loro attribuite.

-i **regolamenti illegittimi**: essi per quanto atti normativi, nel nostro ordinamento vengono assimilati sotto questo aspetto agli atti amministrativi, e dunque vengono disapplicati nel caso concreto dal giudice ordinario (con la conseguenza che i regolamenti illegittimi per quanto disapplicati restano in vigore e continuano ad essere applicati dalla pubblica amministrazione); e vengono annullati dal giudice amministrativo.



## 17. La consuetudine

La caratteristica peculiare della consuetudine, che la differenzia da tutte le fonti del diritto fin qui esaminate, sta nel fatto che essa non è il prodotto della volontà di un determinato (ed individuabile) soggetto, espressa in un momento storicamente accertabile, ma una regola di comportamento che si trae da determinati fatti, dagli stessi comportamenti medi tenuti entro una collettività. Riassumendo: la consuetudine non è un atto giuridico (e più specificatamente un atto normativo) ma un fatto giuridico (e più specificatamente un fatto normativo).

D'altronde anche la consuetudine giuridica, come tutte le fonti normative, non esprime solo la esistenza di una regola di comportamento, ma esprime anche la necessità (sociale) di tale regola e quella specifica necessità che si traduce nella coercibilità della regola, per cui essa è assistita dall'uso della forza se necessario.

Per questa ragione si sostiene comunemente che la consuetudine giuridica consta di 2 elementi:

- a) Uno ***materiale***: che consiste nella esistenza di un comportamento medio e generale, entro la collettività, costantemente e da tempo seguito, conforme alla regola che da esso si trae.
- b) Uno ***soggettivo***: che consiste nella convinzione diffusa entro la collettività che tale regola è obbligatoria e tanto obbligatoria da meritare l'esistenza della forza organizzativa delle autorità pubbliche. Questa opinio iuris seu necessitatis (convinzione della necessità o giuridicità) è dunque un elemento da ricercarsi non nel singolo che volta a volta si adegua alla regola consuetudinaria, ma nell'insieme della collettività, come opinione dominante; per questa ragione essa è accertabile come tutti i fatti giuridici

Come si vede, si presuppone sempre che la consuetudine già esista, e da tempo immemorabile (=non determinabile). Non è quasi mai possibile dire quando e perché è nata una consuetudine: essa è in genere il frutto di un processo molto lungo di progressiva generalizzazione di una regola di comportamento fino a che tale regola viene riconosciuta e fatta propria dalle autorità pubbliche, ed essenzialmente dai giudici, i quali non creano però la consuetudine, come si vede, ma la riconoscono. In conclusione, il fatto che una regola non scritta desunta dai fatti sia applicata dai giudici è normalmente la prova necessaria e sufficiente per concludere che quella regola è una consuetudine (giuridica).

-la consuetudine non è scritta: è una fonte non scritta, appunto perché la regola consuetudinaria si trae direttamente dai fatti osservati e non da un testo scritto imposto autoritativamente da un determinato soggetto che ne aveva l'autorità. La consuetudine può venire redatta per iscritto ai fini di prova e per meglio tramandarla e conoscerla.

-la raccolta degli usi: oggi il nostro ordinamento prevede che il ministero dell'industria e del commercio e le Camere di commercio preparino, stampino e aggiornino raccolte degli usi rispettivamente generali e locali del commercio, che così vengono conosciuti attraverso uno scritto ufficiale, legalmente autorizzato. Le preposizioni attraverso cui viene formulata per iscritto la consuetudine hanno solo un valore probatorio, e quindi ammettono la prova contraria desunta dai fatti (**art 9 disp. preleggi cc**:<< Gli usi pubblicati nelle raccolte ufficiali degli enti e degli organi a ciò autorizzati si presumono esistenti fino a prova contraria>>). La consuetudine, in definitiva, resta fonte del diritto non scritta.

-la consuetudine secondo il codice civile: il codice civile chiama usi quelle che normalmente la pratica e la dottrina chiama consuetudini. Esso prescrive nell' **art. 8 delle disp. prel. cc**:<< Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati>>. Dunque la consuetudine nelle materie regolate da leggi e regolamenti può applicarsi solo se espressamente richiamata: lo Stato non attribuisce alcuna validità nelle materie disciplinate da leggi e regolamenti alle consuetudini non richiamate espressamente, anche quando esse sono contrarie né a leggi né a regolamenti. Riprendendo la distinzione tradizionale, secondo cui le consuetudini si distinguono in:

- Consuetudini *secundum legem*--→richiamate dalle leggi scritte
- Consuetudini *prater legem*--→che pretendono di regolare materia non regolata da leggi scritte
- Consuetudini *contra legem*--→contrarie alle leggi

l'articolo 8 citato ammette solo quelle *secundum lege*, e implicitamente vieta quelle *contra legem*, mentre nulla dice di quelle *prater legem*. In ogni caso comunque la consuetudine viene collocata dallo Stato all'ultimo posto tra le fonti dell'ordinamento (altra cosa è poi se la pretesa dello Stato si realizza pienamente: in realtà la desuetudine, e cioè la costante e prolungata non applicazione di alcune norme scritte in casi che viceversa esigerebbero la loro applicazione, è fenomeno universale e ben conosciuto.

Lo Stato italiano nulla dispone rispetto alle consuetudini che si praticano in materie non disciplinate esplicitamente né da leggi né da regolamenti né da altri fonti scritte. Queste eventuali consuetudini per definizione non possono essere né *secundum* né *contra legem*, appunto perché presuppongono che l'oggetto da esse regolato sia privo di regolamentazione da parte di altre fonti scritte. Il problema che pongono le consuetudini *prater legem* non riguarda ovviamente la effettiva esistenza sociale di tali regole, perché per definizione c'è consuetudine se c'è pratica sociale corrispondente: il problema riguarda invece il riconoscimento giuridico se esse da parte dello Stato, se cioè sono riconoscibili e sanzionabili

dai giudici italiani consuetudini non contrarie a leggi e regolamenti (o altri fonti scritte) ma neppure richiamate da alcuna legge o regolamento (e cioè consuetudini *prater legem*). Oggi l'opinione prevalente è decisamente per il sì: in particolare si riconosce validità alle consuetudini *prater legem* nel diritto costituzionale e nel diritto pubblico in generale.

-importanza storica e significato della consuetudine: si dice molto spesso, per distinguere la consuetudine dalla legge, che la consuetudine è una fonte autonoma (diritto creato dagli stessi che vi obbediscono) mentre la legge è una fonte eteronoma (diritto imposto all'esterno a coloro che vi obbediscono). La consuetudine è una fonte autonoma solo se riferita al gruppo che l'ha prodotta, per il singolo la consuetudine è fonte del tutto eteronoma, esattamente (e ancor di più) della legge.

-il nuovo diritto pattizio: il dominio della consuetudine è morto per sempre. Oggi si afferma sempre di più un diritto pattizio, contrattuale. Non è un diritto consuetudinario, perché questo diritto pattizio è pur sempre il frutto di volontà razionali e consapevoli: ma è un diritto dei gruppi, autonomo rispetto allo Stato, che lo Stato deve riconoscere e fare suo. Questo processo si coglie in particolare in due fenomeni molto simili: nella contrattazione collettiva, con la quale in sostanza, al di là di ogni sottigliezza giuridica, gruppi sociali contrapposti, attraverso un contratto, creano norme relative al rapporto di lavoro di milioni di individui. Un processo analogo si coglie anche in tutti quei casi in cui le leggi del Parlamento o atti aventi forza di legge recepiscono e fanno propri quasi alla lettera accordi raggiunti preventivamente dai gruppi sociali interessati attraverso trattative (direttive o mediate dal Governo).

Un fenomeno imponente in questa direzione va sotto il nome di *lex mercatoria*: si tratta di quelle regole create dalle grandi imprese transnazionali e dalle pratiche degli arbitri ai quali esse si rivolgono per disciplinare i rapporti commerciali; questo diritto si impone al punto che anche i giudici italiani sono costretti a tener conto e spesso a darvi esecuzione.

Vi sono poi i casi di codici di autoregolamentazione obbligatori sotto controllo di autorità pubblica: una categoria di soggetti è obbligata a darsi un codice che disciplini i comportamenti professionali dei propri aderenti, ma questo codice viene valutato da una autorità pubblica: è il caso dei giornalisti.

## **CAP 8: FORME DI STATO E FORME DI GOVERNO**

Al fine di esaminare lo Stato nelle sue parti e non nel suo insieme è bene partire dal *principio di divisione dei poteri*. Le prime e più classiche formulazioni del principio di divisione dei poteri avevano un chiaro scopo politico, storicamente determinato e ben presente ai loro formulatori, e si inserivano in uno specifico contesto storico. In particolare:

- Locke--→si proponeva di dare razionale spiegazione e di fondare teoricamente il dualismo di potere tra corona e parlamento emerso dalla rivoluzione inglese
- Montesquieu-→offriva la sua costruzione come contributo per una possibile e auspicata riforma in senso liberale moderato della monarchia francese, in cui, accanto alla monarchia temperata e all'organo legislativo analogo a quello inglese, venisse mantenuto il potere autonomo ed indipendente dei parlamenti francese, organi giurisdizionali che costituivano il punto di forza della nobiltà di toga e di cui Montesquieu era esponente importante.

Nell'uno e nell'altro l'accento cadeva sulla *pluralità dei poteri*, e cioè di centri di poteri indipendenti, il cui titolo di legittimità non dipendeva dagli altri e la cui sfera di competenza perciò non era rimessa alla discrezione degli altri. Era dunque necessario dunque che ciascun centro di potere avesse poteri suoi e soltanto suoi, ed era necessario elencarli e delimitarli con

cura, ma non era affatto necessario ricondurli ciascuno ad una funzione rigorosamente omogenea e tanto meno era necessario, una volta garantita questa sfera autonoma di potere, tenerli rigidamente separati senza contatto l'uno con l'altro.

All'inizio dunque lo scopo principale di tale principio era quello di smembrare il potere del sovrano assoluto e garantire la indipendenza di più centri di poteri. Successivamente la divisione dei poteri si fissò definitivamente nella classica tripartizione di: potere legislativo, potere esecutivo e potere giurisdizionale; e subì un tentativo di razionalizzazione con il duplice scopo: a) di far corrispondere ad ogni potere una ed una sola funzione; b) di impedire ogni intromissione di ciascun potere all'interno dell'altro.

Questo tentativo doveva fallire di fronte alla prova dei fatti, perché rimase vero: a) che ciascun potere esercitava più funzioni contemporaneamente (così ad ex il parlamento approvava le leggi, ma approvava anche atti sostanzialmente amministrativi e in certi casi fungeva da giudice, come nei casi di responsabilità penale dei ministri; il governo svolgeva compiti amministrativi, ma spesso emanava atti normativi mediante i decreti-legge, i decreti legislativi e i regolamenti...); b) era impossibile impedire una continua e legalizzata intromissione di un potere all'interno di un altro, come nei casi in cui il parlamento dava la sfiducia al governo o il governo proponeva leggi, e così via.

Questa costruzione razionalizzante costituisce lo schema costituzionale ideale e tipico dello Stato liberale. La sua estrema semplificazione rispetto alla complessa realtà (semplificazione per cui tre e solo tre sarebbero le funzioni dello Stato) corrisponde al tentativo di ridurre al minimo le funzioni dello Stato (conformemente alla tendenza dello Stato liberale); la sua pretesa di far corrispondere a ciascun potere una e una sola funzione e di separare il più possibile i diversi poteri e le diverse funzioni, corrisponde pienamente al significato *garantista* che doveva assumere tale forma di organizzazione dello Stato, cosicché ciascuna funzione dello Stato avrebbe agito conformemente ai suoi scopi immanenti senza mai deviare o interferire con le altre parti.

A dimostrazione di ciò esaminiamo il contenuto di ciascun potere.

- a) Il **potere legislativo** formula le leggi, e cioè regole generali e astratte (se il potere legislativo formulasse regole concrete invaderebbe il potere esecutivo o giurisdizionale). Per conseguenza il potere legislativo assolve nei confronti della società il compito da essa affidatogli di formulare le regole della convivenza senza, però, intromettersi nel concreto funzionamento di tale convivenza: la legge è impersonale e astratta, eguale per tutti; nella società comanda la legge, regola generale voluta da tutti (attraverso i propri rappresentanti) e non comandano le persone (governo delle leggi e non degli uomini); b) nei confronti degli altri poteri la legge è superiore, ma di nuovo non è il potere legislativo che comanda ad essi, ma la legge impersonale, cosicché il legislatore non ordina propriamente, ma fissa i criteri generali di comportamento, e gli altri poteri mantengono una loro sfera di potere subordinata alla legge ma costituzionalmente garantita in cui il potere legislativo non può entrare.
- b) Il **potere esecutivo** ha il compito di eseguire le leggi, e cioè di far corrispondere materialmente la realtà delle cose alla astratta previsione legislativa. Nello stesso tempo la parola esecuzione fa chiaro che questo potere deve limitarsi a compiere ciò che la legge, in astratto, gli prescrive o gli permette, e non ha una volontà indipendente.
- c) Il **potere giurisdizionale** ha il compito di accertare le violazioni del diritto, di dichiarare se le regole sono state rispettate oppure violate. Esso esegue egualmente la legge ma in un senso specifico: non *materialmente*, come il potere esecutivo, ma *idealmente*, mediante l'accertamento della corrispondenza dei fatti alle regole del legislatore.

Se la realtà corrispondesse a questo schema, ne risulterebbe; che i poteri, se si comportano tutti secondo le prescrizioni, non interferiscono l'uno con l'altro. Lo Stato in tal modo non ordina e non comanda, perché nessun soggetto dello Stato ordina e comanda ad altri; lo Stato, per incarico della società consegnato nelle leggi generali e astratte, svolge un compito puramente passivo di garante dell'ordinato svolgimento della vita associata.

In conclusione: con la morte dello Stato liberale sono entrate in crisi, sia la pratica che la vecchia costruzione teorica del principio di divisione dei poteri. Vediamo ora quali sono i fatti nuovi che hanno definitivamente messo in crisi lo schema della tripartizione dei poteri. Anzitutto le funzioni individuate non esaurito in nessun modo i compiti dello Stato: ciò è diventato evidente con *l'interventismo statale*, allorchè è apparso chiaro che lo Stato non si limita e non può limitarsi a garantire all'esterno l'ordinata vita associata ma deve intervenire nell'economia, e dunque deve avere una politica di intervento. La macchina dello Stato non funziona secondo lo schema della tripartizione, perché la macchina ha e deve avere una volontà permanente e sistematica, che non può stare nelle leggi, ma prima delle leggi, quando si debbono scegliere i fini dello Stato da perseguire e i modi per perseguirli. Questa nuova funzione è stata chiamata dell'indirizzo politico (o di governo).

Conseguentemente la interferenza tra le diverse parti diventano la regola e non più la (pretesa) eccezioni. Viene abbandonata ogni pretesa di far corrispondere a ciascun potere una ed una sola funzione, e viene abbandonata la pretesa di tenere rigidamente separati i diversi poteri. I centri costituzionali di potere diventano sempre maggiori di tre.

-i partiti politici e la divisione dei poteri: lo Stato deve essere diretto: questa direzione non appartiene più agli organi dello Stato, ma a soggetti collettivi esterni allo Stato (i partiti politici), che si impadroniscono volta a volta dello Stato e o fanno funzionare secondo i loro programmi. Il senso e le ragioni originarie della divisione dei poteri oggi si incarnano nella *pluralità dei partiti*. La moderna divisione dei poteri sta nel sistema pluralistico dei partiti, per cui nessuno di essi può prevalere in assoluto su tutti gli altri centri di potere, ma ciascuno, anche se temporaneamente maggioritario, deve misurarsi con gli altri e scontare la possibilità di divenire minoranza. I veri soggetti sovrani di oggi sono i partiti, e la limitazione principale della loro sovranità sta oggi nella pluralità e concorrenza dei partiti.

Tuttavia la divisione dei poteri oggi è ancora operante:

- 1) Sulla base della tripartizione dei poteri, oggi più di ieri il potere giudiziario è costituito in organo separato ed indipendente. Anche il potere giudiziario è subordinato alle leggi, ma a leggi generali e astratte, cosicchè esso, all'interno di tali leggi generali e astratte si autogoverna. A garanzia di tale autogoverno la Costituzione prevede che i giudici sono soggetti solo alle leggi e che ogni questione amministrativa relativa al rapporto di lavoro tra i funzionari-giudici ordinari e Stato-datore di lavoro è rimessa al Consiglio superiore della magistratura, eletto in maggioranza dagli stessi magistrati.
- 2) Sulla base della antica tripartizione dei poteri è ancora operante la tendenza per cui esiste un unico apparato burocratico dello Stato centralizzato dal Governo; attraverso la direzione unitaria del governo tutto l'apparato dello Stato risponde ad un unico centro.
- 3) In base alla antica tripartizione si spiega oggi perché il Parlamento è separato dalla pubblica amministrazione, fino al punto che il Parlamento non può mai entrare direttamente nella pubblica amministrazione ma deve avvalersi sempre della mediazione del Governo.

- 4) La divisione dei poteri spiega le caratteristiche degli organi costituzionali, i quali, quali più quali meno, godono tutti di particolari garanzie e immunità volte a tutelare la loro indipendenza l'uno nei confronti dell'altro.
- 5) Infine l'antica tripartizione poteri spiega perché oggi il popolo è rigorosamente separato dalla quotidiana attività dello Stato: anche il popolo non può entrare direttamente entro l'apparato amministrativo e burocratico dello Stato, deve avvalersi della necessaria mediazione del Parlamento --> mediazione caratterizzata per di più dal divieto del mandato imperativo (vedi dopo cap.10.4)

## 2. Forme di Stato e forme di Governo

Per ciascuno Stato i poteri costituzionali hanno nomi diversi, diversa composizione, diversa forza, diversi rapporti gli uni con gli altri, diverse procedure di funzionamento.

### 3. Le forme di Stato

Nel periodo che va dalla fine della 2 guerra mondiale fino al 1989-1991 era opinione dominante che il mondo fosse diviso in 2 grandi aree, in ciascuna delle quali prevaleva una forma di Stato:

STATO OCCIDENTALE/ DEMOCRATICO-LIBERO/ CAPITALISTA	STATO ORIENTALE/ SOCIALISTA-COLLETTIVISTA O TOTALITARIO
I mezzi di produzione sono per la maggior parte di proprietà di privati, e il mercato è il meccanismo fondamentale di regolazione dell'economia	I mezzi di produzione sono per la gran parte di proprietà pubblica, e la pianificazione è il meccanismo fondamentale di regolazione dell'economia
Vi è concorrenza tra più partiti sul piano politico e possibilità di alternanza tra di essi	Vi è un partito unico o comunque un solo partito stabilmente al potere, senza vera concorrenza politica con altri
Tutti gli individui e i gruppi sociali significativi godono di libertà costituzionalmente garantite	Le libertà dipendono dal bene placido del potere
Vi è una complessa articolazione politico-istituzionale, retta dal principio di divisione dei poteri	Il partito dominante controlla tutti i poteri, rendendo impraticabile ogni effettiva divisione

Quasi tutti gli Stati che componevano il secondo mondo sono crollati nel periodo 1989-1991. Oggi l'espressione secondo mondo può essere usata per ricomprendere quei pochi Stati (come la Repubblica popolare cinese). Con l'espressione <<terzo mondo>> si tende ad indicare i paesi in via di sviluppo; mentre con l'espressione <<quarto mondo>> si parla di quei paesi così poveri e a tal punto esclusi dallo sviluppo che essi costituiscono un gruppo distinto da quelli del terzo mondo.

## 4. Sulla nozione forma di governo

Ci chiediamo quanti sono i soggetti di vertice entro l'apparato dello Stato, quali poteri e quali funzioni ciascuno ha e svolge, quali sono i rapporti tra di essi.

-il **sistema politico**: con la espressione <<sistema politico>> intendiamo descrivere e caratterizzare l'insieme di tutti coloro che a vario titolo partecipano alla vita politica. Presupposta la intera società come un sistema, il sistema politico è un sotto sistema. Con l'espressione <<forma di governo>> intendiamo descrivere quella parte della vita politica che si manifesta e si svolge attraverso regole e forme riconoscibili ed ufficiali. Solo se la vita politica si svolge attraverso procedure e modi visibili e prevedibili, essa diventa controllabile. Accanto, o al di sotto della vita politica visibile ed ufficiale, può svilupparsi e normalmente si sviluppa, una vita politica più o meno segreta, più o meno illecita.

-**tre costanti delle democrazie pluraliste che determinano 2 forme base di governo**: se noi esaminiamo una qualsiasi società che si ispira ai principi delle democrazie pluraliste, noi troviamo 3 costanti:

1. Un corpo elettorale
2. Una assemblea rappresentativa di tale corpo elettorale (Parlamento)
3. Un apparato professionale diretto da persone direttamente o indirettamente legate al corpo elettorale

Date queste 3 costanti, e dato il principio per cui tutte le cariche politiche derivano la loro investitura, direttamente o indirettamente, dal corpo elettorale, i possibili rapporti fondamentali tra questi 3 soggetti (corpo elettorale, assemblea elettiva, dirigenti politici dell'apparato) sono 2 e soltanto 2: o il corpo elettorale elegge l'assemblea che elegge i dirigenti dell'apparato; o il corpo elettorale elegge sia l'assemblea che i dirigenti politici dell'apparato. Nel primo caso avremo lo schema, estremamente ridotto e semplificato, del **governo parlamentare**, nel secondo schema, altrettanto ridotto e semplificato, del **governo presidenziale**. Si spiega così perché queste due siano le 2 forme di governo assolutamente prevalenti e, come vedremo, le due forme base a cui tutte le altre possono essere avvicinate.

Per rendere più chiari gli schemi conviene riassumerli mediante lettere e simboli; se chiamiamo A il corpo elettorale, B l'assemblea legislativa, C l'esecutivo: se la freccia significa <<elegge>>; dati i principi fondamentali della democrazia moderna per cui l'assemblea legislativa viene sempre e necessariamente eletta dal corpo elettorale, e l'esecutivo è sempre direttamente o indirettamente rappresentativo del corpo elettorale; allora sono possibili solo queste 2 varianti:

1) A → B → C (governo parlamentare)  
                   B (governo presidenziale)

2) A  
           C

Va sottolineato che si tratta di 2 schemi ridotti all'essenziale. Si spiega così il fatto che raramente, nelle esperienze concrete, si ritrovano gli schemi puri. Così, per fare un esempio: in Italia il Parlamento non elegge il Governo, e al contrario il Governo nominato dal Capo dello Stato: siccome però il Governo dipende dalla fiducia del Parlamento, dall'inizio alla fine, e deve dimettersi se il Parlamento dà ad esso la sfiducia, se guardiamo la sostanza politica della questione e tralasciamo il meccanismo giuridico-formale, è corretto concludere che è il Parlamento che nella sostanza sceglie il Governo.

Ciascuna di queste 2 forme base presenta vantaggi e svantaggi:

- Il Governo parlamentare garantisce istituzionalmente la corrispondenza tra legislativo ed esecutivo per quanto attiene al programma politico: se il Governo dipende dalla fiducia del Parlamento, è segno che il parlamento e il Governo hanno il medesimo programma politico con la conseguenza che è certa la collaborazione tra i due centri di potere, senza che l'uno paralizzi o boicotti l'altro, e dall'altro che vi sarà un unico programma politico e generale che guida sia il legislativo che l'esecutivo. Lo svantaggio sta nel fatto che il Governo non ha certo di durata e quindi può diventare estremamente instabile: la sfiducia, espressa o minacciata o prevedibile, del Parlamento costringe il Governo a dimettersi, in qualsiasi momento.
- Esattamente all'inverso, nel governo presidenziale il meccanismo giuridico garantisce istituzionalmente la stabilità dell'esecutivo, giacchè il capo di esso (che in questo tipo di governo sarebbe solo una persona) viene eletto direttamente dal corpo elettorale per un numero determinato di anni, in principio, non è revocabile prima della scadenza. Questo svantaggio può portare ad un grave difetto se la maggioranza che ha eletto il capo dell'esecutivo, è politicamente diversa da quella che forma la maggioranza del legislativo (rischio che viene accentuato in tutti quei sistemi che separano anche nel tempo il momento della elezione del capo dell'esecutivo da quello della elezione dell'assemblea). Se capo dell'esecutivo e assemblea sono portatori di programmi politici diversi, nasce il rischio di paralisi reciproca, giacchè ciascuno tende ad approvare gli atti conformi al suo programma ed a respingere quelli contrari.

## 5. Il governo parlamentare (e le sue varianti)

Il governo parlamentare si caratterizza per il fatto che l'organo collettivo che sta a capo dell'apparato burocratico militare (il Governo cioè, composto da un presidente e dai ministri) dipende dalla fiducia del parlamento in ogni momento, dal suo primo costituirsi (il Governo deve godere la fiducia del Parlamento per cominciare a governare) fino alla sua fine (il Governo deve dimettersi se il Parlamento esprime nei suoi confronti sfiducia; per conseguenza l'organo Governo non ha una durata certa e predeterminata: può durare qualche giorno come anni). Affinchè questo rapporto di fiducia nasca e si mantenga è necessario che tra la maggioranza politica in Parlamento e l'organo Governo vi sia sostanziale omogeneità politica e programmatica (prima ancora dunque è necessario che in Parlamento si costituisca una maggioranza politica): il Governo dirige l'apparato burocratico-militare sulla base di un programma approvato e condiviso dalla maggioranza parlamentare; gli uomini che compongono il Governo appartengono allo stesso partito (se un solo partito raggiunge la maggioranza e governa da solo) o agli stessi partiti (se la maggioranza è composta da una coalizione di più partiti) che costituiscono la maggioranza in Parlamento.

Dato questo schema-base, le varianti possibili sono pressochè infinite, secondo ulteriori elementiche complicano questo schema elementare. Ne esaminiamo alcuni, tra i principali. Anzitutto il governo parlamentare funziona in modo differente se la maggioranza è composta da un solo partito, o da una coalizione di partiti. Nel primo caso, come è ovvio, la rapidità di decisione, la compattezza del governo, la sua durata sono in media maggiori che nel secondo. Se i partiti della coalizione sono molti, e abbastanza disomogenei per programmi e costumi politici, è facile prevedere, e l'esperienza conferma, che diminuirà la durata media dei governi, crescerà la incapacità di decidere, aumenteranno i tempi di contrattazione. In generale la composizione del Parlamento, quindi dell'organo Governo, dipende strettamente dal sistema elettorale adottato. Più un sistema elettorale è maggioritario, e più diventa probabile l'esistenza di 2 o 3 partiti al massimo, con alternanza al Governo dei due maggiori; più un sistema è proporzionale, e più diventa probabile che il numero dei partiti cresca e che nessuno

raggiunga la maggioranza assoluta dei seggi, rendendosi così necessario un accordo tra più partiti per governare.

Strettamente legata alla caratteristica precedente è quella che riguarda il rapporto tra capo del governo e ministri. Se il sistema elettorale è decisamente maggioritario, e un partito da solo conquista la maggioranza, è probabile che il leader di questo partito vittorioso sia anche il capo del governo e che la sua autorità politica divenga tale che i ministri siano strettamente subordinati a lui: si realizza il massimo della coalizzazione. Se invece esiste un governo di coalizione, il potere e l'influenza sui ministri del capo del governo diminuisce drasticamente; giacché egli comunque non può realmente comandare sui ministri appartenenti ai partiti diversi dal suo. Se poi il suo stesso partito è diviso in correnti, e diviene regola che il Presidente del Consiglio non possa essere contemporaneamente capo del partito, allora è facile capire perché in Italia il Presidente del Consiglio è così debole, al paragone con altri capi del Governo, nei confronti di tutti i ministri.

Un terzo importante elemento di differenziazione tra governi parlamentari sta nella presenza o assenza di una effettiva alternanza al governo tra i diversi partiti. Vi sono governi parlamentari in cui invece, nei fatti solo un partito o blocco di partiti ha la possibilità di accedere al governo, e all'altro o agli altri partiti è riservata permanentemente la posizione di minoranza politica. Questa è stata la situazione in Italia dal 1947 fino a quando è esistito (1991) nei confronti del PCI (salva la breve parentesi del 1976-1979, in cui però il PCI partecipò alla maggioranza parlamentare ma non all'organo Governo).

Un quarto elemento che genera forti variazioni è costituito dal ruolo e dalla collocazione che in concreto ha il capo dello Stato. Per quanto astrattamente il capo dello Stato, nello schema del governo parlamentare, sia un organo sovrabbondante (che potrebbe quindi essere eliminato senza distruggere il meccanismo), in pratica, per ragioni storiche e politiche che esamineremo, tutti i governi parlamentari conosciuti prevedono la presenza, accanto al Governo, del capo dello Stato, come organo distinto, con propri poteri ed una specifica procedura di assunzione della carica. Poiché il capo dello Stato comunque non dipende dalla fiducia del Parlamento e non risponde politicamente davanti ad esso, questo organo può inserirsi nel rapporto Governo-maggioranza parlamentare con esiti facilmente prevedibili e controllabili.

Un quinto elemento di articolazione dello schema-base, strettamente collegato al precedente, è costituito dalla possibilità (o impossibilità) di scioglimento anticipato del Parlamento. In generale il potere di scioglimento spetta al capo dello Stato. È ovvio che, se il capo dello Stato può agitare la minaccia di scioglimento e usare questa arma a sua discrezione, il Parlamento si troverà a dipendere dal capo dello Stato, e ne sarà fortemente condizionato. È facile capire che il modo di funzionare di un sistema politico è diverso se è presente o assente una corte costituzionale, cioè un organo incaricato di garantire che gli altri organi costituzionali non compiano atti contrari a costituzione. In conclusione ogni governo parlamentare è diverso da tutti gli altri.

Il governo parlamentare fin qui praticato in Italia presenta le seguenti caratteristiche:

- la presenza costante e obbligata di governi di coalizione, spesso di durata e con scarsa capacità di direzione
- la mancanza di alternative di governo nel periodo 1948-1994, per cui per oltre 40 anni ha sempre governato un blocco di partiti guidato dalla DC, e il PCI è sempre stato all'opposizione (salvo il triennio 1976-1979 prima ricordato). Le varie esperienze politiche che si sono succedute nella Repubblica fino ad oggi dimostrano che le forze politiche, assecondate dalla opinione pubblica e dalle leggi elettorali, hanno cercato di introdurre in Italia un meccanismo

politico di tipo bipolare, nel quale i partiti sono costretti ad allearsi prima delle elezioni in due blocchi, e vince il blocco che ottiene più seggi.

-Inoltre in questi decenni sono emersi gli scarsi poteri politici del Presidente del Consiglio nei confronti dei ministri; oltre che una presenza discreta ma incisiva del capo dello Stato, il quale non ha costituito in nessun caso un centro politico in concorrenza col Governo, ma ha costretto e costringe tutti partiti a ricordare che su questioni fondamentali di ordine costituzionale bisogna ottenere il consenso anche del capo dello Stato (ad ex. per quanto riguarda lo scioglimento anticipato delle Camere).

-un controllo di costituzionalità spesso incisivo e penetrante

-un ruolo spesso incisivo dello strumento referendario

## 6. Il governo presidenziale

Per caratterizzare il governo presidenziale si usa prendere a modello il più antico e famoso, quello degli Stati Uniti d'America. In esso il corpo elettorale, in periodi distinti e con diverse procedure e modalità, elegge sia i membri del Congresso (diviso nelle 2 camere: il Senato e la Camera dei rappresentanti), sia il Presidente degli Stati Uniti. Ciascuno di questi organi ha un periodo di carica fisso, stabilito in Costituzione, durante il quale esercita i poteri ad esso attribuiti: quindi né il Presidente può sciogliere anticipatamente il Congresso, né il Congresso può revocare il Presidente (può giudicarlo se ha commesso reati: si tratta però di un caso eccezionale che non riguarda la responsabilità politica; sul piano politico il Presidente degli USA risponde direttamente al corpo elettorale).

Il punto cruciale di un sistema cosiffatto sta nella possibile divergenza tra la maggioranza politica presente nel parlamento e quella che ha eletto il presidente: che accade se la maggioranza parlamentare ha un programma politico diverso da quello del Presidente? Non esiste una disciplina di partito, cosicché i parlamentari dello stesso partito possono votare in modo divergente. L'abilità del Presidente degli Stati Uniti consiste nel conquistare volta a volta sulle sue proposte la maggioranza del Congresso.

In Europa prevale nettamente la forma di governo parlamentare; nelle Americhe invece prevale nettamente la forma di governo presidenziale. Anche qui le varianti possibili sono infinite. Vi sono ad esempio governi presidenziali in cui al capo dello Stato è dato il potere di sciogliere anticipatamente il parlamento.

La elezione diretta del Sindaco e del Presidente della provincia, prevista in Italia nel 1993 ha introdotto anche in Italia meccanismi di governo molto più vicini alla forma presidenziale che a quella parlamentare; la **legge cost. 1/99** ha modificato la Costituzione stabilendo che nelle elezioni delle Regioni ordinarie della primavera del 2000 il Presidente della giunta (=presidente di Regione) venisse eletto direttamente dal corpo elettorale, come è infatti avvenuto; inoltre questa stessa legge costituzionale ha demandato agli statuti regionali delle Regioni ordinarie la determinazione della forma di governo e un'altra legge costituzionale ha dato il medesimo potere alle Regioni speciali: tutte le Regioni (tranne la Valle d'Aosta, nella quale il Presidente viene eletto dal Consiglio regionale) hanno scelto la elezione diretta del Presidente della Regione (impropriamente chiamato governatore nel gergo politico).

Negli Stati Uniti né il Congresso può provocare le dimissioni o la revoca del Presidente degli Stati Uniti né reciprocamente quest'ultimo può determinarlo scioglimento anticipato del Congresso (i due organi per questo aspetto cruciale sono effettivamente egualmente indipendenti l'uno nei confronti dell'altro); invece nella forma di governo oggi prevista a livello

regionale e comunale le dimissioni del capo dell'esecutivo, o l'approvazione della mozione si sfiducia nei suoi confronti determinano anche contemporaneamente lo scioglimento dell'assemblea rappresentativa (secondo il principio espresso con formuletta latina del simul stabunt simul cadent—"insieme staranno oppure insieme cadranno"). È evidente che in tal modo il capo dell'esecutivo, forte del diretto consenso popolare, ha un potere di ricatto enorme nei confronti dell'assemblea rappresentativa: questa seconda diventa in pratica un organo di ratifica delle decisioni del capo dell'esecutivo, salvi casi assolutamente eccezionali nei quali il rigetto della linea politica del capo dell'esecutivo è tanto forte da indurre l'assemblea pur di farlo cadere.

## 7. Altre forme di governo

**-il governo semipresidenziale:** in esso si ha una commistione di elementi propri del governo parlamentare con elementi propri del governo presidenziale. Come nel governo parlamentare, la costituzione prevede un organo governo che deve godere della fiducia del parlamento, e quindi deve ottenerla e mantenerla, salvo dimettersi immediatamente nel caso il parlamento esprima sfiducia; come nel governo presidenziale, esiste un presidente della Repubblica eletto direttamente dal corpo elettorale. Anche in questo caso il punto cruciale del meccanismo sta nella possibile divergenza tra maggioranza in parlamento e maggioranza presidenziale. Se la maggioranza in parlamento è la stessa che ha eletto il presidenziale, allora il sistema diventa molto più accentrato che nello stesso governo presidenziale. Il presidente eletto, forte del consenso popolare e capo politico della maggioranza del parlamento, forte anche del potere di scioglimento anticipato nei confronti di quest'ultimo, nomina e revoca liberamente un governo di sua fiducia, e dirige sia il governo che il parlamento.

Se invece nel parlamento siede una maggioranza diversa da quella del presidente, e il parlamento approverà leggi conformi al programma della maggioranza parlamentare, inevitabilmente divergenti rispetto al programma del presidente. Quest'ultima conserva, secondo la Costituzione francese, poteri abbastanza incisivi (soprattutto in tema di politica estera e politica militare, ma inevitabilmente su quasi tutte le questioni politiche dovrà piegarsi alla volontà della maggioranza in parlamento e del governo da questa espresso: in tal modo siamo tornati allo schema del governo parlamentare. È vero che il capo dello Stato può sciogliere anticipatamente il parlamento: se però il corpo elettorale conferma la precedente maggioranza, il capo dello Stato deve cedere. L'esperienza francese mostra che la forma di governo semipresidenziale ha funzionato per quasi tutto il periodo della V Repubblica perché la maggioranza che ha eletto il Presidente ha quasi sempre confermato questo voto nella elezione dei parlamentari.

Va però sottolineato oggi che grazie ad una riforma costituzionale del 2002 la forma di governo in Francia funziona diversamente rispetto al passato: questa riforma da un lato ha previsto che la durata in carica del Presidente della Repubblica sia di 5 e non di 7 anni, e dall'altro che le elezioni del Presidente e della Assemblea nazionale siano quasi contestuali (prima quella del Presidente e subito dopo quelle della Assemblea nazionale), cosicché è facilmente prevedibile che la maggioranza che ha eletto il presidente sarà dopo la medesima della Assemblea.

**-il governo direttoriale:** vigente nella Confederazione elvetica (=Svizzera). In questa forma peculiare di governo il Parlamento elegge i membri dell'esecutivo, ma per un tempo determinato. Rispetto al governo parlamentare vi sono 2 differenze importanti: i membri dell'esecutivo/ Governo non vengono considerati i capi della maggioranza politica, ma al contrario meri esecutori della volontà parlamentare; per questa ragione essi vengono scelti fra tutti i partiti, anche quelli della minoranza in parlamento. Nella forma di governo svizzera è

inoltre presente un forte decentramento locale e un peso preponderante dei referendum nell'adottare le decisioni più importanti.

Si tratta peraltro di una esperienza molto particolare, non a caso irripetibile altrove, e comunque non riprese da nessun altro paese.

### **8. Forme di governo e partiti politici**

Nei modelli descritti i partiti politici non entrano come elementi costitutivi di essi: non entrano a far parte del modello. I partiti sono il soggetto politico principale, ma lo sono proprio in quanto stanno formalmente fuori dallo Stato e si presentano come soggetti privati. Questi elementi sono chiamati anche organi costituzionali, ed i partiti non sono organi costituzionali, anche se politicamente contano più di essi.

### **9. Gli organi costituzionali**

Organi costituzionali= alcuni (pochi) fra tutti gli organi dello Stato, caratterizzati per il fatto di non essere subordinati a nessun altro e dunque di essere formalmente, sul piano giuridico—costituzionale (e non però politico), tutti eguali e tutti egualmente indipendenti. Essi dunque sono organi dello Stato legittimi perché fondati su norme dello Stat, dotati di quei poteri autoritativi loro attribuiti dalle regole costituzionali e solo però di quelli, disciplinati da norme statali in tutti gli aspetti organizzativi e funzionali essenziali.

Dall'altro lato essi sono costituzionali, e cioè: a) dotati in misura più o meno ampia di poteri politici, e cioè poteri di determinare i fini fondamentali validi per tutto lo Stato e per tutta la società, o comunque di incidere su tali scelte e di condizionarle. b) garantiti costituzionalmente quanto alla loro esistenza e ai loro poteri, l'una e gli altri sottratti al potere di chicchesia (a ben vedere anche al potere di revisione costituzionale, che, se abolisse uno degli organi costituzionali o lo privasse dei principali suoi poteri, altererebbe la stessa forma di governo vigente e dunque non tanto adeguerebbe la Costituzione quanto la stravolgerebbe: la conclusione appare certa rispetto a Governo e Parlamento, ai loro reciproci rapporti e ai loro attuali poteri; meno sicura rispetto al PDR e alla Corte Costituzionale); c) assistiti ciascuno da una serie di garanzie eccezionali rispetto al diritto comune.

Empiricamente la strada migliore per decidere quali sono gli organi costituzionali è proprio quella di esaminare le garanzie particolari ed eccezionali a cui, ai fini di indipendenza, gode un organo.

Così: i parlamentari godono di particolari immunità sostanziali e procedurali; di immunità analoghe godono i giudici della Corte Costituzionale; il Presidente della Repubblica è penalmente irresponsabile per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne i reati di attentato alla Costituzione e di alto tradimento; i membri del governo per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni possono essere processati solo dopo autorizzazione delle Camere.

Una particolare immunità era prevista dall' **art 1 della legge 140/2003** a favore del Presidente della Repubblica, del Presidente di Camera e Senato, del Presidente del Consiglio, del Presidente della Corte costituzionale: questi soggetti, durante la loro carica non potevano essere processati penalmente; una volta cessati dalla carica il processo poteva riprendere. La Corte costituzionale con **sentenza n24/2004** aveva dichiarato incostituzionale questa disposizione. Successivamente è entrata in vigore la **l.n.124 del 2008** che aveva reintrodotta questa particolare immunità (escludendo il Presidente della Corte costituzionale perché ci si è

accorti che questo soggetto era già tutelato dall' **art. 3 della legge n.1 del 1948--vedi**). Anche contro questa rinnovata legge (2008) sono state sollevate questioni di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, la quale con **sentenza n.262 del 2009** ha dichiarato incostituzionale l'art 1 della legge con l'argomento decisivo che questa norma introduceva con legge ordinaria e non con legge costituzionale una nuova immunità, violando in tal modo l'art 3 della Costituzione e cioè il principio di eguaglianza.

Parlamento, Corte costituzionale e Presidente della Repubblica hanno ciascuno al loro servizio un apparato particolare, che essi governano e amministrano in piena e totale autonomia. In particolare godono di autonomia organizzativa e normativa rispetto a tali loro apparati, e cioè con propri regolamenti disciplinano la organizzazione e la attività di essi; di autonomia patrimoniale e contabile; non sono soggetti ad alcun controllo esterno per quanto riguarda gli atti relativi alle cose loro assegnate e alle persone facenti parte dell'apparato, fino al punto che le controversie tra ciascuna Camera, o Corte costituzionale, e i loro impiegati sono sottratte ai giudici dello Stato e rimesse al giudizio di questi stessi organi costituzionali.

Queste regole non si applicano al Governo, ma per la ragione assorbente che il Governo comanda su tutto l'apparato amministrativo e militare, e dunque a ben vedere, per questo aspetto, è il più indipendente di tutti.

Gli organi collegiali Parlamento, Corte costituzionale e Governo si organizzano in piena indipendenza e si autogovernano per quanto riguarda la loro attività interna, fatte salve le norme costituzionali. Gli organi collegiali Parlamento e Corte costituzionale eleggono da se stessi i propri presidenti e sono padroni del proprio ordine del giorno. Egualmente solo essi controllano la legittimità della elezione dei propri membri (la questione non trova parallelo rispetto a Governo e Presidente della Repubblica perché il primo è organo nominato e non elettivo e il secondo è organo monocratico, composto da una sola persona).

Negli edifici di ciascuna Camera la forza pubblica non può entrare senza la richiesta del relativo presidente (vedi art. 62 reg. Camera), e di fatto questa è la regola vigente anche per la Corte costituzionale e il Presidente della Repubblica. Più in generale rispetto agli organi costituzionali vige il principio degli *interna corporis* (atti interni del collegio) per cui tutto ciò che avviene entro ciascun collegio o organo, salvo il rispetto delle norme costituzionali, non è controllabile da nessun altro soggetto esterno. Si nota che non tutti gli organi costituzionali godono contemporaneamente di tutte le garanzie godute dagli altri.

In base a questi criteri sono sicuramente organi costituzionali il Parlamento (e cioè le due Camere), il Governo (e cioè il Presidente del Consiglio, i ministri e il Consiglio dei ministri), il Presidente della Repubblica, la Corte costituzionale.

Parlamento, Governo, Presidente della Repubblica e Corte costituzionale su staccano oggi da tutti gli altri organi dello Stato anzitutto e soprattutto perché sono centri politici decisivi dello Stato italiano, ciascuno per una parte spettante a lui solo, cosicché tutti gli altri centri di potere entro lo Stato sono direttamente o indirettamente subordinati ai primi.

Questi 4 invece sono centri politici statali indipendenti:

- Politici= perché il grado di libertà di cui godono è essenzialmente determinato e governato da ragioni politiche
- Statali= perché essi decidono con potere autoritativo, e quindi non solo decidono i fini, sempre fatta salva la Costituzione, ma li impongono coercitivamente, ciascuno per la parte che gli compete
- Indipendenti= perché ciascuno ha, rispetto a tutti gli altri, almeno una parte di potere politico-statale intangibile dagli altri.

D'altro lato lo Stato è (deve essere) unitario. Questi centri di potere indipendenti (gli organi costituzionali) debbono poi trovare e realizzare costantemente modi di collegamento e di coordinamento che consentano alla macchina statale di funzionare in modo il più possibile unitario, armonico e coerente. Il baricentro del potere è estremamente variabile da momento a momento e da questione a questione; rispetto a certe questioni può essere più forte il Parlamento, rispetto a certe altre può essere più forte il Governo o il Presidente della Repubblica.

Dove si trova il potere politico? La Costituzione non risponde a questa domanda. Rescigno oggi afferma che gli organi costituzionali dello Stato italiano sono il Parlamento, il Governo, il Presidente della Repubblica e (in grado minore) la Corte costituzionale, è perché sulla base di una ricostruzione fondata sulla esperienza storica, questi sono oggi i centri politici statali indipendenti, che nel loro diverso rapportarsi sulla base delle competenze costituzionalmente garantite, dirigono con potere legale lo Stato italiano, mentre tutti gli altri organi sono centri di poteri di potere o non politici o dipendenti dai primi (quanto ai partiti, la loro collocazione è del tutto particolare).

## **CAP 9: I PARTITI POLITICI**

### **1. Partiti politici e Stato**

Tutti gli Stati moderni sono caratterizzati dal fatto che i soggetti politici principali non sono gli organi costituzionali ufficialmente previsti dalle rispettive costituzioni, ma i partiti politici, i quali però, secondo diritto, non sono organi dello Stato (e quindi neppure organi costituzionali), ma organizzazioni private. Dunque i partiti, giuridicamente, sono associazioni di fatto, non organi costituzionali.

Il meccanismo di formazione di programmi e delle decisioni politiche statali in tutti gli Stati democratico-pluralisti è il seguente: l'atto politico supremo, entro la cornice relativamente immutabile della Costituzione, è la legge e il soggetto costituzionale titolare della potestà legislativa è il Parlamento; le elezioni politiche generali sono dunque dal punto di vista legale, l'inizio del meccanismo politico di formazione della volontà statale; con le elezioni la maggioranza del Parlamento conquista anche il Governo, se la forma di governo vigente è quella parlamentare. Nelle elezioni per la conquista della maggioranza del Parlamento (e quindi per la conquista del Governo, nella forma di governo parlamentare) sono decisivi i partiti politici.

Dal punto di vista legale i partiti non hanno il monopolio legale delle elezioni, perché le candidature possono essere presentate anche da gruppi di elettori; però tutti sanno che, di fatto, i candidati presentati dai partiti hanno maggiori possibilità di essere eletti. I partiti hanno il monopolio di fatto delle elezioni. I partiti sono i veri padroni del meccanismo: prima col monopolio delle candidature e delle elezioni, e poi, conseguentemente con la conquista del Parlamento, riempito di uomini di partito diretti dai partiti, e con la conquista del Governo, composto egualmente da uomini di partito che rispondono ai rispettivi partiti. I partiti politici però sono e restano organizzazioni private. **-i partiti sono associazioni volontarie:** i partiti sono organizzazioni volontarie; i partiti per il diritto italiano non sono

soggetti pubblici ma soggetti privati. Essi rientrano nella categoria delle associazioni non riconosciute e ad essi si applicano, nei loro rapporti patrimoniali col mondo esterno, gli **articoli 36-38 del codice civile (vedi!!!)** applicabili a tutte le associazioni non riconosciute. Come sappiamo la persona giuridica è assoggettata e assoggettabile a penetranti controlli statali, ai quali invece sfugge l'associazione non riconosciuta.

Così come i partiti, anche i sindacati non hanno alcun interesse ad essere riconosciuti come persone giuridiche, tanto che i sindacati hanno rese vane le regole costituzionali contenute nell' **art 39 Cost** che pure prevedeva la attribuzione ad essi della personalità giuridica. Quasi tutti i costituzionalisti ritengono che l'articolo 49 Costituzione non vieti che la legge attribuisca al partito politico la disciplina delle persone giuridiche nel senso tecnico della espressione. Si tratterebbe pur sempre di una persona giuridica di diritto privato.

-i **partiti giuridicamente non hanno poteri di comando**: le decisioni politiche dei partiti, giuridicamente, non vincolano nessuno. Se un partito decide un certo programma oppure propone una certa legge, queste decisioni sono atti privati in tutto uguali, quanto a forza giuridica, a quelli che potrebbe adottare qualsiasi persona. È vero che politicamente questi atti dei partiti hanno grandi effetti, ma li hanno appunto perché questi atti dei partiti hanno grandi effetti, ma li hanno appunto perché questi atti del partito sono fatti propri, se il partito ha la maggioranza o fa parte della maggioranza, del Parlamento e quindi del Governo, e in tal modo, venendo recepiti in atti costituzionali, acquistano (questa volta sì) forza giuridica vincolante.

-**la parità giuridica dei partiti**: nei sistemi politici i partiti sono sempre più di uno: almeno 2 principali (come negli USA), spesso più di due, ma mai uno soltanto. In ogni caso secondo le costituzioni democratico-pluraliste viene garantita la possibilità di più partiti, e nei fatti vi sono più partiti. Ciò vuol dire che vi è concorrenza politica fra partiti se uno o alcuni sono maggioranza, l'altro (nel sistema bipartitico) o gli altri (nei sistemi multipartitici) sono all'opposizione; uno o alcuni dunque formulano e impongono le leggi, formano il Governo e quindi dirigono l'apparato dello Stato, l'altro o gli altri che stanno all'opposizione possono criticare la maggioranza, ma intanto non comandano neppure in via mediata attraverso gli organi dello Stato (come invece fanno i partiti della maggioranza). I partiti debbono essere considerati e considerarsi vicendevolmente tutti pari, sia che stiano all'opposizione sia che stiano al governo, appunto perché solo essendo pari, eguali nella forza giuridica, è possibile l'alternanza al potere tra i partiti nel corso della lotta politica.

Nessun partito è superiore agli altri: tutti i partiti, anche quelli di maggioranza, sono giuridicamente eguali, perché tutti privi di poteri formali di comando. In questo modo viene fatta salva l'eguaglianza giuridica di tutti i partiti: chi comanda, dal punto di vista giuridico-costituzionale, non è il partito di maggioranza, ma gli organi costituzionali.

Gli organi costituzionali sono soggetti relativamente autonomi dagli stessi partiti. Questa indipendenza diventa maggiore nel caso in cui la elezione ad una carica monocratica (ad ex. Sindaco) dipende dalla qualità del candidato e dai consensi che egli riesce a raccogliere piuttosto che alla macchina organizzativa del partito di appartenenza, e nel caso in cui la permanenza nella carica dura un numero di anni prestabilito, senza possibilità di revoca anticipata. In tali casi il rapporto tra eletto e partito può addirittura invertirsi, ed è l'eletto a dettare tempi e programmi, ed il partito o tace o asseconda l'eletto. Esiste cioè una dialettica tra partiti e organi costituzionali.

In secondo luogo gli organi costituzionali sono circondati costituzionalmente e legislativamente da molti vincoli tutti rivolti al fine di costringerli a decidere avendo in mente l'interesse generale dello Stato. I criteri che seguono i dirigenti di partito non sono gli stessi che seguono i titolari

degli organi costituzionali; non che questi criteri siano slegati o del tutto diversi, ma non coincidono. In particolare i dirigenti di partito si propongono giustamente di come accrescere la forza elettorale e il consenso del proprio partito; i titolari degli organi costituzionali, quale più quale meno, debbono rispettare i molteplici vincoli che le leggi e la Costituzione hanno loro imposto. Questo elemento accresce la relativa indipendenza tra organi costituzionali e partiti; gli organi costituzionali agiscono per una parte nella sfera del lecito, ma per un'altra parte nella sfera del legittimo; i partiti agiscono totalmente nella sfera del lecito.

- Legittimo= conforme alla legge
- Lecito= non contrario alla legge

**-la libertà dei partiti:** la separazione giuridica tra organi costituzionali e partiti va a vantaggio anche dei partiti di maggioranza, perché permette ad essi di agire con la più grande libertà: essi non comandano direttamente, ma in cambio si muovono con la stessa libertà di tutti i privati, e cioè col massimo di libertà giuridicamente possibile.

Tutta questa libera attività politica diventa efficace e quindi diventa legge per tutti, se, quando e nella misura in cui si trasferisce entro gli organi costituzionali.

## 2. Sui sistemi di partito

Nei sistemi politici nei quali è garantita la libertà e la pluralità dei partiti, vi sono sistemi che conoscono la dominanza di due soli partiti, che si alternano al governo in base alla vittoria nelle competizioni elettorali (**bipartitismo**); sistemi nei quali una alleanza tra più partiti consente di conquistare il governo del paese (**pluripartitismo**, e **governi di coalizione**). Questo secondo caso poi si articola in molti altri sotto casi in alcuni sistemi alleanze di governo vengono stabilite prima delle elezioni; in alcuni si creano due blocchi contrapposti (bipolarismo), in altri le alleanze sono continuamente variabili e diventano possibili molte combinazioni diverse; e così via.

A sistemi bipartitici---→ corrispondono sistemi elettorali fortemente maggioritari

Ai sistemi bipolari--→corrispondono sistemi elettorali proporzionali o quasi proporzionali.

(approfondisci sistema maggioritario e proporzionale)

## .3. Sui tipi di partito politico

Una organizzazione così legata e intrecciata con lo Stato moderno, e in particolare con lo Stato democratico, come abbiamo prima visto, è comprensibile che nasca storicamente con lo Stato moderno. I primi partiti che si ricordano sono i whigs e i tories, cioè i partiti nati con la rivoluzione inglese, con il primo Stato (aristocratico) liberale dopo la monarchia assoluta. I partiti come organizzazioni di massa sono molto più recenti.

Facciamo distinzione fra:

1. I partiti che sono essenzialmente macchine elettorali ( e cioè su attivano solo in occasione di elezioni, e non svolgono alcuna attività nei periodi intermedi)e partiti che hanno una organizzazione capillare e permanente.
2. I partiti che selezionano direttamente i candidati da presentare nelle elezioni e partiti che offrono il loro appoggio a candidati che hanno costruito la loro candidatura indipendentemente dal partito
3. Partiti con una forte o scarsa disciplina nei confronti dei propri iscritti

Residua un aspetto contraddittorio che lega tutti i partiti politici. Essi sono articolazioni della società che da un lato debbono rivolgersi verso il basso, per raccogliere, selezionare e coordinare i bisogni e le esigenze che salgono dai gruppi sociali che essi intendono

rappresentare e tutelare i; dall'altro debbono trasferire queste domande ed i programmi che ne conseguono a livello dei poteri pubblici (statali o locali), e dunque debbono integrarsi col potere che comanda sulla società.

Esaminiamo ora due tipi di partiti estremi, dando per scontato che nella realtà potranno trovarsi infinite varianti che mescolano aspetti dell'uno e dell'altro tipo qui esaminati: il *partito di lotta* e il *partito di mediazione-integrazione*.

**-il partito di lotta:** è il primo vero partito dell'Europa continentale ed è una invenzione della classe operaia. È necessario oggi (ma la nota vale almeno dal 1991 con la fine del PCI) sottolineare che esso praticamente non esiste più in quasi tutto l'Occidente, anche in Paesi come l'Italia e la Francia nei quali è stato presente per decenni con milioni di iscritti e simpatizzanti.

Il primo esempio di partito di lotta è costituito dal partito socialdemocratico tedesco (nato e sviluppatosi nell'ultimo quarto del 1800), sul cui esempio si sono costituiti gli altri partiti socialisti (compreso il partito socialista italiano fondato nel 1982). Si caratterizza per questi elementi: a) rigorosa e formalizzata distinzione tra iscritti e simpatizzanti. La iscrizione va richiesta (è volontaria) ma deve essere *accettata*: essa è subordinata ad una verifica della adesione al programma ed ai fini del partito; b) l'adesione è individuale: membri del partito sono sempre i singoli individui, e non altre organizzazioni, cosicché nell'adottare decisioni non vi sono membri individuali e membri rappresentativi di organizzazioni.

Dunque in tali organismi ognuno vota come singolo; in 2° luogo nei congressi, e cioè nelle assise decisionali supreme, non è mai ammesso il voto in rappresentanza di organizzazioni, ma solo in rappresentanza di singoli iscritti quando addirittura il voto non è personale e eguale per ciascun delegato (nel partito di corrente i delegati votano in rappresentanza dei voti ricevuti, nel partito rigidamente unitario ogni delegato vota come singolo); c) questo partito vi è una precisa e rigorosa enunciazione dei diritti e dei doveri degli iscritti, con conseguente disciplina di partito, per cui gli iscritti si subordinano alle regole di vita della organizzazione, pena la espulsione. d) altra caratteristica è data dalla esistenza di un *apparato di direzione professionale*, stabile nel tempo ed addestrato. I dirigenti di partito sono tali perché scelti dallo stesso partito con criteri interni ad esso e non perché detengono posizioni di poteri al di fuori del partito. Nello stesso tempo essi costituiscono un gruppo professionale che dedica tutta la sua vita e la sua attività al partito.

Bisogna comprendere i motivi per i quali solo la classe operaia poteva inventare tali partiti di massa. Diversamente dalla borghesia e aristocrazia terriera, gli operai erano moltissimi e disposti, totalmente dipendenti, avevano un grado basso o nullo di iscrizione....tutto ciò rendeva indispensabile la creazione di una organizzazione specifica che con la sua compattezza e disciplina creasse una forza sociale al posto della debolezza individuale dei singoli operai. Gli operai non potevano agire come classe sulla scena politica, se non organizzati in partito.

Il partito diventa così storicamente la condizione di esistenza della classe operaia (come forza soggettivamente consapevole di sé).

La distinzione rigorosa tra iscritti e simpatizzanti è necessaria per creare una organizzazione dai confini certi e non fluttuanti, per poter esigere con certezza l'adempimento dei doveri, per creare una militanza ed una solidarietà di gruppi stabili e permanenti; l'adesione deve essere individuale perché si chiede un impegno ai singoli, si esige una attiva partecipazione. È necessario creare dirigenti professionali perché gli operai, poco istruiti e assorbiti dal lavoro in fabbrica, non possono fare a meno di dirigenti di loro fiducia sottratti all'abbruttimento del lavoro, colti e preparati abbastanza per reggere il confronto con i dirigenti delle classi proprietarie.

Il partito di lotta ha la funzione di creare una forma organizzata contro il dominio esistente, e la sua struttura corrisponde pienamente ai suoi fini che sono di lotta contro l'ordine esistente (fino al punto che all'inizio tutti i partiti operai si pongono il fine di rovesciare la società capitalistica e di edificare la società socialista o

comunista. Ciò non toglie che il partito proletario non è né un esercito, perché combatte con armi politiche, né una chiesa, perché è rigorosamente laico e terreno.

I partiti di lotta non nascono né negli USA né in Gran Bretagna. Siccome i fini delle altre classi non sono di lotta contro la società esistente ma in prevalenza fini di mediazione e integrazione nella società esistente; si è creata in Europa e in Italia in particolare, una singolare situazione in cui le strutture del partito (di lotta appunto) entrano in contraddizione con la funzione principale da essi svolta.

**-il partito di mediazione e integrazione:** è noto a tutti che i partiti americani sono profondamente diversi da quelli europei. Anzitutto non esiste una così rigorosa distinzione tra iscritti e simpatizzanti; perché non esistono liste stabili e formalizzate di iscritti: ogni qual volta è necessario ciascuno si iscrive al partito che ha deciso di scegliere per compiere quel determinato atto (caso tipico: le primarie, cioè le elezioni di partito per scegliere i candidati da presentare alle elezioni politiche vere e proprie). Conseguentemente non esiste alcun controllo sulla iscrizione, nessuna militanza stabile, nessuna vera disciplina di partito.

**-i partiti americani:** Non esiste propriamente un apparato stabile di partito ma: da un lato volta a volta si crea un apparato temporaneo (per lo più volontario) in occasioni particolari; dall'altro esistono stabilmente gli eletti alle diverse cariche e i bosses, cioè i capi-clientela, personaggi autoinvestiti, e potenti nei fatti perché riconosciuti dai vari gruppi sociali. Questi bosses controllano masse di voti e sono mediatori riconosciuti da gruppi di persone. Non esistono invece dirigenti professionali di partito eletti dal partito secondo procedure formali.

Il partito americano è come una camera di compensazione, nella quale i diversi rappresentanti di vari gruppi di interesse si accordano di volta in volta sul modo migliore di conciliare gli interessi diversi ammessi alla contrattazione. Qui la disciplina sarebbe un grave intralcio, perché renderebbe più difficile il raggiungimento, attraverso il confronto, di un compromesso accettato da tutti i gruppi ammessi; è necessaria una struttura flessibile e informale, che può continuamente modificarsi, allargarsi o restringersi secondo appunto le variabili vicende dei diversi gruppi sociali. Questo tipo di partito è chiamato di mediazione-integrazione e si caratterizza per il fatto che in esso la struttura corrisponde pienamente alla funzione.

Come si vede, esso si adegua perfettamente alle caratteristiche dominanti della società americana, e rappresenta una vittoria politicamente fondamentale della borghesia americana, che ha imposto alla società il suo tipo di partito politico che ha impedito il costituirsi del partito operaio. La classe operaia americana non ha mai superato sostanzialmente la fase sindacale di organizzazione, e politicamente vota ora l'uno ora l'altro partito dominante. In altre parole il proletariato organizzato sindacalmente si considera un gruppo di pressione tra gli altri, e chiede al partito cui fa riferimento di tenere conto dei suoi interessi particolari nelle mediazioni via via proposte e raggiunte.

**-i partiti inglesi:** l'aspetto più caratteristico dei partiti inglesi è la quasi assoluta indipendenza dei gruppi parlamentari rispetto al partito, ridotto a puro supporto organizzativo dei primi. Il capo del partito viene scelto dal gruppo parlamentare e riceve la sua definitiva investitura dal voto popolare (nel 1891 però il partito laburista approva una riforma dello statuto che attuava la prevalenza del gruppo parlamentare: in particolare il leader veniva eletto da un collegio a cui partecipavano, con diverso peso percentuale, il gruppo parlamentare, i sindacati, il partito; nel 1993 vi è stata una ulteriore riforma che ha ridotto il peso dei sindacati); il programma elettorale viene deciso dal leader del partito con la collaborazione del gruppo dirigente che egli si sceglie, e può divergere da quello approvato dal congresso del partito; gli uomini che siedono al governo sono scelti dal leader e dal gruppo parlamentare. A differenza però dei partiti americani, nei partiti inglesi vige la più rigorosa disciplina di partito.

Questa prevalenza del gruppo parlamentare sul partito è il risultato di una ideologia e di una pratica tesa a negare, o comunque a ridurre, l'influenza dei gruppi politici organizzati esterni al

parlamento, e viceversa ad esaltare la espressione della diretta volontà popolare. In tal modo viene reciso ogni legame permanente ed organizzato tra eletti ed elettori, e dunque le elezioni accentuano fino all'estremo il loro carattere di atto plebiscitario in cui il popolo <<sovrano>> viene chiamato ogni tanti anni a scegliersi i propri rappresentanti epperò a delegare totalmente ad essi goni potere decisionale. Per attenuare la crudezza e antidemocraticità del meccanismo si suole sostenere che il programma presentato agli elettori vincola il partito cosicchè esso, nel corso del legislatura, non può perseguire fini e obiettivi non compresi nel programma.

La indipendenza e libertà die rappresentanti rispetto ai rappresentati (divieto di mandato imperativo----vedi foglio 2), indipendenza si noti non del singolo rappresentante ma del corpo dei rappresentanti verso gli elettori, corrisponde alla ideologia liberale secondo cui una società di individui liberi ed uguali sceglie persone di sua fiducia affinché queste, avvalendosi del proprio giudizio e delle proprie capacità perseguano il bene comune senza essere vincolate a interessi particolari di gruppi e persone. Di qui due conseguenze costanti nel sistema politico inglese: il collegio uninominale, in cui si affrontano politicamente persone, e la riduzione del partito a supporto organizzativo degli eletti che si ripresentano dinanzi agli elettori.

Queste regole si affermano nel 1800, e dunque non stupisce che il partito conservatore, erede di questa tradizione, le faccia proprie. Più difficile capire perché e come (per alcune regole però fino al 1981) le ha fatte proprie il partito laburista (che, nel bipartismo inglese, il posto del partito liberale dominante nel '800). La classe operaia inglese per tutto l'800 rifiuta di superare la fase sindacale e sul piano politico si affida al partito liberale (progressista, diremmo oggi, rispetto al partito conservatore). Al principio del '900 i sindacati inglesi giungono alla conclusione che essi debbono poter fare affidamento entro il parlamento su uomini di loro fiducia, ed a questo scopo fondano il partito laburista. Si noti: membri del partito non sono gli operai, ma i sindacati come tali: l'adesione non è individuale, ma collettiva. Il partito laburista nasce non come corpo collettivo organizzato che deve educare ed unire i singoli, ma come strumento pratico al servizio di organismi già esistenti, i quali hanno una propria vita e i propri dirigenti. (i sindacati).

Il partito laburista dunque, anche se conosce membri individuali davanti a membri collettivi, non organizza direttamente gli operai, e non ne è direttamente influenzato, il rapporto diretto del partito laburista con gli operai avviene alle elezioni politiche, cioè quando essi si presentano non come operai, ma come cittadini-elettori formalmente eguali a tutti gli altri. Il partito alburista è organizzato in modo da nascondere e far tacere l'elemento classicista della sua base sociale, esattamente al contrario dei partiti operai europei, che nascono dichiaratemenne classisti. Il partito è sostanzialmente una macchina elettorale che si attiva solo nelle elezioni, e non è invece una organizzazione di massa permanentemente attiva capace di contrapporsi allo stesso parlamento e addirittura di prevalere sui deputati, come avviene in Italia e in altri paesi europei. Oggi il peso dei sindacati entro il partito laburista è praticamente azzerato.

Conviene ora restringere l'attenzione sui partiti in Italia, con l'avvertenza che nel primo periodo (dal 1946 al 1993 circa) erano presenti sia il partito di lotta (il PCI) sia il partito di correnti (un tipo di partito di massa che teneva insieme la struttura formale del partito di lotta e l funzioni del partito di integrazione-mediazione; caso esemplare la Democrazia cristiana, che ha diretto politicamente tutti i governo da 1948 al 1993), mentre nel 2 periodo sono scomparsi ambedue i partiti precedenti e si è affermato un nuovo tipo di partito che sarà descritto schematicamente nel prox paragrafo.

#### 4. I partiti in Italia

- 1 periodo: fine 800'-1943
- 2 periodo: 1943-1993
- 3 periodo: 1993-Presente

L'Italia prima della fondazione del Partito socialista italiano (1892) non conosceva veri partiti. Con la nascita del PSI si ha per la prima volta l'esperienza di un partito di massa con una sua organizzazione stabile. Nel 1919 nasce il PPI (Partito popolare italiano di Don Luigi Sturzo), di ispirazione cattolica, nato nel primo dopoguerra, quando i cattolici decisero definitivamente di partecipare alla vita politica dopo il lunghissimo periodo astensionista, in parte già superato nel 1913 col famoso Patto Gentiloni. Non per caso il partito popolare copiò in buona parte il partito socialista: anche i cattolici stavano creando un partito di massa, anche i cattolici come i socialisti provenivano da un'esperienza di lunga opposizione allo Stato liberale e agitavano obiettivi antagonisti rispetto allo Stato esistente. In una parola, cattolici e socialisti crearono allora organizzazioni con la struttura del partito di lotta perché la loro politica, divisa su ogni altro piano, era una politica di opposizione di massa.

Una spia di questo mutamento si ha nel fatto che nel 1919 viene abbandonato il sistema elettorale a collegio uninominale e adottato quello proporzionale di lista (ad un sistema incentrato sui candidati si sostituisce un sistema incentrato prevalentemente sui partiti); come conseguenza di questo mutamento il regolamento della Camera dei deputati istituzionalizza per la prima volta i gruppi parlamentari. Questi fatti costituiscono il riconoscimento che la nuova forma di partito è ormai quella dominante cosicché il diritto deve adeguare a questa realtà.

La Democrazia Cristiana (DC) è l'erede del Partito popolare, Partito comunista italiano (PCI) e Partito socialista italiano (PSI) sono gli eredi del vecchio PSI e del vecchio partito comunista d'Italia, nato dalla scissione di Livorno del 1921. Essi presentano tutti sostanzialmente una struttura di partito di lotta.

La DC non è più un partito di opposizione ma partito di governo. La sua struttura è in contrasto stridente con la sua funzione, che è quella di gestire lo Stato esistente e dunque di mediare le diverse parti del suo blocco sociale e di integrarle organicamente nello Stato esistente. La sua funzione è di mediazione-integrazione; la sua struttura, sulla carta, resta quella di partito di lotta.

**-I partiti dal 1993:** nel breve giro di due anni scompaiono tutti i partiti che hanno caratterizzato il periodo 1943-1945, il tradizionale partito di destra estrema, erede del partito fascista, il Movimento sociale italiano (MSI), fino alla sua confluenza nel 2009 nel Partito della libertà, aveva cambiato nome (si chiamava Alleanza Nazionale) e collocazione politica. (vedi p 320).

I mutamenti che la politica italiana sta vivendo dal 1993 a oggi si riflettono nelle leggi elettorali. Anzitutto, mentre le leggi vigenti dal 1948 al 1993 erano rigorosamente proporzionali a livello nazionale, e sostanzialmente proporzionali negli altri livelli, le leggi elettorali da allora in poi sono tutte maggioritarie, tali cioè da favorire o garantire ai partiti maggiori o alle coalizioni vincenti un numero di seggi superiore, e talvolta molto superiore, al numero che avrebbero vinto con un sistema proporzionale. Nello stesso tempo però la mancata stabilizzazione politica si ritrova anche nella insoddisfazione per le leggi elettorali vigenti: è significativo anzitutto che le leggi nazionali del 1993 siano state abrogate e sostituite nel 2005, e ancor più significativo che questa legge criticata quasi da tutti, sia stata dichiarata incostituzionale con **sentenza n. 1 del 2014 della Corte Costituzionale**, non totalmente ma soltanto rispetto a due punti (il premio di maggioranza, dichiarato incostituzionale, e la mancata previsione di almeno un voto di preferenza, che secondo la Corte deve esserci), di modo che la legge resta in vigore ma è divenuta proporzionale per cui le liste che non superano le percentuali prescritte non ottengono seggi).

Un secondo punto fermo riguarda il bipolarismo, i partiti maggiori, trascinandosi dietro quelli minori, costretti ad allearsi con i primi per non scomparire, tendono a creare due blocchi contrapposti, in qualche modo resi obbligatori dai sistemi elettorali (sia quello del 1993 che quello del 2005); si tratta però di bipolarismo, e cioè di due blocchi contrapposti di più partiti, e non di bipartitismo.

A ben vedere il significato più profondo delle riforme elettorali è il tentativo di distruggere i tradizionali partiti di massa, e di sostituirli con altri tipi di partito.

Con **sentenza n.1 del 2014 la Corte Costituzionale** ha dichiarato l'incostituzionalità della **legge n.270 del 2005** (legge Calderoli). Nell'affrontare il merito delle questioni sollevate dal giudice a quo, le censure della Corte si sono appuntate su due aspetti del sistema elettorale: il premio di maggioranza e le liste bloccate. Va precisato però che la sentenza specificamente esclude qualsiasi valutazione sui sistemi elettorali, maggioritari o proporzionali, in quanto non vi è "un modello di sistema elettorale imposto dalla Carta costituzionale" e vi è, pertanto, piena discrezionalità del legislatore nella scelta di singoli sistemi.

Nel vigente sistema elettorale proporzionale, il premio di maggioranza, come disciplinato per la Camera, secondo la Corte, "è foriero di una eccessiva sovra-rappresentazione della lista di maggioranza relativa, in quanto consente ad una lista che abbia ottenuto un numero di voti anche relativamente esiguo di acquisire la maggioranza assoluta dei seggi. In tal modo si può verificare in concreto una distorsione fra voti espressi ed attribuzione di seggi che, pur essendo presente in qualsiasi sistema elettorale, nella specie assume una misura tale da comprometterne la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto".

Questo meccanismo, che si aggiunge alle previsioni in materia di soglie per l'accesso al sistema proporzionale di attribuzione dei seggi, pur finalizzato al "legittimo obiettivo di favorire la formazione di stabili maggioranze parlamentari e quindi di stabili governi" non solo compromette, ma addirittura, secondo la Corte, rovescia "la ratio della formula elettorale prescelta dallo stesso legislatore del 2005, che è quella di assicurare la rappresentatività dell'assemblea parlamentare". L'effetto che ne deriva è quello di "una eccessiva divaricazione tra la composizione dell'organo della rappresentanza politica, che è al centro del sistema di democrazia rappresentativa e della forma di governo parlamentare prefigurati dalla Costituzione, e la volontà dei cittadini espressa attraverso il voto, che costituisce il principale strumento di manifestazione della sovranità popolare, secondo l'art. 1, secondo comma, Cost.". Questo effetto è incompatibile non solo con l'art. 1 Cost., ma anche con l'art. 67 Cost. che configura le Camere come "sedi esclusive della rappresentanza parlamentare" titolari di funzioni esclusivamente proprie, tra cui quella di revisione costituzionale.

In queste valutazioni la Corte inserisce la dirimente constatazione dell'assenza nella vigente legge elettorale di "una ragionevole soglia di voti minima per competere all'assegnazione del premio": questa mancanza determina "un'alterazione del circuito democratico definito dalla Costituzione, basato sul principio fondamentale di eguaglianza del voto" stabilito dall'art. 48, secondo comma, Cost.. Infatti, nei sistemi proporzionali, gli elettori hanno "la legittima aspettativa che non si determini uno squilibrio sugli effetti del voto, e cioè una diseguale valutazione del "peso" del voto "in uscita", ai fini dell'attribuzione dei seggi, che non sia necessaria ad evitare un pregiudizio per la funzionalità dell'organo parlamentare".

## 5. La Costituzione italiana sui partiti

La Costituzione italiana disciplina i partiti in un articolo, il 49, che dal punto di vista normativo è molto povero, giacché nella sostanza garantisce la pluralità dei partiti. È interessante che l'articolo 49 si trova nella prima parte della Costituzione, quella dedicata ai rapporti civili, economici, sociali, e non invece alla seconda, che è invece dedicata alla organizzazione dello Stato. I costituenti giustamente hanno colto nei partiti l'aspetto peculiare per cui essi, per quanto determinanti nella vita politica e quindi rispetto allo Stato, non fanno parte dello Stato. La Costituzione si riferisce ai partiti in pochi altri articoli, come nell' **articolo 98** (<<Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero>>); nella XII disposizione finale (<<è vietata la riorganizzazione, sotto

qualsiasi forma, del disciolto partito fascista>>); implicitamente nell' **articolo 72**, in cui la Costituzione accenna ai gruppi parlamentari e quindi ai partiti in Parlamento.

## **6. La legge ordinaria sui partiti, l'abolizione del finanziamento pubblico diretto, la disciplina della contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore**

Il **decreto-legge n.146 del 2013**, convertito con modificazione nella **legge n.13/2013** ha introdotto tre rinnovazioni radicali in tema di partiti politici:

1. Per la prima volta ha dettato norme sulla organizzazione e sul funzionamento dei partiti politici (non di tutti, ma di quelli che intendono avvalersi dei benefici concessi dalla legge, e cioè in pratica di tutti quelli significativi, essendo molto improbabile che un partito significativo rinunci ai benefici previsti)
2. Ha abolito il finanziamento pubblico dei partiti, che aveva caratterizzato il sistema dal 1974 in poi, sia pure con diverse modalità in base a leggi diverse succedutesi nel tempo
3. Ha disciplinato con norme di favore le contribuzioni volontarie ai partiti da parte di persone fisiche e di altri soggetti

Per quanto riguarda il punto 1 la legge, come detto, non obbliga i partiti a conformarsi a quanto previsto, ma distingue tra partiti che volontariamente si attengono a quanto previsto dalla legge e che come contropartita si avvalgono di tutte le norme di favore previste dalla legge, e quelli che non si attengono alle norme e non per questo diventano illeciti (restano associazioni di fatto) ma non possono avvalersi dei benefici previsti (vale poi la pena ricordare che per partecipare alle elezioni politiche è sufficiente un numero minimo di elettori stabilito dalla legge che presentano i propri candidati).

Il **D.L n.149 del 2013** nell'abolire il finanziamento pubblico ai partiti ha previsto però che i partiti possano accedere a forme di erogazione liberali in denaro da parte di persone fisiche+ vedersi assegnato il 2% delle imposte sul reddito delle persone fisiche a condizione che gli stessi si iscrivano nel registro nazionale dei partiti politici. Per l'iscrizione nel registro dei partiti è necessario che il partito politico si doti di uno statuto, redatto nella forma dell'atto pubblico e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale: così il partito si deve assoggettare ai controlli di trasparenza. Al contrario, se il partito non si iscrive al registro, non potrà usufruire dei benefici economici sopra citati, ma godranno di una più ampia autonomia.

Tale statuto inoltre deve essere giudicato conforme alle legge da una apposita Commissione nazionale, va iscritto in un registro nazionale tenuto da tale Commissione, va pubblicato in Gazzetta ufficiale, e deve essere consultabile da chiunque in un apposito sito internet.

## **CAP 10: LA PARTECIPAZIONE POPOLARE**

È ormai universale la proclamazione che ogni potere pubblico deriva dal popolo. Questa affermazione di principio si manifesta attraverso la proclamazione ufficiale e solenne nelle Costituzioni che la sovranità o spetta al popolo, o emana dal popolo, o deriva dal popolo e simili. Nei regimi democratici dunque la scelta dei governanti viene compiuta direttamente (almeno in 1 caso) o indirettamente, da tutto il popolo. Bisogna però sottolineare che non vi è mai completa coincidenza tra popolo e corpo elettorale, infatti vanno esclusi dal corpo elettorale i minori e gli incapaci di intendere e di volere

Si ha elezione diretta quando tutto il popolo (il corpo elettorale) sceglie direttamente mediante elezione i membri di un organo costituzionale collegiale o il titolare di una carica costituzionale monocratica: nei regimi democratici questo organo collegiale è costantemente il Parlamento, a cui talvolta si aggiunge, come organo costituzionale direttamente eletto dal corpo elettorale, il capo del potere esecutivo.

Si ha elezione indiretta [non di 2 grado che è un'altra cosa: si ha elezione di 2 grado quando il corpo elettorale legge un corpo elettorale più ristretto (i grandi elettori si dice talvolta) che a sua volta ha il compito esclusivo di eleggere il titolare o i titolari della carica pubblica considerata, e si scioglie terminato questo compito. In tal caso il corpo elettorale più vasto ha di mira l'elezione finale ed elegge il corpo elettorale più ristretto a questo fine e con questa intenzione: la elezione è di 2 grado ma resta diretta, e l'organo elettivo è direttamente rappresentativo dell'intero corpo elettorale. Un esempio noto di elezione di 2 grado è data dalla elezione del Presidente degli USA, che è organo direttamente rappresentativo. Viceversa la elezione indiretta impedisce un rapporto diretto tra il corpo elettorale popolare e organo collettivo: la elezione di questo secondo da parte di un organo direttamente rappresentativo che ha però molti altri compiti e una lunga durata interrompe ogni rapporto diretto e immediato col corpo elettorale generale. ] quando i titolari di un organo costituzionale vengono eletti (o nominati) da un altro organo direttamente rappresentativo (così il Governo in Italia è un organo indirettamente rappresentativo, perché per restare in carica deve godere la fiducia del Parlamento, che è invece un organo direttamente rappresentativo).

La esistenza di un organo direttamente rappresentativo (direttamente eletto dal popolo) è la condizione minima indispensabile affinché si possa parlare di democrazia: in realtà, se condizione necessaria, non è condizione sufficiente. È necessario che anche gli organi costituzionale siano, in tutto o in parte, indirettamente rappresentativi, e cioè in qualche modo dipendano dall'organo direttamente rappresentativo.

Oggi enti come le Province e le Città metropolitane, che secondo **l'articolo 114 della Costituzione** hanno la stessa dignità politica dello Stato, delle Regioni e dei Comuni, non hanno più organi direttamente eletti dal proprio corpo elettorale, ma organi di governo eletti dai Sindaci e dai Consigli comunali tra i sindaci e i consiglieri comunali.

## 2. Democrazia diretta e democrazia rappresentativa

**-democrazia diretta:** quando tutte le decisioni politiche vengono adottate direttamente dall'intero popolo

**-democrazia rappresentativa:** quando le decisioni politiche vengono adottate da rappresentanti eletti dal popolo.

Se prevalgono i momenti di democrazia rappresentativa, nel senso che quasi tutte le decisioni politiche più importanti vengono adottate da organi rappresentativi, allora dobbiamo concludere che, nonostante la esistenza di alcuni momenti di democrazia diretta, vige una democrazia rappresentativa (come è nella totalità oggi dei regimi democratici); se invece dovessero prevalere nettamente i momenti di democrazia diretta, allora vigerebbe una democrazia diretta (e questo caso oggi non si dà in nessun paese, neanche nella Confederazione elvetica che pure conosce, la maggiore estensione e pratica di momenti di democrazia diretta).

**-democrazia diretta e teoria della estinzione dello Stato:** va chiarito che la democrazia diretta non coincide affatto con la estinzione dello Stato come teorizzata dal marxismo. Anche la democrazia la più radicalmente diretta è pur sempre una forma di dominio politico: la tesi della estinzione dello Stato comprende anche la estinzione della democrazia, perché predica la estinzione di ogni forma di dominio politico ( tesi argomentata da Lenin in Stato e rivoluzione).

In realtà oggi istituti di democrazia diretta (ex. referendum abrogativo in Italia) si inseriscono in una struttura che resta però formalmente rappresentativa.

La distinzione tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa ha pienezza di contenuto quando si applica al campo delle decisioni politiche: perde gradualmente di significato se applicata a meccanismi che non consistono in decisioni o che non sono politici: un referendum, in quanto atto che decide una questione, è un effettivo strumento di democrazia diretta; il potere di proporre una legge, per quanto importante e significativo, poiché si esaurisce nel proporre, restando però la decisione al Parlamento, è già uno strumento di democrazia diretta enormemente depotenziato, consente di partecipare al processo decisionale, non è un meccanismo di decisione. Se democrazia vuol dire potere popolare, la iniziativa legislativa popolare, di per sé, è un pallido strumento di potere del popolo.

Su un altro versante non sempre le decisioni da adottare possono essere qualificate propriamente manifestazioni di potere politico; partecipare alla gestione di una scuola non mi pare questione che possa farsi rientrare nel potere politico. Dunque non rientrano di per sé nella democrazia diretta quelle forme di partecipazione alla gestione dei pubblici poteri che non sono propriamente manifestazioni di potere politico.

A rigore bisogna fare netta distinzione tra istituti della democrazia diretta e istituti della partecipazione: con i primi il popolo ha poteri decisionali preminenti e definitivi, con i secondi il popolo ha poteri per concorrere a decisioni che spettano ad altri. Con gli strumenti della democrazia rappresentativa il popolo esprime consenso ma non partecipa, giacché una volta eletti i rappresentanti, ogni decisione spetta ai rappresentanti: i rappresentanti hanno manifestato un consenso che si esaurisce nella elezione; il processo decisionale, fino alle prossime elezioni, spetta ai rappresentanti. Gli strumenti della partecipazione invece esigono che, sia pure in modo non esclusivo, magari in modo subordinato, comunque il popolo possa prendere parte anche alle decisioni dei suoi rappresentanti, e quindi entrare in qualche modo nei concreti processi decisionali.

## 3. La partecipazione

Il termine partecipazione si presta a ricomprendere tutte quelle numerose forme e modi attraverso cui i cittadini, singolarmente o a gruppi, direttamente o indirettamente, prendono parte a processi decisionali dei poteri pubblici. *I poteri pubblici decidono, i partecipanti hanno il*

*diritto e il potere di influire su tali decisioni, nei modi e nelle forme ammesse.*

Vi sono casi in cui i cittadini sono chiamati a decidere, in senso stretto, e non a partecipare a processi decisionali altrui: così accade nelle elezioni politiche generali e locali. Se considerate per se stesse le elezioni rientrano nella categoria della democrazia rappresentativa; d'altra parte però la selezione delle persone (elezioni) si configura più come partecipazione alla selezione che come vera e propria decisione, i partiti hanno il monopolio di fatto delle candidature, cosicché gli elettori partecipano a scelte già in buona parte predeterminate dai partiti.

Ragionamento analogo si può fare rispetto ai referendum i quali sono momenti di partecipazione a processi politici generali governati da altri nel loro insieme, piuttosto che processi decisionali principali che subordinano a sé ogni altro momento politico. In conclusione gli strumenti di democrazia diretta e di democrazia rappresentativa diventano momenti della partecipazione e acquistano dunque le caratteristiche di momenti attraverso cui il popolo viene invitato ed ha la possibilità di partecipare a processi decisionali di altri.

Il lato positivo di questa realtà sta nel fatto che in tal modo il popolo non è escluso dai poteri pubblici, ad anzi ha strumenti per condizionarli ed indirizzarli; il lato negativo sta nel fatto che in tal modo si riconosce implicitamente che il popolo non è realmente sovrano, tanto è vero che bisogna inventare sempre nuovi modi e accrescere la possibilità per farlo....partecipare, cioè per fargli condividere in qualche modo con altri l'esercizio di sovranità.

-partecipazione per individui e partecipazione per gruppi:

- Si ha *partecipazione per individui* quando, sul piano giuridico formale, solo l'individuo viene chiamato a partecipare, e quindi la partecipazione collettiva in questo caso si manifesta come somma di molte partecipazioni individuali. Questo è il caso ad ex. delle elezioni politiche. Ciò non vuol dire che sul piano politico-sostanziale, anche questa partecipazione non possa essere in realtà una partecipazione effettivamente collettiva o di gruppo: al contrario i partiti, che sono i veri signori delle elezioni politiche, dimostrano come anche in questo caso la partecipazione che segue consapevolmente i partiti è di ordine collettivo; sul piano giuridico formale però essa deve manifestarsi in forma rigorosamente individuale.
- Si ha *partecipazione per gruppo* quando le regole esigono (o permettono) che solo un gruppo possa partecipare. Tale ad ex. è il caso, abbastanza frequente, in cui si richiede la sottoscrizione da parte di un determinato gruppo di cittadini (o elettori) affinché un determinato atto sia valido e produttivo di conseguenze: così la iniziativa popolare delle leggi esige la richiesta di almeno 50.000 elettori, il referendum abrogativo di 500.000 elettori, e così via. Nei casi ora citati, come si vede, il gruppo si costituisce per l'occasione e si manifesta solo per quell'atto. In altri casi invece le norme esigono o permettono la partecipazione di un gruppo già costituito e che esiste e vive indipendentemente dal processo specifico al quale partecipa. Si pensi a tutti i casi in cui le norme esigono o permettono la partecipazione dei partiti, dei sindacati, delle associazioni di guerra, e simili. In questi casi il gruppo si è costituito per sua autonoma decisione prima e indipendentemente dall'atto di partecipazione e vive come soggetto collettivo per volontà dei suoi aderenti indipendentemente da ogni riconoscimento dei pubblici poteri.

Partecipazione immediata (o diretta) e partecipazione mediata (o indiretta): si ha la prima quando il singolo partecipa direttamente col suo contributo individuale ai processi decisionali, si ha la seconda quando la sua partecipazione è mediata dal gruppo al quale appartiene, cosicché, nella migliore delle ipotesi, egli partecipa alla decisione del gruppo, ma sono poi i rappresentanti del gruppo a partecipare al processo decisionale in nome e per conto dell'intero gruppo. si noti che partecipazione immediata non è affatto sinonimo di partecipazione per individui: anzi la partecipazione più efficace anche per i singoli individui è quella collettiva: la differenza sta nel fatto che nella partecipazione immediata il singolo, anche se partecipa con altri, entra direttamente anche come singolo, insieme ad altri, nel processo decisionale,

fornisce direttamente il suo contributo; nella partecipazione indiretta sono i dirigenti del gruppo che partecipano a nome dei membri del gruppo.

Si può distinguere ancora fra *partecipazione formalizzata* e *partecipazione informale* (sul piano giuridico): si ha la prima quando le norme prescrivono rigorosamente i tempi e i modi della partecipazione; si ha la seconda quando la partecipazione avviene secondo prassi; come ex. del primo caso si pensi oggi, oltre che alle elezioni politiche, alla partecipazione degli interessati ai procedimenti amministrativi prevista dalla **L.241 del 1990**. (L.n.241/1990=nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diretto accesso ai documenti amministrativi). Si potrebbe ancora distinguere i casi in cui la partecipazione è libera da quelli in cui la partecipazione è subordinata alla domanda, da quelli in cui si partecipa mediante sorteggio (per ex. i giudici popolari delle Corti d'assise vengono sorteggiati tra i cittadini aventi determinati requisiti).

La distinzione più importante è quella tra *partecipazione politica* e *partecipazione non politica*. La distinzione riguarda l'oggetto, cioè assume come criterio di distinzione la circostanza che si tratti di processi decisionali politici oppure non politici.

Entro la partecipazione politica si può fare una distinzione tra partecipazione politica in senso stretto (secondo cioè l'intenzione) e partecipazione di interessi: nel primo caso la partecipazione ha carattere generale, chi partecipa tiene presenti l'insieme degli interessi e dei bisogni e si propone di dare una risposta a tutte le domande; nel secondo caso chi partecipa rappresenta anzitutto gli interessi di categoria di cui è portatore e si propone anzitutto di difendere tali interessi.

La partecipazione politica si esprime nella elezione dei membri delle assemblee politiche rappresentative (in Italia principalmente il Parlamento, Consigli regionali e Consigli comunali), nella elezione diretta dei Sindaci, dei Presidenti delle Giunte regionali, nella continua possibilità di indirizzare e controllare le decisioni di tali assemblee, nella possibilità di decidere direttamente questioni politiche, se e quando la Costituzione e le leggi lo ammettono (ex. referendum abrogativo).

#### 4. La rappresentanza politica

La caratteristica principale del Parlamento e di altre assemblee (principalmente Consigli regionali e comunali) è quella di essere organi rappresentativi del popolo, ed anzi organi direttamente rappresentativi perché direttamente eletti dal popolo.

Vi è una netta differenza tra rappresentanza politica e giuridica.

-rappresentanza giuridica--→ è un meccanismo in base al quale, per volontà di legge (r. necessaria) o per volontà dell'interessato un soggetto agisce in nome e per conto di un altro, cosicché gli atti sono del primo (rappresentante), ma gli effetti giuridici dell'atto toccano immediatamente e direttamente la sfera giuridica del secondo (il rappresentato).

-rappresentanza politica--→ anzitutto non ha nulla a che fare con quella volontaria; nella rappresentanza politica il rappresentato non può esercitare da sé i poteri spettanti al rappresentante, ma deve limitarsi ad eleggerlo. Di regola addirittura questa elezione è irrevocabile fino alla scadenza del mandato, cioè i rappresentati non possono revocare il loro rappresentante politico. Ma se anche fosse il contrario e i rappresentanti potessero revocare il loro rappresentante politico, non per questo i primi potrebbero esercitare direttamente il potere politico, ma dovrebbero limitarsi ad eleggere un nuovo rappresentante.

Sotto questo aspetto la rappr. politica ha un carattere necessario. Ma si distingue nettamente anche dalla rappr. giuridica necessaria, perché: a) anzitutto nella rappr. giuridica necessaria il rappresentante viene scelto da un terzo autorizzato e viene imposto al rappresentato, per definizione incapace di intendere e di volere, mentre nella rappr. politica, se è reale e non pretesa mistificatoria, i rappresentanti eleggono da se stessi i propri rappresentati (sotto

questo aspetto la rappresentanza politica presenta un momento volontario importante); b) la rappresentanza politica è sempre collettiva, cioè è sempre rappresentanza di un insieme indistinto di persone, mentre la rappr giuridica di norma è individuale; c) la rappresentanza politica non rappresenta questo insieme in alcun caso e per nessuna ragione sul piano dei rapporti giuridici interpretati, come è tipico e necessario della rappr. giuridica, perché gli atti del rappresentante politico non hanno alcuna efficacia diretta, né positiva né negativa, nella sfera giuridica dei rappresentati (tutt'al più gli atti dei rappresentanti politici hanno una efficacia di fatto e indiretta nella misura in cui gli atti approvati dai rappresentanti politici, ad ex. le leggi, si ripercuotono in vario modo su tutti i cittadini indistintamente); d) la rappresentanza politica rappresenta un insieme di cittadini non come somma di singoli che hanno interessi egoistici sia pure comuni, ma in quanto cittadini che sono portatori di un programma generale di governo, e quindi non li rappresenta a livello di rapporti giuridici con altri soggetti, ma a livello di rapporti politici generali, nei confronti dell'ente politico generale.

In sintesi alcune persone sono definibili rappresentanti politici di una collettività perché incaricati di esercitare specifici e predeterminati poteri nell'interesse e al servizio di questa collettività nel suo insieme. Si potrebbe definire la rappresentanza politica una rappresentanza espressiva, perché esprime, dà voce, manifesta volontà politiche generali.

**-il divieto di mandato imperativo:** questo divieto è una delle possibili conseguenze della rappresentanza politica, ma non costituisce un aspetto necessario e indefettibile di ogni rappresentanza politica. In altre parole: la rappresentanza politica si presenta in Italia come necessariamente legata al divieto di mandato imperativo, ma questo accade perché la Costituzione così dispone (**art. 67 Cost: Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato.**). *(poiché la Costituzione prevede il divieto di mandato imperativo espressamente solo per i parlamentari, ci si può chiedere se questi divieto costituzionale vale anche per consiglieri regionali ecc... , oppure se leggi ordinarie potrebbero decidere diversamente rispetto ai consiglieri regionali, comunali ecc.... Oggi comunque il divieto di mandato imperativo si applica a tutti gli eletti del corpo elettorale in elezioni politiche.* Con l'espressione <<divieto di mandato imperativo>> si designa quella regola per cui il rappresentante politico elettivo non è vincolato ad alcun impegno verso i suoi elettori, ma può agire liberamente qualunque promessa abbia fatto per essere eletto: per questa ragione egli non può essere revocato dai suoi elettori né da chicchessia fino alla normale scadenza legale del suo mandato e non è soggetto ad alcuna sanzione penale o civile o quale che sia per il modo con cui ha esercitato il suo incarico politico. (sempre che non abbia abusato della sua carica per commettere atti illeciti che peraltro non costituiscono esercizio di essa). È evidente che se gli elettori, o comunque un controllore, potessero revocare l'eletto prima della scadenza, costui, nel timore o sotto la minaccia di una revoca, può essere indotto ad agire secondo gli impegni presi o secondo le richieste di coloro che minacciano la revoca. Questa regola classica del parlamentarismo liberale serve a svincolare gli eletti dagli elettori. Usualmente si sostiene che questa regola è necessaria per impedire il prevalere di interessi corporativi di gruppo o per consentire invece che l'eletto persegua il bene di tutti (l'interesse nazionale). Se si traduce questo discorso in termini conformi alla natura dello Stato liberale (e in particolare della Gran Bretagna borghese nella quale questa regola è nata), esso è vero.

**-divieto di mandato imperativo e disciplina di partito:** i partiti impongono la propria disciplina ai parlamentari eletti nelle loro liste (e cioè in pratica tutti), e dunque per questa via rendono apparente il divieto di mandato imperativo e garantiscono al contrario un permanente rapporto tra eletti ed elettori. La disciplina di partito si sovrappone di fatto al divieto di mandato imperativo senza annullarlo. In linea di diritto il parlamentare, resta libero di decidere come meglio crede, e nessuna sanzione legale può venirgli irrogata qualunque violazione egli compia di precedenti impegni politici. Se anche il parlamentare abbandona il partito nelle cui liste è stato eletto, egli resta parlamentare. Questa astratta libertà legale viene compressa e ridotta di fatto fin quasi a zero, perché: a) la esperienza e la riflessione insegnano che è quasi

impossibile essere eletti se non si viene presentati da un partito; b) il fatto che il parlamentare possa cambiare partito e così evitare questa sanzione del suo primo partito bin toglie nulla alla generalità della tesi: il parlamentare passa dalla disciplina di un partito alla disciplina di un altro partito, ma resta pur sempre sotto alla disciplina di un partito.

Il fatto che i parlamentari siano subordinati al partito è la riprova che non esiste un interesse generale e che prevalgono in parlamento gli interessi di partito, cioè politiche orientate da interessi specifici di classe. In questo senso la disciplina di partito rompe la finzione di divieto di mandato imperativo e dimostra che il parlamentare ben lungi dall'essere libero di perseguire secondo coscienza l'interesse generale è al servizio dell'interesse di partito. Ma il partito rompe questa finzione a suo vantaggio, non a vantaggio del corpo elettorale. Il divieto di mandato imperativo resta in tutta la sua efficacia, non solo formale ma anche sostanziale, nei confronti del corpo elettorale, che non ha alcuno strumento per revocare o comunque controllare il parlamentare prima della scadenza. In questa direzione esso resta uno strumento fondamentale perché consente ai partiti, e cioè ai dirigenti dei partiti, di perseguire i compromessi svincolati da un diretto controllo popolare sui parlamentari, e quindi con tanta maggiore libertà e flessibilità. La separatezza tra eletti ed elettori non è più funzione dell'interesse generale borghese contro interessi borghesi particolari, ma resta funzione della mediazione generale tra diversi interessi di classe o di gruppo contro il diretto intervento politico delle masse. Resta l'elemento comune di strumento al servizio della separatezza della politica dal mondo terreno delle lotte di classe, e quindi al servizio della conciliazione politica di tali lotte socialmente inconciliabili.

Nella rappresentanza politica si muove dal presupposto implicito secondo cui gli interessi comuni del popolo non possono essere perseguiti direttamente dal popolo, ma debbono necessariamente essere rappresentati; per questa ragione la rappresentanza politica vive di una interna tensione, per cui da un lato i rappresentanti debbono continuamente legittimare la propria rappresentatività di fronte al popolo, e dunque per questa via non possono mai del tutto separarsene ma in qualche modo vengono sempre ridotti ai bisogni e alle pressioni presenti entro il popolo; dall'altro però, proprio perché vi è rappresentazione, e cioè distinzione tra interesse e rappresentazione di esso, vi è anche la permanente possibilità che questa distinzione diventi reale separazione, e dunque i presunti e sedicenti rappresentanti diventino portatori non più degli interessi dei rappresentati, ma di se stessi o di altri. Questa possibilità viene accresciuta e resa in certo modo istituzionale con il divieto di mandato imperativo. Essa viene enormemente diminuita ogni qual volta la società organizza praticamente strumenti operativi per sottoporre a controllo i rappresentanti politici, ma non scompare quasi mai in quanto possibilità (e quindi rinascente realtà), perché questa possibilità sta nella natura stessa della rappresentanza e cioè nel fatto puro e semplice che un interesse, una volontà, debba essere rappresentata (e cioè espressa da un altro).

Nella consapevolezza di questa verità sta la grandezza ancora oggi del pensiero di Rousseau, che non ha reali soluzioni politiche per il problema, ma ha compreso per tutti e per sempre che la rappresentanza politica come tale è uno scandalo, una espropriazione di volontà popolare: per questa ragione Rousseau voleva eliminare in radice la rappresentanza politica; in questa verità sta la perdurante attualità del pensiero marxista, che egualmente condanna non la cattiva rappresentanza politica, ma la rappresentanza politica come tale, e progetta una società fatta in modo tale che non vi sia più bisogno di rappresentanti politici perché non vi sarà più bisogno di politica.

Per questa ragione il progetto proletario non scinde e non può scindere estinzione della politica dalla estinzione delle classi, e cioè dalla soluzione storica di un problema sociale fondamentale: la produzione e la distribuzione della ricchezza materiale. Nello stesso tempo affermare che è possibile estinguere la politica, non vuol dire che cesseranno tutte le forme di rappresentazione degli interessi umani, ma che cesserà una forma di rappresentanza: quella politica.

Le elezioni politiche sono organizzate in modo che votino cittadini formalmente eguali, e non invece uomini secondo la categoria professionale di appartenenza. La rappresentanza, per essere politica, deve essere e apparire generale e non professionale. Nella realtà gli individui sono proprietari, capitalisti, industriali.....

-la rappresentanza di interessi: la notazione appena fatta ci permette di comprendere meglio il senso di tutte le proposte di camere cosiddette rappresentative di interessi (e quindi il senso e i limiti della rappresentanza di interessi, distinta da quella politica).

-il CNEL: (consiglio nazionale dell'economia e del lavoro), composto da membri designati dalle varie categorie professionali elencate dalla legge istitutiva, le cui competenze si riducono al potere di presentare progetti di legge e di dare pareri (non vincolanti) sia alle Camere che al Governo quando questi glielo chiedono.

In una società pluralistica compito dello Stato è quello di superare e pacificare i conflitti di classe, eliminando o comunque riducendo la conflittualità entro confini predeterminati e accettati da tutti i principali contraenti sociali.

Il partito politico (non rivoluzionario) ha proprio questa funzione essenziale: di mediare le spinte particolari della sua base sociale e di inserirle-trasformarle entro un progetto politico globale che si presenta e pretende di essere valido per tutta la società. Una camera rappresentativa di interessi invece non farebbe altro che esprimere e trasferire a livello statale gli immediati interessi corporativi senza alcuna mediazione, e mancherebbe dunque di legittimazione e di autorità rispetto alla collettività nel suo insieme.

## 5. Il corpo elettorale

Con l'espressione *corpo elettorale* designiamo l'insieme di coloro che hanno diritto di partecipare alle elezioni per esprimere il proprio voto. Così il Parlamento in seduta comune è il corpo elettorale del Presidente della Repubblica; gli iscritti alla anagrafe di un Comune costituiscono il corpo elettorale del consiglio comunale; i professori universitari costituiscono il corpo elettorale per la formazione delle commissioni di concorso a professore universitario. Il corpo elettorale in Italia è l'insieme di tutti i cittadini maggiorenni, per questo solo fatto, secondo Costituzione (**art.48 Cost**). Per la verità il corpo elettorale del Senato è composto dai cittadini che abbiano compiuto il 25°anno. Poiché però col 18°anno di età si acquista comunque il diritto di eleggere per lo meno i deputati della Camera, col 18°anno si diventa politicamente attivi, e dunque il corpo elettorale nel significato più visto e comprensivo del termine è quello della Camera dei deputati. Il corpo elettorale per definizione è quello che comprende tutti i cittadini maggiorenni; tutti gli altri corpi elettorali più ristretti sono eccezioni. Il corpo elettorale esistente in Italia, e in genere nei paesi democratici, è il più vasto pensabile. Fino al 1946 in Italia le donne non avevano il diritto elettorale; fino 1913 solo una minoranza di maschi adulti aveva il diritto elettorale, quelli appartenenti alle classi proprietarie.

-le liste elettorali: una caratteristica del corpo elettorale in Italia è che di esso si fa parte non su domanda ma automaticamente e obbligatoriamente, mediante iscrizione da parte di apposite commissioni a liste elettorali permanenti, che vengono via via aggiornate. (notare che questa iscrizione non costituisce titolo esclusivo, ma solo una garanzia: anche chi per errore non è iscritto ha il diritto elettorale se possiede i requisiti previsti dalla Costituzione e dalle leggi conformi a Costituzione -cosicché può rivolgersi al giudice competente e la sentenza del giudice costituisce titolo sufficiente per votare anche senza essere iscritto alle liste elettorali-).

Questo meccanismo è una prima traduzione del principio per cui il voto è considerato *moralmente* obbligatorio (è un dovere civico: dice la Costituzione: art 48 Cost) e risponde a fini di certezza e garanzia. Le liste elettorali permanenti, sotto il primo aspetto costituiscono il contrario del sistema prevalente negli USA; secondo il quale per votare bisogna preventivamente iscriversi con proprio atto volontario alle liste elettorali; sotto il secondo

aspetto esse impediscono brogli e contestazioni, giacché le liste sono formate una volta per tutte prima e indipendentemente da ogni consultazione elettorale.

Il corpo elettorale svolge una ed una sola funzione: *votare* (secondo le modalità e nei casi previsti). Il corpo elettorale non discute collegialmente; non può scegliere da sé gli oggetti delle proprie decisioni; a parte il caso eccezionale del referendum (nel quale comunque deve limitarsi a dire sì o no), il corpo elettorale si limita a scegliere persona o liste di persone, e non può deliberare su nessun altro oggetto; non agisce in permanenza, ma saltuariamente, ad intervalli anche molto lunghi, in occasione appunto delle scadenze elettorali.

È importante sottolineare questi aspetti perché essi illustrano molto bene il carattere essenziale del corpo elettorale, che è quello di puro e semplice meccanismo tecnico-pratico per selezionare rappresentanti, e in nessun caso e per nessun aspetto quello di un reale organismo sociale, di un effettivo corpo collettivo.

-il voto: <<il voto è personale, eguale, libero e segreto. Il suo esercizio è dovere civico>>.

- i. *Personale*: il voto spetta ad ogni cittadino e non è delegabile ad altri, o comunque esercitabile da altro al posto del titolare.
- ii. *Egualità*: ogni voto conta per uno, e quindi ciascuno voto è uguale ad un altro
- iii. *Libero*: ogni patto col quale un elettore si è eventualmente impegnato a votare in un certo modo è nullo, e ogni tentativo di coartare il voto attraverso mezzi illeciti è penalmente punito.
- iv. *Segreto*: l'elettore non solo ha il diritto di votare in segreto e di non rivelare il suo voto, ma ha il dovere di tenerlo segreto. La segretezza del voto ha l'evidente scopo di garantire la libertà di voto, mettendo al riparo l'elettore da possibili ritorsioni.

## 9. I sistemi elettorali

Di fronte ad ogni corpo elettorale (=insieme degli aventi diritto al voto) sta un determinato numero di eleggibili (candidati) e di eligendi (seggi da ricoprire).

Un sistema elettorale apparentemente molto semplice e semplificato è quello che fa eleggere contemporaneamente tutti gli eligendi da tutti gli elettori scegliendoli tra tutti i candidati. Questo sistema mai praticato nelle elezioni politiche e in realtà impraticabile per 2 motivi: 1) o non c'è alcuna forza politica capace di indirizzare il voto, e allora il risultato di tale elezione è del tutto casuale, senza nessuna garanzia che gli elettori riescano ad esprimersi in modo politicamente significativo; 2) oppure, come è più ragionevole ritenere, tali forze politiche esistono (in sostanza sono i partiti), ed allora il partito di maggioranza relativa, per quanto piccola essa sia, può aggiudicarsi tutti i posti in palio. È chiaro dunque perché nascono i sistemi elettorali: essi debbono garantire un minimo di rappresentatività dell'intero corpo elettorale e, per quanto possa variare e varino molto secondo l'interesse dei gruppi dominanti che attraverso i sistemi favoriscono ora una ora l'altra componente del corpo elettorale, pure in ogni caso debbono offrire possibilità politiche comparabili ai diversi partiti in lista ed ai molti gruppi sociali.

-i collegi elettorali: tutti i sistemi elettorali che esamineremo (e sono i più frequenti) hanno in comune la caratteristica di dividere l'intero corpo elettorale in molti collegi minori assegnando a ciascuno di essi il compito di eleggere una parte degli eligendi.

In questo modo: a) si offre comunque una garanzia alle minoranze, perché queste, anche se più deboli a livello complessivo, possono risultare maggioritarie in alcuni collegi e dunque per questa via essere comunque rappresentate; b) si assicura una migliore rappresentatività, poiché ciascun collegio elegge i suoi rappresentanti i quali dunque esprimono presuntivamente interessi e bisogni del collegio che essi conoscono e dal quale sono conosciuti; c) in conseguenza si permette alle particolarità locali e sociali di essere fedelmente rappresentate: vi saranno collegi prevalentemente operai, collegi rappresentativi di minoranze religiose, o razziali....

È evidente che se chi sta al potere ha la possibilità di stabilire lui i confini dei diversi collegi, egli può: a) delimitare i collegi in modo tale che i collegi meno numerosi eleggano gli stessi eletti di collegi più numerosi, cosicché di fatto i voti del primo collegio contano di più di quelli del secondo (una distorsione dello stesso tipo si determina quando i collegi elettorali vengono determinati sulla base di censimenti ufficiali della popolazione, come avviene in Italia, cosicché, se vi sono forti migrazioni interne tra un censimento e l'altro-in Italia i censimenti vengono compiuti ogni 10 anni-alcuni collegi collocati nelle zone di emigrazione ottengono in proporzione più seggi rispetto agli altri di immigrazione). b) una diversa e corrente alterazione il legislatore può determinarla ritagliando i collegi, anche se numericamente eguali, in modo che i partiti avversari si trovino in minoranza nel maggior numero di collegi cosicché, se il sistema elettorale è maggioritario e non proporzionale, essi sono costantemente svantaggiati. Ex: dato un territorio di estensione X, immaginiamo che un partito all'opposizione sia più forte nella regione A e quello al potere più forte nella regione B dello stesso territorio: il partito al potere può dividere a metà la regione B unendo ciascuna metà ad un'altra metà della regione A in modo che esso ottenga una maggioranza in ambedue i collegi così costruiti (mentre se i collegi avessero ricalcato le originarie regioni A e B, in uno sarebbe stata maggioranza e nell'altro minoranza).

Prendiamo come criterio base, per conoscere e ordinare i diversi sistemi elettorali, quello fondato sul numero di seggi attribuiti al collegio, distinguendo anzitutto tra collegio uninominale e collegio plurinominale.

-di collegio uninominale si parla in 2 sensi collegati. In un primo significato, collegio uninominale significa collegio nel quale l'elettore può votare solo per un candidato, individuato col suo nome; in un secondo significato non solo l'elettore vota per un solo candidato, ma l'intero collegio vota solo un candidato. Dipende dai sistemi elettorali se viene eletto il candidato che ottiene la percentuale più alta di voti, quale che sia, o se viene previsto un doppio turno di votazione, con l'intesa che vince il seggio nel primo turno il candidato che ottiene una determinata percentuale (ad ex. il 50%+1), altrimenti si vota una seconda volta e vince il seggio il candidato che, nella seconda votazione, ottiene la percentuale più alta; i sistemi elettorali possono prevedere tra il 1 e il 2 turno soglie di sbarramento (per cui ad ex non possono essere votati nella seconda votazione i candidati che nel primo turno non hanno superato una determinata percentuale, o addirittura concorrono solo i primi due).

**-collegio uninominale:** nel collegio uninominale forte esiste un solo seggio in palio, e dunque ciascun candidato <<corre>> per sé solo e i partiti non hanno alcun interesse a presentare più candidati, che dividerebbero i voti favorendo gli avversari. Gli elettori a loro volta possono votare solo un nome, appunto perché uno è eleggibile. Nel sistema più conosciuto fondato sul collegio uninominale, quello britannico, viene eletto il candidato che ottiene il maggior numero di voti, anche se non raggiunge la maggioranza assoluta dei votanti in quel collegio. È un sistema che premia i partiti più forti fino al punto che un solo partito, se è maggioranza relativa in tutti i collegi, si attribuisce tutti i seggi in palio, escludendo ogni altro partito, pur avendo ottenuto in percentuale neanche il 50% dei voti. In altre parole la percentuale dei seggi ottenuti col sistema a collegio uninominale può essere enormemente superiore (o inferiore) a quella dei voti ricevuti. In generale col sistema a collegio uninominale solo i due partiti maggiori ottengono una adeguata rappresentanza: già il terzo partito, che è quasi costantemente inferiore ad ambedue i partiti contemporaneamente oppure ora all'uno ora all'altro, con questo sistema elettorale viene praticamente cancellato nelle assemblee elettive.

**-sistema proporzionale e sistema maggioritario:** assumendo come parametro il sistema proporzionale, il sistema elettorale a collegio uninominale ed elezione al primo turno con maggioranza relativa è tra i più lontani da quello proporzionale: è il più classico sistema maggioritario, che premia in seggi i partiti più forti molto al di là della loro forza numerica effettiva in voti.

Le conseguenze sorprendenti di questo sistema elettorale sono molte. Può accadere che un partito vinca le elezioni in voti e le perda in seggi, se il suo elettorato è distribuito in modo tale da essere grande maggioranza nella minoranza dei collegi. (ex. partito A prende 5600 voti e 4 seggi ma partito B ottiene 4400 voti e 6 seggi).

Una vicenda analoga può determinarsi negli USA. In questo paese la elezione del Presidente degli USA è di secondo grado: gli elettori cioè non eleggono direttamente il Presidente (e il Vicepresidente) ma eleggono dei grandi elettori, in numero determinato per ciascun Stato federale, i quali peraltro si sono impegnati preventivamente e pubblicamente a votare per quel candidato alla presidenza che ciascuno dei due maggiori partiti ha ufficialmente designato; questi grandi elettori, successivamente alla loro elezione, votano separatamente Stato per Stato senza riunirsi, per il Presidente e il Vicepresidente e dal punto di vista formale-legale sono essi ad eleggere Presidente e Vicepresidente. I grandi elettori vengono divisi per Stato, in modo che ciascuno Stato costituisce un unico collegio elettorale, e in ogni Stato la maggioranza relativa conquista tutti i seggi in palio. Nelle elezioni presidenziali americane dunque non conta nulla ottenere la maggioranza numerica dei voti nell'insieme degli Stati Uniti, conta invece ottenere la maggioranza dei voti elettorali, e cioè conquistare tanti Stati che, mettendo insieme tutti i seggi ad essi assegnati, assicurino la maggioranza dei grandi elettori.

Il collegio uninominale con elezione a maggioranza relativa è il più amato dai liberali (era prevalente nell'800 in Italia, e resta dominante in Gran Bretagna): anzitutto questo sistema mette al centro della competizione singole persone e dunque corrisponde ad una società basata sulla concorrenza tra individui; inoltre costringe gli elettori a semplificare drasticamente le scelte, imponendo loro di concentrare i voti su due, massimo 3 candidati, pena la sicura sconfitta per coloro che disperdono i voti. In tal modo prevalgono le scelte di centro, come le uniche che, in periodi non rivoluzionari, riescono a raggiungere un consenso maggioritario: vengono cioè escluse dalla rappresentanza politica tutte le forze politiche più radicali, con grande vantaggio della stabilità e della conservazione degli equilibri già esistenti.

Ovviamente entro il sistema del collegio uninominale vi sono molte varianti, oltre quella attuata in Gran Bretagna. Vale la pena ricordare il sistema a doppio turno, a lungo praticato in Francia. A differenza del sistema inglese, nel primo turno viene eletto solo il candidato che ha ottenuto la maggioranza assoluta dei voti validi. Poiché si tratta di un quorum altissimo, mentre in Francia i partiti a somiglianza che in Italia sono molti, pochi candidati di regola ottengono tale risultato. È necessario dunque ricorrere ad un secondo turno di elezioni, che si svolge una settimana dopo il primo e nel quale vince il seggio in palio il candidato che ottiene la maggioranza relativa. In tal modo i partiti sono scoraggiati dal presentarsi al primo turno, ed anzi si presentano tutti per saggiare le rispettive forze; nel secondo turno invece i partiti vengono spinti a fare blocco per non disperdere voti, ed in generale, col ritiro di tutti i candidati meno due, si creano due blocchi, uno di destra ed uno di sinistra. Il sistema a doppio turno rappresenta un compromesso, per cui il primo turno serve a tutelare la pluralità dei partiti e ad impedire la riduzione del sistema del bipartitismo tipico della Gran Bretagna, il secondo turno invece serve a garantire un premio ai partiti più forti e a semplificare a due blocchi la competizione elettorale.

**-il collegio plurinominale:** nel collegio plurinominale vi sono più seggi da assegnare e quindi più candidati da eleggere. Se ogni elettore può votare tanti candidati quanti sono i seggi in palio o comunque la metà più uno, il partito di maggioranza può riuscire col blocco di voti a far eleggere solo suoi candidati, escludendo tutte le minoranze; se, all'inverso ogni elettore può eleggere solo un numero di candidati inferiore alla metà degli eleggibili, allora si corre il rischio opposto che vi sia una frantumazione dei voti per cui il risultato finale e complessivo diventa del tutto casuale ed arbitrario. Questo spiega perché dunque dominano i partiti, e quindi tutte le elezioni politiche di tutti i paesi democratici, se esiste un sistema elettorale a collegio plurinominale. Questo è un collegio plurinominale di lista.

**-il collegio plurinominale di lista:** il collegio plurinominale di lista è quello in cui concorrono alla ripartizione dei seggi elettorali liste di candidati, cosicché i seggi vengono assegnati anzitutto alle liste, secondo i meccanismi che diremo, e poi questi seggi così assegnati alle liste, vengono successivamente assegnati alle singole persone entro la lista, secondo criteri che diremo. Dunque in questo sistema: a) ci si candida se si viene accettati da una lista, e cioè in pratica se un partito nel presentare la sua lista accetta di inserire una certa persona in quella lista; b) l'elettore vota anzitutto la lista, identificata da un contrassegno: solo se vuole\*<sup>1</sup>, l'elettore vota anche singole persone elencate nella lista.

Secondo quale criterio vengono divisi tra le diverse liste in concorrenza i seggi assegnati al collegio? La distinzione principale è tra *sistema proporzionale* e *sistema maggioritario* (cosicché per brevità si parla di sistema proporzionale di lista e sistema maggioritario di lista).

**-sistema proporzionale di lista:** si ha quando i seggi vengono divisi tra le liste in proporzione ai voti ricevuti da ciascuna lista. Quindi se una lista ha ottenuto il 40% dei voti otterrà il 40% dei seggi attribuiti al collegio, se un'altra ha ottenuto il 20% dei voti avrà il 20% dei seggi, e così via. Naturalmente è quasi impossibile che da tale divisione non nascano dei resti, così nasce il problema della divisione dei resti.

- a) Meccanismo dei maggiori resti: è il meccanismo più semplice: dati i seggi non assegnati a causa dei resti, essi vengono assegnati alle liste che hanno ottenuto i resti maggiori, fino ad esaurimento.
- b) meccanismo della correzione del quoziente, aumentando artificialmente il divisore: meccanismo che veniva utilizzato per la elezione della Camera dei deputati prima della riforma del 1993. Se i seggi da assegnare sono 20, si finge che essi siano 22 (correzione a +2, in gergo) o 23 (correzione a +3) o altra cifra ancora; in tal modo il quoziente elettorale\*<sup>2</sup>, e cioè il numero di voti necessari per conquistare un seggio, diventa più piccolo, e quindi è compreso un numero di volte maggiore nella cifra elettorale di ciascun partito, diminuendo per conseguenza il numero dei seggi non assegnati a causa dei resti.

\*<sup>1</sup>: *e se è previsto dalle norme: vi sono casi nei quali la legge ammette solo la lista bloccata, che non ammette voti di preferenza e quindi costringe l'elettore a votare la lista in blocco, con la conseguenza che vengono eletti i candidati nella lista secondo l'ordine di presentazione fino ad esaurimento dei seggi assegnati alla lista: così era previsto nelle leggi elettorali del 2005 per Camera e Senato, prima che la Corte costituzionale con la sentenza n.1 del 2014 dichiarasse incostituzionale questa disciplina stabilendo che nelle liste previste vi sia almeno una preferenza; però la decisione della Corte è appunto confusa, perché mentre è certa la dichiarazione di incostituzionalità per la specifica disposizione oggetto di giudizio, la Corte sembra ammettere liste bloccate se si danno altre ipotesi (in particolare se la lista è composta da pochi nomi).*

\*<sup>2</sup>: *il quoziente elettorale si ottiene dividendo il numero dei voti dell'intero collegio per il numero dei seggi, e sta a significare il numero dei voti necessari per vincere un seggio. Per sapere quanti seggi ha vinto una lista: cifra elettorale della lista (=n. voti ricevuti dalla lista)/ quoziente elettorale (=n. voti necessario per vincere un seggio).*

- c) Meccanismo d'Hondt: poiché esso è il più comune nei sistemi elettorali praticati oggi in Italia, conviene descriverlo nell'essenziale. Si presuppone che più candidati in diversi collegi uninominali, seguendo le prescrizioni della legge, si siano collegati tra di loro prima delle elezioni, e che siano stati sommati i voti ottenuti dai diversi gruppi di candidati collegati. Ogni cifra elettorale di ciascun gruppo di candidati viene divisa per 1, per 2, per 3.....fino al numero corrispondente al totale dei seggi da assegnare. Si ottengono in tal modo, per ciascun collegamento, tanti quozienti quanti sono i seggi da assegnare. Si collocano poi in ordine decrescente tutti i quozienti di tutti i collegamenti

così ottenuti e si assegnano i seggi in ordine decrescente fino ad esaurimento. Vedi ex. pag 346.

Un'altra profonda distorsione, molto praticata in diversi paesi, viene prodotta dalla regola per cui le liste che restano al di sotto di una predeterminata percentuale (c.d. quorum) non ottengono nessun seggio. Questa regola si traduce in un premio alle liste che superano il quorum elettorale, perché esse automaticamente ottengono una rappresentanza in seggi superiore alla percentuale di voti. Se ad ex. il quorum è fissato al 5% dei voti validi, come nella Repubblica federale tedesca (il limite è altissimo, come si dimostra riflettendo che esso, se applicato in Italia, avrebbe ridotto i partiti italiani presenti in Parlamento a 4 sulla base dei risultati elettorali del 1987) e se 4 liste non raggiungono questo limite e però tutte insieme ottengono in ipotesi il 18% dei voti, i seggi corrispondenti a questo 18% vengono assegnati alle altre liste, con un grande scostamento dalla proporzionale.

In definitiva, sia attraverso meccanismi di utilizzo dei resti che premiano i partiti maggiori sia attraverso la fissazione di quorum minimi per concorrere alla ripartizione dei seggi, il sistema proporzionale può trasformarsi gradualmente in uno dei tanti sistemi maggioritari, cioè in un sistema che premia in seggi oltre il rapporto proporzionale i partiti che ottengono più voti rispetto ad altri partiti.

**-i sistemi maggioritari:** sistemi maggioritari sono quelli previsti in Italia per la elezione dei Consigli Comunali e per la elezione diretta dei sindaci dei Comuni sotto i 15 mila abitanti; un sistema maggioritario a doppio turno è quello previsto per la elezione diretta dei Sindaci nei Comuni al di sopra dei 15 mila abitanti.

Un tentativo di un sistema maggioritario rimasto famoso nella storia repubblicana è quello ricordato sotto il nome di <<legge truffa>>: un sistema elettorale applicato nelle elezioni politiche del 1953 (e poi abrogato) secondo cui la lista (o blocco di liste che avessero dichiarato preventivamente di volersi collegare) che avesse ottenuto il 50,1% dei voti avrebbe ottenuto un premio in seggi a danno delle altre liste. Il blocco centrista non riuscì a raggiungere il quorum, e quindi il premio non scattò, applicandosi la proporzionale. (legge truffa--> L n.148/1953, abrogata nel 1954).

Questa vicenda fu possibile perché la Costituzione non impone un determinato sistema elettorale, ma demanda la questione alla legge (**artt. 48 e 72**). (vedi commento Rescigno pp347-348)

## 7. Elettorato attivo e passivo, ineleggibilità, incandidabilità, incompatibilità, le pari opportunità tra donne e uomini

**-eletturato attivo:** diritto di partecipare alle elezioni come votanti e l'insieme dei requisiti necessari e sufficienti per essere elettori in quel determinato tipo di elezioni. Così in Italia l'eletturato attivo rispetto alla Camera dei deputati spetta a tutti i cittadini (e quindi non solo agli stranieri e agli apolidi) che abbiano compiuto la maggiore età (oggi 18 anni) e non rientrino in quelle poche categorie di esclusi da tale diritto secondo Costituzione e secondo le leggi applicative della Costituzione (art. 48 Cost: **I diritto di voto non può essere limitato se non per incapacità civile o per effetto di sentenza penale irrevocabile o nei casi di indegnità morale indicati dalla legge**); rispetto al Senato spetta a tutti i cittadini che abbiano compiuto i 25 anni di età e ugualmente non rientrino nelle categorie prima citate.

**-eletturato passivo:** è il diritto ad essere candidati (e quindi ad essere eletti) nelle competizioni elettorali e perciò comprende l'insieme dei requisiti necessari e sufficienti per essere candidati in quel tipo di elezioni. Così rispetto alla Camera dei deputati l'eletturato passivo spetta a tutti i cittadini che abbiano compiuto 25 anni e non rientrino in quelle categorie di soggetti che la

legge dichiara ineleggibili; rispetto al Senato spetta a tutti i cittadini che abbiano compiuto il 40° anno di età ed ugualmente non rientrino nelle categorie ora dette.

**-ineleggibilità:** è la mancanza di elettorato passivo, con cui si designa appunto quella situazione per cui un determinato soggetto non può essere eletto in quel determinato tipo di elezioni, cosicché, se egli viene comunque eletto nei fatti, la sua elezione è nulla e tale va dichiarata dagli organi a cui è dato il compito di accertare la validità delle elezioni.

**-incandidabilità:** è una specie particolare di ineleggibilità, è stata introdotta di recente al fine di impedire in radice che venga votata una persona che secondo la legge non può ricoprire una specifica carica elettiva: infatti viene previsto che nei casi indicati dalla legge la persona incandidabile venga tolta dalla lista prima delle votazioni.

**-incompatibilità:** designa quella situazione in cui una medesima persona non può ricoprire contemporaneamente due cariche, cosicché deve scegliere fra di esse e se non lo fa è lo stesso ordinamento che sceglie al suo posto. Come si vede, la incompatibilità non impedisce affatto la regolare elezione ad una carica: impone solo, se si è eletti, di scegliere fra la nuova e la precedente carica già ricoperta. Così la Costituzione stabilisce che sono incompatibili la carica di deputato e senatore (**art. 65**), di membri del Parlamento e membri del CSM (**art 104**). La maggior parte dei casi di incompatibilità sono previsti da leggi ordinarie.

Per quanto riguarda sia elettorato attivo che passivo è necessario ricordare che la **legge costituzionale n.1 del 2003** ha integrato l'**articolo 51 della Costituzione** aggiungendo alle parole: <<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 frase: << a tal fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra uomini e donne>>. Poco prima la legge costituzionale n.3 del 2001 aveva introdotto il nuovo comma 7 dell'articolo 117 secondo cui << 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 uomini e donne alle cariche elettive.

## 8. Riassunto dei diversi casi di partecipazione

### 1) PARTECIPAZIONE ALLE ELEZIONI POLITICHE:

#### 1) per la scelta dei membri di assemblee rappresentative:

- 1.1 elezione dei membri delle due Camere
- 1.2 dei Consigli regionali
- 1.3 dei Consigli comunali
- 1.4 dei consigli circoscrizionali

#### 2) vi sono casi poi in cui al corpo elettorale viene demandata l'elezione diretta dei capi degli esecutivi

- 2.1 elezione diretta del Sindaco
- 2.2 elezione diretta del Presidente della Regione in quelle regioni ordinarie che hanno confermato negli statuti l'elezione prevista transitoriamente per le elezioni del 2000 dalla l.cost 1/99 (oggi tutti tranne Valle d'Aosta che ha attribuito al Consiglio regionale l'elezione del Presidente della regione)

### 3) PARTECIPAZIONE AL REFERENDUM, che si dividono in:

- 3.1 referendum statali
- 3.2 referendum regionali
- 3.3 referendum comunali

Quelli statali a loro volta si dividono in: abrogativi, approvativi di leggi costituzionali, per le variazioni territoriali delle Regioni

Per quelli regionali e comunali (fatti salvi i principi costituzionali, così ad ex: poiché la Costituzione attribuisce la potestà legislativa al Consiglio regionale, lo statuto regionale non potrebbe demandare l'approvazione di qualche legge al referendum; a livello comunale, poiché spetta alla legge dello Stato individuare gli organi di governo, non potrebbe lo Statuto diminuire i poteri di questi organi di governo, neppure mediante referendum) bisogna rinviare ai diversi statuti.

#### 4) INIZIATIVE POPOLARI VERSO LE ASSEMBLEE RAPPRESENTATIVE

4.1 legislative, che si dividono a loro volta in: statali (mediante almeno 50.000 elettori) e regionali (rinvio agli statuti regionali)

4.2 per il referendum abrogativo (almeno 500.000 elettori)

4.3 per il referendum approvativo di leggi costituzionali (almeno 500.000 elettori)

4.4 per i referendum regionali (rinvio agli statuti)

4.5 petizioni (alle Camere, ai Consigli regionali)

4.6 per i referendum comunali

#### 5) PARTECIPAZIONE ALLO SVOLGIMENTO DI FUNZIONI E ATTIVITA' PUBBLICHE

5.1 partecipazione alla funzione giurisdizionale (giudici popolari delle Corti d'Assise; notare che essi vengono estratti a sorte da elenchi di persone che hanno determinati requisiti di istruzione)

5.2 alla gestione delle scuole (consigli scolastici)

5.3 consultori familiari

5.4 partecipazione mediante associazioni di volontariato alla assistenza e beneficenza e alla assistenza sanitaria

#### 6) PARTECIPAZIONE INDIRETTA ALLO SVOLGIMENTO DI FUNZIONI ED ATTIVITA' PUBBLICHE

Si tratta di casi in cui la partecipazione non è immediata ma mediata, o attraverso assemblee rappresentative o attraverso i partiti, sindacati, gruppi in generale. Ricordiamo i numerosi casi in cui Regioni, Province e Comuni nominano propri rappresentanti entro collegi di altri enti. In questi casi quasi sempre i soggetti decisionali sono i partiti, e quindi potremmo chiamare questa partecipazione, partecipazione indiretta attraverso i partiti

#### 7) PARTECIPAZIONE A PROCEDIMENTI AMMINISTRATIVI

La legge 241/1990 ha previsto in via generale il diritto degli interessati a partecipare ai procedimenti amministrativi.

#### 8) PARTECIPAZIONE DEL PERSONALE A ORGANI DECISIONALI E CONSULATIVI DELLE STRUTTURE A CUI APPARTENGONO

Rientrano in questo tipo i casi sempre più numerosi di elezioni di propri rappresentanti entro organi decisionali o consultivi di strutture pubbliche da parte di dipendenti di tali organismi.

Ricordiamo qualche esempio:

8.1: la elezione nei consigli scolastici da parte del personale docente e non docente (a cui vanno aggiunti gli eletti dagli studenti e dai genitori)

8.2: la elezione dei propri rappresentanti nei consigli di amministrazione delle Università da parte del personale docente e non docente

8.3: la elezione di propri rappresentanti ai diversi livelli da parte delle diverse categorie nelle Forze armate

8.4: lo stesso nella polizia di stato

## 9) AUTOGESTIONE E GESTIONE SOCIALE

Facciamo qui rientrare casi n cui si afferma il criterio guida di affidare direttamente agli interessati la gestione di strutture pubbliche o semipubbliche.



## **CAP 11: IL PARLAMENTO**

I nomi specifici degli organi che compongono il Parlamento italiano sono Camera dei deputati e Senato; il nome di quelli inglesi sono Camera dei Comuni e Camera dei Lords; in Germania federali Bundestag e Bundesrat; in Francia Assemblée nazionale e Senato, in USA Camera dei rappresentanti e Senato che insieme formano il Congresso. Il Parlamento è il nome unico che designa questo centro unitario di potere. Deriva dal verbo parlamentare=accordarsi sulle questioni più importanti.

In Italia la parola Parlamento non designa uno specifico soggetto, ma un centro di potere e attività congiuntamente esercitati da due soggetti distinti: Camera dei deputati e Senato. Il parlamento può essere composto dunque da uno o due organi: e più un particolare è *monocamerale* o *bicamerale*. In ogni caso però il Parlamento è un soggetto collettivo, un organo collegiale, cioè un organo che decide attraverso la discussione e la votazione di più persone riunite insieme (non ha senso il parlamento composto da 1 persona: poiché esso deve essere rappresentativo, non può esserlo se non vi sono molte persone che esprimono le diversità della collettività organizzata); in ogni caso il Parlamento è un corpo collettivo. La caratteristica più importante è di essere un organo rappresentativo (anzi, in Italia, l'unico organo direttamente rappresentativo a livello nazionale, perché direttamente eletto da tutto il popolo).

Il Parlamento è l'espressione maggiore e più significativa della rappresentanza politica: è rappresentativo dell'intero popolo italiano.

Notare che tra elettività e rappresentanza non vi è necessaria coincidenza: un organo può essere elettivo, ma non rappresentativo dei suoi elettori (ex. papa è eletto dai cardinali ma non è il loro rappresentante); all'inverso un organo può considerarsi ed essere considerato rappresentativo, senza essere eletto dai rappresentanti, né direttamente né indirettamente. Altra caratteristica importante del Parlamento italiano è che i suoi membri non possono essere revocati ed ogni eventuale patto o promessa da essi sottoscritta non produce alcuna conseguenza giuridica: in altre parole, vige il *divieto di mandato imperativo*. Notare che tale divieto è prescritto in Costituzione per i parlamentari, ma non per i membri delle altre assemblee rappresentative (consigli regionali e comunali). Oggi la regola si applica anche ad essi, ma la Costituzione non vieta che tale regola venga modificata per queste altre assemblee rappresentative.

-la pubblicità dei lavori in Parlamento: un'altra caratteristica costante dei parlamenti, che è conseguenza della loro storia e della loro natura, sta nel fatto che essi discutono e decidono in pubblico. Il fatto che l'ingresso delle Camere è disciplinato dalle stesse, è un'ovvia misura politica dato il numero ristretto dei posti disponibili. Nella nostra Costituzione è previsto che le Camere possano discutere e deliberare in segreto (**art. 64 Cost**) ma sia la Costituzione che la pratica configurano questo caso come eccezionale.

-bicameralismo perfetto ed imperfetto:

- *bicameralismo perfetto*= si ha quando i due organi del Parlamento hanno esattamente gli stessi poteri e quindi si trovano su un piano di assoluta parità. Tale è oggi il caso del Parlamento italiano, in cui Camera e Senato non si distinguono in nulla quanto ai poteri che essi hanno.
- *Bicameralismo imperfetto*=si ha quando una Camera non ha gli stessi poteri dell'altra ma l'una può compiere atti e raggiungere risultati che l'altra non può compiere o raggiungere. Tale era la situazione del Parlamento italiano sotto lo statuto albertino (in cui il Senato non poteva dare la sfiducia al Governo e non aveva iniziativa legislativa in materia di leggi tributarie e di bilancio); tale oggi la situazione in Gran Bretagna in cui la Camera dei Lords non ha più quasi alcun potere legislativo, e tutt'al più può imporre ai Comuni il riesame di una legge, che però, se approvata, è perfetta senza bisogno di approvazione di essi.

## 2. Il sistema elettorale della Camera dei deputati

La **legge cost n.1/2020** ha modificato l'**articolo 56 Cost** e prevede che i componenti della Camera dei deputati siano 400. La stessa Costituzione prevede che i cittadini italiani residenti all'estero abbiano diritto ad eleggere 8 rappresentanti in una specifica circoscrizione chiamata appunto Estero, cosicché i deputati che vengono eletti in Italia diventano 392.

Gli elettori non eleggono direttamente tutti i 400 deputati: col fine di permettere una rappresentazione politica del popolo che tenga conto delle differenze tra i diversi territori, la Costituzione esige che il territorio italiano venga diviso in circoscrizioni e che ciascuna circoscrizione elegga un numero di deputati proporzionale alla popolazione quale risulta dall'ultimo censimento generale. In tal modo gli elettori residenti in una circoscrizione votano soltanto per i seggi attribuiti ad essa.

La legge elettorale vigente è la **legge 165 del 2017**, come modificata dalla legge n.51 del 2019; da notare che questa seconda legge, approvata mentre era in corso il procedimento di revisione costituzionale per la riduzione del numero dei parlamentari (conclusosi poi con la legge cost n.1 del 2020), non incide sul sistema elettorale definito dalla prima, ma l'ha reso applicabile qualsiasi fosse diventato quel numero (eliminando la legge n.165 ogni riferimento a numeri fissi e sostituendoli a rapporti frazionari).

La prima fondamentale caratteristica di tali leggi è una mescolanza tra un criterio essenzialmente proporzionale maggioritario, con prevalenza dei seggi attribuiti mediante criterio proporzionale. Così i 3/8 dei seggi (147) vengono attribuiti mediante collegi uninominali, per cui vince il seggio il candidato che ottiene più voti (è un classico sistema maggioritario perché solo uno vince e gli altri non ottengono nulla; questo meccanismo implica necessariamente che ciascuna circoscrizione venga a sua volta divisa in tanti collegi uninominali quanti sono i seggi uninominali ad essa attribuiti); tutti gli altri seggi vengono assegnati a liste o coalizioni di liste in proporzione ai voti che esse hanno ricevuto in collegi plurinominali (collegi cioè nei quali diverse liste di candidati concorrono per dividersi i deputati attribuiti dalla legge al collegio). Quindi una volta stabilito quante sono e come sono delimitate le circoscrizioni e quanti seggi complessivamente (sia uninominali che proporzionali) spettano a ciascuna circoscrizione, è necessario delimitare entro ciascuna circoscrizione sia i collegi uninominali sia quelli plurinominali, necessità alle quali ha provveduto il recente **d. lgs. 177/2020**.

I collegi uninominali devono avere in principio lo stesso numero di abitanti, salvo le variazioni in più o in meno per ragioni pratiche ovvie (non si può dividere a metà una abitazione o un quartiere, la legge vigente ammette uno scarto non superiore e non inferiore al 20% rispetto al numero esatto secondo i calcoli statistici); quelli plurinominali debbono avere un numero di seggi proporzionale al numero degli abitanti (la legge ammette uno scarto uguale a quello precedente).

La seconda caratteristica significativa della legge è che essa attribuisce a ciascun elettore un solo voto che vale contemporaneamente per il collegio uninominale nel quale vota l'elettore e per quello plurinominali del quale fa parte il collegio uninominale nel quale vota l'elettore.

La legge prevede che l'elettore riceva una sola scheda e che su questa scheda compaiano contemporaneamente, in spazi ovviamente diversi e chiaramente distinti, sia i nomi dei candidati per il seggio uninominale, tra i quali l'elettore sceglierà quello (uno soltanto) che preferisce mediante un segno inequivocabile tracciato su tale norma, sia le liste dei candidati che concorrono per la quota proporzionale, ciascuna accompagnata da un simbolo che la individua, tra le quali l'elettore sceglierà una soltanto, purché collegata con il candidato del collegio uninominale scelto dall'elettore.

Dato il numero dei collegi proporzionali e di quelli plurinominali, le liste dei candidati nei collegi plurinominali risulteranno molto corte (la legge prescrive sia il numero minimo e massimo di seggi attribuibili ai collegi plurinominali, sia il numero minimo e massimo di candidati che

ciascuna lista deve avere, pena la non ammissione). Questo favorisce una terza caratteristica della legge: non sono ammesse le preferenze, l'elettore non può scegliere uno o più candidati che preferisce entro la lista, la selezione dei candidati vittoriosi viene determinata dall'ordine che i presentatori hanno imposto alla lista: se i seggi vinti sono due, vincono il seggio i primi due, e così via ad esaurimento dei seggi vinti. La legge peraltro esige che nell'ordine della lista vi sia un'alternanza tra i generi: se il primo candidato è un maschio, il secondo deve essere donna e così via per tutta la lista.

Nel procedimento elettorale vi sono 3 momenti distinti:

- 1) Presentazione dei candidati
- 2) Voto
- 3) Computo dei voti e applicazione dei criteri in base alla quale i voti si traducono in saggi, con conseguente proclamazione degli eletti.

Stabilito il quadro delle circoscrizioni e dei collegi uninominali e plurinominali, i partiti o gruppi di elettori (nel numero prefissato dalla legge) possono presentare candidati nei collegi uninominali e liste di candidati nei collegi plurinominali collegate col candidato uninominale, con le seguenti limitazioni: 1) non è possibile presentare un candidato nel collegio uninominale senza collegarlo con la lista o una coalizione di liste nel collegio plurinominali del quale fa parte il collegio uninominale, e viceversa; 2) nelle circoscrizioni non sono ammesse liste o coalizioni di liste che non si presentano in almeno due terzi dei collegi plurinominali della loro circoscrizione; 3) una volta stabilite le coalizioni, questa è unica per tutto il territorio italiano. 4) le liste dei collegi plurinominali contengono candidati non inferiori alla metà e non superiori al numero dei seggi attribuiti al collegio e sono liste bloccate, per cui ai fini della elezione conta l'ordine imposto dai presentatori; 5) un candidato può presentarsi in un solo collegio uninominale, ma può aggiungere a questa candidatura quella in 4 collegi plurinominali; un candidato che non si presenta in un collegio uninominale può essere presente in 4 collegi plurinominali.

Stabilito il quadro delle candidature, l'elettore può votare. Sulla scheda sono stampati tanti rettangoli quanti sono i candidati nel collegio uninominale; ciascun candidato, individuato dal nome, è accompagnato o da una sola lista di candidati per il collegio plurinominali, oppure da più liste di candidati se il candidato uninominale viene sostenuto da una coalizione ed è la coalizione che concorre alla ripartizione dei seggi proporzionali nel collegio plurinominali; in questo secondo caso in ciascun rettangolo grande prima ricordato figurano rettangoli minori che contengono le liste delle coalizioni con i rispettivi simboli di ciascuna.

L'elettore non può scegliere un candidato uninominale e una lista per il collegio plurinominali non collegata con il primo. Si danno così i seguenti casi principali:

- a) L'elettore vota un candidato del collegio uninominale (se ne vota più di uno per il collegio uninominale è nullo) e vota la singola lista o una delle liste della coalizione legate al candidato uninominale;
- b) L'elettore vota il candidato uninominale ma non si esprime sulla singola lista o su una delle liste della coalizione collegata: il voto espresso si estende automaticamente alla singola lista collegata ma anche a tutte le liste della coalizione collegata; in questo caso il voto resta ovviamente uno, e si ripartisce tra le liste coalizzate, usando come criterio la proporzione che ciascuna lista della coalizione ha ricevuto direttamente nel collegio proporzionale: si fa il conteggio di tutti i voti validi per il collegio uninominale privi però del voto per una lista della coalizione collegata, e questi voti vengono ripartiti tra le liste della coalizione in proporzione ai voti che esse hanno ricevuto espressamente e direttamente entro il collegio proporzionale
- c) L'elettore vota una lista (se ne vota due il suo voto è nullo) e non esprime voto sul candidato uninominale collegato: il voto dato alla lista si estende automaticamente al candidato uninominale collegato.

Terminati gli scrutini, vi saranno da un lato i voti ottenuti dai singoli candidati in ciascun collegio uninominale, con la conseguenza che vince il seggio in palio colui che ha ottenuto più voti, e dall'altro lato vi saranno i voti ottenuti per i seggi proporzionali o da liste singoli che si sono presentate da sole oppure da coalizioni, e dentro le coalizioni vi saranno i voti ottenuti da ciascuna lista coalizzata.

La cosa più importante da ricordare è che i conteggi vanno fatti o a livello di circoscrizione o a livello nazionale ed è a livello nazionale che scattano le soglie di sbarramento: un partito (o gruppo di elettori col proprio simbolo) che si è presentato da solo ottiene seggi solo se supera il 3% dei voti validi; una coalizione non ottiene seggi come coalizione se non supera il 10% dei voti validi e se almeno uno dei partiti coalizzati non ha superato il 3%; se la coalizione ha ottenuto seggi, questi vengono ripartiti tra i singoli partiti coalizzati in proporzione ai voti ricevuti da ciascuno.

### 3. Il sistema elettorale del Senato della Repubblica

La Costituzione prescrive oggi che il Senato della Repubblica sia composto di 200 senatori, 4 dei quali eletti nella circoscrizione Estero. I restanti senatori sono eletti su base regionale, l'equivalente delle circoscrizioni previste per la Camera dei deputati: in altre parole gli elettori non eleggono tutti i senatori, ma soltanto quelli attribuiti alla regione. Però la Costituzione (**art 57**, terzo comma) esige che nessuna regione (o provincia autonoma) abbia un numero di senatori inferiori a 3, tranne il Molise che ne ha due e la Valle d'Aosta che ne ha uno.

Purchè vengano rispettati questi minimi, la ripartizione tra le regioni viene fatta in proporzione al numero degli abitanti quale risulta dall'ultimo censimento nazionale. In particolare, considerando i numeri e le regole specifiche per la Valle d'Aosta, Trentino e Molise (che risultano avere assegnati rispettivamente 1, 6 e 2 seggi in Senato), la legislazione vigente prevede un numero totale di collegi plurinominali pari a 74 (ovvero i 3/8) e tanti collegi plurinominali quanti sono necessari per eleggere i restanti senatori (fino ad arrivare a 196, ai quali vanno aggiunti 4 senatori eletti nella circoscrizione Estero). Con decreto legislativo dunque (ad oggi, il **d.lgs n.177 del 2020**), come nel caso della Camera dei deputati, vanno individuati anzitutto i seggi spettanti complessivamente a ciascuna regione e poi i collegi uninominali e plurinominali entro ciascuna regione, e per quelli plurinominali il numero di seggi ad essi attribuiti.

Le regole sulla presentazione delle candidature, sull'unica scheda che riceve l'elettore, sulle regole alle quali l'elettore deve attenersi nel voto affinché sia valido, sul conteggio sia valido, sono le medesime o analoghe a quelle della Camera. La soglia di sbarramento è in parte diversa: per le coalizioni resta lo sbarramento al 10% purchè una lista entro la coalizione abbia raggiunto il 3% a livello nazionale, ma ottiene voti anche una coalizione che abbia superato il 10% purchè in una regione almeno una lista della coalizione abbia raggiunto il 20% dei voti validi; egualmente per le singole liste, non collegate, vale il criterio o del 3% a livello nazionale o del 20% almeno in una regione.

### 4. Lo status di parlamentare

Non appena eletto e fino a che non cessa la sua carica per una qualsiasi causa ammessa dalla Costituzione e da leggi conformi a Costituzione, il parlamentare gode di un particolare status, e cioè di una situazione propria solo dei parlamentari, in forza della quale essi sono soggetti a specifici doveri e hanno particolari diritti interni alla carica, e più in generale sono soggetti ad un regime giuridico in parte diverso da quello proprio di tutti gli altri soggetti dell'ordinamento.

Si parla in particolari delle c.d *immunità parlamentari*: particolari garanzie disposte direttamente in Costituzione a tutela della libertà parlamentare e delle sue funzioni.

Si chiamano immunità e o non privilegi perché esse non sono concesse a vantaggio dell'individuo ma della sua funzione. I privilegi sono rinunciabili (appunto perché si tratta di un vantaggio privato), le immunità non sono rinunciabili (appunto perché si tratta di un vantaggio dato non all'individuo, ma all'individuo in quanto svolge una funzione pubblica, e quindi nell'interesse pubblico). Quando si legge sui giornali che «il deputato X ha rinunciato alla immunità parlamentare» bisogna intendere questa dichiarazione come un atto politico, del tutto inefficace giuridicamente. Il deputato, a fini politici, da sapere pubblicamente che intende rinunciare alla garanzia costituzionale, ma la decisione sul punto spetta esclusivamente alla camera.

Anche dopo la **legge costituzionale 29 ottobre 1993, n.3**, bisogna distinguere tra due tipi di immunità, una di ordine sostanziale e una di ordine procedurale. L' **art 68** dispone «I membri del Parlamento non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni.» Dunque, qualunque cosa dice e qualunque decisione adotti nell'esercizio delle sue funzioni, il parlamentare non è soggetto a nessuna sanzione. Fuori dalle Camere il parlamentare non può essere incriminato penalmente o processato civilmente o comunque perseguito per quello che ha detto e deciso entro le Camere. Questa regola dunque riguarda non il modo di accertare i fatti, ma i fatti in sé e per sé e per questo si chiama sostanziale. La conseguenza più importante di questa caratterizzazione sta nel fatto che il parlamentare non è perseguibile non solo mentre è parlamentare, ma per sempre, anche quando non lo è più.

**Commento Rescigno sulle immunità parlamentari:** da alcuni anni si moltiplicano i casi di conflitto tra i giudici, i quali ritengono che alcune opinioni dei parlamentari siano state espresse fuori dell'esercizio delle funzioni, e quindi perseguibili se reati, e le Camere, che invece le ritengono coperte dalla immunità sostanziale; questi conflitti sono giunti spesso davanti alla Corte Costituzionale, che in generale, negli ultimi anni, ha dato ragione ai giudici e torto alle Camere; per questa ragione il Parlamento ha approvato **l'articolo 3 della legge 140/2003** che pretende di imporre una definizione legale di «opinioni espresse nell'esercizio delle funzioni»; poiché si tratta di una legge ordinaria, essa, a mio avviso, è incostituzionale. (*articolo 3, comma 1, L140/2003: «Non possono essere sottoposti a processi penali, per qualsiasi reato anche riguardante fatti antecedenti l'assunzione della carica o della funzione, fino alla cessazione delle medesime: il Presidente della Repubblica, salvo quanto previsto dall'articolo 90 della Costituzione, il Presidente del Senato della Repubblica, il Presidente della Camera dei deputati, il Presidente del Consiglio dei ministri, salvo quanto previsto dall'articolo 96 della Costituzione, il Presidente della Corte costituzionale.»*). La Corte Costituzionale, con la **sentenza n.120/2004**, ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità sollevata nei confronti del primo comma dell'art 3: lo ha fatto però con una sentenza interpretativa di rigetto, cioè una sentenza, cioè una sentenza che apparentemente respinge la questione, ma in buona sostanza la accoglie, perché la Corte ha sostenuto che il testo del comma 1 dell'articolo 3, L140/2003 va interpretato alla luce della precedente giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale per le opinioni espresse al di fuori dal Parlamento ammetteva (ed ha fin qui ammesso) l'immunità solo se tali opinioni erano riprodotte all'esterno di dichiarazioni fatte all'interno delle Camere nell'esercizio di attività parlamentari.

Quali che siano le ragioni che hanno indotto la Corte a questo tipo di decisione, resta il fatto che il testo del comma 1 dell'art 3 è totalmente diverso dalla «interpretazione» che ne dà la Corte (per capire la differenza: nel testo della legge eventuali ingiurie pronunciate da un parlamentare in un comizio politico sono coperte dalla immunità; nella interpretazione della Corte l'immunità sussiste solo se esiste un «nesso funzionale» con le attività di parlamentare: se ad ex. nel comizio il parlamentare ripete affermazioni fatte in un dibattito parlamentare).

**-immunità procedurali:** prosegue l'articolo 68 «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, ovvero se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Analoga autorizzazione è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza.>>. Prima della riforma, l'immunità era più ampia e riguardava il processo penale: il parlamentare non poteva essere processato penalmente se prima la camera alla quale apparteneva non aveva concesso l'autorizzazione. L'istituto aveva consentito abusi sempre più scandalosi ed intollerabili. Di fronte alla crescente indignazione pubblica, finalmente il Parlamento, con la **legge costituzionale n.3/93** ha abolito questa immunità: da ora in poi i parlamentari possono essere incriminati e processati penalmente dai giudici come qualsiasi altra persona.

(vedi p.361 su motivo per cui era stata creata questa immunità). Restano invece le altre immunità di ordine processuale a tutela della libertà e delle funzioni del parlamentare. Sarebbe grave se i parlamentari, rappresentanti del popolo, non potessero agire liberamente, e quindi svolgere la funzione per la quale sono stati eletti dal popolo, a causa della decisione di un altro potere dello Stato, decisione che viene presa ed eseguita prima dell'accertamento definitivo dei fatti, e che quindi uò rivelarsi retrospettivamente infondata. Si spiega in tal modo perché tale autorizzazione non è richiesta se il parlamentare è stato condannato *definitivamente* oppure se egli è stato colto nell'atto di commettere un delitto per il quale la legge prevede l'arresto obbligatorio: nell'uno e nell'altro caso o vi è un accertamento definitivo dei fatti oppure ricorre la prova provata dell'illecito penale commesso, e dunque vengono meno le ragioni che giustificano in altri casi l'autorizzazione a procedere.

-**l'indennità ai parlamentari**: ai parlamentari viene corrisposta una indennità in denaro stabilita dalla legge ( e cioè dallo stesso Parlamento) (vedi p.361 su origine della indennità).

## 5. Durata e scioglimento delle Camere

Ciascuna camera secondo Costituzione dura normalmente 5 anni (originariamente il Senato durava secondo Costituzione 6 anni: la regola non fu mai applicata, perché le prime due volta il Senato fu sciolto anticipatamente in modo da far coincidere la sua durata con quella della Camera, finché nel 1963 una **legge revis. Cost. n.3/1963** ridusse ufficialmente da 6 a 5 anni la durata anche del Senato).

-**la prorogatio**: a rigore le Camere sono organi permanenti, che potrebbero riunirsi in ogni momento indipendentemente dalle vicende dei singoli membri. Anche quando sono <<sciolte>> in realtà esse, se necessario, potrebbero riunirsi fino ad un istante prima della riunione delle nuove, e le nuove potrebbero riunirsi un istante dopo la elezione (questa regola si chiama prorogatio). In pratica, dopo l'atto di scioglimento e la contemporanea indizione della elezione delle nuove Camere, esse non si riuniscono più, e le nuove Camere si riuniscono nel giorno fissato dal PDR nell'atto stesso di indizione delle elezioni (giorno che per Costituzione non può andare il 20° dalla data delle elezioni).

-**i parlamentari durano in carica 5 anni**: dicendo che le Camere durano 5 anni noi vogliamo sostanzialmente dire che i parlamentari durano in carica 5 anni e che la loro sostituzione avviene contemporaneamente per tutti allo scadere del 5 anno. Così ugualmente lo scioglimento anticipato delle Camere, cioè lo scioglimento disposto prima del termine normale della scadenza, vuol dire scioglimento del corpo collettivo dei parlamentari ed elezione per rinnovare tale corpo, e non propriamente scioglimento dell'organo Camera dei deputati e dall'organo Senato. Dunque:

1. Le Camere possono riunirsi sempre, anche quando sono sciolte

2. Non è possibile sciogliere le Camere senza, o contemporaneamente o entro un termine brevissimo costituzionalmente garantito, indire le elezioni successive (**Art 61 Cost:** << Le elezioni delle nuove Camere hanno luogo entro settanta giorni dalla fine delle precedenti. La prima riunione ha luogo non oltre il ventesimo giorno dalle elezioni. Finché non siano riunite le nuove Camere sono prorogati i poteri delle precedenti.>>->nella pratica il Presidente della Repubblica nello stesso giorno scioglie le vecchie Camere e indice le elezioni per le nuove).

**-lo scioglimento delle Camere:** lo scioglimento (come la indizione delle elezioni) a norma della Costituzione viene sempre disposto dal PDR: ma l'atto ha un diverso significato e diversa importanza secondo che avvenga alla scadenza dei 5 anni o prima di tale scadenza. Nel primo caso si tratta di un atto dovuto, che non comporta alcun potere discrezionale e quindi alcun potere politico ma che addirittura è obbligatorio compiere (la Costituzione prevede solo un caso di proroga della durata delle Camere oltre i 5 anni, e solo mediante legge: in caso di guerra (**art.60**)). notare la netta differenza tra proroga e prorogatio. Nel caso di scioglimento anticipato da parte del PDR, l'atto è politico.

L' **articolo 88 Cost** dice: <<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.>>

**-il semestre bianco:** il PDR non può sciogliere le Camere negli ultimi 6 mesi del suo mandato (semestre bianco), salvo l'eccezione riportata nel testo. Se ricordiamo però che secondo l'**art 89 Cost:** <<Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità.>>, ne consegue che anche l'atto di scioglimento deve essere controfirmato dal Governo: questo non è un fatto puramente procedurale, ma un fatto sostanziale, perché il Governo con la sua opposizione può, di fatto e di diritto, porre un veto alla intenzione del PDR e frustrarla. Secondo Costituzione PDR e Governo congiuntamente possono sciogliere le Camere in qualsiasi momento (salvo il semestre bianco) e per qualsiasi ragione.

Il perno fondamentale del meccanismo costituzionale italiano sta nel rapporto di fiducia tra Governo e Parlamento e cioè nella certa, sicura e costante esistenza di una maggioranza parlamentare stabile. Se questa maggioranza esiste, esiste un Governo relativamente stabile e sicuro. Di fronte a questo fatto il PDR non ha alcuna possibilità pratico-politica di sciogliere anticipatamente le Camere a meno che a) per ragioni del tutto eccezionali la stessa maggioranza parlamentare e quindi lo stesso Governo vogliano le elezioni anticipate e riescano a convincere il PDR delle opportunità di esse; b) il PDR capeggi un colpo di Stato.

Un corollario di questo discorso è la regola secondo cui il PDR, a seguito di una crisi di Governo, non può sciogliere le Camere se prima non ha compiuto se esiste comunque una maggioranza in parlamento. Vale la regola, ragionevolmente fondata sulla logica interna alla forma di governo, che si affida ad alcun meccanismo giuridico formale, ma solo a convinzioni dei politici, e si affida in sostanza solo a volontà politiche, se i politici non ritengono opportuno rompere tali convinzioni.

Le nuove elezioni determinano una maggioranza parlamentare che condivide e ratifica la decisione di scioglimento

Tutti i partiti accettano il fatto compiuto e partecipano alle nuove elezioni; rientra nelle previsioni costituzionali

PDR SCIGLIE LE  
CAMERE CON  
CONSENSO DEL  
GOVERNO

Le nuove elezioni determinano una maggioranza parlamentare contraria a scioglimento Camere: si apre crisi politica e le nuove Camere chiedono dimissioni PDR

Come si vede tutte queste varianti, e altre ancora che si potrebbero costruire, danno luogo a risultati politici profondamente diversi, senza alcuna possibilità di prevedere in anticipo quale è la soluzione conforme a Costituzione. Resta però vero, in linea di principio e secondo la logica del Governo parlamentare, che il PDR non può sciogliere le Camere contro la maggioranza parlamentare. Si può affermare e sostenere che il PDR può o addirittura deve sciogliere le Camere solo che lo voglia la maggioranza parlamentare? In Italia è stato certo fin qui, che il PDR non deve sciogliere le Camere solo perché glielo chiede il primo ministro, o il Governo o la maggioranza parlamentare. Ma può? Il Presidente della Repubblica può ritenere motivo sufficiente per sciogliere le Camere il fatto che la maggioranza lo richieda? Qui come sempre si deve intendere per maggioranza una maggioranza politica, capace di esprimere un Governo. Bisogna quindi immaginare una maggioranza che, pur potendo continuare a governare, preferisce le elezioni perché le ritiene più opportune nel suo interesse di partito. Finora non è mai accaduto, ed è facile prevedere che tutti i partiti di minoranza accuserebbero la maggioranza di comportamento incostituzionale se questa volesse imporre uno scioglimento nel suo particolare interesse di partito. (vedi p 365)

## 5. L'organizzazione interna delle Camere

La Camera dei deputati si compone di 400 deputati e il Senato della Repubblica di 200 senatori attivi, più eventualmente al massimo 5 senatori a vita nominati dal Presidente della Repubblica fra coloro <<che hanno illustrato la patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico, e letterario>>, più ancora eventuali ex Presidenti della Repubblica, che allo scadere del loro mandato sono diventati ipso iure senatori a vita (art. 59).

**-il Presidente e l'ufficio di Presidenza:** ciascuna Camera elegge fra i suoi componenti il proprio Presidente e l'ufficio di presidenza (art. 63). Il Presidente rappresenta e simboleggia unitariamente la camera, cosicché, ogni volta che ciascuna camera si esprime e decide in quanto soggetto unitario, per essa parla e dichiara la volontà del collegio il suo Presidente: in secondo luogo dirige i lavori dell'assemblea; in terzo luogo sovrintende a tutta la organizzazione interna della camera, assicurando il buon funzionamento degli uffici e il rispetto delle regole.

Tra i compiti del Presidente dell'assemblea non rientra il compito fondamentale di stabilire l'ordine del giorno, e cioè gli oggetti sui quali esclusivamente vertono giorno per giorno la discussione e le deliberazioni: questo potere spetta alla conferenza dei presidenti di gruppo.

- Presidente della Camera dei deputati → presiede il Parlamento in seduta comune
- Presidente del Senato → supplisce il PDR in caso di impedimento di questo

Il fatto che un collegio elegga da se stesso e fra i propri membri il proprio presidente è una primordiale e fondamentale garanzia di indipendenza del collegio.

L'ufficio di presidenza è composto, oltre che ovviamente dal Presidente, dai vicepresidenti, che sostituiscono il Presidente ogni volta che è necessario e opportuno, dai questori, che sovrintendono all'ordine e alla organizzazione materiale interna, dai segretari, che assistono il Presidente in tutte le operazioni e la attività relative ai lavori della assemblea. Tutti questi soggetti formalmente vengono eletti da ciascuna camera ma in sostanza essi vengono ripartiti fra tutti i gruppi parlamentari in modo che ciascuno abbia una rappresentanza entro l'ufficio di presidenza grosso modo proporzionale per numero e qualità alla sua forza numerica.

**-la conferenza dei presidenti:** la conferenza dei presidenti è un organo collegiale che comprende il Presidente della assemblea e i presidenti di tutti i gruppi parlamentari, e (nella Camera dei deputati) può comprendere anche i vicepresidenti dell'assemblea e i presidenti delle commissioni parlamentari (mentre al Senato comprende i vicepresidenti e non comprende i presidenti di commissione). Il suo compito principale è quello di predisporre l'ordine del giorno, e cioè di stabilire il ritmo dei lavori, le priorità, gli oggetti su cui l'assemblea dovrà decidere.

**-le giunte:** il compito delle giunte è quello di esercitare alcuni poteri che garantiscono la indipendenza di ciascuna camera rispetto alla possibile intromissione di ogni altro soggetto. Le più significative sono 3:

- 1) La giunta per regolamento: ha il compito di esaminare tutte le questioni relative alla interpretazione e alle richieste di mutamento del regolamento
- 2) Giunta per le autorizzazioni a procedere: che esamina le richieste di autorizzazioni a procedere contro parlamentari nei casi previsti dall' **art 68 Cost** dopo la riforma del '93 e contro ministri ed ex ministri per reati ministeriali, e formula proposte in merito alle quali si pronuncerà definitivamente l'assemblea
- 3) La giunta delle elezioni: (al Senato è unita con quella per le autorizzazioni a procedere), che ha il compito di esaminare la regolarità delle elezioni di tutti i membri della assemblea e di esaminare ogni ricorso in merito, riferendone alla assemblea a cui spetta ogni decisione definitiva.

A garanzia della loro indipendenza ciascuna camera è titolare esclusiva del potere di giudicare sulla validità delle elezioni dei propri membri. Queste giunte sono nominate dal Presidente della assemblea, ma nella pratica il Presidente chiede ai vari gruppi di designare propri candidati in proporzione alla rispettiva forza.

**-commissioni parlamentari:** composte in modo proporzionale ai gruppi e da membri disegnati dai rispettivi gruppi. Queste commissioni sono di regola permanenti, cioè costituite una volta per tutte dai regolamenti parlamentari con competenza specifica ed esclusiva su una materia determinata: non sono invece permanenti i loro membri non solo perché come è ovvio debbono essere rinnovati comunque ad ogni nuova elezione delle Camere, ma anche perché per regolamento essi scadono ogni biennio (pur potendo essere confermati).

Le funzioni delle commissioni sono essenzialmente 4:

- 1) Commissioni referenti/ legislative in sede referente: hanno il compito di esaminare preliminarmente un progetto di legge, di rielaborarne un testo e comunque di riferire all'assemblea i risultati del loro esame

- 2) Commissioni deliberanti/ in sede deliberante: hanno il compito, se questo potere viene loro attribuito dal Presidente senza opposizione della assemblea, di deliberare una legge al posto dell'assemblea
- 3) Commissioni redigenti/ in sede redigente: hanno il compito, se incaricate dalla assemblea dopo che questa ha già discusso il progetto di legge, di redigere definitivamente e approvare gli articoli di un progetto di legge secondo le direttive dell'assemblea e salvo il potere di approvazione definitiva che resta a questa seconda
- 4) Commissioni in sede politica: le prime 3 figure si chiamano tutte legislative, perché esse si inseriscono, a vario titolo, nel procedimento legislativo; un quarto compito delle commissioni si svolge al di fuori di un concreto procedimento legislativo, e concerne tutti quei casi in cui le commissioni sviluppano un dibattito politico, ed eventualmente approvano una risoluzione, sulla base di informazioni dei ministri, oppure svolgono indagini conoscitive: in questa veste si chiamano commissioni in sede politica.

#### -commissioni speciali\*

**-commissioni parlamentari di inchiesta:** commissioni speciali di inchiesta con funzioni molto specifiche sono le commissioni parlamentari di inchiesta. L' **art. 82 Cost** dispone: << 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.>>->dalla norma si ricava immediatamente che le inchieste possono essere disposte anche da una singola camera e quindi senza bisogno di una previa legge; ma nulla vieta ovviamente che esse siano svolte congiuntamente (come di solito accade) e che siano decise mediante una legge formale. Possiamo dunque avere commissioni di inchiesta monocamerale, bicamerale senza previa legge, bicamerale sulla base di una previa legge. Compito di queste commissioni è puramente e semplicemente quello di acquisire notizie e tutt'al più suggerire provvedimenti, ma non quello di decidere: le eventuali decisioni rese opportune o necessarie dai risultati della inchiesta spettano ad altri (anzitutto al Parlamento). Rispetto all'oggetto la Costituzione pone un solo limite: che esse non indaghino su questioni private, attinenti alla sfera personale degli individui.

La Costituzione stabilisce che ciascuna commissione parlamentare di inchiesta ha gli stessi poteri e limitazioni dell'autorità giudiziaria (la interpretazione pacifica aggiunge <<penale>>, che ha poteri inquisitori più efficaci e penetranti di tutti gli altri giudici).

Si chiede se questi limiti valgano solo per le inchieste parlamentari disposte senza previa legge o anche per le inchieste disposte con legge. Mentre la Costituzione prevede solo le inchieste disposte senza previa legge, ed a queste si applica sicuramente il limite costituzionale, le inchieste disposte con legge vengono deliberate mediante un atto con forza di legge, cosicché è lecito chiedersi se questa iniziativa adottata con forza di legge può superare i limiti che il giudice incontra a causa di atti con forza di legge. Rescigno ritiene di sì: che se l'iniziativa viene adottata con forza di legge, questa possa superare i limiti costituzionali; in particolare egli ritiene che se il Parlamento è l'organo sovrano per eccellenza, perché rappresentativo del popolo, non si vede perché esso dovrebbe essere vincolato a regole da lui stesso poste e perché dovrebbe essere equiparato necessariamente ai giudici nelle proprie indagini.

Così, con legge, il Parlamento può superare ogni segreto che rivesta interesse pubblico, da quello di Stato a quello di ufficio. Ritenere il contrario significa in pratica sottrarre la pubblica amministrazione e il potere esecutivo al potere di controllo del Parlamento, cioè svuotare la centralità del Parlamento in un sistema rappresentativo. (*l'opinione dominante è stata a lungo contraria all'ampliamento con*

*legge dei poteri delle commissioni di inchiesta oltre i limiti imposti all'autorità giudiziaria. Una importante eccezione, fu disposta con la l.n.597/1979-inchiesta sull'assassinio dell'on.Moro-il cui articolo 4 permetteva di superare il segreto di Stato, quello d'ufficio e in molti casi quello professionale).*

È da dire che in un sistema parlamentare solo la minoranza ha un reale interesse a svolgere inchieste, soprattutto quando investono il Governo, mentre la maggioranza ha l'interesse opposto a coprire ogni attività di Governo.

- **i gruppi parlamentari:** i gruppi parlamentari differiscono da tutte le altre articolazioni interne alle Camere perché, mentre queste agiscono sempre come parti di un insieme unitario, e quindi ogni atto ad esse delegato dall'assemblea o attribuito direttamente dal regolamento diventa automaticamente e necessariamente atto dell'intero collegio, i gruppi parlamentari agiscono nel proprio interesse e quindi i loro atti sono sempre atti di ciascun gruppo e non dell'intero collegio. La ragione è evidente: i gruppi parlamentari sono l'insieme dei parlamentari appartenenti al medesimo partito e quindi necessariamente in concorrenza l'uno con l'altro. Ciascun gruppo dunque persegue il proprio interesse politico, e in quanto gruppo non può rappresentare gli altri gruppi.

Quando è necessario che un soggetto interno a ciascuna camera esprima la volontà di tutti (attraverso la maggioranza numerica), si ricorre di regola alla rappresentanza proporzionale ai gruppi, in modo tale che tale soggetto sia composto da parlamentari di tutti i gruppi in proporzione alla rispettiva forza numerica nell'assemblea. Dal punto di vista giuridico i gruppi parlamentari sono organizzazioni volontarie all'interno di ciascuna camera. Non deve trarre in inganno la disposizione parlamentare secondo cui tutti i parlamentari debbono necessariamente appartenere ad un gruppo. Questa regola ha uno specifico scopo pratico: se alcuni parlamentari non appartenessero a nessun gruppo, questi non sarebbero mai designati da nessuno a far parte delle commissioni e simili.

Il possibile inconveniente è stato evitato facilmente creando il c.d. gruppo misto: un gruppo finto, puramente numerico, non politico, i cui membri non hanno alcuna omogeneità politica, ma vengono assegnati ad esso solo per partecipare alla vita delle Camere in condizioni di parità con tutti gli altri parlamentari. Si spiega allora perché i regolamenti parlamentari esigono che i parlamentari appartengano comunque ad un gruppo: solo così essi possono partecipare paritariamente alla vita delle Camere. Quindi i parlamentari giuridicamente sono liberi di chiedere la iscrizione a qualunque gruppo, così come questo gruppo è libero di rifiutare tale iscrizione. Se i parlamentari non scelgono, essi vengono assegnati di ufficio al gruppo misto, per le ragioni prima dette. I gruppi parlamentari in senso proprio, e cioè i gruppi corrispondenti ai partiti, sono dunque dal punto di vista giuridico associazioni volontarie, esattamente come i partiti di cui costituiscono una articolazione.

Ciascun gruppo isolatamente non rappresenta mai l'intero collegio, mentre invece il Presidente, le giunte, le commissioni ecc rappresentano, entro le rispettive competenze, l'intera assemblea. Va ricordato che dal punto di vista formale i regolamenti parlamentari prevedono la possibilità di costituire gruppi purché composti di regola da un gruppo minimo di parlamentari (20 per Camera, 10 per Senato), siano o non siano appartenenti allo stesso partito.

I gruppi sono un insieme organizzato stabilmente: tutti i gruppi hanno un loro presidente e quasi tutti hanno un vicepresidente o più vicepresidenti, un direttivo, dei segretari. Attraverso i gruppi, i reali soggetti politici interni alle Camere non sono i singoli parlamentari, ma i gruppi, e quindi anzitutto i dirigenti di essi. In tal modo, per decidere, quasi sempre non è

necessario mettere d'accordo 400 deputati e 200 senatori, ma i rappresentanti dei gruppi volta a volta designati, e quindi quasi sempre una decina di persone. Ovviamente queste persone, dovendo rappresentare i rispettivi partiti, non agiscono arbitrariamente e sono soggette a controllo.

**-il rapporto gruppi-partiti:** in generale tutti i partiti italiani riaffermano la subordinazione del gruppo parlamentare agli organi dirigenti del partito. Questa subordinazione si manifesta in particolare in 2 momenti importanti. Anzitutto nelle elezioni politiche solo il partito decide il programma elettorale e sceglie i candidati. In tutte le occasioni politiche più importanti. In tutte le occasioni politiche più importanti, le decisioni ultima sull'atteggiamento del gruppo in Parlamento viene adottata dal partito ogni volta che esso lo ritiene necessario. In sostanza il gruppo ha una relativa e limitata autonomia rispetto ai lavori parlamentari all'interno delle linee generali fissate dal partito e sotto il permanente controllo di esso.

La sede in cui si trova il compromesso è essenzialmente il partito e non il gruppo, e che solo le decisioni coperte dall'autorità del partito diventano vincolanti. Infine è necessario rammentare che gruppo e partito non sono soggetti rigorosamente distinti, perché i dirigenti di uno sono sempre dirigenti dell'altro e viceversa, cosicché nella realtà non è corretto affermare la subordinazione del gruppo verso il partito, quanto piuttosto la subordinazione del gruppo verso i dirigenti che al contempo dirigono gruppo e partito.

In conclusione, il rapporto fondamentale fra gruppo e partito in Italia è quello di subordinazione del gruppo al partito, ma non va dimenticato che: A) anzitutto i partiti riconoscono ai gruppi in certi campi un margine di autonomia, soprattutto per quanto riguarda la tecnica parlamentare e l'ordinaria amministrazione; B) in secondo luogo i parlamentari e i gruppi, attraverso i particolari diritti ad essi attribuiti in certi partiti hanno una più o meno grande forza contrattuale verso i rispettivi partiti e possono quindi, a seconda dei rapporti di forza, condizionare in misura più o meno grande le stesse decisioni di partito; C) infine gruppo e partito sono diretti dalle medesime persone.

-l'apparato delle Camere: ciascuna camera dispone di un proprio specifico apparato amministrativo necessario alla sua attività, e quindi dispone anche di un suo bilancio. La regola generale è che nessun soggetto esterno può intromettersi nelle questioni interne alle Camere (principio degli interna corporis); le controversie in tema di rapporto di lavoro tra ciascuna camera e propri dipendenti sono sottratte ai giudici comuni e demandate alla stessa Camera. Ciascuna Camera riceve una somma di denaro dallo Stato iscritta nel bilancio dello Stato, ma la amministrazione di tale somma spetta esclusivamente a ciascuna camera. Il fatto che ciascuna camera abbia un proprio specifico apparato di servizio, mentre il Governo non ha alcuno, è il segno della estraneità delle Camere nei confronti dell'apparato statale: il Governo ha tutto l'apparato statale al suo servizio; le Camere, escluse e separate da tale apparato generale, sono costrette a formarsi un proprio specifico, limitato (e scarsamente efficace) apparato particolare.

## 7. Il Parlamento in seduta comune

Il Parlamento in seduta comune consiste nella riunione di tutti i parlamentari convocati nelle sole ipotesi tassativamente previste dalla Costituzione per adottare solo quelle decisioni tassativamente enumerate nella stessa Costituzione. Non si tratta dunque di una riunione delle 2 Camere nella quale esse mantengono la rispettiva individualità (cosicché vi sarebbero 2

maggioranze distinte, dell'una e dell'altra), da di una riunione dei parlamentari, nella quale va perduta ogni distinzione tra di essi (cosicché esiste una sola maggioranza, calcolata nell'insieme dei parlamentari). Questo nuovo soggetto ha poche, numerate e tassative competenze:

- 1) Elegge il Presidente della Repubblica, integrato in questo solo caso da 3 delegati per ciascuna Regione (salvo la VA che ne ha solo 1)
- 2) Elegge 5 giudici della Corte Costituzionale e approva ogni 9 anni una lista di cittadini (aventi i requisiti per essere eletti senatori) tra i quali vengono estratti a sorte i 16 giudici aggregati della Corte Costituzionale in occasione di processi contro il Presidente della Repubblica
- 3) Elegge un terzo dei membri del Consiglio superiore della Magistratura
- 4) Mette in stato di accusa il Presidente della Repubblica per i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione
- 5) Riceve il giuramento del Presidente della Repubblica e ascolta il messaggio di insediamento

Questi sono i casi previsti dalla Costituzione. Vi è qualche caso eccezionale e solenne di riunione di Parlamento in seduta comune, legittimo perché suggerito da pure ragioni celebrative nelle quali non si doveva adottare alcuna decisione (ad ex. celebrazione del centenario dell'Unità d'Italia nel 1961).

Resta però vero che Camera e Senato sono 2 centri politici distinti, se non altro perché in essi risiedono uomini del tutto diversi (grazie alla incompatibilità tra deputato e senatore). In questo senso il Parlamento in seduta comune non ha nulla di comparabile con le due Camere; non è assolutamente un terzo centro di potere distinto dagli altri due, appunto perché è composto da deputati e senatori. Inoltre il Parlamento in seduta comune non discute ma si limita a votare. Si spiega così perché il parlamento in seduta comune abbia come suo Presidente il Presidente della Camera, per disposizione della Costituzione (**art 63**), perché usi il regolamento della Camera, perché non abbia una sua sede (usa quella della Camera), non abbia suoi uffici specifici, suoi dipendenti, una sua biblioteca, un suo bilancio.....ma per ogni convenienza usa gli uffici della Camera.

-le commissioni bicamerali: organi comuni delle due Camere sono poi le Commissioni bicamerali con poteri esterni talvolta incisivi (per esempio la Commissione parlamentare di vigilanza sulla RAI-TV).

## 8. La funzione legislativa del Parlamento

**L'art 70 Cost** continua a dire che <<La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere>>, oggi, a seguito della **l.cost 3/2001**, che ha profondamente modificato l'intero titolo V della seconda parte della Costituzione, va letto insieme al nuovo art117, dal quale si ricava che alle due Camere spetta in via esclusiva la funzione legislativa solo nelle materie elencate nel secondo comma dell' **art 117**, mentre la funzione legislativa generale (e cioè in tutte le materie riservate allo Stato, e dunque al Parlamento) spetta alle Regioni (e cioè al Consiglio regionale che approva le leggi regionali). La funzione legislativa regionale a sua volta si divide in 2 gruppi: a) nelle materie elencate nel terzo comma dell'art 117 le Regioni hanno una competenza legislativa concorrente, e cioè, come abbiamo già visto nei paragrafi sulle leggi regionali; debbono attenersi ai principi fondamentali stabiliti con legge dello Stato; b) in tutte le altre (non indicate e non determinabili) materie la funzione legislativa spetta alle Regioni.

Diamo ora l'elenco delle materie riservate allo Stato (e dunque alla legge del Parlamento oppure, con i limiti e le modalità indicate, agli atti con forza di legge). Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:

a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea;

diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;

b) immigrazione;

c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;

d) difesa e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;

e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; tutela della concorrenza; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; perequazione delle risorse finanziarie;

f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo;

g) ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali;

h) ordine pubblico e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;

i) cittadinanza, stato civile e anagrafi;

l) giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa;

m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale;

n) norme generali sull'istruzione;

o) previdenza sociale;

p) legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;

q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;

r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei

dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;

s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali.

Quando nascono controversi tra i diversi soggetti sulla esatta delimitazione di tali materie od oggetti, sarà la Corte Costituzionale, in sede di giudizi sollevati ora dallo Stato contro una legge regionale a suo dire invasiva della competenza statale, ora dalla Regione contro una legge statale (o di altra Regione) che la Regione ritiene invasiva della propria competenza, a dire l'ultima parola.

Cosa vuol dire che il Parlamento approva le leggi? Fin qui abbiamo esaminato come il Parlamento (o Consiglio regionale) approva le leggi (il procedimento legislativo) e quale posto occupa la legge nell'ordine delle fonti normative (forza di legge). Ma che *cosa contiene la legge*? Dicendo che il Parlamento approva le leggi noi intendiamo dire che il Parlamento attraverso l'atto formale legge, può disciplinare come vuole le materie ad esso riservate, e che dunque la legge è una forma vuote riempibile di qualsiasi contenuto? Oppure la funzione

legislativa non si identifica solo per forma ma anche per contenuto? Procediamo per esclusione

-Il Parlamento non può sostituirsi ai giudici: Anzitutto il Parlamento non può sostituirsi ai giudici. La Costituzione dispone inequivocabilmente che la funzione giurisdizionale spetta all'ordine giudiziario (e quindi solo ad esso). Il Parlamento non potrebbe in nessun caso pronunciare una sentenza di condanna.

Per la verità un caso in cui il Parlamento si sostituisce al giudice esiste, e ricorre quando si deve accertare se il capo dello Stato ha commesso il reato di alto tradimento o di attentato alla Costituzione. La messa in stato di accusa di costui (cioè la incriminazione formale che precede il giudizio definitivo) spetta al Parlamento in seduta comune (secondo procedure complesse che saranno esaminate in seguito), mentre il giudizio spetta alla Corte costituzionale. Si tratta però di una eccezione disposta dalla Costituzione: al di fuori di questa eccezione ( e di eventuali altre disposte sempre dalla Costituzione e da leggi costituzionali) vige la regola generale per cui il Parlamento non può, neppure con legge, sostituirsi ai giudici. *[funzione giurisdizionale=accertamento di fatti contrari a diritto e conseguente denuncia che dispone il ristabilimento coattivo dell'ordine violato, nelle forme possibili ripristino dello stato di cose esistente, risarcimento del danno, pena].*

-**Parlamento e pubblica amministrazione**: possiamo affermare che il Parlamento non può (né con legge, né comunque) sostituirsi alla p.a, cosicché, come esiste certamente una riserva del potere giurisdizionale (un dominio riservato al potere giurisdizionale), esisterebbe allo stesso modo un campo riservato alla p.a?

Immaginiamo 2 casi:

- A. Nel primo il Parlamento, dopo aver approvato una legge di carattere generale che disciplina un certo oggetto, pretende poi di applicare la sua stessa legge a questo o a quel caso (immaginiamo una legge che concede un sussidio alle famiglie che si trovino nella situazione X indicata dalla legge, e immaginiamo che il Parlamento sulla base della sua legge conceda il sussidio a questa o quella famiglia): il Parlamento in questo caso pretende, con una o più leggi successive, di eseguire in concreto la stessa legge generale applicata.
- B. Il Parlamento, dopo aver approvato una legge generale (ad esempio una legge che prevede in quali casi, con quali procedure e con quale indennizzo si possono espropriare beni in proprietà di privati), approvi successivamente una legge particolare che deroga alla sua precedente legge generale rispetto ad una determinata proprietà (immaginiamo in ipotesi che questa determinata proprietà venga espropriata con legge direttamente dal Parlamento secondo regole particolari direttamente contenute in questa specifica legge)

-Nel primo caso--→il Parlamento applica puramente e semplicemente la precedente legge

-Nel secondo caso-→la modifica, rispetto però ad un caso particolare (e quindi, appunto perché si tratta di un caso concreto, svolgendo il compito esecutivo-amministrativo che normalmente viene svolto dalla p.a)

Il primo caso deve ritenersi incostituzionale. Se la Costituzione ha distinto tra Parlamento e p.a, tra legge (atto del Parlamento) e provvedimento (atto della p.a), questa distinzione deve comportare almeno che la pura e semplice esecuzione delle leggi spetta solo alla p.a, cosicché il Parlamento non potrebbe sostituirsi ad essa nella applicazione delle sue stesse leggi. A meno che la stessa Costituzione non autorizzi il Parlamento a questa situazione. Così **l'art 43** disciplina: **A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.**

Nulla vieta secondo Costituzione che in questo caso la legge applichi una precedente legge generale sulla espropriazione rispetto ad una determinata e specifica impresa. Questo però

intanto è possibile in quanto la stessa Costituzione lo consente. Fuori di questa ipotesi, riprende vigore la regola generale implicita nella divisione dei poteri accolta dalla Costituzione, per cui il Parlamento (e quindi la legge del Parlamento) non può sostituirsi alla p.a nella applicazione pura e semplice di precedenti leggi.

Nel secondo caso vige la regola inversa, non c'è nessuna regola costituzionale che in linea di principio vieta al Parlamento di approvare leggi singolari (leggi che si applicano ai casi singoli); non c'è alcuna regola costituzionale che reciprocamente impone al Parlamento di approvare sempre e solo regole generali e astratte (regole che si applicano a classi di persone o azioni). Al contrario la stessa Costituzione prevede alcune leggi singolari: vedi art 43, **l'art 78** (deliberazione dello stato di guerra), **l'art 81** (approvazione del bilancio annuale), **l'art 82** (costituzione delle commissioni di inchiesta parlamentare).

Però, se non esiste una regola generale che vieta alle leggi di essere singolari e concrete (derogando a leggi generali), esistono molte norme costituzionali che in questo o quel caso, rispetto a questa o quella materia, impongono alle leggi di essere generali: anzitutto l'art 3 Costituzione, che formula il principio di uguaglianza di fronte alla legge, e quindi implicitamente vieta tutte quelle leggi che disciplinano casi particolari in modo difforme dalla generalità senza alcun fondamento razionale; **l'art 25 Cost** che formula il **principio di legalità dei reati e delle pene** e quindi vieta leggi penali singolari (che dispongono una pena specifica rispetto ad una persona determinata e prevedono come reato uno specifico comportamento di persone determinate); **l'art 53** che, ancorando l'imposizione fiscale alla capacità contributiva, vieta leggi fiscali impositive personali; tutti gli articoli relativi ai diritti di libertà (**13 e seguenti**), che tollerano limiti di legge solo generali e astratti e non limiti personali, neanche se disposti con legge del Parlamento. (vedi excursus a p378).

La stragrande maggioranza delle leggi di oggi non sono né generali né astratte (e dunque eguali) ma concrete, e perciò diseguali. Vi è un mezzo empirico per individuare i due tipi di leggi qui discusse (leggi regolative in astratto di comportamenti umani e leggi-provvedimento): verificare se il contenuto e lo scopo principale della legge è quello di autorizzare spese, e se quindi parte principale della legge è quella che stabilisce chi, con quale procedura, sotto quali condizioni, può spendere. Se questo è il contenuto principale della legge, si può stare ragionevolmente certi che si tratta di una legge-provvedimento.

-**la legge-provvedimento**: la legge provvedimento è il tipo di legge statisticamente e politicamente dominante. Non si tratta di una degenerazione della funzione legislativa. Si tratta della riprova sul piano tecnico-giuridico di una vicenda storico-sociale comune a tutti gli Stati contemporanei. Lo Stato intervenire entro i rapporti economici e sociali e vi interviene con leggi-provvedimento (per loro natura diseguali) perché la disuguaglianza di fatto, l'anarchia della economia, la ribellione dei gruppi sociali impongono allo stato di intervenire ora su un punto ora su un altro per ristabilire equilibri violati, per pacificare conflitti sociali, per sopperire ad incapacità o ritardi o assenza della iniziativa privata, per ridurre la disoccupazione, per rispondere ai bisogni che premono, e così via.

Perché tecnicamente è necessaria a questo scopo la legge del Parlamento? Perché tutte le leggi-provvedimento culminano in una spesa-statale e lo Stato non può spendere se non vi è stata una autorizzazione da parte del Parlamento mediante una sua legge. Ogni nuova o maggiore spesa deve essere disposta con legge (la quale, dice l'art 81 Cost, deve prevedere contemporaneamente i mezzi di copertura).

In questo modo tutti i centri di poteri, per quanto potenti, debbono o prima o poi passare attraverso il Parlamento e tutte le spese dello Stato vanno approvate con legge dal Parlamento.

In definitiva questa lunga digressione sulla funzione legislativa ci dice:

- Che il Parlamento, unico organo legittimato ad autorizzare nuove o maggiori spese dello Stato, conserva almeno sul piano formale il suo ruolo preminente entro il meccanismo costituzionale
- Che le leggi di spesa, e cioè in sostanza le leggi-provvedimento, costituiscono la stragrande maggioranza delle leggi approvate annualmente
- Che la prevalenza di queste leggi-provvedimento rispetto alle leggi generali e astratte è il risultato necessario del mutamento del ruolo e delle funzioni dello Stato interventista rispetto allo Stato liberale
- La legge, avendo spesso come contenuto un concreto provvedimento, è lo strumento attraverso cui il Parlamento controlla le iniziative del Governo e di altri centri di potere, cosicché la stessa distinzione qui fatta, tra funzione legislativa e funzione di controllo politico del Parlamento, diventa molto relativa ed incerta: anche le leggi, spesso, rientrano nella funzione di controllo politico sul Governo.

## 9. La funzione di controllo politico del Parlamento

*Controllo=riesame della attività di altri*

Il presupposto dunque del controllo è che un soggetto (il controllato) abbia istituzionalmente il potere-dovere di compiere un certo atto; questo atto, una volta compiuto, viene sottoposto al giudizio di un altro soggetto (controllante). Il controllante dunque deve sempre attendere che il controllato abbia agito, non può anticiparlo e compiere l'atto al suo posto.

1. **Controllo di legittimità**=il soggetto controllante giudica se l'atto sottoposto a controllo è conforme o non conforme a criteri contenuti in regole giuridiche
2. **Controllo di merito o di opportunità**= il soggetto controllante giudica se l'atto sottoposto a controllo è opportuno rispetto a determinati fini dei quali è giudice il controllante

Distinguiamo ancora i controlli sugli atti, controlli sulle attività, controlli sulle persone. Possiamo ancora distinguere i controlli in base alle misure a cui può dar luogo il controllo: nel caso di controllo sulle persone esso può dar luogo ad una censura a loro carico, e simili; nel caso di controllo sugli atti possiamo avere un annullamento dell'atto controllato, una richiesta di riesame che il soggetto controllante rivolge o impone al soggetto controllato, una riforma dell'atto da parte dello stesso soggetto controllante.

Solo un punto resta da chiarire: se il controllo implica necessariamente l'adozione di misure (provvedimenti correttivi) conseguenti al giudizio, oppure se anche la pura e semplice ispezione, il puro e semplice giudizio, configura una attività di controllo. Dal punto di vista logico e pratico, mentre l'adozione di una misura contro l'atto e/o le persone controllate esige un previo giudizio (di legittimità o di merito, come si è detto), è possibile immaginare ed esistono casi in cui un soggetto ha il potere di riesaminare gli atti di un altro soggetto, di formulare un giudizio su di essi, senza però poter adottare alcuna misura sanzionatoria o verso gli atti e/o verso le persone controllate.

Vediamo ora ai diversi poteri di cui dispone il Parlamento e che vengono riassunti sotto la categoria del <<**controllo del Parlamento sull'esecutivo**>> (il regolamento della Camera accoglie questi poteri sotto il titolo di <<**procedure di indirizzo, di controllo e di informazione**>>). Esaminiamo questi poteri uno ad uno:

1) **La interrogazione**: l'interrogazione di un parlamentare al ministro consiste nella <<semplice domanda, rivolta per iscritto, se un fatto sia vero, se alcuna informazione sia giunta al Governo, o sia esatta, se il Governo intenda comunicare alla Camera documenti o notizia o abbia preso o stia per prendere alcun provvedimento su un soggetto determinato>> (art 128 reg. Camera)

La interrogazione spetta al singolo parlamentare, il quale può chiedere che gli venga risposto in aula o in commissione, oralmente o per iscritto, e, nel caso di interrogazione orale, ha diritto di replicare per dichiarare se si ritiene soddisfatto o meno.

Dal punto di vista giuridico la interrogazione non è un controllo in senso proprio, perché essa si esaurisce col semplice informare da parte del Governo e col mero giudizio da parte dell'interrogante e non prevede alcuna misura sanzionatoria. A rigore non è neppure una ispezione, perché l'interrogante dipende totalmente dalla risposta dell'interrogato e non può compiere nessuna attività autonoma e indipendente di accertamento. Si tratta di attività di informazione in senso stretto, con l'avvertenza però che ora è informazione su fatti accaduti, ora invece è informazione su intenzioni del Governo rispetto ad un soggetto determinato, e dunque riguarda il futuro. Sotto questo secondo aspetto la interrogazione è uno strumento di indirizzo, molto incerto nella sua efficacia, perché serve a sollevare l'attenzione su una questione ed a sollecitare l'intervento del Governo su di essa.

Dal punto di vista strettamente giuridico la interrogazione è un atto molto povero di contenuto, risolvendosi in sostanza nel dovere del Governo di rispondere ad una interrogazione; dal punto di vista politico questo atto ha avuto in passato e mantiene ancora oggi una sua importanza, perché serviva e serve a dare risonanza politica ad attività di Governo giudicate negative.

In definitiva il valore dell'interrogazione non sta tanto nel potere giuridico che essa dà, quanto nelle reazioni di ordine politico che essa è capace di suscitare quindi nella sua efficacia tutta politica che essa può avere rispetto al Governo.

2) **La interpellanza**= la interpellanza, rivolta ad un parlamentare, consiste nella <<domanda, rivolta per iscritto, circa i motivi o gli intendimenti della condotta del Governo in questioni che riguardano determinati aspetti della sua politica>> (art 136 reg. Camera)

Le differenze tra interrogazione ed interpellanza sono queste:

- a) La interpellanza a rigore non dovrebbe ridursi alla domanda su un fatto determinato o su una questione specifica, ma dovrebbe riguardare la generale condotta del Governo su aspetti della sua politica. Lo scopo della interpellanza in altre parole non dovrebbe essere quello di acquisire informazioni (come invece fanno le interrogazioni), ma quello di indirizzare il Governo rispetto a determinati aspetti della sua politica attraverso la discussione della sua condotta.
- b) Chi ha presentato interpellanza ha diritto di illustrarla in assemblea prima della risposta del Governo (mentre la interrogazione si esaurisce ora con la presentazione della domanda per iscritto)
- c) La interpellanza viene discussa sempre in aula (mentre la interrogazione può ricevere risposta in commissione)
- d) Se l'interpellante non è soddisfatto della risposta del Governo, egli, oltre che dichiarare e motivare la sua insoddisfazione al termine della risposta del Governo, può trasformare la interpellanza in una mozione (come invece non è possibile fare attraverso la interrogazione) e quindi chiedere in tal modo una provincia di tutta la assemblea

Ad essa del controllo manca sia la possibilità di imporre una sanzione sia la stessa attività di riesame di una attività o di atto già avvenuto.

3) **La mozione**=la mozione è la proposta rivolta da un presidente di gruppo parlamentare o da dieci deputati alla assemblea affinché adotti una risoluzione su un determinato argomento

**-mozione di fiducia e di sfiducia:** il Parlamento, oltre il potere di interrogare o inquisire il Governo, ha il fondamentale potere di determinare la sua rimozione mediante le mozioni di fiducia e sfiducia. La mozione di fiducia viene presentata subito dopo le dichiarazioni programmatiche del nuovo Governo (e cioè secondo Costituzione entro 10 gg dalla sua nomina). La Costituzione prevede che il Governo appena nominato debba presentarsi alle

Camere e ottenere la loro fiducia. Se non l'ottiene esso è obbligato a presentare le dimissioni (le dimissioni potranno essere respinte dal capo dello Stato che decide di sciogliere le Camere). La mozione di sfiducia presuppone un Governo pienamente in carica contro il quale, viene presentata una mozione, nella quale si dichiara che la Camera (o il Senato) non ha più fiducia nel Governo. La mozione si sfiducia (secondo **art 94 Cost**) deve essere presentata almeno da 1/10 dei componenti di una camera, non può essere discussa e votata prima di 3 giorni dalla sua presentazione, e va votata per appello nominale. Se essa viene approvata il Governo è obbligato a presentare le dimissioni (a cui possono seguire le dimissioni vere e proprie accettate dal capo dello Stato e lo scioglimento delle Camere, in casi eccezionali già esaminati: in questo secondo caso il Governo dimissionario resta in carica fino alla elezione delle nuove Camere e alla nomina di un nuovo Governo; in ogni caso cioè a seguito della mozione si sfiducia si apre una crisi politica, sia che debba fare un nuovo Governo, sia che prima si debbano eleggere le nuove Camere e poi formare un nuovo Governo, il quale comunque deve ottenere la fiducia delle nuove Camere se vuole restare in carica).

Mentre la mozione di fiducia iniziale ricorre obbligatoriamente ogni qual volta viene nominato un nuovo Governo (nel senso che una mozione di sfiducia deve essere presentata, libera poi ciascuna camera di respingerla), la mozione di sfiducia è molto rara e fino ad oggi non è mai stata approvata dalla maggioranza di una camera.

I Governi in tanti anni si sono dimessi decine di volte, però mai a causa della approvazione di una mozione di sfiducia: le crisi, come si dice in gergo, sono state tutte extraparlamentari. (come vedremo esiste anche la questione di fiducia, e cioè la richiesta che il Governo rivolge ad una camera affinché confermi che essa mantiene la fiducia verso il Governo; ne consegue che se la Camera non vota la fiducia richiesta, e cioè vota la sfiducia, il Governo deve dimettersi; le questioni di fiducia sono state innumerevoli, sempre approvate tranne due casi).

Il fatto che la mozione di sfiducia non abbia mai operato secondo il suo fine (costringere alle dimissioni il Governo) non toglie importanza a questo istituto, perché esso resta nell'ordinamento costituzionale l'unico strumento legale di cui dispone il Parlamento per far decadere il Governo. Esso dunque rappresenta la extrema ratio, lo strumento legale ultimo per raggiungere un risultato non raggiunto con i normali strumenti politici (ritiro di un partito della maggioranza, voto contrario su una o più leggi presentate del Governo, voto contrario sul bilancio; e simili). La mozione di sfiducia dunque è divenuta, per la maggioranza parlamentare, uno strumento di riserva in casi eccezionali (ai limiti del colpo di Stato, giacché si deve presupporre un Governo che tende testardamente di rimanere in carica nonostante la certa perdita della maggioranza).

La mozione di fiducia (che come quella di sfiducia può essere votata solo per appello nominale) e quella di sfiducia sono le uniche mozioni con precise e specifiche conseguenze giuridiche (obbligo di dimissioni del Governo colpito da sfiducia o permanenza in carica del Governo che ottenuto, o vista confermata, la fiducia).

Tutte le altre mozioni possibili non producono alcuna conseguenza giuridica (cioè vincolante e coercibile): né i giudici, né la p.a, né i cittadini sono tenuti al rispetto di ciò che viene deciso con una mozione approvata; neanche lo stesso Governo e Parlamento che hanno approvato la mozione sono tenuti in senso proprio a rispettare la loro deliberazione: se essi non eseguono la mozione oppure addirittura si comportano in modo opposto a quanto deciso, nessuna sanzione giuridica è prevista.

Ma allora a che servono le mozioni? Servono politicamente a definire programmi e impegni rispetto a questioni determinate, anzitutto nei confronti della opinione pubblica e poi nei confronti dei partiti e nei rapporti tra Governo e partiti.

Va sottolineato che le mozioni vengono sempre approvate con il consenso, più o meno attivo, del Governo. O il Governo è d'accordo o comunque non si oppone alla mozione presentata;

oppure, se il Governo non è d'accordo, esso pone la questione di fiducia e in tal modo presenta l'alternativa: o la mozione viene respinta oppure, se essa viene approvata, il Governo si dimetterà. Questo <<ricatto>> risponde pienamente alla logica del governo parlamentare e spiega perché le mozioni costituiscono un impegno della Camera e del Governo insieme. La mozione, più di ogni altro atto precedentemente esaminato, considerata in sé e per sé rappresenta un mezzo attraverso cui le Camere partecipano in qualche modo alla direzione dello Stato, e quindi uno strumento di indirizzo e di proposta, piuttosto che uno strumento di controllo.

**-la risoluzione delle commissioni:** analoga alla mozione è la risoluzione, introdotta dal nuovo reg. Camera, la quale viene approvata da una commissione anziché dall'assemblea. La risoluzione però non può mai sostituire la mozione di sfiducia, che spetta solo al plenum. Le interrogazioni, interpellanze e mozioni hanno questa caratteristica: costringono il Governo a rispondere (interrogazioni e interpellanze) o comunque a pronunciarsi su una questione (mozione) e costringono l'intera assemblea o ad ascoltare (interrogazione e interpellanza) o a pronunciarsi direttamente su una questione (mozione): rappresentano dunque, specie per le minoranze, strumenti legali efficaci per costringere Governo e Parlamento ad occuparsi di questioni comunque ritenute degne di essere discusse.

**-l'inchiesta parlamentare:** la commissione di inchiesta è uno strumento di controllo del Parlamento sul Governo e sulla p.a, ma va ricordato che: anzitutto essa può indagare solo su questioni che non riguardano la attività di governo, purché di pubblico interesse; in secondo luogo è uno strumento puramente conoscitivo e dunque manca in esso il momento della misura o della sanzione (le commissioni di inchiesta sogliono concludere le loro indagini con proposte, ma queste hanno un valore solo politico, di suggerimento ad altri soggetti affinché adottino determinati provvedimenti); in terzo luogo le inchieste servono spesso alla funzione legislativa, per permettere alle Camere di legiferare con cognizione di causa, e dunque diventano strumentali rispetto a questa funzione delle Camere, e non strumentali rispetto alla funzione di controllo.

**-le indagini conoscitive:** secondo l'art 144 reg.Camera: <<Le Commissioni, nelle materie di loro competenza, possono disporre, previa intesa con il Presidente della Camera, indagini conoscitive dirette ad acquisire notizie, informazioni e documenti utili alle attività della Camera.>>. Queste commissioni non hanno i poteri di cui all'art 82 Cost, e quindi ad esempio non possono obbligare gli invitati a testimoniare, non possono disporre sanzioni contro le false testimonianze, e simili.

Le commissioni poi possono richiedere documenti ed informazioni alla p.a, e anche interrogare funzionari della p.a, ma, si noti bene, sempre previo consenso del ministro competente.

(resto sul libro, pp385-389)

## **CAP 12: IL GOVERNO**

Il Governo è uno specifico soggetto costituzionale. Questo soggetto agisce unitariamente, è un centro di potere unitario; ma a rigore, come il Parlamento, risulta composto da più organi. Secondo Costituzione, in Italia il Governo è composto dal Presidente del Consiglio dei ministri, dai singoli ministri e dal Consiglio dei ministri. Va sottolineato che ciascuna di queste figure ha una competenza costituzionalmente garantita, e dunque sotto questo aspetto, è pari a tutte le altre, giacché essa non può essere espropriata giuridicamente delle questioni ad essa attribuite ed è il soggetto decisionale ultimo rispetto a tali questioni.

-**i singoli ministri:** i singoli ministri sono anzitutto i capi individuali di ciascun ministero. I ministeri, il loro numero, la loro organizzazione basilare, vengono determinati con legge del Parlamento (secondo l'art 95 Cost). Ciascun ministero ha come capo un ministro (organo individuale). Dunque vi sono almeno tanti ministri quanti sono i ministeri.

-**il Presidente del Consiglio dei ministri:** è il capo di tutto il Governo unitariamente inteso. Ha singole competenze che spettano solo a lui:

1) anzitutto, in quanto simbolo ed espressione della unità e omogeneità del Governo (il quale, è e deve essere nel governo parlamentare un corpo politicamente omogeneo che persegue un unico programma accettato e condiviso da tutti i ministri), il Presidente del Consiglio decide della vita e della morte del Governo; è lui il primo che, con la accettazione della nomina fatta dal Presidente della Repubblica permette al nuovo Governo di formarsi ed esistere; ed è lui che decide le dimissioni del Governo, fino al punto che è ammesso che egli possa provocare la caduta del Governo senza neanche consultarsi con i suoi ministri, senza convocare previamente il Consiglio dei ministri, senza consultare nessun altro. La sua decisione travolge tutto il Governo, giacché questo, senza il suo Presidente che ne riassume e simboleggia la linea, non può continuare ad esistere (per questa ragione è pacifico che il Governo cade tutto interno anche quando per avventura il Presidente del Consiglio muore o è permanentemente impedito). Va da sé che il Presidente del Consiglio può, se lo ritiene opportuno, decidere le dimissioni previa consultazione del Consiglio e/o di altri soggetti, o può essere politicamente forzato a dare le dimissioni dal suo Consiglio dei ministri o da altri soggetti politici (ad ex partiti di maggioranza); ma dal punto di vista giuridico-costituzionale la decisione definitiva spetta solo a lui.

2) il Presidente del Consiglio convoca il Consiglio dei ministri (che dunque non può riunirsi se non viene convocato da lui), stabilisce l'ordine del giorno del Consiglio, dirige i lavori del Consiglio

3) il Pres. Consiglio ha la responsabilità della unità e omogeneità dell'attività politica e amministrativa di tutto il Governo. Tuttavia non può dare ordini in senso proprio, né sostituirsi ai ministri.

4) Infine il Presidente Consiglio, con i suoi decreti, decide alcune questioni che le leggi specificatamente attribuiscono a lui.

-**il Consiglio dei ministri:** è un organo collegiale costituito da tutti i ministri, più il Presidente del Consiglio dei ministri. Questa figura va tenuta ben distinta dai singoli ministri: è un organo in più, che decide unitariamente attraverso il convergere in un'unica volontà di più volontà. La **legge n.400 del 1988 (<<Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri>>)** elenca i principali oggetti su cui deve deliberare il Consiglio dei ministri. Tra le competenze del Consiglio dei ministri vanno ricordate:

- 1) La approvazione delle iniziative legislative del Governo. I singoli ministri, individualmente o in gruppi, presentano un progetto di legge che però diviene iniziativa legislativa del Governo solo se fatto proprio dal Consiglio dei ministri, cosicché è l'intero

Governo che assume la responsabilità politica della iniziativa delle leggi da esso proposte

- 2) La approvazione dei decreti-legge, dei decreti legislativi, e dei regolamenti governativi.
- 3) La nomina dei più alti funzionari dell'apparato civile e militare
- 4) La risoluzione dei conflitti tra i singoli ministri.

In base alla **legge 81/2001**, che ha inserito un nuovo periodo nel **comma 4 dell'art 10 della legge 400/88**, su invito del Presidente del Consiglio d'intesa con il ministro competente possono partecipare al Consiglio dei ministri anche i vice ministri, ma senza diritto di voto, per riferire su argomenti e questioni attinenti alla materia loro delegata. Le figure qui esaminate: a) sono obbligatorie, b) sono costituzionalmente garantiti

**-Vicepresidente del Consiglio:** il Presidente del Consiglio può proporre al Consiglio dei ministri di attribuire ad uno o più ministri le funzioni di Vicepresidente. Se questa attribuzione è stata fatta, è il Vicepresidente che supplisce il Presidente in caso di assenza o impedimento temporaneo. Se vi sono più Vicepresidenti, la supplenza spetta al Vicepresidente più anziano di età. Se non è stato nominato nessun Vicepresidente, la supplenza spetta o al ministro designato dallo stesso Presidente del Consiglio supplito, o, in mancanza di tale designazione, al ministro più anziano di età. Questo è quanto dice la legge 400. In realtà la ragione per cui un ministro viene nominato Vicepresidente è più politica che giuridica: si vuole attribuire un particolare ruolo politico e simbolico ad un ministro, in genere al ministro più rappresentativo del maggior partito della coalizione dopo il partito da cui proviene il Presidente.

**-i ministri senza portafoglio:** mentre i ministri conosciuti dalla Costituzione sono i capi di un ministero (quindi con portafoglio), quasi sempre vengono nominati anche dei ministri senza ministero, ai quali il Presidente del Consiglio delega, sentito il Consiglio dei ministri (e con provvedimento che deve essere pubblicato in Gazzetta ufficiale), alcune funzioni, talvolta previste dalle leggi, altre volte genericamente rientranti nelle funzioni di coordinamento proprie del Presidente del Consiglio. Essi partecipano al Consiglio dei ministri alla pari di tutti gli altri ministri, hanno il rango e stipendio di ministro, con tutte le conseguenze giuridiche connesse a questo status, svolgono alcuni compiti specifici per i quali non si richiede un ministero.

**-i Viceministri:** in base alla legge 81/2001 (che ha integrato sia il comma 4 sia il comma 3 dell'art 10 della legge 400/88) esistono oggi anche i Viceministri, che sono definiti da tale legge come sottosegretari che, in numero non superiore a dieci, con delega proposta dal rispettivo ministro ma approvata dal Consiglio dei ministri su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, sono stati incaricati di digerire politicamente una intera area corrispondente ad uno o più dipartimenti o direzioni generali.

La differenza tra i viceministri ed i sottosegretari sta essenzialmente nel fatto che i primi possono partecipare, senza diritto di voto, al Consiglio dei ministri. Non possono essere nominati vice ministri quei sottosegretari che non siano anche incaricati di dirigere politicamente uno o più dipartimenti o direzioni generali dei ministeri, niente esclude che vi possano essere sottosegretari ai quali vengono delegati dal suo ministro ugualmente compiti e funzioni relativi ad uno o più dipartimenti o direzioni generali dei ministeri, e che ciononostante non vengono nominati vice ministri.

**-il sottosegretario di Stato:** anzitutto una spiegazione del nome. La denominazione completa dei ministri è: ministri segretari di Stato. Dunque i sottosegretari sono soggetti subordinati ai ministri e si chiamano sottosegretari perché segretari sono i ministri. Essi vengono nominati dal Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio insieme al ministro che il sottosegretario è chiamato a coadiuvare, sentito il Consiglio dei ministri, e cadono con il Governo. Sotto questo aspetto essi seguono le vicende del Governo e dunque ne fanno parte, sia pure in posizione subordinata rispetto ai ministri. Però non fanno parte del Consiglio dei ministri e non hanno alcuna competenza propria. I compiti di ciascun sottosegretario vengono decisi dal rispettivo ministro, il quale delega a lui alcune materie, e dunque può delegare come

non delegare, delegare alcune piuttosto che altre materie, revocare in ogni momento la delega, e comunque resta il responsabile politico degli atti delegati e della attività del sottosegretario, cosicché in linea di principio il sottosegretario deve attenersi alle direttive del ministro. Sotto questo aspetto il sottosegretario non fa parte del Governo, per lo meno non sta sullo stesso piano degli altri membri del Governo.

Peraltro il sottosegretario è un uomo politico (quasi sempre un parlamentare), e può rispondere al Parlamento al posto del ministro. Dunque i sottosegretari fanno parte del Governo (sono soggetti politici entro il Governo), anche se con una posizione inferiore a quella del ministro.

Tra i sottosegretari poi ce ne deve essere uno in particolare, a cui viene attribuita la funzione di segretario del Consiglio dei ministri; il nome tradizionale di questo soggetto è <<sottosegretario alla Presidenza del Consiglio>>.

**-i comitati interministeriali:** tra gli organi di Governo vi sono infine i ministri e i comitati interministeriali. Qui ci occupiamo di comitati da ministri, o esclusivamente o insieme a funzionari. Si distinguono in:

- **Comitati di ministri**= composti solo da ministri. Sono comitati consultivi. Istituiti senza legge.
- **Comitati interministeriali**=composti da ministri e altri soggetti. Sono comitati deliberanti. Istituiti con legge.

Questi comitati possono essere puramente consultivi oppure deliberanti, e cioè preparatori rispetto alle deliberazioni del Consiglio dei ministri, oppure sostitutivi di esso rispetto a specifiche questioni per le quali sono stati istituiti. Se sono deliberanti, e quindi organi esterni che vincolano altri soggetti, debbono fondarsi su una previa legge, in base al generale principio di legalità, e quindi possono essere costituiti solo con legge; essi inoltre, per quella parte di compiti a loro affidati dalla legge, sostituiscono il Consiglio dei ministri. Se sono consultivi, possono essere istituiti sia con legge sia anche direttamente dal Presidente del Consiglio.

I principali comitati interministeriali sono oggi il CICR (comitato interministeriale per il credito ed il risparmio), il CIPE (Comitato interministeriale per la programmazione economica). La ragione per cui questi nuovi organi si sono imposti nella pratica è questa: è sempre più difficile che una questione non riguardi contemporaneamente più branche della p.a, e cioè non tocchi interessi diversificati.

**-il concerto:** quando ciò accade, uno degli strumenti di coordinamento spesso usati è il concerto: la decisione viene presa da un ministro di concerto (d'accordo) con altri ministri interessati. Lo svantaggio di questa procedura è che la decisione, prima di divenire definitiva, deve passare attraverso tanti passaggi quanti sono i ministeri interessati, e talvolta anche di più se uno o più ministri intervengono più volte.

I comitati interministeriali, presieduti dal Presidente del Consiglio o da un ministro designato da legge istitutiva, sono veri e propri organi di Governo, sullo stesso piano dei singoli ministri. La riprova sta nel fatto che le questioni spettanti ad essi, se questi non esistessero, dovrebbero spettare o a singoli ministri o all'intero Consiglio dei ministri.

Poiché essi sono veri e propri organi di Governo, si pone la questione del loro fondamento costituzionale, giacché la Costituzione non li prevede. Questa domanda a rigore riguarda tutti i soggetti ultimamente esaminati, e cioè il Vicepresidente, i ministri senza portafoglio, i viceministri, i sottosegretari e i comitati di ministri, perché sono tutti soggetti non previsti dalla Costituzione. Però Vicepresidente, sottosegretari e ministri senza portafoglio si aggiungono agli organi di Governo previsti dalla Costituzione, senza togliere ad essi nessuna delle loro competenze costituzionalmente garantite; essi dunque si possono giustificare in base ai principi di auto-organizzazione e di autonomia politica dei soggetti costituzionali, principi i quali consentono che, entro i limiti costituzionali, gli organi costituzionali possano organizzarsi ed

agire come meglio credono; i comitati interministeriali invece tolgono qualcosa o ai ministri o al Consiglio dei ministri, e dunque per questo aspetto riducono le competenze costituzionalmente garantite o degli uni o dell'altro.

A loro parziale difesa si può addurre oggi (ma non ieri) l'art 6 della l.400 secondo cui <<i>comitati di ministri e quelli interministeriali istituiti per legge debbono tempestivamente comunicare al Presidente del Consiglio l'ordine del giorno delle riunioni<>>, e questo può deferire singole questioni al Consiglio dei ministri <<perché stabilisca le direttive alle quali i Comitati debbono attenersi, nell'ambito delle norme vigenti<>>. In tal modo viene ribadito che i Comitati sono pur sempre subordinati al Consiglio dei ministri.

**-i conflitti di interesse dei membri del Governo:** la **legge 20 luglio 2004, n.215 (vedi!!!)** intitolata <<Norme in materia di risoluzione dei conflitti di interessi>>, per la prima volta in Italia, cerca di prevenire o eliminare situazioni che potrebbero determinare un conflitto di interessi egoistici dei titolari delle cariche di governo prima elencate e gli interessi pubblici che essi hanno l'obbligo di perseguire. Vengono stabilite una serie di incompatibilità tra la carica di membro del Governo e altre cariche o attività o uffici, ed altre norme che dovrebbero raggiungere gli scopi che la legge si prefigge.

## 2. Il procedimento di formazione del Governo

Immaginiamo che il Governo in carica si sia dimesso o sia comunque cessato. Sulla base di questo presupposto si apre un procedimento rivolto al fine di costituire un nuovo Governo. La Costituzione prevede 2 momenti di questo procedimento: a) la nomina del Presidente del Consiglio, e su proposta di questo, la nomina dei ministri da parte del Presidente della Repubblica; b) la necessaria presentazione alle Camere del neominato Governo per riceverne la fiducia (dalle due Camere separatamente).

Prima che il Presidente della Repubblica, con suo decreto controfirmato dal nuovo Presidente del Consiglio, nomini formalmente sia il Presidente del Consiglio che i ministri, vi sono altre fasi create nella pratica, in particolare le fasi delle *consultazioni* e quella dell'*incarico*. Queste due fasi si rendono necessarie ed hanno un particolare rilievo quando nelle consultazioni elettorali non è emersa una maggioranza certa e per così dire ufficiale oppure quando, nel corso della legislatura, un Governo si è dimesso e sia necessario verificare se è possibile formarne un altro. Se invece nelle elezioni politiche generali si confrontano due blocchi di partito contrapposti, ciascuno dei quali ha previamente designato il suo leader, e se, dato il sistema elettorale, emerge con sicurezza una maggioranza in seggi, le consultazioni e l'incarico diventano inutili perché la maggioranza è certa (costituita dal blocco che ha vinto in seggi le elezioni) ed il Presidente del Consiglio è ugualmente certo (è quello che i partiti che hanno vinto hanno previamente e pubblicamente designato).

Per questa ragione le descrizioni che seguono si riferiscono al caso in cui nelle elezioni non è emersa una maggioranza precostruita e non è stato previamente designato il futuro Presidente del Consiglio.

**-le consultazioni:** anzitutto il Presidente della Repubblica, non appena si è aperta la crisi di governo, inizia le c.d consultazioni: riceve, secondo un ordine stabilito e separatamente, varie personalità politiche, anch'esse individuate secondo la prassi. Queste personalità si suddividono in 2 gruppi: personalità che esprimono direttamente e compiutamente la volontà dei partiti di cui esse sono espressione; personalità che, per incarichi pubblici precedentemente ricoperti, godono di particolare autorevolezza. Nel primo gruppo rientrano i presidenti dei gruppi parlamentari della Camera e del Senato, i segretari dei partiti e, quando esistono, i rispettivi presidenti. Dal 1996 il PDR ora riceve delegazioni dei singoli partiti, ora invece, se i partiti sono coalizzati permanentemente in poli, riceve delegazioni unitarie di poli, e continua a ricevere delegazioni di singoli partiti se questi stanno fuori dai due poli.

Il PDR consulta le delegazioni dei partiti perché egli nel nominare il nuovo Governo deve anzitutto verificare che esiste la maggioranza; in secondo luogo la consultazione dei partiti serve a far conoscere al capo dello Stato in modo ufficiale ed incontrovertibile gli orientamenti di tutti i partiti.

Il Presidente della Repubblica consulta anche un secondo gruppo di personalità politiche, composto dai Presidenti di Camera e Senato, gli ex Presidenti della Repubblica (se vi sono), e in passato (e non più oggi) anche dagli ex Presidenti di Camera e Senato e dagli ex Presidenti del Consiglio.

**-l'incarico:** terminate le consultazioni, il Presidente della Repubblica procede all'incarico, atto diverso e distinto dalla nomina. Con l'incarico la personalità incaricata non è ancora Presidente del Consiglio; è colui che il Presidente della Repubblica designa come futuro Presidente del Consiglio se la fase dell'incarico si concluderà positivamente. Con l'incarico l'attività del Presidente della Repubblica cessa temporaneamente, mentre l'iniziativa passa all'incaricato. Costui di regola procede a sue consultazioni, talvolta con i soli partiti della probabile maggioranza, tal'altra con tutti o quasi tutti i partiti. La sua attività ha 2 obiettivi: concordare con i partiti della maggioranza in gestazione un programma politico comune; concordare con questi partiti la ripartizione dei ministeri e la designazione dei ministri. Nel momento in cui l'incaricato scioglie la riserva esso si dichiara pronto ad assumere la carica, egli ha già concordato con i partiti della futura maggioranza il programma di governo, nelle sue linee generali e caratterizzanti, ed ha già pronta la lista dei ministri, che è stata già approvata, e spesso addirittura apprestata dai partiti della maggioranza.

**-il rapporto presidente incaricato-partiti:** dopo il 1994 il potere dei partiti e la loro capacità di condizionamento è enormemente diminuita: il candidato, soprattutto se egli è il politico designato prima delle elezioni come il candidato alla Presidenza del Consiglio, ha margini di manovra molto maggiori di prima, sia per quanto riguarda i particolari del programma di governo sia per quanto riguarda la scelta dei ministri. Oggi sembra che il potere di proposta e di designazione sia nelle sue mani.

La fase dell'incarico termina quando, eventualmente entro il termine prefissato dal PDR, l'incaricato scioglie la riserva, e cioè accetta di formare il Governo oppure rinuncia all'incarico. In questo secondo caso il procedimento ricomincia da capo, con l'avvertenza però che le consultazioni possono essere abbreviate, o perché il Presidente della Repubblica consulta i partiti, o perché addirittura consulta solo alcuni partiti.

*[col mandato esplorativo il Presidente della Repubblica dichiara implicitamente di non avere tutti gli elementi sufficienti per decidere, e si affida alle indagini ulteriori di una personalità politica di sua fiducia, che riferirà al Presidente della Repubblica i risultati delle proprie indagini.]*

Le nuove leggi elettorali per Camera e Senato hanno determinato come risultato la necessità, per i partiti che aspirano ad ottenere la maggioranza in seggi, di costituire alleanze ufficiali e vincolanti prima del voto, e designare, sempre prima del voto, il loro candidato al Presidente del Consiglio. In tal caso i poteri del Presidente della Repubblica nella formazione del Governo si riducono a zero, perché le elezioni hanno già stabilito qual è il <<polo>> che ha vinto e che dunque ha la maggioranza, e chi deve essere Presidente del Consiglio.

**-giuramento del Governo:** Immaginiamo ora che l'incaricatosi dichiari pronto ad assumere il Governo. In tal caso il Presidente della Repubblica lo nomina Presidente del Consiglio con suo decreto, controfirmato dallo stesso neonominato, e subito dopo, su formale proposta del Presidente del Consiglio (ma sappiamo che si tratta in realtà di una proposta elaborata dai partiti di maggioranza), nomina con decreto controfirmato dal neopresidente dei ministri. Tutti costoro non possono esercitare le proprie funzioni se prima non hanno giurato, che infatti è il primo atto che essi compiono immediatamente dopo la nomina.

I ministri entrano in carica e possono esercitare le proprie funzioni con la nomina (e col giuramento).

**-nomina e fiducia:** il Governo dipende politicamente dal voto di fiducia delle Camere e quindi acquista pieni poteri politici solo dopo che queste hanno ufficialmente concesso la fiducia; dal punto di vista strettamente giuridico il Governo entra in carica con la nomina da parte del Presidente della Repubblica, prima della fiducia. Per comprendere questa apparente stranezza, va notato inoltre che il Governo non viene tecnicamente revocato dal voto di sfiducia di una Camera, cioè non cessa automaticamente dalla sua carica per il solo voto di sfiducia. Il Governo colpito da sfiducia deve presentare le due dimissioni, ma appunto per questo il risultato pratico della rimozione dalla carica si raggiunge attraverso un comportamento pur sempre volontario del Governo.

Si è posta la questione (di scuola, perché se avvenisse sarebbe un colpo di Stato) di cosa può accadere se il Governo colpito da sfiducia non presenta le dimissioni. L'opinione più semplice consente in questo e solo questo caso che il Presidente della Repubblica revochi il Governo. Un'altra addirittura ritiene che di fronte a questo comportamento incostituzionale del Governo non resta che attivare il meccanismo penale. Comunque sia, è significativo, che in nessun caso il Parlamento può direttamente e semplicemente revocare lui il Governo.

Attraverso la nomina del Governo il Presidente della Repubblica mantiene ancora formalmente la iniziativa di fronte al Parlamento e può costringere questo ad assumersi la responsabilità a riaprire la crisi. Cioché, in casi eccezionali, il Presidente della Repubblica potrebbe ancora condizionare il Parlamento: in ogni caso questa astratta possibilità si dà ancora oggi.

**-nomina del Governo e scioglimento delle Camere:** il significato del meccanismo della nomina del Governo da parte del Presidente della Repubblica si spiega ancora meglio se collegato con lo scioglimento del Parlamento. Se questo aspetta, come accade in generale nei regimi parlamentari, al Presidente della Repubblica, allora diventa più chiaro perché è il Presidente della Repubblica che nomina il Governo e perché il Governo si dimette, ma non viene revocato direttamente dal Parlamento. Le dimissioni del Governo non danno necessariamente luogo alla formazione di un nuovo Governo. Infatti il Presidente della Repubblica anziché accettare le dimissioni può sciogliere le Camere. È vero, come abbiamo già lungamente visto, che questo scioglimento, in un regime dominato dai partiti, non può certo avvenire a discrezione del Presidente della Repubblica.

In particolare, è impensabile lo scioglimento se la crisi è avvenuta proprio perché nel frattempo è maturato un nuovo Governo e quindi se esiste già una maggioranza politica entro le Camere: in questo caso il Presidente della Repubblica non ha *politicamente* la possibilità e la forza di sciogliere le Camere. Questo conferma che nel caso opposto, nel caso in cui invece un nuovo Governo non è già maturato, si apre concretamente anche sul piano politico la possibilità di scioglimento. In questi casi il Presidente della Repubblica diviene necessariamente l'ago della bilancia tra le diverse tendenze pro e contro scioglimento anticipato.

Lo scioglimento dunque rappresenta la risposta alternativa alla sfiducia, e mentre la sfiducia determina la morte del Governo, lo scioglimento salva il Governo e colpisce le Camere. Così è stato sempre inteso il potere di scioglimento (si sottintende, come è ovvio, scioglimento anticipato): come necessario contrappeso al potere delle Camere verso il Governo; come difesa della autonomia e indipendenza del Governo verso il presunto strapotere delle Camere.

Immaginiamo che il Presidente della Repubblica, approfittando di una crisi del governo, nomini un Governo di sua fiducia e, di fronte alla prevedibile sfiducia delle Camere, sciolga queste ultime. Il conflitto evidente tra Camere e Presidente della Repubblica viene così demandato al giudizio popolare: se il Presidente della Repubblica vince (cioè ottiene la maggioranza dei suffragi a favore del suo Governo) ne discende indubbiamente un enorme rafforzamento

politico del Presidente della Repubblica e uno stravolgimento dell'equilibrio politico-istituzionale vigente in Italia. Questa astratta possibilità viene qui delineata per comprendere il significato di fondo del meccanismo costituzionale adottato anche dalla nostra Costituzione: il fatto che il Governo venga nominato dal Presidente della Repubblica e che esista lo scioglimento anticipato delle Camere fungono da contrappeso rispetto alla dipendenza del Governo nei confronti della fiducia delle Camere e in questo modo assicurano all'esecutivo (e cioè in sostanza all'apparato dello Stato) una indipendenza e autonomia rispetto alle Camere.

La nomina del Governo spettante al Presidente della Repubblica, il fatto che la sfiducia non revochi il Governo ma lo obblighi solo a presentare le dimissioni, il connesso potere del capo dello Stato di sciogliere anticipatamente le Camere, sono i mezzi istituzionali attraverso cui la Costituzione inserisce la possibile difesa dell'esecutivo contro le Camere entro il meccanismo costituzionale, e spiegano dunque il profondo significato politico-istituzionale della separazione tra nomina e fiducia. Questa separazione è apparentemente così illogica rispetto al rapporto permanente di fiducia tra Parlamento e Governo da apparire addirittura irrazionale. Irrazionale non è: essa è bensì in contraddizione con l'istituto della fiducia, ma si tratta di una contraddizione attraverso la quale il governo parlamentare cerca di conciliare e far coesistere sovranità del Parlamento e indipendenza dell'esecutivo.

**-la fiducia:** se dal punto di vista giuridico formale il Governo con la nomina (ed il giuramento) è già investito dei suoi poteri e può esercitarli, dal punto di vista politico esso deve ancora ricevere la fiducia delle Camere e dunque si trova in una situazione di incertezza e provvisorietà: la sua autorità di Governo gli deriva proprio dalla fiducia, e dunque la efficacia politica della sua funzione di governo inizia solo con la fiducia. Finché il Governo non ha ufficialmente la fiducia esso è un Governo senza certa maggioranza parlamentare e quindi privo di effettiva investitura politica. Il Governo in attesa di fiducia è provvisorio perché comunque la sua situazione è destinata a mutare: esso diventerà un Governo di fiducia, oppure un Governo dimissionario in attesa di un nuovo Governo, o un infine un Governo dimissionario che assicura lo svolgimento delle elezioni di nuove Camere in attesa di un nuovo Governo successivo alle elezioni. Sotto questo aspetto, dunque, la fase della fiducia è ancora un momento del procedimento di formazione del Governo, ed anzi il momento politicamente culminante e decisivo. Se fiducia vi sarà, il Governo sarà pienamente investito dei suoi poteri anche e soprattutto sul piano politico; se vi sarà sfiducia il procedimento di formazione del Governo si chiude negativamente e bisogna aprire una nuova fase (o l'inizio di un nuovo procedimento di formazione di un altro Governo, come accade di regola, oppure lo scioglimento anticipato delle Camere, con quel che ne segue).

La Costituzione stabilisce che il Governo debba presentarsi alle Camere entro 10 gg dalla nomina. Che vuol dire presentarsi? Vuol dire esporre alle Camere il proprio programma di governo. Abbiamo già detto che le linee fondamentali e i punti caratterizzanti del programma, almeno in Italia, vengano decisi anzitutto dai partiti (o dal partito) di maggioranza. Epperò il Governo, e per esso il suo capo, il Presidente del Consiglio, non legge un documento scritto da altri, ma un documento scritto da lui stesso e approvato in Consiglio dei ministri.

Il programma definitivo del Governo viene steso dal Presidente del Consiglio, approvato in Consiglio dei ministri e presentato poi alle camere a ribadire la responsabilità collegiale e la direzione unitaria del Governo. (oggi il Presidente del Consiglio legge il programma davanti ad una Camera e in testo viene trasmesso all'altra). La presentazione del programma di Governo, che riguarda tutta la politica nazionale, spetta all'organo Governo: il Parlamento cioè si trova in una situazione passiva, può assentire o dissentire, ma solo su iniziativa di un altro (il Governo); e solo dopo che il Governo ha elaborato e presentato, il Parlamento approva.

La forza-per cui è il Governo che elabora e presenta il programma, traduce ed esprime un rapporto politico ben preciso, per cui è il Governo che dirige (o dovrebbe dirigere) la politica nazionale e dunque dirige lo stesso Parlamento. I partiti dunque dirigono la politica nazionale attraverso il Governo piuttosto che attraverso il Parlamento. La fiducia dal punto di vista formale si presenta come una mozione molto semplice: e povera che in generale si limita ad approvare le dichiarazioni del Governo. Viene concessa da ciascuna Camera (basta dunque il diniego di una perché vi sia sfiducia) e deve essere approvata per appello nominale (e mai con scrutinio segreto: in questo modo tutti i parlamentari si assumono apertamente le loro responsabilità).

A seguito della fiducia il Governo comincia la sua attività con pienezza politica di potere, avendo verificato ufficialmente e pregiudizievolemente la esistenza di una maggioranza parlamentare che lo sostiene. Se viceversa la fiducia viene negata, allora il Governo presenta comunque le sue dimissioni al capo dello Stato. Normalmente le dimissioni aprono un nuovo procedimento di formazione di un nuovo Governo, secondo i modi già descritti.

Di regola il capo dello Stato non accetta le dimissioni, ma si riserva di decidere e accetta le dimissioni un momento prima di nominare il nuovo Governo quando il Presidente incaricato scioglie la sua riserva e si dichiara pronto a formare il nuovo Governo. Anche se il capo dello Stato accettasse subito le dimissioni, il Governo rimarrebbe in carica fino alla nomina del nuovo Governo, in forza di un istituto di diritto pubblico, chiamato *prorogatio* dei poteri, per cui chi cessa da un ufficio pubblico continua ad adempiere ai doveri di ufficio finché non viene sostituito.

La **l- 15 luglio 1994, n.444** ha convertito il **d.l n.293/1994**: in base a questa nuova disciplina (che riguarda gli organi amministrativi di ogni tipo, gli enti pubblici e le persone giuridiche a prevalente partecipazione pubblica, ma non gli organi rappresentativi delle regioni, delle province, dei comuni, delle comunità montane e gli organi di rilevanza internazionale) la prorogatio è ammessa per un periodo non superiore a 45 giorni dalla scadenza.

Dunque le dimissioni anche accettate non comportano cessazione dei doveri inerenti all'ufficio fin allora ricoperto. Riservandosi di accettare le dimissioni, il capo dello Stato anzitutto resta formalmente libero di respingere le dimissioni e di sciogliere le Camere; in secondo luogo, se lo ritiene opportuno, potrebbe invitare il Governo a ripresentarsi alle Camere e provocare un pubblico dibattito (se la crisi è extraparlamentare; se invece le Camere si sono già pronunciate sul Governo, la richiesta del capo dello Stato sarebbe quando meno scorretta).

### 3. Le convenzioni costituzionali

La Costituzione, avevamo già notato, si limita a prevedere due momenti, la nomina e la fiducia: la pratica conosce le consultazioni e l'incarico. Poiché si tratta di regole di comportamento non scritte viene spontaneo concludere; esse sono consuetudini. Ma la consuetudine, in quanto regola giuridica non scritta ma ugualmente obbligatoria, è coercibile dai giudici. Se un soggetto viola una consuetudine riconosciuta dallo Stato, il giudice può (e/deve) applicare coercitivamente le conseguenze connesse dall'ordinamento a tale violazioni.

Se il Presidente della Repubblica in ipotesi procede alla nomina senza preve consultazioni e senza previo incarico chi è il giudice di tali violazioni? E quali conseguenze possibili? Anzitutto nel nostro ordinamento non c'è giudice e non vi sono sanzioni possibili per violazioni di tal fatta; diciamo cioè che tali regole non sono coercibili come quelle giuridiche. Queste regole *completano* il meccanismo costituzionale aggiungendo nuove regole a quelle previste dalla Costituzione. Se in questo meccanismo introduciamo un giudice, cioè un soggetto estraneo al rapporto politico, noi stravolgiamo il senso, il valore e l'utilità di tali regole. Anzitutto esse diverrebbero imm modificabili o (il che è lo stesso ai nostri fini) modificabili solo con il consenso di tale giudice. In questo modo andrebbe perduto il vantaggio inestimabile per

cui le forze politiche possono adattare rapidamente e informalmente le regole della propria condotta ai mutati bisogni istituzionali e ai mutati rapporti politici di forza.

Il fatto che per alcune regole manchi un giudice e manchino sanzioni (predeterminate e coercite) non è una lacuna, un difetto dell'ordinamento, ma una caratteristica necessaria adeguata all'oggetto. Queste regole debbono restare senza giudice e senza sanzioni istituzionali perché esse vengono liberamente create e mutate da soggetti politici interessati, si fondano su un accordo tacito o comunque informale fra di esse, vengono rispettate finché i soggetti interessati ritengono opportuno mantenere l'accordo o non hanno abbastanza forza politica per mutarlo. Queste regole, che chiamiamo convenzioni, presentano le seguenti caratteristiche:

- a) Sono regole, e cioè criteri di comportamento normalmente seguiti dai soggetti interessati in determinate circostanze
- b) Non sono coercibili, cioè si fondano esclusivamente sul consenso e l'accordo dei soggetti interessati; per questa ragione non sono regole giuridiche dello Stato, dal momento che le norme giuridiche dello Stato sono coercibili

È possibile dividere le convenzioni costituzionali in 4 categorie:

- 1) Regole convenzionali che sostituiscono regole costituzionali scritte, le quali continuano ad essere rispettate solo per forma, mentre la sostanza è riempita da una diversa regola, appunto convenzionale. Qui una regola convenzionale paralizza e svuota la regola costituzionale riducendola a pura forma.

Esistono in Italia regole convenzionali di questo tipo? Difficile affermarlo poiché queste violano la Costituzione scritta e dunque, in un regime in cui la Costituzione può essere modificata solo attraverso il procedimento previsto dall'art 138, sono a rigore inammissibili. Tuttavia degli esempi di tali regole del 1 tipo vi sono: si pensi alla formazione del Governo. La Costituzione dice che il Presidente del Consiglio propone i ministri; nella pratica, dal 1992, è certo che il Presidente del Consiglio non propone mai ministri spettanti ai partiti della coalizione diversi dal suo; per quanto riguarda i ministri spettanti al suo partito abbiamo già visto che talvolta la scelta di essi viene compiuta dal partito con totale esclusione. Come si vede, in questo caso la proposta del Presidente del Consiglio è pura forma esteriore senza sostanza, giacché la regola effettiva è che i ministri vengono proposti dai partiti della coalizione secondo gli accordi tra di essi intercorsi.

- 2) Il secondo tipo di convenzioni si ha quando la regola costituzionale, nel costruire un rapporto tra soggetti costituzionali o nell'imporre un dovere o nell'attribuire un potere, lascia aperta la strada ad un fascio di possibili ulteriori regole di comportamento che completano la previsione costituzionale. Dunque queste regole convenzionali sono specificazione di una regola costituzionale. La Costituzione dice che il Presidente della Repubblica nomina il Presidente del Consiglio e i ministri: questo è il confine rigoroso posto alle forze politiche: nessun'altro che non sia il Presidente della Repubblica può nominare.....Ma la Costituzione non dice come il Presidente della Repubblica deve procedere alla nomina.
- 3) Le regole convenzionali del terzo tipo si caratterizzano in opposizione a quelle precedenti: sono regole indipendenti e autonome che non costituiscono specificazione e integrazione di regole giuridiche. Esse presuppongono bensì la esistenza di un soggetto politico-istituzionale e il complesso dei suoi poteri giuridici, ma non si ricollegano a nessuna regola specifica si ricollegano puramente e semplicemente alla situazione complessiva di tale soggetto di cui diventano un elemento in più tra gli altri.

Ex: la regola per cui il PDR non può criticare pubblicamente il Parlamento o il Governo su questioni politiche, e meno che mai un singolo partito o parlamentare; la regola inversa per cui il PDR deve comportarsi in modo da non incorrere in critiche pubbliche.

- 4) Le convenzioni del quarto tipo consistono nella sovrapposizione di un significato politico tipico di un atto giuridico che continua a produrre i suoi effetti giuridici tipici del tutto distinti dalle conseguenze politiche. Qui la regola convenzionale si sovrappone a quella legale senza lederla in alcun modo. Ex: voto negativo di una Camera su una proposta di legge governativa: di per sé questo atto è e resta una decisione negativa su una proposta e produce, conformemente alla sua natura, l'effetto di far decadere la proposta di legge governativa. Ma i partiti e il Governo possono aggiungere a questo effetto giuridico una conseguenza ulteriore del tutto politica: possono cioè convenire che questo voto negativo significa anche sfiducia verso il Governo. Qui dunque, senza minimamente influenzarsi l'una con l'altra, coesistono due regole: una legale, la quale dice che il voto negativo sulla proposta produce l'effetto X, e una convenzionale che dice che questo stesso voto può significare sfiducia verso il Governo. Si nota come il medesimo atto sopporta contemporaneamente 2 regole: una legale ed una convenzionale; costituisce l'occasione che le forze politiche colgono per piegare un atto legale (il quale continua a produrre i suoi effetti legali) anche a fini politici (in questo caso sfiducia verso il Governo).

#### 4. La responsabilità politica

La responsabilità politica del Governo a sua volta è la caratteristica fondamentale di questo organo, intorno alla quale ruotano tutti gli altri istituti e le altre regole che lo riguardano. Come sappiamo: la responsabilità giuridica si produce se e solo se si verifica un fatto predeterminato nelle sue caratteristiche astratte dal diritto.

Che cosa vuol dire che il Governo è politicamente responsabile innanzi alle Camere? Vuol dire certamente e anzitutto che il Governo deve rendere conto alle Camere del suo operato, e cioè, secondo l'etimologia delle sue parole, deve rispondere alle richieste delle Camere e spiegare come ha agito e perché ha agito in quel modo piuttosto che in un altro. A questo rendiconto può seguire una conseguenza sfavorevole contro il Governo (ad esempio col voto di sfiducia le Camere obbligano il Governo a dimettersi, cioè ne determinano la rimozione). In questa vicenda ritroviamo tutti gli elementi essenziali di un giudizio di responsabilità in generale: a) un fatto imputabile al Governo (la sua attività, per l'appunto); b) un giudizio su questo fatto; c) una conseguenza sfavorevole riconnessa a questo giudizio. È giustificato dunque che si parli di responsabilità del Governo verso le Camere. Ma ritroviamo anche le caratteristiche tipiche della responsabilità giuridica? Il Governo viene giudicato per fatti predeterminati e subisce conseguenze predeterminate dal diritto? L'esperienza comune ed universale risponde risolutamente no. Quando il Parlamento (o meglio, una nuova maggioranza parlamentare diversa dalla precedente) fa cadere un Governo, non lo fa cadere perché commisura la azione di questo Governo ad un qualche criterio oggettivo predeterminato dal diritto, ma puramente e semplicemente perché essa segue una politica diversa da quella del Governo in carica o comunque una politica per la cui realizzazione ritiene inadeguato ed inadatto il Governo in carica.

Che cosa esprime questa vicenda? Anzitutto essa presuppone che il potere politico del Governo è un potere derivato e che non esiste alcun diritto ad essere investiti di tale potere e dunque nessun diritto a rimanere in carica. Si diventa ministri perché il Parlamento lo vuole e si cessa di essere ministri ugualmente perché il Parlamento così vuole. Il Parlamento a sua volta, nell'attribuire e nel togliere la carica, è vincolato a motivi puramente politici, e dunque è libero di agire in questo caso senza essere condizionato ad alcun criterio predeterminato dal diritto.

Si risponde dunque perché si ha un potere politico e questo spiega perché non si risponde in base a criteri predeterminati dal diritto. Avere un potere politico significa avere un potere di guida: significa avere il potere di individuare e perseguire liberamente fini, e mezzi adeguati a tali fini, da imporre poi a tutta la comunità. Il funzionario non risponde politicamente appunto perché egli persegue fini che gli sono assegnati dal diritto, e comunque dagli altri. Il politico risponde politicamente (e non giuridicamente) appunto perché il suo compito non è quello di eseguire puramente e semplicemente le leggi, ma al contrario è quello di scegliere per conto di tutti i fini da perseguire e i mezzi da usare.

In conclusione il Governo risponde politicamente perché è investito di un potere politico, e proprio per questo può essere rimosso in qualsiasi momento per ragioni puramente e solamente politiche. Lo stesso Governo, in quanto politicamente responsabile, è giudice di se stesso e cioè determina da se stesso i fini di governo. Il fatto che il Parlamento possa rimuoverlo è la condizione di questa sua indipendenza: il Governo può rivendicare e rivendica continuamente la responsabilità politica appunto per rivendicare il suo potere politico, e cioè il suo potere di guida ed indirizzo. Essere politicamente responsabili non è una diminuzione ma un vantaggio; rivendicare la responsabilità politica significa appunto rivendicare un potere politico, e cioè un potere di guida e di indirizzo.

Lo schema di questo meccanismo è il seguente: il potere politico, cioè il potere di guidare il paese, deriva dalla volontà popolare, il Parlamento, espressione diretta della volontà popolare, attribuisce e toglie il potere politico, chi ha questo potere, finché non gli viene tolto, ha un potere di guida e di indirizzo anche rispetto al Parlamento. La responsabilità politica segue il potere politico e viceversa: di quanto si è responsabili di tanto si è investiti di potere politico; di quanto si è investiti di potere, nella stessa misura si è politicamente responsabili. Maggiore è la responsabilità politica, maggiore è il potere politico.

Abbiamo così chiarito che: a) la responsabilità politica è distinta e separata da quella giuridica; b) la responsabilità politica si estende quanto si estende il potere politico; c) la responsabilità politica è in tutto governata da ragioni politiche: se essa rientra nella generale figura della responsabilità, essa però si distingue da ogni altra appunto perché è retta da leggi politiche e risponde ad esigenze della lotta politica. In linea di massima, oggi tutti i soggetti politici sono politicamente responsabili.

<b>La Responsabilità politica istituzionale</b>	<b>La responsabilità politica diffusa</b>
<p>Si concreta in un rapporto istituzionalizzato. Il principale se non unico esempio di responsabilità politica istituzionale è data dal rapporto Governo-Parlamento. Anzitutto questo rapporto si individua perché corre tra 2 soggetti determinati: Parlamento e Governo. Per conseguenza, il Governo si sente responsabile in primo luogo verso il Parlamento, e il Parlamento rivendica a se stesso il potere di fare responsabile il Governo. Questo rapporto si articola in una serie di strumenti e momenti attraverso cui il Parlamento può far valere questa responsabilità: strumenti e momenti che si riassumono un potere privilegiato di critica. Il Parlamento dispone di strumenti di indagine e gode di particolari poteri nei confronti del Governo che non spettano a nessun altro soggetto. Essi rientrano nel rapporto di responsabilità politica. Questo rapporto culmina in un potere di rimozione formalizzato e garantito (la mozione di sfiducia), cosicché in questo caso la responsabilità politica produce una conseguenza univoca, certa e garantita istituzionalmente. Tutti questi aspetti isolano</p>	<p>Al contrario la responsabilità politica diffusa designa, come suggerisce l'aggettivo, un rapporto che è verso tutti contemporaneamente e quindi verso nessuno in particolare. Un rapporto labile, in cui ogni aspetto è indeterminato (o meglio viene determinato volta per volta): non sono predeterminati i soggetti tra cui corre, perché possono essere tutti i soggetti politici. Non sono istituzionali le conseguenze: tale è il rapporto tra il Governo e l'opinione pubblica, tra partiti e società, tra deputati ed elettori...</p>

questo rapporto di responsabilità politica rispetto ad ogni altro e lo rendono caratteristico e tipizzato: istituzionale appunto, cioè permanente, certo, articolato in tutti i suoi aspetti.	
---	--

## 5. La responsabilità politica del Governo

Il Governo è investito di un potere politico, di un potere cioè che per sua natura è e deve essere indipendente ed autonomo.

**-la questione di fiducia:** Questa caratteristica essenziale del Governo si manifesta con la questione di fiducia (da non confondere con la mozione di fiducia), quando il Governo, di fronte ad una possibile decisione del Parlamento da lui non condivisa, pone la questione di fiducia su tale decisione, e cioè preannuncia ufficialmente e solennemente che, se la decisione sarà contraria al suo parere, esso si dimetterà. In tal modo la maggioranza parlamentare è posta di fronte ad un'alternativa drastica: o cedere alla volontà di Governo, o creare una crisi di Governo.

Il Governo non riceve e non può ricevere ordini da nessuno. Il Governo non solo non è obbligato, ma tutt'al contrario ha il diritto e il potere di porre davanti al Parlamento l'alternativa delle sue dimissioni. Libero il Parlamento di far cadere il Governo, ma il Governo dimissionario in tal modo ribadisce che nessun Governo si piegherà a direttive da lui non condivise, appunto perché esso è un organo di direzione politica.

Si nota come la responsabilità politica, in questo caso della questione di fiducia, si manifesta come *rivendicazione di responsabilità*; come coscienza di responsabilità; e dunque come pretesa, in nome di tale responsabilità, di far valere il potere politico che vi è connesso. Diventa chiaro perché il Governo, pur potendo esser rimosso dal Parlamento, non è organo subordinato al Parlamento, ma se mai organo che in nome della sua responsabilità politica pretende e normalmente ottiene di dirigere lo stesso Parlamento. Così si spiegano molti istituti caratteristici del nostro sistema: il fatto che il Governo abbia il diritto di presenziare a tutti i lavori delle Camere e di avere la parola non appena la chiede; il fatto statisticamente provato per cui le iniziative di legge governative hanno maggiori probabilità di essere approvate rispetto ad ogni altra iniziativa; il fatto per cui quando si apre la crisi di Governo l'attività parlamentare si interrompe finché non è formato il nuovo Governo; la questione di fiducia.

**-la responsabilità solidale del Governo: Art 95 Cost:**<< Il Presidente del Consiglio dei Ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei Ministri. I Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei Ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri. La legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri>>. La responsabilità del Governo è una responsabilità collegiale (o solidale) per le seguenti ragioni:

- Il Governo ha un solo programma unitario, che vincola/dovrebbe vincolare allo stesso modo tutti i ministri e tutto il Governo in ogni momento
- Per questa ragione il Governo deve essere omogeneo, cioè composto da uomini appartenenti tutti alla maggioranza politica.

La ragione di questa regola della omogeneità del Governo sta nel fatto che il Governo, in regimi parlamentari, è essenzialmente un organo collegiale, e dunque un organo che per funzionare ha bisogno di una sostanziale politica al suo interno.

- c) **-il Governo cessa tutto insieme:** il Governo cade tutto insieme. Più in particolare, se le dimissioni di un singolo ministro possono anche non toccare la vita del Governo, le dimissioni del Presidente, che esprime la linea politica unitaria del Governo, comporta automaticamente le dimissioni di tutto il Governo (e così anche la eventuale sua morte o la sua cessazione a qualsiasi titolo dalla carica).
- d) **I lavori del Consiglio dei ministri sono segreti:** (a parte il verbale, che peraltro si limita a registrare le deliberazioni adottate). Tali lavori sono segreti in modo che il Governo verso l'esterno presenti una faccia unica e le sue interne divisioni non vengano sfruttate dagli avversari politici.
- e) **I ministri debbono difendere la linea del Governo,** e non debbono polemizzare pubblicamente
- f) **Sulla responsabilità del ministro dissenziente:** il ministro che dissente, o si dimette immediatamente oppure risponde dell'attività del Governo, anche se da lui non condivisa, e non può addurre a scusante il suo passato dissenso.  
Ciò vale sul piano *politico* e su quello *giuridico*. Sul piano giuridico il ministro risponde civilmente e penalmente degli atti approvati dal Consiglio dei ministri, se non si è dimesso, e dei suoi propri atti da ministro (dovrebbe farsi differenza tra atti del Consiglio approvati con la sua presenza, e atti approvati lui assente per qualsivoglia motivo, nel qual caso il ministro assente non risponde giuridicamente); sul piano politico il ministro risponde anche degli atti dei singoli ministri del suo Governo, se e finché tali atti sono riconducibili, come dovrebbe sempre essere, alla medesima linea politica generale del Governo.
- g) **Sulla responsabilità del singolo ministro:** questa ultima considerazione spiega perché è rara la responsabilità politica di un singolo ministro rispetto a quella collegiale. Se l'attività di un singolo ministro è attuazione della linea di Governo, allora la responsabilità del singolo diventa inevitabilmente responsabilità di tutto il Governo: il Governo tutto intero dunque, e la sua maggioranza parlamentare, difenderanno il singolo ministro dagli attacchi e dalle critiche. Se l'attività di un singolo ministro è fuori dalla linea, la responsabilità di tale ministro rischia ugualmente di travolgere l'intero Governo, perché si dimostra se non altro che il Governo, e il suo Presidente, non sono capaci di guidare unitariamente il paese. Per questa ragione è più probabile che il Governo cerchi di risolvere al suo interno il contrasto, offrendo però verso l'esterno un fronte compatto, e difendendo quindi anche il singolo ministro.

Le cose diventano ancora più difficili e complicate se, come accade in Italia, il Governo è di coalizione e i ministri appartengono a diversi partiti. In tal caso la responsabilità politica di un ministro coinvolge quasi automaticamente quella del suo partito e dunque rischia di dividere i partiti di coalizione. Di fronte a questo rischio, se i partiti di coalizione non vogliono la crisi, essi, e con essi il Governo, difendono risolutamente il singolo ministro.

Fino al 1995 non sono mai state approvate formali mozioni di sfiducia verso il singolo ministro. Nel 1995 però, per la prima volta, una camera (nella specie il Senato) ha approvato una mozione di sfiducia individuale nei confronti di un ministro (il Ministro di grazie e giustizia Mancuso). La vicenda ha provocato molto rumore, anche perché il Ministro sfiduciato ha sollevato conflitto di attribuzione contro il Senato, il Presidente della Repubblica e il Presidente del Consiglio davanti alla Corte costituzionale, la quale ha dichiarato ammissibile il ricorso, ma nel merito ha dato tolto al Ministro ricorrente. Va però ricordato: a) che il ministro Mancuso non apparteneva a nessun partito, e non era un politico di professione; b) che faceva parte di uno di quei Governi, nati nel periodo turbolento 1992-1996 (governo Amato, Ciampi, Dini), che avevano una qualificazione dichiaratamente tecnica e cioè, per quanto basati pur sempre sulla approvazione di una mozione di fiducia, non rappresentavano le forze politiche che pure li sostenevano, ed erano in qualche modo governi di emergenza; c) le vicende particolari del periodo 1992/96 sembrano più dovute alla eccezionalità della situazione politica che all'emergere di nuove regole costituzionali.

**-il rapporto tra Presidente del Consiglio e ministri:** sicuramente il Presidente del Consiglio, rappresentante della unità del Governo e istituzionalmente garante di essa, non dispone di poteri gerarchici in senso proprio: tra Presidente del Consiglio e ministri non corre un rapporto di gerarchia. Quindi il Presidente del Consiglio non può avocare a sé atti di competenza del singolo ministro, non può annullare tali atti, non può sostituirsi al ministro, e non può dare ordini in senso proprio rispetto ad atti del ministro. Il singolo ministro, per quanto condizionato e vincolato da pressioni politiche esterne, è pur sempre l'unico a decidere legalmente rispetto agli atti di sua competenza, e dunque questo potere legale può valersi nella lotta politica.

In realtà l'unico vero potere decisivo sarebbe quello di revoca del ministro dissenziente o comunque non pienamente disponibile alla linea impersonata dal Presidente del Consiglio. Su questo punto il Presidente del Consiglio in Italia è quasi del tutto privo di ogni potere: lo è anzitutto rispetto ai ministri appartenenti a partiti diversi dal suo, poiché ogni eventuale richiesta del Presidente del Consiglio di dimissioni verso costoro significherebbe automaticamente una intromissione del Presidente del Consiglio entro il partito alleato e dunque provocherebbe una reazione negativa da parte di quest'ultimo ed una rottura dell'alleanza.

D'altra parte il Presidente del Consiglio in Italia dal 1948 al 1993 mai o quasi mai è stato leader incontestato del suo partito, e dunque non aveva sufficiente autorità per guidare contemporaneamente Governo e partito di maggioranza.

Per contrasto è opportuno ricordare la situazione inglese, nella quale il leader del Governo è contemporaneamente leader del partito; per di più ha ricevuto una investitura popolare con la vittoria nelle elezioni, e dunque ha un potere indipendente e superiore allo stesso partito. Le vicende politiche confermano la estrema debolezza del PDC italiano (è significativo come nel caso Mancuso, il Presidente del Consiglio non abbia avuto la forza di proporre al capo dello Stato la revoca del ministro dissenziente; è vero peraltro che buona parte della dottrina italiana nega e ha negato che il ministro possa essere revocato dal Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio, ma ad avviso del Rescigno-del tutto a torto, come dimostrano tutti i governi parlamentari d'Europa che funzionano).

## 6. Le crisi di Governo

Distinguiamo tra crisi politiche e crisi non politiche: cioè tra crisi determinate da ragioni politiche e crisi determinate da fatti naturali (meno importanti e in pratica meno verificatesi). La crisi di Governo si determina automaticamente con la morte del Presidente del Consiglio o il suo impedimento permanente. Molto più importanti le crisi determinate da ragioni politiche. Si distingue:

- Crisi parlamentari=sono determinate dalla mozione di sfiducia, e quindi ufficialmente dal Parlamento (perciò parlamentari).
- Crisi extraparlamentari= sono determinate da qualsiasi altro atto politico (e perciò al di fuori da una ufficiale e formale decisione del Parlamento). Queste a loro volta possono essere determinate da atti accaduti entro il Parlamento (ex. voto contrario su una legge proposta dal Governo o sulla questione di fiducia); oppure da atti accaduti fuori dal Parlamento (ex. decisione di un partito di uscire dalla maggioranza); o infine da decisioni unilaterali dello stesso Governo e più in particolare del suo Presidente.

Però la crisi di Governo sicuramente non può essere determinata da alcuni specifici soggetti. Così la crisi di Governo non può essere determinata dal Presidente della Repubblica, perché il Governo non dipende dalla fiducia di questo: è oggi impensabile, prima ancora che inammissibile, che un Presidente della Repubblica chieda al Governo in carica di dimettersi, così egualmente non è ammissibile una richiesta di dimissioni da parte della Corte Costituzionale, e in generale da parte di tutti gli organi dello Stato diversi dal Parlamento.

Entro lo Stato, solo il Parlamento può chiedere le dimissioni del Governo. Viceversa, fuori dallo Stato, tutti possono chiederle, o provarle in fatto. In pratica oggi i principali soggetti che determinano le crisi di Governo sono i partiti.

Il Presidente del Consiglio con una sua decisione unilaterale, dimettendosi può determinare la caduta di tutto il Governo. È uno dei pochi poteri veramente incisivi di cui gode in Italia il Presidente del Consiglio. La legge 400/88 ha cercato di disciplinare la questione di fiducia, stabilendo che il Consiglio dei ministri deve dare l'assenso alla proposta del Presidente del Consiglio di porre tale questione. Come abbiamo visto, ponendo la questione di fiducia il Governo annuncia che darà le dimissioni se una camera voterà in modo a lui contrario. A parte il valore giuridico e pratico della norma ora ricordata (può il Consiglio dei ministri negare l'assenso alla proposta del Presidente del Consiglio senza creare una crisi di Governo?) essa però non riguarda la decisione di dimettersi in sé per sé. È ovvio che correttezza costituzionale esige che il Presidente del Consiglio comunichi al Consiglio questa sua decisione (come in effetti accade), però la decisione resterà a lui soltanto.

**-i poteri del Governo dimissionario:** dal punto di vista strettamente giuridico il Governo dimissionario secondo le leggi vigenti perde solo il potere di chiedere alla Corte dei conti la registrazione con riserva degli atti amministrativi (la Corte dei conti come vedremo, ha il compito di registrare alcuni atti della p.a controllandoli sotto il profilo della legittimità: se essi sono legittimi appone il visto; se li ritiene illegittimi nega il visto e gli atti non possono essere eseguiti. In questo caso il Governo ha il potere di chiedere la *registrazione con riserva* e cioè di imporre alla Corte di registrarlo comunque e dunque di farli divenire efficaci, salva la riserva della Corte che ne informa il Parlamento).

Dal punto di vista politico invece il Governo dimissionario, privo com'è della maggioranza parlamentare, perde la sostanza del potere governativo, e cioè il potere di indirizzo e direzione. Non ha più un programma da attuare e dunque non può più proporre le misure adatte per attuarlo. Gli resta invece, per esigenze di contiguità della macchina statale, il potere di ordinaria amministrazione, e cioè il potere di pura e semplice esecuzione delle leggi esistenti. Gli resta anche un potere di intervento in casi di urgenza, appunto perché l'urgenza legittima l'intervento del Governo pena la compromissione irreparabile della situazione.

## 7. Le funzioni del Governo

Il Governo esercita i poteri che gli sono attribuiti dalla Costituzione e le iniziative politiche che decide di assumere in tutte le materie statali, e cioè oggi, dopo la l. cost 3/2001, in tutte le materie elencate nell'art 117.

Le funzioni del Governo si articolano in:

- A. FUNZIONE DI INDIRIZZO POLITICO
- B. FUNZIONE DI CAPO DI TUTTO L'APPARATO BUROCRATICO E MILITARE
- C. FUNZIONE DI CONTROLLO DI SOGGETTI PUBBLICI ESTERNI ALLO STATO

A) rientrano nel primo gruppo tutti quei poteri che permettono al Governo di guidare ed indirizzare la politica generale del paese, e quindi di guidare ed indirizzare lo stesso Parlamento, l'andamento dell'economia, i rapporti con gli altri Stati, l'opinione pubblica....Ricordiamo qui:

- 1) La iniziativa legislativa del Governo, il potere di adottare decreti-legge e di approvare decreti legislativi, il potere regolamentare. Attraverso questi il Governo partecipa direttamente e spesso con posizione dominante alla produzione di nuove regole, affiancandosi e sostituendosi al Parlamento
- 2) Il potere di manovrare la spesa pubblica attraverso il bilancio dello Stato, il potere di controllare il credito, attraverso il Ministero dell'economia e delle finanze e la Banca d'Italia.

- 3) La direzione della politica estera, che è totalmente nelle mani del Governo, il quale ha bisogno solo del consenso di massima del Parlamento sulle grandi scelte, ma gestisce poi in proprio la parte più corposa ed incisiva di essa

B) Rientrano nel secondo gruppo tutti quei poteri che confermano concretamente e visibilmente che il vero capo dell'apparato burocratico e militare è il Governo e nessun altro.

- 1) Anzitutto molte decisioni amministrative definitive, e comunque tutte quelle sulle questioni politicamente, socialmente ed economicamente più importanti spettano al Governo (o ai singoli ministri, o al Consiglio dei ministri o al Presidente del Consiglio)
- 2) Il Governo controlla tutti gli alti gradi amministrativi e militari attraverso il pieno controllo che esso ha sulle persone: è il Governo che nomina tali persone agli uffici più importanti dello Stato, che le trasferisce, che le promuove di grado, che le destituisce e simili.
- 3) Più in generale il Governo è il capo della gerarchia entro l'apparato amministrativo e militare, cosicché di gradino in gradino o prima o poi tutte le questioni sulle cose e sugli uomini vengono decise definitivamente o comunque condizionate da esso.

È da notare che molti atti rientranti nei compiti ora elencati vengono formalmente adottati mediante decreto del capo dello Stato controfirmato dal Governo (ministri o Presidente del Consiglio)

- 4) Il Governo comanda l'uso della forza armata che trova bensì limiti nelle leggi, ma limiti di tal genere che lasciano ampio potere discrezionale al Governo

C) Infine Il Governo ha ampi poteri di controllo su quasi tutti gli enti pubblici che agiscono in materie statali e che pure formalmente non fanno parte dello Stato.

Più complicato appare oggi il rapporto tra il Governo da un lato e Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni e dall'altro; siccome le nuove norme costituzionali introdotte dalla l.cost 3/01 hanno grandemente aumentata l'autonomia di questi enti rappresentativi nei confronti dello Stato (ad ex. hanno abolito i controlli statali sugli atti di tali enti), la direzione politica del Governo nei confronti di essi o non ha strumenti giuridici o ha strumenti più deboli. Però non va sottovalutato il generale **potere sostitutivo** che spetta al Governo in forza del nuovo **art.120**, secondo comma: << La Regione non può istituire dazi di importazione o esportazione o transito tra le Regioni, né adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio nazionale. Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero 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, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.>>

## 8. La responsabilità leale dei ministri

**L'art 96 Cost**, dopo la modificazione adottata dalla **l.cost n.1 del 1989**, oggi dispone: <<Il Presidente del Consiglio dei ministri ed i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale>>.

Prima di questa legge i ministri, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, venivano messi in stato d'accusa dal Parlamento in seduta comune e giudicati dalla Corte costituzionale, che in questo caso aveva una composizione speciale, la medesima rimasta nel caso in cui si doversi giudicare il Presidente della repubblica per alto tradimento o attentato

alla Costituzione. Il precedente regime aveva mostrato seri inconvenienti: a) anzitutto l'estrema difficoltà e laboriosità; b) il comportamento troppo politico della maggioranza del Parlamento in seduta comune, che ha dato all'opinione pubblica la netta impressione di voler proteggere comunque ministri ed ex-ministri, anche se colpevoli, garantendo ad essi un privilegio intollerabile.

Il nuovo regime funziona così: qualora l'autorità giudiziaria riceva notizia di un reato commesso da un ministro o un ex ministro nell'esercizio delle sue funzioni, essa, se ritiene che si deve dar corso al processo, deve sospendere ogni ulteriore indagine e trasmettere la questione alla camera a cui appartiene (o apparteneva) il ministro (o ex ministro) (nel caso in cui non appartenga a nessuna camera, la questione va trasmessa al Senato); la camera investita della questione può negare, però solo con la *maggioranza assoluta*, l'autorizzazione a procedere ma solo <<ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo>>. Siccome però il giudizio della assemblea è insindacabile, tutto dipende dalla volontà della maggioranza. Se però non si raggiunge la maggioranza assoluta l'autorizzazione si intende concessa (in questo c'è una importante differenza con l'autorizzazione a procedere nei confronti dei parlamentari: per questi se non si raggiunge la maggioranza l'autorizzazione è negata, per i ministri se non si raggiunge la maggioranza assoluta, cioè la metà più uno degli aventi diritto, l'autorizzazione è concessa). In tal caso il processo penale riprenderà il suo corso davanti al giudice competente.

### **CAP 13: IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA**

Il Presidente della Repubblica viene eletto in Parlamento in seduta comune integrato da tre delegati per ciascuna Regione (tranne la VA che ne ha solo uno) e dura in carica 7 anni.

**Art 83 Cost:** <<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 -se ancora non si riesce ad leggere un candidato-è sufficiente la maggioranza assoluta.>>. I delegati regionali vogliono sottolineare e ricordare che il Presidente della Repubblica è Presidente non sono dello Stato in senso stretto (dello Stato-apparato), ma di tutta la comunità statale.

Con la scelta di questo collegio elettorale il costituente ha voluto ribadire la sua volontà di istituire in Italia una forma di governo parlamentare. Infatti, riducendo anche la elezione del Presidente della Repubblica al potere di controllo dei partiti in Parlamento, il costituente ha cercato di impedire che si costituisse un centro politico indipendente dal Parlamento, e potenzialmente contrapposto ad esso. In definitiva il Presidente della Repubblica italiana di regola non ha una sua forza politica da contrapporre ai partiti in Parlamento e quindi, di regola, di fronte ad una solida maggioranza parlamentare e ad un Governo da questo sostenuto, svolge un ruolo politico secondario. Non esiste in Italia un partito del Presidente. (vedi excursus p 424).

### **2. Ruolo e significato della qualità di capo dello Stato**

Se i costituenti si sono preoccupati di non creare un organo costituzionale che potesse svolgere un ruolo politico indipendente rispetto al Parlamento, nonostante che esso sia positivamente chiamato capo dello Stato; se d'altro canto l'organo costituzionale che sta a capo dell'apparato dello Stato e che per questa ragione è responsabile innanzi al Parlamento è il Governo, perché allora questi stessi costituenti hanno conservato la figura del Presidente della Repubblica capo dello Stato?

Va notato in primo luogo che capo dello Stato è una qualità dell'organo Presidente della Repubblica, e sia pure, come vedremo, una qualità necessaria e irriducibile, per cui, se c'è Presidente della Repubblica, questo non può non essere capo dello Stato. Però a rigore il nome ufficiale dell'organo è Presidente della Repubblica, e l'essere capo dello Stato è una sua qualità. Del resto questa qualità di capo dello Stato spetta anche ai re, agli imperatori e simili. (vedi **art 87 Cost**).

Contrariamente ad un pregiudizio comune non è vero né logicamente né storicamente che capi dello Stato hanno comunque da esistere: è pienamente dimostrabile che tale figura non è necessaria, e sono esistiti ed esistono Stati senza capo. Per capire la nascita e permanenza in molti Stati contemporanei di questa figura costituzionale, è necessario rifarsi alla storia europea di questi ultimi 4 secoli. Alle origini lo Stato si presenta assoluto, e cioè un apparato monopolizzatore della forza svincolato da ogni controllo da parte di soggetti che derivino il loro potere della società. La forma istituzionale tipica per realizzare questo risultato è la monarchia assoluta. L'istituto monarchico si prestava singolarmente a raggiungere questo risultato.

La monarchia garantiva la unità e la stabilità di questo nuovo apparato di dominio (lo Stato) che sotto la sua protezione si stava costruendo. In questo periodo il re è il capo dello Stato nel senso più pieno della parola. La monarchia assoluta però, se per ragioni storiche è stata la levatrice dello Stato, non ne costituiva la forma di governo più appropriata. La borghesia inizialmente si appoggia alla monarchia assoluta per contenere e distruggere progressivamente il potere dei feudatari, ma, una volta compiuta l'opera, tende poi a dirigere direttamente il suo Stato attraverso quello che è, storicamente, il suo strumento peculiare: il parlamento.

La monarchia assoluta, compiuto il suo compito storico, era destinata a cedere il passo a forme di governo non più assolute, ma che rispondevano del loro operato davanti ad organi rappresentativi. In generale in Europa durante il 1800 si assiste quasi ovunque all'affermarsi di governi parlamentari. Inizia così una fase di compromesso la cui espressione istituzionale è data dalla coesistenza al vertice dell'apparato statale di due soggetti: il re, non più assoluto (o, al posto del re, il Presidente della Repubblica), e il governo. Il re non può agire da solo, ma deve agire sempre con il consenso dei ministri; i ministri a loro volta sono responsabili innanzi al parlamento, e dunque <<consigliano>> il re in modo da rispondere alla volontà e alle tendenze predominanti in parlamento.

Oggi poi, con l'irrompere nella vita politica di ampie masse popolari e dei partiti che le rappresentano, il processo è divenuto assolutamente irreversibile. In conclusione, anche se subito dopo la fine della monarchia assoluta i sovrani hanno mantenuto alcuni poteri, questi poteri si sono via via ridotti a pure forma a vantaggio del potere effettivo dell'organo Governo e dell'organo Parlamento, legati dal rapporto di fiducia.

Il capo dello Stato (Re o Presidente non ha alcuna importanza) serviva e serve a questo: a garantire la unità e la stabilità dello Stato a fronte della continua mobilità del Governo. Si ha quindi questa divisione dei compiti: il Governo ha la direzione attiva dell'apparato, e, finché è in carica, ha il monopolio quasi totale di questa direzione dell'apparato; il capo dello Stato, che in normali periodi di pace sociale non ha iniziativa politica, diventa attivo in periodi di crisi, perché a lui spetta risolverle, è lui lo strumento istituzionale di riserva destinato a tale scopo.

Il capo dello Stato è divenuto realmente simbolo vivente della unità dello Stato e nulla più. In conclusione la qualità di capo dello Stato, spettante a quell'organo costituzionale che formalmente sta a capo dell'apparato civile e militare mentre la direzione sostanziale dell'apparato spetta al Governo, sta ad indicare il ruolo di garante dell'unità e continuità dello Stato e quindi il ruolo di *organo di riserva* che costituisce l'ultimo rimedio contro i pericoli della disgregazione e della crisi dello Stato.

Si può obiettare che esistono capi di Stato, ad esempio il Presidente USA, che non svolgono affatto questo specifico ruolo ora delineato, ed al contrario si caratterizzano per essere proprio essi i dirigenti politici del paese, riassumendo in sé, come comunemente si dice, sia le funzioni di capo dello Stato che quelle di Governo. In ogni caso negli USA manca proprio la distinzione tra Governo e capo dello Stato, tipica dei governi parlamentari; in altre parole, posto che la funzione principale ed essenziale del presidente USA è quella di governare, nei governi presidenziali manca proprio la specifica funzione di capo dello Stato nel senso europeo: manca proprio la funzione di garanzia istituzionale nei confronti delle crisi politiche, funzione che nei governi parlamentari si incarica in uno specifico organo distinto da tutti gli altri. La democrazia radicale, cioè un regime politico che tende a rimettere tutto il potere al popolo concretamente e senza residui, entra in irriducibile conflitto con la figura del capo dello Stato e ne impedisce la permanenza. Ogni esperienza storica di democrazia radicale ha abolito l'organo capo dello Stato. La ragione è abbastanza evidente. Se il sovrano è il popolo, non c'è posto per un capo dello Stato, cioè per un altro sovrano, neanche come singolo.

La costituzione americana non conosce il capo dello Stato in senso proprio (cioè un organo distinto dal governo, incaricato di incaricare istituzionalmente lo Stato nel suo insieme), perché tale costituzione fu elaborata ed approvata in tempi in cui le correnti di democrazia radicale erano abbastanza forti da impedire la ricostruzione sotto mentite spoglie della figura del monarca. La Costituzione sovietica, che aveva la sua matrice ideale nella convenzione giacobina, prima della riforma del 1988 non conosceva la figura del capo dello Stato nel senso proprio delle democrazie occidentali, e solo per vaga analogia veniva definito tale il presidium del Soviet Supremo (che in tal modo costituiva un esempio di capo dello Stato collegiale). In realtà il presidium del Soviet supremo era molto di più e molto di meno di un qualsiasi capo dello Stato della tradizione europea occidentale. Era molto di più dal punto di vista formale, perché, conformemente alla teoria sovietica che nega la validità per la società socialista del principio di divisione dei poteri, il presidium era contemporaneamente organo legislativo, governativo e giurisdizionale; era molto di meno, perché come tutti gli organi dello Stato sovietico, dipendeva dal partito comunista, che era il vero capo dello Stato, in fatto ed in diritto. Con la riforma del 1988 la figura del Presidente dell'URSS aveva conquistato una certa autonomia costituzionale, anche se l'autorità della carica dipendeva dal fatto che il titolare era anzitutto capo del partito (non era pensabile una scissione delle due cariche). La Repubblica popolare cinese con la costituzione del 1975 abolì la figura del Presidente della Repubblica (la reintrodusse però con la costituzione del 1982). È vero che in ogni caso un qualche organo statale deve pur continuare ad esercitare alcune funzioni tipiche e tradizionali dei capi dello Stato: ad esempio (ed essenzialmente) la rappresentanza dello Stato verso altri Stati. Proprio l'esercizio di questa funzione giustifica spesso la riunificazione sotto la comune etichetta di <<capo dello Stato>> di organi divertentissimi per ogni altro aspetto.

In questo senso anche la Repubblica popolare cinese del 1975 aveva un capo dello Stato, e precisamente il Comitato permanente dell'Assemblea nazionale, che svolgeva funzione di rappresentanza internazionale. Dunque alla figura del capo dello Stato viene attribuita la funzione di ultimo garante della unità e continuità dello Stato. Orbene, questo specifico ruolo, distinto da quello del Governo e incarnato in un apposito organo, si ritrova in Gran Bretagna col sovrano, in Italia o nella Repubblica federale tedesca e in altre repubbliche con il Presidente della Repubblica, cosicché questi soggetti sono capi di Stato in senso proprio. Questa stessa funzione non si ritrova a proposito del Presidente USA o del presidium del Soviet supremo, i quali quindi, in questo senso storicamente e politicamente significativo, non sono capi di Stato, nel senso proprio della parola. Ricevono bensì onori dovuti ai capi di Stato nei rapporti internazionali, ma nel loro proprio ordinamento non svolgono quella funzione e non ricoprono quel ruolo proprio dei capi di Stato (sono in realtà essenzialmente e principalmente organi attivi di governo).

### 3. Caratteristiche significative della carica di Presidente della Repubblica

Anzitutto tale organo costituzionale è un organo monocratico, composto da una sola persona. Un caso interessante di capo di Stato non monocratico si trova nella Repubblica di San Marino, nella quale la carica di capo dello Stato è ricoperta dai due Capitani Reggenti.

Il capo dello Stato è un organo monocratico perché essendo uno fisicamente può materialmente impersonare l'unità dello Stato, e può efficacemente svolgere la sua funzione di ultimo garante. Un uomo solo è molto più comprensibile e quindi autorevole di un intero collegio: il potere, anziché impersonale, appare personalizzato, e questo gli dà maggiore concretezza ed efficacia. La sua carica dura 7 anni. Solo i giudici della Corte Costituzionale durano di più (9 anni) e non a caso. Presidente della Repubblica e Corte costituzionale sono stati costruiti e previsti come organi di garanzia, e proprio per questo come organi duraturi nel tempo, affinché attraverso la loro (relativa) stabilità venisse garantita la stabilità del Governo e del suo ordinamento.

Terza caratteristica è l'alta maggioranza richiesta per la elezione. La Costituzione esige che nelle prime 3 votazioni si deve raggiungere la maggioranza dei 2/3 della assemblea (non quindi dei presenti, ma di tutti gli aventi diritto a partecipare alla assemblea) e dalla terza in poi maggioranza assoluta (cioè la metà+1, di nuovo calcolata sugli aventi diritto). Attraverso questa maggioranza così elevata si vuole impedire per quanto possibile che il Presidente della Repubblica sia un uomo imposto da un solo partito, e viceversa si cerca di ottenere che sia un uomo che riceve un consenso molto ampio.

È da notare che la Costituzione non prevede un modo per risolvere il caso in cui il Parlamento in seduta comune non riesce a raggiungere la maggioranza prescritta rispetto ad un candidato. Le votazioni proseguono ad oltranza finché in qualche modo una maggioranza riesce a costituirsi. È accaduto così per lungo tempo, di elezione in elezione, fino al 1978, e aumentano il numero delle votazioni necessarie e dei giorni richiesti. Nel 1985 però con la elezione di Cossiga dopo il settennato di Pertini si è assistito ad un drastico mutamento: il nuovo Presidente è stato eletto addirittura nella prima votazione con la maggioranza superiore ai 2/3.

**-requisiti di eleggibilità:** in linea di principio ogni cittadino italiano (non quindi lo straniero o l'apolide), uomo o donna, purché abbia compiuto i 50 anni e goda dei diritti civili e politici (in sostanza sia iscritto nelle liste elettorali), può essere eletto Presidente della Repubblica: in fatto solo parlamentari (per di più autorevoli) sono stati eletti Presidente della Repubblica dal 1948 al 1999. I partiti possono essere indotti a scegliere una persona al di fuori del Parlamento, e cioè al di fuori dei dirigenti di partito, solo in due ipotesi estreme:

- 1) Che la carica sia a tal punto simbolica ed inefficace che nessun uomo politico di un certo peso voglia occuparla (ipotesi del tutto estranea alla concreta vita politica italiana, nella quale il Presidente della Repubblica ha acquistato un peso politico notevole)
- 2) Oppure che il sistema dei partiti versi in una tale crisi da dover ricorrere ad un arbitro al di fuori di essi, cosa che i partiti normalmente evitano di fare finché è loro possibile, perché sarebbe a una confessione perdita secca di forza e prestigio. Proprio questa seconda evidenza si è verificata nel 1999, e questo spiega perché per la prima volta sia stato eletto Presidente della Repubblica un non parlamentare (Ciampi-il quale peraltro era stato autorevole Governatore della BC e Presidente del Consiglio: in altre parole, per essere eletti bisogna essere comunque una persona ben conosciuta e di prestigio).

**-assenza di candidature legali e divieto di presentazione di programmi:** per la elezione a Presidente della Repubblica non sono richieste candidature legali, cioè non esiste alcun atto ufficiale da cui risulta che una certa persona concorre alla carica (e in base al quale reciprocamente solo le persone legalmente candidate possono essere votate, come accade nelle elezioni politiche generali). (vedi spiegazione centrale p431)

Più interessante però è indagare il significato politico della assenza di candidature legali per la elezione del Presidente della Repubblica, soprattutto se uniamo questa particolarità alla regola convenzionale fin qui rispettata per cui né il candidato ufficioso di questo o quel partito formula programmi né li formula il partito che lo ha ufficialmente designato. La mancanza di candidature legali ha anzitutto lo scopo di non limitare la scelta del Parlamento, che non è obbligato a scegliere solo tra quelle persone che si sono previamente e legalmente candidate, ma può liberamente eleggere chi meglio crede; in secondo luogo, proprio per questo, impedisce che si scateni una concorrenza aperta tra i candidati per la elezione e che la carica appaia in tal modo apertamente politicizzata. Questa intenzione è confermata dal fatto che né i partiti né i candidati ufficiosi enunciano programmi appunto perché il Presidente della Repubblica deve apparire, e deve entro certi limiti realmente essere, al di sopra dei partiti, giacché solo in tal modo può acquistare tanta autorità da svolgere la sua funzione principale ed essenziale di garante della unità e continuità dello Stato.

**-la incompatibilità:** La carica di Presidente della Repubblica è incompatibile con qualsiasi altra carica, cioè, è incompatibile non solo con le altre cariche politiche, ma anche con qualsiasi altro ufficio pubblico, con attività private che comportano fini di lucro, oppure comportano funzioni dirigenti o all'inverso posizioni di subordinazione.

Queste incompatibilità fanno decadere dalle altre cariche o uffici, salvo che tali cariche o uffici o attività costituiscano uno status professionale che è fondamento materiale della vita nel qual caso il Presidente della Repubblica viene sospeso da esse e non decade. In altre parole: il PDR decade da deputato, o da sindaco e simili, e alla scadenza del suo mandato da PDR non riacquista la vecchia posizione; però viene sospeso da professore o da avvocato, e simili, può riprendere l'esercizio di queste professioni.

#### 4. Sulla responsabilità politica del Presidente della Repubblica

Il Presidente della Repubblica non è responsabile politicamente in via istituzionale, e neppure (in tendenza) in via diffusa. Non è responsabile istituzionalmente perché nessuno può rimuoverlo dalla carica per ragioni politiche e nessuno può chiedergli rendiconto né lui è obbligato a rendere conto a chicchessia. È stato sostenuto che, se quanto ora detto è incontestabilmente vero, una forma di responsabilità esiste per sempre, e si manifesta alla scadenza del settennato, col giudizio implicito che il Parlamento in seduta comune può dare sull'operato del Presidente uscente no rielegendolo. Questa opinione non appare fondata, e vale la pena di confutarla analiticamente per la luce ulteriore che questa discussione getta sulla carica. Per meglio comprendere la questione esaminiamo la responsabilità politica che grava sul Presidente degli USA.

Anche il Presidente USA viene eletto a tempo determinato e prima della scadenza non può essere revocato da chicchessia per ragioni politiche (si badi: egli può essere destituito, ma se e perché ha commesso un reato: egli viene destituito attraverso l'istituto dell'impeachment, e cioè la incriminazione da parte della Camera dei rappresentanti e il giudizio successivo da parte del Senato; si tratta come si vede da cosa molto diversa dalla rimozione per ragioni politiche).

Il presidente USA viene considerato universalmente responsabile per la sua politica e per tale motivo riceve continue critiche ..... diversamente da quest'ultimo, il Presidente della Repubblica italiana riceve scarse critiche, e comunque non deve e non rende conto a nessuno, né direttamente né indirettamente attraverso suoi subordinati. In secondo luogo il Presidente uscente, di regola, non si candida neanche ufficiosamente, e comunque esiste ormai una opinione consolidata per cui è opportuno che egli non venga rieletto. Infine e soprattutto non esiste, e non deve esistere, alcuna continuità o rapporto politico tra Presidente uscente e nuovo eletto, cosicché in nessun caso il giudizio negativo su un candidato (ufficioso)

può essere interpretato come giudizio (e quindi vicenda di responsabilità politica) anche rispetto al Presidente uscente. Insomma, la elezione del successore è tutto meno che un giudizio istituzionalmente previsto per far valere la (pretesa e presunta) responsabilità politica del Presidente uscente. La tendenza dominante tra le forze politiche è quella di sottrarre il capo dello Stato alle critiche per quanto possibile, e quindi di escluderlo anche da quel processo che prima abbiamo chiamato della responsabilità politica diffusa.

## 5. La controfirma ministeriale

L'istituto che meglio caratterizza il ruolo del capo dello Stato nei confronti del Governo è la controfirma ministeriale. **L'art 89** della Costituzione dispone: <<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 dal Presidente del Consiglio dei ministri.>>. Quali poteri esercita o può esercitare il ministro con l'apporre la sua firma accanto a quella del capo dello Stato? Di bel nuovo per capire la realtà dell'istituto bisogna rifarsi alla sua storia. Abbiamo più volte sottolineato che la prima e decisiva rottura del potere assoluto del sovrano si ebbe quando il parlamento inglese pose impose la regola secondo cui il re non poteva agire senza il <<consiglio>> di un ministro. In tal modo il sovrano non poteva non tener conto del parere di altri e dunque per lo meno mediatori con questi altri. Successivamente si aggiunse la regola ulteriore, per cui non solo il sovrano doveva agire sempre col consiglio dei suoi ministri, ma tali ministri dovevano godere la fiducia del Parlamento. In tal modo diviene istituzionalmente che i consiglieri del re rappresentavano la maggioranza parlamentare. Questo compromesso tra corona e parlamento era instabile giacché non diceva chi fra i 2 nel rapporto di necessaria collaborazione doveva prevalere in caso di dissenso, conobbe un inevitabile e irresistibile sviluppo a vantaggio dei ministri. Se i ministri sono responsabili penalmente, civilmente e politicamente degli atti del sovrano da essi approvati, mentre il sovrano era irresponsabile (secondo antica regola per cui <<il re non può far male>>), era inevitabile che i ministri con responsabilità rivendicassero il potere politico corrispondente. Si afferma così il principio per cui il potere politico deriva dal popolo e dunque detiene il potere politico chi risponde del suo esercizio innanzi all'organo rappresentativo del popolo. In conclusione, l'atto formalmente continua ad essere imputato al re, ma in sostanza viene deciso dal suo ministro. Quando questo sistema di governo fu ripreso in Europa si stabilì che ogni atto del capo dello Stato venisse controfirmato dal suo ministro, pena la sua invalidità: la controfirma era la prova formale e la garanzia ad un tempo che effettivamente il ministro aveva collaborato all'atto (e in realtà aveva deciso lui l'atto da sottoporre al sovrano e per il quale rispondeva innanzi al Parlamento).

All'apparenza l'atto viene deciso dal capo dello Stato (che infatti firma e appare come intestatario dell'atto: c'è scritto decreto del Presidente della Repubblica), e il ministro appare in posizione subordinata (infatti controfirma); nella sostanza il ministro nella quasi totalità dei casi ha l'iniziativa dell'atto, lo propone, e la sua proposta di regola costituisce la decisione definitiva alla quale il capo dello Stato si associa firmando l'atto che solo così diventa giuridicamente valido.

**-poteri del capo dello Stato rispetto agli atti c.d ministeriali:** il solo fatto che un atto non diventa valido se non è firmato dal capo dello Stato significa per lo meno che il capo dello Stato viene informato di tale atto prima che tale atto divenga efficace. Questa necessaria e preventiva informazione significa anche che il capo dello Stato può far conoscere il proprio parere al Governo. Questa possibilità ha un minimo (e talvolta più del minimo) di efficacia, anzitutto perché un parere del capo dello Stato ha pur sempre autorità morale ed esige una risposta; in secondo luogo perché si tratta di un intervento tempestivo, che avviene prima della perfezione dell'atto, e quindi con la possibilità che l'atto venga ritirato e modificato con semplice rideliberazione del Governo o del singolo ministro; infine e soprattutto il capo dello Stato di fatto può rifiutare la firma, cioè bloccare la decisione, e contro questo suo rifiuto non

esistono veri rimedi giuridici (giacché gli unici rimedi immaginabili, sono o la sollevazione di conflitto di attribuzione di interessi davanti alla Corte Costituzionale o l'accusa per attentato alla Costituzione, cioè due rimedi chiaramente eccezionali e assolutamente sproporzionati rispetto ad una vicenda che normalmente è politica e chiede semplicemente un compromesso politico).

Cosicché non è vero che il suo intervento sia puramente formale: il capo dello Stato, se lo ritiene opportuno, può per lo meno chiedere un riesame dell'atto, può presentare obiezioni, suggerire delle modificazioni. Ma è ormai convinzione unanime che, rispetto ad alcuni *determinati* atti, il capo dello Stato può fare di più, nonostante la pur sempre necessaria controfirma (richiesta dalla Costituzione).

-Nello schema di rapporto fin qui delineato il capo dello Stato, pur potendo intervenire nel contenuto dell'atto, si trova però in una posizione secondaria (o minoritaria) rispetto al ministro, giacché la *iniziativa dell'atto spetta solo al ministro*. Il capo dello Stato cioè deve aspettare una concreta proposta del ministro, e solo allora può, se lo ritiene opportuno, far conoscere il suo parere e chiedere eventuali modificazioni. Ma non può essere lui a prendere l'iniziativa e a fare una proposta. Questo vuol dire che il ministro (o il Governo) ha una posizione di preminenza giacché: a) anzitutto detta i termini della discussione; b) proprio per questo spetta a lui fare nuove proposte rispetto alle obiezioni ed ai consigli del capo dello Stato, con la conseguenza che di regola il capo dello Stato deve accettare la proposta ultima del Governo (pena un vuoto politico e giuridico, e quindi l'apertura di una crisi, tra Presidente della Repubblica e Governo nella quale il Governo, se è sostenuto dalla maggioranza del Parlamento, può opporre al Presidente della Repubblica un consenso politico, e il Presidente della Repubblica, non potendo opporre nulla di altrettanto forte deve cedere). In definitiva, se il Governo è forte, non accadrà mai (e mai è accaduto) che esso non riesca ad imporre la sua decisione anche contro il parere del Presidente della Repubblica.

Questa conclusione vale come regola generale rispetto alla grande maggioranza degli atti del Presidente della Repubblica (o per essere più precisi: rispetto a tutti gli atti del capo dello Stato meno alcuni pochi di cui ora parleremo). Gli atti del capo dello Stato che rientrano in questa categoria nell'uso corrente vengono chiamati <<atti ministeriali>> appunto per sottolineare che essi, pur essendo imputati formalmente al capo dello Stato (per la forma sono atti del Presidente della Repubblica), per la sostanza sono atti la cui decisione spetta prevalentemente al ministro proponente. Ma è sempre così? Cioè sempre, rispetto ad ogni suo atto, il Presidente della Repubblica deve attendere l'iniziativa del Governo e quindi piegarsi alla decisione definitiva di esso? Oppure vi sono casi in cui il Presidente della Repubblica può prendere lui l'iniziativa, avanzare lui la proposta, cosicché se mai è il Governo che fatte tutte le obiezioni, deve alla fine piegarsi alla decisione del capo dello Stato? Pratica e dottrina rispondono di sì, esistono infatti i così detti atti presidenziali.

**-poteri del capo dello Stato rispetto agli atti c.d <<presidenziali>>:** sono atti del capo dello Stato rispetto ai quali è prevalente la decisione dello stesso capo dello Stato (da ricordare che anche questi, come tutti gli atti del capo dello Stato, sono controfirmati).

**-la nomina dei 5 giudici della Corte Costituzionale:** la Corte Costituzionale nella sua composizione ordinaria è composta da 15 membri, 5 dei quali vengono eletti dal Parlamento in seduta comune, 5 dalle supreme magistrature dello Stato, 5 infine vengono nominati dal Presidente della Repubblica (**art 135 Cost**). Secondo la Costituzione è evidente che la quota dei giudici spettante al Parlamento, e quindi ai partiti, è di 5 giudici. [se invece si affermasse la pratica per cui i 5 giudici di nomina presidenziale spettano in realtà al Governo-- → allora i partiti di maggioranza, oltre ad eleggere ovviamente una parte dei giudici spettanti al Parlamento, godrebbero, attraverso il loro Governo, di un vantaggio assolutamente sproporzionato e ingiustificabile fino al punto da poter conquistare la maggioranza assoluta della CC].  
La nomina dei 5 giudici spetta proprio al Presidente della

Repubblica, il quale rispetto a questo atto ha iniziativa piena ed esclusiva, mentre al Governo spetta, al più, se lo ritiene opportuno, un potere di controllo che deve cedere di fronte alla prevalente volontà del Presidente della Repubblica. La conferma di questo meccanismo si trova nell'art 4 della **legge 11 marzo 1953, n.87** che attua questo punto della Costituzione. In questo articolo è significativo che manchi ogni accenno alla proposta del Governo, e che al contrario prima si afferma che i giudici della Corte sono nominati con decreto del Presidente della Repubblica, e poi, nel secondo comma, ci dice che tale decreto va controfirmato dal Presidente del Consiglio, a sottolineare che la controfirma interviene dopo che il Presidente della Repubblica ha già deciso (e dunque tutt'al più il Presidente del Consiglio può chiedere un riesame della decisione adottata).

**-la nomina dei 5 senatori a vita:** Ragionamento analogo è stato fatto a proposito della nomina dei 5 senatori a vita che, secondo Costituzione (art 59), spettano al Presidente della Repubblica, il quale <<può nominare senatori a vita cinque cittadini che hanno illustrato la patria per altissimi meriti nel campo sociale, scientifico, artistico e letterario>>. È apparso ed appare del tutto ingiustificabile attribuire questo potere al Governo (attraverso controfirma), giacché inevitabilmente ne verrebbe stravolto il significato, che non è quello di permettere alla maggioranza di governo di acquistare alcuni voti in più entro il Senato, sia pure prestigiosi, ma quello di far partecipare al Senato uomini non strettamente legati ai partiti e alla vita politica, tutt'al contrario illustri per diversi meriti, tali dunque da essere sempre al di sopra delle lotte politiche.

**-il rinvio della legge:** il Presidente della Repubblica prima di promulgare la legge può rinviarla alle Camere con messaggio motivato (e deve promulgare se queste la riapprovano: *veto sospensivo*). Anche il rinvio delle leggi, come tutti gli atti del PDR, va controfirmato, come prescrive la Costituzione. ma che senso avrebbe attribuire al Governo la iniziativa e la decisione ultima sulla opportunità di rinviare o meno la legge, dal momento che questo stesso Governo durante il procedimento legislativo entro le Camere ha avuto in ogni momento la possibilità di intervenire, fino al punto di bloccare la legge da esso non condivisa mediante la questione di fiducia? È evidente che il costituente in questo caso ha voluto dare un potere proprio al Presidente della Repubblica, il quale non essendo presente e non potendo intervenire nel procedimento legislativo entro le Camere, ha solo questo mezzo per far conoscere, eventualmente, il suo parere e le sue obiezioni. Di regola quindi la iniziativa dell'atto di rinvio e la decisione ultima su di esso spettano al Presidente della Repubblica. Però nulla esclude che sia il Governo a chiedere al Presidente della Repubblica il rinvio della legge. Tutta la materia dei rapporti tra capo dello Stato e Governo, istituzionalizzata mediante la controfirma, è disciplinata da regole convenzionali, e non da regole giuridiche.

**-i messaggi delle Camere:** rispetto ai messaggi che, a norma di Costituzione, il Presidente della Repubblica può inviare alle Camere, valgono considerazioni in tutto simili a quelle prima svolte rispetto al rinvio della legge.

**-la nomina del Governo:** per quanto riguarda la nomina del Governo, la problematica della controfirma non può applicarsi a questo caso per assoluta impossibilità. Potremmo ragionevolmente chiederci se alla nomina prevale la volontà del capo dello Stato o quella del Governo qualora la controfirma degli atti di nomina del Governo spettasse al vecchio Governo, qualora cioè il capo dello Stato dovesse consultarsi e seguire (o comunque tenere conto) le opinioni del vecchio Governo. Ma questo è escluso per ragioni politiche ovvie, non avendo alcun senso che un Governo privo di fiducia (e cioè non gradito alle Camere) condizioni di nascita di un nuovo Governo che le Camere dovranno accettare. La pratica (resa ufficiale ora dall'art 1 della legge 400/88) rende chiara questa verità col negare al Presidente del Consiglio uscente (o ad un qualsiasi ministro missionario) la possibilità di controfirmare l'atto di nomina del nuovo Presidente del Consiglio, che verrà invece controfirmato proprio da quest'ultimo. Però questa inversione ragionevole mette a nudo il problema peculiare che presenta questo atto: il nuovo Presidente del Consiglio, proprio

perché nuovo, non può né proporre né decidere l'atto di nomina, dal momento che proprio lui né l'oggetto e fino a che l'atto non è stato perfezionato egli non è ancora Presidente del Consiglio.

Il Presidente entrante nel momento in cui controfirma, non è ancora Presidente, dunque non potrebbe controfirmare; peggio ancora, non ha ancora giurato, giacché il giuramento segue la nomina perfetta, dunque in ogni caso non potrebbe esercitare le sue funzioni di Presidente del Consiglio, e dunque di nuovo e a maggior ragione non potrebbe controfirmare. Un autorevole studioso, Esposito, ha tagliato questo insolubile rebus sostenendo che la nomina è un atto orale del capo dello Stato, come tale ovviamente non controfirmabile, e che il decreto di nomina è successivo alla nomina e serve solo a certificarla ufficialmente.

Nel procedimento di nomina del Governo, il capo dello Stato entra in rapporto essenzialmente con i partiti, soprattutto nella fase dell'incarico, la quale costituisce quella fase in cui realmente può esplicarsi un potere di scelta e di condizionamento del Presidente della Repubblica. Nella fase dell'incarico dunque sarà la forza, la compattezza e la unità dei partiti a ridurre al minimo o addirittura ad annullare ogni influenza del Presidente della Repubblica rispetto alla nomina del nuovo Governo; così come all'inverso sarà la insistenza di una previa e certa maggioranza ad ampliare notevolmente il potere di scelta del Presidente della Repubblica fino al punto che, in casi eccezionali, il Governo può diventare presidenziale, e cioè deciso essenzialmente dal PDR che nomina PDC un uomo scelto da lui, mentre i partiti in Parlamento si limitano a votare la fiducia per impedire un vuoto governativo, ma non si riconoscono responsabili per tale Governo.

In conclusione la nomina del Governo ha ben poco a che vedere con l'istituto della controfirma, appunto perché in tal caso il rapporto politico principale non verte tra Presidente della Repubblica e Governo (che ancora non c'è), ma tra Presidente della Repubblica e partiti. La controfirma, che pure formalmente il nuovo Presidente del Consiglio appone al suo atto di nomina, ha in questo caso il valore di accettazione ufficiale e incontrovertibile della nomina decisa dal Presidente della Repubblica come conclusione di tutto il procedimento di formazione del Governo.

**-lo scioglimento delle Camere:** molto più ricca e complessa è la problematica della controfirma dell'atto di scioglimento delle Camere. Abbiamo visto che la Costituzione si limita a disporre che il Presidente della Repubblica <<può, sentiti i Presidenti, sciogliere le Camere o anche una sola di esse>>. La Costituzione dunque non distingue esplicitamente tra 2 ipotesi di scioglimento che viceversa sono completamente diverse per significato e conseguenze politiche: lo scioglimento normale alla scadenza dei 5 anni, che è atto dovuto al quale il Presidente della Repubblica, e con lui il Governo che deve controfirmare l'atto di scioglimento, non può sottrarsi, e che in sostanza costituisce atto formale privo di ogni momento discrezionale [*un momento discrezionale sta nella scelta della domenica in cui votare, che deve cadere tra il termine minimo (oggi 45 gg dallo scioglimento), richiesto dalle leggi vigenti per presentare le liste e svolgere campagna elettorale, e il termine massimo (70gg) richiesto dalla Costituzione per la elezione delle nuove Camere. Come si vede ben poca cosa, che comunque viene decisa dal Consiglio dei ministri.*]; lo scioglimento anticipato (di cui si occupa art 88 Cost) col quale il Presidente scioglie le Camere prima del termine normale di scadenza, e cioè in definitiva, quali siano le ragioni, modifica il meccanismo normale ed introduce nella vita politica un oggettivo momento di crisi.

Quando e per quali motivi il Presidente della Repubblica può sciogliere? E quali poteri esercita mediante la controfirma il Presidente del Consiglio rispetto a questo atto? In Italia la regola di fatto, sempre rispettata fin qui, è che, dimessosi un Governo, bisogna

anzitutto accertare se è possibile formare un altro Governo. Se questo risulta possibile, allora lo scioglimento anticipato delle Camere è impraticabile, giacché significherebbe da parte del capo dello Stato che firma il decreto di scioglimento e del vecchio Presidente del Consiglio privo di fiducia che lo controfirma un atto di guerra contro la maggioranza parlamentare ormai costituitasi e verificata, cioè una crisi istituzionale risolvibile solo e con la cacciata del Presidente della Repubblica e del suo Governo minoritario oppure con la aperta ed ufficiale subordinazione del Parlamento neo eletto al Presidente della Repubblica, cioè con il completo rovesciamento del meccanismo parlamentare. Abbiamo così escluso, pur nel silenzio della Costituzione, che possa esservi scioglimento anticipato contro la maggioranza parlamentare. Questa stessa regola (convenzionale) ci dice inoltre che lo scioglimento anticipato non può essere proposto e deciso autonomamente né dal Presidente della Repubblica né dal Governo in carica, giacché in definitiva sono i partiti in Parlamento i quali, constatando la impossibilità di formare una maggioranza, aprono la possibilità (non inevitabilità) di uno scioglimento anticipato. Nello stesso tempo però questa possibilità aperta dai partiti (e apribile solo da essi) deve incontrarsi con la volontà del Presidente della Repubblica (e in subordine del Presidente del Consiglio, che deve controfirmare l'atto di scioglimento), giacché dal punto di vista legale-costituzionale è pur sempre il Presidente della Repubblica con atto controfirmato dal Presidente del Consiglio che decreta lo scioglimento delle Camere.

-In definitiva, anche nei confronti dello scioglimento vale quanto si diceva a proposito della nomina del Governo. Quanto più forte e compatta è una maggioranza politica, tanto minori sono le possibilità di influenza del capo dello Stato e viceversa. Ugualmente si verifica, come nel caso della nomina del Presidente del Consiglio, che rispetto allo scioglimento anticipato il rapporto principale corre tra Presidente della Repubblica e partiti, cosicché la controfirma del Presidente del Consiglio all'eventuale atto di scioglimento rappresenta piuttosto lo strumento attraverso cui i partiti di maggioranza (per bocca del Presidente del Consiglio, espressione di questa maggioranza anche se entrata in crisi) controllano il capo dello Stato e condizionano ogni sua decisione in merito, piuttosto che lo strumento attraverso cui l'organo Governo, direttamente e autonomamente, partecipa alla decisione circa lo scioglimento anticipato delle Camere.

**-sentenza Corte Costituzionale n.200 del 2006 in materia di grazia:** l'opinione dominante dei ministri ha ritenuto, si può dire fin dal 1948, che la controfirma non ha sempre lo stesso valore *giuridico*, ed usa dividere gli atti del Presidente della Repubblica ora in 2 gruppi (atti governativi ed atti presidenziali), ora in 3 (ai primi due si aggiungono gli atti duumvirali o complessi eguali, per i quali due soggetti hanno gli stessi poteri), ora in quattro (dai precedenti gruppi vengono tolti gli atti dovuti, rispetto ai quali non si può parlare di poteri differenti, ma solo di poteri eguali), ora in altro modo ancora. L'aspetto però comune a queste classificazioni è che esse sono di ordine giuridico, e quindi la diversità di potere dell'uno o dell'altro organo può divenire oggetti di controversia giuridica e quindi di giudizio da parte di un giudice (in particolare della Corte Costituzionale in sede di conflitto dei poteri). (qui c'è commento Rescigno) Nel testo vigente io sostengo che le differenze di potere eventualmente riscontrabili in base alla prassi non sono di ordine giuridico ma di ordine convenzionale (sulle convenzioni costituzionali), e quindi non possono diventare oggetto di giudizio da parte di un giudice: eventuali contrasti tra Presidente della Repubblica e Governo vanno risolti in sede politica. Secondo questa interpretazione, dal punto di vista giuridico la controfirma si limita ad attestare ufficialmente che il ministro ha collaborato con il Presidente della Repubblica nella decisione dell'atto, senza dire nulla di più sul piano giuridico per quanto attiene alle modalità ed alla portata di tale collaborazione.

Con la sentenza n.200 del 2006 della Corte Costituzionale è intervenuto in materia un fatto nuovo di rilevante importanza che esige una riflessione. La sentenza, data la domanda, a rigore si è pronunciata sulla grazia ma nella motivazione ha dovuto prendere posizione sul tema più generale della controfirma degli atti del Presidente della Repubblica. Era insorto un grave conflitto politico tra Presidente della Repubblica, che riteneva meritevole di grazia un condannato, ed il Ministro della giustizia, che si dichiarava contrario e quindi non disponibile a controfirmare l'atto (che dunque per questa ragione non poteva neppure nascere). Il Presidente della Repubblica, dopo molte polemiche, aveva allora sollevato conflitto di attribuzione contro il Ministro, sostenendo che la grazia rientrava tra gli atti strettamente presidenziali, con la conseguenza che il Ministro, terminata la fase istruttoria (che egli dovrebbe comunque concludere su richiesta del Presidente della Repubblica), avrebbe l'obbligo di controfirmare l'atto di grazia deciso dal Presidente della Repubblica. La Corte ha dato ragione al Presidente della Repubblica e così facendo non solo ha collocato l'atto di grazia tra quelli presidenziali, ma ha anche preso posizione sulla controfirma in generale, accogliendo la tesi dominante che distingue giuridicamente più categorie di atti del Presidente della Repubblica, ed in particolare distingue tra atti governativi, la cui decisione spetta al Governo (e che quindi il Presidente della Repubblica deve firmare), ed atti presidenziali, nei quali il rapporto si inverte.

Non c'è dubbio che questa sentenza dà ragione alla dottrina dominante e torto alla tesi qui sostenuta. Allo stato a me pare che questa sentenza, portando alle estreme conseguenze la dottrina dominante, dimostri paradossalmente dove sta l'errore di essa (e quindi anche della sentenza della Corte): la tesi secondo cui esistono atti presidenziali in senso stretto, rispetto ai quali prevale giuridicamente la volontà del Presidente della Repubblica trasforma in certi casi la controfirma in un parere obbligatorio non vincolante, contro la Costituzione (che non dice affatto questo) e soprattutto contro 2 secoli di storia costituzionale europea (che ha visto e costruito la controfirma come necessario bilanciamento nei confronti dei poteri del Capo dello Stato, così come ha attribuito rilevanti poteri al capo dello Stato come bilanciamento nei confronti del Governo, a garanzia degli equilibri costituzionali tra tutti gli organi di vertice, Parlamento compreso). Seguendo la tesi oggi ancor più minoritaria, continuo a ritenere che non è corretto distinguere sul piano giuridico i rispettivi poteri del ministro e del Capo dello Stato secondo l'atto considerato, ma che *giuridicamente* il valore della controfirma è sempre il medesimo, e cioè attestazione che il ministro ha collaborato con il Capo dello Stato nella decisione contenuta nell'atto controfirmato, fermo restando che sul piano convenzionale è ben possibile, e provato dalla prassi, che in alcuni paesi il Presidente della Repubblica si limita a svolgere funzioni di controllo ed a consigliare il Governo, ed in altri il rapporto si inverte (ed in altri casi il rapporto può essere ancora più complicato).

## 6. I poteri del Presidente della Repubblica

La Costituzione elenca minutamente i poteri del Presidente della Repubblica, sia in vari articoli sparsi, sia soprattutto nell' **art 87** che ne contiene il maggior numero. Mentre per i costituenti il Parlamento ed il Governo sono organi a competenza generale, il Presidente della Repubblica non lo è, ed ha in principio solo quei poteri enumerati dalla Costituzione.

La pratica ha trasferito al Presidente della Repubblica tutti i poteri che prima le leggi davanti al Re e spesso nuove leggi hanno attribuito poteri ulteriori al Presidente della Repubblica. È vero che quasi sempre, grazie alla controfirma, si tratta di poteri puramente formali, mentre la decisione sostanziale di tali atti spetta al Governo, ma resta il fatto che tali poteri non hanno base costituzionale, ed anzi, a mio avviso, sono contrari alla intenzione dei costituenti, che era proprio quella di enumerare i poteri del Presidente della Repubblica.

Oggi la **legge n.13, 1991** ha portato un certo ordine nella materia, elencando in modo tassativo tutti gli atti amministrativi che vanno emanati con decreto del Presidente della Repubblica, cosicché per esclusione tutti gli altri atti amministrativi vanno emanati da altri

organi (e in generale, o dal Presidente del Consiglio o dai ministri o da altre autorità indicate dalla legge). Rispetto al futuro (cioè dal 1991 in poi) la legge 13/1991 non può però impedire che leggi successive attribuiscono al Presidente della Repubblica il potere di emanare atti amministrativi ulteriori rispetto a quelli elencati in tale legge. Nel silenzio però tali atti diversi da quelli elencati nella legge 13/91 non spettano al Presidente della Repubblica (neppure per quanto riguarda la emanazione).

Dal punto di vista politico-costituzionale per la verità sono importanti e significativi solo quelli enumerati in Costituzione. Da ora in poi ci occuperemo solo dei poteri contenuti in Costituzione.

#### Rispetto al potere legislativo il Presidente della Repubblica:

- Convoca le Camere in via straordinaria (art 62)
- Indice le elezioni delle Camere e ne fissa la prima riunione (art 87)
- Nomina 5 senatori a vita (art 59)
- Scioglie le Camere (art 88)
- Promulga le leggi (art 73 d 87)
- Può rinviare le leggi alle Camere (art 74)
- Invia messaggi alle Camere (art 87)
- Indice i referendum popolari (art 87)

#### Rispetto al potere esecutivo il Presidente della Repubblica:

- Ha il comando delle Forze armate, presiede il Consiglio supremo di difesa, dichiara la guerra deliberata dalle Camere (art 87)
- Nomina il Presidente del Consiglio e i ministri (art 92)
- Nomina, nei casi indicati dalla legge, i funzionari dello Stato (art 87)
- Emanava i decreti legge (art 77)
- Autorizza il Governo a presentare i disegni di legge al Parlamento (art 87)
- Concede le onorificenze della Repubblica
- Accredita e riceve i rappresentanti diplomatici, ratifica i trattati internazionali, previa autorizzazione delle Camere quando occorre (art 87)
- Scioglie nei casi previsti dalla Costituzione i Consigli regionali (art 126)

#### Rispetto al potere giudiziario il Presidente della Repubblica:

- Presiede il Consiglio superiore della magistratura (art 87)
- Può concedere la grazia e commutare pene (art 87)
- Nomina i 5 giudici della Corte Costituzionale (art 134)

Tutti gli atti che costituiscono esercizio dei poteri prima elencati, vanno controfirmati da un ministro o dal Presidente del Consiglio secondo i casi. Sono esclusi dalla controfirma gli atti che il capo dello Stato compie come membro di un collegio, e cioè come membro di un Consiglio superiore della magistratura, e come membro del Consiglio superiore di difesa. La ragione di questa esclusione è semplice: a rigore tali atti non sono atti del PDR, ma atti del collegio a cui il Presidente della Repubblica partecipa, e dunque è ovvio che non ricadano nella previsione dell'art 89 della Costituzione.

Negli atti presidenziali rientrano: la nomina dei 5 senatori a vita, nomina dei 5 giudici della Corte Costituzionale, il rinvio delle leggi, i messaggi alle Camere. Si discute sul potere di grazia, sul potere di scioglimento anticipato e sulla nomina del Governo: per la verità, essi sfuggono a tale divisione: rispetto ad essi il rapporto principale corre tra PDR e partiti, e la controfirma nell'uno e nell'altro ha un suo significato molto specifico e particolare, cosicché questi 2 casi sfuggono alla divisione condotta secondo il criterio della controfirma.

In ogni caso tutti gli altri atti oltre questi ora citati, e sono la maggioranza schiacciante, rientrano nella seconda categoria, sono cioè atti rispetto ai quali mediante la controfirma la preminenza della decisione spetta al Governo. Così si può chiedere quanti e quali sono gli atti dovuti: atti cioè che il Presidente deve comunque compiere ogni volta che si verifica il presupposto di fatti indicato dalla Costituzione. così sono atti dovuti la promulgazione, almeno dopo la seconda approvazione delle Camere, lo scioglimento ordinario, la indizione delle elezioni e la fissazione della prima riunione delle nuove Camere, la indizione dei referendum. Ci si può chiedere se esistono e quali sono eventuali atti discrezionali sia nell' *an* (se compierli oppure no) che nel *quantum* (con quale contenuto): tale va considerata la nomina dei 5 senatori a vita: il Presidente può nominarli tutti e 5 o solo alcuni, e può nominare le persone che ritiene più degne secondo il suo insindacabile giudizio. Vi sono poi atti dovuti nell'*an*, discrezionali nel *quantum*: tale la nomina dei 5 giudici CC: il Presidente deve nominare i giudici di sua spettanza ogni qual volta si è reso vacante un posto (altrimenti metterebbe in forse la funzionalità e addirittura l'esistenza pratica di un altro organo costituzionale), ma può nominare chi vuole (purchè ovviamente abbia i requisiti prescritti).

Possiamo così distinguere atti organizzatori rispetto alle persone (tutte le nomine); atti organizzatori rispetto ai collegi (gli scioglimenti, le convocazioni, la indizione delle elezioni); atti di iniziativa (i messaggi alle Camere); atti di controllo (il rinvio delle leggi). Un altro atto del Presidenza della Repubblica mai controfirmato sono e dimissioni: ciò accade però perché si ritiene che esse non siano atto del capo dello Stato, ma atto personale dell'uomo che ricopre la carica.

Così il capo dello Stato è collegato con tutti gli organi costituzionali e con quasi tutti i centri decisivi dello Stato, ed ha un raggio di azione, per così dire, tanto ampio da ricoprire tutta l'attività più rilevante dello Stato. Il capo dello Stato, unico fra gli organi costituzionali, partecipa contemporaneamente a tutti i poteri dello Stato, e proprio per questo è fuori di tutti.

## 7. La responsabilità penale del Presidente della Repubblica

La Costituzione **all'art 90** dispone: << 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.>>. L'art 134 poi chiarisce che il Presidente della Repubblica messo in stato di accusa viene giudicato dalla Corte Costituzionale.

La Costituzione prevede questo regime di eccezione a favore del Presidente della Repubblica e rispetto al diritto comune, solo per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni. Secondo una antichissima tradizione i re erano sacri ed inviolabili: il re non poteva essere né processato né tanto meno condannato da nessuno e per nessuna ragione. Con alcuna attenuazioni la sostanza dell'istituto è passata dalle antiche monarchie assolute (e costituzionali) nelle repubbliche rispetto a quell'organo che in esse ha lo stesso rango (anche se quasi mai gli stessi poteri) del Re: appunto il Presidente della Repubblica. La funzione di simbolo dell'unità, di rappresentante della nazione è chiaramente incompatibile con la macchia provocata da una accusa penale. D'altra parte oggi è facile esentare il PDR dalla responsabilità giuridica per atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, perché, come abbiamo visto esaminando l'istituto della controfirma ministeriale, la gran parte di questi atti sono decisi in sostanza dai ministri, i quali sono per questo pienamente responsabili anche penalmente. In questi casi dunque, se reato c'è stato, chi lo ha veramente compiuto è il ministro che ha proposto l'atto e non il capo dello Stato, che potrebbe essere accusato di negligenza solo in casi eccezionali, quando l'illegittimità dell'atto era palese, e potrebbe essere accusato di complicità solo se era a conoscenza dell'intenzione criminosa del ministro.

Sta di fatto che questa immunità esiste e copre il Presidente della Repubblica rispetto a tutti gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, anche rispetto a reati dolosi del ministro conosciuti dal Presidente (o peggio ancora condivisi), anche rispetto a quegli atti che spettano

preminentemente al Presidente della Repubblica e non al ministro per quanto riguarda iniziativa, proposta e decisione finale. Questa irresponsabilità penale e poi *sostanziale e non solamente processuale*, cioè non solo impedisce che il Presidente della Repubblica venga processato, ma addirittura impedisce che il fatto possa essere considerato illecito, con la conseguenza fondamentale che l'uomo Presidente della Repubblica resta irresponsabile giuridicamente anche dopo che è cessato il suo mandato.

Secondo Costituzione, però la irresponsabilità riguarda solo atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, e cioè reati commessi esercitati quei poteri e doveri previsti dalla Costituzione e dalle leggi, oppure anche reati commessi abusando della sua qualità di Presidente della Repubblica (reati per commettere i quali era indispensabile possedere la qualità di Presidente della Repubblica).

-**i reati di alto tradimento e attentato alla Costituzione:** non deve poi trattarsi del reato di alto tradimento e del reato di attentato alla Costituzione. Per essi il Presidente della Repubblica risponde *penalmente*, sia pure con una speciale procedura. La Costituzione non definisce questi due reati, li nomina semplicemente. Questo fatto costituisce una deroga al principio di diritto penale stabilito dalla stessa Costituzione con **l'art 25**, secondo cui <<Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso>>. Questa norma dice che nessuno può essere punito se il fatto per il quale si pretende di condannarlo non è stato preventivamente individuato dalla legge secondo criteri oggettivi (principio di legalità dei reati e delle pene).

L'intenzione del costituente è chiara: colpire quegli atti del capo dello Stato che mettono in pericolo la esistenza stessa della Repubblica così come configurata dalla Costituzione. E' giusto che la irresponsabilità penale cessi quando lo stesso capo dello Stato mette in pericolo l'unità e continuità dello Stato di cui lui è garante. Ciò che conta è il fine illecito perseguito, e il capo dello Stato potrebbe usare infiniti strumenti e modi per raggiungere questo stesso fine. Saranno dunque il Parlamento in seduta comune in fase di incriminazione, e la Corte Costituzionale definitivamente in fase di giudizio, a stabilire se certi comportamenti avevano il fine di distruggere la Repubblica così come organizzata dalla Costituzione vigente oppure no, se dunque costituivano alto tradimento o attentato alla Costituzione oppure no.

-Analizziamo ora 2 casi: il caso in cui il Presidente della Repubblica commetta un reato fuori dell'esercizio delle sue funzioni oppure si sospetta abbia commesso in reato prima della carica. Non è vero che il Presidente della Repubblica è un cittadino qualsiasi e dunque va trattato come un cittadino qualsiasi. In questo caso vanno messe nel piano della bilancia 2 esigenze contrastanti: una di uguaglianza e giustizia, che tende ad assoggettare tutti, e quindi anche il Presidente della Repubblica, al diritto comune di tutti; l'altra di politica delle istituzioni, che, in nome della stabilità e della pace sociale, tende a sottrarre alcuni soggetti alla giustizia comune. Immaginiamo che un giudice incrimini il Presidente della Repubblica per un presunto reato commesso fuori dall'esercizio delle sue funzioni, che lo processi e poi magari lo assolva. Il Presidente non gode del privilegio della irresponsabilità per reati commessi fuori dall'esercizio delle sue funzioni o prima del mandato, ma gode del privilegio puramente processuale della improcedibilità, che dura finché resta in carica, cosicché nessun processo penale può essere iniziato contro di lui. Cessato dalla carica, egli sarà processato come chiunque. I capi di Stato stranieri non possono essere sottoposti a giudizio in un altro paese, cosicché potrebbe estendersi per analogia questa regola allo stesso capo di Stato italiano. La tesi prevalente tra i costituzionalisti è che il capo dello Stato, per i reati commessi fuori dall'esercizio delle sue funzioni, non gode di alcuna immunità.

## 8. La supplenza del Presidente della Repubblica

Il Presidente della Repubblica per una qualsiasi ragione può essere oggettivamente impedito dall'esercitare le sue funzioni. In questo caso la Costituzione (**art 86 Cost**) prevede che egli

venga supplito dal Presidente del Senato (il quale a sua volta viene sospeso dalla sua carica e sostituito nelle sue funzioni dal vicepresidente del Senato più anziano).

- Impedimento temporaneo=si verifica quando è certo o ragionevolmente prevedibile che l'impedimento cesserà entro un tempo breve e comunque più breve del periodo di carica che resta al Presidente della Repubblica
- Impedimento permanente= si verifica quando il fatto impeditivo è irreversibile o comunque è certo o scientificamente prevedibile che esso durerà più del periodo di carica che ancora resta.

-supplenza sede piena: quando si verifica l'impedimento temporaneo la supplenza dura un tempo indeterminato fino a che il fatto impeditivo non cessa e il Presidente della Repubblica non riassume le sue funzioni (per tale ragione questa supplenza si chiama sede piena, cioè con carica ricoperta)

-supplenza sede vacante: quando si verifica l'impedimento permanente invece la supplenza dura un tempo rigorosamente predeterminato, e più precisamente il tempo necessario al Parlamento in seduta comune per eleggere il nuovo Presidente della Repubblica, al qual fine il Parlamento in seduta comune deve essere convocato entro 15 gg dall'inizio della supplenza (..sede vacante, cioè con carica priva di titolare).

La Costituzione ha previsto il caso possibile che proprio in tale periodo di sede vacante le Camere siano sciolte o machi meno di tre mesi al loro scioglimento: in questi 2 casi vengono prorogati i poteri del Presidente supplente fino a che non si riuniscono di nuovo le Camere.

-**la dichiarazione di impedimento**: l'impedimento sia temporaneo che permanente può essere dichiarato dallo stesso Presidente se è in grado di farlo. Molto più spinoso il caso in cui, pur essendo oggettivamente impedito, il Presidente non voglia o non possa dichiarare da sé tale stato. La Costituzione non dice nulla al riguardo. Questa lacuna è stata eliminata nell'unico caso di supplenza non dichiarata dallo stesso Presidente verificandosi fino ad oggi. Nel 1964 l'allora Presidente Segni fu colpito da grande malattia. In quella occasione l'impedimento (che per prudenza fu dichiarato temporaneo, senza aprire quindi immediatamente la successione) fu accertato e dichiarato attraverso un procedimento complesso, nel quale l'iniziativa venne presa dal Segretario generale presso la Presidenza della Repubblica, un accertamento dell'impedimento fu fatto dal Consiglio dei ministri sulla base dei certificati medici, la dichiarazione ultima di impedimento fu compiuta da un collegio composto dal Presidente dle Consiglio dei ministri, dal Presidente della Camera e dal Presidente del Senato (il quale, ipso iure, in base a quella dichiarazione da quel momento assunse le funzioni di Presidenti supplente).

(commento Rescigno p451)

-**morte e dimissioni del Presidente della Repubblica**: la Costituzione parifica all'impedimento permanente la morte del Presidente della Repubblica, come è ovvio. Meno ovvio, e da spiegare, il fatto che anche un caso di dimissioni del Presidente della Repubblica si apre la supplenza sede vacante in attesa della elezione del successore. A rigore nulla vieta che date le dimissioni il Presidenti dimessosi resti in carica fino alla elezione del successore (così come avviene per il Governo). La Costituzione invece vieta espressamente questa prorogatio, e dispone che anche in caso di dimissioni subentri il supplente.

Normalmente le dimissioni o la minaccia di dimissioni sono nella vita politica una importante e talora decisiva arma politica. Se anche il Presidente della Repubblica potesse usare le dimissioni come un'arma politica, egli diverrebbe un uomo politico come tanti, e non più l'uomo al di sopra delle parti, garante dell'unità e della continuità dello Stato tutto intero. Ecco perché le dimissioni dei capi di Stato, e comunque del PDR in Italia, sono irrevocabili ed incondizionate, e cioè una volta annunciate pubblicamente non possono più essere ritirate e non possono essere condizionate al verificarsi di alcun fatto.

Per questa ragione le dimissioni impongono l'uscita di scena del non più Presidente della Repubblica, in modo che la sua presenza alla suprema carica, sia pure nella veste di dimissionario, non intralci e condizioni la elezione del successore, evitando sospetti, dubbi e timori che le dimissioni nascondono un gioco politico volto a favorire questo o quel candidato.

La posizione giuridica del supplente, finchè esercita la supplenza, è in tutto simile a quella del Presidente supplito: si estendono a lui quindi tutte le norme che riguardano il Presidente della Repubblica, da quella che prevede l'assegno personale a quelle che tutelano il suo onore, alla responsabilità penale particolare, e così via.

## **9. Assegno e dotazione-il Segretario generale del Presidente della Repubblica**

La Costituzione dispone che il Parlamento con legge attribuisca al Presidente della Repubblica un assegno ed una dotazione.

- o *Assegno*: è una somma di denaro che il Presidente riceve come fondamento materiale della vita sua e dei suoi familiari durante il periodo della carica
- o *Dotazione*: è un complesso di beni immobili e una somma di denaro annua che vengono amministrati in piena e totale autonomia dalla Presidenza della Repubblica per svolgere i propri compiti istituzionali.

## **CAP 14: LA CORTE COSTITUZIONALE**

### **1. I giudici della Corte**

La Corte Costituzionale (nella sua composizione ordinaria) è composta da 15 giudici: 5 eletti dal Parlamento in seduta comune, 5 dalle supreme magistrature dello Stato (legge 11 marzo 1953, n.87, con l'art 2 specifica poi che 3 sono eletti dalla Corte di Cassazione, e uno ciascuno dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei Conti), e infine 5 sono nominati dal Presidente della Repubblica.

-requisiti di eleggibilità: pochi soggetti entro la comunità sono eleggibili a giudici della Corte, e più precisamente: i professori universitari ordinari in materie giuridiche, i magistrati (anche a riposo) delle giurisdizioni superiori ordinarie e amministrative, gli avvocati dopo 20 anni di esercizio. Questo relativo distacco dalla politica è implicitamente perseguito anche da quella disposizione costituzionale la quale prevede che i giudici eletti dal Parlamento in seduta comune debbano essere eletti nelle prime 3 votazioni con la maggioranza dei 2/3 e nelle

successive con quella dei 3/5: tale elevata maggioranza comporta che i giudici vengano eletti solo mediante accordo tra i partiti principali, cosicché essi, dovendo godere la fiducia di molti partiti contemporaneamente, diventano, almeno nelle intenzioni e nelle speranze dei costituenti, uomini al di fuori dei partiti. Volta per volta i partiti in Parlamento cercano faticosamente un accordo, avendo come criterio guida che essi seguono nei fatti quello di garantire la parità tra i due maggiori poli (e cioè quello di destra e quello di sinistra).

-durata in carica: i giudici ordinari della Corte durano in carica 9 anni e non sono rieleggibili. Secondo l'**art 3 della legge cost n.1/1948** i giudici della Corte Costituzionale <<non possono essere rimossi, né sospesi dal loro ufficio se con decisione della Corte, per sopravvenuta incapacità fisica o civile o per gravi mancanze nell'esercizio delle loro funzioni>>.

-le incompatibilità: La Costituzione e le leggi applicative prevedono ampie incompatibilità tra la carica di giudice della Corte e altre funzioni o attività, così ampie per cui in pratica i giudici della Corte devono limitarsi a svolgere questa sola funzione.

-le immunità: le immunità di cui godono i giudici sono esattamente le stesse di cui godevano i parlamentari prima della **legge cost 3/93**: quindi non sono perseguibili per i voti e le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni (**art 5 legge cost n.1/1953**), non sono processabili penalmente se non dopo autorizzazione della Corte, non possono essere arrestati o comunque limitati nella loro libertà personale se non dietro autorizzazione della Corte, salvo che siano colti nell'atto di commettere un delitto per il quale è obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura.

A queste garanzie di indipendenza della Corte vanno aggiunti: il fatto che la Corte elegge da se stessa il suo Presidente tra i propri membri; che la organizzazione interna della Corte spetta esclusivamente alla stessa.....

## 2. Le funzioni della Corte

La Corte svolge 4 funzioni principali. Esse sono:

- 1) Il giudizio sulla costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni
- 2) Il giudizio sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, tra lo Stato e le Regioni e tra le Regioni
- 3) Il giudizio sulle accuse, promosse dal Parlamento in seduta comune contro il Presidente della Repubblica per alto tradimento o attentato alla Costituzione
- 4) Il giudizio sulla ammissibilità del referendum abrogativo

Un'ultima competenza, del tutto secondaria, è quella di giudicare sulle controversie di lavoro tra sé ed i propri dipendenti.

-le sentenze della Corte non sono appellabili: tutte le sentenze della Corte costituzionale non sono appellabili né comunque soggette a controllo da parte di altri giudici (Cassazione compresa). In questa regola si manifesta particolarmente la posizione di organo costituzionale della Corte e la sua natura di organo giurisdizionale particolare che sta fuori dall'ordinamento giudiziario.

-la Corte non ha iniziativa rispetto alle sue competenze: la Corte Costituzionale non ha iniziativa rispetto alle sue competenze: per esercitare i suoi compiti deve sempre aspettare che qualcun altro le sottoponga la questione da decidere. È prevista una eccezione a questo principio: il caso in cui la Corte, dopo essere stata regolarmente investita di una questione, si avveda che dovrebbe applicare una disposizione di subbia costituzionalità: in tal caso è la stessa Corte che solleva la questione di costituzionalità davanti a se stessa (e quindi prima decide su tale questione e poi riprende il processo durante il quale la questione era stata sollevata da essa stessa).

-principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: la Corte non può decidere su questioni diverse da quelle che le sono state sottoposte. Anche rispetto a questo principio è prevista una eccezione: il caso in cui la Corte si avvede che la medesima disposizione dichiarata incostituzionale ricorre in altre leggi, e vi sono le stesse ragioni di incostituzionalità: in tal caso la Corte estende la dichiarazione di incostituzionalità anche a queste disposizioni.

### 3. Il controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni

-il controllo di costituzionalità in via incidentale: i cittadini non possono ricorrere direttamente dinanzi alla Corte, ma debbono seguire un cammino indiretto e tortuoso. Anzitutto l'unica occasione nel corso della quale è possibile sollevare una questione di costituzionalità è un processo in corso, non importa dinanzi a quale giudice (purchè giudice sia). Nel corso di un processo le parti o lo stesso giudice d'ufficio (cioè di una iniziativa) possono sollevare una questione di costituzionalità rispetto ad una norma perché a) purchè questa norma sia contenuta in una legge o atto avente forza di legge dello Stato oppure in una legge regionale, b) purchè tale *questione* sia *rilevante e non manifestamente infondata*.

- *Rilevanza*: rilevante vuol dire che la questione deve riguardare una norma che il giudice dovrebbe applicare nel processo in corso (cosicché se la questione riguarda una norma di cui non si deve fare applicazione in quel processo, tale questione è inammissibile e va respinta immediatamente).
- *Non manifestamente infondata*: no vuol dire che la questione deve essere fondata (e cioè che il giudice deve ritenere che effettivamente la norma impugnata è contraria a Costituzione): questo giudizio in Italia spetta solo ed esclusivamente alla Corte Costituzionale; la formula vuol dire che il giudice, prima di rinviare alla Corte, deve esaminare se la questione sollevata ha un minimo di fondamento, se il dubbio ha una qualche ragion d'essere: se all'inverso a questione appare immediatamente e a prima vista infondata, se cioè non può esistere alcun dubbio che in realtà la norma incriminata è pienamente conforme a Costituzione, allora il giudice in questo caso deve respingere la questione.

Lo scopo di questi due accertamenti, obbligatoriamente previsti dalla legge e di cui il giudice deve tenere conto nella motivazione della ordinanza di rinvio, è abbastanza evidente: impedire che i processi subiscano ritardi per questioni del tutto infondate e pretestuose o per questioni magari fondate che però non riguardano tali processi e sono ad essi estranee.

-la interpretazione adeguatrice: la Corte Costituzionale sostiene che il giudice a quo (giudice inferiore che ha sollevato la questione di costituzionalità) ha il dovere di ricercare quella interpretazione che è coerente con la Costituzione (interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata) e scartare invece quella incoerente, con la conseguenza che in tal caso il giudice a quo non deve sollevare la questione, perché manifestamente infondata, e se invece la solleva egualmente perché la disposizione comunque permette una interpretazione incostituzionale, la Corte dichiara inammissibile la questione e quindi la respinge preliminarmente senza entrare nel merito, con una decisione di ordine processuale. Addirittura la Corte talvolta ha dichiarato inammissibile la questione perché il giudice a quo non aveva fatto alcun tentativo di interpretazione adeguatrice.

**Commento Rescigno**: nel giudizio della Corte c'è una parte corretta, ed una totalmente sbagliata: è corretto dire che il giudice a quo ha il potere-dovere di interpretare le disposizioni impugnate e il dovere di scegliere, tra due o più interpretazioni possibili, quella coerente con la Costituzione; è scorretto dire che il giudice a quo non deve sollevare le questioni davanti alla Corte se è possibile la interpretazione adeguatrice, perché la Costituzione ha scelto di attribuire alla Corte il compito di sciogliere i dubbi di costituzionalità ogni qual volta la questione non è manifestamente infondata, ed il fatto che la disposizione permetta una interpretazione adeguatrice è la riprova appunto che essa permette anche una interpretazione

non adeguatrice, cosicché la questione è automaticamente e di necessità dubbia, e non invece manifestamente infondata. Ancora più inaccettabile che la Corte si rifiuti di entrare nel merito e dichiarare la questione inammissibile perché il giudice a quo non ha fatto alcun tentativo di cercare una interpretazione adeguatrice: la normativa costituzionale impone al giudice a quo di motivare la rilevanza e la non manifestata infondatezza, e solo se non ha svolto o svolto male tali accertamenti la Corte può dichiarare inammissibile la questione, nulla essendo stato imposto dalle norme costituzionali al giudice a quo in merito alla interpretazione adeguatrice. Esiste poi, come vedremo, lo strumento della sentenza interpretativa di rigetto, mediante il quale la Corte respinge nel merito la questione proprio perché essa ritiene sbagliata la interpretazione seguita dal giudice a quo, e offre al suo posto una diversa interpretazione, conforme a Costituzione.

Se, di fronte alla richiesta di una qualunque delle parti o per sua iniziativa, il giudice accerta che la questione sollevata è rilevante e non manifestamente infondata, egli (con un atto che si chiama *ordinanza*) sospende il giudizio in corso e tramette la questione alla Corte, motivando i due accertamenti compiuti e indicando esattamente sia la norma incriminata (della cui conformità a Costituzione si dubita) sia le norme o le norme costituzionali che si ritengono violate.

-la questione di costituzionalità: in tal modo il giudice che rinvia/giudice a quo delimita l'iche nello stesso tempo non può ampliare o cambiare.

Questo modo per giungere alla Corte si chiama <<in via indiretta>> o <<in via incidentale>> (indiretta perché non si può andare direttamente davanti alla Corte ma bisogna passare direttamente attraverso un processo; incidentale, perché secondo il linguaggio tecnico del diritto processuale la questione sollevata costituisce un incidente processuale.

**-il controllo di costituzionalità in via diretta:** esiste un altro modo per giungere alla Corte, questa volta direttamente, mediante un atto chiamato ricorso presentato dai soggetti indicati dalla Costituzione. il nuovo **art.127**, nel testo introdotto dalla **l.cost 3/2001**, dispone:<< Il Governo, quando ritenga che una legge regionale ecceda la competenza della Regione, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla sua pubblicazione. La Regione, quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente valore di legge.>>

Il nuovo art 127 ripete la formula già usata nel precedente art 127 <<ecceda la competenza della Regione>>: questa formula viene interpretata dalla Corte costituzionale come se dicesse <<sia contraria a Costituzione>>, producendo una netta disparità di trattamento a vantaggio dello Stato, che può impugnare le leggi regionali per qualsiasi vizio di legittimità, mentre la Regione poteva e può impugnare una legge dello Stato di un'altra Regione non per qualsiasi vizio di legittimità ma solo se tale legge o atto <<leda la sua sfera di competenza>>. Nessuna differenza invece rimane, ma viene introdotta totale eguaglianza sia per il momento del ricorso che è sempre successivo, e cioè può esser fatto solo dopo che la legge o atto avente valore di legge è stato pubblicato, sia per quanto riguarda il termine entro cui ricorrere, che oggi è sempre di 60 gg dalla pubblicazione.

L'art 9 della legge 131/2003 porta lievi modificazioni nella materia. Esso prevede che il Consiglio dei ministri possa ricorrere alla Corte Costituzionale contro una legge regionale anche su proposta della Conferenza Stato-città e autonomie locali, o che reciprocamente la Giunta Regionale possa decidere di ricorrere alla Corte Costituzionale contro una legge statale anche su proposta del Consiglio delle autonomie locali. La ragione di queste 2 disposizioni sta nel fatto che gli enti locali (Province e Comuni) non possono ricorrere direttamente alla Corte costituzionale contro leggi statali o regionali ritenute lesive delle competenze costituzionalmente loro garantite.

Questo modo di arrivare alla Corte si chiama in via <<diretta>> o <<di azione>> o <<principale>>.

**-il controllo preventivo sugli statuti delle Regioni ordinarie:** dopo la riforma apportata dalla legge cost n.3/2001, questo controllo di costituzionalità in via diretta è successivo e non più preventivo. Resta però solo un caso di controllo preventivo su una legge regionale, quella che approva lo Statuto (delle Regioni ordinarie ovviamente, visto che lo statuto delle Regioni speciali viene approvato con legge costituzionale). Secondo la legge cost n.1/99 il Governo può ricorrere direttamente davanti alla Corte Costituzionale contro la legge regionale che ha approvato lo statuto entro 30 gg dalla pubblicazione (pubblicazione che, come ha stabilito la Corte costituzionale con sentenza n.304 del 2002, non è quella definitiva, ma quella che deve essere fatta dopo la seconda deliberazione del Consiglio regionale in attesa che decorrano i 3 mesi entro i quali 1/50 degli elettori o 1/5 del Consiglio regionale possano chiedere il referendum). Come si vede si tratta di un ricorso preventivo, e cioè di una eccezione alla regola generale introdotta dalla legge cost n.3 del 2001 secondo cui il ricorso del Governo contro una legge regionale (come quello della Regione contro legge statale) è successivo all'entrata in vigore della legge. Se la Corte dichiara incostituzionale la legge o parte della legge che approva lo statuto, la legge o parte della legge incostituzionale decade; se invece dichiara non fondata a questione sollevata dal Governo, l'approvazione definitiva dipende o dal risultato del referendum, se richiesto, o dallo scadere del termine di 3 mesi. Siamo così giunti davanti alla Corte.

**-decisioni processuali e decisioni nel merito:** La Corte costituzionale, come ogni giudice, prima di giungere alla decisione finale mediante cui si pronuncia sulla domanda posta dal giudice a quo, deve decidere preliminarmente sulle questioni procedurali, se cioè sono state rispettate tutte le regionali che disciplinano il processo.

- Decisioni processuali= sono decisioni processuali quelle che dichiarano inammissibile la questione o quelle che restituiscono gli atti al giudice a quo perché le disposizioni impugnate sono state nel frattempo abrogate
- Decisioni di merito= quelle che decidono sulla domanda del giudice a quo, con l'avvertenza che, se la decisione dichiara la incostituzionalità delle disposizioni impugnate, essa viene costantemente adottata con sentenza, se invece la questione viene rigettata ora la Corte si pronuncia con sentenza ora si pronuncia con ordinanza

**-la sentenza della Corte sulla costituzionalità delle leggi:** la Corte deve paragonare a norma impugnata X (che costituisce dunque l'oggetto del giudizio) con la norma costituzionale Y (che costituisce dunque il criterio o parametro di giudizio). Se, in seguito a questo giudizio, la Corte arriva alla conclusione che la norma X (oggetto del giudizio) è contraria alla norma Y della Costituzione, la Corte, con un atto chiamato sentenza dichiarerà incostituzionale la norma X. E cioè accoglierà la questione che le è stata sottoposta (**sentenza di accoglimento**): nel caso contrario la Corte dichiarerà la questione di costituzionalità relativa alla norma X non fondata costituzionalmente e cioè rigetterà la questione che le è stata sottoposta (**sentenza di rigetto**).

**-sentenza di accoglimento**=ha efficacia per tutti (erga omnes), e dal giorno successivo alla sua pubblicazione impone che la norma dichiarata incostituzionale non venga più applicata in nessun caso e per nessuna ragione: la norma incostituzionale cioè viene eliminata dall'ordinamento.

**-sentenza di rigetto**=ha efficacia solo tra le parti, solo cioè rispetto o ai ricorrenti Stato e Regioni. o rispetto a coloro che stavano in quel giudizio nel corso del quale è stata sollevata la questione (e che ora verrà ripreso e concluso applicando quella norma dichiarata non contraria a Costituzione dalla Corte Costituzionale). La sentenza di rigetto dunque non impedisce che successivamente chiunque (anche le medesime parti originarie) in un altro giudizio possano sollevare la medesima questione davanti alla Corte.

Può ben accadere che la norma X sia conforme a Costituzione se confrontata con la norma Y della Costituzione secondo un certo profilo, ma sia invece contraria a Costituzione se confrontata con la stessa disposizione Y sotto un profilo diverso. È necessario dunque che sia sempre possibile riproporre la questione di costituzionalità rispetto alla stessa norma ordinaria già giudicata, perché la volta successiva il confronto può essere chiesto rispetto a profili diversi. Inoltre il giudizio della Corte può cambiare, sia perché cambia la composizione della Corte, sia soprattutto perché cambiano i tempi e con i tempi il diritto deve eguagliarsi ad esso. Questa è la ragione per cui tecnicamente la Corte si limita a rigettare la questione proposita, senza minimamente dichiarare che la norma impugnata è conforme a Costituzione.

**-le sentenze interpretative:** immaginiamo che il giudice a quo abbia chiesto alla Corte di verificare se la norma X che egli interpreta nel significato A è o non è contraria alla norma costituzionale Y; la Corte però non accetta la interpretazione della norma X fatta propria dal giudice a quo e ritiene che invece essa significhi B. Immaginiamo ancora che la Corte, dopo aver così interpretato, concluda che la norma X non è contraria a Costituzione (*sentenza interpretativa di rigetto*). In questo caso la Corte non ha risposto al giudice a quo, perché questo giudice chiedeva un giudizio non sulla norma X, ma sulla norma X interpretata nel modo A, mentre la Corte ha risposto sulla norma X interpretata nel modo B. Si può obiettare: il giudice a quo deve abbandonare la sua interpretazione, e fare propria quella della Corte. Ma proprio qui è il punto. Anzitutto la Corte non ha il potere di interpretare le norme con valore vincolante per tutti, perché nessuna legge glielo ha conferito e dunque la interpretazione della Corte tutt'al più potrebbe vincolare il giudice a quo che si è rivolto ad essa, ma non potrebbe vincolare i cittadini, la pubblica amministrazione, gli altri giudici. La interpretazione autentica di una legge, cioè la interpretazione con valore vincolante per tutti, spetta al legislatore. Poiché la norma X resta in vigore e resta in vigore immutata nella sua formulazione letterale, essa potrà essere ancora applicata da altri giudici e da altri soggetti proprio in quella interpretazione disattesa dalla Corte e che in ipotesi è incostituzionale.

Altro caso è quello della sentenza interpretativa di accoglimento: qui la Corte, data una norma X sottoposta al suo giudizio, la dichiara incostituzionale se e in quanto interpretata nel significato A da essa giudicata incostituzionale, con la conseguenza che questa stessa norma X resta in vigore se interpretata nel significato B (*sentenza interpretativa di accoglimento*: interpretativa appunto perché la Corte dichiara incostituzionale non la norma X come tale, ma una delle sue possibili interpretazioni).

**-le sentenze manipolative:** le sentenze interpretative rientrano nel genere più ampio che riceve il nome di sentenze manipolative, e cioè sentenze che in qualche modo non si limitano a togliere una disposizione del sistema (o a confermarne la validità) ma, producono il risultato per cui la disposizione originaria, che formalmente rimane immutata, va però letta come se contenesse le precisazioni dette dalla Corte nella sentenza: tale il caso delle sentenze così dette additive, allorché la Corte dichiara incostituzionale una disposizione perché non contiene qualcosa (con la conseguenza che la disposizione deve essere letta come se contenesse quel qualcosa indicato dalla Corte)

Altre volte poi la Corte non si limita a dichiarare incostituzionale la legge sottoposta al suo giudizio, ma si spinge fino a prescrivere accuratamente il criterio che il legislatore dovrà seguire nel disciplinare ex novo la stessa materia.

**-il principio di eguaglianza:** la Corte ha poi dato il massimo di estensione possibile al principio di eguaglianza contenuto nel comma 1 dell'art 3 della Costituzione, attribuendo a se stessa il potere di dichiarare incostituzionale una legge se, confrontata con una legge disciplina in modo diseguale, senza ragionevole motivo, situazioni sostanzialmente eguali, oppure disciplina in modo eguale situazioni sostanzialmente diverse. In tal modo la Costituzione giudica sulla legittimità di una disposizione di legge non perché contraria a norma

costituzionale, ma perché indirettamente contraria a Costituzione, attraverso la ingiustificata disegualianza con altra disposizione di legge.

-il principio di ragionevolezza: muovendo dal principio di eguaglianza, la Corte Costituzionale ha elaborato il principio della ragionevolezza, per cui, nei casi evidenti la Corte dichiara incostituzionale una disposizione perché priva di ogni ragionevole fondamento. Se poi teniamo presente che molti principi costituzionali sono generici e vaghi, ne consegue che la Corte, in concreto, volta a volta, ha un ampio margine di libertà nel decidere se una norma è oppure non è conforme a tali principi. Si giustifica dunque la conclusione che la Corte, nella sua attività di controllo sulle leggi svolge inevitabilmente una funzione politica, cioè una attività di scelta libera tra diverse possibilità.

-la Corte e la politica: tuttavia la Corte ha pur sempre limiti molto severi: a) essa non ha iniziativa e quindi non può scegliere da sé i campi di intervento; per questa ragione la sua influenza politica è pur sempre sporadica e casuale, e non sistematica secondo un programma predeterminato; b) la Corte è sempre vincolata ad un precedente testo che circoscrive rigidamente i confini della sua libertà; c) essa deve motivare le sue decisioni, e cioè giustificare pubblicamente perché e come è giunta a determinate conclusioni e quindi sarà costretta a seguire criteri oggettivi. Questi limiti pongono la Corte su un piano politico secondario.

-la retroattività delle sentenze della Corte Costituzionale: abbiamo detto che la norma giudicata incostituzionale cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte che l'ha giudicata. Ma che succede di tutti i rapporti avvenuti prima della sentenza della Corte? Immaginiamo che la legge dichiarata incostituzionale sia entrata in vigore nel 1960 e che venga dichiarata incostituzionale nel 1970. Certamente essa non si applica più per tutte le vicende che cadono dopo il 1970. La dichiarazione di incostituzionalità non tocca tutti quei rapporti esauriti prima della sentenza della Corte, quei rapporti cioè che, secondo le norme vigenti, non possono più essere portati davanti al giudice. Il caso classico e principale è costituito dalla sentenza passata in giudicato: si chiama così quella sentenza di un qualsiasi giudice che non può più essere impugnata, o perché sono esauriti i mezzi di impugnazione previsti o perché sono scaduti i termini di impugnazione; questa sentenza dunque fa stato tra le parti, costituisce per esse, ma in generale solo per esse, la verità legale ed inattaccabile.

-quando invece i rapporti nati prima della sentenza della Corte costituzionale sono *pendenti*, e cioè sono ancora in corso o comunque possono essere ancora portati davanti ai giudici, allora anche ad essi si applica la dichiarazione di incostituzionalità, e cioè anche rispetto ad essi non può farsi applicazione della norma dichiarata incostituzionale, nonostante che tali rapporti siano cominciati prima della sentenza della Corte.

È significativo però, e corrisponde a ragioni di giustizia facilmente comprensibili, che la sentenza di incostituzionalità travolge anche le sentenze passate in giudicato se essa dichiara incostituzionale una norma penale sfavorevole sulla cui base qualcuno era stato condannato. In altre parole, coloro che sono stati condannati in base ad una legge poi dichiarata incostituzionale si avvantaggiano di questa pronuncia anche se la sentenza di condanna è passata in giudicato.

-sulla riviviscenza delle norme abrogate con legge dichiarata incostituzionale. Abbiamo visto che con una sentenza di accoglimento a norma prima in vigore viene tolta dall'ordinamento. Non c'è certezza a riguardo: secondo alcuni l'effetto abrogativo va considerato come un fatto esaurito, e quindi non viene toccato dalla dichiarazione di incostituzionalità della norma abrogante e dunque resta fermo, impedendo la riviviscenza della norma abrogata. Per conseguenza o i giudici possono applicare altre regole al caso concreto (per analogia o estensione o ricorrendo ai principi) o si crea un vuoto legislativo colmabile solo dal legislatore. Rescigno concorda con questa opinione.

Il controllo di costituzionalità delle leggi è stato costruito dalla nostra Costituzione come un controllo accentrato: solo la Corte costituzionale può giudicare se una legge è conforme o no a Costituzione e decidere in conseguenza (controllo accentrato). Però oggi il controllo sulla costituzionalità delle leggi in Italia non è sempre accentrato. Grazie ai trattati istitutivi delle comunità europee, e in forza della sentenza n.170/1984 della Corte costituzionale, se esiste contrasto tra un regolamento comunitario e una legge italiana, è il giudice comune che deve decidere, e applicare il regolamento comunitario e non applicare la legge italiana contraria. In tal modo si è instaurato in Italia un parziale controllo decentrato sulla legittimità delle leggi, giacché nel caso ora illustrato non è più la Corte costituzionale a decidere, ma qualunque giudice nel corso della causa pendente davanti ad esso.

L'art 267 del Trattato sul funzionamento della Unione europea prevede che i giudici inferiori possono e quelli di ultima istanza debbono sospendere il processo e rivolgersi alla Corte di giustizia dell'Unione Europea per chiedere pregiudizialmente se una disposizione che essi dovrebbero applicare è oppure non è conforme al diritto comunitario.

La Corte costituzionale italiana fino alla recente ordinanza n 103/08 ha sostenuto che essa, non essendo propriamente autorità giurisdizionale, non rientrava in questa regola. Con la ordinanza n.103/08 citata, la Corte ha parzialmente mutato opinione ed ha deciso che anch'essa ha il potere-dovere di sollevare la questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea con quel che ne consegue, non però in ogni caso ma solo in sede di giudizio in via principale con quel che ne consegue, non però in ogni caso ma solo in sede di giudizio in via principale su leggi regionali e leggi statali. Quindi mentre in tutti gli altri casi spetta al giudice comune della causa applicare il diritto comunitario e quindi, se necessario, sollevare la questione pregiudiziale, nel caso di ricordo diretto dello Stato contro una legge regionale o di una Regione contro una legge statale la Corte costituzionale italiana è l'unico giudice previsto e dunque spetta ad essa, e nessun altro potrebbe farlo al suo posto, sollevare la questione pregiudiziale.

#### 4. Il giudizio sui conflitti di attribuzione

Si ha conflitto di attribuzione (o di competenza) quando due soggetti rivendicano ciascuno per sé la competenza a deliberare un certo atto, oppure attribuiscono ciascuno all'altro la competenza di un certo atto. Nel primo caso il conflitto si dice positivo (appunto perché ambedue sostengono che l'atto spetta a sé e non all'altro); nel secondo si dice negativo (perché sostengono esattamente l'inverso, negano che la competenza spetti ad essi). Una ipotesi di conflitto considerato si ha quando un soggetto lamenta contro un altro soggetto la menomazione della propria competenza a causa del cattivo esercizio da parte del secondo di una competenza che spetta a tale secondo. In tale diverso caso cioè il soggetto A (che solleva il conflitto) riconosce che la competenza spetta a B, ma sostiene che B l'ha esercitata (o non esercitata) in modo tale che è stata lesa una competenza di A.

Il conflitto poi può nascere perché uno dei due o ambedue hanno esercitato la competenza di cui si discute, o sono sul punto di esercitarla giudicando che sussistano tutti i presupposti che legittimano tale esercizio, e in questo caso il conflitto si dice attuale; oppure il conflitto può nascere anche prima quando si controverte in astratto e in linea di principio (*conflitto potenziale o virtuale*).

Notare che la distinzione tra attuale e virtuale non corrisponde a quella tra positivo e negativo: vi possono essere conflitti positivi sia attuali che virtuali e conflitti negativi attuali e conflitti negativi virtuali. In generale però l'ordinamento non ammette i conflitti puramente virtuali, perché tende a ridurre la conflittualità, e quindi ammette conflitti solo quando si controverte in casi in cui si deve adottare una decisione, e quindi il conflitto è attuale.

La Corte costituzionale giudica solo su alcuni specifici e tassativi conflitti: in particolare la Corte giudica sui conflitti che presentano come minimo questi 2 requisiti congiunti: a) sono

conflitti relativi a competenze ed attribuzioni stabilite dalla Costituzione o comunque riconducibili alla Costituzione (quindi la Corte non giudica su eventuali conflitti derivanti da competenze attribuite alle leggi ordinarie: sarà eventualmente un altro soggetto a decidere su di essi) b) sono giudicati dalla Corte solo quei conflitti insorti tra i soggetti indicati dalla Costituzione, e precisamente tra i poteri dello Stato, tra Stato e Regione, tra Regione e Regione.

**-il conflitto tra i poteri dello Stato:** quali sono i poteri dello Stato che possono sollevare tale conflitto? Viene spontaneo riferirsi immediatamente ai tradizionali 3 poteri dello Stato, e cioè al potere legislativo, esecutivo, giurisdizionale. sicuramente e anzitutto i poteri dello Stato sono i 3 poteri tradizionali. Più in concreto quale soggetto può adire la Corte in nome e per conto di un potere dello Stato? Nel caso del potere legislativo la risposta è semplice: questo potere è composto in sostanza da 2 organi: Camera e Senato, i quali sono esattamente pari, cosicché ciascuno dei due può rappresentare davanti alla Corte, se necessario, l'intero potere.

Nel caso del potere esecutivo e del potere giudiziario le cose sono molto più complicate, perché ciascuno di essi è composto da molti organi. L'art 37 della l.11 marzo 1953 n.87 ha parzialmente risolto la questione disponendo che legittimato a sollevare conflitto è l'organo competente a <<dichiarare in via definitiva la volontà del potere a cui appartiene>>.

Rispetto al potere esecutivo: Presidente del Consiglio, Consiglio dei ministri e singoli ministri, sono, ciascuno per le competenze costituzionalmente ad essi garantite, gli organi di vertice del potere esecutivo e dunque possono sollevare conflitto per rivendicare una competenza di questo potere garantita dalla Costituzione contro la pretesa usurpazione da parte di un altro potere (epperò questi stessi organi non possono chiedere alla Corte di risolvere eventuali conflitti tra di loro, perché questi sarebbero conflitti interni allo stesso potere). [vedi commento p468]. Rispetto al potere giudiziario la legge citata non può trovare applicazione, giacché è un principio costituzionale, contenuto nell'art 101, che ciascun giudice è subordinato solo alla legge, cosicché non può esistere gerarchia in senso proprio tra i giudici e nessuno tra essi è il solo competente a <<dire in via definitiva la volontà del potere>>: al contrario ogni giudice dice in via definitiva la volontà del potere giudiziario e dunque può rappresentare l'intero potere. In conclusione ciascun giudice può sollevare davanti alle Camere conflitto di attribuzione contro altri poteri dello Stato (e quindi non contro altri giudici, che sono parte del medesimo potere: i conflitti tra i giudici vengono decisi dalla Corte di cassazione).

Resta da dire del Presidente della Repubblica, della Corte costituzionale, del Consiglio superiore della magistratura e di eventuali altri poteri dello Stato legittimati a ricorrere alla Corte. Se il Presidente della Repubblica viene considerato organo del potere esecutivo e la Corte costituzionale organo del potere giudiziario il problema è facilmente risolto: poiché essi sono organi costituzionali, e quindi pari formalmente a tutti gli altri organi costituzionali, anch'essi hanno il potere di adire la Corte per rivendicare la propria competenza contro invasioni di altri poteri. L'opinione prevalente però è che essi non facciano parte né del potere esecutivo né rispettivamente di quello giudiziario, ma costituiscano poteri a parte, epperò proprio perché organi costituzionali, l'opinione unanime riconosce anche ad essi il potere di adire la Corte per conflitto di attribuzioni con altri poteri dello Stato (in questo caso dunque la Corte, se del caso, ricorrerà davanti a se stessa, con la conseguenza curiosa, ma inevitabile, che la Corte sarebbe contemporaneamente giudice e parte. Si noti che la conclusione principale di queste due diverse serie di argomentazioni è la medesima, ma le conseguenze ulteriori sono diverse: nel primo caso il Presidente della Repubblica non può sollevare conflitto contro il Governo, e la Corte contro i giudici, perché farebbero parte del medesimo potere; nel secondo caso invece, che è quello che riceve maggiori consensi, il Presidente della Repubblica può sollevare conflitto anche contro il Governo, e la Corte anche contro altri giudici, perché soggetti appartenenti a diversi poteri dello Stato. La Corte ha giudicato ammissibile un conflitto tra sé e altro giudice con sentenza 77/81.

Oggi la Corte Costituzionale (ordinanza 184/1992) ha confermato in modo vincolante che un altro soggetto legittimato a sollevare conflitto tra i poteri è il Consiglio superiore della magistratura, non nella qualità del giudice (che non possiede), ma in quanto massimo organo amministrativo della magistratura ordinaria istituito per tutelare la indipendenza di questa, e quindi legittimato ad essere parte attiva (o passiva) di un conflitto quando vengono lese da altri poteri le funzioni ad esso attribuite dall'art 105 della Costituzione (o reciprocamente un altro potere sostiene che il CSM ha abusato dei suoi poteri ledendo i propri).

Un altro soggetto legittimato a sollevare conflitto si è aggiunto ai precedenti: il comitato promotore del referendum abrogativo, al quale la Corte costituzionale ha riconosciuto la veste di soggetto legittimato a sollevare conflitto costituzionale per una pretesa lesione di interessi costituzionalmente garantiti al corpo elettorale, di cui il comitato promotore diventa di necessità espressione transitoria. È ragionevole dedurre che tutte le volte che la Costituzione attribuisce un potere al corpo elettorale, quel gruppo di persone, che secondo legge di costituiscono in comitato promotore per l'esercizio di tale potere in una concreta vicenda, diventa titolare del potere di adire la Corte per conflitto di attribuzione con altri poteri dello Stato. In questo modo, almeno in questo caso e in questo senso, il comitato promotore diventa un <<potere dello Stato>>: (studia **ordinanza della Corte n.17/1978** dal libro; pp470-471).

La Corte costituzionale, con l'**ordinanza n.17 del 2019**, per la prima volta, pur dichiarando inammissibile nel caso concreto il ricorso, ha però nella motivazione affermato che, in casi assolutamente eccezionali che presentano i caratteri descritti dalla Corte, anche il singolo parlamentare può sollevare conflitto di attribuzione (nello stesso tempo ha confermato che esso non è ammissibile quando il parlamentare pretende di ricorrere contro decisioni della Camera di appartenenza basate sui regolamenti parlamentari):

Va però ricordato qui che la **legge n.124/2007** ha disciplinato un caso specifico di conflitto di attribuzioni tra giudici da un lato e Presidente del Consiglio dei ministri quando il Presidente del Conflitto ha posto il segreto introno ad una notizia o documento ed il giudice non ritiene che sussistano gli elementi che secondo legge giustificano l'apposizione del segreto: in questo caso, se il giudice ricorre alla Corte, è questa che decide intorno al segreto.

Fino alla **sentenza 10 maggio 1995, n.161**, la Corte costituzionale aveva sempre negato la possibilità di conflitto tra i poteri dello Stato a causa di leggi o atti aventi forza di legge, giacché per prevedere la legittimità costituzionale di tali atti esiste una specifica procedura prevista in Costituzione e nelle leggi costituzionali. Con la sentenza citata invece si ammette che il conflitto tra i poteri dello Stato possa avere come suo oggetto, oltre un qualsiasi atto non legislativo lesivo della competenza costituzionalmente attribuita al ricorrente, anche un decreto-legge, se e quando il conflitto è l'unico strumento di cui il ricorrente dispone per difendere tempestivamente la competenza a lui attribuita dalla Costituzione.

**-il conflitto tra Stato e Regioni e tra Regioni:** oggetto del conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni e tra Regioni può essere qualsiasi altro atto che invade o comunque lede la competenza di uno dei soggetti indicati. Abilitati a sollevare questo secondo tipo di conflitto entro i termini prescritti sono per lo Stato il Consiglio dei ministri e per la Regione la Giunta regionale.

**-le sentenze della Corte sui conflitti di attribuzione:** la Corte costituzionali infine, investita di un conflitto di attribuzione, quale che sia, deve dichiarare a chi dei contendenti spetta la competenza contestata. Questo è il contenuto minimo necessario della sua sentenza. A questa decisione può unirsi contestualmente l'annullamento dell'atto che ha dato origine al conflitto, ovviamente se l'atto risulta emanato dal soggetto incompetente, e dunque se esso è viziato.

## 5. Il giudizio sulle accuse

Qui trattiamo del procedimento attraverso cui il Presidente della Repubblica viene messo in stato di accusa e giudicato. Il PDR viene messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune a maggioranza assoluta.

-i **giudici aggregati**: anzitutto la Corte Costituzionale in questo caso non giudica nella sua composizione ordinaria di 15 membri, ma con una composizione straordinaria, nella quale ai 15 membri ordinari vengono aggiunti 16 membri. Questi 16 giudici aggregati vengono estratti a sorte nell'occasione traendoli da una lista precostruita, a sua volta composta da persone aventi i requisiti di eleggibilità a senatore ed elette dal Parlamento in seduta comune ogni nove anni con le stesse modalità con le quali elegge i giudici ordinari. Notare come il numero dei giudici aggregati sia stato volutamente scelto in modo da essere superiore a quello dei giudici ordinari, cosicché la maggioranza spetta ai giudici aggregati legati ai partiti e più sensibili alle ragioni politiche, per ovvie ragioni dato il modo della loro elezione. La voluta politicità maggiore della Corte in questa ipotesi è confermata dal fatto che i giudici aggregati debbono comunque superare quelli ordinari: così il collegio può riunirsi, come è ragionevole, con un numero di membri inferiore al massimo, purchè però il minimo sia di 21 e, di questi 21, 11, cioè sempre la maggioranza, siano giudici aggregati. Però la Presidenza della Corte anche così allargata spetta al Presidente eletto dai giudici ordinari nel loro seno.

-**le sentenze penali della Corte**: la Corte come ogni giudice penale, assolve o condanna. Poiché i codici o le altre leggi penali, non prevedendo i reati di tradimento o attentato alla Costituzione, non prevedono neppure le relative pene, la Corte nel condannare eventualmente il Presidente della Repubblica applicherà **l'art 15 della l.cost 11 marzo 1953, n.1**, il quale non prevede esso stesso la pena per questi reati, ma stabilisce che la Corte potrà irrogare sanzioni penali a sua discrezione purchè contenute entro il massimo della pena possibile previsto dal diritto vigente nel momento del fatto (ex. se nel momento in cui il Presidente della Repubblica commetteva il reato di attentato alla Costituzione o di alto tradimento, la pena massima prevista era, come è oggi, quella dell'ergastolo, questa sarebbe egualmente la pena massima possibile a cui condannare il Presidente della Repubblica riconosciuto colpevole).

## **6. Il giudizio sulla ammissibilità del referendum abrogativo**

La Costituzione non ammette che si possano sottoporre a referendum abrogativo <<le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e di indulto, di autorizzazione a ratificare i trattati internazionali>>. È necessario dunque, ogni qual volta viene presentata domanda di referendum abrogativo, verificare se la legge su cui si chiede il referendum non rientri tra quelle non sottoponibili ad esso secondo l'art 75 della Cost. ragionevolmente il legislatore costituzionale (con l.cost n.1/1953) ha attribuito questo controllo alla Corte costituzionale.

Secondo la legge sui referendum attuativa della Costituzione il giudizio della Corte avviene dopo che sono state raccolte e depositate le firme necessarie per chiedere il referendum (o dopo che è stata depositata la richiesta dei 5 consigli regionali) e dopo che l'Ufficio centrale della Cassazione per il referendum ha verificato la legittimità della iniziativa per ogni altro aspetto meno quello della ammissibilità secondo l'art 75.

La Corte decide con sentenza e, come è ovvio, se la sentenza dichiara la ammissibilità, il Presidente della Repubblica dovrà indire il referendum, nei modi e con i termini stabiliti dalla legge; se invece la sentenza dichiara la non ammissibilità del referendum abrogativo, l'intero procedimento si blocca definitivamente. La sostanza dell'istituto sembrava semplice, fino a che la Corte Costituzionale con **sentenza n.16 del 1978** ha sconvolto ogni previsione. In quell'occasione erano stati chiesti ben 8 referendum contemporaneamente. La Corte ne ha dichiarati ammissibili solo 4, e gli altri 4 li ha dichiarati inammissibili non perché contrari all'art 75 citato, ma perché contrari a valori costituzionali desumibili dallo spirito della Costituzione, con una pericolosa decisione che ha travolto ogni garantismo costituzionale ed ha spalancato le porte all'arbitrio incontrovertibile della Corte, legittimata a suo dire ad assumere come base

delle sue decisioni non solo il testo scritto dalla Costituzione, ma anche presunti valori costituzionali per ragionamento da essa stessa.

- 1) La Corte ha deciso che non sono ammissibili referendum che abbiano per oggetto articoli disparati di uno stesso atto normativo se tra di essi non esiste omogeneità per quanto riguarda l'oggetto regolato, e se quindi la eterogeneità di domande coarta/limita la libertà dei cittadini costretti a pronunciarsi con una sola risposta su questioni diverse.

**-Commento Rescigno:** a) anzitutto ogni referendum abrogativo inevitabilmente coarta i cittadini, perché li costringe a dare un giudizio globale ed unico. Ma appunto questo si chiede ad essi: non di pronunciarsi sulle singole regole una ad una, ma sul senso complessivo delle regole su cui verte il referendum. B) In secondo luogo la Costituzione italiana è di una chiarezza cristallina: nell'art 75 Cost essa dice <<abrogazione, totale o parziale, di una legge o di atto avente forza di legge>> e dunque ha specificato con estrema chiarezza che oggetto del referendum non sono le norme, ma l'atto normativo, in tutto o in parte; quindi o la legge/atto avente forza di legge con un determinato titolo, una individuata data di promulgazione o emanazione, e uno specifico numero di pubblicazione, oppure part materialmente individuate di un medesimo atto.

Si tratta dell'unico criterio rigorosamente garantista e serio possibile. Peggio per il legislatore se è stato tanto sciocco o tecnicamente incapace da aver mescolato nel medesimo atto oggetti che più opportunamente dovevano stare separati. Non è ammissibile che la pochezza della tecnica normativa del legislatore costituisca ragione per violare la Costituzione e sottrarre al popolo una possibilità di decisione, scaraventando su di esso un onere che invece spetta al legislatore. Per Rescigno è possibile una eccezione a questa regola solo rispetto ai codici:

- i. *Anzitutto è possibile chiedere la abrogazione di un intero codice: anche in questo caso gli elettori sono chiamati a pronunciarsi sul senso complessivo di un atto, e non si vede perché questi non possono decidere che un intero codice non va bene*
- ii. *Poiché però un codice è una raccolta organica di molte leggi rispetto ad una materia molto vasta, non è razionale chiedere contemporaneamente l'abrogazione ad ex. di norme sulla famiglia solo perché materialmente contenute nello stesso codice*
- iii. *Anche nel caso dei codici però si può chiedere l'abrogazione di alcune part (ex. libro, titolo, sezione..)*

- 2) La Corte sostiene poi che vanno ugualmente preclusi quei referendum che hanno per oggetto disposizioni di legge il cui nucleo normativo non può venire alterato o privato di efficacia, <<senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)>>. Ex. era stata chiesta la abrogazione mediante referendum della legge che disciplina i Tribunali militari di pace. La Corte ha sostenuto che tale richiesta configura oggettivamente tentativo di abolire i Tribunali militari di pace e che dunque, poiché questi sono previsti dalla Costituzione, abrogare la legge su di essi equivaleva ad abolire i Tribunali e quindi a violare la Costituzione. qualsiasi persona di buon senso avrebbe ragionato così: poiché i Tribunali militari di pace sono previsti dalla Costituzione, il referendum sulla legge che li regola toglie di mezzo questa specifica disciplina, ma non impedisce, ed anzi impone, che il legislatore disciplini con una nuova legge la intera materia. Le norme costituzionali hanno quasi sempre bisogno di leggi di attuazione, ma questo non vuol dire che esiste una sola possibile legge di attuazione per ogni norma costituzionale. Al contrario ne esistono infinite, e dunque il corpo elettorale che chiede l'abrogazione di tali leggi non intende né può abrogare le norme costituzionali che stanno a monte, ma vuole abrogare solo una delle possibili attuazioni di esse, lasciando libero il legislatore, o imponendo al legislatore, di approvare una nuova legge diversa dalla precedente ma sempre in attuazione della norma costituzionale.

In conclusione i criteri affermati dalla Corte sul punto non hanno alcun fondamento, sono arbitrari ed aprono la porta ad incontrollabili poteri di quest'organo non basati in alcun modo sul testo della Costituzione, neanche attraverso interpretazioni le più estensive possibili.

## **CAP 15: L'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO E LA FUNZIONE GIURISDIZIONALE**

La pubblica amministrazione esegue il diritto nel senso che la esecuzione delle preve norme è il mezzo attraverso cui perseguire e realizzare una modificazione della realtà oggettiva. La giurisdizione esegue il diritto nel senso che il diritto è il suo scopo, e non lo strumento per altro, cosicché a) la giurisdizione può arrestarsi alla pura e semplice dichiarazione del diritto esistente; b) se anche si spinge-come spesso accade-ad imporre modificazioni oggettive, tali modificazioni costituiscono o ristabilimento della realtà preesistente o innovazioni considerate socialmente equivalenti alla realtà preesistente (ex. risarcimento del danno).

Nell'uno e nell'altro caso dunque lo scopo perseguito non è quello del mutamento, ma quello della conservazione (nella stessa forma o in forma considerata equivalente). E infatti il giudice nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali a) si riferisce sempre ai fatti già accaduti (egli ha il compito di o restaurare il diritto, e dunque si riferisce necessariamente al passato da conservare o restaurare); b) proclama solennemente ed incontrovertibilmente-con sentenza passata in giudicato-la conformità o difformità rispetto al diritto; c) se del caso, ordina che siano compiute determinate operazioni materiali previste dal diritto (la incarcerazione, la espropriazione forzata di un bene...) come attività che o ristabiliscono lo stato di fatto che avrebbe dovuto esistere senza il comportamento illegittimo oppure restaurano uno stato di fatto considerato equivalente al primo.

*In conclusione, la funzione giurisdizionale, è, in prima approssimazione, una forma di controllo dei comportamenti sociali a fini di conservazione e restaurazione dell'ordine prescritto dal diritto.*

Ma se è vero che giurisdizione è una forma di controllo sociale esercitata con strumenti giuridici, non vale l'inverso, e cioè non ogni forma di controllo sociale esercitata con strumenti giuridici è giurisdizione: vi sono molti controlli giuridici che non sono esercizio di giurisdizione (ad ex il controllo di legittimità degli atti amministrativi della Corte dei conti. I giudici tutelano situazioni giuridiche soggettive, e più precisamente diritti soggettivi ed interessi legittimi, e sono l'ultima: però l'autorità a cui si ha diritto ricorrere a difesa di tali situazioni.

Il processo penale presenta uno schema analogo, giacché il pubblico ministero nell'esercitare l'azione penale, a cui è obbligato, non tutela una sua situazione giuridica, ma l'interesse generale della collettività: però l'imputato difende i suoi diritti di libertà, e ugualmente la parte civile (l'offeso del reato) difende i propri diritti violati dal reato. Inoltre i giudici sono l'autorità ultima a cui un soggetto può rivolgersi per difendere i propri diritti o interessi legittimi: la Costituzione italiana (**art 24**) prescrive che <<tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi>>.

Ciò che prescrive la sentenza (passata in giudicato) è il diritto vero e valido, rispetto però a quel caso deciso e a quei soggetti nei cui confronti è stata pronunciata la sentenza: le sentenze hanno efficacia, in generale e salvo rare eccezioni, solo tra le parti del processo: esse non toccano le situazioni giuridiche di soggetti estranei a quel processo considerato.

*In seconda approssimazione, dunque la giurisdizione è una forma di controllo esercitata con strumenti giuridici per controllare, con pronunce definitive, situazioni giuridiche soggettive.*

*In conclusione, la funzione giurisdizionale in senso proprio e stretto si individua in base a 3 caratteristiche compresenti; la funzione giurisdizionale 1) è rivolta a dirimere liti tra due o più*

soggetti, 2) almeno uno dei quali sia una persona fisica o una persona giuridica o una associazione non riconosciuta, 3) con lo scopo di tutelare con pronunce definitive situazioni giuridiche soggettive entro presunte violazioni.

Da sottolineare che nel testo non si sostiene che questo tipo rientra necessariamente nella funzione giurisdizionale, mentre altri tipi di controllo, o perché interni ad uno stesso soggetto collettivo o perché non fondati su una lite in senso proprio, possono essere o non essere configurati come giurisdizionali a discrezione del legislatore, e di regola, nella loro stragrande maggioranza, non sono configurati come giurisdizionali.

-i **giudici come potere**: poiché i giudici dicono l'ultima parola sulle liti, essi, per questo aspetto, sono i soggetti più potenti dell'ordinamento: i giudici, per quanto riguarda i diritti soggettivi (e in generale le situazioni giuridiche soggettive) dei singoli e delle organizzazioni, sono l'autorità ultima e definitiva, e, per questa ragione, più forti del Parlamento, del Governo, e di ogni altro soggetto; chi comanda o chi assolve è il giudice, chi riconosce o nega la esistenza di un diritto è il giudice, e nessun altro.

In Italia non esiste perfetta corrispondenza tra ordine giudiziario (complesso dei giudici professionali) e ordine giurisdizionale, perché alcune competenze incontestabilmente giurisdizionali (secondo la definizione prima esposta) spettano a soggetti che di per sé non sono giudici (caso tipico: Parlamento in seduta comune che incrimina il Presidente della Repubblica); b) i soggetti che incontestabilmente appartengono all'ordine giudiziario non svolgono solo funzioni giurisdizionali quali sono state prima definite, ma anche compiti che di per sé giurisdizionali non sono ( ad ex. *giurisdizione volontaria*: il giudice che, per antica tradizione recepita dalle leggi vigenti, sovrintende alla tutela dei minori e degli incapaci, scegliendo il tutore, autorizzando gli atti di straordinaria amministrazione, ecc: si chiama volontaria perché esercitata in volentes, e cioè verso persone non litiganti).

## 2. L'ordine giudiziario

Anzitutto distinguiamo:

- *Giudici ordinari*-->sono quei giudici che per la importanza e generalità dei loro compiti istituzionali, per la conformità alle regole tradizionali della giurisdizione quali si sono affermate nei secoli, vengono considerati dalla società e dal diritto come i giudici per antonomasia
- *Giudici speciali*-->sono tutti quei giudici che, per un verso o per l'altro, presentano eccezioni rispetto al tipo generale e canonico

I giudici ordinari hanno una competenza generale in materia civile e in materia penale; i giudici speciali o hanno competenza in materie diverse (tutela di interessi legittimi) o hanno competenze eccezionali in materia penale e civile nei casi previsti dalle leggi (e ammessi dalla Costituzione).

La Costituzione detta norme generali valide per tutti i giudici, sia ordinari che speciali, cosicché se legge, nel disciplinare i giudici, ordinari o speciali che siano, non si attiene a tali principi è incostituzionale. Cominciamo dai principi validi per tutti i giudici:

- 1) I giudici sono soggetti soltanto alla legge: questa regola coglie e sanziona anzitutto il fatto che i giudici, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali non sono soggetti a principi gerarchici, e dunque, nessuno, sia che appartenga all'ordine giudiziario sia che a maggior ragione si trovi all'esterno di quell'ordine, può dare ordini ai giudici nel momento in cui esercitano legittimamente la propria funzione; in secondo luogo le sue competenze sono garantite dalla legge in via generale e astratta, e quindi, una volta stabilite, e fino a mutamento da parte del legislatore con nuove norme generali e astratte, nessuno può sottrarre al giudice i processi a lui spettanti in base ai criteri predeterminati dalle leggi: il giudice, il quale ritiene che la sua competenza sia invasa

da altri ha il dovere, prima ancora che il diritto, di rivendicare la sua competenza, usando le apposite procedure già previste davanti agli organi incaricati di tutelare la competenza dei giudici.

Ogni giudice può interpretare le leggi ed ha il diritto e il dovere di interpretarle secondo scienza e coscienza, anche in difformità da altri giudici, Cassazione compresa (tranne un caso che vedremo dopo), senza che questa difformità possa mai costituire causa e motivo di sanzione, quale che sia, a suo carico. Non deve trarre in inganno il fatto che le sentenze, tranne casi eccezionalissimi (ex. sentenze Corte costituzionale che non sono appellabili) sono tutte appellabili (entro termini tassativi). L'appello è un mezzo di impugnazione di una sentenza (di 1° grado) davanti ad un altro giudice (giudice di 2° grado che pronuncia sentenza di 2° grado). (vedi pp482 su appello)

-la responsabilità dei giudici: una questione molto dibattuta riguarda la responsabilità del giudice verso i terzi per gli errori giudiziari. Il principio generale dell'ordinamento è che ognuno risponde dei comportamenti illeciti, subendo le sanzioni conseguenti; nell'impiego pubblico il principio specifico **dall'art 28 della Costituzione** (art 28: I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici) stabilisce che i dipendenti dello Stato rispondono civilmente, penalmente e amministrativamente per i comportamenti lesivi dei diritti dei cittadini. Nello stesso tempo è evidente che se A risponde nei confronti di B, A dipende da B; per conseguenza; se un giudice può essere chiamato a rispondere dei suoi comportamenti da un altro soggetto, il giudice non è più indipendente, ma dipende da questo secondo soggetto.

Così era previsto in Italia prima della riforma del 1988 (**1.13 aprile 1988, n.77**), essendo previsto che il giudice rispondesse solo in caso di dolo (e cioè se aveva giudicato in mala fede: naturalmente questa mala fede andava protetta, ed è ovvio che è difficile provarla). La nuova legge ha previsto che i giudici rispondano nell'adempimento dei loro doveri sia per dolo (come già accadeva) sia per colpa grave, salva la loro libertà nella interpretazione delle norme; per quanto riguarda la responsabilità civile chi però è obbligato a risarcire il danno al cittadino leso è Stato, e non direttamente il giudice, il quale potrà essere chiamato a <<rimborsare>> lo Stato, entro limiti massimi prestabiliti.

-indipendenza (esterna dei giudici): questa indipendenza viene chiamata esterna, perché riguarda il rapporto tra giudice (ufficiale giudiziario) e giudice (altro ufficio giudiziario), e tra i giudici e qualsiasi altra autorità.

-indipendenza interna: indipendenza delle singole persone giudici rispetto alla interferenza e al comando di altri giudici entro il medesimo ufficio giudiziario. Così, ad esempio, è lecito e in quali casi che il capo che il capo dell'ufficio giudiziario tolga una indagine ad un giudice che fa parte dello stesso ufficio dopo avergliela assegnata?

- 2) L'organizzazione dell'ordine giudiziario è garantita da una riserva di legge, il che vuol dire solo la legge del Parlamento (o atto avente forza di legge) può disciplinare l'apparato della magistratura
- 3) La inamovibilità dei giudici: <<i>magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisioni del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie della difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso>>. (**art 107 Cost**). Questa norma si riferisce solo ai giudici ordinari. Siccome però il principio di inamovibilità tutela la indipendenza dei giudici e **l'art 108, 2° comma** stabilisce che la legge assicura la indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, le leggi sulle giurisdizioni speciali debbono prevedere meccanismi a tutela della inamovibilità analoghi a quelli previsti per i giudici ordinari. Questo spostamento può avvenire solo per atto del CSM (nel caso dei giudici ordinari) e solo o con il loro

consenso oppure nei casi indicati tassativamente dalla legge sull'ordinamento giudiziario. Anche i professori universitari, a tutela della libertà ed indipendenza della ricerca scientifica, godono della garanzia della inamovibilità, in un senso analogo a quello dei magistrati. (mentre però la garanzia a favore dei magistrati è di ordine costituzionale, e cioè non può essere stabilita dalle leggi ordinarie, quella a favore dei professori universitari è disposta solo dalla legge ordinaria).

**-il Consiglio superiore della Magistratura:** a garanzia della indipendenza dell'ordine giudiziario, tutti i giudici ordinari sono soggetti per tutti i provvedimenti amministrativi che riguardano il loro rapporto d'impiego ad uno specifico organo: il Consiglio superiore della magistratura.

Questo organo è presieduto dal Presidente della Repubblica, e, in base alla legge vigente (**la legge 28 marzo 2002, n.44**) e alla Costituzione, si compone di 27 membri, di cui 3 di diritto (il Presidente della Repubblica, il primo Presidente della Corte di cassazione e il Procuratore generale della Corte di cassazione) e di 24 membri elettivi, di cui 1/3 (e cioè 8 membri) eletti dal Parlamento in seduta Comune e 2/3 (cioè 16) da tutti i magistrati ordinari.

Il Parlamento in seduta comune elegge (con la maggioranza dei 3/5 dell'assemblea nelle prime due votazioni, e dei 3/5 dei votanti dalla terza in poi) i membri a lui spettanti tra i professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati dopo i 15 anni di esercizio; tutti i giudici ordinari eleggono gli altri 16 membri scegliendoli tra tutti i giudici ordinari, sulla base ovviamente di prelieve candidature presentate secondo i criteri stabiliti dalla legge.

Tutti i membri elettivi del CSM durano in carica 4 anni e non sono immediatamente rieleggibili. <<Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale>>.

<<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 riguardo ai magistrati>> (**art 105 Cost**). Quindi è il CSM che bandisce i concorsi per ricoprire i posti di giudici ordinari; nomina le commissioni di concorso; decide sulle promozioni e sui trasferimenti dei magistrati; adotta, sempre nei casi previsti dalle leggi sull'ordinamento giudiziario e con le garanzie e le procedure in esse previste, le sanzioni disciplinari a carico di magistrati. In tal modo le persone dei giudici, per quanto riguarda il loro rapporto di servizio con lo Stato, sono sottratte ai controlli da parte di organi esterni alla magistratura, e sono viceversa soggette ad un organo, bene o male, di *autogoverno*, dal momento che si tratta di un organo eletto in maggioranza dagli stessi giudici e comunque indipendente rispetto ad altri organi.

Il CSM non è un organo giurisdizionale in senso proprio, ma *un organo amministrativo del potere giudiziario in quanto apparato* (tranne che in un caso: vedi dopo): esso non pronuncia sentenze e non esercita funzioni giurisdizionali verso i terzi, ma si occupa solo di questioni organizzative interne al potere giudiziario relative al rapporto di lavoro delle persone che sono i giudici.

Nel caso però in cui il CSM decide sulle sanzioni disciplinari, l'opinione dominante è che esso svolge una funzione giurisdizionale e che le sue decisioni sono sentenze. D'altra parte in questo caso decide non l'intero CSM ma la *sezione disciplinare* del CSM, che ha una composizione specifica prescritta dalla legge (per cui non tutti i membri del CSM fanno parte e possono far parte della sezione disciplinare, ma solo alcuni per numero e per qualità).

Il CSM non si occupa degli aspetti puramente materiali della organizzazione del servizio giudiziario, che spettano invece al servizio della giustizia. <<**Ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia**>>. (**art 110 Cost**).

È interessante notare che i provvedimenti del CSM sono impugnabili davanti ai giudici come normali provvedimenti amministrativi.

-il controllo della Cassazione sui giudici ordinari: è prevedibile che i diversi giudici si trovino in contrasto tra di loro. In questi casi i giudici ordinari sono tutti sottoposti alla Corte di cassazione. I giudici speciali invece sono soggetti alla Cassazione solo in un caso, nel c.d. *conflitto di giurisdizione*, quando si controverte sulla competenza tra i giudici ordinari da un lato e un giudice speciale dall'altro o tra due giudici rispetto alla medesima questione.

-i giudici speciali: bisogna preliminarmente distinguere tra *giudici speciali* (i quali sono regolati da norme derogatorie rispetto a quelle proprie dei giudici ordinari, ma rispettano il principio costituzionale del giudice naturale), e i *giudici straordinari*, e cioè giudici nominati *ad hoc* per un particolare processo (e quindi nominati già sapendo quali sono le parti del processo e quale è la questione che sarà giudicata nel processo, con violazione del principio del giudice naturale).

-il divieto dei giudici straordinari: i giudici straordinari sono comunque e sempre vietati, giacché la essenziale e irriducibile garanzia della imparzialità dei giudici sta almeno nel fatto che il giudice non viene scelto per caso per volontà di qualcuno ma in base a regole generali e astratte. In questo caso l'operazione di individuazione del giudice competente tra i tanti giudici esistenti è fatta in maniera tale che egli viene individuato secondo criteri generali e astratti validi per tutti, e non secondo criteri specifici e particolari validi solo per il caso da giudicare. Nel caso del giudice ordinario appare credibile la pretesa che il giudice giudichi imparzialmente tutti i casi sottoposti a suo giudizio; nel caso del giudice straordinario è fondato il sospetto che il giudice verrà scelto in funzione dello specifico processo, e dunque in modo da predeterminarne l'esito. Dunque i giudici straordinari sono vietati comunque e assolutamente, e che i giudici speciali non sono giudici straordinari, ma i giudici le cui competenze, al pari di quelle dei giudici ordinari, sono individuate in base ai criteri oggettivi generali e astratti.

-i giudici speciali previsti dalla Costituzione: la Costituzione di per sé è contraria ai giudici speciali e infatti in generale li vieta (**art 102**). Però la stessa Costituzione a) mentre li vieta in generale, legittima e garantisce costituzionalmente la esistenza di alcuni giudici speciali, e precisamente: il *Consiglio di Stato* e altri organi di giustizia amministrativa a livello regionale, la *Corte dei conti*, i *Tribunali militari in tempo di pace e in tempo di guerra*. E' vietata dalla Costituzione la istituzione di nuovi giudici speciali, ma che, fino a revisione, restano in funzione i giudici speciali preesistenti alla Costituzione.

-i giudici speciali prerepubblicani: Siccome però anche questi giudici debbono essere conformi ai principi costituzionali la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali molte delle leggi che li prevedevano, cosicché molte giurisdizioni speciali prerepubblicane sono state comunque abolite grazie alla Corte costituzionale. In pratica esse sono oggi poche e la più importante è costituita dalle Commissioni tributarie che, sono competenti in materia di tributi. La specialità di tali giudici consiste principalmente in questo:

- 1) Mentre i giudici ordinari, nel loro complesso, hanno un potere giurisdizionale generale, e cioè giudicano su tutte le questioni rientranti nella funzione giurisdizionale, salvo quelle espressamente attribuite ai giudici speciali, all'inverso i giudici speciali hanno ciascuno una propria specifica materia su cui giudicare.
- 2) I giudici speciali sono governati ciascuno da specifiche leggi e quindi non sono regolati dalla legge generale sull'ordinamento giudiziario e non sono soggetti al Consiglio superiore della magistratura
- 3) Come corollario del punto precedente ciascun giudice speciale è retto da specifiche norme per quanto riguarda il reclutamento, la carriera, le sanzioni disciplinari, la organizzazione interna, la procedura

I giudici speciali non possono essere studiati nel loro insieme ma ognuno separatamente dagli altri, perché ognuno è governato da regole sue e solo sue.

### 3. Principi generali relativi alla funzione giurisdizionale

**L'art 24 della Costituzione, nel 1° comma**, dispone che <<tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi>>. La Costituzione accoglie e sanziona la fondamentale distinzione esistente nel diritto italiano tra *diritti soggettivi* e *interessi legittimi*. Secondo Costituzione ogni qual volta il diritto oggettivo (l'insieme delle norme vigenti) attribuisce ad un soggetto (persona fisica o giuridica o altra figura soggettiva) un diritto soggettivo o un interesse legittimo, costui ha il potere incondizionato di rivolgersi al giudice competente dello Stato per tutelare tale diritto o interesse legittimo, si tratti di cittadino o straniero, maggiorenne o minore, e così via.

Il fatto che normalmente chiunque adisce un giudice si fa assistere da un avvocato non toglie che chi sta in giudizio è il titolare del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo per la cui difesa è rivolto al giudice. È da chiedersi se l'obbligo legalmente previsto dalla assistenza di un legale, imposto in particolare nel processo penale, non violi la Costituzione. La questione è divenuta di particolare attualità nei processi contro appartenenti alle Brigate rosse, i quali hanno rifiutato l'assistenza legale e preteso di governare direttamente da se stessi la propria difesa, contro quanto prescrive la legge vigente che impone nei processi penali la assistenza di un difensore qualificato professionalmente.

-il diritto alla difesa: **il 2° comma, dell'art 24 Cost** dispone: <<la difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado di procedimento>>. Essa pone due regole inderogabili: a) tutte le parti debbono essere messe in grado di difendersi efficacemente in ogni momento del processo che le riguarda, cosicché, ad esempio, non si può procedere contro un soggetto senza averlo preventivamente e legalmente avvisato, b) ciascuna parte ha il diritto di essere legalmente assistita da esperti di sua fiducia per potersi difendere efficacemente (tanto è vero che il comma 3° dell'art 24 dispone che <<Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione>> (istituto del gratuito patrocinio).

-principio del contraddittorio: il giudice, prima di decidere su qualsiasi questione insorta nel corso del processo, deve prima sentire tutte le parti di tale processo. Questa regola si chiama <<principio del contraddittorio>>, ed è stata ufficialmente introdotta dalla Cassazione dalla **l. cost 2/99**, la quale nel nuovo secondo comma dell' **art 111** stabilisce che <<Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti al giudice terzo ed imparziale>>.

-il principio del giudice naturale: **L'art 25 Cost**, nel suo 1° comma disciplina: <<Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge>>. L'aggettivo naturale non va inteso, come è ovvio, nel senso letterale del termine ma in quello traslato di <<oggettivamente individuato>> (e quindi non dipendente dalla scelta volontaria di qualcuno). È necessario ricordare brevemente che tutti i giudici sono titolari di una competenza individuata in astratto da norme generali le quali fissano i criteri oggettivi sulla cui base, in ogni momento e rispetto a qualsiasi fatto, è possibile meccanicamente decidere quale è il giudice competente rispetto ad un determinato fatto. Questi criteri sono precostituiti, cioè stabiliti prima del fatto da giudicare, e dunque la individuazione del giudice competente è il risultato oggettivo della applicazione di tali criteri predeterminati, al di fuori di ogni scelta soggettiva. Il senso del meccanismo è semplice: impedire che i giudici vengano scelti dopo il fatto su cui debbono giudicare, e dunque impedire che per ciò stesso siano o appaiano pervenuti. La Costituzione dunque stabilisce che tale meccanismo è obbligatorio e non può essere derogato a svantaggio di nessuno e, in linea di principio, per decisione di nessuno.

La regola per la verità soffre alcune limitate eccezioni allorché la Corte di cassazione, in casi eccezionali previsti dalle norme processuali, può sottrarre un processo ad un giudice ed

attribuirlo ad un altro. Questo tipico caso di <<legittima suspicione>> (Il legittimo sospetto circa la libertà di determinazione di coloro che partecipano al processo consente una attribuzione di competenza ad giudice diverso da quello territorialmente competente secondo le regole ordinarie) giustifica il potere della Corte di cassazione di spostare un processo da un giudice ad un altro. Come sempre, un potere derogatorio previsto per fini di giustizia può trasformarsi in un potere ingiusto se esercitato per fini diversi da quelli previsti originariamente.

-l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali: secondo **l'art 111, 6° comma** <<tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati>>. La funzione giurisdizionale si svolge attraverso una sequenza di atti rigorosamente predeterminata e altamente formalizzata che prende il nome tecnico di processo. Il processo rientra nella figura generale del procedimento: al di là dei giudici non vi sono altre autorità a cui si può ricorrere per difendersi dalle violazioni del diritto.

Parti del processo sono quei soggetti che hanno titolo per intervenire in essi facendo valere un proprio interesse. Il giudice dunque non è una parte (egli per definizione è e deve essere super partes-sopra le parti): egli deve ascoltare e raccogliere le prove addotte dalle parti a sostegno delle rispettive posizioni, e poi giudicare in base alle prove addotte. Le parti principali e immancabili di un processo sono l'*attore* (in alcuni processi ricorrente), che inizia il processo prestando una domanda al giudice; il *convenuto* (nel processo penale si chiama imputato, in quello amministrativo *resistente*), cioè colui contro il quale l'attore ha prestato la domanda e che viene chiamato in giudizio. Terminata la istruttoria e la discussione pubblica (il dibattimento; la istruttoria, quando è prevista come fase distinta dal dibattimento, può essere segreta e nei processi penali deve essere segreta, la discussione di regola deve essere pubblica) il giudice pronuncia la sentenza.

#### **4. Principi relativi alla giurisdizione penale**

-il processo penale è obbligatorio: il processo penale non dipende dalla volontà libera di chicchesia, ma al contrario è obbligatorio: <<Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale>> (**art 112 Cost**). (il pubblico ministero è appunto l'organo di Stato incaricato di iniziare l'azione penale ogni qual volta le leggi prescrivono che si debba iniziare). Lo Stato, per fini ovvi di giustizia e di sicurezza, non ammette e non può ammettere che la punizione dei colpevoli di reati sia rimessa alla volontà libera di qualcuno. Il principio soffre qualche eccezione, talvolta pienamente giustificata (reati perseguibili solo su querela dell'offeso: si tratta di reati che non mettono in pericolo la intera collettività, e dunque è lasciato all'offeso, che è il solo interessato, di chiedere o non chiedere la punizione del colpevole); talvolta meno (reati perseguibili solo dopo l'autorizzazione a procedere di un determinato soggetto: un caso lo abbiamo già conosciuto a proposito delle immunità dei giudici della Corte Costituzionale).

-il processo penale: si confrontano due tipi base di processo penale: il processo inquisitorio e quello accusatorio.

- Processo inquisitorio: qui il processo viene diviso in 2 fasi distinte: nella prima un giudice, che in Italia veniva chiamato giudice istruttore, a seguito della richiesta del pubblico ministero (titolare della azione penale), istruisce il processo, e cioè compie tutte le indagini per appurare se esistono sufficienti prove di colpevolezza. Questa fase veniva (e, dove esiste, viene) condotta in segreto, e si conclude o con il proscioglimento, o con la sentenza di rinvio a giudizio. Se c'è rinvio a giudizio, si apre una seconda fase, di fronte ad un giudice diverso, chiamata fase dibattimentale, che è pubblica, in cui l'accusa, sostenuta dal p.m, e la difesa dell'imputato (più eventualmente la parte civile, e cioè chi ha subito l'offesa), espongono ciascuno le proprie ragioni, e il giudice, al termine, ascoltate le parti, si pronuncia.
- Processo accusatorio: invece esiste solo una fase davanti al giudice, quella dibattimentale: spetta al p.m raccogliere le prove a carico ed esporle nel processo, e alla difesa controbattere alle accuse.

In Italia da secoli si praticava il processo inquisitorio. Siccome però la Costituzione nulla diceva a riguardo, era possibile introdurre anche l'altro tipo di processo. E infatti, dopo decenni di discussioni e polemiche, soprattutto da parte degli esperti, con un decreto legislativo pubblicato nell'ottobre del 1988 ed entrato in vigore l'anno successivo, il processo penale italiano è stato profondamente modificato, da inquisitorio ad accusatorio.

Il nuovo processo penale è organizzato secondo il seguente schema:

## A) FASE PREPROCESSUALE

### A1) Le indagini preliminari

Il pubblico ministero, e cioè l'organo statale incaricato di muovere l'accusa contro il presunto colpevole, avuta notizia di un reato, conduce le indagini preliminari, avvalendosi della polizia giudiziaria. In questa fase è previsto che alcuni atti, i quali limitano la libertà della persona sottoposta ad indagini o possono influire sul futuro processo, vengano compiuti, su richiesta del p.m, da un particolare giudice che si chiama <<giudice per le indagini preliminari>>.

### A2) La chiusura delle indagini preliminari

Il p.m, entro termini stabiliti dal cod.proc.pen, deve chiudere le indagini preliminari. Se ritiene che non debba celebrare il processo (perché ad ex. il fatto ipotizzato non è stato commesso o non costituisce reato) chiede al giudice la archiviazione del caso. Nella ipotesi opposta dà inizio alla azione penale. L'azione penale esercitata dal p.m può dar luogo (secondo le diverse ipotesi, nei casi, con le forme e i limiti minuziosamente indicati dal codice) o al processo ordinario o ad uno dei procedimenti speciali (più semplici e rapidi) previsti (si chiamano: giudizio abbreviato...).

Per ovvie ragioni tralasciamo i procedimenti speciali e seguiamo il processo ordinario.

## B) FASE PROCESSUALE

### B1) L'udienza preliminare

Entro termini molto brevi dalla richiesta di rinvio a giudizio presentata dal p.m, sia l'accusatore sia la idifesa dell'imputato illustrano le rispettive ragioni davanti al giudice competente che deve valutare se sussistono sufficienti indizi per proseguire il processo oppure è necessario troncarlo subito per assoluta mancanza di indizi o altre cause indicate dalla legge. Il giudice quindi, nella udienza preliminare, può decidere o con una sentenza di non luogo a procedere (l'imputato viene prosciolto subito) oppure con un decreto che dispone il giudizio. Con questo decreto si passa a

### B2) Il dibattimento

Davanti al giudice, alla presenza del pubblico (tranne nei casi eccezionali previsti dalla legge), l'accusatore espone e illustra le prove che a suo avviso dimostrano la colpevolezza dell'imputato; la difesa espone e illustra le prove che dimostrano innocenza dell'imputato o (secondo la strategia difensiva adottata) la attenuazione della sua responsabilità.

### B3) La sentenza

Al termine del dibattimento, sulla base delle prove esibite e documentate, il giudice pronuncia la sentenza, che può essere di assoluzione o di condanna alla pena prevista dalla legge, secondo che il giudice ritiene non provata o provata l'accusa.

Lo schema appena presentato si applica solo davanti ai tribunali e alle corti d'assise.

-**legge costituzionale 2/99**: ha introdotto nuove disposizioni nell'originario **art 111 Cost.** in particolare ha dato valore costituzionale (non derogabile quindi da legge ordinaria) ai seguenti principi in materia di processo penale.

- 1) La legge deve assicurare che la persona accusata di un reato sia nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa.
- 2) L'accusato ha facoltà di interrogare o di far interrogare la persona che renda dichiarazioni a suo carico
- 3) L'accusato deve essere assistito da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo
- 4) Il principio del contraddittorio si applica anche nella fase della prova (quindi anche prima del processo), salvi i casi, regolati dalla legge, <<per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita>>
- 5) La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volutamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore

-il **principio di irretroattività e legalità delle pene**: è contenuto **nell'art 25 Cost** secondo cui:<<Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso>>.

-**irretroattività e retroattività della legge**: normalmente una sentenza è naturalmente retroattiva, perché prende in esame fatti già accaduti. Esattamente all'opposto, di norma una legge non è retroattiva, perché non disciplina fatti già accaduti, ma fatti che debbono ancora accadere. Dunque una legge è retroattiva in prima approssimazione quando disciplina fatti già accaduti. A voler considerare tutti i possibili casi in cui una legge è retroattiva, bisogna distinguere:

- a) La legge disciplina casi futuri epperò dispone che essi, quando avverranno, producano effetti rispetto al passato
- b) La legge disciplina fatti presenti (e quindi in questo senso già accaduti, anche se ancora in corso), ma si limita a collegare a essi effetti giuridici nuovi da ora in poi
- c) La legge disciplina ugualmente nei casi presenti ma ricollega ad essi effetti nuovi imponendo che essi vengano considerati già esistenti nel passato.
- d) La legge si riferisce a questioni ormai trascorse ed esaurite e ricollega ad esse, da oggi in poi, effetti nuovi,
- e) La legge come prima si riferisce a questioni ormai trascorse esaurite e ricollega ad esse effetti nuovi come se si fossero già prodotti nel passato. I casi c) ed e) sono certamente esempi di leggi retroattive. Si discute se lo siano anche i restanti casi a),b) e d). IN sintesi: la legge è retroattiva solo perché disciplina fatti già accaduti (trascorsi o presenti) o solo quando ricollega ai fatti previsti effetti anche rispetto al passato? Lasciamo la questione aperta.

**L'art 11 disp.prel.cc.** dice:<<la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo>>. Dunque, come regola generale, le leggi non sono retroattive. Siccome però questo principio è contenuto nel codice civile, approvato con decreto legislativo e quindi con atto con forza di legge ordinaria, esso è derogabile dalle leggi e atti aventi forza di legge. Se le leggi lo vogliono, esse possono essere retroattive. L'art 11 citato mantiene intatto il suo valore rispetto agli interpreti i quali non possono applicare retroattivamente le leggi se queste non lo dispongono chiaramente.

Però la legge reimpone la regola della *irretroattività*, questa volta *inderogabile*, rispetto alle leggi penali. Appare ingiusto e incivile punire oggi (o punire più gravemente) un fatto che nel momento in cui fu compiuto non era reato (o era punito meno gravemente. Questa stessa ragione della regola, se impone che le leggi penali sfavorevoli verso l'imputato non siano mai retroattive, impone reciprocamente che siano retroattive e leggi penali favorevoli rispetto all'imputato. (o al già condannato).

Ma l'art 25 dice anche che <<nessuno può essere punito se non in forza di una legge...>>. L'art 1 del codice penale dispone più specificatamente:<< Nessuno può essere punito per un

fatto che non sia espressamente previsto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite>>. (principio di legalità dei reati e delle pene).

-le responsabilità penale è personale: **art 27 Cost** dispone:<< La responsabilità penale è personale. L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva. Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato. Non è ammessa la pena di morte>>.

## 5. Principi relativi alla giurisdizione civile

Anzitutto l'azione civile non è affatto obbligatoria ma spetta agli interessati e dunque dipende dalla loro volontà. Le parti dispongono di ampi poteri del processo, e anzi possono porvi termine anche prima della sentenza, se così si accordano.

Nel processo civile il giudice conosce solo i fatti che le parti hanno adottato e provato e che quindi risultano agli atti (quindi il giudice, che eventualmente fosse venuto a conoscenza in via privata di altri fatti non adottati dalle parti, non potrebbe porli a fondamento della propria decisione; ricordiamo però che questa regola riguarda i fatti e non le norme giuridiche, che invece il giudice deve applicare indipendentemente da quello che hanno sostenuto le parti. Il giudice infine deve pronunciarsi solo su quello che le parti hanno chiesto e solo su questo, quand'anche egli fosse convinto che la giustizia esigerebbe una pronuncia anche su altre possibili domande, che però gli interessati non hanno presentato

## 6. L'organizzazione della giurisdizione ordinaria. La Cassazione

- Giudice di pace (processi civili e penali di minima entità)
- Tribunale (processi sia civili che penali): cosiddetto giudice unico di primo grado che talvolta (nei casi previsti dalla legge) giudica in forma monocratica, talvolta in forma collegiale, e che assorbe la competenza del pretore, che è stato abolito-Corte d'Assise (solo penale)
- Corte d'appello (sia civile che penale) -Corte d'Assise d'appello
- Corte di cassazione (giudice di diritto nei processi civili e penali) alla quale si può ricorrere di regola solo dopo il giudizio di appello

Quindi di massima dal tribunale si può rivolgere appello alla Corte d'appello; dalla Corte di assise alla Corte di assise di appello. Va ricordato che l'appello è consentito una sola volta. Ne consegue che vi sono giudici solo di primo grado (il giudice di pace e la Corte di assise), giudici solo di appello (Corte di appello e Corte di assise di appello) e giudici che secondo il tipo di causa sono ora giudici di primo grado e ora giudici di appello.

Da ogni grado si può ricorrere in Cassazione; per la sua importanza politica va solo ricordato che secondo Costituzione contro i provvedimenti restrittivi della libertà personale è ammesso ricorso alla Cassazione in qualsiasi grado del processo (**art 111, 7° comma**).

-**La Cassazione**: la Cassazione non giudica sui fatti, ma solo sul diritto: cioè la Cassazione non riesamina tutto il processo e non compie nuovamente indagini sui fatti adottati nel precedente processo, ma, su ricorso delle parti (ricordare che a questo fine tra le parti viene ricompreso sempre il pubblico ministero), si limita ad esaminare se nel precedente processo il diritto è stato rettammente interpretato e applicato. **L'art 360 del c.p.c** prevede i motivi per i quali è ammissibile il ricorso per cassazione. La Cassazione si occupa sempre di questioni attinenti alla corretta interpretazione delle norme. Non è possibile invece chiedere alla Cassazione di riesaminare i fatti su cui il giudice si è pronunciato. La stessa conclusione si trae **dall'art 606 c.p.p** che prevede i motivi del ricorso per cassazione nel processo penale (come si vede la divisione tra processo penale e civile, infatti la Cassazione si divide in sezioni penali e sezioni civili).

Poiché la Cassazione è unica per tutto lo Stato italiano, è sempre possibile giungere davanti alla Cassazione, questo soggetto diventa l'organo giurisdizionale che assicura la uniformità della interpretazione del diritto per tutto l'ordinamento, almeno in tutti quei casi, e sono la maggioranza, che giungono davanti ai giudici ordinari.

La Cassazione cassa le sentenze non conformi alle norme giuridiche, cioè le annulla, e secondo i casi cassa senza rinvio oppure con rinvio ad un nuovo giudice dello stesso grado di quello contro cui le parti hanno proposto ricorso per cassazione: la Cassazione cioè, se il contenuto della sua decisione comporta la necessità di un nuovo giudizio, rimanda la questione ad un giudice di merito che riesaminerà la causa attenendosi alle prescrizioni in punto di diritto indicate dalla Cassazione; la Cassazione non si pronuncia sui fatti ma, se è necessario che il processo venga rifatto come conseguenza del suo giudizio di diritto, essa deve rimettere la causa ad un giudice diverso (c.d. *di merito*, dove merito in questo caso significa, in opposizione al giudice di diritto, che il giudice esamina anche i fatti, e non solo le norme). Di per sé la decisione della Cassazione sul punto di diritto vincola solo le parti del processo e l'eventuale giudice di rinvio; poiché però è sempre possibile ricorrere alla Cassazione, è più che probabile e prevedibile che la Cassazione in casi uguali si pronuncerà allo stesso modo, cosicché tutti i giudici, di regola e nei fatti, si conformano alle interpretazioni della Cassazione (non a caso esiste un ufficio <<massimario della cassazione>> che ha il compito di formulare, raccogliere sistematicamente e pubblicare le massime ricavabili dalle sentenze della Cassazione e tutte le importanti riviste giuridiche riportano e commentano quasi tutte le sentenze della Cassazione).

La Cassazione ha peraltro un potere importante anche rispetto ai giudici speciali perché, se in generale il ricorso per cassazione non è ammesso rispetto ai giudici speciali, esso è ammesso quando si controverte sulla giurisdizione, e cioè sulla questione se una determinata causa rientra nella competenza dei giudici ordinari o in quella dei giudici speciali. Giudice di questo particolare conflitto di competenza è la Cassazione. Sui conflitti di competenza tra giudici ordinari decide sempre la Cassazione.

## 7. Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa

Una importante e fondamentale distinzione è quella tra *giurisdizione ordinaria* (sia penale che civile, della quale abbiamo parlato sin qui) e *giurisdizione amministrativa* (che è ovviamente una delle giurisdizioni speciali rispetto a quella ordinaria). Per comprendere questa distinzione di grande importanza bisogna anzitutto comprendere una distinzione sostanziale tra 2 diverse situazioni giuridiche soggettive: diritti soggettivi ed interessi legittimi.

**-situazione giuridica soggettiva:** con il nome situazione giuridica soggettiva intendiamo raccogliere in un'unica categoria tutte le possibili situazioni in cui un soggetto può venirsi a trovare nei suoi rapporti con altri soggetti: quindi le situazioni dello status; della capacità giuridica e della capacità di agire; del diritto soggettivo: dell'interesse legittimo; del potere; della facoltà; dell'obbligo; del dovere; dell'onere; della soggezione.

**-il diritto soggettivo:** diverso da diritto oggettivo (insieme delle norme giuridiche vigenti).

Con la espressione <<avere un diritto>> si racchiudono sotto un'unica espressione due situazioni giuridiche soggettive in parte eguali in parte diseguali. Il soggetto A vanta un diritto verso il soggetto B se A ha una pretesa legittima (fondata sul diritto) verso B; e cioè può esigere che B dia qualcosa ad A o faccia o non faccia qualcosa di determinato in favore di A. tale è il diritto di credito, espressione che non si applica solo al credito in senso stretto, ma a tutti i diritti che comportano una pretesa verso un altro soggetto il quale correlativamente è obbligato verso il titolare della pretesa.

Vi è poi la situazione per cui il soggetto A può godere e disporre di un bene ad esclusione di ogni altro, tale è il diritto di proprietà. L'elemento che accomuna l'uno e l'altro tipo di diritto soggettivo sta nel fatto che il diritto di credito viene considerato, come il diritto di proprietà, una

ricchezza già presente nel patrimonio del creditore (anche se materialmente tale vantaggio o ricchezza sarà acquisita solo successivamente quando il debitore adempierà). In conclusione <<avere un diritto>> (soggettivo) vuol dire secondo i casi <<vantare una pretesa legittima verso un soggetto determinato il quale corrispondentemente ha l'obbligo di dare o fare qualcosa di determinato nei confronti dell'avente diritto>>, oppure <<poter godere di un bene ad esclusione di ogni altro e senza essere impediti da altri>>.

### Classificazione dei diritti soggettivi:

- a) Diritti reali: sono diritti che abilitano il titolare a trarre da una cosa tutte o alcune attività economiche legalmente garantite.
- b) Diritti di credito: attribuisce al creditore la pretesa di esigere una prestazione da una o più persone determinate
- c) Diritti patrimoniali (diritti reali e di credito)
- d) Diritti non patrimoniali (diritti della personalità)
- e) Diritti assoluti: sono erga omnes (ex. diritti reali e della personalità)
- f) Diritti relativi: sono solo verso soggetti determinati (diritti di credito)
- g) Diritti trasmissibili
- h) Diritti intrasmissibili

**-l'obbligo**: l'obbligo è la situazione giuridica soggettiva per cui un soggetto B è obbligato a dare o fare o non fare qualcosa di specifico e di determinato a favore di un altro soggetto A.

**-l'obbligazione**: quando la prestazione a cui si è obbligati ha carattere patrimoniale il nome tecnico dell'obbligo è quello di obbligazione.

Il diritto soggettivo in questo caso è una pretesa verso tutti (e quindi verso nessuno in particolare) e proprio per questo, finché il divieto non è turbato, il proprietario non vanta alcuna pretesa in senso proprio verso qualcuno specificatamente, e se il diritto viene turbato la pretesa è anzitutto verso lo Stato come rappresentante della collettività affinché restituisca la situazione turbata; reciprocamente tutti i non-proprietari rispetto ad una specifica proprietà hanno un generico dovere di non turbare la proprietà altrui, e sono quindi legati a tutti i proprietari contemporaneamente da questo generale <<obbligo>>: per questa ragione essi sono legati anzitutto e soprattutto verso lo Stato come garante di questa non turbativa. Lo stesso ragionamento si può ripetere verso i diritti di libertà.

**-il dovere**: è l'obbligo che uno specifico soggetto ha verso un altro specifico soggetto.

**-potere-soggezione**: nella pratica si rivengono molti casi in cui un soggetto può raggiungere *immediatamente e direttamente* mediante la sua attività un risultato per lui vantaggioso nei suoi rapporti con altri soggetti, cosicché questi secondi subiscono il risultato conseguente all'esercizio del potere senza che possano o debbano far nulla. Questo potere giuridico, e cioè potere di produrre unilateralmente conseguente giuridiche nei confronti degli altri, talvolta è assolutamente libero, talaltra è doveroso: in questo secondo caso alcuni lo chiamano significativamente diritto-dovere. Così il Presidente della Repubblica ha il diritto-dovere di promulgare. Gli elementi caratteristici di questa situazione di vantaggio sono i seguenti:

- 1) Il potere è sempre potere verso altri, o verso determinati altri o verso tutti gli altri, ed è potere di imporre ad essi qualcosa
- 2) Il potere non abbisogna della collaborazione di questi altri, di un loro comportamento specifico, positivo o negativo, ma si concreta in una loro soggezione ai risultati ottenuti mediante l'esercizio del potere.

In base alla prima caratteristica si può distinguere il potere dalla facoltà; in base al secondo si può distinguere il potere dal diritto soggettivo.

**-La facoltà:** si usa la categoria facoltà per disegnare qualunque delle molte possibilità di fatto che il titolare di un diritto soggettivo possiede rispetto al godimento di tale suo diritto indipendentemente da ogni rapporto con altri soggetti. Le facoltà quindi non sono altro che frammenti del diritto soggettivo che non danno luogo a rapporti giuridici. Per questa ragione in generale sono prive di rilevanza giuridica. Talvolta però l'ordinamento assoggetta l'esercizio di alcune facoltà a controlli o autorizzazioni (ex. proprietario se vuole ridipingere facciata della sua casa deve chiedere l'autorizzazione affinché la sua scelta non generi disarmonie o brutture) e in tal caso esse diventano giuridicamente rilevanti. Il carattere distintivo della figura della facoltà sta nel fatto che, a differenza del potere che si rivolge sempre verso altri a cui imporre qualcosa, la facoltà si esaurisce nel poter fare o non fare di un soggetto rispetto a se stesso.

Più difficile da comprendere la differenza tra diritto soggettivo e potere. Anche il diritto soggettivo si rivolge verso altri, determinati o indeterminati; anche il diritto soggettivo consente spesso al titolare di raggiungere da se stesso e direttamente risultati utili. Ma nel diritto soggettivo questi 2 aspetti stanno disgiunti, perché se, usando del mio diritto soggettivo, raggiungo risultati utili, ciò avviene se e perché usufruisco di tale diritto separandomi dagli altri; se invece in base al mio diritto mi rivolgo ad altri è appunto perché esigo la loro collaborazione, e dunque non posso raggiungere da me stesso il risultato voluto e il mio diritto viene soddisfatto attraverso il comportamento altri (nel primo caso rientra d.proprietà, nel secondo d.creditto). Nel potere invece i due aspetti sono congiunti, io mi rivolgo ad altri ed impongo direttamente ad altri il risultato dell'esercizio di questo mio potere senza che questi possano o debbano fare alcunché.

Il diritto soggettivo, sia come pretesa verso altri sia come bene di cui godere direttamente ad esclusione di altri, è una ricchezza che si possiede; il potere di per sé non è una ricchezza ma è un potere di imporre qualcosa ad altri. Quando il potere è legato ad un diritto soggettivo la distinzione sembra svanire. Ne consegue che il diritto soggettivo è un bene che appartiene ad una persona ed è dunque distinto e distinguibile da essa; il potere non può essere considerato e non viene considerato un bene oggettivo e quindi distinguibile dalla persona a cui si inerisce, ma è quella stessa persona considerata in movimento nel suo rapporto con gli altri. Sinteticamente: il diritto soggettivo è un bene della persona; il potere è una manifestazione (o una possibilità di manifestazione) della persona.

Al potere corrispondente la situazione di svantaggio della *soggezione*. La soggezione invece indica una situazione per cui un soggetto subisce e non può non subire secondo diritto l'esercizio e il risultato di una attività altrui.

**-l'onere:** si ha quando un soggetto, per raggiungere un risultato a lui favorevole o comunque da lui voluto, deve prima comportarsi in un certo modo; nello stesso tempo però, se si comporta nel modo prescritto, raggiunge il risultato voluto.

**-l'interesse legittimo:** è una situazione soggettiva. **L'art 4 della l.2248/1865** dispone: <<L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative>>; il giudice ordinario cioè ha il potere-dovere di disapplicare gli atti illegittimi che hanno leso un diritto soggettivo (con conseguente condanna della p.a a risarcimento del danno), ma non può né annullare né modificare l'atto che pure risulta illegittimo. Se l'interessato voleva l'eliminazione dell'atto illegittimo, e quindi il ristabilimento dello Stato delle cose preesistente all'atto amministrativo illegittimo, doveva, dal 1865 in poi e fino alla istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, rivolgersi con un ricorso alla stessa p.a..

Nel 1889 viene istituito un giudice speciale: la IV sezione del Consiglio di Stato, che aveva appunto il potere generale di annullare gli atti amministrativi illegittimi, su ricorso, entro termini molto brevi a pena di decadenza, di qualunque soggetto potesse vantare un interesse diretto ed attuale a tale annullamento (quindi potevano ricorrere a tale giudice speciale solo corò che potessero dimostrare l'esistenza di un loro interesse legittimo; da

notare come oggi la determinazione dei soggetti che hanno un interesse legittimo costituisce uno dei maggiori poteri del giudice amministrativo).

Questa organizzazione della giurisdizione è stata recepita dall' **art 103 Cost** che dispone: «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi». Notare che questa disposizione non dice che solo il giudice amministrativo può annullare gli atti amministrativi illegittimi: **l'art 113, terzo comma**, al contrario, chiarisce: «La legge determina quali organi di giurisdizione (quindi anche giurisdizione ordinaria) possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa». Se poi teniamo presente il 1° comma **dell'art 100 Cost** nel quale si dice che «Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione». È facile ricavare i seguenti principi:

**-la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo:** 1) Se leggi specifiche in singoli casi non dicono nulla, la giurisdizione a tutela degli interessi legittimi spetta ai giudici amministrativi (e cioè oggi Tar in primo grado e Consiglio di Stato in appello); 2) però, in casi espressamente previsti dalla legge, i giudici amministrativi possono avere giurisdizione anche nei confronti dei diritti soggettivi (c.d. giurisdizione esclusiva: notare l'avverbio «anche»: esso sta a significare, che il giudice amministrativo può giudicare anche su diritti soggettivi purché questi siano strettamente intrecciati con interessi legittimi; come ha chiarito la Corte Costituzionale con una fondamentale sentenza del 2004, il giudice amministrativo non può giudicare su diritti soggettivi se non sussiste un legame tra questi e gli interessi legittimi coinvolti da questi stessi diritti: una legge che viola questo principio è incostituzionale, e tale infatti ha dichiarato la Corte una legge del genere nella parte in cui pretendeva di ampliare la giurisdizione esclusiva oltre quanto previsto dalla Costituzione); 3) il giudice ordinario ha una competenza generale a tutela dei diritti soggettivi, tranne i casi espressamente devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma nei casi espressamente previsti dalla legge può annullare anche gli atti amministrativi (il che vuol dire che il giudice ordinario, se così una specifica legge ordinaria prevede, può tutelare mediante annullamento dell'atto amministrativo illegittimo sia diritti soggettivi sia interessi legittimi, cosa che in generale non può fare, perché l'annullamento degli atti amministrativi in principio spetta ai giudici amministrativi).

Il punto critico in questa costruzione sta nella distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi: quando un soggetto difende un diritto soggettivo e quindi, salvo che la legge dica espressamente altra cosa, deve rivolgersi al giudice ordinario, e quando un soggetto difende un interesse legittimo e quindi, salvo che la legge dica altra cosa, deve rivolgersi al giudice amministrativo?

Conviene distinguere 2 casi fondamentali, molto diversi tra di loro: a) quello in cui l'interessato vanta un diritto soggettivo e sostiene che la p.a con un suo atto amministrativo lo ha leso, e quindi cerca di tutelare tale diritto con tutti gli strumenti che l'ordinamento gli mette a disposizione; b) quello in cui l'interessato non vanta un diritto soggettivo nei confronti della p.a e dunque non ha titolo per chiedere nulla di positivo e determinato verso la p.a ma ha interesse che l'atto amministrativo a suo dire illegittimo venga annullato, cosicché, a seguito di tale annullamento, venga ristabilita la situazione quale esisteva prima dell'atto annullato, con due possibili esiti ulteriori: b1) l'interessato vede soddisfatto il suo interesse proprio dal ristabilimento della situazione anteriore, cosicché, se l'amministrazione non deve far nulla in seguito dell'annullamento oppure non fa nulla, l'interessato vede pienamente soddisfatto il suo interesse (in questi casi si usa parlare di *interesse oppositivo*: l'interessato si oppone al mutamento e chiede e spera che la p.a non faccia nulla); b2) se l'interessato sperava di ottenere qualcosa dalla p.a, l'annullamento dell'atto illegittimo riapre per una seconda chance, perché può accadere che la p.a, o perché obbligata a decidere di nuovo o perché comunque

decide di decidere una seconda volta, questa seconda volta, emanando un atto legittimo, soddisfa l'interesse del soggetto che ha fatto ricorso contro l'atto illegittimo (in questi casi si usa parlare di *interesse pretensivo*, l'interessato chiede qualcosa alla p.a e spera di ottenerla).

Ex. immaginiamo che un soggetto proprietario di un edificio che affaccia su un parco venga a sapere che una variante del piano regolatore consenti costruzioni sul terreno prima adibito a parco tali che gli tolgono a visuale del verde; se l'atto che consente tali costruzioni è per qualche ragione illegittimo, l'interessato ricorrendo al giudice amministrativo ottiene l'annullamento dell'atto, e quindi vede soddisfatto il suo interesse (altra cosa è se la p.a possa ancora con un nuovo atto, questa volta legittimo, egualmente dichiarare edificabile l'area prima adibita a verde pubblico).

La questione diventa oscura nel primo caso (il caso nel quale l'interessato è titolare di un diritto soggettivo che viene leso da un atto amministrativo), perché giudici e giuristi sostengono che, tranne i casi nei quali l'atto amministrativo è nullo, nei casi nei quali invece l'atto amministrativo è annullabile, il diritto soggettivo viene tolto dall'atto amministrativo non solo quando, come ovvio, esso è legittimo (ed ha proprio il potere di togliere un diritto soggettivo: si pensi alla espropriazione per pubblica utilità), ma anche quando esso è illegittimo, cosicché al posto del diritto soggettivo, comunque tolto, non resta che una situazione di interesse legittimo (cosiddetta *degradazione del diritto soggettivo*). A seguito dell'annullamento dell'atto amministrativo che aveva tolto il diritto soggettivo, tale diritto rinasce.

Dunque: se un atto amministrativo illegittimo lede un preesistente diritto soggettivo, vi sono casi nei quali il diritto soggettivo resiste, per così dire, all'atto amministrativo illegittimo, cosicché bisogna rivolgersi al giudice ordinario per una sua tutela, e vi sono casi nei quali il diritto soggettivo viene tolto e sostituito da un interesse legittimo, cosicché bisogna andare davanti al giudice amministrativo.

Qui va ancora ricordato: a) che esiste la giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi e che oggi due casi importanti sono costituiti dalle controversie in materia di servizi pubblici e in materia di contratti ad oggetto pubblico; b) che è pacifica la giurisdizione del giudice ordinario, fatti salvi i casi di giurisdizione esclusiva.

**-annullamento e disapplicazione dell'atto amministrativo:** al giudice amministrativo si chiede in principio l'annullamento dell'atto illegittimo. Il giudice ordinario, in principio, non può annullare l'atto amministrativo illegittimo, ma, come si dice tecnicamente, lo disapplica, (e cioè giudica come se l'atto non esistesse rispetto al caso concreto su cui sta giudicando: l'atto non viene annullato, continua ad avere efficacia nei confronti di altri).

**-TAR e Consiglio di Stato:** i TAR sono recenti (**I. n.1034/1971**) e sono giudici amministrativi di primo grado. Il Consiglio di Stato è oggi un giudice di appello a cui si ricorre contro le decisioni dei TAR.

Del Consiglio di Stato vanno qui ricordati 2 aspetti importanti: anzitutto esso, per ¼ può essere composto da membri nominati in sostanza dal Governo, traendoli però da categorie predeterminate che danno garanzia di preparazione professionale adeguata: questa particolarità, in passato ancora più marcata, testimonia un legame molto stretto tra Consiglio di Stato e p.a, sul cui operato esso è chiamato a giudicare o dare pareri; in secondo luogo esso si compone di sezioni giurisdizionali, e di sezioni consultive, le quali danno pareri alla p.a, e in particolare al Governo, ogni qual volta si tratta di questioni giuridiche dubbie o complesse.

**-la Corte dei conti:** la Corte dei conti è giudice in *materia contabile*, in materia di *c.s. responsabilità amministrativa*, in materia di *pensioni pubbliche*. Per quanto riguarda la responsabilità contabile è previsto che tutti coloro che maneggiano pubblico denaro o siano consegnatari di cose e valori della p.a debbano dare un rendiconto che viene esaminato dalla Corte e che, se questa non lo riconosce regolare, dà luogo automaticamente ad un giudizio davanti ad essa. Per quanto riguarda la responsabilità amministrativa, il procuratore generale

presso la Corte dei conti, di ufficio (di sua iniziativa) o su segnalazione dei capi servizio delle amministrazioni, promuove un giudizio di responsabilità civile contro qualsiasi funzionario pubblico per ottenere il risarcimento del danno subito dallo Stato (o di altra amministrazione pubblica) per colpa del funzionario. La Corte dei conti poi giudica al posto dei TAR sulle controversie in materia di pensioni relative al rapporto di pubblico impiego. La Corte dei conti non esercita solo funzioni giurisdizionali, ma anche di controllo. In particolare essa controlla preventivamente la legittimità degli atti della p.a indicati dalla legge, che prima di divenire efficaci debbono appunto ricevere il visto della Corte dei conti.

-menzione ad altri giudici speciali: le Commissioni tributarie, il Tribunale superiore delle acque pubbliche, i Tribunali militari.

## **CAP 16: LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

Si tratta ora di quella parte dello Stato caratterizzata: a) dalla sua professionalità e dalla sua subordinazione ad un vertice politico (per questa via si distingue nettamente dagli organi costituzionali); b) dalla sua organizzazione interna gerarchica, per cui tutto l'apparato amministrativo è diretto da un unico centro (per questa via si distingue dal potere giudiziario); c) dalla sua integrale appartenenza allo Stato-soggetto (per questa via si distingue dai numerosissimi apparati degli enti pubblici distinti dallo Stato, per quanto da questo controllati). Questo complesso apparato è gerarchicamente ordinato e centralizzato da un unico vertice, il Governo (gli altri organi costituzionali hanno un rapporto indiretto con l'apparato amministrativo, e solo il Governo, in Italia almeno, ha un generale rapporto diretto con esso).

- Esso deve essere organizzato, deve cioè corrispondere ad un disegno organizzativo predeterminato, stabile e certo
- Esso deve disporre dei mezzi patrimoniali e finanziari adeguati agli scopi che deve perseguire
- Esso ha bisogno di una moltitudine di persone fisiche che prestano la loro opera al servizio dell'apparato, e dunque è necessario disciplinare tutti gli aspetti rilevanti di tale rapporto di lavoro
- Esso per agire usa una serie di strumenti giuridici, cioè svolge una attività giuridicamente rilevante; attività che si sviluppa secondo schemi di comportamento legalmente precostruiti, come via necessaria per raggiungere i fini voluti

### **2. Principi costituzionali sulle amministrazioni pubbliche**

Nella seconda parte della Costituzione, **la Sezione II del Titolo III è rubricata <<La pubblica amministrazione>> (art 97,98 Cost)**, si tratta di una sezione all'interno di un titolo rubricato <<il Governo>>: ne consegue che questa sezione II si occupa anzitutto della amministrazione pubblica alle dipendenze del Governo. Tuttavia le amministrazioni pubbliche degli enti Regione, Provincia, Città metropolitana e Comune sono disciplinate, in maniera parzialissima, da regole e principi contenuti nel titolo V della Parte Seconda dedicato proprio a tali enti., c) principi fondamentali, soprattutto per quanto attiene i rapporti tra pubbliche amministrazioni e soggetti esterni, sono contenuti nel Titolo IV della Parte seconda, dedicato alla Magistratura; d) altre regole e principi importanti che riguardano in generale tutte le amministrazioni pubbliche sono sparse nella Parte prima della Costituzione, intitolata <<Diritti e doveri dei cittadini>>.

-il **principio di legalità**: è contenuto nell' **art 23 Cost**:<<Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base a legge>>. Anche se a rigore il principio non riguarda solo le amministrazioni pubbliche ma tutti i soggetti dell'ordinamento, esso coinvolge anzitutto e soprattutto queste amministrazioni che, in quanto pubbliche, spesso sono dotate di poteri di comando nei confronti dei soggetti esterni, e cioè hanno il potere di imporre e portare a compimento conseguenze che diminuiscono (o aumentano, ma comunque per volontà unilaterale delle amministrazioni decidenti) la sfera giuridica dei destinatari dell'atto della amministrazione pubblica: ad ex. possono espropriare un bene, vietare un comportamento, e simili.

L'art 23 stabilisce che le amministrazioni pubbliche, tutte, in tanto possono imporre un obbligo, o un divieto di fare o non fare, o un obbligo di dare, in quanto a fondamento del loro atto di imposizione ci sia una previa legge (statale nelle materie statali e in quelle conferite dallo Stato e Province, Città metropolitane e Comuni, e regionale in tutte le altre).

**Il comma 2, art 118** disciplina: <<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>> (come modificato dalla l. cost 3/2001). L'espressione <<funzioni proprie>> contrapposta a <<funzioni conferite>>, designa funzioni che questi enti hanno direttamente a Costituzione, e non in base alla legge statale o regionale, nel qual caso sarebbero appunto funzioni conferite da qualcun altro. Queste funzioni proprie riguardano quelle funzioni che non si esercitano mediante atti di imposizione di prestazioni patrimoniali o personali; in altre parole le funzioni amministrative che consistono in imposizioni di prestazioni personali o patrimoniali, in forza dell'art 23 della Costituzione, debbono essere sempre funzioni conferite con legge statale o regionale, secondo i casi, e mai funzioni proprie.

-il principio di giustiziabilità: il secondo principio è contenuto in via generale nell' **art 24** e in modo specifico per le amministrazioni pubbliche nell' **art 113**. Il primo dice che <<Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi>> (quindi anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni). Il secondo conferma specificatamente quanto già contenuto nell'art 24: <<Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.>>. Da qui ricaviamo: A) che anzitutto non è ammissibile che un atto di una qualunque pubblica amministrazione lesivo di un diritto o interesse legittimo sia sottratto alla giurisdizione, e cioè al controllo del giudice su richiesta dell'interessato (questo principio non riguarda gli atti che non rientrano tra quelli amministrativi, ad ex. gli atti politici di organi politici, quali ad es. Camere e Governo: per questi ultimi bisognerà verificare se e quali altri principi si trovano in Costituzione, e nelle leggi non contrarie a Costituzione); B) l'annullamento degli atti della pubblica amministrazione può ricevere un trattamento giuridico particolare, rispetto all'annullamento di ogni altro organi giuridico, in base alla legge: quindi da un lato la legge non può escludere l'annullabilità degli atti amministrativi illegittimi, dall'altro però può stabilire un regime speciale per tale annullamento.

Notare che questa disposizione non dice che solo il giudice amministrativo può annullare gli atti amministrativi illegittimi, ma dice che spetta alla legge indicare quale giudice e con quali effetti può annullare gli atti amministrativi illegittimi: potrebbe dunque essere anche il giudice ordinario, se così la legge prevedesse. Ne consegue che in principio l'annullamento degli atti amministrativi illegittimi spetta al giudice amministrativo e non al giudice ordinario (come continua a stabilire l'art 4 della legge 20 marzo 1965 n.2248, all'E, ancora in vigore, che vieta al giudice ordinario di annullare gli atti amministrativi illegittimi e, se necessario, gli consente soltanto di disapplicarli).

-l'interesse legittimo: riprendiamo la distinzione tra la situazione giuridica soggettiva chiamata <<diritto soggettiva>> e la situazione giuridica soggettiva chiamata <<interesse legittimo>>.

Quanto poco la Costituzione dice intorno all'interesse legittimo è dimostrato dal fatto che fino alla **sentenza n.550 del 1999 della Corte di Cassazione Sez.Un.** la violazione dell'interesse legittimo non dava luogo a risarcimento dell'eventuale danno patito, mentre da quella sentenza in poi la regola, recepita dalla legislazione recente, è che anche la violazione dell'interesse legittimo dà luogo a risarcimento del danno. *[**"La lesione di un interesse legittimo, al pari di quella di un diritto soggettivo o di altro interesse (non di mero fatto ma) giuridicamente rilevante, rientra nella fattispecie della responsabilità aquiliana solo ai fini della qualificazione del danno come ingiusto. Ciò non equivale certamente ad affermare la indiscriminata risarcibilità degli interessi legittimi come categoria generale. Potrà infatti pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della P.A. abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega, e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento. In altri termini, la lesione dell'interesse legittimo è condizione***

*necessaria, ma non sufficiente, per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., poiché occorre altresì che risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo".].*

Nell'art 103 la Costituzione prescrive che la tutela degli interessi legittimi si chiede davanti al giudice amministrativo (Consiglio di Stato e altri organi di giustizia amministrativa: oggi Tribunali amministrativi regionali come giudici di 1° grado e Consiglio di Stato come giudice di appello, salve le eccezioni), e che però la legge può stabilire che in determinate materie i giudici amministrativi possano tutelare anche diritti soggettivi, oltre che interessi legittimi (c.d. giurisdizione esclusiva o piena del giudice amministrativo). Da questo si ricava implicitamente che, salvi i casi di giurisdizione esclusiva previsti dalla legge, in principio la tutela dei diritti soggettivi è compito dei giudici ordinari.

**-principio di responsabilità:** contenuto nell' **art 28**:<< I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.>>. Dunque a) tutti i dipendenti dello Stato o di enti pubblici, se con i loro atti e comportamenti violano diritti soggettivi di altri rispondono direttamente per essi secondo quanto prevede la legge, con sanzioni civili o penali o disciplinari; b) inoltre quando il dipendente dello Stato o di ente pubblico è responsabile nel primo senso, la connessa responsabilità civile si estende allo Stato o all'ente pubblico alle cui dipendenze lavora il soggetto responsabile (con *responsabilità solidale*, come ormai si ritiene pacificamente, e cioè tale per cui l'interessato può chiamare in giudizio per l'intero debito indifferentemente uno qualunque dei debitori solidali).

**-principi in materia di rapporti di lavoro:** fondamentale quanto stabilito nell' **art 51**:<< 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>>; strettamente legato a questa disposizione è l' **art 97**, terzo comma, in forza del quale<<Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvi i casi stabiliti dalla legge>>. L' **art 98** stabilisce in generale:<< I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione. Se sono membri del Parlamento, non possono conseguire promozioni se non per anzianità. Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero>>. Dal 1993 i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono per lo più disciplinati dal diritto privato.

**-principio di buon andamento ed imparzialità:** contenuto nell' **art 97** secondo cui:<<i> pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione>>. Esiste dunque la possibilità che la Corte Costituzionale dichiari incostituzionale qualche disposizione di legge perché contraria ad uno di quei due principi.

**-principio in materia di gestione delle risorse:** per quanto riguarda le risorse delle pubbliche amministrazioni, esse sono piuttosto le risorse di cui si avvalgono lo Stato e tutti gli enti pubblici: posto che le amministrazioni pubbliche sono strutture serventi al servizio dello Stato e degli enti pubblici, e che in ciascun ente vi può essere una parte distinta dalla sua amministrazione, le risorse sono quelle dell'ente nel suo insieme. Possiamo considerare validi per tutte le amministrazioni pubbliche alcuni principi che si ricavano dall' **art 81 della Costituzione** che a rigore tratta solo del bilancio dello Stato. I principi ricavabili da questo articolo sono i seguenti: 1) per ogni ente pubblico deve esistere almeno un bilancio annuale preventivo, che elenca in modo analitico, applicando per ciascuna voce le norme pertinenti, tutte le entrate, qualunque sia la loro fonte, e tutte le spese, qualunque sia il loro fondamento; 2) ogni struttura amministrativa deve spendere le somma ad essa assegnate dal bilancio solo

per l'oggetto o gli oggetti indicati in ciascuna specifica voce del bilancio e fino al tetto massimo previsto in tale voce. 3) negli enti pubblici territoriali (e cioè, oltre lo Stato, le Regioni, Province, Città metropolitane, Comuni) che sono anche enti rappresentativi, la approvazione del bilancio spetta inderogabilmente alla assemblea rappresentativa del corpo elettorale; 4) in base all'art 103 della Costituzione la Corte dei conti esercita il controllo successivo sulla gestione del bilancio dello Stato e partecipa al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria (quest'ultima disposizione riguarda tutti gli enti, anche quelli privati ed esclude solo le persone fisiche).

Altre disposizioni che indirettamente tutelano le risorse delle pubbliche amministrazioni stanno: 1) nell' **art 42** laddove la Costituzione dice la proprietà può essere pubblica o privata; nel **6° comma dell'art 119** dove si prescrive che i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno e debbono avere un loro patrimonio; 3) nell' **art 53**, che presuppone e conferma che le risorse finanziarie degli enti pubblici derivano dalle imposizioni tributarie, salva la applicazione dei principi costituzionali in questa materia; 4) dal **nuovo comma settimo (ed ultimo) dell'art 119** che per la prima volta stabilisce direttamente in Costituzione che i Comuni, le Province, le Città metropolitane, e le Regioni possono ricorrere all'indebitamento, ma nello stesso tempo pone due vincoli: a) lo possono fare solo per spese di investimento e non per coprire spese correnti; b) lo Stato non deve (non solo non è tenuto, ma addirittura gli è vietato) garantire prestiti contratti da questi enti.

-l'eguaglianza giuridica nei rapporti tra le amministrazioni pubbliche e i soggetti esterni: in applicazione del principio di eguaglianza, i rapporti giuridici tra tutte le amministrazioni pubbliche ed i soggetti esterni sono governati da principi uniformi, per cui non può accadere che un soggetto, nei suoi rapporti con una amministrazione pubblica, riceva un trattamento giuridico deteriore se entra in rapporto con una certa amministrazione rispetto al trattamento che riceverebbe se entrasse in rapporto con un'altra amministrazione in riferimento al medesimo diritto soggettivo o interessi legittimo. Il principio viene confermato da tutte quelle disposizioni, contenute in particolare nel nuovo art.117, in base alle quali ogni qual volta vengono in gioco diritti civili, politici e sociali, sia per quanto riguarda la loro configurazione essenziale sia per quanto riguarda la loro tutela davanti ai giudici, competente a legiferare è solo lo Stato, a garanzia di una normazione uniforme eguale per tutti i cittadini.

Egual ragionamento e conclusione bisogna fare per quanto riguarda il rapporto di lavoro dipendente da enti pubblici: anche in questo caso la Costituzione non contiene principi e regole specifiche che si applicano ad alcune amministrazioni e non ad altre, a conferma che il rapporto di lavoro non può ricevere una disciplina giuridica differenziata secondo l'ente di appartenenza.

-principio di collaborazione e buona fede tra cittadino e pubblica amministrazione: **legge n.120 del 2020** ha introdotto nell'art 2 della legge n.241 del 1990 il comma 2-bis: <<I rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede>>.

-i ministeri: nei confronti dello Stato l'art 95 prevede che la struttura fondamentale dello Stato sul piano amministrativo sia incentrata nelle strutture chiamate ministeri, e prescrive che solo la legge possa istituire i ministeri, stabilendo le attribuzioni e l'organizzazione di essi. Non può esistere alcuna altra amministrazione di livello statale distinta dai ministeri. L' **art 95** poi stabilisce che spetta al Presidente del Consiglio mantenere la unità dell'indirizzo amministrativo e promuovere e coordinare l'attività dei ministri.

-l'organizzazione amministrativa nello Stato, nelle Regioni, negli enti locali: l'art 97 e l'art 117 stabiliscono che: a) spetta alla legge dello Stato, con riserva relativa, disciplinare l'organizzazione delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali; B) spetta alla legge regionale, con riserva relativa, disciplinare le amministrazioni regionali e gli enti pubblici regionali; c) spetta ai regolamenti rispettivamente comunali, provinciali e delle Città

metropolitane, salve le disposizioni poste con legge statale in materia di funzioni fondamentali, disciplinare con propri regolamenti, subordinati ai rispettivi statuti, l'organizzazione delle proprie amministrazioni, dirette o indirette.

### 3. L'organizzazione della p.a

L' **art 95, 3° comma** stabilisce: «la legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministri». Questo articolo individua l'articolazione fondamentale della p.a dello Stato, e cioè il ministero, in secondo luogo stabilisce che solo con legge si può istituire un ministero; in terzo luogo riserva alla legge la individuazione delle attribuzioni (le sfere di attività e i compiti) dei ministeri e la loro organizzazione.

L' **art 97 Cost** prescrive: «Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.»

L'art 97 dunque pone una riserva di legge, che per pacifica e unanime interpretazione è stata ritenuta una riserva relativa. A sostegno della relatività della riserva di legge stanno due argomenti; giacché lo stesso articolo 97 usa non casualmente la formula «secondo disposizioni di legge». Il che vuol dire che gli uffici non sono organizzati direttamente dalla legge, a seguendo i criteri stabiliti dalla legge.

- i ministeri: Ciascun ministero ha una generale competenza amministrativa rispetto ad un settore della realtà sociale complessiva. Ciascun ministero ha al suo vertice un ministro, come abbiamo già detto trattando del Governo; il ministro è dunque il soggetto che dà unità verso l'esterno al ministero e che per questa ragione, svolge funzioni di programmazione, indirizzo e controllo, sollecita ed orienta l'apparato del suo ministero, verifica se i programmi e gli obiettivi vengono correttamente eseguiti e perseguiti. In generale la struttura di un ministero è di tipo piramidale. Queste partizioni interne di ciascun ministero si dividono in due classi: le partizioni più ampie (ad es. direzioni generali), le quali oggi, attraverso la diretta attribuzione di funzioni amministrative ai massimi dirigenti, hanno rilevanza esterna, e le partizioni interne alle prime, le quali, di regola, non hanno rilevanza esterna. In tal modo si attua un profondo decentramento amministrativo, perché solo pochi atti spettano al ministro, mentre la grande maggioranza (gli atti di gestione) spettano ai dirigenti amministrativi.

- il decentramento amministrativo: quasi tutti i ministeri hanno una doppia amministrazione: una centrale (nazionale), con sede a Roma, la quale quindi adotta decisioni con efficacia, di regola, per tutto il territorio nazionale, una periferica, con uffici decentrati nelle singole province o comunque in zone previamente delimitate dalle leggi vigenti in materia.

Il d.lgs 300/99 prevede una riforma delle amministrazioni periferiche dello Stato: in particolare le prefetture cambiano nome (diventano uffici territoriali del governo) e sostanza: diventano le strutture periferiche che raccolgono e coordinano le altre strutture periferiche, salvo quelle degli affari esteri, della giustizia, del tesoro, delle finanze, della pubblica istruzione, dei beni e delle attività culturali, e le agenzie.

- organi di amministrazione attiva: è l'ufficio che decide nei confronti dei cittadini.

-organi consultivi: uffici che hanno il compito di dare pareri, e cioè di offrire all'organo decidente una serie di valutazioni rispetto ad un certo aspetto dell'oggetto su cui si deve decidere e per il quale l'organo consultivo ha una particolare qualificazione tecnica. Distinguiamo così tra pareri *obbligator* e *facoltativi*, *pareri vincolanti* e *non vincolanti*.

La **legge 241/90** nell'intento di sveltire i procedimenti amministrativi, ha previsto molti casi in cui inutilmente il termine stabilito da questa stessa legge, il procedimento prosegue ugualmente prescindendo dal parere, oppure il responsabile del procedimento è obbligato a rivolgersi ad un altro soggetto con eguali o analoghe competenze tecnico-scientifiche.

-organi di controllo: sono gli uffici che devono controllare gli atti di un altro, e cioè rivedere secondo criteri predeterminati le decisioni adottate dagli altri, nei casi e secondo le procedure previste.

Tra gli organi consultivi va ricordato il Consiglio di Stato (il quale come abbiamo detto, è anche organo giurisdizionale, e si divide infatti in sezioni consultive e sezioni giurisdizionali); tra quelli di controllo va particolarmente ricordata la Corte dei conti (che egualmente svolge funzioni giurisdizionali anche di controllo, e si divide infatti in varie sezioni giurisdizionali e di controllo anche decentrate).

-organi ausiliari: il loro compito peculiare è quello di aiutare le altre articolazioni dello Stato nello svolgimento di particolari compiti. Un organo ausiliario previsto dalla Costituzione è il CNEL, che dovrebbe aiutare Parlamento e Governo in materia di economia e lavoro. La stessa Corte dei conti è concepita come organo ausiliario rispetto al Parlamento, al quale fornisce continue informazioni sull'andamento della p.a e di molti altri enti pubblici quale risulta dal suo controllo istituzionale.

-organi monocratici e organi collegiali: vi sono organi monocratici (in cui il soggetto decidente è una persona singola: ad ex. il prefetto) e organi collegiali (in cui il soggetto decidente è un insieme di persone che decidono congiuntamente: ad esempio il Consiglio di Stato, la Corte dei conti).

-conferenza dei servizi: non è un organo. Indica la riunione dei rappresentanti di più uffici, ciascuno dei quali deve svolgere un compito specifico collegato a quello di tutti gli altri in vista di un risultato finale unitario.

-Agenzie: è un ufficio pubblico, ma con compiti particolari che esigono una forte specializzazione, una grande autonomia, una marcata separazione dal resto dell'apparato burocratico. Vanno qui ricordate l'Aran (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni), l'Anpa (Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente).

#### 4. I mezzi

-le entrate dello Stato: lo Stato ha bisogno di mezzi finanziari molto ingenti per svolgere tutti i compiti che via via si è dato. Oggi i due principali strumenti di provvista (raccolta) dei mezzi sono le entrate tributarie (o fiscali) e i prestiti (tutti gli Stati hanno un bilancio di deficit), e dunque debbono coprire la differenza con prestiti, sia verso l'esterno, che soprattutto verso i propri cittadini: naturalmente i prestiti vanno rimborsati, e dunque al fondo l'unica vera entrata sono i tributi, che servono anche a pagare i prestiti ricevuti.

Le entrate tributarie dello Stato vengono di solito distinte in imposte e tasse:

- **Imposte**= sono prestazioni in denaro che i cittadini debbono obbligatoriamente e incondizionatamente allo Stato (o ad altro ente pubblico), secondo criteri e procedure legali. Le imposte a loro volta si dividono in imposte *dirette* e *indirette*: sono dirette quelle commisurate alla qualità economica del soggetto obbligato; sono indirette quelle commisurate al valore della transazione economica che ne costituisce il presupposto, o comunque dovute in occasione di un determinato fatto, indipendentemente dalle qualità

personali di chi concretamente è obbligato a pagarle. Le imposte, sia dirette che indirette, rappresentano la grande maggioranza delle entrate (fiscali e non) dello Stato.

- Le tasse sono pagamenti in denaro che i cittadini fanno allo Stato (o ad altro ente pubblico) come condizione per usufruire di un servizio pubblico (le tasse scolastiche, quelle giudiziarie...). La tassa non è un prezzo perché non è commisurata al beneficio e al suo costo reale, ed anzi in genere è enormemente inferiore. Le tasse non debbono essere pagate incondizionatamente perché il cittadino, se non usufruisce o non vuole usufruire del servizio, per ciò solo non le paga.

-principi costituzionali sui tributi: la Costituzione fissa alcuni principi generali in tema di tributi. In particolare:

- a) Pone una riserva di legge (**art 23 Cost:** viene ritenuta una riserva relativa) per cui nessun ente può imporre tributi se non in forza di una previa legge
- b) Stabilisce che <<il sistema tributario è informato a criteri di progressività>> per cui, crescendo il reddito, deve crescere più che proporzionalmente il contributo fiscale del cittadino alle spese dello Stato e degli enti pubblici.

**-Art 53 Cost:** <<Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività.>> il sistema in realtà oggi appare piuttosto regressivo, poiché paga di più percentualmente chi ha meno.

- c) La Costituzione poi prevede che, sempre in base a leggi dello Stato, possono esservi altri enti pubblici attributari di poteri di imposizione fiscale.

In base al nuovo art 199 si deve ritenere che la legge deve essere del Parlamento per quanto riguarda la istituzione di un tributo, ma può essere regionale per quanto riguarda la disciplina di quello stesso tributo; poiché vi sono anche tributi comunali e provinciali, vi possono essere anche regolamenti comunali e provinciali in materia tributaria, subordinati alle leggi statali.

-i prestiti: oggi gli Stati ricorrono con grande ampiezza i prestiti. In Italia una forma molto frequente e ingente di prestito è costituita dalla offerta dei famosi BOT (buoni ordinari del tesoro) con scadenza molto breve (tre mesi, 6 mesi, un anno), prestiti, ovviamente ad interesse, che i sottoscrittori di questi BOT fanno allo Stato.

-bilancio preventivo e bilancio consuntivo:

- Bilancio preventivo= è il bilancio che si approva prima dell'anno finanziario
- Bilancio consuntivo= è il bilancio che si approva dopo l'anno

-il nuovo art.81: Il nuovo **art 81 Cost** è entrato formalmente in vigore con la **l.cost. 20 aprile 2012, n.1**, ma applicabile soltanto a partire dall'esercizio finanziario dell'anno 2014, in parte riproduce disposizioni del precedente art.81 e in parte introduce regole e principi innovativi. Viene confermato, come in passato, che ogni anno deve essere approvato con legge di bilancio (si sottintende preventivo) e il rendiconto consuntivo (e cioè bilancio consuntivo) dello Stato e che ambedue tali bilanci vanno presentati dal Governo.

Viene anche confermata la possibilità dell'esercizio provvisorio del bilancio, al massimo per 4 mesi, soltanto se autorizzato dal Parlamento caso per caso con legge, qualora per una qualche ragione il bilancio preventivo non sia stato approvato prima dell'inizio dell'anno finanziario. Viene confermato il principio secondo cui <<ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte>>.

Viene invece tolto il precedente comma 3° del vecchio art 81 secondo cui <<Con la legge di approvazione del bilancio non si possono stabilire nuovi tributi e nuove spese>>: questo divieto non ha più ragion d'essere perché l'ultimo comma del nuovo art 81 demanda la ulteriore disciplina generale sul bilancio (e cioè sulle modalità e i criteri in base ai quali vanno costruiti i bilanci preventivi di ciascun anno) ad una legge ordinaria rinforzata, approvata con la

maggioranza assoluta dei componenti delle Camere e modificabile soltanto con la maggioranza assoluta. Questa legge oggi è la **legge n.243 del 2012**. Oggi esiste una distinzione netta tra legge generale sul bilancio approvata con la maggioranza assoluta ed i singoli bilanci (approvata con legge ordinaria approvata con la maggioranza semplice e dunque subordinata alla legge generale): in secondo luogo il procedimento di approvazione del bilancio è subordinato al controllo dell'Unione europea per quanto attiene ai criteri sul bilancio degli Stati membri concordati nei trattati in materia (ispirati al principio del pareggio di bilancio).

Se non si danno i casi elencati nell'art 81 l'indebitamento non è ammesso, e dunque per pareggiare entrate e spese nei casi che non consentono indebitamento è necessario che le spese siano pari alle sole entrate tributarie o patrimoniali (cosiddetto pareggio di bilancio, e cioè pareggio tra entrate e spese senza debiti). Si può ricorrere all'indebitamento solo in 2 casi. Primo caso: <<il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico>>; secondo caso: il ricorso all'indebitamento è consentito <<al verificarsi di fatti eccezionali>>, ma si faccia attenzione, in questo caso <<previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta>> (e cioè la metà+1 dei componenti di Camera e Senato; vale la pena di notare che le mozioni di fiducia o sfiducia al Governo sul piano giuridico prevedono la maggioranza semplice).

La legge annuale di bilancio con le prescrizioni dell'ultimo comma dell'art 81 diventa una legge gerarchicamente subordinata ad una legge generale sul bilancio, da approvare a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale. La catena normativa disegnata dall'art 81 è dunque la seguente: a) anzitutto vengono i principi sul bilancio con legge costituzionale (e sono appunto per ora i principi contenuti nel nuovo art 81, fatta salva ovviamente la possibilità che una successiva legge costituzionale li modifichi o li integri; b) poi ci deve essere una legge sul bilancio dello Stato, da approvare con la maggioranza assoluta: questa legge generale sul bilancio deve stabilire <<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>>; c) infine la legge annuale di bilancio (che non esige la maggioranza assoluta ma quella semplice, e cioè la metà+1 dei votanti) quantifica entrate e spese dell'anno a venire senza però poter indagare a quanto stabilito nella legge generale sul bilancio.

Questa legge generale sul bilancio (**l. n.243 del 2012**, approvata con la maggioranza assoluta come esige oggi l'art 81 Cost e quindi modificabile solo con questa maggioranza), ma anche qualunque altra legge comunque vigente in materia, grazie al primo comma dell'art 117 (secondo cui le leggi statali e regionali non possono violare gli obblighi comunitari e internazionali) dovrà essere conforme al trattato che impone agli Stati aderenti il pareggio di bilancio (senza indebitamento) come principio inderogabile, salve le eccezioni e le modalità previste dallo stesso trattato, col conseguente controllo dell'Unione europea, Corte di giustizia compresa, a garanzia del rispetto del principio.

-il procedimento di approvazione del bilancio preventivo: il procedimento di approvazione del bilancio preventivo è un procedimento molto complesso che si conclude con la deliberazione delle Camere con legge su un disegno di legge deliberato dal Consiglio dei ministri. La legge di bilancio si divide in due parti.

La legge di bilancio (preventivo) va approvata, come è ovvio, entro il 31 dicembre. Se però il Parlamento non riesce ad approvare in tempo, è previsto dalla Costituzione che esso, con legge, possa concedere al Governo il c.s *esercizio provvisorio*, per un periodo non superiore a 4 mesi, cioè possa concedere al Governo di riscuotere e spendere somme per mese per un dodicesimo di quelle previste nel bilancio.

-la sessione di bilancio: al fine di consentire l'approvazione della legge di stabilità e della legge di bilancio in tempi utili è stata istituita la sessione di bilancio e cioè un periodo di tempo

indicato nel regolamento entro cui la assemblea e le commissioni, tranne poche eccezioni, possono discutere e deliberare solo la legge finanziaria, la legge di bilancio e i bilanci.

-i **bilanci poliennali**: accanto ai bilanci annuali, le leggi prevedono ed impongono anche bilanci di competenza poliennali, in genere triennali, per consentire alle pubbliche amministrazioni di proiettare nel tempo la loro attività e quindi al meglio di programmarla.

-il **bilancio consultivo**: quanto al bilancio consultivo dello Stato, anch'esso va approvato con legge, ma è un atto di scarsa per non dire nulla rilevanza politica, e senza effetti giuridici di un qualche rilievo. Al contrario il **bilancio preventivo** ha grande importanza sia politica che giuridica. Politicamente esso riassume l'indirizzo politico del Governo e della maggioranza del Parlamento, i quali, decidendo quali spese accrescere e quali ridurre o mantenere costanti, chiariscono concretamente gli obiettivi che perseguono e gli interessi che intendono favorire. Giuridicamente il bilancio (e la connessa legge) costituisce limite per la pubblica amministrazione, la quale può accertare e incassare solo tipi di entrata previsti e può spendere solo le somme previste.

Notare la diversa situazione giuridica, quanto al bilancio, degli enti pubblici e delle imprese private: nelle imprese private il bilancio preventivo, se esiste, ha solo rilevanza interna e non è imposto dalle norme, mentre invece obbligatorio ed essenziale è il bilancio consultivo, scarsamente significativo anche se obbligatorio il bilancio consultivo. La ragione è semplice: nelle imprese private l'obiettivo primario è il profitto e la sua distribuzione, che dunque può essere rilevato e distribuito solo a fine esercizio; negli enti pubblici primaria è la valutazione politica della distribuzione delle risorse di cui l'ente disporrà, e questa valutazione va fatta prima.

-i **mezzi materiali**: l'ordinamento italiano distingue 3 tipi di beni dello Stato: beni demaniali, beni patrimoniali disponibili, e quelli patrimoniali indisponibili. Ricordare però che la distinzione si applica a tutti gli enti territoriali, e cioè anche a Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni. Per quanto riguarda gli altri enti pubblici non territoriali, essi non hanno beni demaniali, ma si applica anche ad essi la distinzione tra beni patrimoniali indisponibili e beni patrimoniali disponibili (art 830 cc).

-i **beni demaniali**: il codice civile per distinguerli segue il criterio seguente: anzitutto elenca i beni che fanno parte del demanio dello Stato (art 822cc) e li divide in 2 categorie: nella prima, cosiddetto, demanio necessario, rientrano il lido del mare, la spiaggia, i fiumi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia, le opere destinate alla difesa nazionale, ecc (questi beni appartengono necessariamente allo Stato e dunque sono demanio dello Stato); nella seconda, cosiddetto demanio eventuale, rientrano le strade, le strade ferrate, gli acquedotti ecc..., se essi però appartengono allo Stato, o alle Regioni, o alle Province o ai Comuni, dando luogo rispettivamente al demanio statale, regionale o provinciale, o comunale (se vogliamo ricomprenderli tutti si userà la espressione <<demanio pubblico>>); il codice civile poi stabilisce la caratteristica giuridica essenziale di tali beni rispetto a tutti gli altri (art 823): essi sono inalienabili (la pretesa vendetta di essi è nulla) e <<non possono formare oggetti di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano>>.

-**beni patrimoniali indisponibili e disponibili**: sono tutti quei beni che appartengono allo Stato e non rientrano tra quelli demaniali (art 826). Infine il codice civile elenca di nuovi, tra i beni patrimoniali, quelli che esso chiama indisponibili, e cioè quei beni che, <<non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano>>. Da queste regole si ricava che esistono beni dello Stato i quali non sono né demaniali, né patrimoniali indisponibili: la dottrina e la pratica, per designarli, li ha chiamati beni patrimoniali disponibili. La condizione giuridica di tali ultimi beni è quella di essere soggetti <<alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del

presente codice>> (art 828). Da quest'ultima norma di traggono due regole importanti: a) che tutti i beni dello Stato, anche quelli c.d disponibili (e cioè anche quelli che appaiono i meno vincolati) possono essere assoggettati a regole specifiche diverse da quelle applicabili ai beni privati; b) però i beni patrimoniali, sia disponibili che indisponibili, in tutte quelle ipotesi in cui regole specifiche e particolari manco, sono soggetti alle normali regole del cc, cioè costituiscono proprietà dello Stato nello stesso senso e con la stessa ampiezza dei beni privati.

I beni demaniali sono valori d'uso, cose utili che lo Stato amministra nell'interesse di tutti (e quasi sempre a disposizione di tutti), ma non costituiscono una ricchezza in valore dello Stato (non fanno parte del suo patrimonio). I beni patrimoniali invece, disponibili o indisponibili che siano, sono anzitutto valori, cose che hanno un loro valore di scambio, oltre che un valore d'uso, e quindi costituiscono patrimonio in senso proprio dello Stato (ricchezza su cui lo Stato può fare affidamento, se necessario, anche nei rapporti economici). Il fatto che alcuni di essi siano indisponibili vuol dire semplicemente che, finché non cessa la loro specifica destinazione, ogni vicenda giuridica che li riguarda non può mettere in pericolo questa destinazione, che è fatta nel pubblico interesse; ma proprio per questo lo stesso fatto conferma che: a) lo Stato può in ogni momento far cessare questa destinazione e dunque recuperare tali beni alla piena disponibilità; b) comunque tale vincolo non impedisce che lo Stato ne disponga come valore di scambio, sia pure soggetto a quei particolari limiti di destinazione del bene.

È chiaro ora perché i beni demaniali sono valori d'uso e non valori di scambio: essi in realtà sono proprietà di tutti (ex. il lido del mare, strade) e lo Stato è semplicemente l'ente incaricato di amministrare tale proprietà comune. Esattamente al contrario, i beni patrimoniali sono dentro al mercato, fanno parte del mondo delle merci, sia pure sottoposti a vincoli particolari: essi sono realmente proprietà dello Stato, la sua ricchezza in senso analogo alla proprietà dei privati.

Gli esperti dubitano che si possa ancora fare distinzione tra demanio, patrimonio indisponibile, patrimonio disponibile. La ragione di questi dubbi sta nel fatto che tra il 2002 e il 2003, sulla base di decreti-legge convertiti in legge, sono state costituite tre società per azioni, cioè soggetti di diritto privato sua pure con partecipazione pubblica, le quali possono acquistare, mediante trasferimento o conferimento diritti pieni o parziali sui beni facenti parte del patrimonio indisponibile, sia di quello disponibile, sia anche del demanio. Queste tre società per azioni si chiamano Patrimonio dello Stato S.p.a, Infrastrutture Spa e Anas Spa.

## 5. Il rapporto di pubblico impiego

Tutta la materia è stata modificata dal [decreto legislativo n.29/1993](#) (che è stato totalmente assorbito dal [decr.leg. 165/2001](#)). Prima di questo decreto legislativo veniva fatta una distinzione tra i dipendenti degli enti pubblici economici, e tutti gli altri dipendenti da enti pubblici non economici: i primi erano ricompresi totalmente entro il rapporto di lavoro privato; i secondi erano disciplinati da una legislazione particolare di diritto pubblico. Oggi bisogna operare una tripartizione:

- a) Restano disciplinati come prima i dipendenti pubblici economici
- b) Restano disciplinati come prima dal diritto pubblico una parte dei dipendenti pubblici: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili; gli avvocati dello Stato; il personale militare e delle forze di polizia; il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia.
- c) Tutti gli altri dipendenti pubblici (di tutti gli enti pubblici non economici) sono disciplinati dal diritto privato: si tratta però di un diritto privato speciale, che presenta una serie di particolarità che in ogni caso distinguono i dipendenti da enti pubblici dai dipendenti da soggetti privati.

Siccome le persone del gruppo b e c dipendono pur sempre da enti pubblici, si pone una questione linguistica: come chiamarli? La legge continua a chiamarli << dipendenti pubblici >>, e continua a chiamare << impiego pubblico >> il loro rapporto di lavoro. Oggi la espressione << impiego pubblico >> indica solamente il fatto che si tratta di un rapporto di lavoro tra una persona ed un ente pubblico, senza alcuna implicazione per quanto attiene alla disciplina di tale rapporto. Si suggerisce qui di usare le espressioni seguenti: << impiego pubblico di diritto pubblico >> e << impiego pubblico di diritto privato >>.

Tra gli aspetti che restano comuni a tutti i dipendenti pubblici rientrano nel primo gruppo la regola costituzionale sui concorsi pubblici e quella sulla responsabilità dei dipendenti pubblici.

- **i concorsi pubblici**: di regola, tranne casi eccezionali previsti dalla legge, si diventa impiegati pubblici solo mediante concorso pubblico. A tali concorsi possono accedere tutti i cittadini italiani, maschi e femmine, in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge.

- **la responsabilità civile, penale e amministrativa del pubblico dipendente**: l' **art 28** Cost dispone: << funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici >>. Va indicato che questo articolo si applica a tutti i rapporti di impiego pubblico, anche non statali. In tutti i casi in cui il pubblico dipendente provoca un danno ingiusto, responsabile civilmente per tale danno non è solo il pubblico dipendente ma anche lo Stato (in solido).

- **impiego pubblico di diritto pubblico**: qui il rapporto di lavoro è disciplinato unilateralmente dalla legge, o da atti normativi o amministrativi sulla base della legge, cosicché è esclusa in materia ogni contrattazione tra ente pubblico e sindacati dei dipendenti pubblici. Le controversie di lavoro relative al rapporto di lavoro di questi dipendenti disciplinati dal diritto pubblico restano, come per l'innanzi, affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (TAR in primo grado, Consiglio di Stato in appello). Ognuna poi delle categorie ricomprese in questo gruppo è sottoposta ad una specifica e complessa normativa.

- **l'impiego pubblico di diritto privato**: gli aspetti principali di tale impiego sono:

- a) In principio ad essi si applicano le norme del diritto privato << in quanto compatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti nel presente decreto >>.
- b) I dipendenti pubblici di diritto privato vengono assunti mediante un contratto, come quelli privati, fatta salva la regola costituzionale già illustrata che esige il previo concorso
- c) Si applicano ad essi le comuni regole di diritto privato in tema di contrattazione collettiva, e quindi, per ricordare solo il caso più importante, i contratti di lavoro, una volta stipulati dalle parti legittimate a farlo, diventano obbligatori come i contratti collettivi nei confronti delle imprese private
- d) Giudice delle controversie di lavoro non è più il giudice amministrativo, ma quello ordinario.
- e) La contrattazione collettiva viene affidata, per la parte pubblica, non più ai dirigenti politici, ma ad una agenzia professionale (agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni o ARAN).

## 6. Compiti ed attività delle pubbliche amministrazioni

I dipendenti pubblici sono circa 4 milioni. Il bilancio delle amministrazioni pubbliche costituisce circa il 50% del PIL. Tra i compiti principali della p.a ricordiamo:

- a) **Compiti di conservazione**: quelle attività rivolte a proteggere la sicurezza e la incolumità delle persone e delle cose
- b) **Compiti di benessere**: quelle attività dirette ad aumentare e migliorare le condizioni di vita delle persone; questi compiti possono a loro volta essere suddivisi in:

- Compiti di regolazione e sviluppo dell'economia
- Compiti di istruzione, promozione della cultura e del tempo libero
- Compiti di tutela dell'ambiente
- Compiti di tutela della sicurezza sociale

c) **Compiti strumentali**: quelle attività strumentali dirette ad organizzare uffici, reclutare personale, reperire mezzi

#### -attività di diritto pubblico:

- 1) anzitutto le pubbliche amministrazioni, nei casi e con le modalità previste dalle leggi, comandano nei confronti di altri soggetti, cioè si comportano come autorità che hanno il potere legale di produrre con una propria decisione unilaterale conseguenze giuridiche, favorevoli o sfavorevoli, nei confronti di altri soggetti, i quali reciprocamente si trovano in una posizione di subordinazione nei confronti della prima. La p.a si presenta come soggetto sovraordinato, ed usa strumenti giuridici che esprimono-traducano questo rapporto di dipendenza tra p.a da un lato e soggetti esterni dall'altro.

#### -attività di diritto privato

- 2) le pubbliche amministrazioni, nel perseguire i loro obiettivi previsti dalle norme, possono anche presentarsi su un piano di parità con gli altri soggetti se le leggi lo permettono, cosicché esse perseguono tali obiettivi attraverso il consenso di altri. Quando le pubbliche amministrazioni svolgono i loro compiti usando gli strumenti giuridici del diritto privato (questi strumenti sono essenzialmente i contratti), possiamo dire, e comunemente si dice, che essa svolge una attività di diritto privato.

#### -attività neutra:

- 3) vi sono poi comportamenti strumentali delle p.a produttivi di effetti giuridici, ma che a rigore possono essere definiti né di diritto pubblico né di diritto privato. Così le p.a comunicano ad altri le proprie decisioni, proposte, intenzioni... e tali sono comportamenti giuridicamente neutri.

#### -attività materiale o oggettiva:

- 4) sono tutte quelle attività non giuridiche svolte dalle pubbliche amministrazioni.

## 7. Gli atti delle pubbliche amministrazioni

Le attività delle p.a si manifestano e si svolgono attraverso atti ed operazioni, che insieme costituiscono i comportamenti delle p.a.

Gli atti giuridici possiamo dividerli in:

1. dichiarazioni di scienza (ex. certificato mediante il quale una p.a attesta che un certo fatto è vero, ex. certificato di nascita)
2. dichiarazioni di desiderio (ex. una proposta)
3. dichiarazioni di giudizio (ex. un parere)
4. dichiarazioni di volontà (ex. un contratto o un provvedimento amministrativo): con il contratto la p.a si accorda con un altro soggetto per creare, modificare o estinguere un rapporto giuridico, e cioè per modificare la realtà giuridica; con il provvedimento amministrativo la p.a unilateralmente, con una sua decisione autoritativa, nei casi previsti dalle leggi, modifica la situazione giuridica di un altro soggetto o di altri soggetti, a vantaggio (ad ex. una sovvenzione di denaro), o a svantaggio (ad ex. togliendo la proprietà di un bene).

Gli atti più importanti e decisivi sono le dichiarazioni di volontà: costituiscono gli strumenti giuridici attraverso cui le p.a modificano la realtà giuridica e quindi ad essi debbono ricorrere ogni volta per perseguire i propri compiti c'è bisogno di tali modificazioni. È comprensibile che l'attenzione maggiore venga dedicata a tale classe di atti delle p.a. La espressione <<atti delle p.a>> dunque comprende tutti gli atti provenienti dalle pubbliche amministrazioni (gli <<atti amministrativi>> sono solo una parte degli atti della p.a)

## 8. L'attività di diritto privato delle p.a

Oggi, in forza del nuovo comma 1-bis introdotto nell'art 1 della legge 241/1990 dalla legge n.15/2005 è necessario aggiungere alla tradizionale attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni altri atti non autoritativi della p.a. Era e resta opinione pacifica che, se la legge non lo vieta ed è nell'interesse pubblico, le pubbliche amministrazioni possono agire nei rapporti con soggetti esterne ad esse come un qualsiasi privato: possono vendere, comprare, affittare.. se la legge non vieta di usare questi strumenti giuridici di diritto privato per perseguire i propri scopi.

A questi atti di diritto privato perché già previsti dal diritto privato, bisogna aggiungere ora altri atti della pubblica amministrazione se essi non sono autoritativi, perché, <<La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente>>. Gli atti non autoritativi della p.a (ex. una comunicazione) non sono manifestazione di autorità in base alla quale la sfera giuridica del destinatario dell'atto viene unilateralmente modificata per effetto dell'atto della p.a.

La p.a svolge compiti non nell'interesse privato suo o di altri, ma nell'interesse della collettività: per questa ragione attività che, se svolte da privati, di regola sono irrilevanti, diventano invece rilevanti se svolte dalla p.a, perché coinvolgono interessi pubblici e non privati. Che la p.a non compia una perizia o la compia male, è un fatto che per il legislatore può diventare importante perché il danno possibile ricade su tutta la collettività.

**-i contratti pubblici o ad evidenza pubblica:** quanto appena detto spiega perché i contratti pubblici (o ad evidenza pubblica) sono sostanzialmente normali contratti per quanto attiene al rapporto contrattuale tra p.a e privato, e sono contemporaneamente accompagnati da una normativa di diritto pubblico (inderogabile) molto minuziosa che disciplina fase per fase, dall'inizio alla fine, il modo attraverso cui la p.a deve stipulare il contratto, determinare le clausole contrattuali, svolgere gli opportuni controlli, e così via. In generale a vicenda si svolge su due piani giuridici distinti, anche se contemporanei e continuamente intrecciati: da un lato il comune rapporto di diritto privato tra p.a e controparte: dall'altro, in ogni fase di svolgimento di tale rapporto, dai preliminari (la decisione a contrattare) fino all'esaurimento del rapporto (la sua integrale esecuzione), si svolge un procedimento amministrativo che regola i diversi comportamenti che la p.a deve tenere in relazione a tale rapporto di diritto privato.

Questa disciplina pubblicistica si intreccia e si integra con quella privatistica per tutelare interessi pubblici, comporta la conseguenza che i vizi dei procedimenti e dei provvedimenti mediante i quali la p.a contrae ed esegue i contratti si ripercuotono sui rapporti giuridici ad essi collegati, in modo talmente complicati e con conseguenze così diversificate che non è possibile riassumerli in poche parole.

I nomi ed in parte le discipline sono cambiate in forza del d.leg n.50 del 2016 che ha sostituito il d.lg n.163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). I nomi e gli istituti tradizionali sono:

- 1) l'asta pubblica---→una gara, aperta a tutti gli interessati che hanno i requisiti richiesti dalla legge o dal bando di gara, mediante la quale chi offre la contropartita più vantaggiosa si aggiudica il contratto.

- 2) La licitazione privata → si distingue dall'asta pubblica essenzialmente perché la p.a seleziona preventivamente coloro che sono ammessi alla gara, invitandoli: per il resto è simile all'asta.
- 3) La trattativa privata → la scelta è libera e informale, anche se in linea di principio i giudici, ogni volta che è possibile, richiedono che la p.a prima di scegliere confronti diverse offerte: è ammessa dalla legge solo in casi tassativamente indicati.
- 4) L'appalto-concorso → la p.a indice una gara per la realizzazione di un'opera pubblica e sulla base del risultato stipula con il vincitore un contratto di appalto a questo scopo.

La gare a loro volta si suddividono in gare con procedura aperta (che corrisponde grosso modo all'asta); procedura negoziata (che corrisponde grosso modo alla trattativa privata); vi è una procedura impensabile che viene chiamata dialogo competitivo; sono previsti e disciplinati i concorsi di progettazione e i concorsi di idee, ed altri casi ancora che è qui possibile descrivere.

Entro la categoria del contratto senza evidenza pubblica si distinguono poi due sottocategorie principali:

- a) le pubbliche amministrazioni stipulano contratti e intrattengono rapporti di diritto privato in tutto e per tutto eguali a quelli che stipulano e intrattengono i privati
- b) alcune pubbliche amministrazioni stipulano contratti che, in forza di leggi speciali, presentano una disciplina in parte diversa da quella propria dei corrispondenti contratti comuni.

Fin qui abbiamo esaminato casi in cui la p.a o si comporta giuridicamente in tutto come un privato (pur sempre perseguendo fini di interesse pubblico) oppure segue moduli pubblicistici, ma in posizione strumentale rispetto all'obiettivo principale, che è quello di stipulare un comune contratto privato.

Nella pratica si erano moltiplicati i casi di accordo tra p.a e privato che o prefiguravano il contenuto del successivo provvedimento o addirittura lo sostituivano (ma solo nei casi previsti dalla legge). La caratteristica comune a tutti questi casi sta nel fatto che nel corso del procedimento amministrativo, o in collegamento con esso, o addirittura talvolta in sostituzione di esso, la autorità decidente si accorda col privato su alcuni punti interni o collegati al procedimento che si intende accordare. In questo modo la p.a nel perseguire fini pubblici, introduce elementi convenzionali all'interno di procedure che restano fundamentalmente amministrative (e quindi di diritto pubblico).

Oggi la [legge 241/1990](#) disciplina questo caso ma in via generale. La partecipazione al procedimento da parte degli interessati può dar luogo a due esiti importanti. 1) La p.a e gli intervenuti possono approvare o addirittura sostituiscono il provvedimento; in tali casi però la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione [ovviamente positiva; se negativa la p.a non può stipulare l'accordo] dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento ([comma 4-bis introdotto nell'art 11 della legge 241/1990 dalla legge 15/05](#)). 2) Naturalmente può anche accadere che all'accordo non si arrivi, e che la p.a nell'interesse pubblico decida unilateralmente secondo quanto ritiene opportuno o necessario: in questo caso deve però motivare le ragioni del dissenso.

Questi accordi, o preparatori rispetto al provvedimento, o addirittura sostitutivi del provvedimento, vengono dalla legge 241 avvicinati per quanto possibile ai contratti di diritto privato, salvo un punto importante: ad essi infatti si applicano <<ove non diversamente previsto [dalle leggi], i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili; >> però i giudici delle controversie relative a tali accordi sono solo i giudici amministrativi (un altro caso di giurisdizione c.d esclusiva del giudice amministrativo).

## 9. L'attività di diritto pubblico. Gli atti amministrativi. I provvedimenti amministrativi.

Dopo la legge n.15 del 2005 la tradizionale distinzione descritta si complica perché questa legge ha introdotto la distinzione tra atti autoritativi e atti non autoritativi della pubblica amministrazione, ed ha assoggettato gli atti non autoritativi, in linea di principio e salvo le particolarità che la legge stabilisce per atto, al diritto privato. Così sorgono 2 domande:

- 1) esistono atti amministrativi autoritativi che non sono definibili provvedimenti?
- 2) Possiamo ancora chiamare atti amministrativi gli atti non autoritativi delle pubbliche amministrazioni?

Se come prescrive la nuova disposizione introdotta dalla legge 15/05, l'atto della p.a non autoritativo è disciplinato dal diritto privato, come possiamo chiamarlo atto amministrativo alla luce della precedente definizione?

**-Commento Rescigno:** qui mi limito a far notare che la stessa legge 15/05 descrive un tipo di atto che non è autoritativo ma neppure può essere definito di diritto privato, ed anzi è chiaramente di diritto pubblico: essa infatti, col nuovo art 11 della legge 241/1990 come integrato dalla legge 15/2005, prescrive che la p.a prima di stipulare un accordo con altri soggetti che integra o sostituisce un provvedimento, deve essere autorizzata da una determinazione dell'organo che sarebbe competente ad adottare quel provvedimento che viene integrato o addirittura sostituito dall'accordo: questa determinazione non è un atto autoritativo, appunto perché non impone nulla al soggetto con cui la p.a intende raggiungere l'accordo; nello stesso tempo però non è un atto di diritto privato, trattandosi di determinazione di un organo della p.a, in tutto disciplinato dal diritto pubblico. Questa constatazione ci permette di dare una definizione di atto non autoritativo di cui si occupa la legge 15/05 più ristretta di quella apparente: la divisione tra atti autoritativi e atti non autoritativi non comprende tutti gli atti della p.a, ma solo quelli che la p.a rivolge a soggetti esterni a se stessa (fondamentalmente i soggetti privati); ciò di cui si preoccupa la legge 15/05 è distinguere i casi nei quali, in base alla legge, la p.a si rivolge ai privati come autorità, e cioè impone unilateralmente qualcosa, dai casi nei quali la p.a si rivolge ai privati senza imporre e poter imporre nulla, e dispone che in questi casi si applica il principio di diritto privato. A questi casi nei quali la p.a non si rivolge ai privati e comunque a soggetti esterni ad essa non si applica la distinzione atti autoritativi e atti non autoritativi, e diventa così possibile chiamare questi atti, se non sono provvedimenti, comunque atti amministrativi. In conclusione, sostengo che vi sono ancora atti amministrativi in senso stretto (esclusi dunque i provvedimenti), e cioè atti di diritto pubblico della p.a, che non sono atti autoritativi ma nello stesso tempo restano atti di diritto pubblico, cosicché resta la categoria degli atti amministrativi in senso lato, che si articola al suo interno nella sottocategoria dei provvedimenti amministrativi e nella sottocategoria degli atti amministrativi in senso stretto.

In questo paragrafo ci occuperemo degli atti amministrativi in senso lato, e cioè atti della p.a di diritto pubblico, siano o non siano provvedimenti.

**-gli atti dovuti e atti facoltativi:** vi sono casi in cui la p.a, al verificarsi di certi accadimenti previsti dalle leggi, deve agire, e altri invece in cui è previsto che la p.a possa astenersi dall'agire.

Si fa ancora distinzione tra atti che la p.a produce su domanda di un interessato e atti che la p.a produce per sua iniziativa. La legge 241/90 prescrive che nei casi in cui un procedimento è stato iniziato su domanda oppure d'ufficio ma obbligatoriamente nei casi previsti da legge, la p.a deve concludere il procedimento entro termini tassativi che la legge divide in 3 tipi a cascata (se manca il primo, si applica il secondo; se manca anche il secondo, si applica comunque il terzo o il termine è previsto espressamente dalla legge; o, in subordine, il termine è previsto espressamente con regolamento deliberato con la procedura prevista dalla legge 241/90; o in subordine o a chiusura.

Nel caso della p.a la motivazione dell'atto diventa essenziale: in secondo luogo la discrezionalità spiega perché rispetto agli atti amministrativi sia previsto un particolare vizio di legittimità, chiamato eccesso di potere.

-**discrezionalità tecnica**: si ha quando la p.a deve decidere o decide, sulla base di prescrizioni (o orientamenti) imposti (suggeriti) da giudizi a carattere tecnico-scientifico.

-**il procedimento amministrativo**: si ritrova la stessa fase tipica già vista per procedimenti (Iniziativa, fase preparatoria...). Il momento fondamentale, come è ovvio, sta nella fase decisionale, quella cioè in cui un soggetto della p.a adotta la decisione vincolante verso l'esterno. Questo è il procedimento, e cioè l'atto attraverso cui la p.a decide imperativamente qualcosa rispetto ad altri. Tutte le altre fasi sono strumentali rispetto a questo momento, non hanno alcuna autonomia, esistono in quanto servono a preparare o ribadire il momento decisionale tanto è vero che la fase decisionale può stare sola, se la legge così prevede, e dunque il provvedimento può essere adottato senza procedimento, mentre tutte le altre fasi esistono solo se esiste il momento decisionale.

È facile intuire che esistono atti amministrativi che non sono provvedimenti, ma atti strumentali rispetto ad un provvedimento.

-La **legge 241/1990**, come dice il suo titolo (**Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi**) disciplina (per la prima volta in Italia) il procedimento amministrativo nel suo insieme e garantisce in termini generali il diritto di accesso ai documenti amministrativi. Essa detta principi fondamentali in tema di procedimenti, imponendo da un lato che su molte questioni le amministrazioni debbano emanare regole particolari attuative dei principi enunciati, e lasciando dall'altro che altre leggi disciplinino in modo più particolare e analitico singoli procedimenti. Rispetto a questo secondo caso si possono dare fondamentalmente queste ipotesi:

- 1) Un procedimento è già disciplinato da una legge anteriore alla legge 241/1990: se questa legge contiene regole contrarie a ciò che stabilisce la legge 241/1990, si applicano le regole di questa seconda legge, e quelle anteriori incompatibili debbono ritenersi abrogate; restano però in vigore quelle regole più specifiche non incompatibili con legge 241/1990.
- 2) Un procedimento viene disciplinato da una specifica legge successiva alla legge 241/90, e non contiene alcuna norma incompatibile con questa: per ogni aspetto particolare si applica la specifica legge particolare, per gli aspetti disciplinati in modo vincolante e non derogabile dalla legge 241 si applica questa seconda.
- 3) Un procedimento viene disciplinato da una legge successiva alla legge 241/1990, e tale legge contiene norme incompatibili con questa: il problema nasce per la presenza di tali norme incompatibili, giacché in ogni altra ipotesi si applicano le regole enunciate nel punto 2; per la regola invece contrastanti con la legge 241, bisogna distinguere anzitutto i casi in cui il legislatore successivo intendeva abrogare (e sostituire) un principio della legge 241, dai casi in cui, espressamente o tacitamente, intendeva derogare (fare eccezione) per un procedimento particolare. Nel primo caso bisogna ricordare che i principi della legge 241/90, anche se contenuti in una legge ordinaria, vengono ritenuti dalla Corte costituzionale (e da tutti i giuristi) principi attuativi dei principi costituzionali del buon andamento e della imparzialità della p.a contenuti nell'art 97 della Costituzione, cosicché è possibile modificare le disposizioni della legge 241/90 soltanto se anche le nuove disposizioni sono attuative dei principi costituzionali citati; se è così, si applicano i principi comuni in materia di successione nel tempo tra leggi, per cui prevale la legge posteriore. Nel secondo caso bisogna distinguere ancora due sottotipi: può accadere che la eccezione, proprio in quanto eccezione, violi indirettamente un principio costituzionale (ad ex. il principio di eguaglianza: art 3 Cost), e in tal caso spetta alla Corte Costituzionale dichiarare la incostituzionalità di questa

disposizione successiva (il che vuol dire che, grazie ad un qualche principio costituzionale da indicare volta a volta, la legge 241 in alcuni casi prevale sulle leggi successive derogatorie); ma può anche accadere che la eccezione non presenti alcuna illegittimità costituzionale, ed allora si applica la legge successiva (come eccezione però applicata ad un procedimento particolare), che non tocca la regola generale e la sua applicabilità agli altri procedimenti).

- 4) Infine, può accadere che una legge preveda un certo atto della p.a, e però, in tutto o in parte, non disciplini il procedimento di formazione di tale atto: si applicano, per tutti gli aspetti non disciplinati (e quindi talvolta rispetto all'intero procedimento), i principi e le regole della legge 241.

**-la tipicità dei procedimenti:** l'art 1 della legge 241/90 prescrive che anche i procedimenti siano in principio quelli previsti dalle norme. La pubblica amministrazione può aggravare un concreto procedimento rispetto a quello prefigurato dalle leggi (o da altre norme legittime: ad es. un regolamento), ma lo può fare solo <<per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria>>.

**-obbligo di concludere i procedimenti:** se un procedimento deve essere iniziato obbligatoriamente, o su istanza, o d'ufficio, la p.a obbligata ad iniziare è obbligata a concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso.

**-il termine per concludere i procedimenti:** a garanzia di questo obbligo di provvedere, l'art 2 prescrive una regola importante: per ciascun tipo di procedimento il Governo stabilisce i termini entro i quali i procedimenti di competenza delle amministrazioni statali devono concludersi, ove non siano direttamente previsti per legge. Se il Governo non provvede, il termine è di 30 gg.

Si possono così avere 3 casi:

- 1) Il termine per concludere il procedimento è stabilito dalla legge
- 2) Il termine per concludere il procedimento è stabilito dal provvedimento del Governo
- 3) Il termine di cui sopra, se non ricorre né il primo né il secondo caso, è di massimo, trenta giorni.

Se c'è un termine finale, ha da esserci anche un termine iniziale: il termine finale si calcola dal ricevimento della domanda, quando il procedimento inizia su domanda, oppure dal momento in cui si è verificata la situazione che ha generato l'obbligo di provvedere, per quelli di ufficio.

**-l'obbligo di motivare i provvedimenti:** i provvedimenti in principio vanno tutti motivati, tranne gli atti normativi (ad ex. i decreti che approvano i regolamenti) e quelli a contenuto generale. La legge 241 non si limita ad esigere l'obbligo di motivazioni (con la conseguenza che i provvedimenti non motivati, diventano annullabili per questo solo fatto), ma indicata anche che cosa la p.a deve indicare nella motivazione: deve spiegare quali sono i presupposti di fatto, le regole giuridiche; deve illustrare della istruttoria condotta; e infine deve mostrare il legame razionale che esiste tra i risultati dell'istruttoria e il contenuto della decisione finale.

**-il responsabile del procedimento:** la legge 241 istituisce la figura del responsabile del procedimento. Questo funzionario responsabile del procedimento deve in buona sostanza garantire la piena legittimità del procedimento (compresa la sua tempestività), soprattutto nei riguardi degli interessati, e subisce le sanzioni previste dalle norme per suo comportamento omissivo o comunque colpevolmente contrario alle prescrizioni delle disposizioni sul procedimento amministrativo.

**-il diritto degli interessati a partecipare al procedimento:** la legge 241/90 introduce e articola il principio per cui chiunque ha interesse può partecipare ad un procedimento amministrativo, e più in particolare ha diritto di prendere visione degli atti del procedimento (salvi alcuni limiti previsti da legge 241/90) e di presentare memorie scritte e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare, se essi sono pertinenti all'oggetto del procedimento. Così un atti

amministrativo approvato senza che gli interessati potessero esaminare gli atti del procedimento o deliberati senza motivare le ragioni del non accoglimento delle osservazioni degli intervenuti con memorie scritte e documenti, è annullabile.

La legge distingue 2 classi di interessati a partecipare al procedimento:

- a) Quelli nei cui confronti il documento finale è destinato a produrre effetti diretti, o che hanno diritto per legge a partecipare al procedimento, oppure ancora che possono subire un pregiudizio dal provvedimento finale e al contempo sono già individuati o individuabili. Questi hanno diritto ad essere informati (e la p.a ha obbligo di informarli) dell'inizio del procedimento mediante una comunicazione personale.
- b) Altri soggetti <<portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi o costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento>>. I secondi non hanno il diritto dei primi ma hanno facoltà di intervenire.

Tutte le regole precedenti in materia di partecipazione ai procedimenti amministrativi non si applicano però alle attività delle p.a dirette alla emanazione di atti normativi, di atti amministrativi generali, di atti di pianificazione e di programmazione ed ai procedimenti tributari: a tutte queste attività si applicano in tale materia le regole specifiche che le riguardano.

L'atto amministrativo si manifesta attraverso un documento scritto. Anzitutto il documento contiene all'inizio una intestazione che dice qual è la autorità amministrativa che lo ha emesso; in secondo luogo contiene un c.d preambolo, che enuncia quali sono le norme che stanno a fondamento dell'atto, descrive gli stati di fatto che giustificano la sua emanazione; viene poi il dispositivo, la parte sostanziale dell'atto, in cui la p.a enuncia la sua decisione; infine la sottoscrizione di quel funzionario che è legittimato ad agire per la p.a da cui proviene l'atto.

**-gli elementi dell'atto amministrativo:** si distingue tra elementi essenziali (nessun atto ne è privo) ed elementi eventuali (possono anche non esserci).

- Il soggetto: per ogni atto amministrativo deve esserci un soggetto che lo ha voluto. Tale soggetto è da un lato quella unità amministrativa a cui le norme hanno attribuito la competenza ad emettere l'atto considerato, e contemporaneamente quella persona fisica, o quell'insieme di persone (se unità amministrativa si esprime attraverso un collegio) che deliberano e manifestano le decisioni dell'unità amministrativa competente.
- I presupposti: vi sono dei presupposti normativi che giustificano l'atto amministrativo, che può essere emanato solo nei casi indicati dalle norme.
- L'oggetto
- Il contenuto
- La forma: la forma dell'atto talvolta è vincolata, altre volte è libera, il più delle volte scritta, altre volte orale.

Questi appena elencati sono gli elementi necessari.

**-gli elementi eventuali:**

- La condizione: è cioè il fatto futuro e incerto a cui viene subordinato l'inizio dell'efficacia dell'atto (condizione sospensiva) o la cessazione della sua efficacia (condizione risolutiva).
- Il termine: è un fatto futuro certo a cui di nuovo è subordinato l'inizio di efficacia dell'atto (termine iniziale) o la cessazione di efficacia (termine finale).

Sia la condizione che il termine sono elementi la cui presenza o assenza dipende sempre dalla previsione della legge.

## 10. Il procedimento amministrativo

Vengono chiamati provvedimenti amministrativi tutti quegli atti autoritativi della p.a con la quale essa, in base alla legge. Incide sulla sfera giuridica del destinatario aumentandola o diminuendola o comunque modificandola. Il provvedimento individua cioè tutti i momenti decisionali in senso proprio, quei momenti attraverso cui la p.a impone legittimamente la sua volontà verso l'esterno, a vantaggio o a svantaggio di altri soggetti.

I tipi di provvedimento:

- Le autorizzazioni: quei provvedimenti con i quali la p.a, nei casi e nei modi previsti dalla legge, consente che un privato eserciti un suo (del privato) diritto, o una specifica facoltà contenuta in un suo (del privato) diritto o una sua libertà.
- Le concessioni: tutti i casi in cui la p.a trasferisce ad altri soggetti propri diritti o poteri oppure attenuando la legge attribuisce ad essi diritti e poteri nuovi che prima dell'atto di concessione essi non avevano.
- Le ablazioni: sono tutti quei provvedimenti con i quali la p.a sottrae ad un privato, definitivamente o temporaneamente, un suo diritto, in genere patrimoniale, salvo indennizzo.
- Gli ordini: sono comandi di fare o non fare, quali la chiamata alle armi. Gli ordini sono tra i più tipici esempi di provvedimenti che vengono spesso adottati senza previo procedimento.
- I provvedimenti di secondo grado: sono quei provvedimenti che hanno per oggetto precedenti provvedimenti e che quindi li annullano; oppure li revocano; li modificano, li prorogano nel tempo, li confermano.

-la tipicità: i provvedimenti amministrativi sono tipici e cioè tutti previsti da legge, cosicché la p.a non può adottare provvedimenti che non rientrano in uno dei tipi già visti.

-la esecutorietà: la p.a nei casi previsti dalla legge può eseguire i propri provvedimenti da se stessa, anche mediante la forza, senza bisogno di ricorrere previamente al giudice. Oggi questa caratteristica è disciplinata dall' art 21-ter introdotto dalla legge 15/05 nella legge 241/90. <<Nei casi e con le modalità stabilite dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il nome e le modalità di esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge.

-impugnabilità: gli interessati hanno a disposizione tempi brevissimi (di regola 60 gg) per ricorrere contro il provvedimento amministrativo, o davanti alla stessa p.a, o davanti al giudice amministrativo o al Presidente della Repubblica.

-la imperatività: in generale il provvedimento amministrativo produce immediatamente i suoi effetti imperativi, anche se invalido (e fino ad annullamento), ed in particolare di regola degrada i diritti soggettivi su cui incide ad interessi legittimi: il privato colpito in suo diritto soggettivo da un provvedimento amministrativo non vanta più un diritto, ma un interesse legittimo, e dunque non può rivendicare il diritto davanti al giudice ordinario, ma deve ricorrere al giudice amministrativo chiedendogli che annulli l'atto a suo dire illegittimo.

## 11. Vizi e controlli dei provvedimenti amministrativi

Bisogna distinguere tra: perfezione, efficacia e validità dell'atto amministrativo.

-perfezione dell'atto amministrativo: si dice che l'atto è perfetto quando il processo volitivo rispetto al contenuto dell'atto è concluso. Il provvedimento amministrativo è perfetto quando il soggetto decidente enuncia la sua decisione, o oralmente o per iscritto, sottoscrivendo il documento che lo contiene (così se il provvedimento che deve essere adottato con decreto del Presidente della Repubblica, esso è perfetto nel momento in cui questo soggetto firma il decreto. Ex. legge è perfetta quando la seconda Camera approva il medesimo testo approvato dalla prima.

-efficacia: l'efficacia dell'atto amministrativo può definirsi come la qualità dell'atto amministrativo di produrre i propri effetti giuridici. Questa efficacia può coincidere temporalmente con la perfezione, ma può rimanere distinta (ed è il caso + frequente).

-validità: l'atto amministrativo è invalido quando presenta vizi descritti in astratto dalla norme. Può accadere che l'atto amministrativo sia efficace anche se invalido, che resti efficace finché non venga annullato, e addirittura, se non è più possibile chiederne l'annullamento, che produca interamente i suoi effetti nonostante la invalidità. Ciò può darsi che l'atto efficace sia valido o invalido, che l'atto inefficace sia valido o invalido....

- I vizi di opportunità: un atto è inopportuno quando il suo contenuto è inadeguato rispetto al compito che deve perseguire. In generale i giudizi sulla opportunità-inopportunità delle decisioni di pubbliche autorità costituiscono una questione politica, e il controllo su questo aspetto dei comportamenti dei pubblici poteri costituiscono una questione politica, e il controllo su questo aspetto dei comportamenti dei poteri pubblici è un controllo politico, che si manifesta attraverso discussioni critiche..... in conclusione la responsabilità politica è il principale strumento che hanno i cittadini per cercare di controllare i comportamenti dei poteri pubblici dal punto di vista della opportunità dei loro atti.
- I vizi di legittimità: l'atto qui è viziato perché non conforme alle regole giuridiche.

La nullità e l'annullabilità del provvedimento amministrativo sono disciplinate dal **Capo IV-bis** della legge 241/90 intitolato <<Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso>> e tratta della nullità nell' **art 21-septies** e della annullabilità nell' **art 21-octies**.

-**nullità del provvedimento amministrativo**: <<è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge>>. I casi di nullità qui elencati sono tre: 1) mancanza degli elementi essenziali; 2) difetto assoluto di attribuzione; 3) violazione o elusione del giudicato. Nel secondo caso il <<difetto assoluto di attribuzione>> comprende sicuramente il caso che veniva chiamato <<carezza di potere>>, e cioè il caso di un provvedimento che nessuna autorità avrebbe potuto adottare; però la giurisprudenza e la dottrina avevano elaborato anche il caso chiamato di <<incompetenza assoluta>>, e cioè il caso per cui il provvedimento era stato adottato da una autorità amministrativa del tutto estranea alla branca dell'amministrazione incaricata della tutela degli interessi pubblici implicati nel provvedimento. È da ritenere che la distinzione rimanga ancora oggi, e che la incompetenza assoluta rientri nel <<difetto assoluto di attribuzione>>.

-**annullabilità del provvedimento amministrativo**: <<è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o di incompetenza>> però <<non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto

adottato>>. Lo scopo di queste disposizioni è quello di impedire che i destinatari approfittino di eventuali errori compiuti dalla amministrazione che però non hanno leso diritto soggettivo o interessi legittimi, perché l'atto, nella sostanza, sarebbe stato lo stesso anche se forme o norme sul procedimento fossero state rigorosamente rispettate.

- o **Incompetenza**: si ha incompetenza quando l'atto è stato deciso da una autorità diversa da quella cui le norme attribuiscono il relativo potere (diversa quindi dal soggetto competente). Si tratta però della incompetenza relativa e non assoluta\*.
- o **Violazione della legge**: è un vizio residuale, perché comprende tutti i vizi di legittimità meno gli altri due (eccesso di potere ed incompetenza)

-**le figure sintomatiche dell'eccesso di potere**: la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha elaborato diverse figure di eccesso di potere tra cui queste 4 principali:

- **L'errore sui fatti**---> qualsiasi erronea rappresentazione dei fatti che stanno a base dell'atto e che intervengono nel corso del suo procedimento di formazione
- **La mancanza del motivo primario**→ qui l'autorità emette l'atto per un fine diverso da quello indicato dalle norme
- **La illogicità manifesta**-> quale risulta dalla motivazione o dal procedimento, perché ad ex la pubblica amministrazione non ha considerato motivi, atti istruttori e simili che sarebbe logico invece considerare
- **Disparità di trattamento**--> la inspiegabile deviazione da una direttiva o da una prassi seguita per lungo tempo o seguita in casi simili

Vediamo ora i **rimedi nei confronti dell'atto illegittimo**.

-**l'annullamento d'ufficio**: l'**art 21-nonies** della **legge 241/90** disciplina:<<il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art 21-octies [e cioè annullabile per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere] può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge>>.

I rimedi più importanti ed usuali contro l'atto amministrativo illegittimo sono attivati dagli stessi interessati all'annullamento di tale atto. Chi è stato leso da un atto amministrativo illegittimo in un suo diritto soggettivo, o in un suo interesse legittimo, può ricorrere agli organi indicati dalle leggi per chiedere che questi adottino il rimedio previsto. Distinguiamo così tra: **rimedi amministrativi** e **rimedi giurisdizionali**.

-**Atti amministrativi definitivi e non definitivi**: non è sempre possibile per l'interessato ricorrere alle autorità amministrative contro un atto illegittimo: bisogna distinguere tra atti amministrativi definitivi e atti amministrativi non definitivi. Vi sono atti amministrativi che possono essere impugnati dagli interessati solo davanti ai giudici: questi atti si chiamano definitivi. Invece gli atti non definitivi ammettono indifferentemente sia il ricorso al giudice sia il ricorso alla stessa p.a.

I **ricorsi amministrativi** (e cioè gli atti con i quali l'interessato chiede alla p.a di rivedere un suo precedente atto perché illegittimo o perché inopportuno: notare che il ricorso amministrativo può essere fatto sia per motivi di legittimità che di merito, quello al giudice solo per motivo di legittimità tranne casi eccezionalissimi) sogliono di dividersi in **opposizione**, che è un ricorso rivolto alla stessa autorità che ha esaminato l'atto impugnato: **ricorso gerarchico**, che è un ricorso rivolto alla autorità gerarchicamente sovraordinata, a quella che ha emanato l'atto impugnato; **ricorso gerarchico improprio**, che è un ricorso emanato ad una autorità indicata dalla legge diversa da quella che ha emanato l'atto impugnato e che però a rigore non è gerarchicamente sovraordinata a questa.

-il ricorso straordinario al capo dello Stato: rimedio che può essere usato solo contro provvedimenti definitivi in alternativa al ricorso al giudice amministrativo e solo per motivi di legittimità.

-i rimedi giurisdizionali: infine contro gli atti amministrativi (non importa se definitivi o non definitivi) il soggetto leso in un suo interesse legittimo o in un suo diritto soggettivo può ricorrere al giudice amministrativo (nel caso di violazione di interesse legittimo) o al giudice ordinario (nel caso di violazione di un diritto soggettivo). Il tema è già stato trattato nel capitolo precedente, in cui abbiamo chiarito che ai Tribunali amministrativi regionali in primo grado e al Consiglio di Stato in appello l'interessato chiede l'annullamento dell'atto illegittimo, al giudice ordinario chiede la disapplicazione.

## **CAP 17: REGIONI, PROVINCE, CITTA' METROPOLITANE E COMUNI**

### **1. Caratteristiche comuni a Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni**

La Costituzione del 1948 ha istituito le Regioni; il titolo V della seconda parte della Costituzione, radicalmente modificato dalla **l. cost 3/2001**, istituisce la Città metropolitana, le quali però vengono costituite solo nell'ottobre 2014; infine la **legge n.56/2014** ha introdotto nuove norme per quanto riguarda le Città metropolitane, le Province e le Unioni di Comuni.

-il Comune: è l'ente pubblico rappresentativo e territoriale di base.

-la Provincia: è l'ente territoriale che comprende al suo interno più comuni (solo ricordare che in Valle d'Aosta esiste solo la Regione che assorbe la Provincia e che la Città metropolitana assorbe la originaria provincia)

-la Regioni: è l'ente territoriale che comprende più Province (le Regioni sono 20, di cui 5 Regioni speciali, e 15 ordinarie: ricordare però che le Province di Trento e Bolzano hanno una disciplina particolare che le parifica alle Regioni, cosicché nelle leggi che riguardano le Regioni sono ricomprese anche le Province di Trento e Bolzano).

-la Città metropolitana: sono elencate nella legge n.56/2014 e sostituiscono le originarie Province (ex. al posto della Provincia di Milano subentra la Città metropolitana di Milano). Ciò che caratterizza dopo la legge n.56/2014 sia le Province che le Città metropolitane è che gli organi di governo di questi enti non vengono eletti direttamente dal corpo elettorale, ma indirettamente, mediante elezioni da parte di tutti i Sindaci e tutti i consiglieri comunali dei Comuni che fanno parte della Provincia o della Città metropolitana (in tal modo si determina una drastica diminuzione in peso politico di Province e Città metropolitane, contro quanto continua a prevedere l'art 114 della Costituzione che mette tutti gli enti ivi menzionati sullo stesso piano).

Ricordiamo che Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni sono enti-persone giuridiche pubbliche.

Il nuovo **art 114 Cost**, nel 2° comma, dispone: << 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.>>. Ricaviamo così che tanti soggetti sono enti, cioè persone giuridiche di diritto pubblico, con un proprio patrimonio, un proprio bilancio ed una propria responsabilità giuridica.

Sono enti *autonomi*- in contrapposizione allo Stato che è ente *sovrano*: gli altri enti non sono sovrani ma autonomi; tali enti-poiché autonomi-devono godere di spazi di libertà rispetto a se stessi, e cioè debbono poter essere capaci di autodeterminarsi rispetto a varie questioni fondamentali che li riguardano. Questa autonomia poi in generale è garantita dalla Costituzione, e quindi non può essere tolta dalle leggi dello Stato e da nessun altro atto entro l'ordinamento.

Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni sono enti politici, o, detto diversamente, godono di autonomia politica. Ciò vuol dire che i loro organi dirigenti non sono obbligati ad obbedire agli indirizzi politici dello Stato, ma possono darsi programmi politici propri diversi dallo Stato (salvo sempre il rispetto della Costituzione e quindi di quelle leggi dello Stato che secondo Costituzione possono vincolare tali enti).

Questi enti sono rappresentativi ed elettivi, cioè esprimono la volontà, i bisogni e i programmi della maggioranza della collettività che essi organizzano e dirigono. Per questa ragione i massimi organi dirigenti di ciascun ente non possono essere elettivi, direttamente o indirettamente, scelti cioè dalla stessa collettività che essi rappresentano. In questo aspetto sta la differenza fondamentale tra questi enti locali e le articolazioni locali dello Stato: gli organi e gli uffici locali dello Stato sono parti interne dello Stato e quindi gerarchicamente subordinate al potere centrale; gli enti locali rappresentativi di cui stiamo parlando hanno dirigenti elettivi, sono rappresentativi della popolazione, godono di autonomia politica. Gli organi di governo delle Città metropolitane e Province sono eletti indirettamente e vengono scelti tra persone che già ricoprono o continuano a ricoprire cariche negli organi di governo degli enti minori, la rappresentatività ed elettività di Città metropolitane e Province è molto minore di quella di Regioni e Comuni.

Inoltre sono tutti *enti territoriali*, cioè enti la cui esistenza è individuata dal loro territorio, quale elemento necessario. Ciò vuol dire: 1) che essi hanno il diritto-dovere di difendere giuridicamente il proprio territorio; 2) che le variazioni territoriali sono rigorosamente disciplinate dalla Costituzione (vedi **art 132** per le Regioni e **l'art 133** per Province e Comuni) e poi dalle leggi statali e regionali applicative dalla Costituzione; 3) che questi enti hanno una generale competenza, ad esclusione di altri enti, per quanto riguarda la disciplina e l'assetto del proprio territorio. Sono inoltre *enti necessari*.

**-autonomia statutaria:** la Costituzione garantisce a tutti gli enti di cui stiamo parlando l'autonomia statutaria (salvo le Regioni speciali, i cui statuti sono approvati direttamente dallo Stato con legge costituzionale): tutti questi enti hanno il potere di darsi un proprio statuto, mediante il quale, attenendosi a tutti i principi e disposizioni della Costituzione ed a quelli di leggi ordinarie, i diversi enti stabiliscono come debbono essere organizzati e come vanno svolte le proprie funzioni e introducono ogni altra regola che essi ritengono fondamentale per la propria esistenza e la propria attività.

**-autonomia normativa:** tutti questi enti hanno una autonomia normativa, e cioè hanno il potere di disciplinare con regole generali e astratte oggetti e materie della vita sociale.

**-autonomia amministrativa:** tutti questi enti hanno autonomia amministrativa, e cioè, in base alle attribuzioni della Costituzione, essi nelle materie in cui sono competenti hanno il potere di emanare provvedimenti ed atti amministrativi e svolgere tutte le attività amministrative necessarie per raggiungere i fini previsti dal diritto.

**-autonomia tributaria:** in base al nuovo **art 119** tutti questi enti debbono avere risorse proprie, e cioè debbono poter contare su entrate tributarie gestite direttamente da essi, con un gettito sufficiente al loro funzionamento. L'articolo 119 è molto confuso su un punto essenziale, e cioè sul potere di istituire tributi. In base all'art 23 Cost sicuramente non possono

farlo le Province, le Città metropolitane, i Comuni: essi dunque non possono decidere quali tributi istituire, poiché a istituzione e l'assegnazione della gestione dei tributi, o statali o regionali. Possono farlo le Regioni, ma coordinandosi con lo Stato (e quindi sulla base di una legge statale che disciplini tale coordinamento).

## 2. I rapporti tra Stato, Regioni, Province e Comuni

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni, ciascuno per la propria parte, curano interessi pubblici. È inevitabile che le loro funzioni siano in qualche modo intrecciate e collegate. Vi sono due modelli tipici per collegare i diversi enti pubblici territoriali.

- i. Il primo modello: della separazione-indipendenza: è il modello che ripartisce orizzontalmente le funzioni tra i diversi enti in modo che ciascuno sia competente su una determinata porzione della realtà, senza sovrapposizioni o omissioni. Se la Costituzione attribuisce alla Regione una competenza amministrativa sulla materia Y, né la Regione può intromettersi nella attività amministrativa dello Stato nella materia Y, né lo Stato può intromettersi nella concreta attività amministrativa della Regione nella materia Y. Naturalmente non vengono meno le esigenze di collegamento e di coordinamento affinché l'ordinamento resti unitario e la Repubblica una ed indivisibile, ma questo collegamento a fini di omogeneità e coerenza si realizza prevalentemente in sede di normativa generale.
- ii. Il secondo modello, della integrazione: è il modello che ripartisce verticalmente le funzioni tra i diversi enti pubblici in modo che l'oggetto finale della loro attività è il medesimo, ma ciascun ente interviene rispetto a tale oggetto curando aspetti specifici i quali, ragionevolmente, sono i più generali per l'ente sovraordinato e diventano via via più specifici e particolari a mano a mano che si scende a considerare l'attività e le competenze di enti minori. Nel modello di integrazione invece la materia da disciplinare e gestire viene considerata comune a tutti i livelli, con la ovvia differenza che ciascun livello, essendo più generale a quello a lui inferiore, sarà portatore di punti di vista più generali nei confronti della materia da gestire. In questo secondo modello prevalgono nettamente meccanismo di reciproca informazione, di indirizzo e coordinamento, di controllo di gestione; la normazione si presenta nella forma di *catena normativa*, per cui ad un primo atto normativo A più generale ne segue uno B più specifico e così via, fino a che, terminata la catena normativa, cominciano gli innumerevoli atti concreti di esecuzione.

**-l'art 114 Cost:** il 1° comma recita: << La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato >>. Il vecchio art 114 invece disciplinava: << la Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni >>. Mentre in lo Stato non era trattato come una parte alla pari delle altre parti, oggi lo Stato è un ente in principio eguale agli altri, e tutti insieme costituiscono la Repubblica. La Repubblica però non è un ente, un soggetto, con propri organi e strutture: la Repubblica è una entità puramente ideale che risulta dal concorso e della cooperazione degli enti elencati, tra cui anche lo Stato.

Gli enti rappresentativi elencati dal 1° comma dell'articolo sono su un piano di tendenziale eguaglianza, perché tutti hanno o dovrebbero avere una sfera di attività a loro garantita dalla Costituzione, e i rapporti tra di essi dovrebbero essere governati dal principio della competenza piuttosto che da quello della gerarchia, e da quello di sussidiarietà. Quanto alla giurisdizione, essa apparentemente continua ad essere riservata allo Stato, ma, poiché i giudici sono soggetti soltanto alla legge, e cioè a tutti e solo al diritto, sempre che

esso sia conforme a Costituzione, i giudici a rigore non sono né statali né regionali né di altri enti, ma organi della intera comunità.

**-il principio di sussidiarietà:** viene introdotto per la prima volta nel testo costituzionale dal primo comma del nuovo **art 118 Cost.** Questo principio, introdotto nell'Unione europea dai trattati recenti, designa il criterio basilare che dovrebbe guidare il legislatore nel ripartire i compiti tra i diversi enti pubblici (sussidiarietà verticale) e tra gli enti pubblici da un lato, ed i privato dall'altro (sussidiarietà orizzontale): il criterio per cui, partendo dagli individui, e dalla loro dignità, nessuno, neppure i pubblici poteri, dovrebbero sostituirsi e sovrapporsi agli individui se essi si dimostrino capaci di tutelare i propri interessi senza danno per gli altri; se gli individui non si dimostrano capaci, allora la preferenza va data alle forme associative private; se neppure queste si rivelano adeguate, allora è opportuno e giustificato che intervengano i poteri pubblici; ma tra i poteri pubblici, la preferenza va data a quelli più vicini ai cittadini, e quindi nel nostro caso ai Comuni; solo se l'ente inferiore si dimostra inadeguato e incapace, si possono attribuire poteri, compiti e funzioni all'ente immediatamente superiore, e così via fino all'Unione europea. L'art 118 prevede sia la sussidiarietà verticale che quella orizzontale (<<Stato, 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.>>). Il principio di sussidiarietà non dice e non può dire a chi specificatamente spetta una determinata funzione, o compito, o potere: ci vorrà sempre qualcuno che in concreto dovrà stabilirlo. Questo non vuol dire però che il principio di sussidiarietà, da solo, non ha alcun valore operativo e non produce alcuna conseguenza.

**-poteri dello Stato nei confronti degli altri enti:** lo stesso secondo comma dell'art 114 in qualche modo smentisce il primo: esso non accomuna più lo Stato agli altri enti, e si riferisce solo ai Comuni, alle Province e alle Città metropolitana, alle Regioni, stabilendo che tali enti sono <<autonomi>>, con propri, statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione. gli atti fondamentali di tali enti dunque si chiamano statuti, e non costituzione, e tali enti sono <<autonomi>> e solo lo Stato resta ente sovrano.

**-funzione legislativa:** oggi lo Stato può legiferare solo nelle materie elencate nell'art 117, e le Regioni legiferano su tutte le altre. Però in molte materie significative, elencate nel 3° comma dell'art 117, le Regioni possono legiferare purché si attengano ai principi fondamentali posti in ciascuna materia da leggi statali.

**-funzione normativa:** la funzione normativa, e cioè la possibilità di emanare atti normativi senza forza di legge, e quindi subordinati ora alle leggi statali, ora alle leggi regionali, ora ad ambedue, viene attribuita dalla Costituzione a tutti gli enti rappresentativi elencati, e cioè, oltre allo Stato e alle Regioni, anche a Province, Città metropolitane, Comuni, mediante i regolamenti di tali enti.

**-funzione amministrativa:** rispetto alla funzione amministrativa, e cioè a quella attività che consiste nell'emanazione di atti e provvedimenti o compiere operazioni che attuano in concreto alle leggi e gli atti normativi, il nuovo Titolo V (artt 114-133 Cost) appare confuso e contraddittorio.

Il nuovo **art 118 Cost** enuncia il principio secondo cui le funzioni amministrative generali spettano ai Comuni:<<Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che...>>. Nel 2° comma enuncia però un principio diverso:<<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>>. Tralasciamo per ora le funzioni proprie; vi sono le funzioni conferite o da leggi statali o da leggi regionali,

secondo le rispettive competenze, e cioè le competenze delle leggi statali e di quelle regionali. Lo Stato, mediante legge statale, può conferire (ma anche non conferire) funzioni amministrative ora ai Comuni, ora a Province, ora a Città metropolitane nelle stesse materie nelle quali la legge statale è competente; però, si faccia attenzione, tra le materie riservate alla legge statale il secondo comma del nuovo art 117, nella lettera p), ricomprende la legislazione elettorale, organi di governo di tali enti e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, cosicché, se la legge statale ritiene che alcune questioni siano fondamentali per tali enti, la legge statale può attribuirle ad essi quando tali competenze rientrano nella materie regionali.

Le cose stanno diversamente per le leggi regionali, perché queste sono competenti in qualsiasi materia tranne quelle riservate allo Stato (tra queste ultime, giova ricordare, sta anche la determinazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane), cosicché la Regione può conferire (ma anche non conferire, salvo il rispetto del principio di sussidiarietà) funzioni amministrative ora Province, ora a Città metropolitane, ora a Comuni, in tutte le materie, escluse sono quelle riservate allo Stato (e fatti salvi sia i principi costituzionali sia quelli di leggi statali nelle materie di competenza concorrente). È vero poi che in base alle parole del **primo comma del nuovo articolo 118**, Stato e Regioni nel distribuire poteri amministrativi agli enti locali minori (Province, Città metropolitane e Comuni), debbono attenersi ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, ma, anche ammesso che siano chiare le conseguenze che derivano da tali principi, chi deciderà se le leggi statali o regionali si sono attenute a tali principi? È evidente anzitutto che vi sarà una continua trattativa tra i diversi enti, se e quando ciascuno rivendicherà a sé alcune funzioni e compiti; è evidente che, qualora non vi sia accordo tra di essi, prima o poi la questione andrà davanti alla Corte Costituzionale. In ogni caso abbiamo che le funzioni amministrative di tutti questi enti minori della Regione, Comuni compresi, sono per la maggior parte conferite mediante legge, o statale o regionale.

Restano quelle che l'art 118 chiama funzioni proprie. Funzioni proprie sono ovviamente quelle conferite da nessuno, e cioè funzioni amministrative che Comuni, Province e Città metropolitane si autoattribuiscono, ovviamente se e solo se rispetto a tali funzioni non esiste una legge statale o regionale. Poiché però l'art 23 Cost continua a prescrivere che si possono imporre obblighi e doveri ai soggetti dell'ordinamento solo con legge, a tutto ammettere Comuni, Province e Città metropolitane possono attribuire a se stessi di propria iniziativa solo funzioni amministrative che danno vantaggi, e non pongono obblighi o doveri o soggezioni a carico dei destinatari, e sempre che, ripetiamo, la materia non sia riservata alla legge o non sia stata comunque disciplinata dalla legge. Le funzioni proprie, date queste forti limitazioni, saranno dunque eccezionali, scarsamente significative, nettamente minoritarie rispetto a quelle conferite.

-lo Stato disciplina l'autonomia di Province, Comuni e Città metropolitane: l'autonomia di Comuni, Province e Città metropolitane viene disciplinata direttamente dallo Stato, che in tal modo, attribuendo compiti e funzioni a tali enti, può corrispondentemente diminuire compiti e funzioni amministrative delle Regioni (resta fermo però che nella materie regionali, e cioè oggi tutte meno quelle riservate allo Stato, Comuni, Province e Città metropolitane, anche quando hanno competenze amministrative, sono subordinati nell'esercizio di tali competenze alle relative leggi regionali.).

**-il potere sostitutivo:** il **secondo comma dell'art 120** disciplina: << Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di

pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero 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, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.>>.

Potere sostitutivo non vuol dire <<potere che vien tolto ad un soggetto e trasferito definitivamente ad un altro>>, ma <<potere che viene esercitato da un soggetto e trasferito definitivamente ad un altro>>, ma <<potere che viene esercitato da un altro se il titolare non lo esercita e fino a quando questo titolare non lo esercita>>. Si deve ritenere che tale legge debba prevedere che il Governo, prima di esercitare il potere sostitutivo, avvisi il soggetto competente e gli dia un termine ragionevole per provvedere, scaduto il quale, senza che il soggetto abbia provveduto, il Governo è legittimato a sostituire provvisoriamente una propria decisione a quella che avrebbe dovuto esserci e non vi è stata. Anche così delimitato si tratta di un grande potere attribuito al Governo.

L'art 8 della **legge 131/03** nell'attuare l'art 120 Costituzione sul potere sostitutivo, sembra confermare quanto detto. Esso prevede che il Presidente del Consiglio, su proposta del ministro competente per materia assegni un congruo termine per adottare i provvedimenti dovuti o necessari; scaduto tale termine, il Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari, anche normativi, oppure nomina un apposito commissario (che adotterà i provvedimenti necessari). Lo stesso meccanismo procedurale viene previsto nel caso di inadempimenti rispetto alla normativa comunitaria, con la sola variante per cui il proponente può essere, oltre al Ministro competente o al Presidente del Consiglio dei ministri, anche il ministro per le politiche comunitarie.

Il comma 4 dello stesso art 8 prevede che il potere sostitutivo, in caso di emergenza possa esercitarsi senza assegnare preventivamente un termine all'ente interessato. Per completezza di informazione sul potere esecutivo, conviene ricordare qui che la Corte costituzionale, con la **sentenza n.43 del 2004**, ha stabilito che il potere sostitutivo può essere esercitato, nei casi e nei modi previsti dalla legge regionale, anche dalla Regione nelle materie regionali e nei confronti degli enti locali.

Poiché un potere sostitutivo rispetto alle leggi regionali è già previsto nel 5° comma dell'art 117 (<<Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.>>), bisogna concludere che il potere sostitutivo dell'art 120 riguarda tutte le funzioni meno quella legislativa delle Regioni.

-la Conferenza Stato-Regioni e la Conferenza Stato-Città e autonomie locali: poiché attua il principio di leale collaborazione, previsto ora esplicitamente dall'art 120, ultimo periodo della Costituzione, deve ritenersi ancora in vigore la legislazione che prevede sia la Conferenza Stato-Regioni, sia quella Stato-Città e autonomie locali, sia la Conferenza congiunta delle due entità: si tratta di 3 organismi che discutono e nei casi e nei modi previsti dalle leggi danno pareri rispetto ad atti che li riguardano ma che debbono essere adottati dallo Stato.

-il Consiglio delle autonomie locali: il **nuovo articolo 123** prevede nell'ultimo comma che <<In ogni Regione lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra le Regioni e gli enti locali>>.

Il nuovo articolo 117 prevede nel penultimo comma che le Regioni possono stipulare intese tra di loro e costituire anche organi comuni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, purchè le intese vengano ratificate con legge regionali. Sempre quest'ultimo comma prevede che la Regione, nelle materie di sua competenza, possa concludere accordi con Stati, però nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato italiano.

### 3. Le Regioni in generale

-le garanzie costituzionali per le Regioni: la Costituzione per molti aspetti disciplina direttamente le Regioni, offrendo ad esse una garanzia molto maggiore di quella che offre ai Comuni e Province. Infatti, per modificare la disciplina delle Regioni è necessaria una legge di revisione costituzionale. La esistenza delle Regioni è probabilmente *ineliminabile*, giacché l'abolizione dell'ente Regione, sia pure con legge cost., costituirebbe una modificazione della Costituzione di tale portata da dover essere considerata, più che una modificazione, un suo sovvertimento (e quindi la instaurazione di una nuova costituzione, al di là della forma usata).

Va ricordato che le Regioni speciali sono in buona parte disciplinate non direttamente dalla Costituzione, ma dagli statuti speciali, i quali però, essendo approvato con legge costituzionale confermano la osservazione prima fatta sulla maggiore garanzia disposta a favore delle Regioni.

-il territorio delle Regioni: il territorio delle Regioni gode di particolari garanzie. I confini delle Regioni non sono modificabili se non con la speciale procedura prescritta dall' **art 132 Cost** nelle due ipotesi previste. Nella prima si prevede la fusione di Regioni esistenti o a creazione di una nuova Regione scorporandola da un'altra o da altre purchè abbia come minimo 1 milione di abitanti; nella seconda ipotesi si prevede la scorporazione di Province e Comuni da una Regione e la loro aggregazione ad un'altra Regione. (vedi art 132)

-la potestà legislativa sulle Regioni: le Regioni hanno potestà legislativa in tutte le materie; salo quelle riservate allo Stato e salvo il rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato nelle materie di competenza concorrente. Tranne le province di Trento e Bolzano, che eccezionalmente hanno ricevuto anch'esse la potestà legislativa dello Statuto TAA, nessun altro ente in Italia approva le leggi (approva se mai atti normativi, che però non sono leggi: vedi i regolamenti comunali e provinciali).

### 4. Le funzioni delle Regioni

-la funzione legislativa propria: appare opportuno dividere i compiti delle Regioni e degli enti locali in 3 grandi settori, più un quarto strumentale: il primo settore riguarda la promozione e lo sviluppo economico, il secondo i servizi sociali, il terzo l'assetto del territorio, il quarto infine, strumentale, riguarda l'organizzazione e il funzionamento dello stesso ente che cura i compiti compresi negli altri 3 settori.

-funzione di partecipazione ad attività statali:

- a) Iniziativa legislativa, semplice o costituzionale, spettante al Consiglio regionale (art 121)
- b) Nomina dei delegati per la elezione del presidente della Repubblica (anche questa spettante al Consiglio regionale: art 83 Cost)

- c) Pareri sulle modifiche delle circoscrizioni regionali e sulla variazione del numero delle Regioni (art 123)
- d) Intervento del Presidente delle Regioni a statuto speciale al Consiglio dei ministri, con voto consultivo, quando il Consiglio deve deliberare su questioni riguardanti in modo specifico quella stessa Regione (per le Regioni ordinarie deve ritenersi che i Presidenti possano essere invitati dallo stesso Consiglio dei ministri; però, nel caso in cui il Governo eserciti il potere sostitutivo, il Presidente della Giunta della regione interessata ha diritto di partecipare, secondo l'art 8 della legge 31/03. Il **decr.leg n.35/2004**, in attuazione dello Statuto della Regione Sicilia, prevede non solo il diritto del Presidente della Regione Sicilia di partecipare al Consiglio dei ministri nei casi in cui l'ente sia interessato, ma addirittura il diritto di voto.
- e) Potere di chiedere il referendum abrogativo e il referendum approvativo delle leggi costituzionali da parte di 5 Consigli regionali
- f) Partecipazione alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari
- g) Un raccordo permanente e organizzato tra Stato e Regioni è costituito dalla Conferenza Stato-Regioni di cui abbiamo parlato.

#### **-funzione amministrativa:**

- 1) Il nuovo articolo 118 non dice più che la Regione ha funzioni amministrative nelle stesse materie in cui ha competenza legislativa (principio del parallelismo), ed anzi, come abbiamo visto, proclama il principio secondo cui la funzione amministrativa generale spetta ai Comuni, salvi i casi nei quali questa funzione, secondo il criterio della sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, viene attribuita o alle Province, o alle Città metropolitane, o alle Regioni o allo Stato. Qui va ribadito che la ripartizione delle funzioni amministrative dipende anzitutto dalle leggi statali, le quali a) nelle materie riservate allo Stato possono attribuire funzioni amministrative o a strutture amministrative statali o a Comuni, Province e Città metropolitane, ma b) possono altresì attribuire direttamente a Comuni, Province e Città metropolitane funzioni amministrative in qualunque materia se lo Stato ritiene che tali funzioni siano fondamentali per tali enti. In tutte le altre materie diventa competente la legge regionale, la quale a sua volta può attribuire le funzioni amministrative alla stessa Regione oppure a Province, o Città metropolitane o Comuni attenendosi sempre al principio di sussidiarietà.
- 2) Il nuovo testo costituzionale sembra aver abolito anche la figura della delegazione amministrativa (per cui un ente, pur restando titolare di una funzione amministrativa, incarica un altro ente di esercitarla fino a revoca e con i limiti indicati) e della subdelegazione (l'ente delegato a sua volta delega); in realtà quando la legge statale attribuisce funzioni amministrative a Province, Città metropolitane o Comuni, come le attribuisce così può toglierle. In tutti questi casi, anche se non si usa la parola delegazione, si ha la stessa configurazione che precedentemente veniva chiamata delegazione; è da chiedersi però se in base alla nuova disciplina costituzionale sono ancora ammissibili due casi prima possibili: a) il caso in cui è lo Stato che con legge statale delega alla Regione funzioni amministrative in materie che sono però riservate allo Stato sul piano legislativo; b) il caso in cui ente delegato subdelega ad altro ente le funzioni a lui delegate. Non sembra che vi sia in Costituzione nessuna norma che impedisca l'uno e l'altro caso, se la legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze, li prevedono espressamente. Quando ora detto però vale solo in riferimento alle funzioni amministrative: per quanto riguarda la funzione legislativa, l'art 117, letto

insieme all'art 76, non ammette né delegazione legislativa da parte dello Stato verso le Regioni, né il caso di una delegazione della Regione verso lo Stato.

- 3) Anche la Regione ha un demanio, un patrimonio indisponibile ed uno disponibile, a somiglianza dello Stato
- 4) La Regione approva un bilancio preventivo e uno consultivo simili a quelli dello Stato.

## 7. Gli organi della Regione

La **legge costituzionale n.1, 1991** ha profondamente modificato la disciplina in materia.

Essa ha anzitutto stabilito (**art 123 Cost**) che la forma di Governo delle Regioni ordinarie viene stabilita e regolata dallo statuto della stessa Regione. In attesa della approvazione degli statuti, la legge cost n.1/99 ha dettato una disciplina transitoria destinata a cessare non appena Regione per Regione entrano in vigore i rispettivi statuti. Per tale ragione esamineremo anzitutto la disciplina a regime.

**-gli organi di vertice della Regione:** resta fermo, in base all'art 121, che ogni Regione ordinaria ha 3 organi di vertice: Consiglio regionale, Giunta ed il suo Presidente. Spetta allo Stato stabilire con legge:

- a) I principi fondamentali in materia di elezione del Presidente della Giunta e dei consiglieri regionali; la legge n.165/2004 ha stabilito in materia pochi principi: a) se il Presidente della Giunta viene eletto a suffragio universale e diretto, le elezioni di questo e del Consiglio regionale debbono essere contestuali, cioè nello stesso giorno; se invece lo Statuto ha scelto un diverso meccanismo per la elezione del Presidente della Giunta, vi debbono essere termini tassativi, comunque non superiori a 90 gg, per la elezione del Presidente e per l'elezione o la nomina degli altri componenti della Giunta; c) divieto di mandato imperativo
- b) I principi fondamentali in materia di eleggibilità e di incompatibilità degli stessi
- c) La durata degli organi elettivi

Spetta alla Regione, con legge conforme al proprio Statuto:

- a) Stabilire come vengono eletti i Presidenti della Giunta, i componenti della Giunta, i consiglieri regionali
- b) Disciplinare i casi di ineleggibilità ed incompatibilità dei soggetti di cui sopra, sempre attenendosi ai principi fondamentali contenuti nella legge statale (tranne i casi stabiliti direttamente dalla Costituzione per cui nessuno può appartenere contemporaneamente a un Consiglio oppure a una Giunta Regionale ed una delle due Camere del Parlamento, o ad un altro Consiglio regionale, ancora al Parlamento europeo.

Per conseguenza: i componenti della Giunta, se lo statuto regionale ha confermato la elezione a suffragio universale e diretto del Presidente della Giunta, sono nominati e revocati da questo; se invece lo statuto ha optato per un diverso modo di elezione del Presidente della Giunta, spetta alla Regione (anzitutto con lo statuto, e poi, se del caso, con legge, anche se a rigore il nuovo art 123 nel comma 1 prevede solo la legge regionale: si tratta di uno dei tanti errori compiuti dal legislatore nello scrivere la nuova normativa) stabilire come vanno nominati o eletti e revocati i membri della Giunta.

Però è stabilito in Costituzione (nuovo **art 126**):

- 1) Che il Consiglio regionale e il Presidente della Giunta che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge vengano rispettivamente l'uno sciolto e l'altro rimosso con decreto motivato dal Presidente della Repubblica, sentita una commissione di deputati e senatori costituita, per le questioni regionali, nei modi stabiliti dalla legge della Repubblica; lo scioglimento o la rimozione possono essere disposti anche per ragioni di sicurezza nazionale
- 2) Il Consiglio regionale può esprimere sempre la fiducia nei confronti del Presidente della Giunta (quindi anche se eletto con suffragio universale e diretto) mediante mozione di sfiducia, sottoscritta da almeno 1/5 dei suoi componenti, messa in discussione non prima che siano trascorsi 3 gg dalla sua presentazione, e approvata per appello nominale a maggioranza assoluta dei componenti;
- 3) Se la mozione di sfiducia è stata approvata nei confronti di un Presidente della Giunta eletto a suffragio universale e diretto, questo fatto determina le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio; il medesimo effetto, se il Presidente della Giunta viene eletto a suffragio universale e diretto, si determina nei casi di rimozione, impedimento permanente, morte o dimissioni volontarie dello stesso; se invece la mozione di sfiducia riguarda un Presidente della Giunta eletto in altro modo stabilito dallo statuto, spetta allo stesso statuto stabilire le conseguenze di tale atto, che comunque determina l'obbligo di dimissioni della Giunta sfiduciata.
- 4) Le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio, oltre che dal caso precedente, vengano anche determinate dalle dimissioni contestuali della maggioranza dei componenti del Consiglio

Inoltre <<i consiglieri regionali non possono essere chiamati a rispondere delle opinioni espresse e dei voti dati nell'esercizio delle loro funzioni (è la stessa immunità prevista dall'art 68 per parlamentari). Spetta al Consiglio Regionale approvare le leggi e fare proposte di legge alle Camere.

Alla Giunta spetta la direzione dell'apparato regionale (la Giunta è l'organo esecutivo, dice la Costituzione). va ricordato che le norme ora illustrate riguardano soltanto le Regioni ordinarie. Per quanto riguarda la Regioni speciali bisogna leggere i rispettivi statuti speciali.

## 6. Città metropolitane e Province

Dal 1° gennaio 2015 al posto di alcune Province che avevano come capoluogo città molto popolate ed estese esistono le Città metropolitane. L'elenco di tali città si trova nella [legge n.56 del 2014](#). Gli organi di governo delle Città metropolitane sono il Sindaco metropolitano, il Consiglio metropolitano, la Conferenze metropolitana. La Conferenza metropolitana è composta da tutti i sindaci dei Comuni che compongono la Città metropolitana, ed ha il compito importante di deliberare lo Statuto della Città metropolitana. Si tratta dunque di una elezione indiretta, aggravata (per quanto riguarda il mancato carattere rappresentativo) dal fatto che gli eletti continuano a svolgere le loro funzioni di sindaci e di consiglieri comunali presso i rispettivi comuni e non sono retribuiti.

Gli organi di governo della Provincia sono 3: il Presidente, il Consiglio provinciale, l'Assemblea dei sindaci. Il Presidente è eletto dai Sindaci e dai consiglieri comunali dei Comuni della Provincia e dura in carica 4 anni; In Consiglio provinciale viene eletto dai sindaci e dai consiglieri comunali dei Comuni della provincia tra i membri di tali organi e dura in carica 2

anni. L'assemblea dei Sindaci è composta come dice il nome dai sindaci dei Comuni della Provincia ed ha l'importante compito di deliberare lo statuto della provincia.

Gli statuti dei Comuni, secondo l'art 6 del t.u 267/2000, sono approvati e modificati dai Consigli comunali in 2 modi: nella prima votazione è necessaria la maggioranza dei 2/3 dei consiglieri assegnati all'ente; se nella prima non si raggiunge tale maggioranza, è necessaria la maggioranza assoluta (metà+1 dei consiglieri) ripetuta però per due volte consecutivamente in uno spazio di tempo non superiore a 30 gg. Sul piano giuridico la conseguenza più importante è che tutte le successive deliberazioni degli organi dei Comuni e delle Province diventano illegittime non solo se violano le leggi statali e regionali, ma anche se violano il proprio statuto.

-i regolamenti comunali e provinciali: la potestà regolamentare di Comuni e Province viene riconosciuta in termini generali, e in secondo luogo tali regolamenti sono soggetti solo alle leggi, ma non ai regolamenti di altri enti (e quindi ai regolamenti statali e regionali). Dunque tra regolamenti comunali e provinciali da un lato, e regolamenti statali, regionali e di altri enti dall'altro, non c'è gerarchia, ma divisione di competenza

-i referendum comunali: devono riguardare materie di esclusiva competenza locale e non possono aver luogo in coincidenza con operazioni elettorali provinciali, comunali e circoscrizionali

La legge divide i Comuni in 2 classi: quelli al di sopra dei 15 mila abitanti e quelli al di sotto dei 15 mila abitanti.

-elezioni a sindaco nei Comuni sotto i 15 mila abitanti: Nel caso dei Comuni al di sotto dei 15.000 abitanti, sulla scheda elettorale figurano i nomi dei candidati a Sindaco, ciascuno con un simbolo a cui corrisponde una lista di candidati al Consiglio comunale. Chi vota per un candidato a Sindaco automaticamente vota anche per la lista corrispondente. L'elettore se vuole può anche esprimere un voto di preferenza per un voto dei candidati compresi nella lista da lui votata insieme al candidato a Sindaco. Vince e diventa Sindaco il candidato che ottiene la maggioranza dei voti, e questa sua vittoria determina automaticamente la attribuzione alla sua lista dei 2/3 dei seggi di consiglieri. I restanti seggi (cioè un terzo) vengono distribuiti tra le altre liste proporzionalmente, in base al sistema d'Hondt.

-elezioni del Sindaco nei Comuni sopra i 15 mila abitanti: nei Comuni sopra i 15.000 abitanti l'elettore si trova davanti a una scheda contenente tanti rettangoli quanti sono i candidati a Sindaco; ciascun rettangolo è diviso in 2 parti in senso orizzontale: a sinistra è scritto il nome del candidato a Sindaco, a destra sono riportati il simbolo o i simboli della lista o delle liste dei candidati al Consiglio comunale, le quali si sono collegate al candidato a Sindaco (quindi è possibile che il Sindaco sia espressione di un solo partito, o di un blocco di partito che si sono ufficialmente alleati prima del voto).

L'elettore, votando un simbolo di lista, vota automaticamente il candidato a Sindaco collegato a quella lista; egli però può separare i 2 voti, e votare una lista e un candidato a Sindaco non collegato con la lista che ha votato. Questo è un punto fondamentale, che può determinare la crisi dell'intero meccanismo: diventa infatti possibile che il Sindaco e il Consiglio siano espressione di due maggioranze diverse, e quindi o si paralizzano a vicenda oppure sono costretti a continue e faticose trattative su ogni questione.

È previsto un primo turno ed, eventualmente, un secondo turno di votazione due domeniche dopo. Nel primo turno viene eletto Sindaco il candidato che ottiene la metà più uno dei voti validi (maggioranza assoluta). Se nessuno ottiene tale percentuale, si procede ad una seconda votazione di ballottaggio due domeniche dopo: vengono ammessi al voto nel

secondo turno solo i due candidati che hanno ottenuto il maggior numero di voti nel primo turno. Ovviamente, come accade nei ballottaggi, vince nel secondo turno chi tra i due ha ottenuto più voti. L'elettore, al voto per la lista e per il Sindaco, può aggiungere un voto di preferenza per uno dei candidati contenuti nella lista da lui votata,

-elezioni nel Consiglio dei comuni sopra i 15 mila abitanti: vediamo ora come vengono eletti i consiglieri nei Comuni sopra i 15.000 abitanti.

- a) Se un candidato a Sindaco viene eletto nel primo turno (cioè con la maggioranza assoluta), la lista o gruppo di liste a lui collegato ottiene il 60% dei seggi in Consiglio comunale purché però la lista o tale gruppo abbia superato il 40% dei voti validi. Si tratta di un premio di maggioranza. Naturalmente tale premio non si applica se la lista o il blocco di liste ha già raggiunto per suo conto tale 60% dei seggi, secondo il meccanismo descritto nel punto e). Se scatta il premio, il restante 40% viene ripartito tra gli altri collegamenti usando il sistema d'Hondt.
- b) Se invece la lista o il blocco di liste collegate al Sindaco eletto nel 1° turno non ha raggiunto il 40% dei voti, si applica la ripartizione che sarà descritta nel punto e).
- c) Se il Sindaco viene eletto nel 2° turno, di nuovo la lista o le lista a lui collegate ottiene il 60% dei voti, purché però nel 1° turno una lista o un gruppo di liste collegate con un diverso candidato non abbia superato il 50% dei voti validi. Se le liste del Sindaco eletto hanno vinto il premio del 60% dei seggi, il restante 40% viene ripartito tra gli altri collegamenti usando il sistema d'Hondt.
- d) Se il Sindaco viene eletto nel secondo turno, e però nel 1° turno una lista o un blocco di liste ha ottenuto il 50% dei voti, si applica il meccanismo del punto e).
- e) Se non si può applicare il premio, o nel 1° turno, o nel 2° turno, la ripartizione dei seggi viene fatta assegnando a ciascun blocco di liste collegato con un candidato a Sindaco tanti seggi quanti ne risultano usando il sistema d'Hondt, che è fondamentalmente proporzionale.

Resta però da risolvere il problema della attribuzione dei seggi alle singole liste quando esse si sono presentate collegate: si ripete l'operazione del sistema d'Hondt, ripartendo secondo questo sistema tra le singole liste assegnati globalmente al gruppo di liste. Se però una lista o un gruppo di candidati ha ottenuto il 3% dei voti validi e non appartiene ad un gruppo di liste o di candidati che abbia superato tale soglia, non ottiene alcun seggio.

-durata in carica: anzitutto i Consigli, e relativi Sindaci durano in carica 5 anni. va però ricordato che la legislazione vigente prevede che le elezioni comunali e provinciali si svolgano in un solo turno annuale ordinario da tenersi il 15 aprile e il 15 giugno, cosicché la durata dei consigli potrà risultare un po' più breve o un po' più lunga di 5 anni secondo che il consiglio scada prima o dopo il turno elettorale. In secondo luogo i Sindaci, dopo due mandati consecutivi non sono immediatamente rieleggibili. Però la legislazione vigente consente un 3° mandato consecutivo se uno dei due mandati precedenti ha avuto durata inferiore a 2 anni, 6 mesi ed 1 giorno, per causa diversa dalle dimissioni volontarie.

Nei Comuni sopra i 15 mila abitanti il Consiglio viene presieduto da un presidente eletto tra consiglieri nella prima seduta del Consiglio; nei Comuni sotto i 15 mila abitanti è lo statuto a decidere se il Consiglio deve essere presieduto da un presidente eletto o dal Sindaco.

-la Giunta comunale: è nominata dal Sindaco. Nei comuni sopra i 15 mila abitanti vi è incompatibilità tra la carica di assessore e quella di consigliere. I sindaci possono nominare tutti gli assessori, o una parte, al di fuori del Consiglio. La mozione di sfiducia nei confronti del

Sindaco, se approvata dalla maggioranza assoluta dei consiglieri, determina lo scioglimento del Consiglio, la nomina di un commissario e la necessità di nuove elezioni. Anche le dimissioni del sindaco determinano lo scioglimento del rispettivo consiglio e la contestuale nomina di un commissario, fino a nuove elezioni.

-le funzioni del Comune: il Comune ha una limitata funzione normativa rispetto alle sue competenze amministrative: questo vuol dire, per converso, che non ha alcuna competenza normativa al di fuori di questo campo (ex. nel campo del diritto privato o del diritto penale). Il Comune non ha alcuna competenza in materia giurisdizionale; in materia di politica estera; in materia militare; in materia di sicurezza pubblica, fatta salva qualche ipotesi marginale; in materia di scuola, fatti salvi compiti puramente strumentali rispetto ad alcuni tipi di scuole.

Oggi l'art 13 del t.u sugli enti locali stabilisce:«Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, dell'assetto e dell'utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze».

In base ai singoli statuti ciascun Comune dovrà svolgere poi quei compiti che lo statuto prevede come obbligatori.

Comuni e Province hanno beni demaniali, patrimoniali indisponibili, patrimoniali disponibili, come gli altri enti pubblici territoriali (Stato, Regioni). Le risorse finanziarie dei Comuni derivano anzitutto ed essenzialmente da trasferimenti annuali dello Stato. L'insieme delle entrate e delle spese viene gestito mediante bilanci annuali e pluriennali in tutto simili a quelli degli enti pubblici non economici. Con legge cost n.3/01 sono stati aboliti i controlli amministrativi sugli atti sia delle Regioni sia degli enti locali. In principio chi si ritiene leso in un suo diritto o interesse legittimo da atti amministrativi di tali enti si deve rivolgere ai giudici competenti.

## **CAP 18: I DIRITTI DI LIBERTA'**

### **1. Libertà personale**

La Costituzione prevede anzitutto la libertà personale (**art 13 Cost**). La Costituzione qui disciplina una specifica libertà tra le altre. L'ordinamento pone precisi ed invalicabili limiti al potere coercitivo dello Stato rispetto a specifici interessi di tutti gli individui. Alla Costituzione vanno aggiunti, come atti normativi non di forza costituzionale ma comunque vincolanti nel nostro ordinamento, due importanti atti internazionali, ai quali l'Italia ha aderito, che tutelano i diritti di libertà:«Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (Roma, 1950) e il «Patto internazionale sui diritti civili e politici» (New York, 1966). È importante ricordare che sia l'uno che l'altro trattato istituiscono appositi organi internazionali a cui, se gli Stati aderiscono a questo meccanismo (l'Italia oggi aderisce),

possono rivolgersi anche i cittadini italiani a tutela dei diritti sanciti in tali convenzioni. In tal modo i cittadini hanno a disposizione altri strumenti, oltre quelli giurisdizionali italiani.

La libertà personale è storicamente e logicamente la condizione indispensabile di ogni altra libertà: poter disporre del proprio corpo è la condizione per poter godere altre possibilità e facoltà umane; non poter disporre della propria persona fisica all'inverso significa non avere nessun'altra libertà (*l'habeas corpus* è il nome di questo diritto di libertà nei paesi anglosassoni). In secondo luogo questa libertà possiede un carattere aperto, e per così dire residuale, di riserva, perché ogni qual volta non è possibile invocare una specifica libertà a difesa di un proprio interesse, diventa spesso possibile invocare la garanzia della libertà personale.

<<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.>>

- Ispezione= è un'indagine compiuta direttamente sul corpo di una persona
- Perquisizione personale= è una indagine compiuta sugli indumenti o qualsiasi altra cosa una persona abbia indosso.

Qualsiasi attività umana che, oltre i casi espressamente previsti nell'art 13 e al di fuori dei casi previsti in altre garanzie di libertà, limita in qualche modo la libera disponibilità del corpo di una persona, rientra nella previsione dell'art 13 e quindi è sottoposta ai limiti e alle garanzie ivi previste. In definitiva, qualsiasi attività che in qualche modo limita la libera disponibilità del corpo di una persona e non rientra nella previsione di altre garanzie costituzionali, può ricadere sotto l'art 13, il quale conferma così la sua natura di norma generale sulla libertà (fisica), invocabile ogni qual volta non si può invocare una norma più specifica.

-la libertà morale: è possibile estendere l'art 13 fino a ricomprendere anche la libertà morale? Fino alla dichiarazione di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale (sentenza n.11 del 1956) il t.u.p.s (testo unico di pubblica sicurezza) prevedeva l'istituto della ammonizione prevista dal prefetto. La ammonizione prevedeva varie conseguenze, tra le particolarmente umiliante era quella per cui non si poteva uscire di casa prima e rientrare in casa dopo una certa ora. Questa, e altre limitazioni simili a questa, non erano costrizioni della persona fisica: pure la Corte ha ritenuto che fossero lesive della libertà personale perché diminuivano talmente la dignità di una persona di fronte a tutte le altre che si risolvevano in una diminuzione di libertà. (Notare che la Corte non ha ritenuto illegittima in assoluto tale previsione, ma, in conformità a quanto prevede l'art 13, l'ha ritenuta illegittima solo perché a disporre di tale limitazione di libertà era il prefetto e non il giudice).

L'art 13 tutela non solo la libertà fisica della persona, ma anche la loro libertà morale, ogni qual volta obblighi di fare o non fare diminuiscono a dignità di una persona nei confronti delle altre.

-il principio del favor libertatis: si tratta di un criterio generico, non qualificabile o altrimenti delimitabile, e quindi di un criterio affidato in buona parte alla valutazione discrezionale della Corte. D'altra parte meglio questo criterio così vago e generico che un criterio, magari più preciso, ma più ristretto, quale quello che limita la garanzia dell'art 13 solo ai comportamenti

lesivi della libertà fisica di una persona. In tal modo introduciamo fin dall'inizio un criterio di interpretazione in materia di diritti di libertà molto importante: poiché tali diritti devono garantire i singoli contro prepotenze e soprusi, la regola dell'interpretazione da applicare rispetto ad essi è che, di fronte a due o più possibili interpretazioni di una regola, va preferita quella più favorevole alla libertà, quella cioè che aumenta l'area della garanzia.

-la riserva di legge: le restrizioni della libertà personale possono essere imposte solo nei casi e nei modi previsti dalla legge, dove per <<legge>> deve intendersi <<legge dello Stato>> o <<atto avente forza di legge dello Stato>> (quindi ad esempio non legge regionale, meno anche regolamento). La riserva dell'art 13 è una riserva assoluta, cioè una riserva che non ammette, neanche in via subordinata, altre norme disposte da fonti diverse da legge/atto avente forza di legge. Anzi la riserva è addirittura rinforzata, perché la stessa legge deve attenersi a quei principi e quelle regole contenute nell'art 13 Cost. dunque la limitazione di libertà può provenire solo da legge del Parlamento; e così le limitazioni di libertà, dovendo provenire dal Parlamento e solo dal Parlamento, ottengono il massimo di garanzia istituzionalmente possibile, giacché sarà la maggioranza del momento a predisporre tali limitazioni. La stessa maggioranza deve rispettare i limiti e le garanzie imposte direttamente in Costituzione.

-la riserva dell'autorità giudiziaria: le limitazioni devono essere disposte volta a volta solo da autorità giudiziaria. Quindi ad esempio né il Governo, né il Presidente della Repubblica, che pure sono organi costituzionali, potrebbero ordinare l'arresto. Né il Parlamento, né un qualsiasi altro soggetto che non sia giudice.

-l'obbligo di motivazione e il ricorso in Cassazione per violazione di legge: l'ultima garanzia prevista in Costituzione è che il provvedimento del giudice deve essere motivato, deve cioè indicare espressamente per iscritto i fatti che giustificano il provvedimento restrittivo e le norme che stanno a fondamento di esso, cosicché sia possibile immediatamente un controllo della sua legittimità. A tal fine **l'art 111** prevede che:<<**contro i provvedimenti sulla libertà personale è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge**>>.

-il c.d tribunale della libertà: per tutelare più rapidamente la libertà personale l'art 309 del c.p.p (che recepisce con modificazioni la legge n.352/1982 che istituiva il c.d tribunale della libertà) prevede la possibilità di richiedere al tribunale il riesame dei provvedimenti restrittivi della libertà personale prima del processo (in via cautelare cioè); questo giudice ha 10gg di tempo per pronunciarsi; se entro i termini prescritti non si pronuncia il provvedimento restrittivo della libertà personale decade.

-i provvedimenti della autorità di p.s in casi di necessità e di urgenza: la Costituzione ha previsto il caso in cui non è possibile attendere la decisione del giudice per limitare la libertà personale, pena l'avverarsi di un danno irreparabile. La Costituzione, come fa spesso, non elenca i casi in cui un soggetto non-giudice è autorizzato ad intervenire senza il previo ordine del giudice, ma, più opportunamente, indica i *criteri generali* a cui debbono attenersi le leggi ordinarie nel prevedere e disciplinare casi del genere. La Costituzione dice che:<< 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>>. La autorità di p.s si sostituisce ai giudici solo provvisoriamente, in attesa che entro termini tassativi e rigorosi si pronuncino definitivamente sulla questione i giudici. Se dunque la p.s non comunica entro 48h il provvedimento restrittivo da essa adottato, oppure il giudice non pronuncia alcuna decisione entro le successive 48 h, oppure ancora nega espressamente la convalida del provvedimento

restrittivo, questo decade automaticamente ed immediatamente e non ha alcun effetto di nessun genere.

-sul fermo di polizia: nel nostro ordinamento, come in qualsiasi altro, viene punito non solo il reato, ma anche il tentativo di reato, cioè quella attività, oggettivamente constatabile e provata, che precede e prepara la commissione di un reato. Il fermo giudiziario non è che un normale provvedimento che anticipa quello del giudice (se e quando appunto vi è urgenza, altrimenti è il giudice direttamente, si richiama eventualmente della autorità di p.s., che adotta il provvedimento provvisorio limitativo della libertà personale.). In altre parole, indipendentemente dalle prove oggettive, viene operato un fermo preventivo sulla base della convinzione della stessa autorità di p.s.

L'art 13 consente che in casi eccezionali ed urgenti venga attribuito alla pubblica sicurezza un potere che in principio spetta ai giudici. È possibile secondo Costituzione che le leggi autorizzino i giudici a limitare la libertà personale dei cittadini (e quindi autorizzino anche la p.s. in casi di urgenza) per il mero sospetto che essi abbiano intenzione di commettere in reato? (Commento Rescigno--→) Rescigno non ha dubbi che, sulla base dell'art 25 Cost, o vi è reato (e connesso tentativo) con conseguente potere di limitare preventivamente e successivamente la libertà personale, o non c'è, con conseguente divieto di limitazione della libertà personale. Dunque in ogni caso il fermo di polizia, in ipotesi di mero sospetto soggettivo e non oggettivamente provabile, non è costituzionalmente ammissibile. Il legislatore ordinario però non è stato del medesimo parere e con **legge n.15/1980** ha istituito il fermo di polizia: epperò lo stesso legislatore, dubbioso sulla sua costituzionalità, lo ha ammesso solo a termine, e infatti l'istituto non è più in vigore dal 1° gennaio 1982.

## 2. La libertà di domicilio

**L'art 14 Cost** prescrive:<< 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.>>. Occorre qui ricordare la differenza tra domicilio e residenza: residenza è il luogo in cui una persona dimora abitualmente; domicilio invece è il luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi. È evidente però che la Costituzione non usa la parola domicilio nel significato tecnico del diritto privato; dunque qualsiasi luogo chiuso e privato nel quale, anche temporaneamente, una persona ha il diritto di stare costituisce domicilio ai fini dell'art 14 Cost e per questa ragione rientra nella garanzia apprestata da questo articolo. Garanzia del tutto analoga a quella del precedente art 13.

La equiparazione alla libertà personale non è però totale. Per motivi di sanità o di incolumità pubblica, o a fini economici e fiscali, leggi speciali possono disciplinare accertamenti ed ispezioni nel domicilio: ciò significa che in questi casi le leggi speciali possono derogare all'art 14, e quindi ad esempio attribuire il potere di ispezione anche ad autorità amministrative.

## 3. Libertà e segretezza delle comunicazioni e della corrispondenza

**L'art 15** dispone:<< 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.>>.

Bisogna anzitutto distinguere tra comunicazione/corrispondenza e manifestazione di pensiero. L'art 21 garantisce libertà di manifestazione di pensiero. Corrispondenza e comunicazione con qualunque altro mezzo (ad ex. il telefono) implicano un rapporto tra due soggetti determinati, il primo dei quali invia e il secondo riceve la comunicazione a lui indirizzata. Il criterio di distinzione dunque sta nel fatto che ciò che si manifesta è indirizzato a determinati ed individuati destinatari, usando mezzi e strumenti che nella società vanno considerati come riservati ai soli destinatari; nella pura e semplice manifestazione di pensiero o ci si rivolge a tutti, o a nessuno in particolare. Solo nel primo caso ha senso porsi il problema della segretezza, mentre nel secondo caso tutt'al contrario il pensiero viene manifestato proprio per farlo conoscere al più gran numero di persone.

-libertà di comunicazione e corrispondenza: la Costituzione garantisce sia la *libertà* che la *segretezza* di ogni forma di comunicazione. Libertà vuol dire che nessuno può essere impedito dal dare e ricevere comunicazione a chiunque e da chiunque. Libertà allora vuol dire che tutti debbono avere accesso a questi strumenti in condizioni di eguaglianza. Segretezza vuol dire che il contenuto della comunicazione non può essere oggetto di conoscenza da parte di altri: in secondo luogo e comunque, se viene egualmente conosciuto per un qualsiasi motivo, il contenuto della comunicazione non può essere divulgato senza il consenso degli interessati. Notare che la Costituzione, se dispone anche in questo caso una riserva assoluta, di legge e attribuisce ai giudici il potere di limitare la libertà e la segretezza nei casi previsti dalla legge, non prevede un potere di urgenza a favore della autorità di p.s sostitutivo in via provvisoria di quello del giudice.

#### 4. Libertà di circolazione e soggiorno

**L'art 16** disciplina: << 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.>>. Va ricordato che le limitazioni devono essere previste in astratto con legge generale e sono ammissibili solo per motivi di sanità o di sicurezza.

La libertà di espatrio è garantita meno di altre, perché la Costituzione rinvia totalmente alla legge e non pone alcun limite sostantivo a questa. È invece assoluto il diritto dei cittadini di stare o rientrare in Italia: per nessuna ragione, finché restano cittadini, essi possono essere espulsi dal territorio nazionale o impediti dal rientrarvi. Il legame con la propria terra è una caratteristica indefettibile della cittadinanza.

#### 5. La libertà di riunione

**L'articolo 17** prevede: << I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi. Per le riunioni, anche in luogo aperto al pubblico, non è richiesto preavviso. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di sicurezza o di incolumità pubblica.>>. Dunque le riunioni non pacifiche e armate sono vietate. La Costituzione accoglie la tradizionale distinzione tra *riunioni private*, *riunioni aperte al pubblico* e *riunioni in luogo pubblico*. Le prima sono riunioni a cui si può accedere solo su consenso espresso di colui che ha la giuridica responsabilità del luogo (ex. riunione tra amici in una casa privata); le secondo

avvengono in luoghi non destinati per loro natura all'uso pubblico, ma in concreto aperti al pubblico per volontà del titolare del luogo, eventualmente dopo aver adempiuto ad un onere (ad ex. un cinema): le terze in luoghi destinati all'uso pubblico secondo le leggi, ai quali tutti possono liberamente accedere (una strada, una piazza, e così via). Solo per queste ultime riunioni la Costituzione esige che gli organizzatori diano un preavviso alle autorità (almeno 3 gg prima).

-la riunione senza preavviso: il fatto che la riunione in luogo pubblico non sia stata preavvertita rende di per sé illecita questa riunione, giustificandone quindi lo scioglimento? Oppure è più conforme allo spirito liberale della Costituzione ritenere che il mancato preavviso costituisce reato per i promotori della riunione che avevano questo obbligo, e quindi giusta causa di una loro incriminazione penale, ma non rende di per sé illecita la riunione (la quale potrà essere sciolta secondo la regola generale solo se mette in pericolo la sicurezza e incolumità di cose e persone)? Mi pare molto più rispondente alla ratio dei diritti di libertà la 2° interpretazione.

-l'assembramento: l'assembramento indica riunioni spontanee e subitanee di persone. La garanzia costituzionale si estende anche a queste manifestazioni? Come è ovvio l'assembramento per definizione non consente il preavviso: d'altra parte proprio perché il preavviso è oggettivamente impossibile, il fatto che esso manchi non toglie che anche l'assembramento sia una specie del genere riunione: per questa ragione ad essa, delle regole costituzionali, non si applicherà quella parte che riguarda il preavviso, ma si applicheranno tutte le altre regole, in particolare quella che consente il divieto o lo scioglimento della riunione solo per comprovati motivi di sicurezza e incolumità pubblica.

-il corteo: è una riunione itinerante, che non sta ferma in un luogo ma si sposta lungo un percorso. Non mi pare dubbio che la ragion d'essere della garanzia costituzionale deve estendersi anche al corteo, con le connesse garanzie e i relativi, tenui limiti.

## 6. La libertà di associazione

<<I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale. Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.>> (**art 18 Cost**). La riunione è un fatto fisico-materiale, puntuale nel tempo; la associazione è un rapporto sociale e designa il fatto di più persone che perseguono il medesimo fine e che a questo scopo uniscono le proprie forze mettendo in comune sia parte della propria attività che i mezzi materiali necessari.

-la parificazione tra libertà dei singoli e libertà delle associazioni: la Cost nell' **art 2** ha proclamato che <<la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità...>>, così la nostra Costituzione assegna al diritto di associarsi volontariamente e liberamente il massimo di libertà possibile, parificando le associazioni ai singoli sotto l'aspetto dei fini perseguibili.

La Costituzione vieta solo due tipi di associazioni, non per i loro fini, ma per la loro regola di vita:<<le associazioni segrete e quelle che perseguono anche indirettamente fini politiche mediante organizzazioni di carattere militare>>. Insieme con l'art 18 va letta la XII disposizione finale della Costituzione secondo cui <<è vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista>>.

-le associazioni segrete: a causa di vicende clamorose (il caso dello scandalo della P2, dal nome di una loggia massonica segreta che avrebbe organizzato o comunque favorito attività illecite), la questione ha richiesto un intervento legislativo (l. 25 gennaio 1982, n.17 intitolata:

Norme di attuazione dell'art 18 della Costituzione in materia di associazioni segrete e scioglimento della associazione denominata Loggia P2). Questa legge definisce nell'art 1 le associazioni segrete in questo modo: <<Si considerano associazioni segrete, come tali vietate dall'art. 18 della Costituzione, quelle che, anche all'interno di associazioni palesi, occultando la loro esistenza ovvero tenendo segrete congiuntamente finalità e attività sociali ovvero rendendo sconosciuti, in tutto od in parte ed anche reciprocamente, i soci, svolgono attività diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali di interesse nazionale.>>. La natura di associazione segreta viene accertata dal giudice, e in base alla sentenza irrevocabile il Presidente del Consiglio scioglie l'associazione e ne confisca i beni. Oggi possono essere perseguite per la loro segretezza solo le associazioni previste dalla legge 17/82, nei casi e nei modi ivi predisposti.

La libertà di associazione comporta sia la libertà di associarsi, sia la libertà di non aderire. Questa regola vale per le associazioni private. Non si applica invece a quegli enti pubblici a struttura associativa che eventualmente lo Stato costituisce per perseguire un fine pubblico. In questo caso la natura del fine pubblico perseguito può esigere la iscrizione obbligatoria a tale ente associativo come condizione per svolgere una determinata attività: il fatto però che l'ente sia organizzato a somiglianza di una associazione privata non toglie che esso a rigore non è una associazione in senso proprio; ha una struttura associativa, e cioè fondamentalmente democratica.

Ugualmente è da ritenere che non rientrino nella previsione dell'art 18 le società commerciali: in quanto esse, come loro fine istituzionale e principale, svolgono una attività economica, ricadono sotto la disciplina dell' **art 41 Cost** e dunque sono assoggettabili a tutti i limiti, vincoli e controlli che questo articolo consente.

## 7. La libertà religiosa

Alla fine delle lotte di religione combattute in Europa dal 1400 al 1700, subentrò *il principio di tolleranza*. Così la tolleranza religiosa si affermò in Olanda già nel corso del 1600 e in Gran Bretagna sul finire del 1600, contemporaneamente cioè alla presa del potere politico da parte della borghesia in questi 2 paesi e alla distruzione della monarchia assoluta. La tolleranza religiosa costituì un formidabile passo in avanti, ma era appunto tolleranza, e cioè assenza di persecuzione violenta e sistematica, ma non eguaglianza tra i diversi culti: vi era un culto ufficiale e la tolleranza degli altri culti entro i limiti e le condizioni poste dallo Stato. Si è trattato comunque di una promessa per una progressiva laicizzazione dello Stato e della società.

**L'art 19 Cost** proclama: << 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, purché non si tratti di riti contrari al buon costume.>>.

Con **l'articolo 20** la Costituzione vuole impedire che vengano compiute persecuzioni e vessazioni indirette a danno delle confessioni religiose: << Il carattere ecclesiastico e il fine di religione o di culto d'una associazione od istituzione non possono essere causa di speciali limitazioni legislative, né di speciali gravami fiscali per la sua costituzione, capacità giuridica e ogni forma di attività.>>. Notare che l'art 20 non dice che non si possono porre limiti legislativi o gravami fiscali rispetto alla costituzione o attività di enti religiosi; dice invece che tali gravami o limiti non debbono essere speciali, cioè diversi da quelli imposti in generale dalle leggi a tutte le associazioni.

-Stato italiano e Chiesa cattolica: **l'art 7** della Cost dispone: << 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 >>. I patti tra Stato e Chiesa cattolica che disciplinano i reciproci rapporti si chiamano concordati. Essi in sostanza sono analoghi ai trattati internazionali, cosicché anche per questo aspetto la Chiesa cattolica, dove riesce ad imporre concordati, riafferma la sua natura di ente per lo meno pari ordinato allo Stato. La Costituzione esige che i rapporti tra Stato e Chiesa siano regolati con concordato; esige cioè che lo Stato, fino a revisione costituzionale dell'art 7, non tanto può quanto deve addivenire ad un concordato con la Chiesa. Le modificazioni del concordato non possono essere disposte unilateralmente dallo Stato italiano, ma solo bilateralmente mediante accordo.

Questo accordo inoltre, per divenire operante entro l'ordinamento italiano, non abbisogna di una legge costituzionale, ma di una legge ordinaria. A stretto diritto una legge di revisione costituzionale potrebbe ben *abolire* l'art 7 ed eliminare la situazione di privilegio della Chiesa cattolica, che automaticamente verrebbe ricompresa tra le confessioni religiose previste dal successivo art 8 e dagli articoli 19 e 20. L'obbligo al regime concordatario discende dall'art 7 della Costituzione e sussiste finché resta in vigore tale articolo.

Si ricorda infine che attualmente è in vigore il nuovo concordato del 1984.

-le altre confessioni religiose: l'art 8 della Costituzione comincia con una affermazione che, venendo dopo l'art 7 che ha riservato un trattamento riservato alla Chiesa Cattolica, suona un po' ipocrita e sorprendente. <<Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge >>. Se però diamo alla parola libertà il significato di <<assenza di impedimenti >>, la affermazione dell'art 8 è pienamente conciliabile con quella dell'art 7. Infatti, per quanto riguarda la assenza di impedimenti, tutte le confessioni sono eguali, perché egualmente non impedisce: la Chiesa Cattolica ottiene qualcosa in più, un vantaggio che le altre non hanno, ma questa disparità di trattamento non toglie che vi sia eguaglianza di non-impedimento.

Su questa base si spiega la restante parte dell'art 8 e si concilia con gli articoli 19 e 20. Il 2° e 3° comma dell'art 8 dicono: <<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 >>. Questa regola non dice che i rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose vanno necessariamente regolati mediante legge previa intesa con le relative rappresentanze; la regola dice che, se lo Stato ritiene opportuno regolare con legge i rapporti con una specifica confessione religiosa, lo deve fare previa intesa con i rappresentanti di questa, altrimenti se ne deve astenere.

Che rapporto c'è tra l'art 8 (e l'art 7) e gli articoli 19 e 20 della Costituzione? Tra essi esiste lo stesso rapporto che corre tra libertà e diritto o dovere. Gli articoli 19 e 20 concernono la libertà di professare la propria fede, di praticare i riti, di fare proseliti: questo contenuto minimo e generale, eguale per tutte le confessioni religiose, non può essere inciso, violato, ridotto da nessuna legge. L'art 8, a somiglianza dell'art 7, prevede che a determinate organizzazioni religiose vengano attribuiti una serie di diritti e di doveri, concordati con lo Stato, e quindi venga fatto un trattamento di favore che nulla toglie alla libertà di base di tutte le religioni. Allora lo Stato ha queste possibilità: o non disporre nulla oltre quanto già previsto e garantito dalle libertà di base; o addivenire ad accordi con specifiche organizzazioni religiose ed approvare leggi sulla base di tali intese; o approvare una legge, necessariamente generale, che disciplini tutte le confessioni religiose.

In definitiva questo qualcosa in più consentito (ma non imposto) dall'art 8 a favore delle confessioni religiose non cattoliche è possibile perché gli articoli 19 e 20 hanno come oggetto la libertà religiosa come libertà di professare la fede religiosa, e hanno quindi come oggetto la religione come attività religiosa.

## 8. La libertà di manifestazione del pensiero

**L'articolo 21** disciplina: << Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni.>>.

La manifestazione del pensiero dunque può esprimersi: a) come informazione o cronaca, cioè attività volta a produrre negli altri conoscenza di fatti; b) come critica dell'esistente; c) come proposta di mutamento. Il potere quindi si preoccupa anzitutto e principalmente di bloccare la conoscenza dei fatti e la loro critica. Di qui l'importanza rispetto a questa materia della disciplina positivamente vigente in tema di segreto. L'art 21 della Cost non offre alcuna difesa contro il segreto di fatto e non dà alcuno strumento per vincere il rifiuto ad informare, ma non tutela il *diritto ad essere informati*. Si noti di nuovo la opposizione tra libertà (come assenza di impedimenti) e diritto soggettivo (come tutela nei confronti di un bene): l'art 21 tutela anche la libertà ad essere informati; ma non tutela il diritto ad essere informati. In generale dunque la Costituzione non prevede il diritto ad essere informati (salvo quel diritto ad essere informati che è implicito nel diritto alla difesa davanti ai giudici, **art 24 Cost**).

-I pensieri di altri e i pensieri falsi: la Costituzione garantisce la manifestazione del proprio pensiero, e dunque non garantisce la riproduzione del pensiero di altri e neppure la manifestazione di un pensiero espresso con la convinzione di dire il falso (appunto perché in questo caso si manifesta un pensiero che in realtà non si pensa, che dunque non è proprio.). Su questa base si giustifica il c.d *diritto di autore* di sfruttare in esclusiva il prodotto del proprio ingegno e il corrispondente divieto di fatto ad altri di riprodurlo senza il consenso dell'autore. L'art 656 c.p punisce la diffusione di notizie false e tendenziose atte a turbare l'ordine pubblico, cioè non solo le notizie consapevolmente false ma anche quelle <<tendenziose>>, cioè che interpretano i fatti, sia pure in modo sbagliato.

-i mezzi di diffusione del pensiero: quanto poi alla proclamazione che <<tutti hanno diritto di manifestare con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione>>, essa non significa che tutti hanno garantite possibilità di usare i mezzi di comunicazione in condizioni di eguaglianza: esattamente al contrario vi sono mezzi veramente liberi ed uguali (la parola), mezzi per i quali la libertà dalla ricchezza. La Costituzione non pone espressamente alcun argine al pericolo che i mezzi di comunicazione divengano proprietà di una sola persona o di poche persone, con conseguente limitazione della libertà di tutti i non proprietari. Se questo monopolio si crea di fatto, dal punto di vista costituzionale, non è possibile invocare alcuna norma. È possibile invece, ma dipende dalla volontà della maggioranza politica, che leggi ordinarie disciplinino tale aspetto.

Se invece il monopolio viene creato dalla legge (monopolio legale), diventa possibile rivolgersi alla Corte affinché si pronunci sulla legittimità costituzionale di un tale monopolio legale.

-la televisione: così è infatti accaduto nei confronti del monopolio legale radiotelevisivo, per decenni garantito dalla legge ad una impresa di proprietà pubblica (nota come RAI-TV). Questo monopolio è stato più volte impugnato davanti alla Corte costituzionale, dal 1960 in poi, con risultati via via diversi, che vanno da una totale conferma del monopolio nella prima sentenza, ad una storica sentenza (sentenza n.225/1974) che ha dichiarato illegittimo il

monopolio via cavo, dall'altro confermava il monopolio via etere a livello nazionale, ma toglieva il monopolio (e apriva la strada ai privati) per quanto riguarda le trasmissioni a livello locale, fino alla legge 233/90. La legge n.112/2004 si aggiunge alla legge 223/90 perché disciplina nuove possibilità offerte dalla tecnica di trasmissione digitale.

La intricata e complessa vicenda relativa al monopolio radiotelevisivo (tolto definitivamente dalla legge citata) qui ci interessa perché chiarisce e conferma che, se una legge istituisse monopoli legali nel campo dei mezzi di comunicazione di massa, la Corte sarebbe legittimata a imporre al legislatore quelle misure necessarie a ristabilire una situazione costituzionalmente corretta.

-Per quanto concerne l'editoria, la legge pone limiti alla possibilità di acquisti e fusioni tra imprese editoriali, stabilendo la nullità di concentrazioni che superino un determinato limite, e prevede misure dirette a scoraggiare l'acquisizione da parte di una sola impresa.

La quasi totalità delle norme in materia è raccolta dal [d.lgs 31 luglio, n.177-Testo unico dei servizi dei media audiovisivi e radiofonici](#). La disciplina vigente conferma la necessaria esistenza di una impresa radiotelevisiva pubblica (l'attuale RAI-TV), che riceve con questa legge una serie di garanzie e di limiti. Viene ammessa la possibilità che privati esercitino imprese nel campo radiotelevisivo con alcuni vincoli: a) anzitutto, data la limitatezza delle radiofrequenze utilizzabili in Italia lo Stato deve predisporre un piano, e all'interno di questo piano, per le frequenze attribuite ai privati, concerne l'uso di tali frequenze a imprese che lo richiedono; b) in secondo luogo tali imprese private non possono detenere più di certe quote, stabilite dalla legge, quote diverse secondo che l'impresa cumuli attività radiotelevisive e altre attività nel campo delle comunicazioni di massa o eserciti solo attività radiotelevisive.

Sono vietate le manifestazioni del pensiero contrarie al buon costume. Il fondamento della punizione della ingiuria e della diffamazione è stato trovato nell'art 3, dove la Costituzione proclama che tutti i cittadini hanno pari dignità sociale (mentre l'ingiuria e la diffamazione diminuiscono la dignità sociale dell'ingiuriato e del diffamato); il divieto di buona amministrazione di notizie coperte da segreto è stato fondato ora sull'art 97 (esigenza di buona amministrazioni per i segreti d'ufficio), ora sull'art 27 (l'imputato si presume innocente fino alla condanna definitiva, e quindi non bisogna pregiudicare la sua immagine sociale divulgando notizie non ancora accertate), ora sull'art 52.

-la stampa: <<La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure>> (il che vuol dire che al contrario altri mezzi di diffusione possono essere assoggettati ad autorizzazioni o censure preventive). <<Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescriva per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto.

La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica.>>.

La legge 416/1981 ha istituito la figura del garante della attuazione della legge, figura nuova, che rientra nella più grande famiglia della autorità indipendenti, e cioè di strutture amministrative che, avendo compiti di garanzia, sono relativamente indipendenti dal restante apparato amministrativo e anzitutto dal Governo. Rientrano in questa categoria il CONSOB, e

cioè la commissione di vigilanza sulle borse valori, la commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici, la commissione c.d antitrust, e cioè la commissione che dovrebbe garantire la libertà di concorrenza economica, e qualche altra.

## 9. Diritto al nome, alla cittadinanza, alla capacità giuridica, alla riservatezza

**L'art 22 Cost** dispone: << Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome.>>. Questi diritti vengono ricompresi nella categoria dei *diritti della personalità*, e cioè di quei diritti volti a garantire l'insieme delle qualità umane e morali di una persona e la sua identità sociale. A rigore quindi essi non sono diritti di libertà.

Ci si è chiesti se dall'ordinamento complessivo non possa ricavarci la esistenza e la tutela di un *diritto alla riservatezza* (o alla *privacy*). In questa direzione è stata fondamentale la legge n.675, 1996 (Tutela delle persone di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali, oggi rifiuta, nel d.lgs. n.196,2003, Codice in materia di protezione dei dati personali).

- A. Sono esclusi dall'ambito della legge:
  - Il trattamento dei dati personali da parte di persone fisiche per uso esclusivamente personale
  - Trattamenti particolari disciplinati da leggi speciali
- B. La legge istituisce e disciplina una nuova autorità indipendente, chiamata <<Garante per la tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali>> (è composta da 4 persone elette dalla Camera dei deputati e due dal Senato, con voto limitato).
- C. La legge disciplina gli obblighi del titolare e del responsabile del trattamento dei dati ed i diritti degli interessati
- D. La tutela degli interessati viene assicurata o direttamente dalle autorità giudiziarie o prima del Garante e poi, anche nei confronti di questo, dalle autorità giudiziarie.
- E. La legge prevede sanzioni di vario genere, anche penale, in caso di inosservanza della legge.

## 10. Il principio di legalità

**L'art 23 Cost** disciplina: <<Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base a legge>>.

Per prestazione personale si deve intendere un qualsiasi fare che venga coattivamente richiesto ai cittadini (ad ex. il servizio militare); per prestazione patrimoniale si deve intendere un qualsiasi dare in oggetti materiali cui i cittadini vengano obbligati unilateralmente (ad ex. pagare le imposte). Lo Stato, e qualsiasi altro soggetto autorizzato, possono esigere un fare o un dare, ma solo sulla base di una previa legge. Qui la parola legge si riferisce sia alle leggi ordinarie che alle leggi regionali; non si riferisce però a tutti gli atti normativi, ma solo agli atti chiamati ufficialmente leggi: obblighi di dare e fare debbono sempre essere fondati su legge. Qui la riserva di legge va intesa come riserva relativa: la legge non deve regolare in ogni aspetto tali obblighi, ma può solo fondarli in generale lasciando ad altre fonti subordinate la disciplina più particolare.

Arriviamo così a definire un principio fondamentale tipico dello Stato moderno: il principio di legalità. Secondo questo principio nessun poter autoritativo può esistere se non si fonda sulla legge: in tal modo viene garantita e creata la preminenza costituzionale del Parlamento

rappresentativo del popolo entro lo Stato, e, attraverso il Parlamento, la preminenza politica di quelle forze che volta a volta ottengono la maggioranza. La preminenza politica in concreto non spetta al Parlamento, ma anzitutto ai partiti, e poi al Governo. Queste affermazioni apparentemente contraddittorie, si combinano ed esistono, perché i partiti possono dirigere a patto di conservare la maggioranza in Parlamento e il Governo può sviluppare la sua direzione a patto di essere sostenuto da una maggioranza si governo in Parlamento.

**-la legalità formale:** esso può ricevere, ed ha ricevuto storicamente, due interpretazioni profondamente diverse. Il principio di legalità formale, stabilisce che tale principio viene rispettato quando vi sia una legge purchessia a fondamento di un potere pubblico, quand'anche la legge si limitasse ad attribuirlo puramente e semplicemente delimitarlo.. ex: immaginiamo una legge che attribuisce al Governo i c.d pieni poteri, e cioè trasferisce al Governo un potere legislativo indeterminato quanto agli oggetti da regolare e quanto ai limiti. In un caso del genere il principio di legalità dal punto di vista formale viene certamente rispettato, perché a fondamento del potere governativo c'è pur sempre una legge del Parlamento. Dal punto di vista della sostanza però il Parlamento in questo modo non ha disciplinato nulla in alcun modo, e quindi cittadini e giudici dovranno applicare regole decise in tutto dal Governo, e per niente dal Parlamento: il concreto contenuto delle imposizioni governative di trova nella, e quindi si fonda sulla, volontà non del Parlamento ma del Governo.

**-la legalità sostanziale:** il principio di legalità sostanziale stabilisce che il principio di legalità viene rispettato solo quando la legge, nell'attribuire un potere imperativo a chicchesia (all'interno delle regola costituzionali), delimita sufficientemente questo potere e cioè indica sia l'oggetto su cui il potere può esercitarsi sia il contenuto dei provvedimenti che possono essere adottati rispetto a tale oggetto, sia il fine per il quale il potere viene attribuito, sia i presupposti di fatto e di diritto che legittimano l'esercizio in concreto del potere, sia il soggetto competente ad esercitare così configurato, sia il modo (procedimento) attraverso cui tali provvedimenti vanno adottati.

È impossibile dire con assoluta esattezza quando una legge è al di sotto (e quindi viola il principio di legalità sostanziale) e quando al di sopra del limite. La conseguenza è che chi decide in ultima istanza questa questione sono volta per volta i giudici, e in particolare nel nostro ordinamento la Corte costituzionale che, se investita della questione, potrà stabilire quando una determinata legge delimita il potere attribuito ad altri in modo tale da rispettare il principio di legalità sostanziale, e quando invece no. Il principio di legalità sostanziale è l'unico compatibile con un regime democratico.

L'art 23 non contiene il principio di legalità, né formale né esistenziale, perché non rientrano nella previsione letterale dell'art 23 tutti quei provvedimenti i quali non impongono prestazioni di alcun genere, né personali né patrimoniali. L'art 3 dicendo che <<tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge>> dice anche implicitamente che non sono ammessi provvedimenti di favore concessi per legge che non siano fondati su ragioni oggettive apprezzabili, e quindi a maggior ragione deve ritenersi che provvedimenti di favore non fondati in alcun modo su legge siano per definizione contrari al principio di eguaglianza davanti alla legge.

Se la legge deve informarsi al principio di eguaglianza, allora solo la legge è garante dell'eguaglianza, e quindi ogni atto imperativo deve fondarsi sulla legge come condizione necessaria per rispettare il principio di eguaglianza. L'art 81 Cost non consente allo Stato di disporre spese che non siano fondate su legge. E dunque ogni qual volta provvedimenti di vantaggio comportano spese, devono fondarsi su legge. L'art 97 impone che tutti i provvedimenti organizzatori siano comunque fondati su una previa legge.

## 11. Diritti di libertà e poteri dello Stato

L'art 33 della Costituzione tutela la libertà dell'arte e della scienza e del relativo insegnamento.  
 -i diritti di libertà in quanto inviolabili: la Costituzione definisce inviolabili alcuni diritti di libertà (e in particolare i diritti garantiti dagli articoli 13, 14 e 15). E poi parla genericamente nell'art 2 dei diritti inviolabili dell'uomo. Sicuramente inviolabile non significa <<non limitabile>>, giacché tutt'al contrario la garanzia costituzionale consiste nel definire i casi, i criteri e i modi attraverso cui tali diritto possono essere <<violati>>.

La conclusione dominante sostiene che <<inviolabile>> vuol dire <<non eliminabile neppure con legge di revisione costituzionale>>. I diritti di libertà, inviolabili, si sottraggono al potere di revisione, sono considerati così importanti ed essenziali che una loro abolizione costituirebbe alterazione qualitativa dell'ordinamento repubblicano e il suo sovvertimento. La tesi vuol dire che tutte le modificazioni apportate ai singoli diritti di libertà debbono però essere tali che essi, nell'essenziale, restino garantiti, e che dunque libertà personale, di domicilio, di riunione, ecc...., non verranno mai eliminate, per quanto possa cambiare nei particolari la concreta disciplina.

**-diritti di libertà e legge**: esaminiamo ora il rapporto tra diritti di libertà e potere legislativo. Operiamo la seguente classificazione:

- 1) Diritti di libertà non limitabili in alcun modo neanche con legge (art 19: libertà religiosa; art 18, 1° comma: libertà di associazione)
- 2) Diritti limitabili *solo* su base di una previa legge, ma con limiti costituzionali invalicabili anche dalla stessa legge, e quindi diritti garantiti *direttamente* in Costituzione: si tratta della maggioranza dei diritti di libertà: artt 13, 14, 16,21;
- 3) Diritti limitabili solo sulla base di una previa legge ma *non* direttamente garantiti dalla Costituzione: la legge in questo caso non incontra limiti costituzionali (art 15: libertà e segretezza della corrispondenza e comunicazione; art.23: le prestazioni personali e patrimoniali vanno disposte con legge);
- 4) Diritti di libertà che non sopportano limiti legislativi ma solo limiti concreti disposti volta per volta dall'autorità amministrativa (art 17: libertà di riunione)

**-diritti di libertà e autorità statali**: quando secondo Costituzione per limitare un diritto di libertà è necessaria (o possibile) la mediazione della legge, possiamo poi chiederci quali ulteriori distinzioni la stessa Costituzione pone all'interno di questo caso rispetto alle autorità statali incaricate di applicare tali leggi limitative dei diritti di libertà. Vediamo così la Costituzione distinguere questi casi:

- a) Casi in cui *solo* il giudice, e nessun altro in assoluto, può decidere le limitazioni previste dalla legge (art 15: libertà di comunicazione e corrispondenza);
- b) Casi in cui in principio e normalmente solo i giudici possono limitare i diritti di libertà sulla base di una previa legge, ma in casi eccezionali specificati dalla Costituzione e dalle leggi applicative della Costituzione altre autorità statali possono sostituirsi provvisoriamente al giudice, salva però la successiva e necessaria convalida di quest'ultimo (artt.13, 14;21,4° comma)
- c) Casi in cui la legge può abilitare direttamente la p.a a porre limiti ai diritti di libertà (fatto salvo ovviamente il principio generale sancito dall'art 24 secondo cui tutti possono ricorrere in giudizio per la difesa dei propri diritti; il giudice quindi non può mai essere

escluso del tutto da simili vicende: però in questi casi, a differenza dei precedenti, il giudice interviene *dopo* che la p.a ha provveduto e solo *eventualmente*, su ricorso del soggetto interessato che ha subito una limitazione del diritto di libertà; nei casi precedenti invece il giudice interviene per primo o comunque deve necessariamente intervenire per convalidare il provvedimento di altre autorità): art 14, 2° comma; art 16; art 18, 2° comma; 19; 21, 5° comma

Si noti come la seconda classificazione riorganizza secondo un diverso criterio solo i casi 2 e 3 della precedente classificazione.

## 12. Diritti di libertà ed estensione dei soggetti garantiti

La Costituzione talvolta attribuisce tali diritti a tutti (art 19, 21, 22); altre volte li riserva espressamente ai soli cittadini (artt 16, 17, 18) cosicché ne vengono esclusi gli stranieri e gli apolidi; altre volte infine la formulazione è tale che, stando alla lettera, non è possibile stabilire se il diritto di libertà spetta a tutti o solo ai cittadini.

La limitazione di garanzia ai soli cittadini non vuol dire che gli stranieri e gli apolidi non possono godere di tali diritti di libertà, e che dunque non possono circolare per il territorio nazionale o riunirsi o associarsi, ma significa che le leggi ordinarie possono (e non debbono) limitare questi diritti rispetto agli stranieri e agli apolidi in modo più penetrante e restrittivo di quando possono fare rispetto ai cittadini; detto diversamente, le garanzie costituzionali valide per i cittadini non valgono rispetto agli stranieri e agli apolidi.

In tutti gli altri casi, nei quali la lettera della Costituzione non è così esplicita, è da ritenere che i diritti di libertà spettino a tutti, e non solo ai cittadini. Si pensi ad esempio a tutti i casi in cui il diritto è proclamato *inviolabile* (artt 13, 14, 15): se sono inviolabili, hanno da esserlo per tutti.

-diritti di libertà ed enti collettivi: l'art 17 garantisce la riunione, e poiché a riunirsi sono sempre uomini fisici, quand'anche a convocare la riunione fossero enti collettivi, così la garanzia riguarda sempre e solo singoli individui, perché non avrebbe senso estendere la garanzia anche ad enti collettivi. Ragionamento analogo va fatto anche rispetto all'art 13.

I diritti di libertà non si estendono a tutti gli enti economici. Così in esclusione i diritti di libertà garantiti dalla Costituzione si estendono in generale agli enti collettivi, oltre che applicarsi ai singoli, ma non si estendono agli enti pubblici ed enti economici.

## 13. Diritti di libertà e soggetti contro cui è rivolta la garanzia

I diritti di libertà sono anzitutto e soprattutto una garanzia nei confronti dello Stato e delle autorità pubbliche. Storicamente i diritti di libertà sono nati come rivendicazioni contro il potere dello Stato; nei fatti chi può offendere tali diritti è anzitutto e sopra ogni altro lo Stato, che ha il monopolio della forza. All'apparenza essi esprimono momenti di libertà, nella realtà essi si convertono nel loro contrario, in diritti dello Stato contro la libertà. È facile vedere che gli articoli dal 13 al 23 non fanno altro che fondare poteri coercitivi dello Stato contro la libertà dei singoli e delle loro forme di organizzazioni spontanee. Questa possibilità legale di offesa contro la libertà viene riservata allo Stato, e solo allo Stato. La proclamazione di tali diritti è la confessione che lo Stato deve essere imbrigliato e limitato nei suoi poteri, che dunque lo Stato ha la potenza per opprimere ed è, potenzialmente, un nemico della libertà.

-diritti di libertà in quanto garanzia verso gli altri: i diritti di libertà sono diritti c.d. *assoluti*, cioè diritti verso tutti contemporaneamente. E infatti, i comportamenti di privati o di pubbliche autorità non autorizzate, che limitano le libertà costituzionalmente garantite, sono trattati dall'ordinamento come reati e puniti penalmente (così è reato il sequestro di persona, la violazione di domicilio, l'apertura di corrispondenza...). I comportamenti lesivi delle libertà garantite in Costituzione si dividono dunque in 2 categorie fondamentali: quelli tenuti da soggetti previsti in Costituzione nei casi e con i modi ivi disciplinati, e questi sono legittimi; tutti gli altri, e questo sono illegittimi e di regola puniti penalmente. Bisogna ricordare che certamente non è possibile punire penalmente un comportamento, anche se lesivo dei diritti di libertà, se esso non è specificatamente previsto dalla legge penale. La Costituzione, come abbiamo visto, proclama nell'art 25 il principio di legalità dei reati e delle pene.

Fino a che punto è possibile invocare direttamente le regole costituzionali in tema di diritti di libertà per difendersi da comportamenti che in fatto diminuiscono tali libertà, anche quando simili comportamenti non sono previsti e regolati da specifiche norme? Il più possibile, fino che la difesa della libertà non si scontra con un diritto altrui espressamente e positivamente garantito.

#### 14. Diritti di libertà e rapporti di supremazia speciale

Questi diritti di libertà, apparentemente così generali ed universali, hanno in realtà un raggio d'azione molto limitato: essi si applicano pienamente solo all'individuo isolato, e quindi all'individuo che non sta in rapporto organico e permanente con altri. Si tratta dunque di una parte minima degli uomini, e comunque di una parte minima del tempo di ciascuno, giacché la grande maggioranza degli uomini vive la maggior parte del suo tempo entro organizzazioni che limitano fortemente la sua libertà. Elenchiamo semplicemente queste istituzioni: la famiglia, la scuola, la fabbrica, l'esercito, le carceri, gli ospedali, la pubblica amministrazione. In ogni istante dato di una qualsiasi giornata, la maggior parte delle persone si trova soggetta ad uno specifico rapporto di subordinazione entro una istituzione più o meno repressiva, capace in ogni caso di imporgli costrizioni.

Le persone che maggiormente sfuggono a tali forme di subordinazione sono i *proprietari*, coloro che hanno una indipendenza economica e che, una volta maggiorenni, non avranno mai più uno specifico superiore diretto (saranno subordinati solo allo Stato, superiore generale).

I lavoratori dipendenti invece avranno sempre un superiore particolare durante il loro tempo di lavoro e cioè durante la maggior parte della loro vita. Essi sono, o possono essere liberi fuori del lavoro.

-supremazia speciale: il rapporto di supremazia generale, di supremazia per eccellenza, è ovviamente il rapporto tra Stato e cittadini per cui, sia pure nel rispetto di vincoli costituzionali, lo Stato comanda e i cittadini obbediscono. Vi sono poi rapporti speciali di supremazia; <<speciali>> in due sensi: a) perché riguardano non tutti i cittadini, ma solo alcuni o alcune categorie in relazione a loro specifiche qualità o situazioni; b) perché non riguardano un numero indeterminato di comportamenti, ma solo quelli relativi ad una predeterminata sfera. questi rapporti di supremazia speciale sono legittimati in vista di un fine specifico, perché considerati necessari per il suo raggiungimento, e dunque in linea di massima sono ammessi se e fino a che perseguono questo fine specifico. Ex: nella famiglia i genitori hanno il compito di educare e mantenere i figli: a questo fine essi hanno tutti i poteri coercitivi socialmente ritenuti necessari. Qui la supremazia speciale corre tra genitori e figli e riguarda solo quella sfera di comportamenti che rientra nel fine perseguito.

Leggi relativamente recenti [l.20 maggio 1970, statuto dei lavoratori; l.11 luglio 1978, n.282 (legge sui principi della disciplina militare-più volte modificata)] hanno cercato di porre rimedio alla assoluta inerzia del precedente legislatore, a causa della quale i diritti di libertà erano lettera morta nelle istituzioni che comportano rapporti di comando; però queste leggi riguardano solo alcune e non tutte queste istituzioni.

Si dimostra l'origine e il limite dei diritti di libertà: essi sono stati concepiti a misura dell'uomo borghese, e cioè dell'uomo proprietario libero e indipendente, dell'uomo isolato in concorrenza con tutti gli altri. È questa la ragione per cui i diritti di libertà, così come formulati nella nostra Costituzione e in tutte le costituzioni, non contemplano tutte quelle situazioni particolari (che oggi costituiscono in realtà la stragrande maggioranza del tempo degli uomini) nelle quali, a causa di specifici rapporti, un soggetto si trova subordinato ad un altro. I diritti di libertà così come sono conosciuti dagli ordinamenti moderni si preoccupano solo dei rapporti tra cittadini e Stato e tra cittadino e cittadino in quanto tali, astraendo da ogni altra loro qualità e posizione.

Nel tempo sono nati diverse figure e meccanismi di garanzia: 1) emanazione di carte di diritti da parte di amministrazioni ed enti pubblici, ma anche di privati, mediante le quali gli utenti di determinati servizi vengono riconosciuti diritti analiticamente indicati, con possibili rimedi di ordine amministrativo e giurisdizionale, e possibili sanzioni nei confronti di coloro che violano tali diritti. 2) *difensore civico*: un soggetto, giuridicamente previsto e disciplinato, incaricato in via breve e informale di difendere coloro che si rivolgono a lui rispetto a comportamenti omissivi e scorretti della p.a: questa difesa, che non è di tipo giurisdizionale o comunque sanzionatorio, si esercita attraverso indagini, richieste di informazioni, sollecitazioni, segnalazioni. Il difensore civico è previsto in quasi tutte le Regioni; oggi la legge 127/97 ha attribuito ai difensori civici regionali anche il compito di tutelare i cittadini nei confronti delle amministrazioni statali, tranne alcune, in attesa della istituzione del difensore civico nazionale.

Il Codice del consumo (d.lgs 206/2005 che sostituisce la l.30 luglio 1998, n.281) si propone oggi di tutelare i diritti dei consumatori e degli utenti in generale.

## 15. I diritti di libertà come conquista storica di civiltà

-diritti individuali o diritti funzionali?: i diritti di libertà sono diritti individuali o funzionali? Diritti riconosciuti all'individuo come tale, o diritti attribuiti a lui per il miglioramento delle società e quindi in funzione dei fini di questa? Nel primo caso lo Stato non pretende di sindacare l'uso che di tali libertà fa l'individuo, e quindi non pretende di entrare nella sua coscienza, nella sua ideologia, nelle sue intenzioni. Il diritto si limita a definire più rigorosamente possibile i comportamenti vietati, e al di fuori di questi lascia piena e totale libertà all'individuo. Nel secondo caso il diritto (lo Stato) pretende di controllare l'uso che delle libertà fa in concreto il soggetto, vuole entrare nelle sue intenzioni, nella sua ideologia, nella sua coscienza. Allo Stato non basta più che il singolo si astenga dal compiere certe azioni, lo Stato vuole che il singolo aderisca attivamente a certi valori e usi delle libertà solo in funzione di tali valori: in caso contrario lo punisce.

## 16. Il principio di eguaglianza

**L'art 3** della Costituzione, nel 1° comma dice: << 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.>>. Il principio di eguaglianza a rigore non è un diritto di libertà, ma un principio generale dell'ordinamento applicabile a tutti i campi e in tutte le materie. In principio di eguaglianza in altre parole è una regola sulle regole, una regola che prescrive quali confini il legislatore non può superare nel disciplinare qualsiasi materia.

Una prima applicazione storica del principio di eguaglianza che mantiene intatta la sua validità è quella per cui la nascita non dà luogo ad alcuno *status* particolare, ma tutti hanno la medesima capacità giuridica; se, successivamente, in base ad avvenimenti predeterminati alcuni soggetti acquistano status particolari che li distinguono da altri cittadini, questi status debbono essere tali che tutti i cittadini, volendo e ricorrendo le medesime circostanze, potrebbero acquistarli (non si tratta quindi di privilegi personali o di casta).

Molte regole sono costruite in tal modo e queste certamente soddisfano il principio di eguaglianza davanti alla legge come meglio non si potrebbe. <<Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno>> (art 2043 c.c): la regola si rivolge a tutti allo stesso modo, e dunque è uguale perché la sua previsione abbraccia tutti gli uomini senza distinzione.

## 17. Eguaglianza sostanziale e principio di sussidiarietà

**L'art 3 al 2° comma** disciplina: << 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.>>.

Il nuovo art 118 introduce il principio di sussidiarietà, e cioè un principio che sta in radicale opposizione col principio della eguaglianza sostanziale, che si trova ancora scritto nel 2° comma dell'art 3. La parola <<sussidiarietà>> definisce una relazione tra due o più soggetti per cui uno interviene a sostegno o al posto di un altro o di molti altri se e solo se i secondi non sono in grado, in tutto o in parte, di provvedere a se stessi.

- Applicato ai rapporti tra gli individui e le libere associazioni di individui da un lato e gli enti pubblici dall'altro, il principio di sussidiarietà dice che l'ente pubblico deve astenersi dall'invasare, o limitare, o disciplinare la libera iniziativa dei privati se essi, individualmente o collettivamente, sono in grado di tutelare i propri interessi, e può e deve intervenire se e quando soltanto un intervento pubblico può soddisfare gli interessi ed i bisogni dei singoli. (c.d sussidiarietà orizzontale).
- Applicato ai rapporti tra i diversi livelli di enti pubblici, il principio dice di nuovo che l'ente di livello più alto può sostituirsi o aggiungersi all'ente di livello inferiore solo se questo si dimostra incapace di curare efficacemente gli interessi per la tutela dei quali è stato istituito (c.d sussidiarietà verticale).

Il criterio di sussidiarietà orizzontale dice che se la produzione di beni e servizi, compresa l'assistenza sanitaria, l'istruzione, la previdenza, può essere assicurata dalla iniziativa dei privati, individuale o associata, gli enti pubblici non debbono sostituirsi ad essi, ma al contrario astenersi dal produrre tali beni e tali servizi e lasciare campo libero alla iniziativa privata (fatti salvi tutti quei casi in cui è necessario introdurre regole per prevenire e punire abusi e pericoli: l'ente pubblico cioè, se necessario, regola la produzione di beni e servizi, ma non produce beni e servizi).

Il criterio di sussidiarietà verticale dice che, una volta stabilito che un certo compito non può essere svolto da privati, singoli o associati, bisogna individuare il livello di intervento, ed in questa indagine la preferenza va data all'ente più vicino ai destinatari dell'azione pubblica, e, solo se l'ente di questo livello si dimostra incapace di svolgere il compito ad esso affidato con efficacia ed in modo adeguato, diventa legittimo l'intervento di un ente di livello superiore. Secondo questo criterio dunque in Italia l'ente che viene per primo in considerazione è il Comune, poi viene alternativamente o la Città metropolitana o la Provincia, poi la Regione, poi lo Stato, infine l'Unione europea.

Detto diversamente: vi dovrà sempre essere qualcuno che dovrà decidere a chi spetta una determinata competenza. Compito è quello di indicare chi e come ha il potere e il dovere di decidere questioni del genere.

In nome della sussidiarietà si cerca di privilegiare le posizioni acquisite di ricchezza e di potere, e togliere per quanto è possibile ad enti di livello superiore il potere di governare l'economia e di redistribuire la ricchezza. Due esempi per tutti: a) dividere la funzione legislativa tra enti di diverso livello e privilegiare addirittura l'ente di livello inferiore (come proclama di voler fare la riforma introdotta dalla l.cost 3/2001) vuol dire favorire la disuguaglianza contro l'eguaglianza: per cui i cittadini italiani non sono più eguali davanti alle leggi, ma tanto diseguali quanto sono diseguali le ventuno leggi territorialmente competenti (pensate solo al caso di servizi pubblici quali scuola assistenza e sanità: in base a Costituzione oggi potremo avere tutele e discipline differenziate da Regione a Regione, cosicché un cittadino calabrese avrà servizi scolastici, o assistenziali o sanitari diversi da quelli di un cittadino lombardo, non solo in via di fatto, come accade oggi, ma in via di diritto).

È evidente che il principio di sussidiarietà verticale entra in conflitto col principio di eguaglianza sostanziale contenuto nel 2° comma dell'art 3: il primo favorisce le differenze, il secondo chiede interventi attivi degli enti pubblici per eguagliare tutti i cittadini, dovunque essi vivano.

Ancora più distruttivo di ogni tentativo di eguagliamento è il principio di sussidiarietà orizzontale. Chiedere e praticare la riduzione dell'intervento di poteri pubblici a favore della iniziativa dei privati vuol dire allargare lo spazio del mercato, e quindi del denaro, e quindi delle disuguaglianze che il mercato e la concorrenza continuamente creano ed accrescono. Compito degli enti pubblici non è più quello di rimuovere le condizioni economiche e sociali che impediscono nei fatti libertà ed uguaglianza, come vorrebbe il 2° comma dell'art 3, ma quello di favorire la competizione tra i cittadini, singoli e associati, in modo che ciascuno riesca a conquistare quanto più è possibile di ricchezza economica e di potere politico e sociale, in lotta contro tutti gli altri.

La Costituzione italiana è divenuto un documento apparentemente contraddittorio, perché contiene al suo interno due principi in conflitto tra loro (principio di eguaglianza sostanziale e sussidiarietà verticale). Quale poi sarà volta per volta il punto instabile di equilibrio tra queste due tendenze divergenti, sarà deciso, come sempre, dalla lotta politica.

La Costituzione italiana, come tutte le costituzioni del mondo capitalistico, si basa su 2 principi fondamentali non scritte, così fondamentali da essere degli individui. Questi due principi possono essere così formulati: 1) non c'è limite alla quantità della proprietà che ciascun individuo può riuscire ad acquistare (con mezzi giuridicamente leciti); 2) non c'è limite al reddito che ciascun individuo può raggiungere in modo giuridicamente lecito. Dati questi principi fondamentali, possiamo meglio caratterizzare il principio di eguaglianza sostanziale come formulato nell'art 3, 2° comma, ed il principio di sussidiarietà quale oggi contenuto nell'art 118: il primo consente al potere politico, se esiste una maggioranza sufficiente, di introdurre leggi che redistribuiscono parzialmente proprietà e reddito, senza minimamente toccare la possibilità che, nonostante tali leggi, le differenze in proprietà e reddito crescano senza limiti e divengano sempre più grandi; il secondo, se esiste una maggioranza politica che lo sostiene, accoglie con favore questa crescente differenziazione in proprietà e reddito, e vede con sfavore ogni intervento legislativo volto a limitare l'uno e l'altro e redistribuire proprietà e reddito.

www.unidocs.it

www.unidocs.it

www.



www.unidocs.it

www.unidocs.it



www.unidocs.it

www.unidocs.it



www.unidocs.it

www.unidocs.it

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari

www.unidocs.it - Appunti e dispense per superare i tuoi esami universitari