

23 febbraio 2006

Diritto costituzionale e costituzionalismo[1]

di Temistocle Martines

In premessa, va dato per acquisito che non può esservi Stato senza che vi sia una costituzione, per embrionale che sia, come avveniva negli Stati assoluti nei quali la costituzione si identificava in una sola istituzione fondamentale, quella del sovrano, che esauriva tutto il campo del diritto costituzionale.

La svolta, nel senso di una maggiore complessità ed articolazione di tale diritto, si ha nel sec. XVIII, con la rivoluzione francese ed il venire a maturazione dell'ordinamento costituzionale dell'Inghilterra, quando le istituzioni parlamentari - durante le lotte contro gli Stuart - si consolidarono, con la conseguente divisione dei poteri tra il Re e le Camere dei Lord e dei Comuni.

Nasce, in quel tempo, in Europa e nel Nord-America, il costituzionalismo, vale a dire quella dottrina giuspubblicistica che avvalendosi anche dell'apporto di una nascente opinione pubblica e della sua coscienza critica, studia i nuovi istituti (normalizzati ormai nelle prime costituzioni scritte) ed, in parte, li anticipa. Sin dal suo sorgere, pertanto, il costituzionalismo è il laboratorio scientifico in cui vengono messi a punto i limiti al potere, impersonato, volta a volta, dal monarca (come in Europa) o da un capo di Stato repubblicano (come negli Stati Uniti) e dai relativi apparati governanti.

Ora, fissare i limiti al potere significa, essenzialmente, separare la sfera dell'autorità e della libertà, determinandone i confini; significa dividere il potere a seconda delle tre diverse funzioni fondamentali (legislativa, esecutiva, giurisdizionale), in cui esso si manifesta, affidando la titolarità e l'esercizio di ciascuna di esse ad organi tra di loro distinti per le modalità di formazione e di legittimazione, per le attribuzioni e per l'efficacia degli atti da essi posti in essere; significa sottoporre l'esercizio del potere al dominio ed alla supremazia della legge, cosicché dal governo degli uomini si passi al governo delle leggi; significa, infine, riconoscere e garantire nelle costituzioni alcuni diritti pubblici soggettivi ai cittadini nei confronti dello Stato, una loro sfera di libertà presidiata e protetta da opportuni strumenti giurisdizionali, la cui applicazione è assegnata ad un corpo di magistrati indipendenti dal potere politico. È questo il passaggio dallo Stato assoluto allo Stato moderno o di diritto, che storicamente si fa risalire alla rivoluzione francese, alla cui suggestiva insegna: *liberté, égalité, fraternité*, unitamente alle coeve Dichiarazione dei

diritti degli Stati nord-americani, alla lenta ma continua ed incisiva evoluzione delle garanzie dei diritti individuali in Inghilterra ed alle affermazioni delle teorie liberali dello Stato, si svolge un processo relativamente rapido che si conclude con la conquista da parte del popolo (ormai "sovrano") o con la concessione da parte del monarca (ma sempre su impulso e sollecitazione popolare) delle prime costituzioni scritte, nel tardo sec. XVIII e nel corso dell' '800. Per cui è stato a ragione sostenuto (BOGNETTI) che il diritto costituzionale è figlio della rivoluzione francese, come anche dimostra il fatto che le prime cattedre di questo insegnamento siano state istituite in Italia dalle c.d. "repubbliche giacobine".

Il diritto costituzionale accompagna ed arricchisce tale evoluzione, caratterizzandosi pertanto, in primo luogo, come il diritto delle libertà. Naturalmente non si può prescindere nell'esaminare tale processo da cadute di tono e dalla restaurazione dei passati ordinamenti, le une e l'altra verificatesi nel corso dell'800 e del nostro secolo. Di modo che va chiarito che il costituzionalismo inteso come movimento scientifico ed ideologia relativa all'ordinamento dello Stato, l'uno e l'altra orientati a rafforzare e salvaguardare la sfera della libertà nei confronti di quella della autorità, non può né deve essere identificato con l'intero diritto costituzionale che, sia nel secolo scorso che in quello attuale, ha assunto ad oggetto del suo studio anche apparati statali autoritari e dispotici e le costituzioni sulle quali essi erano (ed in alcuni casi sono ancora oggi) fondati.

Va piuttosto tenuto in conto che, se è pur vero che l'esistenza di uno Stato e, dunque, di una costituzione implica, di per sé, una ricerca volta a studiarne la struttura e le regole che rendono quest'ultima operante ed a porre, in tal modo, sin dall'antichità, una distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, secondo la famosa formula di Ulpiano: "*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet; sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim*", è altrettanto vero che il diritto costituzionale assurge a scienza giuridica soltanto in tempi relativamente recenti. Ciò avviene, in particolare, quando, intorno alla metà del sec. XIX, la dottrina tedesca (ad opera, soprattutto, di GERBER, LABAND e, successivamente, di JELLINEK) adottò decisamente il metodo dogmatico nello studio del diritto pubblico, depurandolo da tutti quegli elementi extragiuridici o politicamente contingenti che sino allora lo avevano contrassegnato e restringendolo al diritto positivo dell'Impero tedesco. I *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* di Gerber (1865) ed il *Diritto pubblico dell'Impero tedesco* di Laband (1887) segnano la nascita del diritto costituzionale come scienza giuridica, al pari del diritto privato (della cui metodologia gli autori ora citati si erano in parte avvalsi nelle loro opere), la cui tradizione scientifica, risalente ai giuristi romani, era di ben più lunga data. La scuola tedesca venne successivamente seguita e perfezionata, in Italia, da Vittorio Emanuele Orlando, a partire dai suoi *Principi di diritto costituzionale* (1889), ed ulteriormente raffinata negli studi di Santi Romano nei primi anni del secolo. Oggi, ed ormai da tempo, il diritto costituzionale ha piena autonomia scientifica. Esso non si occupa più - come pure accadeva leggere in alcuni scritti del secolo scorso (e valga, per tutti, la "*Guida allo studio del diritto costituzionale*" di Brunialti, datata 1882) - dei rapporti del diritto costituzionale con la morale, la civiltà, la geografia, le scienze

matematiche, le scienze naturali. Anche se, nello studio dell'oggetto di tale diritto non è dato prescindere dalle vicende storiche che hanno contribuito a precisarlo e da collegamenti con altre discipline quali la scienza della politica, l'economia politica, la filosofia e la sociologia del diritto, oltre che da tutta una serie di fatti ed accadimenti che, direttamente o indirettamente, influiscono sulla attuazione-inattuazione delle disposizioni costituzionali.

Dalle considerazioni che precedono, risalta allora che costituzionalismo e diritto costituzionale non vanno di pari passo perché, se è lecito affermare che il primo ha influenzato il secondo sino a caratterizzarlo come il diritto delle libertà, non è vera la proposizione inversa ben potendo accadere che non ci siano un diritto costituzionale ed una costituzione che trovino nel costituzionalismo la loro matrice.

Occorre piuttosto osservare che il costituzionalismo contemporaneo è decisamente orientato verso l'ampliamento della sfera della libertà e la garanzia dei diritti fondamentali, come testimoniano sia le costituzioni e sia l'attività delle Corti costituzionali del secondo dopoguerra e sia, infine, il ritorno, in anni a noi vicini, a forme di Stato democratiche (anche se ancora non del tutto ben definite o consolidate) nella maggior parte dei Paesi che prima si reggevano sulle dottrine e sugli apparati del c.d. "socialismo reale".

Significativa testimonianza di tale evoluzione è data, peraltro, già dalle costituzioni del primo dopoguerra e, tra esse, dal loro prototipo, la costituzione della Repubblica tedesca del 1919 (c.d. "di Weimar") che non solo ampliano la tutela della sfera della libertà, non più circoscritta alle tradizionali libertà civili e politiche, ma disciplinano anche alcuni diritti sociali e le connesse libertà economiche. Questa evoluzione si accentua, poi, nelle costituzioni seguite alla seconda guerra mondiale (con particolare riguardo al *Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca ed alla Costituzione italiana), la cui rigidità non è d'ostacolo alla sua espansività, nel senso di sviluppo delle potenzialità insite nelle loro disposizioni, da interpretare ed applicare *magis ut valeant*. A tale modo di intendere il costituzionalismo contemporaneo, non sono certo estranee - almeno per la nostra Carta fondamentale - le origini popolari della Costituzione ed i fini-valori sui quali essa si fonda, gli uni e gli altri suscettibili d'essere concepiti come formule aperte alle istanze provenienti dalla società civile, sempre nel pieno rispetto della costituzione formale. Del resto, l'esposizione che precede dovrebbe dare conferma di quanto sin qui sostenuto.

Spiace pertanto rilevare che la "società prefigurata" (nella quale avrebbero dovuto essere attuati e garantiti, in special modo, i valori della libertà, dell'eguaglianza, formale e sostanziale, della giustizia sociale) non sia stata, a causa di tutta una serie di "modificazioni tacite" e di inadempimenti, compiutamente instaurata dalle forze politiche che hanno retto il governo dello Stato. La responsabilità di tale mancata, incompleta o distorta realizzazione non pur essere tuttavia imputata alla Costituzione, come ormai da più parti strumentalmente si vorrebbe, che, pur bisognevole, dopo quasi cinquant'anni di vigenza, di alcune modifiche soprattutto nella parte relativa all'ordinamento della Repubblica, conserva, immutata, la validità del suo disegno originario, ora come allora

sorretta e legittimata dal consenso non manipolato di coloro (e sono i più) che - e sia pure, alle volte, senza averne piena coscienza - aspirano ad una società più libera, senza discriminazioni dovute ad ostacoli di ordine economico e sociale, fondata su un effettivo sistema di giustizia sociale.

"Questa Costituzione" merita, dunque, d'esser difesa in nome di un ideale di civile ed ordinata convivenza che accomuni tutti i cittadini nel pieno adempimento dei doveri di osservarla e di essere fedeli alla Repubblica.

[1] Tratto dal saggio di Temistocle Martines, *Introduzione al diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, 108-109.