

# I fondamenti dello "Stato costituzionale"

di Enzo Cheli

*Relazione al Convegno su "Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela", organizzato dall'Istituto della Enciclopedia Italiana - Roma 27-28 ottobre 2005*

1. Secondo una definizione corrente per "Stato costituzionale" si intende la forma giuridica della democrazia pluralista: di quel tipo di democrazia che, nell'età contemporanea, si è andata affermando come espressione di una "società aperta", caratterizzata dalla coesistenza di valori diversi, talvolta contrapposti, ma destinati a convivere nel rispetto di un principio di reciproca tolleranza, ispirato alla ragionevolezza delle regole che devono guidare le azioni umane.

Questa definizione, per quanto schematica, può aiutarci a comprendere quelle che sono le caratteristiche naturali - o, se vogliamo, i fondamenti - dello "Stato costituzionale" come forma di Stato che - in sequenza naturale con lo "Stato di diritto" e lo "Stato sociale" - viene ad emergere nell'ambito delle esperienze costituzionali europee del secondo dopoguerra e ad affermarsi in un contesto che conduce alla nascita, in successione temporale, dopo il 1945, delle costituzioni francese, italiana, tedesca, portoghese, spagnuola e, negli anni più recenti, delle costituzioni di vari paesi dell'est europeo: costituzioni tutte segnate da una connotazione comune, in quanto costruite, in risposta a fasi di assolutismo statale, secondo un modello che ha cercato di innestare nella tradizione del costituzionalismo liberale di matrice continentale, imperniato essenzialmente sul primato della legge, molti elementi del costituzionalismo anglosassone, imperniato in primo luogo sulla tutela dei diritti fondamentali di libertà.

Da qui l'originalità del modello di "Stato costituzionale", dove elementi propri della tradizione di *civil law* si vengono a ibridare con elementi propri della tradizione di *common law*, aprendo la strada alla definizione di nuovi confini nel sistema dei rapporti tra legge, diritti e giustizia; tra potere costituente e potere legislativo; tra sfera pubblica e sfera privata.

2. Rispetto ai modelli di Stato nati dal tronco comune dell'esperienza liberale la novità del modello di "Stato costituzionale" investe quattro aspetti fondamentali che attengono in particolare: a) alla natura e alla funzione delle costituzioni; b) al modo di operare del principio di legalità; c) alla configurazione della nozione di sovranità; d) alla tutela dei diritti fondamentali.

Mi limito a qualche breve accenno su ciascuno di tali profili al fine di giungere, se possibile,

ad una valutazione di sintesi:

**a)** Per quanto concerne la natura e la funzione delle Costituzioni, nello "Stato costituzionale" la costituzione, generata dal potere costituente, esprime una dimensione qualitativamente diversa dalla legge ordinaria. La diversità investe vari profili, tutti di portata essenziale.

In primo luogo, investe il profilo della forza, dal momento che, come sappiamo, nello "Stato costituzionale", la costituzione rappresenta la vera (e, in un certo senso, unica) fonte primaria, espressione di una volontà superiore rispetto a quella della legge ordinaria, che alla costituzione deve sottostare nella forma e nella sostanza.

La forza preminente della costituzione - che si riassume tecnicamente nel concetto di rigidità - scaturisce dalla speciale natura del potere legittimato a esprimere la norma costituzionale, in quanto potere fondato su schieramenti di forze più ampi di quelli che normalmente sorreggono - attraverso l'applicazione del principio di maggioranza - la legge ordinaria, oltre che su un più forte richiamo alle tradizioni storiche e culturali del paese nel cui ambito la costituzione nasce.

Un'ulteriore differenza - in certo senso connessa al profilo della forza - attiene, inoltre, al profilo della tipicità dei contenuti che la costituzione viene solitamente ad assumere. Questi contenuti - che nello "Stato costituzionale" inducono a formulare costituzioni molto articolate, cioè "lunghe" - richiamano, accanto alle regole organizzative e procedurali riferite ai poteri pubblici, i principi e i valori cui si intende ispirare, in quel determinato momento storico, la vita civile, sociale e politica della comunità, nonché il rapporto di appartenenza che viene a legare l'individuo, attraverso la rete dei suoi diritti fondamentali, alla sfera collettiva, pubblica e privata. Da qui un'altra diversità tra costituzione e legge ordinaria, dal momento che - come ha ben messo in luce Gustavo Zagrebelsky - mentre la costituzione risulta in prevalenza formulata in base a principi, che presentano un alto grado di flessibilità e lasciano all'interprete larghi spazi interpretativi, le leggi ordinarie tendono, invece in prevalenza, a enunciare regole che mirano a conseguire, ai fini della certezza del diritto, un grado più elevato di determinatezza e vincolatività.

Da questi elementi discendono, dunque, tanto quello "spirito della costituzione", quanto quel carattere di "fatto culturale" che Peter Haberle riferisce allo "Stato costituzionale": spirito e carattere che tendono a conferire alle costituzioni un connotato di stabilità, dal momento che le costituzioni, a differenza delle altre fonti, nascono per garantire - anche attraverso la previsione delle c.d. "clausole di eternità" di cui parla Haberle - l'identità dell'ordinamento statale,

rispondendo a esigenze che non attengono alla sfera politica contingente, bensì a percorsi di "lunga durata", in grado di impegnare la vita e gli sviluppi di una comunità anche rispetto alle generazioni future.

Se le costituzioni per loro natura - a differenza delle leggi ordinarie - sono, dunque, "presbiteri", le modifiche da apportare alle costituzioni devono normalmente nascere nel solco della storia e rispecchiare eventi straordinari per la vita della collettività, ben distinti dagli obiettivi di politica contingente perseguiti, di volta in volta, dalle varie maggioranze.

**b)** Per quanto riguarda il principio di legalità, v'è da dire che la configurazione della particolare forza che la costituzione assume nell'ambito dello "Stato costituzionale" viene immediatamente a riflettersi sul funzionamento, in questa forma di Stato, di tale principio. Nasce, infatti, su questo piano la "doppia legalità" (di cui ha parlato Kirchheimer), in particolare, dal momento che alla legalità ordinaria, propria dello "Stato di diritto" - secondo cui sia l'amministrazione che il potere giurisdizionale sono subordinati alla legge ordinaria, espressione diretta della sovranità delegata dal popolo al Parlamento - si sovrappone il livello della legalità costituzionale, che anche il Parlamento e la legge sono tenuti a rispettare.

La legge che contrasta con la costituzione non è, pertanto, una legge valida, bensì una legge destinata all'annullamento, così come nello "Stato di diritto" accade per l'atto amministrativo che non rispetta la legge. La sfera delle garanzie per l'individuo sale, di conseguenza, di livello coinvolgendo nel controllo di legalità, accanto al potere amministrativo, anche il potere legislativo.

Da qui il corollario della presenza necessaria, nello "Stato costituzionale", di un sistema di giustizia costituzionale, in grado di esercitare, con le forme neutrali della giurisdizione, un controllo di costituzionalità sugli atti del potere politico (e, in particolare, sulle leggi), nonché di individuare, ai fini della difesa dei diritti fondamentali, i ragionevoli punti di equilibrio tra i diversi principi e valori fissati dal tessuto costituzionale.

**c)** Il terzo profilo di novità espresso dallo "Stato costituzionale" attiene al superamento della nozione storica di sovranità, conseguente al declino dello Stato nazionale.

Nello "Stato di diritto" di matrice liberale e di tradizione continentale la sovranità - intesa come potere unitario, supremo e incondizionato - esprime, come sappiamo, l'essenza stessa della realtà statale. Il potere sovrano, caratterizzato da una forte valenza simbolica, viene trasferito, nel modello liberale proprio del costituzionalismo francese, dal monarca al popolo (o, in via

transattiva, alla Nazione) senza, peraltro, perdere il carattere originario della sua assolutezza: carattere riassunto nel raccordo unitario che - pur nel rispetto del principio di separazione dei poteri - unisce il popolo all'Assemblea e l'Assemblea alla legge ed al potere esecutivo. Attraverso questo raccordo lo Stato, inteso come persona giuridica, esercita il proprio potere incondizionato su tutti i soggetti presenti e operanti nello spazio territoriale affidato al proprio controllo.

Di questa costruzione ben poco resta oggi nella forma propria dello "Stato costituzionale". La democrazia pluralista risulta, per sua intima natura, fondata sulla diversità, venendosi ad articolare - come realtà "policentrica" o "poliarchica" - in una molteplicità di aggregati, organi, competenze che non riconoscono la presenza di un unico centro ordinante, ma svolgono le loro funzioni secondo la mappatura tracciata dal disegno costituzionale. E quand'anche la sovranità, in questo modello, risulti formalmente richiamata per essere imputata al popolo, deve pur sempre essere esercitata - secondo l'espressione usata nell'art. 1, secondo comma, della costituzione italiana - "nelle forme e nei limiti della costituzione". La conseguenza è che nello "Stato costituzionale" nessun soggetto dispone a titolo esclusivo dell'esercizio del potere sovrano, ma tutti i soggetti, al vertice ed alla base, concorrono a tale esercizio secondo le competenze assegnate dal modello costituzionale.

Al centro ordinante rappresentato, nello Stato liberale, dalla sovranità si sostituisce, dunque, nello "Stato costituzionale", il centro ordinante rappresentato dalla costituzione, cioè dal complesso dei principi e delle regole fissate dalla costituzione, che gli sviluppi della prassi e della giurisprudenza costituzionale tendono costantemente a far evolvere e ad aggiornare.

**d)** Infine esiste un quarto profilo di novità dello "Stato costituzionale" - forse tra tutti il più rilevante, almeno sul terreno della sua potenzialità storica - che attiene alla sfera dei diritti fondamentali, e che caratterizza l'età contemporanea come "età dei diritti" (N. Bobbio).

Nella visione giuspositivistica dello "Stato di diritto" a matrice liberale, i diritti fondamentali nascono dal vincolo contrattuale che lega il cittadino allo Stato e trovano il loro fondamento nella legge, cui sono sottoposti. La garanzia di tali diritti scaturisce, di conseguenza, dalla combinazione del principio di "riserva di legge" con il principio di "riserva di giurisdizione", secondo cui nessun limite può essere apportato alle libertà fondamentali del cittadino in mancanza di una norma primaria applicabile da un giudice indipendente.

Nello "Stato costituzionale" questa visione è stata sì confermata, ma anche arricchita e integrata su alcuni aspetti essenziali.

In questa forma di Stato, i diritti fondamentali trovano, infatti, la loro base non tanto nella legge, quanto nella costituzione e, pertanto - quantomeno nel loro nucleo essenziale - non sono sottoposti alla legge, ma sono bensì in grado di condizionare la legge ai fini del rispetto della costituzione.

Questa visione, pur senza essere giusnaturalistica, nasce indubbiamente da una matrice giusnaturalistica in quanto riconosce e afferma il primato della persona rispetto allo Stato e alle sue leggi.

I diritti fondamentali sono, dunque, diritti inviolabili e tendenzialmente universali, con una sfera di protezione che tende ad allargarsi a tutti i soggetti viventi.

Per il loro legame diretto con la natura dell'uomo precedono la nascita della società politica e dello Stato, ma ottengono dallo Stato riconoscimento e tutela attraverso i principi di civilizzazione espressi dalle carte costituzionali e dalle dichiarazioni dei diritti. Su questo piano le costituzioni recenti operano, dunque, - come è stato detto - una sorta di "secolarizzazione del diritto naturale", assumendo il carattere di "leggi naturali positivizzate" (A. Baldassarre).

Su questo terreno, più strettamente legato alla storia e alle tradizioni dei diversi Stati nazionali, hanno indubbiamente giocato un ruolo rilevante gli sviluppi recenti della giurisprudenza delle Corti costituzionali dei vari paesi europei, della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, sviluppi ormai chiaramente orientati verso la definizione di una *koinè* giurisprudenziale che in tema di diritti fondamentali, ha, di recente, aperto la strada alla nascita, prima, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (sottoscritta a Nizza nel dicembre del 2000) e, poi, del Trattato che adotta una costituzione per l'Europa (sottoscritto a Roma nell'ottobre del 2004).

Tale giurisprudenza, in virtù delle clausole "aperte" contenute in molti testi costituzionali, sta anche favorendo un processo di arricchimento del catalogo dei diritti fondamentali in direzione dei diritti c.d. di "terza" e "quarta" generazione (come i diritti all'identità personale, alla privacy, all'abitazione, all'ambiente), non espressamente enunciati nei testi costituzionali, ma estrapolabili dai principi in tali testi espressi.

**3.** Ora, se riflettiamo su questo quadro può risultare evidente la misura del cambiamento che lo "Stato costituzionale" ha contribuito e sta tuttora contribuendo a determinare nel rapporto tra i poteri dello Stato, tra creazione e applicazione del diritto o, più in generale, tra legge, diritti e giustizia.

La ragione prima del cambiamento va certamente individuata nel mutamento della funzione primaria assegnata, nello "Stato costituzionale", alle carte costituzionali, destinate sempre più a orientare sul terreno dei principi e del ragionevole bilanciamento tra valori diversi l'azione della giurisprudenza nella difesa e nell'espansione dei diritti fondamentali.

La crescente complessità del sistema delle fonti, conseguente allo sviluppo delle autonomie territoriali e dei livelli di normazione sovranazionale, accentua, d'altro canto - insieme con il declino della legge parlamentare - lo spazio interpretativo del giudice e il ruolo attivo della giurisprudenza nell'espansione della sfera dei diritti. La combinazione "mobile" tra le due diverse tradizioni costituzionali (quella continentale e quella anglosassone) che stanno alla base dello "Stato costituzionale" viene, di conseguenza, a favorire un processo che, nell'attuale contesto europeo, tende sempre più a evolvere in direzione del modello anglosassone: con conseguenze che fanno registrare, da un lato, l'espansione del potere giurisdizionale, dall'altro, la riduzione degli spazi assegnati al diritto codificato. Gli effetti ulteriori di questo processo appaiono, a loro volta, orientati - almeno sulle lunghe distanze - , da un lato, verso il rafforzamento del quadro dei diritti fondamentali, dall'altro, verso la limitazione della sfera assegnata ai "privilegi" del diritto amministrativo.

**4.** Se questi sono gli elementi e le tendenze che caratterizzano lo "Stato costituzionale", nessun dubbio può sussistere in ordine al fatto che l'ordinamento italiano, fondato sulla carta repubblicana del 1948, rappresenti, sia per il modello adottato che per gli sviluppi che il modello ha avuto nell'arco di vari decenni, una forma paradigmatica di "Stato costituzionale".

Nel modello tracciato dalla Costituente repubblicana - in quel clima di grande mobilitazione delle coscienze che caratterizzò, nell'immediato dopoguerra, la ricostruzione non solo politica, ma anche morale del nostro paese - ricorrono, infatti, tutti gli elementi propri dello "Stato costituzionale": la presenza di una costituzione rigida, presidiata da un efficace sistema di giustizia costituzionale; il riconoscimento della centralità della persona umana attraverso l'introduzione di un catalogo molto esteso di diritti fondamentali, alcuni dei quali definiti "inviolabili"; la previsione di un sistema molto articolato di poteri di controllo nei confronti delle funzioni di indirizzo affidate alla maggioranza, poteri che tendono a collegare, rispetto al fine unitario della garanzia, le competenze del Capo di Stato e della Corte costituzionale alla posizione di indipendenza del potere giurisdizionale; il sistema delle autonomie territoriali agli istituti di democrazia diretta.

Un impianto così configurato - nella sua complessa, ma anche equilibrata organicità - si caratterizza essenzialmente - come già veniva rilevato da Crisafulli nei primi anni di vita della nuova costituzione - come un "sistema di limiti alla maggioranza": come un sistema, cioè, diretto innanzitutto a favorire, in ragione del "compromesso" raggiunto in sede costituente, il radicamento di una "democrazia pluralista" in un tessuto sociale, economico, culturale fortemente disomogeneo, caratterizzato da fratture profonde, ma rispetto a cui le classi politiche emerse dal dopoguerra avevano compiuto la scelta irreversibile di una pacifica convivenza tra le diverse forze in campo.

Se è così, bisogna anche riconoscere che questo modello, alla prova della storia, ha ben funzionato. I poteri di controllo e garanzia hanno, di fatto, sempre operato ad un buon livello di efficacia (anche se, talvolta, hanno finito per determinare amputazioni forse eccessive nei poteri di indirizzo); le libertà fondamentali, nate all'inizio molto fragili, si sono consolidate grazie all'azione del potere giudiziario e della giurisprudenza costituzionale; i valori costituzionali propri di una "società aperta" si sono radicati gradualmente nel tessuto connettivo del paese come fatto culturale fino a divenire opinione corrente, espressione di un "idem sentire de republica", condiviso, almeno fino agli anni più recenti, da un' amplissima base sociale.

Nella prospettiva storica, rispetto alla forma e ai caratteri propri dello "Stato costituzionale", l'esperienza italiana dell'età repubblicana ha dato, quindi, nel complesso - pur in presenza di tutti gli squilibri e di tutte le tensioni che questa storia ha fatto registrare - buoni risultati.

Su questo piano, preoccupazioni maggiori nascono, invece, rispetto alla possibile tenuta, anche per il futuro, del nostro "Stato costituzionale", alla luce degli sviluppi più recenti che, negli ultimi anni, hanno condotto ad avviare un processo di revisione della costituzione del 1948, tale da mettere in discussione non solo la massima parte delle regole di funzionamento degli apparati, ma anche alcuni dei principi sottesi al primo impianto del nostro ordinamento repubblicano.

Una riforma come quella ora all'esame finale del Parlamento - a parte ogni considerazione sulle sue lacune tecniche, già da più parti messe in luce - presenta caratteristiche tali da rappresentare una netta soluzione di continuità con il percorso storico che ha sinora guidato la vita del nostro ordinamento secondo le forme proprie dello "Stato costituzionale", dal momento che intacca le basi tanto della forma di Stato (secondo il modello regionale) che della forma di governo (secondo il modello parlamentare) senza, d'altro canto, operare alcuna scelta chiara né in direzione di un vero impianto federalista né in direzione di un vero governo presidenziale. Viene,

quindi, da domandarsi se questa riforma non sia tale da mettere a repentaglio alcuni dei caratteri essenziali di quella "forma repubblicana" che la costituzione vigente, nel suo ultimo articolo, ha voluto caratterizzare come "clausola eterna", sottratta ad ogni ipotesi di revisione costituzionale.

5. Vorrei concludere con un brevissimo accenno alle possibili prospettive future dello "Stato costituzionale", che Peter Haberle affronta in alcuni dei suoi scritti più recenti.

Queste prospettive si legano, in larga parte, al tramonto degli Stati nazionali ed all'evoluzione subita da quella nozione di sovranità su cui tali Stati hanno trovato, alla loro origine, la giustificazione alla loro esistenza.

Haberle parla, a questo proposito, di una "europeizzazione" e "internazionalizzazione" dello "Stato costituzionale" e della prospettiva della nascita di uno "Stato costituzionale cooperativo", espressione di comunità sovranazionali o di una comunità mondiale fondata sul riconoscimento di diritti a valenza universale.

In questa ottica, a livello europeo, è indubbio che il processo di integrazione in atto - pur con tutte le sue evidenti difficoltà - sta sempre più conducendo alla nascita di un "diritto costituzionale europeo" che è venuto, sinora, a trovare la sua espressione più avanzata nel Trattato costituzionale europeo del 2004, atto che pur senza aver ancora raggiunto la sua perfezione ed efficacia, resta, nella visione dello "Stato costituzionale", pur sempre significativo, in particolare ove si pensi che, all'art. 2 della sua prima parte, si richiamano, come valori dell'Unione, "il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto, dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti ad una minoranza". Questi valori, dalla stessa norma, vengono riferiti ad "una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra uomini e donne". Su questo terreno risulta anche rilevante il richiamo che lo stesso Trattato fa, nell'art. 9 della prima parte, ai diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti "dalle tradizioni comuni degli Stati membri", che entrano a far parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Più complesse e indeterminate restano, invece, le prospettive legate al processo di una possibile "internazionalizzazione" dello "Stato costituzionale". Tali prospettive vengono, oggi, com'è noto, a intrecciarsi con i processi di mondializzazione dei mercati e di sviluppo di una "società dell'informazione" di scala planetaria, processi che concorrono sempre più a spostare i

maggiori poteri politici di decisione in materia economica, sociale, scientifica, militare dalla sfera interna degli Stati alla sfera sovranazionale e mondiale.

Come garantire in futuro, anche rispetto a questa sfera, i valori propri dello "Stato costituzionale"? Come favorire la prospettiva di una diffusione a livello mondiale dei principi della "democrazia pluralista" in presenza degli squilibri, economici, sociali e culturali che ancora distinguono le varie aree del mondo?

Da questi interrogativi ne scaturiscono altri, che le vicende più recenti della scena mondiale hanno reso drammatici. Come ridare forza al diritto internazionale in tutte le sue componenti, pattizie e consuetudinarie? Come costruire una rete mondiale di garanzie giurisdizionali ai fini del rispetto di tale diritto? Come superare i rischi e le tentazioni dell'unilateralismo dei paesi forti a danno dei paesi deboli?

Inutile dire che le risposte a queste domande tendono oggi tutte a sfiorare i confini dell'utopia, richiamandosi a quei principi di "speranza" e "responsabilità" che sono da più parti invocati, ma che esulano ancora dalla gestione corrente degli affari del mondo.

A nutrire la speranza resta, peraltro, il fatto che anche lo "Stato costituzionale", nella sua fase nascente, rappresentava un'utopia, che la pazienza della storia e la volontà degli uomini hanno consentito gradualmente di realizzare.