SAPIENZA

UNIVERSITA' DI ROMA

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO GENERALE E DIRITTO COSTITUZIONALE

XXVII CICLO

TESI DI DOTTORATO

IL 'VOLTO NEGATIVO' DELLA COSTITUZIONE ITALIANA

RELATORE

CHIAR.MO PROF. MASSIMO LUCIANI

CORRELATORE

CHIAR.MO PROF. GAETANO AZZARITI

DOTTORANDO

VINCENZO CALVAGNO D'ACHILLE

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

A mia madre

TESI DI DOTTORATO

IL 'VOLTO NEGATIVO' DELLA COSTITUZIONE ITALIANA

INDICE ANALITICO

Premessa metodologica: la contrapposizione tra libertà degli antichi e libertà dei moderni (pag. 5)

I) IL PRINCIPIO DELLA 'SOVRANITA' POPOLARE' E LE SUE IMPLICAZIONI SUL RAPPORTO FRA STATO E POPOLO

1. Esegesi dell'art. 1 Cost.: palingenesi del concetto di sovranità popolare (pag. 21)

2. Delimitazione concettuale dei termini 'sovranità' e 'popolo' (richiami alla definizione ciceroniana ed agli studi rousseauiani) di cui la locuzione si compone (pag. 21).

2.1 Il termine 'sovranità' (pag. 21)

2.1.1 Il pensiero aristotelico (pag. 21)

2.1.2 Il diritto pubblico romano: 'potestas' ed 'imperium' (pag. 23)

2.1.3 La sovranità nelle riflessioni di Bodin e Hobbes (pag. 30)

2.1.4 Per una visione moderna della sovranità: Spinoza e Rousseau (pag. 41)

2.1.5 Hegel, Kelsen e Heller: l'essenza della sovranità (pag. 48)

2.1.6 Significato odierno del principio di sovranità popolare: la scelta dell'indirizzo politico generale (pag. 57)

2.2 Il termine 'popolo' (pag. 59)

3. Le implicazioni del principio di sovranità popolare sui rapporti tra Stato e popolo (pag. 66)

II) DIVISIONE DEI POTERI E 'POTERE NEGATIVO'

A. IL PRINCIPIO DI 'DIVISIONE DEI POTERI' (pag. 76)

1. Storicità del principio (pag. 78)

2. La funzione di 'indirizzo politico' (pag. 86)

3. Le forme di estrinsecazione del principio di 'separazione dei poteri' e la necessità della progressiva limitazione della sua portata (pag. 91)

4. Il carattere anfibologico del costituzionalismo contemporaneo (pag. 98)

5. Crisi della divisione dei poteri e suoi effetti: 'plebiscitarizzazione' della dinamica politica (pag. 101)

B. IL 'POTERE NEGATIVO'

6. La genesi del concetto di 'potere negativo': l'*intercessio tribunicia* (pag. 109)

7. La teorizzazione del concetto di 'potere negativo' (pag. 113)

8. L'evoluzione storico-giuridica (pag. 117)

9. L'attualità del 'potere negativo' (pag. 121)

10. Le 'virtualità negative': i limiti esterni alla direzione politica (pag. 123)

III) GLI ISTITUTI COSTITUZIONALI POTENZIALMENTE INVERANTI VIRTUALITA' NEGATIVE INTERDITTIVE (CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL REFERENDUM COSTITUZIONALE E AL <<VETO ASSOLUTO>> DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA)

1. Natura e funzione del referendum costituzionale (pag. 127)

2. L'importanza dell'innesto del referendum costituzionale nel procedimento di revisione costituzionale e la sua intrinseca 'valenza plebiscitaria' (pag. 137)

3. Referendum costituzionale e <<potere costituente>>: differenze con il referendum abrogativo (pag. 145)

4. La fase <<esperenziale>> del referendum costituzionale: l'arresto del procedimento deliberativo e i suoi effetti sulla dinamica costituzionale: manifestazione di potere negativo? (pag. 153)

5. Il ruolo del Capo dello Stato nella Costituzione italiana e la sua immanente 'politicità': dal 'pouvoir neutre' al potere interdittivo (pag. 159)

6. Il rifiuto assoluto di emanazione del decreto-legge (con particolare riferimento al caso Englaro): potere interdittivo del PdR e differenze con il veto sospensivo di cui all'art. 74 Cost. (pag. 172).

BIBLIOGRAFIA (pag. 179)

Premessa metodologica

La libertà degli antichi contrapposta a quella dei moderni

> L'alfa e l'omega della teoria politica è il problema del *potere*: come lo si acquista, come lo si conserva e come lo si perde, come lo si esercita, come lo si difende e come ci si difende da esso. *Ma lo stesso problema può essere considerato da due punti di vista diversi, o addirittura opposti: ex parte principis o ex parte populi. Machiavelli o Rousseau, per indicare due simboli*. La teoria della ragion di stato *o* la teoria dei diritti naturali e il costituzionalismo. La teoria dello stato-potenza da Ranke, a Meinecke, al primo Max Weber, *o* la teoria della sovranità popolare. La teoria dell'inevitabile dominio di una ristretta classe politica, minoranza organizzata, *o* la teoria della dittatura del proletariato da Marx a Lenin. Il primo punto di vista è quello di chi si atteggia a consigliere del principe, presume o finge di essere il portatore degli interessi nazionali, parla in nome dello Stato presente; il secondo punto di vista è quello di chi si erge a difensore del popolo, o della massa, sia essa concepita come una nazione oppressa o una classe sfruttata, parla a nome dell'anti-Stato o dello Stato che sarà. Tutta la storia del pensiero politico si può distinguere secondoché si sia messo l'accento, dai primi, sul dovere dell'*obbedienza*, dai secondi, sul diritto alla *resistenza* (o alla rivoluzione).[1]

Così si esprime Norberto Bobbio in incipit del saggio "*La resistenza all'oppressione, oggi*", cogliendo una distinzione fondamentale – anche ai fini del presente elaborato – all'interno della stessa natura del costituzionalismo contemporaneo: è questa infatti (per usare le parole dello stesso autore) "una contrapposizione che in genere viene trascurata ma che divide in due campi opposti le dottrine politiche forse più che ogni altra dicotomia".[2]

Dunque, Norberto Bobbio, nel saggio citato, sostiene che il problema del potere possa essere affrontato partendo da due prospettive metodologiche diverse: l'una, *ex parte principis*, trova la sua matrice ideologica nel pensiero di Machiavelli e nella prospettazione della Ragion di Stato, culminante nella teoria dello Stato-potenza, con l'uomo ridotto al semplice dovere d'obbedienza; l'altra, *ex parte populi*, rinviene il proprio padre spirituale nelle note teorie di Jean-Jacques Rousseau, ed alla teoria dello Stato-potenza contrappone quella della sovranità popolare,

[1] N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione, oggi,* in *Autonomia e diritto di resistenza, Studi sassaresi,* serie III, vol. III, a.a. 1970-71, Giuffrè, Milano, 1973, pag. 15.
[2] Id., *Stato, governo, società,* Einaudi, Torino, 1985, pag. 52.

estrinsecantesi nel riconoscimento dei diritti naturali dell'uomo, e, in particolare, del diritto di resistenza.

Ora, è fondamentale capire, ai fini della presente indagine, quando e perché si sia prodotto lo spostamento da un costituzionalismo *ex parte principis* ad uno prettamente orientato dalla parte del popolo, quale sia lo spartiacque che ha prodotto tale trasmigrazione del potere dallo Stato ai cittadini. "Il capovolgimento, la scoperta dell'altra faccia della luna, rimasta sino allora nascosta"[3] avviene con l'affermazione dei diritti naturali dell'uomo, ed in primis con le Dichiarazioni dei diritti dell'uomo francesi ed americane; in particolare, per Bobbio, è la Rivoluzione francese a rappresentare "*la vera e propria rivoluzione copernicana nella storia dell'evoluzione dei rapporti fra governanti e governati: lo Stato considerato non più ex parte principis ma ex parte populi. L'individuo viene prima dello Stato. L'individuo non è per lo Stato ma lo Stato per l'individuo. Le parti sono prima del tutto e non il tutto prima delle parti (come in Aristotele e Hegel)*".[4]

Ciò comporta un'ulteriore conseguenza nella stessa pensabilità del ruolo dello Stato, che, da attore predominante del palcoscenico politico, diviene attore di second'ordine, in quanto, ridotto "all'elemento che lo caratterizza, il potere coattivo",[5] esso acquista una funzione meramente strumentale "[sì da] trasforma[r]lo in un vero e proprio <<braccio secolare>> della classe economicamente dominante";[6] con il primato di ciò che Bobbio chiama "non-Stato"[7] – e che potremmo tradurre con il termine 'società' –, lo Stato si risolve infatti "nella detenzione e nell'esercizio legittimo del potere coattivo, di un potere meramente strumentale",[8] di servizio al potere sovraordinato. Il non-Stato viene dunque ad affermarsi come superiore allo Stato, riducendo questo ad un mero ruolo servente, a mero potere coattivo, potremmo dire a mero *imperium*, a mero

[3] *Ivi,* pag. 53.
[4] *Ivi,* pag. 108. Con l'avvertenza però che al concetto di 'popolo' – che, a giudizio dell'autore torinese, sconta una certa ambiguità, parlandone persino come di un'"astrazione ingannevole" (vedi Id., *L'età dei diritti,* Einaudi, Torino, 1990, pag. 115 ss.) – Bobbio preferisce quella di "somma degli individui", per cui è all'insieme dei singoli cittadini, e non al popolo, che deve essere riconosciuta la sovranità, ergendosi pertanto essi stessi, presi nella loro singolarità, a contraltare dello Stato. Non è un caso d'altronde che l'autore individui nella Rivoluzione Francese, proprio in virtù dell'affermazione dei diritti naturali dell'uomo con essa conseguita, lo spartiacque storico dell'evoluzione dei rapporti fra governanti e governati, ritenendo che, prima di tale proclamazione, di popolo, "come soggetto collettivo ed indifferenziato", si potesse parlare unicamente come di "una mera finzione giuridica" (Id., *Stato, governo e società,* pag. 108) cara ai giuristi romani e medioevali. Il passaggio, pertanto, da una concezione astratta del popolo a una reale avviene solo attraverso il riconoscimento dei diritti naturali dell'uomo in quanto tale, per cui "Ogni uomo conta per se stesso e non in quanto membro di questo o quel gruppo particolare" (*ibidem*); come se, in realtà, prima di quella proclamazione il cittadino fosse conglobato nella società, perdendo ogni individualità. La tesi che si precorre invece nel presente studio è che, all'opposto, la proclamazione dei diritti naturali del cittadino abbia sì inciso sulla sua sfera giuridica, ampliandone la protezione, ma non abbia intaccato la posizione di esso quale appartenente al popolo, e quindi depositario di una porzione parcellizzata di potere sovrano, che ad esso invece, e ben prima dello spartiacque storico individuato dall'autore, deve essere indubbiamente già riconosciuta.
[5] *Ivi,* pag. 115.
[6] *Ibidem*
[7] *Ibidem*
[8] *Ivi,* pag. 114.

comando, laddove il *dominium* alberga ora nelle mani del non-Stato, e perciò del popolo. E' in tale ottica, indi, che si attua quel rovesciamento fra Stato e società che per la prima volta vedrà la seconda imporsi sul primo, relegato a mero strumento di soddisfacimento dei bisogni del secondo.

Ora, volendo pertanto impostare la tesi sulla base della seconda impostazione metodologica – e dunque sul piano di un costituzionalismo *ex parte populi* –, preliminare appare l'approfondimento di alcuni postulati fondamentali, in primis del concetto di libertà che tale tesi presuppone.

Da tale punto di vista non si può non partire dalla contrapposizione fra "libertà degli antichi e libertà dei moderni" lucidamente tracciata da Benjamin Constant. Contrapposizione che, lungi dall'esser diventata obsoleta, rappresenta invece ancor oggi uno specchio principe attraverso il quale guardare alla realtà dei rapporti tra cittadino e Stato; non a caso, infatti, essa è stata ripresa più volte da diversi autori succedutisi nel tempo, consci della sua importanza vitale ai fini di una corretta impostazione del fondamento del moderno costituzionalismo.

Constant, nel celebre *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni,* propone una lettura duale del concetto di libertà, ritenendo che esso abbia un differente significato per gli antichi e per i moderni. Mentre infatti per gli antichi la libertà doveva intendersi come libertà di partecipare all'esercizio del potere, come divisione del potere sociale fra tutti i cittadini di una stessa patria, per i moderni la libertà, venendo a perdere qualsiasi carattere comunitario, diviene la mera sicurezza nei godimenti privati, nelle libertà fondamentali. La vera libertà, la libertà moderna, quindi, non risiede più nella partecipazione al potere, ma si rinviene nella sola libertà individuale, di cui la libertà politica viene a costituire mera garanzia. Si rovesciano dunque i termini del rapporto: se presso gli antichi la libertà politica era considerata come fine, presso i moderni tale libertà diventa solamente il mezzo attraverso cui permettere il pieno godimento della vera libertà, intesa come libertà individuale, sicurezza dei godimenti privati: <<*Lo scopo degli antichi era la distribuzione del potere sociale fra tutti i cittadini di una medesima patria: questo essi chiamavano libertà. Lo scopo dei moderni è la sicurezza nei godimenti privati: ed essi chiamano libertà le garanzie concesse dalle istituzioni a questi godimenti*>>.[9]

D'altra parte, è proprio la *finalità* delle due libertà che più di tutto ne lumeggia la differenziazione, essendo la libertà degli antichi tesa alla partecipazione al potere sociale di tutti, mentre quella dei moderni solamente al raggiungimento della sicurezza nel privato piacere, garantita dalle istituzioni. Si contrappongono quindi la libertà del *borghese* – inteso come individuo

[9] B. Constant, *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni,* Samonà e Savelli, Roma, 1965.

singolo con la sua sfera privata – a quella del *cittadino* – inteso come individuo in quanto parte della totalità e come promotore delle sue deliberazioni. Differenziazione che confluisce poi nella differenza tra 'libertà da' – propria del borghese – e 'libertà di' – propria invece del cittadino, cui si chiede di agire in nome della società.

Lo stesso concetto di libertà, dunque, viene a colorarsi di una diversa polarità, indicando due aspetti, l'uno positivo e l'altro negativo, appartenenti allo stesso concetto di libertà, per cui – come evidenziato da Bobbio in *Eguaglianza e libertà* – "non ci sono due situazioni diverse, ma *due aspetti (positivo e negativo) della stessa identica situazione*".[10] Ne consegue che la libertà 'negativa' è la libertà che, per l'autoaffermazione del singolo individuo, cerca la protezione dallo Stato, visto come "male necessario" dai cui abusi – che minacciano proprio l'esplicarsi della stessa libertà – occorre difendersi; mentre la libertà 'positiva' è la libertà che, per la propria autoaffermazione, non nega né respinge l'intermediazione dello Stato, ma ne ha anzi assoluto bisogno, pena l'insoddisfazione dei propri diritti individuali. Dunque, mentre nell'un caso l'attività politica è diretta solamente a garantire il cittadino dallo strapotere dello Stato (consentendogli il godimento delle libertà civili), nell'altro essa è diretta precipuamente a consentire il pieno esercizio della sovranità.

Le due concezioni della libertà si riflettono anche sulla visione dello Stato, poichè l'una intende la libertà come libertà *dallo* Stato, l'altra la intende invece come libertà *nello* Stato; la prima sottintende una visione *negativa* dello Stato, dal momento che è lo Stato stesso la minaccia all'esplicarsi della libertà del singolo, che deve proteggersi dai suoi abusi; la seconda conduce invece ad un'idea *positiva* dello Stato, essendo esso visto non già come portatore di abusi, ma come fonte di realizzazione dei diritti individuali e delle stesse libertà democratiche. Nella seconda quindi lo Stato diventa strumento di affermazione della propria sovranità, mentre nella prima la libertà politica viene sacrificata al raggiungimento della libertà civile individuale, fine al quale essa si strumentalizza. Ad una libertà liberale, dunque, si viene a contrapporre una libertà propriamente 'democratica'; ad una libertà civile – intesa come mero godimento dei diritti individuali – una libertà essenzialmente 'politica', tesa alla partecipazione nella vita dello Stato, considerato come necessario strumento di realizzazione dei diritti.

In tale contesto ermeneutico – non scevro da artificiose incrostazioni ideologiche – è solo nell'accezione "positiva" che può rinvenirsi il concetto di libertà che sottace il principio della sovranità popolare, perché solo in esso alberga quel significato di libertà come 'auto-

[10] N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995, pag. 57.

determinazione' dell'individuo che il termine sovranità necessariamente comporta (è quanto afferma Bobbio nel saggio "*Eguaglianza e libertà*"), inteso come capacità di "muoversi verso uno scopo senza essere mosso".[11] Significato che si ritrova anche in altri autori, come Rousseau (per il quale la libertà altro non è che l'obbedienza alla legge che ci siamo prescritti, perché in essa egli "non ubbidisce ad altri che a se stesso") o come Kant (per cui la libertà altro non è che "la facoltà di obbedire ad altre leggi esterne, se non a quelle cui io ho potuto dare il mio assenso") o Hegel (per cui la libertà politica può realizzarsi sono nello Stato): libertà intesa dunque come partecipazione al potere, come assenza di qualsiasi forma di etero-determinazione.

Il concetto di libertà positiva involge dunque il concetto di libertà di una matrice intrinsecamente *comunitaria*, ossia proietta l'uomo nella società – non se ne ritrae come nella tradizione liberale – conscio che essa si può realizzare solo con la massima distribuzione possibile del potere sociale, con una partecipazione eguale di tutti, innestandolo in quel processo di liberazione che continuamente permea di significato lo svolgersi della storia. Ed infatti, mentre la libertà liberale comporta l'affermarsi di una comunità di individui liberi, quella comunitaria comporta invece l'affermazione di una "comunità libera di individui associati".[12]

Ciò che caratterizza il pensiero di Constant – al di là dell'elaborazione di tale prospettiva anfibologica del concetto di libertà – è però il ritenere assolutamente inapplicabile ai tempi moderni il concetto di libertà in auge presso gli antichi, dal momento che, per l'eccessivo numero di cui oggi si compongono le rispettive cittadinanze (infinitamente più ampio di quello delle società antiche), una reale ed effettiva influenza del cittadino sulla sfera pubblica appare oggi del tutto inconcepibile; non resta dunque, rilevata tale inutilità, che ritirarsi nella sfera civile, laddove è consentito al cittadino il pieno (ma solo) godimento pacifico della sua propria indipendenza privata, cioè dei suoi diritti individuali – proprio quei diritti che invece il sistema antico non considerava. Constant infatti ritiene che l'affermazione dei diritti individuali ha avuto come conseguenza la scomparsa dell'esercizio della sovranità popolare, che, parcellizzatasi nelle diverse espressioni individuali, ha del tutto smarrito qualsiasi capacità di influenzare e determinare l'andamento della vita politica considerata nel suo insieme; si assiste, dunque, ad una sorta di ritrarsi dell'individuo nella sua sfera singola, individuale, lontano dal mondo, monade in una torre d'avorio in cui è il solo padrone, ma di cui è anche prigioniero.

Ora, pur ritenendo accettabile (pur con alcune avvertenze) la distinzione tra una libertà negativa ed una positiva – utile per ricostruire dogmaticamente correnti di pensiero succedutesi

[11] *Ivi.* pagg. 45 ss.
[12] *Ivi,* pag. 70.

negli ultimi anni –, altrettanto non può invece dirsi per quanto concerne la distinzione propugnata dal Constant, soprattutto dal punto di vista storico, dal momento che appare del tutto priva di fondamento l'idea per cui la libertà politica debba ritenersi ormai superata dalla libertà negativa in quanto non più applicabile; anzi, come sottolineato lucidamente Norberto Bobbio, "se la libertà negativa è moderna, la libertà positiva, intesa come la partecipazione della maggior parte dei cittadini al potere politico […], invece di essere antica, è ancora più moderna".[13]

Ed infatti, solo impingendo in tale significato del termine libertà – cioè libertà intesa come autonomia e come partecipazione al potere – è possibile trovare il fondamento di quel costituzionalismo *ex parte populi* evocato da Bobbio, che trova il suo fulcro nel principio della sovranità popolare: senza partecipazione popolare non si avrebbe sovranità popolare, e senza sovranità popolare si ricadrebbe nel costituzionalismo *ex parte principis*, nel ruolo primario dello Stato, nel semplice dovere d'obbedienza del singolo.

Ebbene, tale dicotomia concettuale del termine 'libertà' non incide solamente sulla visione dello Stato – negativa o positiva corrispondentemente alla prospettiva prescelta – o su quella del cittadino – in termini di libertà positiva o negativa, a seconda, conseguentemente, del ruolo partecipativo od invece oppositivo assegnato allo Stato –, ma, ancor più, consente una bipartizione essenziale del modo di concepire lo stesso evolversi del *costituzionalismo*, dando luogo a quella anfibologia interpretativa messa in luce da Giovanni Lobrano, che, in *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, distingue un costituzionalismo 'liberale' – che, partendo dalle ispirazioni constantiane, trova il suo principale realizzatore in Montesquieu – da uno propriamente 'democratico' – che fa capo invece a Jean-Jacques Rousseau.

E' proprio in tale dicotomia che si manifesta appieno quella distinzione evocata dal Bobbio fra un costituzionalismo *ex parte principis* ed uno *ex parte populi*: l'uno, ricollegantesi ad un modello teorico liberale, trova i suoi presupposti nella separazione dei poteri e nella rappresentanza politica; l'altro, riferentesi invece ad un modello teorico democratico, rinviene invece il suo centro propulsore nel concetto di 'sovranità popolare' – totalmente espulso invece dal primo –, assistito dal tribunato, inteso quale alternativa al principio della separazione dei poteri. Alternativa perché entrambi gli istituti hanno come finalità quella di limitare il potere del governo, malgrado il tribunato agisca da fattore esterno al sistema – che si limita a controllare agendo fuori da esso – e l'istituto della divisione dei poteri funga invece da limitazione reciproca dei poteri fra loro, agendo invece ab interno rispetto al sistema politico.

[13] *Ivi,* pag. 62.

E' ovvio conseguentemente come il pensiero montesquieano, comportando l'eliminazione del tribunato ed il conseguente assorbimento del diritto di resistenza nello stesso funzionamento della divisione dei poteri, svuoti di significato qualsiasi ruolo del 'potere negativo'.

La condivisione di tale approccio metodologico conduce inevitabilmente ad una scelta: prendere posizione per l'una prospettiva (quella animata dal costituzionalismo cd. *ex parte principis*) o per l'altra (quella cd. *ex parte populi*); la scelta non può che ricadere, per le ragioni che in seguito verranno sommariamente enumerate – non essendo questa la sede per approfondirne appieno il sostrato –, sulla seconda prospettiva, quella del costituzionalismo *ex parte populi*, l'unica che si ritiene avere tratti di modernità. E' in questa prospettiva dunque che viene ad essere situato il nostro discorso, è questo "il punto da vista da cui ci mettiamo" (per usare sempre le parole dell'illustre autore)[14] per esaminare il problema del potere, che questa tesi inevitabilmente sottace, avendo come *tertium comparationis* il concetto di 'potere negativo'.

E' ovvio però che, per poter sviluppare tali argomentazioni, è necessario analizzare approfonditamente i presupposti ideologici sussunti dal costituzionalismo *ex parte populi*, e cioè i concetti di "sovranità popolare" e 'potere negativo' (in cui si riassume il potere dei tribuni della plebe), di cui, in tale sede, si forniranno solo indicazioni di massima, utili a fondare il discorso.

E' ormai chiaro che il punto di vista che si assume in tale tesi è quello del costituzionalismo democratico, che si basa sul principio della sovranità popolare come stella polare di qualsiasi ragionamento politico. D'altra parte, è la stessa Costituzione italiana che ne fa il fulcro dell'intero sistema, sancendo non solo l'appartenenza ma anche l'esercizio della medesima sovranità – sebbene nelle forme e nei limiti previsti in Costituzione – in capo al popolo, individuato indi come soggetto principe nella dinamica costituzionale. Ma il principio della sovranità popolare, se rettamente inteso, non può non comportare precise conseguenze applicative, *in primis* nel rapporto tra Stato e cittadino: la prospettiva statalistica che aveva portato addirittura ad una deificazione dello Stato dovrà essere capovolta, ergendosi ora lo Stato non più a termine del sistema, ma a suo strumento, essendo diretto alla realizzazione ed al soddisfacimento dei bisogni del popolo.

In tale prospettiva illuminanti appaiono le riflessioni del Crisafulli, che per primo aveva colto le aporie interpretative tese ad assorbire il popolo nello Stato, facendone un mero soggetto ispiratore privo di qualsiasi potere decisionale. E infatti, la tesi per la quale il popolo sarebbe un mero elemento costitutivo dello Stato è prospettiva che oggi, alla luce dell'art. 1 della Costituzione,

[14] N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione, oggi,* op.cit., pag. 15.

non è più riproducibile in un ordinamento fondato sulla sovranità popolare, dal momento che, come è stato efficacemente detto, "la fonte della legittimazione dello Stato è proprio il popolo".[15]

L'altro postulato fondamentale ai fini di una lettura orientata ex parte populi è il tribunato, di cui sarà necessario capire l'origine e la funzione. Ora, partendo dal concetto di 'potere negativo', esso è stato elaborato – dalla dottrina che ne è ispiratrice (Pierangelo Catalano) – dall'analisi del modo di funzionamento del tribunato romano. Innanzitutto, infatti, è necessario comprendere il ruolo svolto dal tribuno della plebe nell'architrave del sistema pubblico romano: non si può non partire allora dalle argomentazioni del Mommsen e del Bonfante e, innanzitutto, dal concetto di *collegialità*, vera chiave di volta interpretativa. Per 'collegialità' deve infatti intendersi collegialità nell'esercizio del potere, ossia – secondo la formulazione di Pietro Bonfante – "*consovranità*", ossia condivisione della sovranità. Bisogna infatti partire dal presupposto che, in Roma, il fine della limitazione del potere – inteso come espressione ed attuazione dell'indirizzo politico dominante – non avveniva (come invece avviene ora) attraverso il sapiente uso del sistema della divisione e della separazione dei poteri, in quanto in Roma il potere non ammetteva parcellizzazioni o atomizzazioni: il potere era tutt'uno; ergo, l'estrinsecarsi del concetto di collegialità presupponeva "la pienezza del potere nelle mani di ciascun console e tribuno".

Ciò comportava che l'obiettivo della sua limitazione era raggiunto non dividendo il potere, ma contrapponendo ad esso un altro potere, di pari forza, un potere propriamente 'negativo' (esercitato dai tribuni della plebe), teso ad invalidare o bloccare le esplicazioni del potere (inteso come potere 'positivo', e rappresentato da consoli, senato e magistrature popolari), qualora esse si fossero poste contrariamente rispetto al fine della realizzazione del bene comune – "il potere dei consoli era essenzialmente positivo, il potere dei tribuni essenzialmente negativo", ricorda il Mommsen. Come sottolineava il Mommsen, infatti, l'operatività della dinamica costituzionale era basato sul principio generale per cui "il vietante prevale sull'imperante", donde "il più assoluto divieto è contrapposto al più assoluto comando nella maniera più aspra e recisa".

Tale potere aveva la caratteristica di non essere inglobato nel sistema politico, ma di agire esternamente ad esso, non integrandovisi: proprio la sua posizione extra-sistema, peraltro, gli consentiva una maggiore capacità di valutazione. L'arma di cui i tribuni della plebe si servivano per bloccare le decisioni dei pubblici poteri (consoli, senato e magistratura popolare) era quella dell'*intercessio*, con la quale potevano paralizzare ogni loro decisione.

[15] M. Luciani, *Governo (forme di),* in *Enciclopedia del diritto,* Annali 3 (2010), Giuffrè, Milano, 2011, pag. 571.

Ora, proprio tale particolare caratterizzazione operativa del tribuno della plebe ha condotto la dottrina ad enucleare il concetto di 'potere negativo', formula con la quale si è voluto riassumere quella funzione eminentemente negativa svolta dal tribuno della plebe. Ma la caratteristica essenziale di tale potere – come rivelato dalla dottrina che ne è l'ispiratrice, ossia Pierangelo Catalano – è il suo essere un potere *popolare*, cioè un potere della maggioranza: "*è il potere della maggioranza di impedire la creazione o l'applicazione del diritto*"; non dunque un semplice potere di veto – come, errando nella sua comprensione, lo riteneva il Bobbio –, incarnato da qualche minoranza conciliare, ma un potere del popolo, incarnato dal soggetto che ne era espressione, il tribuno della plebe.

Ora, il concetto di 'potere negativo' è legato a doppio filo con la teoria della divisione dei poteri, sia sul piano storico che su quello funzionale. Si vedrà infatti come, storicamente, la nascita della teoria della divisione dei poteri si fondi proprio sull'assorbimento del concetto del 'potere negativo', ed in particolare del suo strumento principe di manifestazione, ossia il diritto di resistenza; l'attuale sistema ha infatti del tutto obliterato la presenza di un "potere negativo", assorbendolo nella divisione dei poteri che in realtà, più correttamente, dovrebbe esser chiamata <<divisione del (solo) potere (positivo)>>, dal momento che il potere è uno solo, quello positivo, di cui viene condiviso l'esercizio. Come lucidamente sottolineato da Giovanni Lobrano, infatti, ad una bipartizione *dei* poteri – positivo e negativo – caratterizzante l'epoca antica, si è sostituita oggi una tripartizione *del* potere (solamente positivo), nel quale il ruolo del 'potere negativo' è stato del tutto rimosso.

E' il processo che per Bobbio conduce alla formazione dello Stato liberale prima e poi di quello democratico: il "processo di <<costituzionalizzazione>> del diritto di resistenza e di rivoluzione", culminante nella costituzionalizzazione dei rimedi contro l'abuso del potere, diversi a seconda dello Stato in oggetto: lo Stato liberale prevede la separazione dei poteri ed il costituzionalismo (inteso come funzionamento dello Stato di diritto); lo Stato democratico invece prevede la costituzionalizzazione dell'opposizione, che "rende lecita la formazione di un potere alternativo… cioè di un vero e proprio *contropotere*", e l'investitura popolare dei governanti e la sua verifica periodica, cioè la costituzionalizzazione del potere del popolo di rovesciare i governanti.

Ora, il problema nasce laddove tali rimedi risultino inidonei, non costituendo più alcun argine all'esercizio del potere; ne era cosciente lo stesso Bobbio, che in quel breve ma fondamentale saggio *La resistenza all'oppressione, oggi* – letto in occasione del Convegno di studi organizzato a Sassari nel 1971, dal titolo <<Autonomia e diritto di resistenza>> – ricollegava l'intervenuto nuovo

interesse al tema della resistenza proprio alla crisi dell'ultimo, "quello che sembrava più decisivo", dei quattro rimedi appena elencati: "il controllo dal basso, il potere di tutti, la democrazia partecipante, lo Stato fondato sul consenso, la realizzazione al limite dell'ideale rousseauiano della libertà come autonomia", ossia alla crisi della partecipazione popolare. Crisi che Bobbio, con evidente lungimiranza, riconduceva in particolare a tre ragioni, entrambe conducenti ad un sostanziale svuotamento della funzione della partecipazione popolare medesima: a) l'esser diventato ormai il Parlamento – in cui si risolve la partecipazione popolare – "spesso soltanto una camera di registrazione di decisioni prese altrove"; b) il limitarsi la partecipazione a legittimare una classe politica ristretta "che tende alla propria autoconservazione, e che è via via sempre meno rappresentativa"; c) l'essere oramai la partecipazione popolare "distorta, manipolata, dalla propaganda delle potenti organizzazioni religiose, partitiche, sindacali, ecc.". Ciò che giustificava la manifestazione precipua della crisi, ossia l'apatia politica, "il fenomeno tante volte osservato e deprecato della de-politicizzazione delle masse negli Stati dominati dai grandi apparati di partito"; ciò poiché, in ultimo, <<*La democrazia rousseauiana o è partecipante o è nulla*>>.[16]

Partendo da questi presupposti – e cioè dalla rilevata evanescenza dei rimedi all'arbitrio e all'abuso del potere – ci si chiede allora se il sistema costituzionale italiano abbia in sé gli anticorpi per far fronte a tale inefficienza, per reagire all'abuso del potere, frapponendo al suo esercizio forme di garanzie ulteriori rispetto a quelle normali, o sviluppando in alcuni particolari istituti capacità interdittive ordinariamente quiescenti. E' qui che riemerge quindi il tema dell'assorbimento del diritto di resistenza tramite la sua costituzionalizzazione: la crisi dell'aspetto partecipativo conduce invariabilmente o al riemergere di forme esterne di opposizione al sistema – come ritiene Bobbio – o al potenziamento – come invece in questa tesi si cercherà di dimostrare – della carica oppositiva di alcuni istituti costituzionali di garanzia.

Il collegamento tra divisione dei poteri e 'potere negativo' – oltre che da ragioni genetiche – è quindi sorretto anche da motivazioni funzionali, laddove il nesso logico unificante è costituito dalla comune matrice funzionale: ossia, sia il 'potere negativo' che la teoria della divisione dei poteri trovano la loro ratio giustificatrice nel comune scopo di essere dirette alla limitazione del potere, ad evitare suoi sconfinamenti arbitrari, ad impedire abusi nell'esercizio del potere stesso. La crisi della divisione dei poteri, pertanto, nell'impossibilità di esercitare un concreto ed efficace ruolo di rimedio rispetto all'abuso del potere, nereggia le latenti virtualità negative di certi istituti, che vedono rafforzate in senso negativo le capacità di garanzia del sistema. Laddove la divisione dei poteri non è effettivamente operante, laddove dunque, prevalendo un potere sugli altri, non viene

[16] N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione, oggi, op.cit.,* pag. 24.

esercitata alcuna funzione disaggregatrice del potere, le spinte ad un bilanciamento del sistema in termini di riequilibrio vengono ad essere calamitate da altri istituti, che si caricano di virtualità negative che in essi altrimenti resterebbero per lo più sottodimensionate. E' ovvio che ciò porta ad una torsione del loro operare, ma non già ad una loro distorsione, dal momento che quelle capacità interdittive si ritengono comunque parte delle potenzialità operative di tali istituti.

Ecco allora perché si ritiene, da parte di chi scrive, ancora attuale il problema del 'potere negativo', od almeno attuale nella misura in cui possa fungere da termine di paragone rispetto ad alcuni istituti costituzionali. La ragione risiede appunto nella consapevolezza che, pur nel dissolvimento concettuale e fattuale del 'potere negativo', tracce della sua funzionalità siano rimaste, anche nel tessuto ideologico ed operativo della stessa Carta costituzionale; di tali tracce e della loro storicità si cercherà dunque di dar conto nel presente elaborato, tentando di offrire una visione alquanto originale dei summenzionati istituti, nell'ottica di una polarità concettuale (positivo-negativo) alla cui luce si ritiene poter tentare una lettura sistematica di alcuni istituti costituzionali.

In conclusione: la presente indagine si propone di affrontare il tema del "potere negativo" in un'ottica moderna, cercando di capire quanto delle potenzialità insite nel concetto di "potere negativo" – pur in mancanza di un soggetto (com'era il tribuno della plebe) nel quale esso si inverasse – sia rimasto nella dinamica costituzionale contemporanea. Pur essendo consci, infatti, che di "potere negativo" oggi non si possa più propriamente parlare – data proprio l'assenza di una sua istituzionalizzazione –, nondimeno la ricerca non rischia di rivelarsi inutile, dal momento che, nella Costituzione italiana, sono previsti istituti caratterizzati da evidenti virtualità "negative", come i referendum abrogativo e costituzionale, il veto del Presidente della Repubblica nonché l'intera funzione di opposizione svolta dalla minoranza parlamentare. Nello specifico, poi, particolare approfondimento sarà dedicato agli istituti referendari, se è vero che in essi l'aspetto partecipativo acquista una significativa valenza, che giunge ad influenzare la stessa raffigurazione della forma di governo, contribuendo a creare quel sottosistema rappresentativo-partecipativo che la più recente dottrina ha individuato a base dell'intero sistema politico costituzionale italiano.

E' necessario specificare fin da ora, inoltre, che per "virtualità negative" – come si tratterà meglio in seguito –, non si intende la normale funzione oppositiva svolta talvolta da tali istituti, spesso risolventesi in un semplice contropotere teso alla miglior funzionalità dello stesso potere (considerato nella sua funzione di indirizzo politico), bensì quei particolari frangenti nei quali tali istituti manifestano funzioni di *interdizione* o di *contrapposizione* rispetto al normale funzionamento della dinamica costituzionale, producendo un arresto del sistema non altrimenti

risolvibile né superabile. Ne deriva, indi, che, se preso nella loro normale funzionalità, l'accostamento di tali istituti al concetto di 'potere negativo' può risultare sicuramente erroneo e foriero di confusioni concettuali; ma qualora esso invece sia analizzato solo in relazione a tali particolari episodi, e per l'operare di plurimi fattori, tali istituti possono manifestare potenzialità 'interdittive' della normale dinamica costituzionale, che li possono far accostare, idealmente, al ruolo svolto dal "potere negativo".

Sono proprie tali 'virtualità negative' quindi che si cercherà di lumeggiare – è quanto d'altra parte il titolo della tesi esprime, la locuzione "volto negativo della Costituzione" facendo riferimento implicito proprio al concetto di 'potere negativo', alla cui luce si esamineranno una serie di istituti potenzialmente forieri di virtualità negative – non prima però di aver tratteggiato nella misura più ampia le caratteristiche essenziali di tali istituti, onde innestarvi quelle potenzialità che non vorremo chiamare patologie del sistema, quanto effetti reali che la realtà operativa di tali istituti, in particolari occasioni, può arrivare a sprigionare, calcando quella carica oppositiva di cui appaiono naturalmente dotati.

I) IL PRINCIPIO DELLA SOVRANITA' POPOLARE

1) Esegesi dell'art. 1 Cost.: palingenesi del concetto di <<sovranità popolare>>

Orbene, l'approfondimento del concetto di libertà, nelle due sfere positiva e negativa, si è reso necessario per postulare le premesse metodologiche del principio della sovranità popolare. E infatti, come rilevato dalla dottrina più attenta, tale principio trova la sua base eziologica nonché il suo fondamento esegetico nel concetto di libertà inteso in senso 'positivo', cioè nella libertà come autonomia od autogoverno, nel senso in cui – come abbiamo visto – la intende il Bobbio, secondo la prospettiva tracciata da Isaiah Berlin, intesa cioè come <<reciprocità nel governare e nell'essere governati>>. Seguendo le orme del Passerin d'Entreves, dunque, possiamo affermare che "la libertà positiva postula la sovranità popolare",[17] nel senso indicato da Aristotele e Cicerone, per cui <<nulla alia in civitate, nisi in qua populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet>>. La sovranità popolare, in tale ottica, diviene il titolo supremo ed esclusivo di legittimazione del potere, in quanto nesso imprescindibile per affermare una relazione tra la libertà e la democrazia.

L'art. 1 della Costituzione italiana, al secondo comma, recita: <<La sovranità popolare appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione>>. Tale alinea ha goduto delle più diverse interpretazioni, tutte tese, per la maggior parte, a cercare di far rientrare tale disposizione nell'alveo delle tesi comunemente accettate in dottrina, che si concretano nell'affermazione sia della sovranità che del popolo come elementi costitutivi dello Stato, finendo sostanzialmente per essere in esso assorbiti. Ne sono evidente espressioni le tesi del Tosato e del Mortati, riprese pressoché unanimemente dall'intera dottrina giuspubblicistica italiana, per la quale la sovranità non può che declinarsi unicamente come attributo dello Stato.

E' questa però interpretazione che non convince chi scrive, soprattutto perché appare non rispondente al testo costituzionale ed alle sue proclamazioni. E non convince non solo chi scrive, ma anche parte molto autorevole – seppur minoritaria – della dottrina, che ha proposto una diversa esegesi dell'art. 1 Cost, più rispondente non solo al testo costituzionale, ma anche all'intero impianto sistematico della Costituzione. Esegesi che si deve, in particolare, a Vezio Crisafulli, che, nel saggio *La sovranità popolare nella Costituzione italiana,* ha proposto una lettura diversamente orientata del concetto medesimo, tesa a ricostruire la piena essenza della locuzione. Per Crisafulli,

[17] A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello Stato,* Giappichelli, Torino, 2009, pag. 300.

infatti, è proprio il principio della sovranità popolare l'elemento "che differenzia radicalmente"[18] l'odierna Costituzione repubblicana dal precedente Statuto albertino: mentre infatti in questo la forma di governo, all'art. 2, era qualificata espressamente come <<rappresentativa>>, nella Costituzione, oltre al solo riferimento dell'art. 67 alla rappresentanza, vi sono molti altri articoli che fanno riferimento invece, direttamente od indirettamente, al popolo – a parte l'art. 1, si possono citare gli artt. 101 e 102, II c. (in tema di amministrazione della giustizia), l'art. 49 (sulla partecipazione dei cittadini alla determinazione della politica nazionale), nonché le varie forme di referendum previste. Dunque, l'enunciazione del principio della sovranità popolare comporta un mutamento dello stesso ordinamento giuridico, che diviene solo *parzialmente* rappresentativo, proprio perché integrato e corretto da istituti di partecipazione popolare, attraverso i quali i cittadini sono posti in grado di esprimere, nell'ambito dell'ordinamento, "una volontà preminente, alla quale sia dunque attribuita efficacia prevalente su ogni altra e in ultima analisi decisiva" nei confronti di ogni altra manifestazione di volontà delle istituzioni governanti.[19]

Ora, questa tendenza rivoluzionaria non pare però essere colta dalla stragrande maggioranza della dottrina, che, con artifici dialettici, cerca di evitarne l'assimilazione giuridica. A proposito, non si può non citare ancora un passaggio del bellissimo saggio del Crisafulli,[20] che si ritiene necessario riportare per intero, data la lucidità con la quale l'autore coglie in pieno la problematicità della questione ed il modo non corretto col quale essa è stata risolta:

> Nel complesso, tuttavia, e salvo pochissime eccezioni, non sembra che la dottrina più recente abbia compiuto un serio sforzo per adeguarsi ai principi nuovi enunciati dalla Costituzione in merito al rapporto Stato-società e conseguentemente alla posizione e alla rilevanza giuridica del popolo nell'ordinamento vigente. Anzi, si ha talora l'impressione che certe affermazioni del testo costituzionale, a cominciare proprio da quella dell'art. 1 relativa alla sovranità popolare, siano apprese come *scomode disturbatrici di una routine dottrinale,* che tende in generale a proseguire sul binario tracciato dalla giuspubblicistica italiana anteriore e, prima ancora, dalla grande scuola germanica del secolo XIX. Avviene così che al principio della seconda parte dell'art. 1, per cui <<la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione>>, ci si ostini spesso a contrapporre tranquillamente *il <<dogma>> della esclusiva sovranità dello Stato*, al quale viene data la preferenza, sbarazzandosi con espedienti vari della disposizione dell'art. 1, per la semplicistica ragione che essa non rientra negli schemi tradizionalmente derivati dal <<dogma>>

[18] V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana* in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando,* Cedam, Padova, 1957, pag. 411 (corsivi miei).
[19] *Ivi,* pag. 425.
[20] *Ivi*, pag. 412.

della esclusiva sovranità dello Stato. All'ingrosso, il ragionamento comune è molto curioso: *sovrano è solo lo Stato, perché così risulta, non già – si badi – da un qualsiasi testo di diritto vigente, ma… dalla dottrina (anteriore); se, dunque, la Costituzione sembra dire il contrario o almeno cosa diversa, è la Costituzione che ha torto, perché non sta alle regole (ai <<dogmi>>) della dottrina, e tanto peggio per la Costituzione!*

E' invece proprio il <<dogma>> che la sovranità appartenga esclusivamente allo Stato, che solo ed unico soggetto sovrano sia lo Stato, che deve oggi essere riveduto criticamente; e non soltanto perché in contrasto con una norma della Costituzione vigente, quale quella della seconda parte dell'art. 1, ma anche perché, nella sua più comune accezione, presupponeva e presuppone una serie di equivoci, sia relativi al concetto di Stato, sia relativi al concetto di sovranità.

E' nel solco tracciato dalle lucidissime parole del Crisafulli che ci si porrà in tale sede, approfondendo ed esaminando le critiche argomentative che egli chiaramente rivolge contro il pensiero della dottrina pressoché dominante. Molteplici sono infatti gli spunti argomentativi che tale passaggio offre all'attenzione dello studioso, tutti pienamente condivisibili nella forma e nella sostanza. Primo fra tutti, è la necessità – come recentemente autorevole dottrina non ha mancato di cogliere, parlando di <<paradosso della sovranità>>[21] – di abbandonare l'impostazione ermeneutica che vuole lo Stato essere costituito da tre elementi: popolo, sovranità e territorio; se infatti la sovranità è del popolo (e non può non esserlo, a meno di non assegnare al testo dell'art. 1 Cost. un'*interpretatio*, di fatto, *abrogans*), né la sovranità né il popolo possono essere considerati elementi dello Stato, a meno di non incorrere in evidenti contraddizioni (logiche, prim'ancora che assiologiche): ciò che è sovrano non può essere parte di qualcos'altro, a meno, smarrendo la sua autonomia, di cessare di esserlo. Ne discende, logicamente, che il popolo, proprio perché sovrano, non può essere considerato parte dello Stato; e che la sovranità, proprio perché attributo (esclusivo) del popolo, non può ubiquamente esserlo dello Stato.

[21] Massimo Luciani ha evidenziato, in un bel passaggio – che proprio per la sua importanza si preferisce riportare per intero – della voce *Governo (forme di) (op.cit.*, pag. 571), il *paradosso* cui conduce la tradizionale tesi della tripartizione degli elementi dello Stato: "la tradizionale dottrina degli elementi dello Stato, tuttora insegnata in molti manuali di diritto pubblico o costituzionale, sostiene che essi sarebbero tre: un elemento materiale (il territorio); un elemento personale (il popolo ovvero la cittadinanza); un elemento ideale (la sovranità). In questa dottrina il popolo è ridotto ad elemento costitutivo dello Stato … Sembra chiaro, tuttavia, che questo tradizionale insegnamento, nato in un periodo storico completamente diverso dall'attuale, *non può essere ripetuto in ordinamenti fondati sul principio della sovranità popolare*: in tali ordinamenti *il popolo non può essere considerato un elemento dello Stato per la ragione* – banale quanto si vuole, ma non per questo meno robusta – *che la fonte della legittimazione dello Stato è proprio il popolo*, il quale, allo stesso tempo, è anche il titolare di tutti i supremi poteri "costituiti". In particolare nel contesto della Costituzione italiana, poi, visto che l'art. 1 stabilisce che << La sovranità appartiene al popolo>>, *sostenere che sovranità e popolo sarebbero in egual misura elementi dello Stato significa precipitare nel paradosso che il popolo, elemento di una più vasta entità (lo Stato), sarebbe "titolare" di un altro elemento di quella stessa entità (e cioè della sovranità), il che lascia francamente sconcertati*" (corsivi miei).

L'abbandono dell'impostazione tradizionale comporta quindi due conseguenze inevitabili: l'una è costituita dall'affermazione dell'indipendenza del popolo, che, non venendo più inglobato dallo Stato, acquista una sua autonomia rispetto ad esso, una sua propria soggettività giuridica, finora negatagli del tutto (o riconosciutagli solamente negli angusti termini di 'organo dello Stato'), derivandone la nascita di un rapporto, quali elementi reciprocamente indipendenti, fra Stato e popolo; l'altra dal capovolgimento del rapporto tra Stato e popolo, tale per cui diviene il popolo, che, nell'esercizio della sua sovranità e strumentalmente alla realizzazione dei suoi interessi e dei suoi bisogni, fonda uno Stato, cui assegnare poteri finalizzati alla realizzazione dell'indirizzo politico prescelto. Come è stato detto ben scritto: "E' la collettività umana che si "dà" uno Stato, dunque, non è certo lo Stato che (come, magari al di là delle intenzioni, finisce per sostenere la teoria tradizionale, rovesciando l'ordine logico delle cose) si appropria della collettività umana facendone una parte di sé".[22]

La difficoltà della dottrina ad accettare la portata innovativa delle affermazioni contenute nel testo costituzionale (apprese quale "scomode disturbatrici di una routine dottrinale") e delle conseguenze che da tali affermazioni, in sé rivoluzionarie, derivano – prima fra tutti, quella per cui Stato e popolo sono soggetti reciprocamente autonomi e indipendenti –, sfocia infine, non senza intermedi passaggi che paiono garantirne la sostenibilità assiologica, nel ripudio dello stesso concetto, a favore, sempre e comunque, di quello della (esclusiva) sovranità statale. Il messaggio – ben chiaro – della Costituzione viene insomma ad essere stravolto dalla dottrina, per adeguarlo ai consueti schemi tradizionali, nei quali, al contrario, tale principio non può trovare accoglimento, dal momento che ne sono mutate le stesse basi epistemologiche, finendo per smarrirne l'intrinseca carica rivoluzionaria. E' dunque, in ultimo, come lucidamente tratteggiato da Crisafulli, il principio della esclusiva sovranità statale – cioè il principio per cui "solo ed unico soggetto sovrano sia lo Stato" – che deve essere rivisto, se non si vuole incorrere in aporie interpretative. E' ciò che si cercherà di fare nei paragrafi successivi.

[22] *Ibidem.* Emblematiche, in tale contesto – di inglobamento del popolo da parte dello Stato, e quindi di sostanziale immedesimazione fra Stato e popolo, cui conduce la teoria tradizionale –, sono le parole di Friedrich Nietzsche, che, in "*Così parlò Zarathustra*" (Mursia, Milano, 1974, pag. 50), in incipit del capitolo intitolato "Del nuovo idolo", così si esprime: "Stato? Che è ciò? Ebbene, aprite gli orecchi, che vi dica ora la mia parola sulla *morte dei popoli*. Stato si chiama il più freddo di tutti i mostri. E' freddo pure nel mentire; e questa è la menzogna ch'esce dalla sua bocca: <<*Io, Stato, sono il popolo*>>" (corsivi miei).

2. Delimitazione concettuale dei termini ‘sovranità’ e ‘popolo’

L’analisi e l’approfondimento della locuzione ‘sovranità popolare’ richiede necessariamente una disamina disgiunta dei due termini, quello della sovranità e quello del popolo; solo successivamente sarà possibile spingersi ad una loro disamina congiunta, analizzando in toto il significato che la locuzione ‘sovranità popolare’ viene ad assumere, cercando di cogliere, in particolare, in che cosa l’aggettivo muti od arricchisca di significato il sostantivo, e come questo possa uscire trasformato da tale unione. Sia l’uno che l’altro termine scontano le più diverse interpretazioni, rese possibili dalla vasta area semantica nei quali tali termini possono essere racchiusi. In tale contesto si fornirà un’interpretazione in linea con le premesse esegetiche testè enunciate, e non perché si ritiene che tali premesse obblighino a tale esegesi, bensì perché, al contrario, il significato intrinseco delle medesime ben si lega con le premesse metodologiche assunte. Si esaminerà dunque in primis il concetto in sé di sovranità, per come esso è stato formulato nella storia del pensiero politico e costituzionale e ciò che, per esso, oggi bisogna intendere; susseguentemente, si esaminerà il concetto di popolo, nel suo contenuto reale e concreto; alla fine, si ragionerà sulla formulazione del principio della ‘sovranità popolare’ che, da tale unione di termini, nasce.

2.1 Il termine ‘sovranità’

2.1.1 Il pensiero aristotelico

Una riflessione sul concetto della sovranità popolare non può non partire da colui che può esser definito uno dei massimi pensatori greci dell’antichità: Aristotele; cui si deve il merito, primo far tutti, di aver ben messo in luce i legami esistenti tra tale concetto e quello di libertà, soprattutto in chiave costituzionalistica.

E’ infatti interessante notare come, nella *Politica*, il legame tra libertà intesa in senso positivo e sovranità sia consapevolmente e chiaramente non solo riconosciuto, ma persino

individuato per descrivere l'essenza della democrazia: Aristotele invero afferma che <<Due sono in realtà gli elementi dai quali par che sia definita la democrazia, la sovranità della maggioranza e la libertà: infatti si ammette che il giusto consiste nell'uguaglianza e l'uguaglianza esige la sovranità di quel che viene deciso dalla massa: la libertà poi nel fare quel che si vuole>>. [23] Quindi, il concetto di sovranità viene legato a doppio filo, per il tramite dell'uguaglianza, con quello di giustizia, ritenendo Aristotele che solo la sovranità della massa possa garantire quell'uguaglianza che è alla base dello stesso concetto di giustizia.

In un altro passo il filosofo di Stagira afferma che <<Base della costituzione democratica è la libertà. Una prova della libertà consiste nell'essere governati e nel governare a turno: in realtà, il giusto in senso democratico consiste nell'avere uguaglianza in rapporto al numero e non al merito, ed essendo questo il concetto di giusto, di necessità la massa è sovrana>>.[24] Dalla lettura di tale passo emerge con lucidità la particolare decisività, ai fini di cui sopra, del connubio tra libertà e sovranità. Se infatti, come abbiamo appena visto, il concetto di giustizia può definirsi solamente grazie a quello di uguaglianza numerica, la sovranità non può che appartenere alla massa dei cittadini, essendo questo, numericamente, il potere maggiormente presente nella polis. Inoltre, la libertà di cui parla Aristotele è chiaramente una libertà in senso 'positivo', intesa come libertà di autodeterminazione.

Non è un caso quindi che quando Aristotele si chiede quale debba essere il potere sovrano nella polis risponda indicandolo nella massa dei cittadini, nella totalità dei componenti la comunità. E ciò in virtù di due ragioni: la prima è che la massa, se presa appunto nella sua totalità, non può che essere migliore in ogni cosa di qualsiasi gruppo di singoli o di un individuo (a parte il caso, invero raro, dell'elemento eccezionale, cui allora Aristotele assegna, in virtù della sua acclarata superiorità, lo scettro del comando); la seconda è che il giusto non può che determinarsi in modo uguale, cioè considerando <<il vantaggio dello stato intero e quello comune dei cittadini>>. E ciò poiché <<Cittadino, nell'accezione comune, è chi partecipa alle funzioni di governante e di governato ed … ha capacità e intenzione di essere governato e di governare, avendo di mira una vita conforme a virtù>>.[25] E proprio tale capacità del filosofo greco di cogliere anche la parte 'governante' del cittadino – non più visto come mero suddito-governato – costituisce la novità principale del suo pensiero, soprattutto perché ricollegata all'essenza del concetto di libertà, inteso quindi in senso 'positivo', come libertà di autodeterminazione.

[23] Aristotele, *Politica,* Laterza, Bari, 1972, pag. 278.
[24] *Ivi,* pag. 310
[25] *Ivi,* pag. 165.

L'importanza della libertà nel pensiero aristotelico emerge anche da un altro passo: Il filosofo di Stagira insiste infatti particolarmente sulla necessità che l'usuale distinzione tra democrazia ed oligarchia non risieda tanto su un dato numerico – ossia sui molti o pochi che detengono il potere –, come in realtà voleva la dottrina tradizionale (e fra questi in primis Platone) quanto invece, introducendo un elemento qualitativo, sull'essere tali soggetti liberi. Afferma infatti Aristotele che <<non bisogna supporre però, come di solito fanno alcuni adesso [ed il riferimento è a Platone], che c'è senz'altro democrazia dove il popolo è sovrano e oligarchia dove pochi sono sovrani del governo>>: ed infatti, nel primo caso, non si potrebbe parlare a rigore di democrazia laddove mille ricchi governassero su una massa di milletrecento persone, escludendo dagli incarichi pubblici le rimanenti trecento (<<di povera condizione ma liberi e per ogni altro rispetto uguali>>); nel secondo, ugualmente, non si potrebbe parlare di oligarchia ove invece a governare non siano pochi ricchi, ma pochi poveri, dal momento che ne mancherebbe l'elemento identificativo. Ne discende, nell'ottica aristotelica, che <<c'è democrazia quando i *liberi* sono sovrani>>, ossia <<quando stanno al potere uomini liberi e poveri, che sono in maggioranza, oligarchia quando ci stanno uomini ricchi e nobili, che sono in minoranza>>.[26]

2.1.2 Il diritto pubblico romano: '*potestas*' ed '*imperium*'

E' solamente però nel sistema di diritto pubblico romano che il significato della sovranità viene ad essere preso in considerazione, sotto le forme della *suprema potestas;* solamente in esso, per la sua compiuta elaborazione, è possibile pervenire ad una definizione del fondamento dello spirito associativo. Ora, evitando di intrattenersi sulle note configurazioni del sistema di diritto pubblico romano, vi è una distinzione abbastanza ricorrente negli studi dei giuristi romanisti dell'epoca repubblicana: quella tra *imperium* e *potestas*, cioè tra due forme alternative di espressione del potere;[27] distinzione che, seppur osteggiata o disconosciuta da una parte della dottrina romanistica attuale, appare a chi scrive non solamente esistente, ma addirittura fondamentale per capire sia lo stesso funzionamento della sistematica giuspubblicistica romanistica sia, e soprattutto, quella attuale, ritenendosi infatti che quella distinzione conservi ancor oggi un'utilità altissima al fine di comprendere i diversi fasci di relazione giuridiche che dal principio di sovranità popolare sorgono, ed attorno al quale si sviluppano.

[26] *Ivi,* 194 s.
[27] E' chiaro infatti che "Come vi sono più libertà, così vi sono più poteri" (G. Lobrano, *Il potere dei tribuni della plebe,* Milano, Giuffrè, 1992, pag. 250).

Non volendo intrattenersi a lungo sull'argomento, si ritiene però necessario premettere poche considerazioni – peraltro già emerse nei righi precedenti – circa l'importanza del diritto pubblico romano, non solamente a fini di mera erudizione, o per carpire il funzionamento del sistema di diritto pubblico romano; ma, soprattutto, come strumento essenziale per capire anche le dinamiche costituzionali contemporanee. Si crede, cioè, che quel ruolo che la dottrina ha da sempre – e giustamente – riservato allo studio ed all'approfondimento delle istituzioni di diritto romano – ossia, del diritto privato romano –, assolutamente fondamentale per comprendere il funzionamento e l'operatività di molti degli istituti di diritto civile e commerciale oggi esistenti, debba invero riconoscersi anche allo studio della sua parte pubblica, sulla quale invece la manualistica contemporanea, pressoché tutta (con valide eccezioni), ha calato una spessa coltre di buio, relegandola nello studio delle 'cose antiche' che, pur aventi un loro interesse per l'epoca in cui sono tracciate, non ne avrebbero alcuno per l'epoca odierna – relegando il suo studio ed approfondimento nelle mani dei soli storici del diritto romano, i quali, invece, dal canto loro, non fanno altro che ribadirne, con vigore, la persistente attualità. A questa persistente attualità crede, e con forza, anche chi scrive; ergo, un diritto costituzionale amputato (anche) delle sue radici romanistiche appare come un diritto costituzionale senza memoria, e, cosa ancora più grave, ignaro delle sue origini, privo com'è di reminescenze essenziali nella comprensione di istituti giuridici di primissima importanza: primo fra i quali, quello che in questa sede si sta approfondendo, il principio della 'sovranità popolare'.

Dunque, riprendendo – dopo questa breve parentesi di ordine esplicativo – l'argomento trattato, ossia la distinzione tra i termini di *imperium* e *potestas*, dallo studio dei passi emerge con evidenza come essi non siano in alcun modo usati indifferentemente – come sostenuto da parte della dottrina –, ma anzi in totale alternatività, atti, come sono, ad indicare oggetti assolutamente diversi, e riferentisi, dunque, a soggetti assolutamente diversi: il popolo – individuato come titolare della sovranità o potestas – e lo 'Stato' (usando però un'espressione formalmente non corretta, dal momento che di Stato, in epoca romanistica, non si può parlare) – titolare del diritto d'imperio o imperium. Distinzione, questa, che non tutta la dottrina romanistica accetta, ma che si è venuta via via prospettando con maggiore audacia mano a mano che il diritto pubblico romano cominciava ad essere studiato come proprio oggetto d'indagine, e non solo come *ancilla* del diritto privato.

Ora, la distinzione fra i due termini appare ben presente nell'opera di uno dei più grandi scrittori e filosofi dell'antichità: Marco Tullio Cicerone. E' soprattutto in due opere, nella *Pro C. Rabirio perduellionis reo* e nel *De republica*, che Cicerone pare tracciare una differenziazione dei poteri e delle funzioni ricoperte dai vari organi costituzionali.

Nella *Pro Rabirio* sono contenute delle espressioni dalle quali emerge chiaramente come *potestas, maiestas* ed *imperium* siano concetti tra loro diversi. L'orazione di Cicerone si leva in difesa di Gaio Rabirio, condannato dai due duumviri Giulio Cesare e Lucio Cesare per alto tradimento, per aver ucciso il tribuno della plebe Saturnino, e quindi condannato alla pena della crocefissione (usanza peraltro che era da molto tempo che non veniva applicata). Ora, Rabirio invoca la *provocatio ad populum*, appellandosi al popolo e Cicerone, assumendo le difese di Rabirio, in forza della qualità di console che in quel momento rivestiva, riesce a bloccare il processo duumvirale in virtù della sua *maior potestas*, consentendo così al reo di presentarsi libero davanti ai comizi centuriati – ove, con grande probabilità, si tiene tale orazione di Cicerone. Egli giustifica il suo intervento in favore di Rabirio con la ragione della necessità di difendere la repubblica dalla <<volontà di eliminazione dalla nostra costituzione di quel supremo baluardo della maestà e della sovranità dello stato [*summum auxilium maiestatis atque imperii*], che ci è stato affidato dai nostri antenati>>. Nel far ciò Cicerone ripercorre quelle che sono le caratteristiche principali della repubblica, che proprio tale processo a Gaio Rabirio, secondo il suo giudizio, mettono pericolosamente a rischio: egli parla infatti di <<*auctoritas senatus*>> e di <<*consulare imperium*>>, ritenendo che sia dovere del buon console [<<*est boni consulis*>>], fra le altre cose, far in modo che siano rispettati i cardini supremi dell'ordinamento pubblicistico romano: <<*summum in consulibus imperium, summum in senatu consilium putare*>> – sostenendo dunque che deve essere "nelle mani dei consoli il supremo potere esecutivo e in quelle del senato il supremo potere deliberativo".[28]

Successivamente, allorchè Cicerone si rivolge al popolo chiedendone la compassione in favore del reo, egli usa le seguenti parole: <<*Deinde vos, Quirites, quorum potestas proxime ad deorum immortalium nomen accedit*>> ["voi, romani, che esercitate una sovranità che viene subito dopo la potenza degli déi immortali][29]; l'autore quindi usa il termine *potestas* per indicare il potere del popolo, che solo in questo caso, e non a caso – potrebbe dirsi – viene tradotto dall'autore con 'sovranità'. Prima, invece – come si ricorderà –, in riferimento ai poteri dei consoli e del senato, erano stati tradotti con la locuzione 'potere esecutivo' l'*imperium* e con la locuzione 'potere di consilio' l'*auctoritas senatoriale*. Ne deriva dunque che espressioni come <<*imperium populi Romani maiestaque conservaretur*>> non debbano interpretarsi come se fossero un'endiadi, celando in realtà due differenti sfere di potere in capo al popolo: la sovranità e la potestà di comando – che poi il popolo stesso conferisce ai consoli attraverso la *lex curiata de imperio*.

[28] Cicerone, *Pro Rabirio perduellionis reo,* in *Le orazioni di M. Tullio Cicerone, Classici latini*, Utet, Torino, 1981, vol. II, pag. 653 s. (a cura di Giovanni Bellardi).
[29] *Ivi,* pagg. 656 s..

Le stesse argomentazioni possono inoltre trarsi dalla lettura del *De Republica.* Già nel primo libro emergono espressioni che ci permettono di confermare le argomentazioni che abbiamo tratto dalla lettura della *Pro Rabirio.* Ed infatti l'autore, dopo aver definito cosa deve intendersi per *res publica* – cioè "cosa del popolo" – e per popolo (definizione su cui ci intratterremo successivamente) – "non […] qualsivoglia agglomerato di uomini riunito in qualunque modo, ma una riunione di gente associata per accordo nell'osservare la giustizia e per comunanza d'interessi"[30] –, lega strettamente il godere della libertà al detenere il popolo la maggior parte possibile del potere nella *civitas*: <<*Itaque nulla alia in civitate, nisi in qua populi potestas summa est, ullum domicilium libertas habet*>> ["Pertanto in nessun'altra città, se non in quella in cui è massimo il potere del popolo, risiede in alcun modo la libertà"]. A parte il collegamento tra libertà e potere del popolo – che rimanda al significato di libertà intesa in senso positivo, cioè come partecipazione al potere e cioè detenzione del potere –, anche in tal caso Cicerone usa il termine *potestas*, e non quello d'*imperium* (che invece abbiamo visto essere utilizzato solo in relazione ai consoli), per indicare il potere del popolo.

Ora, sull'utilità di tale distinzione – che vedremo riaffiorare negli scritti dei pensatori più importanti in tema di sovranità e che appare fondamentale per capire la distinzione tra popolo e Stato (tra la sovranità del popolo e l'imperio dello Stato) – conviene anche parte della giuspubblicistica romanistica più recente. Giovanni Lobrano, riprendendo tesi già esposte dal Catalano, ritiene che i termini *imperium* e *potestas* esprimano concetti, almeno in parte, eterogenei, e quindi non sovrapponibili, manifestando forme di manifestazione del potere diversificantesi fra loro; approfondendo le differenze semantiche, rileva infatti che "Il significato della radice indoeuropea di *potestas* sembra definibile piuttosto come "*autonomia*" anzi che come "comando": il potere come vitale e necessaria manifestazione dell'essere. Viceversa, *imperium* ha una connotazione antitetica nella identità, che lo contrassegna, tra potere ed *azione*. Si direbbe anzi che la azione, il provvedere, l'ordinare (*in - parare*) siano prioritari e prevalenti".[31] Quindi, mentre il concetto di *potestas,* prevalenti i profili dell'autonomia e della partecipazione,[32] si caratterizza come un potere inclusivo, l'*imperium,* prevalente invece il profilo dell'azione – cioè di un potere indirizzato, concesso per uno scopo, non autonomo –, appare un potere esclusivo, proprio cioè di pochi. Non è un caso, pertanto, che l'autore affermi che *imperium* venga usato per significare un

[30] Id., *Opere politiche e filosofiche, Classici latini* (a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti), Utet, Torino, 1974, vol. I, pag. 204 s.
[31] *Ivi*, pag. 270 s.
[32] *Ivi,* pag. 313.

potere "raccolto e condensato in determinati centri o elementi del sistema giuridico-religioso",[33] mentre *potestas* venga utilizzato per significare un potere diffuso, il cui "titolare per eccellenza"[34] non può che essere il *populus.*

Considerazioni riprese, pur se con differenti argomentazioni, da Ugo Coli, che al tema ha dedicato molte pagine, criticando la tesi prevalente che vorrebbe i termini di *potestas* e *imperium* sostanzialmente ambivalenti e di significato omogeneo – ciò che ne coonesterebbe un loro uso pressoché casuale. Il giurista romano ritiene invece che la distinzione fra i due termini sia di grande rilevanza, tanto da essere indicativa di due differenti epoche storiche della storia romana, quella regia e quella repubblicana: in quella regia il *rex* poteva disporre della *potestas* sul popolo, ciò che riduceva quest'ultimo ad un rango di mero obbediente nei confronti del primo; in quella repubblicana, invece, restando la *potestas* nelle mani del popolo, ai consoli e i magistrati rimaneva il mero *imperium*, che lo stesso autore definisce come <<il diritto di comando>>.[35]

Ma è la definizione dell'*imperium* che chiarisce le idee sul concetto: per l'autore l'*imperium* è "il diritto che uno ha di dare ordini (*imperia*) a chi non è nella sua *potestas*";[36] ciò che porta l'autore stesso ad affermare essere per lui l'*imperium* assolutamente compatibile con l'idea di *libertas*. Ed infatti – come spiega – l'*imperium* aveva tra le sue caratteristiche quelle di esercitarsi su soci liberi da ogni *potestas*; di consistere non in un 'potere' (come invece la *potestas*), ma in un 'diritto' "fondato sulla volontà degli associati e quindi non originario";[37] di poter quindi venir concesso in misura maggiore o minore.

Ed infatti, è dato dedurne, in epoca regia la situazione di *potestas* esclude l'autonomia del termine *imperium* – che sarebbe sostanzialmente assorbito nel primo – ;[38] mentre, in età repubblicana, tale dualità può configurarsi, affermando che non può aversi *imperium* se la persona è già sotto il dominio dell'altra: l'*imperium* assume un significato autonomo solo in assenza della possibilità di esplicare la *potestas* (o la signoria) sulla persona. Ciò diventa molto chiaro

[33] *Ivi,* pag. 273: "Direi che *potestas* (a differenza di *imperium*) è un potere che tollera ed anzi permette la istituzionalizzazione del conflitto sociale. La sua presenza impedisce che il conflitto sociale abbia effetti disgregatori sulla società e ne corroda la base consensuale incanalando addirittura il conflitto verso funzioni connettive del tessuto collettivo" (*ibidem*).
[34] *Ivi,* pag. 292: "E' ad esso che, nei contesti in cui appaiono titolari diversi di poteri diversi, viene, appunto, attribuita la *potestas* … La *potestas* del *popolus* è *summa* ed abbraccia *omnes res* e si vuole che ogni *potestas* provenga dal popolo"; vedi anche pag. 312.
[35] "Il diritto di comando, poi, chiamarono astrattamente '*imperium*'" (così U. Coli, *Regnum* in *Scritti di diritto romano,* Giuffrè, Milano, 1973, vol. I, pag. 464).
[36] *Ivi*, pag. 469.
[37] *Ivi,* pag. 472.
[38] "la nozione *d'imperium* … era estranea alla regalità come tale […]. "è assurdo isolare un 'diritto di comandare' in chi ha un potere assoluto ed incondizionato, al quale la persona soggetta non può resistere. Un tale potere comportava ben più che il dare comandi!" (*ibidem*).

successivamente ed è assunto come oggetto di studio dallo stesso Cicerone nel *De Republica*, allorché viene rispecchiata la genesi della *lex curiata de imperio*, che è l'atto attraverso il quale il popolo conferisce al magistrato e al console il diritto di comando – che non deve quindi ritenersi insito nella sfera di potere del magistrato, ma che gli viene assegnato solo in seguito al conferimento del potere da parte del popolo, vera ed unica scaturigine di tutti i poteri pubblici. Il che peraltro impedisce di configurare Cesare ed Augusto come veri *reges*, traendo i medesimi il loro potere sempre dal popolo (*lex de imperio Vespasiani*) in epoca repubblica – e per i quali, non a caso, è utilizzato il termine *imperator*, che racchiude quella facoltà di comando precedentemente vista.

La distinzione viene infine chiarificata successivamente dall'autore, secondo cui la differenza tra i due termini risiede soprattutto nella presenza o nell'assenza dell'originarietà dei due termini: infatti, mentre l'*imperium* presuppone un ordinamento giuridico, essendo "sempre l'effetto di un'attribuzione diretta o indiretta", la *potestas* invece assume i contorni dell'originarietà ed intrasmissibilità del potere, e quindi del suo "carattere giuridico o di fatto".[39] Differenza che l'autore riprende anche nel testo francese *Sur la notion d'imperium en droit public romain* sulla scorta della diversità fra communautè in potestate e communautè sub imperio: la prima "n'est pas un ètat, c'est-à-dire une entitè souveraine, elle manque de subjectivitè juridique"; la seconda, invece, "est parfaitement libre et autonome en droit et sa souverainetè est entière".[40] E' evidente quindi come la differenza tra le due comunità risieda proprio nella presenza o meno dell'attributo della sovranità, che conserva solamente la seconda, malgrado, e nonostante, essa sia *sub imperio*; ulteriore conferma dell'idea che l'*imperium* non limita la sovranità, che *imperium* e sovranità possono convivere, stando a rappresentare due diverse facce di una stessa medaglia.

Ed infatti, l'*imperium* viene ad essere definito dall'autore come "droit de commander à des personnes libres", dal momento che "dans la *civitas* l'*imperium* reconnu à un des *cives* ètait compatible en droit avec la *libertas* ou souverainetè des autres";[41] potremmo quindi dire che l'*imperium* ha una sua forza propria, che però non travalica mai i confini della *libertas* dei singoli e della *potestas* del popolo,[42] e che proprio in loro funzione tale *imperium* viene concesso, al fine di

[39] Id.., *Le origini della civitas romana secondo De Francisci,* in *Scritti di diritto romano,* Giuffrè, Milano, 1973, vol. II, pag. 691.
[40] *Ivi,* pag. 730.
[41] *Ibidem*
[42] Che *libertas* e sovranità siano sovrapponibili lo afferma lo stesso autore quando dice che "La *libertas* trascende la semplice facoltà di *uti suis legibus et iudiciis*: essa è, sostanzialmente, sovranità"; mentre il riconoscimento della *potestas* lede la sovranità, il riconoscimento della *maiestas*, invece, non lede la sua sovranità, costituendola solamente in fide (e non già *in potestate*), cioè *sub imperio*, consentendole di mantenere la propria costituzione originaria (*ivi,* pag. 968).

garantire quei diritti e quei poteri; tanto è vero che il cittadino, seppur astretto da una *coercitio* magistratuale, conserva sempre la garanzia di rivolgersi al popolo e, attraverso il *ius provocandi ad populum,* di bloccarla. Ciò spiega perché l'*imperium*, per poter essere esercitato, ha bisogno di trovare una legittimazione; legittimazione che gli viene dalla *lex curiata*, da non intendersi – come avverte il Coli – come una semplice acclamazione, ma come "une vraie dèlibèration, par laquelle les hommes des curies reconnaissaient aux nouveaux magistrats le droit de se faire obèir par eux."[43]

Basti osservare, a conferma della predetta tesi, quanto avviene in occasione dell'elezione dei consoli. Ora, l'*imperium* è la classica prerogativa dei consoli; concesso attraverso la *lex curiata de imperio* e simboleggiato materialmente dai 12 littori che precedono il console e cui spetta il compito di eseguire le sanzioni, esso è, propriamente, "il diritto di dare comandi e di esigere obbedienza (*ius imperandi*) e da esso procede il diritto di colpire i disobbedienti con multe o con pene corporali (*ius coercendi*)".[44] Precisamente – come ben coglie il Voci – l'*imperium* è una potestà esecutiva, la più alta, "perché legittima chi ne è titolare … a rendere attuale nella realtà ciò ch'è disposto dal diritto o ciò che di volta in volta è deciso dal senato o dal popolo"; visione strumentale dell'*imperium* che l'autore ribadisce anche successivamente, allorchè afferma essere "l'*imperium* entro la legge, al servizio delle decisioni del senato e del popolo, pur se con ampio accompagnamento di discrezionalità".[45]

Diritto che era temporaneo, come temporanea era la carica, restando in vigore gli stessi per un solo anno, al termine del quale essi tornavano semplici cittadini come lo erano fino ad un attimo prima della loro elezioni; ed era limitato dalla volontà del popolo, espressa attraverso le diverse *leges* od in occasione della *provocatio ad populum*. Ed infatti – come recente dottrina ha avuto modo di sottolineare –, la *provocatio* si presenta come "un limite all'*imperium* o meglio un limite alla *coercitio* che è estrinsecazione dell'*imperium*: blocca quindi l'esplicazione della *coercitio*. Essa presuppone sempre atti di magistrati dotati di *imperium* […]".[46] Istituto, questo della *provocatio*, interessantissimo ai fini di cui si parla, perché mostra chiaramente non solo come l'*imperium* risiedesse nelle magistrature romane – ed in particolare, si è visto, in quello dei consoli, – ma come, in una astratta scala gerarchica di poteri, esso non occupasse il vertice della piramide, essendoci un

[43] *Ivi*, pag. 731.
[44] *Ivi,* pag. 984.
[45] P. Voci, *Per la definizione dell'imperium* in *Studi in memoria di Emilio Albertario,* Giuffrè, Milano, 1953, vol. II, pag. 92.
[46] G. Valditara, *Diritto pubblico romano*, Giappichelli, Torino, 2013, pag. 140. L'autore aggiunge inoltre che è proprio con l'affermarsi della provocatio che "affiora l'idea che è il popolo il depositario della sovranità", in quanto essa è vista come "una guarentigia contro l'eccesso di potere coercitivo del magistrato che avesse minacciato la libertà del cittadino in modo arbitrario", raffigurando la medesima "la prima testimonianza di quel disegno volto a delimitare i poteri dei supremi magistrati" (*ivi,* pag. 141).

altro potere – quello di cui è espressione la volontà del popolo – ad esso superiore, cui quest'altro viene immancabilmente ad essere subordinato (per via dello *iussum populi*).

E proprio in ciò risiede l'essenza del termine *potestas*: nella *riconosciuta superiorità del potere popolare*, estrinsecantesi nelle forme della *provocatio ad popolum*, nell'*intercessio* dei tribuni della plebe (opponibile a qualsiasi manifestazione di potere delle magistrature pubbliche) nonché nella *lex curiata de imperio* – allorchè il necessario conferimento dell'*imperium* ai magistrati da parte del popolo mostrava chiaramente come "erano le curie a essere ancora considerate le depositarie della sovranità".[47]

Orbene, ai fini dell'impostazione della presente tesi, la tracciata distinzione tra *imperium* e *potestas* (cioè tra potere di comando e sovranità) ha un'importanza fondamentale, ritenendosi che proprio l'obliterazione di tale differenziazione, verificatasi intorno al XIX secolo, abbia portato a conseguenze nefaste – quale quella, in scia con le osservazioni di Crisafulli, di attribuire ad un'entità come lo Stato un attributo, quello della sovranità, ad esso invece del tutto estraneo. Ciò si deve, in particolar modo, a quella confusione semantica che, proprio a partire dal XIX secolo, ha portato a sovrapporre i due termini, negando ad essi la loro autonomia esegetica. Autonomia che invece i teorici della sovranità dei secoli precedenti non negano affatto, essendo ben consapevoli della necessità di tale distinzione ai fini di un corretto inquadramento costituzionale nella materia dei rapporti fra Stato e popolo. Sul pensiero di tali autori verremo ora a soffermarci.

2.1.3 La sovranità nelle riflessioni di Bodin e Hobbes: perpetuità ed assolutezza

Iniziamo da quello che è definito l'ideatore del principio della sovranità, ben accorti, però, di quanto Hermann Heller dicesse nel 1927, in quel bellissimo scritto sulla sovranità, laddove rilevava come Bodin "fa[cesse] parte degli autori più citati e meno letti".[48] Ora, Jean Bodin così definisce l'essenza della sovranità: <<souverainetè est la puissance absolue et perpetuelle d'une

[47] "dal momento che era lì che si trovava riunito tutto il popolo. La sovranità non era pertanto dell'esercito, ma veniva ravvisata nel popolo nel suo complesso" (*ivi,* pag. 39). L'autore spiega inoltre l'importanza della legge medesima dal momento che "senza l'intervento della *lex curiata* i magistrati appena eletti non potessero convocare il popolo, né prendere alcun atto di esplicazione di *imperium"*; da ciò desumendosi come "l'effettività del loro potere si realizzasse solo dopo la votazione della *lex curiata de imperio* che … doveva dunque conferire formalmente il supremo potere di comando" (*ibidem*).

[48] H. Heller, *La sovranità* in *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato,* Giuffrè, Milano, 1987, pag. 71.

republique>>, tradotta nel testo latino in <<*maiestas est summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*>>,[49] cioè la maestà (ossia la sovranità) è la potestà massima nei cittadini e nei sudditi sciolta da ogni legge. Due cose balzano subito agli occhi: la prima è che Bodin utilizza per indicare il concetto di 'sovranità' il termine latino '*maiestas*' – che infatti nella versione francese egli stesso traduce con sovranità –, che, come abbiamo visto, indica la *potestas* nella sua accezione più alta, ossia la *suprema potestas*, così rifacendosi alla tradizione romanistica; la seconda si coglie in particolare nella parte in latino, laddove si dice che la sovranità è *legibus soluta*, ossia sciolta dalle leggi: *absolue.* Lungi dall'essere mera forma di stile, questo enunciato esprime nella classica forma riassuntiva proprio del latino, il fondamentale rapporto tra sovranità e positività; rapporto che nell'analisi contemporanea rivestirà un ruolo essenziale, vedendo protagonisti due grandi giuristi quali Hans Kelsen e Hermann Heller che, al problema della declinazione del loro rapporto, daranno – come vedremo in seguito – soluzioni completamente diverse.

Ciò detto, sono due le caratteristiche essenziali che Bodin ritiene di individuare nel principio di 'sovranità': *perpetuità* ed *assolutezza.* Il principio della perpetuità ci porta ad affermare che già in Bodin – idea che sarà poi pienamente sviluppata da Hobbes – era presente l'idea che la sovranità non appartenga ad un ente astratto o fittizio, ma ad una o più persone concrete, che ne hanno, in esclusiva, la titolarità. E' già presente *in nuce*, infatti, quella distinzione fondamentale tra titolarità ed esercizio della sovranità, senza la quale non è possibile approcciarsi in modo corretto allo studio del concetto medesimo. Ed infatti, è lo stesso Bodin che traccia il confine fra chi è veramente signore della sovranità e chi invece, pur detenendo per un periodo determinato "il potere assoluto", non lo è, essendone un semplice "custod[e] o depositari[o]".[50]

Lo scrittore francese delinea nettamente la differenziazione fra il popolo, in cui ha sede in modo permanente la sovranità, e tali custodi, che ne hanno solamente, per un periodo più o meno lungo, l'esercizio fino a che "al popolo o al principe, che in effetti è sempre rimasto signore, non piaccia di revocarlo".[51] Tant'è vero, osserva ancora Bodin servendosi dell'*argumentum a contrario*, che se il potere assoluto concesso al luogotenente del principe si chiamasse sovranità, egli potrebbe infine valersene contro il suo principe, il quale così "sarebbe ridotto ad uno zero, e così il suddito comanderebbe al signore, il servo al padrone, il che è assurdo".[52]

Bodin evidenzia quindi una distinzione fondamentale tra lo stesso concetto di sovranità e quello di potere assoluto: l'esercizio del potere assoluto conferito al governatore è cosa diversa dalla

[49] Bodin, *I sei libri dello Stato,* Unione tipografico-editrice torinese, collana *Classici politici*, Torino, 1964, pag. 345.
[50] *Ibidem*
[51] *Ibidem*
[52] *Ivi,* pag. 346.

sovranità, che continua a risiedere nel popolo o nel principe. Addirittura, Bodin arriva ad affermare che neanche il *dictator* in epoca romana avesse l'attributo della sovranità, essendo anche quello un potere sottoposto a condizioni, quantomeno temporali (la carica del *dictator*, malgrado fosse data ad *salus rei publicae*, cessava trascorsi i sei mesi di tempo); e ciò ne negava in radice la pretesa natura sovrana, dal momento che, per l'appunto, "la sovranità non è limitata né quanto a potere né quanto a compiti né quanto a termini di tempo"[53]: in ciò risiedendo indi la caratteristica della perpetuità della sovranità invocata da Bodin. Affermazione costantemente ripetuta anche nel caso in cui si eleggano, una volta all'anno, uno o più cittadini conferendo loro il potere di disporre dello Stato e di governare senza rendere conto a nessuno: anche in tal caso "Il popolo non rinuncia alla propria sovranità nominando uno o più luogotenenti con potere assoluto per un periodo determinato, per quanto ciò sia ben di più che concedere un potere revocabile ad arbitrio del popolo stesso…: nell'uno e nell'altro caso essi *non hanno niente di proprio*, ma sono sempre responsabili della loro carica di fronte a colui da cui il potere deriva". Da qui discende anche la distinzione che Bodin traccia fra "sovrani" e "magistrati sovrani", fra chi cioè è "proprietario e possessore della sovranità" e chi invece "non ne è né proprietario né possessore e la tiene semplicemente in deposito",[54] cioè ne ha solamente l'*esercizio*. Ne deriva che qualunque tipo di potere si eserciti (per commissione, o per nomina, o per delega) "sempre in nome *altrui*" "non si è sovrani"[55].

E' proprio a fronte di tali argomentazioni che, in linea con l'impostazione esegetica qui seguita, non possiamo tradurre – come invece fa la traduzione consueta – col nome di Stato ciò che l'autore indica con *Republique*: e ciò perché attribuire allo Stato l'attributo della sovranità vuol dire porsi in aperta contraddizione con quanto l'autore afferma circa la sede 'personale' della sovranità.

Passando ora invece al principio di assolutezza, Bodin si rifà al noto principio di Bartolo per cui sovrano è chi *superiorem non recognoscens*, cioè chi "non deve essere in alcun modo soggetto al comando altrui"[56] – cosa che porta Bodin ad affermare anche il principio della *legibus solutio* del sovrano, per cui il principe sovrano è esente non solo dalle leggi promulgate dai predecessori, ma anche da quelle da lui stesso promulgate, avendo come solo limite quello delle leggi divine e naturali. Diversamente invece dicasi qualora il principe sovrano si sia assoggettato con un contratto, perché in tal caso, essendo il patto reciproco, esso obbliga le due parti – principi e sudditi – reciprocamente, e quindi nessuna di esse può venir meno ad esso senza il consenso dell'altra: "in un

[53] *Ivi*, pag 348.
[54] *Ivi,* pag. 350.
[55] *Ivi*, pag. 353.
[56] *Ivi,* pag. 358.

caso del genere il principe non ha alcuna superiorità sui sudditi".[57] Sovranità che non viene scalfita neanche dall'esistenza degli Stati, giacchè "la sovranità appartiene *completamente, senza alcuna spartizione,* ai re d'Inghilterra, e […] gli stati non vi hanno niente a che vedere".[58]

Il principio dell'assolutezza viene da Bodin lumeggiato spiegando come il sovrano non debba essere tenuto a chiedere il consenso di alcuno, perché, in tal modo, si avrebbero due sovrani sullo stesso territorio; cosa che lo stesso autore ritiene inconcepibile, perché, paragonando la sovranità alla deità, "il gran Dio sovrano non può fare un altro Dio simile a lui, perché egli è infinito e non vi possono essere due infiniti".[59]

E' chiaro quindi come il principio dell'assolutezza porti con sé, come suo corollario, quello dell'*indivisibilità*, per cui Bodin stesso si chiede "come si p[ossa] pensare che [la sovranità] possa venire spartita fra un principe, dei signori e il popolo?"[60]. Pensiero peraltro che induce l'autore a prendere posizione contro la configurabilità di una quarta forma di Stato, che, come vorrebbe Polibio, sarebbe composta dalle migliori tre. Ma è questo aspetto che, riguardando il rapporto fra principio della sovranità popolare e divisione dei poteri, è bene tralasciare, per occuparsene in seguito. Per ora, è sufficiente chiarire che il principio della forma di governo mista si basa proprio sul ripudio della caratteristica dell'indivisibilità della sovranità.

Dunque, la sovranità si mostra come *legibus soluta*, il principe non potendo essere obbligato ad osservare leggi e consuetudini del paese, o a prestare qualsiasi giuramento ad esse, tranne che in un'aristocrazia o in una democrazia – vigendo qui quel patto tra principe e sudditi in base al quale lo stesso principe si obbliga al rispetto della legge. Indi, non ogni potere assoluto (non ogni *imperium*) può definirsi sovranità (cioè *maiestas*): ma solo quello che ha queste due caratteristiche essenziali: perpetuità ed assolutezza. Non è un caso infatti che lo stesso Bodin porti a vantaggio delle sue affermazioni l'utilizzo di specifici termini da parte degli antichi Romani, per cui "*imperium in magistratibus, auctoritatem in senatu, potestatem in plebe, maiestatem in populo.* Il titolo di maestà è infatti proprio di chi regge il timone della sovranità".[61] Ne discende come Bodin abbia ben chiaro che *imperium* e *potestas* siano due cose ben distinte, e che l'uso del primo termine non può dirsi equivalente a quello del secondo; anzi, è proprio la distinzione tra i due termini che sorregge quella differenziazione tra sovranità e magistrati sovrani di cui abbiamo parlato in

[57] *Ivi,* pag. 363.
[58] *Ivi,* pag. 373.
[59] *Ivi,* pag. 483.
[60] *Ivi,* pag. 547.
[61] *Ivi,* pag. 487 s. In tale passo Bodin fa riferimento proprio alla *Pro Rabirio* ciceroniana, nella quale però, tale passo citato dall'autore non ricorre propriamente, essendo piuttosto una formula riassuntiva che lo stesso autore francese trae – e con ragione – dalla lettura completa dell'orazione.

precedenza. Non si può concordare, quindi, con coloro i quali affermano che Bodin è stato il teorico della sovranità dello Stato: Bodin è stato il teorico della sovranità sì, ma giammai di quella dello stato, dal momento che egli ha sempre conferito la medesima in persone determinate, principe, pochi o il popolo, ma mai ad un ente fittizio.

Tale asserzione non è vera, malgrado la comune opinione, neanche in **Hobbes,** l'attenta lettura dei cui testi impedisce, anche in tal caso, di farne un teorico della sovranità dello Stato non più di quanto sia un teorico della sovranità tout court. Se infatti Bodin può essere definito il primo e più preciso teorizzatore del principio della sovranità, Hobbes – come è stato giustamente detto – può essere considerato come colui che ha dato vita alla "prima moderna teoria dello Stato moderno"[62]: giammai però il primo teorico della sovranità dello Stato, perché – come vedremo – anche in tal caso di sovranità dello Stato non si parla mai. Ed anche in tal caso ricopre un ruolo essenziale la semantica, per cui, per evitare confusioni, si preferisce rivolgersi al testo originale, evitando traduzioni che possano inquinarne l'originario significato.

Illuminanti, da tale punto di vista, risultano le pagine del *De cive,*[63] ed in particolare il cap. V della parte intitolata 'Il potere'. E' qui infatti che Hobbes tratta delle "Cause e origine dello Stato" con parole chiare e precise. Hobbes scrive settant'anni dopo Bodin (Il *De cive* è infatti del 1642, di poco successivo agli *Elements of law, natural e politics*, che è del 1640; *I sei libri della Repubblica* di Bodin invece risale al 1576, essendo quindi quasi di un secolo precedente), e la differenza cronologica riveste un'importanza essenziale. Anche Hobbes, come Bodin, sposa la soluzione contrattualista – in Bodin, come si ricorderà, a differenza della legge, il contratto era l'unico in grado di obbligare il principe sovrano al rispetto delle asserzioni –; ma Hobbes introduce qualcosa in più: per Hobbes il semplice accordo fra i cittadini non dà agli stessi la sicurezza che nei loro rapporti saranno osservate le leggi naturali, ma, afferma Hobbes, "è necessario far qualche cosa di più" affinchè gli stessi cittadini siano trattenuti dal dividersi in caso di eventuali discordie del loro bene privato da quello comune. E' necessario cioè creare uno Stato, in cui si incarni "una volontà sola"[64] e che esprima "un qualche potere comune"[65] che sia in grado di raggiungere quella sicurezza. Infatti, la semplice convergenza di molte volontà verso un solo scopo non basta per conservare la pace; serve una volontà comune, serve che ognuno "sottometta la propria volontà a

[62] N. Bobbio, introduzione a T.Hobbes, *Opere politiche, Classici politici,* Utet, Torino, 1959, pg. 9. Nella stessa introduzione, Bobbio, con lessico tipicamente hegeliano, afferma – con formula invero molto affascinante – che "la teoria politica di Hobbes è l'*autocoscienza* dello Stato moderno" (pag. 19).
[63] T. Hobbes, *Sul cittadino,* collez. *Classici politici*, Unione tipografico-Editrice torinese, Torino, 1948.
[64] *Ivi,* pag. 152.
[65] *Ivi,* pag. 153.

quella di un altro, sia esso un solo uomo, o una sola assemblea".[66] A questa forma di accordo Hobbes dà il nome di *unione,* e, più precisamente, di Stato, ossia società civile, e anche persona civile, "poiché, essendo la volontà di tutti ridotta ad una sola, essa si può considerare come una persona unica";[67] quindi lo Stato si deve ritenere la volontà di tutti questi individui.

Quanto affermato nel *De cive* costituisce l'anticipazione di quanto scritto nell'importantissimo capitolo XVII della parte seconda del *Leviatano,* nel quale Hobbes fornisce una precisa definizione dello Stato. Si legge infatti nel paragrafo 13 che la creazione di un potere comune, che esprima una volontà comune, necessita del conferimento ad esso di "all their power and streight upon one man, or upon one assembly of men"; tale sottomissione delle volontà a quella di uno solo, o più uomini riuniti in assemblea, comporta "a real unity of them all, in one and the same person", tramite la stipula di un patto di ogni uomo con un altro, con il quale entrambi si impegnano reciprocamente a cedere il proprio "*right of governing myself*" ad un uomo o ad un'assemblea. "This done, the moltitude so united in one person, is called a COMMONWEALTH, in Latin CIVITAS. This is the generation of that great LEVIATHAN, or rather (to speak more reverently) of that *Mortal God*, to which we owe under the *Immortal God,* our peace and defence".[68] Al Leviatano spetta "the use of so much power and strength conferred on him"; nel Leviatano consiste l'essenza dello Stato, e cioè "*una persona dei cui atti una grande moltitudine si è resa autrice in ogni suo singolo componente, attraverso dei patti reciprocamente stipulati, al fine di metterla in condizione di usare la forza e i mezzi di tutti loro nel modo che riterrà opportuno per la loro pace e la loro difesa comune*".

Appare quindi oltremodo chiaro come allo Stato non spetti la sovranità (che invece spetta a chi "si fa carico"[69] di esso), ma solamente l'uso della forza, di quella forza che i cittadini, impegnandosi reciprocamente, hanno conferito ad esso, in modo da garantire la sicurezza sociale, interna ed esterna; non a caso dunque, sia nella versione inglese originaria che nella traduzione latina successiva, si usa il termine 'autorità' (*authority* ed *auctoritas*) per descrivere il soggetto nei cui confronti avviene la cessione della forza da parte di ogni cittadino.[70] Cessione della forza che, in altra opera, Hobbes definisce, non a caso, "potere di coercizione" dello Stato, consistente "nel

[66] *Ibidem*
[67] *Ivi,* pag. 155.
[68] T. Hobbes, *Leviatano,* Bompiani, Milano, 2004, pag. 283.
[69] *Ibidem.* Il testo riporta anche la versione latina, nella quale peraltro il termine SOVEREIGN è tradotto con *potestatem,* mentre, quando fa riferimento allo Stato, Hobbes usa il termine *auctoritas.*
[70] *Ibidem.* "For by this authority, given him by every particular man in the commonwealth, he hath the use of so much power and strength"; "Authoritate enim tanta ab omnibus et singulis collate, tantam potentiam et tantarum virium usum habet".

trasferimento del diritto di resistenza di ognuno nei confronti di colui al quale si è trasferito il potere di coercizione".[71]

Non è del tutto condivisibile quindi quanto afferma Carl Schmitt sulla teoria hobbesiana, per cui "essa non distingue più fra *auctoritas* e *potestas*, e […] fa della *summa potestas* la *summa auctoritas*".[72] L'errore di Schmitt, che invece ha ben distinto le due diverse sfere di potere, è nel ritenere che quell'elemento personale del rappresentante sovrano "si perd[a]" nel processo di meccanicizzazione dello Stato, che anche esso si fonda e si confonda nella neutralità dello stato, smarrendo in esso le sue caratteristiche, in modo da fare della *summa potestas* la *summa auctoritas*; ma in realtà ciò non avviene, le due sfere rimangono ben separate fra loro. In realtà, quanto affermato da Schmitt sarebbe vero se noi guardassimo solamente allo Stato come tale, non considerando come merito primo di Hobbes sia stato proprio quello di separare le due sfere di comando, facendo sorgere un Leviatano cui lascia solamente il potere coercitivo, cioè il potere di usare la forza; ma l'anima dello Stato risiede invece nella persona del rappresentante sovrano, sia essa una persona singola od un'assemblea di uomini. I due termini, quindi, rimangono ancora del tutto separati, ed il termine *auctoritas* viene riferito solamente allo Stato, mentre per il potere del rappresentante sovrano Hobbes usa il termine *potestas*.

Fondamentale in tal senso è il passo contenuto nel paragrafo XI del *De cive*, allorchè Hobbes afferma: "In ogni Stato, quell'individuo o quell'assemblea, alla cui volontà i singoli hanno sottoposto la propria (come si è detto), si dice che ha la *sovranità,* o il supremo comando o dominio".[73] Dal che si deduce con evidenza che la sovranità non risiede nello Stato, che non ne è il portatore; sovrane invece sono le persone (singole o collettive, nel caso dell'assemblea) cui, *nello* Stato, "ciascuno dei cittadini ha trasferito ogni sua forza e potere", rinunciando, così, "al proprio diritto di opporre resistenza".[74] Quindi, in quello che l'autore chiama lo Stato convenzionale, "i cittadini di loro spontanea volontà impongono a sé stessi una *autorità munita di sovranità*, sia essa di un solo individuo, sia di una assemblea".[75] Il principio dell'appartenenza della sovranità non allo Stato, ma alle persone concrete è vieppiù ribadito nello stesso titolo del capitolo VI: *Del diritto dell'individuo o dell'assemblea, che detiene in uno Stato la sovranità*; di nuovo – e senza tema di smentite – si afferma chiaramente che la sovranità non risiede nello Stato, ma nelle persone singole.

[71] Id., *Elementi di legge naturale e politica,* La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1968, pag. 169.
[72] C. Schmitt, *Sul Leviatano*, Il Mulino, Bologna, 2011, pag. 80.
[73] Hobbes, *Sul cittadino, op.cit.,* pag. 156.
[74] *Ibidem*
[75] *Ivi,* pag. 157.

Hobbes inoltre tratteggia anch'egli il criterio dell'assolutezza, e lo fa con argomentazioni di profonda efficacia: Hobbes afferma infatti che "in ogni Stato v'è un individuo o un'assemblea o un consesso, che ha, con pieno diritto, tanto potere su ogni cittadino, quanto ne ha ciascuno su sé stesso prima che sia costituito lo Stato: questo potere è supremo o assoluto, ed è limitato soltanto dall'entità delle forze a sua disposizione e da null'altro"; ciò vuol dire che il potere sovrano, in quanto potere assoluto, è potere che non può soffrire alcun tipo di limitazione, giacchè, se ciò accadesse, accadrebbe solamente "ad opera di un potere maggiore". Ne deriva che qualsiasi limitazione posta ad un determinato potere presuppone l'esistenza di un'autorità maggiore di colui che viene limitato; in tal modo, in una specie di scala gerarchica tra poteri, "si giungerà [afferma Hobbes] a un potere che non ha altro limite se non nella riunione di tutte le forze dei cittadini. Questo potere ultimo si chiamerà anche *sovranità*; e qualora sia affidato a un'assemblea, questa si dirà assemblea sovrana; qualora invece sia deferito a un'unica persona, questi si chiamerà sovrano".[76]

Dalla lettura di questo passo derivano una serie di constatazioni fondamentali nell'ideologia hobbesiana. Innanzitutto, ritorna l'idea dell'assolutezza della sovranità, intesa come potere assoluto, cioè come potere che non sopporta alcun tipo di limitazione (giacchè, se fosse limitato, vorrebbe dire che non è sovrano, in quanto un altro potere, avendo il potere di limitarlo, avrebbe maggior potere di lui). Inoltre, essenziale risulta l'ultima affermazione riportata, quella in base alla quale il potere ultimo è quello che deriva dalla riunione di tutte le forze dei cittadini; quindi, la sovranità può essere attribuita ad una assemblea od ad una persona (che poi l'eserciterà per mezzo dello Stato) solamente dagli stessi cittadini, e da nessun altro: solo essi sono la scaturigine del potere sovrano.

Per tali considerazioni, l'autore inglese ritiene che la sovranità sia per lo Stato non la testa – come in precedenza ritenuto – quanto piuttosto l'anima, perché è "attraverso l'anima [che] l'uomo possiede una volontà, cioè può volere e non volere": è solo grazie ad essa che l'uomo può comandare (mentre la funzione della testa è quella di pensare). Ritorna quindi l'idea del comando, dell'autorità come collegata all'idea della sovranità. E proprio la distribuzione del potere sovrano – se a tutti, a pochi o a uno solo – comporterà l'esistenza delle diverse forme di governo, democratiche, aristocratiche o monarchiche; ed infatti, dice Hobbes, "La differenza delle forme di Stato si deduce dalla diversità delle *persone* a cui viene affidato il potere sovrano";[77] con il che

[76] *Ivi,* pag. 180.
[77] *Ivi,* pag. 186.

appare abbastanza chiaro che il potere sovrano viene affidato a delle persone e non è proprio dello Stato: chi comanda è la persona umana, per tramite dello Stato.

Considerazioni che Carl Schmitt, nello scritto *Sul Leviatano*, ha ben compreso, cogliendo in pieno l'essenza dello Stato hobbesiano. A Schmitt si deve il merito di aver messo in luce quelle che sono le componenti essenziali del Leviatano hobbesiano, tali da farne una "*machina machinarum*",[78] cioè "un meccanismo di comando razionalisticamente congegnato";[79] ed infatti, scrive ancora Carl Schmitt, " – e questo mi sembra il cuore della sua costruzione dello Stato – Hobbes trasferisce la concezione cartesiana dell'uomo come meccanismo animato al <<grande uomo>>, allo Stato, di cui fa una *macchina*, animata dalla persona sovrano-rappresentativa".[80] L'autore tedesco coglie bene dunque questa differenziazione fra la persona sovrana (che è l'uomo o l'assemblea cui i cittadini hanno conferito il loro potere) e lo Stato, che non è altro che la macchina, il soggetto di cui il sovrano si serve per realizzare i suoi propositi. In ciò sta dunque quella "confusione" che ha ingenerato "numerosi fraintendimenti e interpretazioni erronee" sul concetto di *Dio mortale*, di cui ancora parla Carl Schmitt; è nell'aver cioè ritenuto che in quell'espressione *Dio mortale* la divinità del Leviatano fosse espressa (non già dal suo esser evocato dagli uomini per garantire sicurezza e pace sociale, conferendo ad esso un potere onnipotente, ma) dall'avere esso anche una sovranità assoluta, cioè un potere di decisione e di comando che in realtà invece esso non ha (essendo la *potestas* conferita solamente al rappresentante sovrano).

E non lo può avere, se è vero che le sue caratteristiche essenziali sono quelle della tecnicità, della neutralità e, in ultimo, dell'artificialità. Lo Stato, per Hobbes, non è una persona, è una macchina: e, come tale, non può avere una propria volontà di comando, non può avere un potere di decisione, riservato solamente alla persona rappresentativa. Non sbaglia dunque Schmitt quando afferma che lo Stato può essere considerato come "il primo prodotto dell'epoca della tecnica, il primo moderno meccanismo in grande stile … la <<machina machinarum>>".[81] Agganciata all'idea della tecnicizzazione dello Stato, c'è l'altra, altrettanto fondamentale, della sua *neutralizzazione*, poichè, spogliato di ogni forma di volontà propria e privato di qualsiasi potere decisionale – riservato unicamente al sovrano –, esso diventa uno strumento imparziale, nelle mani della classe governante che di volta di volta riesce ad occuparne i principali centri di potere, acquisendone la direzione.[82] In tale contesto, ha ben poco senso parlare – come alcuni autori fanno – di Stato

[78] C. Schmitt, *op.cit.,* pag. 77.
[79] *Ivi,* pag. 82.
[80] *Ivi,* pag. 66.
[81] *Ivi,* pag. 69.
[82] Scrive Bertrand Russell in *Autorità e individuo* (RCS Quotidiani S.p.A., Milano, 2011, pag. 112, cors. miei): "Vi sono alcuni, tra i filosofi e gli uomini di stato, i quali credono che lo stato possa avere un'eccellenza sua propria, e non

liberale, o Stato comunista, o Stato sociale, dal momento che lo Stato, inteso come semplice *machina machinarum,* essendo del tutto privo di una sua volontà propria, e cioè non essendo altro che il riflesso delle idee che la classe governante – avendo occupato le posizioni di rilievo al suo interno – esprime, è conseguentemente privo anche di ogni forma di coloritura politica o sociologica.

In tal senso quindi può comprendersi e condividersi quanto affermato da Schmitt circa la natura di "strumento tecnico-neutrale" dello Stato,[83] cioè di strumento (o di arma) di cui le diverse forze politiche, periodicamente occupantine i gangli vitali, possono servirsi a piacimento al fine di sfruttarne l'enorme forza di coercizione e di dominio che esso incarna. Questi due caratteri della tecnicizzazione e della neutralizzazione rappresentano infatti ancor'oggi i caratteri essenziali dello Stato, qualora però lo si intenda (solo) come apparato – oggettivamente dunque, senza le diverse raffigurazioni politologiche tese a farne, di volta in volta, espressione delle diverse tesi (liberale, sociale, costituzionale) – : l'insieme degli organi cui spetta il potere di comando, ossia l'autorità sul popolo.

Non si rinviene invece, negli scritti hobbesiani, quel rapporto di strumentalità che caratterizza il rapporto fra sovrano e Stato, e questo poiché per Hobbes sovrano è il rappresentante, e non il popolo che al rappresentante conferisce quel potere. C'è però in Hobbes, per la prima volta nella storia, una vera teorizzazione del ruolo dello Stato, visto come macchina artificiale, neutra, come apparato di comando, che risponde alla volontà del rappresentante sovrano. E' ben chiaro dunque come in Hobbes non vi sia alcuna mitizzazione del ruolo dello Stato, come ad esso Stato non sia concessa alcuna intrinseca volontà di comando, ma come quel comando sia in realtà conseguenza della volontà di persone, uniche sovrane. E quindi, se è Hobbes il primo teorico dello stato, è interessante notare come, per chi lo Stato lo ha ideato, esso non fosse altro che una macchina, un apparato di comando di cui il sovrano dovesse servirsi per la realizzazione degli

---

soltanto come *mezzo inteso al benessere dei cittadini*. Non riesco a vedere nessuna ragione per concordare in questo punto di vista. Lo <<stato>> è un'*astrazione*; esso non sente piacere o dolore, non ha speranze o timori, e quelli che riteniamo siano i suoi scopi, in realtà sono gli scopi *di certi individui che lo dirigono.* Quando pensiamo in modo concreto, e non astratto, troviamo, in luogo dello <<stato>>, certe persone che hanno un potere maggiore di quello che appartiene alla maggioranza degli uomini. E perciò, la glorificazione dello <<stato>> viene ad essere, di fatto, la *glorificazione di una minoranza dominante.* Nessun democratico può tollerare una teoria così fondamentalmente ingiusta."

Sulla stessa linea di pensiero anche Pierangelo Catalano (*Populus Romanus Quirites*, Giappichelli, Torino, 1970, pag. 5), secondo cui "Gli intellettuali della borghesia liberale (e poi fascista), rifiutando la concezione rousseauiana della sovranità popolare, elaborarono i concetti di 'stato', 'nazione' (e di 'popolo' in senso 'organico' o astratto): *la sovranità venne attribuita ad entità astratte ('sovranità dello stato', 'sovranità nazionale') cioè in concreto alla classe dei governanti*" (corsivi miei*).*

[83] C. Schmitt, *op.cit.*, pag. 76.

scopi. Ma non è chiaramente lui il sovrano, perché esso non è che un'entità artificiale, priva di anima. E' un Dio mortale, ma senza sovranità.

Hobbes esclude pertanto la configurabilità di forme di governo miste, cioè composte dalle tre forme di governo classiche, con una somministrazione a veri soggetti dei diversi poteri, per la ragione che "i poteri divisi si distruggono l'un l'altro".[84] Ed infatti, nel caso del governo misto, non siamo in presenza di uno Stato indipendente, ma, dice Hobbes, di "tre fazioni indipendenti", in cui "non c'è una persona rappresentativa, ma ce ne sono tre"; ciò poiché "se il re sostiene la persona del popolo e anche l'assemblea generale sostiene la persona del popolo e un'altra assemblea sostiene la persona di una parte del popolo, non si tratta né di un'unica persona né di un unico sovrano, ma di *tre persone e tre sovrani*".[85] Il problema della divisione della sovranità sarà ripreso da Hobbes anche negli *Elementi*, laddove la critica nei confronti del principio della divisione dei poteri si fa più puntuale e specifica. Ed infatti Hobbes mostra come il principio della *mixture* non riguardi la sovranità, che di per sé è indivisibile, quanto invece "l'amministrazione di essa", cioè il suo esercizio: "è questa commistione quella che inganna, *come fosse la commistione della sovranità*".[86]

Ciò che viene dunque a mancare secondo lo scrittore inglese è quell'unica volontà, quel potere comune che caratterizza la persona del rappresentante sovrano, ossia quella persona cui (come si legge in incipit del capitolo XVIII) viene conferito "dalla maggioranza il *diritto* di impersonare tutti quanti (cioè di essere il loro *rappresentante*)",[87] dietro autorizzazione dei medesimi a disporre di tutte le loro forze.

Qui Hobbes traccia anche la distinzione tra popolo e *moltitudo* che sarà ripresa successivamente. Solo il 'popolo' può essere considerato una persona sola, perché nella moltitudine ognuno conserva la propria volontà, e quindi non le si può neanche attribuire un'unica azione; ciò che trasforma la moltitudine in popolo vero e proprio è l'accordo fra i vari individui che la compongono di "tenere come volontà di tutti quella di un solo individuo, oppure quella della maggioranza, perché in tal modo essa viene fornita di una volontà";[88] in tal caso quando parliamo di popolo, intendiamo in realtà parlare – puntualizza Hobbes – di "uno Stato che vuole comanda vuole ed agisce attraverso la volontà di un solo individuo".[89]

[84] T. Hobbes, *Leviatano, op.cit.,* pag. 531.
[85] *Ivi,* pag. 537.
[86] Id., *Elementi*, *op.cit.,* pag. 174.
[87] Id., *Leviatano,op.cit.,* pag. 285.
[88] Id*., Sul cittadino,op.cit.,* pag. 159.
[89] *Ibidem*

2.1.4 Per una visione moderna della sovranità: Spinoza e Rousseau

Ma è con Spinoza che il concetto di sovranità popolare comincia ad assumere connotati di modernità, tali da rendere l'autore il vero precursore di Rousseau. Nel *Trattato teologico-politico* (1670), al cap. XVI, Baruch Spinoza lumeggia in un modo più approfondito di Hobbes l'origine contrattuale della società. Ed infatti Spinoza individua un 'nuovo' soggetto che si fa portatore della sovranità, cioè del diritto di comandare su tutti: la società; il diritto della società di comandare su tutti si chiama <<democrazia>>. La condizione per l'esistenza della pace sociale è che "ciascuno trasferisca tutta la propria potenza alla società, la quale deterrà così da sola il sommo diritto naturale su tutto, vale a dire il *supremo potere* … Questo diritto della società si chiama <<democrazia>>, la quale si definisce, perciò, come l'unione di tutti gli uomini che ha collegialmente pieno diritto a tutto ciò che è in suo potere".[90] Quindi, c'è un trasferimento di poteri simile a quello hobbesiano, ma in questo caso il terminale non è lo Stato, ma la società, e quindi la democrazia. Ecco quindi i primi spiragli della teoria democratica cara a Rousseau: non c'è più il *pactum subiectionis* di Hobbes, ma si rivelano i primi spiragli del *pactum consociationis*.

E' interessante notare come anche in Spinoza sussista quella distinzione fra sovranità ed imperio che abbiamo precedentemente messo in luce. Ed infatti, in un passo di poco successivo a quello appena letto, Spinoza mette in relazione ciò che egli chiama "il sommo potere" (ma che possiamo tradurre benissimo con sovranità, visto quanto ci dice il *Trattato politico*) con "il diritto [delle supreme autorità] di imporre tutto ciò che vogliono", affermando che se le supreme autorità perdono la sovranità "perdono insieme anche il diritto illimitato d'imperio".[91] Ed infatti, "il diritto di sovranità o dei sommi poteri non è altro che il medesimo diritto naturale determinato dalla potenza, non già dei singoli, ma della *massa*, che viene guidata da una mente sola";[92] o, come viene detto altrove, "il diritto sovrano viene definito dalla potenza comune della moltitudine associata".[93] Ciò ne fa un potere assoluto ed indivisibile.[94] C'è quindi un trasferimento di potere, attraverso un contratto, dalla massa al singolo che eserciterà lo stesso potere, cioè a "colui che per comune consenso amministra la cosa pubblica", potere che – sebbene la traduzione italiana sia "diritto pubblico", in realtà – l'autore definisce come *imperium*, sommo potere di comando.

[90] B. Spinoza, *Trattato teologico-politico,* Einaudi, Torino, 1972, pag. 382.
[91] *Ivi*, pag. 383.
[92] Id., *Trattato politico,* a cura di A. Draetto, Ramella Torino, 1958, pag. 184.
[93] *Ivi,* pag. 192.
[94] *Ivi*, pag. 240.

Risulta evidente dunque come, nel pensiero dell'autore, sussista una chiara differenza fra cioè che è la sovranità e l'imperio, e di come le due cose, sebbene reciprocamente collegate ed auto-implicantisi, tuttavia rimangono distinte e trovino diverse fonti di legittimazione.

In questo contesto peraltro è la parola democrazia e la stessa realizzazione della medesima che comincia a farsi prepotentemente strada, dopo esser stata ancora ripudiata dagli autori precedenti che invece preferivano altre forme di governo. Giustificando infatti la sua scelta di occuparsi "di preferenza" del sistema democratico, Spinoza spiega che esso gli appare come "il più naturale e il più conforme alla libertà che la natura consente a ciascuno"[95] e ciò poiché in esso "nessuno trasferisce ad altri il proprio naturale diritto in modo così definitivo da non essere più consultato; ma lo deferisce alla *parte maggiore* dell'intera società, di cui egli è membro. *E per questo motivo tutti continuano ad essere uguali come erano nel precedente stato di natura*".[96] Non v'è chi non veda come tali affermazioni siano fondamentali nella storia del processo del costituzionalismo democratico, e come proprio in queste parole, prim'ancora di Rousseau – che Kelsen stesso definisce come il più grande teorico della democrazia – , si scorgano i primi barlumi di un assetto di potere veramente ed intrinsecamente democratico. Ora, questa *parte maggiore* di cui parla Spinoza ricorda molto da vicino quella che è la *volontè general* di Rousseau, tanto da poterne essere definita la precorritrice, in quanto già in essa si dà prevalenza al solo criterio che può fondere insieme i diritti di libertà ed uguaglianza: il principio maggioritario; solo il principio maggioritario infatti permette di considerare ognuno allo stesso livello dell'altro, permettendo in ultimo quell'esplicazione della libertà che si concreta nella conservazione di tutti i diritti di cui il cittadino godeva nello stato di natura – principio questo che poi sarà ampiamente sviluppato da Rousseau nei suoi studi.

Ed è proprio il rapporto tra potere dello stato e diritti di libertà del cittadino che risulta ancora essenziale nel pensiero di Spinoza, perché egli, differentemente da Hobbes (ma anche da Locke), non nega al cittadino una propria sfera di intangibilità rispetto allo Stato, una sfera di libertà nella quale lo Stato non può penetrare, e quindi una sfera di diritti che rimangono di proprietà assoluta del cittadino, e di cui egli dunque non può in alcun modo disfarsi trasferendoli allo Stato, perché costituiscono quell'insieme di diritti naturali che gli appartengono originariamente. Ciò emerge chiaramente da una lettura sistematica degli ultimi capitoli del *Trattato teologico-politico* (capp. XVI-XX). Al riguardo, all'inizio del cap. XVII si legge: "Nessuno, infatti, potrà mai trasferire ad altri il proprio potere né, di conseguenza, il proprio diritto fino al punto da cessare di

[95] Id., *Trattato teologico-politico*, pag. 384.
[96] *Ivi*, pag. 384 s. (corsivi miei)

essere uomo; e nemmeno si darà mai un potere così assoluto, che possa fare tutto ciò che vuole".[97] È ovvio che i due aspetti sono in reciproca correlazione, dal momento che una sfera di libertà all'individuo può esser garantita solamente se lo Stato, incontrando dei limiti all'estensione del suo diritto d'imperio, non possa fare ciò che vuole: da ciò peraltro deriva anche la considerazione che lo Stato non può considerarsi sovrano, dal momento che il suo potere non è assoluto, ma (richiamando le considerazioni di Thomas Hobbes) appare limitato da un potere più grande: i diritti naturali dell'individuo.

Ma è nel cap. XX che il pensiero di Spinoza perviene alle sue conclusioni, lumeggiando anche quanto è stato in precedenza affermato. In particolare, si chiariscono quali sono quei diritti naturali che Spinoza riteneva sottratti allo Stato: la libertà di chiunque <<*di pensare quello che vuole e di dire quello che pensa*>> – così infatti si intitola il capitolo finale. "Nessuno, infatti, può, né può essere costretto a trasferire ad altri il proprio naturale diritto, e cioè la propria facoltà di ragionare liberamente e di esprimere il proprio giudizio intorno a ogni cosa": la libertà di coscienza e di parola, quindi, assurgono nel pensiero dell'autore a diritti assolutamente inviolabili, che lo stesso soggetto non solo non può essere costretto a trasferire, ma che non può in alcun modo trasferire: ciò vuol dire che quei diritti appartengono alla sua sfera giuridica inviolabile, e che sono eccettuati dal trasferimento originariamente effettuato di potere e diritto allo Stato.[98] Trasferimento originario che, dunque, come spiega lo stesso autore, deve ritenersi limitato "al diritto di agire di proprio arbitrio".[99]

D'altra parte, ciò risponde alla finalità specifica che Spinoza assegna allo Stato: <<*Finis ergo Reipublicae revera libertas est*>> (<<Il vero fine dello Stato è dunque la libertà>>);[100] ciò che ne fa – con grande lungimiranza – uno strumento nelle mani delle persone che detengono il potere, e non quindi finalità in sé. Potremmo dire che viene meno, con Spinoza, quell'aura di terrore ispirata dal mostro Leviatano, al quale i cittadini non dovevano altro che obbedienza assoluta ed incondizionata; qui invece non solo il cittadino conserva una sua sfera di intangibilità rispetto allo stato, ma è lo Stato stesso che perde il suo diritto d'imperio assoluto, e che si mostra quale strumento nelle mani di coloro che detengono il potere.

---

[97] *Ivi*, pag. 412. Concetto ribadito a pag. 414: "benché in tal modo il diritto e il potere dello Stato siano da noi concepiti sufficientemente ampi, tuttavia non si darà mai il caso che esso sia talmente grande che coloro che lo esercitano abbiano un assoluto potere di fare tutto ciò che vogliono".

[98] *Ivi*, pag. 480; "Tutto questo, infatti, rientra nell'ambito del diritto individuale, al quale nessuno, anche se lo voglia, può rinunciare" (*ibidem*).

[99] *Ivi*, pag. 483: "E' dunque soltanto al diritto di agire di proprio arbitrio, che ciascuno rinunciò, e non a quello di ragionare e giudicare"; ed anche, a pag. 484, Spinoza giudica sovversive per l'ordine pubblico quelle opinioni che, "tosto che sono poste, viene annullato il patto con cui ciascuno rinunziò al diritto di comportarsi secondo il proprio arbitrio".

[100] *Ivi*, pag. 490, in nota 1.

Si è detto che Spinoza può essere considerato il precursore politico di **Rousseau**, cui si deve la migliore declinazione del principio della sovranità popolare. Potremmo infatti dire che Rousseau porta alle estreme conseguenze le migliori intuizioni di Spinoza, costruendo intorno ad esse un sistema di principi politici ben delineato. E' già nel sesto capitolo del libro primo de *Il contratto sociale* – l'opera più nota –, intitolato *Del patto sociale*, che riecheggiano con evidenza le parole di Baruch Spinoza:

<<Trovare una forma di associazione che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, e per la quale ciascuno, unendosi a tutti, non obbedisca tuttavia che a se stesso, e resti libero come prima>>. Questo è il problema fondamentale cui il contratto sociale tenta di trovare una soluzione.[101]

Emerge infatti in entrambi gli scrittori la necessità della conservazione del grado di libertà goduto durante il precedente stato di natura: necessità che eentrambi i pensatori pongono a base del loro sistema di pensiero ed attorno a cui fondano i pilastri che sorreggono l'intera impalcatura costituzionale. Dunque, il passaggio dalla libertà naturale a quella civile – derivante dall'essersi l'uomo unito agli altri uomini, diventando così un cittadino – non comporta per il soggetto nessun detrimento di diritti o poteri, ma solamente vantaggi: egli conserva il precedente stato di libertà, assommando ad esso i vantaggi derivanti dal vivere comune (in primis, la sicurezza, rispondendo al bisogno di conservazione individuale).

Ora, tale patto sociale si esplica in un contratto le cui clausole si riducono sostanzialmente ad una: "l'alienazione totale di ciascun associato con tutti i suoi diritti a tutta la comunità";[102] ossia: <<*Ciascun di noi mette in comune la sua persona sotto la suprema direzione della volontà generale; e riceviamo in quanto corpo ciascun membro come parte indivisibile della comunità*>>.[103] Ora, qui viene introdotto un nuovo concetto, quello di *volontà generale,* fondamentale ai fini dell'impostazione del pensiero dell'autore e della sua stessa comprensione. Rousseau però lo introduce, ma non ci spiega subito cos'è; e ciò poiché è necessario prima rivolgere l'attenzione alla cornice ermeneutica nella quale tale principio viene calato. Ora, tale atto di associazione, costituito dall'unione dei diritti dei consociati, porta alla creazione di "un corpo

[101] J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale,* Einaudi, Torino, 1964, pag. 23.
[102] *Ivi,* pag. 24.
[103] *Ibidem*

morale e collettivo", di una vera e propria persona pubblica, cui Rousseau assegna una serie di nomi, a seconda di quale visuale prospettica egli prescelga. Dunque, tale persona pubblica, che si può chiamare *repubblica* o *corpo politico,* prende il nome di "*Stato* quando è passivo, *corpo sovrano* quando è attivo, *potenza* in relazione agli altri corpi politici".[104] E' già interessante notare come l'autore ginevrino scelga di assegnare al termine Stato una valenza meramente passiva, relegando l'attributo della sovranità in altra sfera, ed in primis in capo al popolo; infatti, successivamente dichiara che gli associati prendono collettivamente il nome di popolo, "e singolarmente si chiamano *cittadini* in quanto partecipi dell'autorità sovrana, e *sudditi* in quanto sottoposti alle leggi dello Stato."[105]

E' nel libro secondo però che Rousseau si sofferma a trattare della sovranità, sottolineando le stesse caratteristiche già messe in luce da Hobbes: inalienabilità, indivisibilità ed assolutezza. Prima, è però necessario stabilire cosa sia o cosa debba intendersi per 'sovranità'. Afferma Rousseau che essa altro non è che "*l'esercizio della volontà generale*".[106] Ora, Rousseau spiegherà cosa intende per volontà generale concretamente solamente nel terzo capitolo dello stesso libro, ma qui, nel primo capitolo del libro secondo, ne fissa i principi operativi; in primis, dà atto del fatto che "soltanto la volontà generale può dirigere le forze dello Stato in modo conforme al fine della sua istituzione, che è il bene comune".[107] Quindi, come detto in precedenza, alla volontà generale spetta il compito della direzione dello Stato, che ha come fine quello di governare la società in base al comune interesse nascente dall'accordo degli interessi particolari. Ciò giustifica il pensiero di Rousseau circa l'intrasmissibilità e la non rappresentabilità della sovranità: <<la sovranità, non essendo che l'esercizio della volontà generale, non può mai essere alienata, e […] il corpo sovrano, il quale è soltanto un ente collettivo, non può essere rappresentato che da se stesso: *si può trasmettere il potere, ma non la volontà*".[108]

Intuizione questa di estrema importanza, perché mostra come la sovranità in sé non può essere concessa a nessun altro che non sia il popolo: nel momento in cui si decidesse o si arrivasse ad un trasferimento della sovranità non esisterebbe più la democrazia, ma saremmo di fronte ad un'altra forma di stato; per lo stesso motivo la sovranità, in sé, non è rappresentabile, dal momento

[104] *Ivi,* pag. 25.
[105] *Ibidem*
[106] *Ivi,* pag. 37 (corsivo mio).
[107] *Ibidem*
[108] *Ibidem* (c. mio). Altrove, lo stesso concetto è ribadito: *"La sovranità non può essere rappresentata, per la stessa ragione per cui non può essere alienata; essa consiste essenzialmente nella volontà generale, e la volontà non si rappresenta: o è quella stessa, o è un'altra; non c'è via di mezzo. I deputati del popolo non sono dunque né possono essere suoi rappresentanti; non sono che i suoi commissari: non possono concludere nulla in modo definitivo. Ogni legge che non sia stata ratificata direttamente dal popolo è nulla; non è una legge.*"

che non può essere trasmessa: si può trasmettere solo il potere ad essa ricollegato, ma non la volontà in quanto tale: questa appartiene indissolubilmente al popolo in quanto tale, in quanto unico in grado di esprimerla.

Proprio per il configurarsi della sovranità come esercizio della volontà generale, essa non può in alcun modo essere divisa: farlo significherebbe conferire la sovranità solamente ad una porzione particolare del popolo, e non a tutto il suo corpo. In ciò la critica che Rousseau scaglia contro quel tipo di "scrittori politici [che], non potendo dividere la sovranità nel suo principio, la dividono nel suo *oggetto*: la dividono in forza e volontà, in potere legislativo e potere esecutivo …";[109] tale errore scaturendo "dal non essersi fatta una nozione esatta dell'autorità sovrana, e dall'aver preso per parti di questa autorità quelle che erano invece sue *emanazioni*".[110] E' evidente dunque come il tema della sovranità venga irrimediabilmente a porsi in contrasto col principio della divisione dei poteri, in base al quale la sovranità, smembrata in tanti pezzi, viene successivamente ricondotta ad unità non si sa in quale modo e per quale via. Il principio della divisione dei poteri – come si vedrà meglio in seguito – può essere enunciato, salvo che si considerino tali poteri non come espressione diretta di una sovranità parcellizzata, ma come sue *emanazioni*, come applicazioni di sé. Ed infatti, per usare ancora una volta le lucidissime parole dell'autore, "ogni qual volta si creda di vedere la sovranità divisa, ci si inganna: che i diritti che si considerano come parti di questa sovranità sono tutti a essa subordinati e implicano sempre delle volontà supreme di cui questi diritti non fanno che consentire l'*esecuzione*".[111] Parole di straordinaria lucidità che gettano nuova luce sui rapporti fra principio della sovranità popolare e divisione dei poteri, che poi saranno meglio e più approfonditamente esaminati nel prosieguo.

Dal riconoscimento del connotato dell'indivisibilità deriva, come sua conseguenza fisiologica, quello dell'assolutezza. Per sovranità infatti deve intendersi quel potere assoluto che, diretto dalla volontà generale, il patto sociale conferisce al corpo politico su tutti coloro che lo costituiscono. L'unico limite al potere assoluto è rappresentato dal necessario rispetto delle convenzioni generali, in primis del principio di uguaglianza: poiché i cittadini, infatti, "si obbligano tutti sotto le stesse condizioni e devono godere tutti degli stessi diritti", ne deriva che "ogni atto

[109] "Essi fanno del corpo sovrano un ente fantastico e formato di elementi giustapposti; è come se componessero un uomo con parecchi corpi, dei quali uno abbia gli occhi, un altro le braccia, un terzo i piedi, e nient'altro. I ciarlatani giapponesi – si dice – tagliano a pezzi un fanciullo sotto gli occhi degli spettatori; poi, gettando in aria tutte le sue membra una dopo l'altra, fanno ricadere il fanciullo vivo e ricomposto. Tali sono press'a poco i giochi di bussolotti dei nostri politici; dopo aver smembrato il corpo sociale con un gioco di prestigio da fiera, ne riuniscono non si sa come i pezzi" (*ivi,* pag. 39, c.m.).
[110] "Così, per esempio, l'atto di dichiarare la guerra e quello di far la pace sono considerati atti di sovranità; ma a torto, perché ciascuno di questi atti non è affatto una legge, ma solamente un'*applicazione* della legge, un atto particolare che determina il caso della legge" (*ivi*, pag. 40, c.m.).
[111] *Ibidem* (c.m.)

della sovranità, vale a dire ogni autentico atto della volontà generale, obbliga o favorisce ugualmente tutti i cittadini … [essendo] una convenzione del corpo con ciascuno dei suoi membri".[112]

Ciò presupposto, è ora possibile comprendere appieno ciò che Rousseau intende per 'volontà generale', concetto in sé tanto fondamentale quanto sfuggente. E' nel terzo capitolo del secondo libro che Rousseau definisce cosa sia la volontà generale, nel momento in cui si chiede se essa possa errare. Per farlo, l'autore utilizza l'*argomentum a contrario*, cogliendone le diversità con l'affine, ma diversa figura della 'volontà di tutti'. Ora, la figura della volontà di tutti è ricondotta dall'autore alla volontà particolare, perché tale volontà mira solamente all'interesse privato, non essendo altro che una mera somma di volontà particolari – laddove invece la volontà generale (come si è già avuto modo di appurare) non tende che all'interesse comune e alla pubblica utilità – ; <<ma [afferma l'autore] togliete da queste volontà il più e il meno che si distruggono a vicenda, resta quale *somma delle differenze* la volontà generale>>.[113]

Ne deriva che il concetto della volontà generale non ha una sua esistenza autonoma, ma si ricava dalla depurazione delle volontà particolari di ciascuno, e quindi da quella che è definita la 'volontà di tutti'. Potremmo dire infatti, utilizzando una formula matematica, che essa appare come il *minimo comun denominatore* che affascia tutte le espressioni delle volontà particolari, ossia come ciò che esse hanno in comune allorchè siano depurate da quelle espressioni ('il più e il meno') che, lungi dal far riferimento ad una volontà comune, in realtà rispondono solo ad interessi particolari. Ed infatti, solo attraverso quest'interpretazione è possibile cogliere il senso dell'espressione per cui è proprio grazie alla volontà generale che 'l'uomo viene costretto ad essere libero': lo si costringe nel momento in cui lo si libera da quegli interessi particolari, e lo si riconduce sulla retta via dell'interesse comune, solo seguendo la quale il cittadino potrà dirsi veramente libero, e non soggiogato ad interessi particolari.[114]

---

[112] *Ivi*, pag, 46.
[113] *Ivi*, pag. 42 (c.m.)
[114] Critica invece il concetto di <<volontà generale>> di ispirazione rousseauiana Gaetano Azzariti (in *Diritto e conflitti,* Editori Laterza, Roma-Bari, 2010, pagg. 389 ss.), ritenendolo un "*assolut[o] trascendent[e]",* frutto di "assiomi indeterminati" (pag. 390), in esso rinvenendo "il fondamentale s*carto teorico* nella costruzione rousseauviana" (pag. 389). Invero, appare in merito opportuno richiamare la fondamentale distinzione, prima sottolineata, tra <<volontà di tutti>> e <<volontà generale>>, e, in particolare, la determinazione della volontà generale quale <<somma delle differenze>> delle volontà particolari, ricavata dalla depurazione delle singole volontà particolari <<dal più e dal meno>> che le caratterizza quali espressioni di bisogni strettamente individuali, cui consegue l'individuazione di un minimo comun denominatore che cristallizza la volontà generale quale espressione precipua dell'esercizio concreto della sovranità popolare. E' anzi proprio il concetto di volontà generale – spiegato in tali termini – che consente di assegnare concretezza al principio della sovranità popolare, evitando che lo stesso resti pressochè lettera morta, priva di una sua effettiva applicazione pratica, la volontà generale rappresentando proprio, quale modalità d'espressione

Ben si spiega allora, da questa visuale, la contrarietà espressa dall'autore ginevrino rispetto alle società *parziali*; esse infatti, influenzando il pensiero del cittadino con l'indirizzarlo unicamente verso gli scopi perseguiti dalla società parziale, hanno come nefasta conseguenza quella di eliminare la somma delle piccole differenze, ad esse invece sostituendo una differenza unica: in tal caso, allora, "non vi è più una volontà generale, e il parere che prevale non è che un parere particolare".[115] Infatti, tali società parziali non hanno altro effetto se non quello, azzerando le differenze di pensiero fra i cittadini che vi partecipano, di creare una volontà generale dell'associazione rispetto a quella dei suoi membri, così però creandone una particolare rispetto allo Stato. E' proprio dunque quell'omogeneità di pensiero che nasce dall'appartenere ad un'associazione che mina in sé il riconoscimento della volontà generale, la quale, nascendo dalla somma delle differenze, nel momento in cui esse si assottigliano – scomparendo magari in un pensiero unico –, ne minano in radice l'operatività, venendone a mancare l'humus eziologico.

2.1.5 Hegel, Kelsen e Heller: l'essenza della sovranità

La ricerca del substrato ontologico del concetto di sovranità – di che cosa essa sia e di che cosa per essa debba intendersi – trova uno dei suoi maggiori rappresentanti in G.W. Friedrich Hegel. Nei *Lineamenti di filosofia del diritto,* l'autore tedesco fissa i caratteri del potere sovrano, affermando che esso

> contiene […] entro sé in tre momenti della totalità: 1) l'*universalità* della costituzione e delle leggi; 2) la deliberazione, in quanto relazione del *particolare* all'universale; 3) il momento della *decisione* ultima come *autodeterminazione* entro cui tutto il resto ritorna, e da cui esso trae l'inizio della sua realtà. Questa autodeterminazione assoluta costituisce il principio distintivo del potere sovrano.[116]

Hegel individua dunque l'essenza stessa del concetto di sovranità nella *capacità di autodeterminarsi in modo assoluto*, fondendo il momento della decisione con quello

---

dell'intero corpo sovrano, il trait d'union tra principio della sovranità popolare e sua concreta applicazione, quale indirizzo unitario determinativo dei poteri e delle funzioni dei singoli organi statali.

[115] *Ivi,* pag. 43.

[116] G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto,* Bompiani, Milano, 2006, pag. 471.

dell'universalità: la sovranità come capacità di decidere per se stessi, slegati da qualsiasi rapporto particolare; questa concezione concreta della sovranità – come capacità di determinarsi in modo assoluto – rimanda alle osservazioni di Hobbes circa l'assolutezza della sovranità, ed il suo essere connotata dal non poter soffrire limitazioni di alcun tipo, perché, ovviamente, qualora tali limitazioni sussistessero, esse implicitamente affermerebbero *in re ipsa* l'esistenza di un'autorità maggiore atta a limitarla, alla quale dunque sola bisognerebbe riconoscere il simulacro della sovranità. In tal modo, ricollegando la sovranità a questa capacità assoluta di auto-determinarsi, Hegel riconduce il momento della sovranità a quello della *volontà,* in ciò assimilando e condividendo il pensiero di Rousseau, cui infatti riconosce il merito di aver individuato nella volontà il "principio dello Stato"[117] – sebbene poi l'autore stesso critichi lo scrittore ginevrino per la sua teoria della sovranità popolare, ritenendo che la stessa sia fondata su "una rappresentazione *rozza* del *popolo*".[118]

Tale concezione concreta della sovranità (che trova i suoi precursori in Spinoza, Rousseau e Hegel), legata profondamente al contributo dell'elemento volontaristico, trova il suo pieno sviluppo nella concezione della sovranità di Hermann **Heller**, che, non a caso, individua quale suo contraltare Hans **Kelsen**, teorico invece di una concezione astratta della sovranità, basata sulla visuale di una sovranità dello Stato, e per esso dell'ordinamento stesso. E' nella polemica tra questi due grandi autori – cioè tra una sovranità concepita come attributo dello Stato, e per esso dell'ordinamento normativo ed un'altra invece che rimanda ineludibilmente al popolo non come spuria fonte di titolarità (come vorrebbe la prima), ma come soggetto reale dotato di un concreto potere esercitante – che il tema della sovranità ha trovato la sua configurazione definitiva. E' su questa diatriba dunque che si porrà ora attenzione onde cogliere definitivamente i connotati del concetto di sovranità, per come si ritiene esso debba essere correttamente inteso.

Orbene, Hermann Heller, in quel meraviglioso saggio che è *La sovranità*,[119] si scaglia contro la dottrina della sovranità e dello Stato espressa da Kelsen ne *Il problema della sovranità,*[120] criticandone la visione astrattizzante; addirittura, Heller parla di "una dottrina dello Stato senza Stato",[121] alla cui desostanzializzazione segue anche la dissoluzione del concetto di sovranità. Ora,

[117] *Ivi,* pag. 419.
[118] *Ivi*, pag. 479. Ed infatti, per Hegel, soggetto della sovranità non può che essere lo Stato, inteso come "il *Razionale in sé e per sé"* nonché come "la realtà dell'Idea etica" (*ivi,* pag. 417); il popolo, astratto da tale momento totalizzante, non può nemmeno essere pensato, rivelandosi nient'altro che "massa amorfa … alla quale non spetta più *nessuna* delle determinazioni che si dànno soltanto nel *Tutto entro sé formato*" (*ivi*, pag. 479 ss.).
[119] Ora contenuto in Id., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato,* a cura di Pasquale Pasquino, collana Arcana Imperii, Giuffrè, 1987, pagg. 67 ss.
[120] H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale,* a cura di A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989.
[121] H. Heller, *op. cit.,* pag. 46.

le critiche helleriane sono facilmente comprensibili alla luce delle affermazioni kelseniane. Ed infatti, nello scritto citato, il giurista austriaco, presupponendo la completa identificazione fra ordinamento giuridico e Stato,[122] riconosce l'attributo della sovranità, in ultimo, unicamente alla norma giuridica in quanto tale.[123] Conseguentemente, ciò conduce Kelsen a negare qualsiasi sostrato naturalistico al concetto di sovranità, ritenendo che l'affermazione di tale sostrato derivi, in realtà, dall'altrettanto errato riconoscimento di una realtà naturale allo Stato, che invece, ben lungi, deve essere considerato solamente nella sua idealità, come norma o sistema di norme, ossia come "l'ordinamento giuridico definito "Stato"".[124] Ne deriva che "La sovranità non va vista come una qualità reale – e quindi empiricamente e induttivamente osservabile – nel mondo esterno dei fatti percepibili, una qualità che inerisce a un oggetto naturale fisico o psichico, ma come un'*ipotesi*, un presupposto nel pensiero dell'osservatore che vuol conoscere lo Stato e il diritto".[125]

Il concetto di sovranità, dunque, viene a tramutarsi in un mero presupposto ideale, utile ai fini della rappresentazione dello Stato quale ordinamento giuridico supremo, perdendo qualsiasi caratterizzazione sostanzialistica. Ciò sposta anche il soggetto della sovranità, poichè la sovranità non è più carattere precipuo dello Stato, ma può affermarsi "solo come qualità dell'ordinamento

[122] Aspetto questo trattato da Kelsen con maggiore approfondimento nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (Einaudi, Torino, 1952), libro nel quale egli fonda le basi della sua concezione positivistica del diritto ("La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo. Del diritto positivo semplicemente, non di un particolare ordinamento giuridico"; *ivi,* pag. 47), intesa come teoria rivolta unicamente alla conoscenza del diritto in quanto tale, ossia come scienza giuridica ("Essa, come teoria, vuole conoscere esclusivamente e unicamente il suo oggetto. Essa cerca di rispondere alla domanda: che cosa e come è il diritto, non però alla domanda: come esso deve essere o deve essere costituito. Essa è *scienza del diritto*, non già politica del diritto"; *ibidem,* c.m.), con esclusione di tutti gli argomenti sociologici o politologici – o comunque estranei alla meccanica applicazione del diritto – che ne possono inficiare, scadendo in valutazioni soggettivistiche, l'apollinea <<purezza>>. In tale contesto, l'ordinamento giuridico non è altro che un sistema di norme giuridiche, in sé autonomo, che discende la sua validità dal poter essere ricondotto, in ultimo, ad una norma fondamentale, una *Grudnorm*, dalla quale nasce quella "*concatenazione produttiva*" che dà vita allo *Stufenbau,* ossia alla costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, per la quale ogni norma rinviene il suo fondamento di validità dalla norma precedente, fino a pervenire, in una costruzione piramidale, alla norma fondamentale, che è l'unica norma non posta, ma presupposta ("Il rapporto fra la norma che determina la produzione di altra norma e la norma prodotta nel modo esaminato può essere rappresentato con l'immagine spaziale dell'ordinamento superiore e inferiore. La norma che determina la produzione è la più alta e quella prodotta nella forma stabilita è la più bassa. L'ordinamento giuridico non è pertanto un sistema di norme giuridiche di egual gerarchia e che si trovano situate l'una vicino all'altra a un medesimo livello, ma è un ordinamento a gradi, composto da differenti strati di norme giuridiche. La sua unità è data dalla *concatenazione* risultante dal fatto che la produzione e quindi la validità dell'una risale all'altra la cui produzione è a sua volta determinata da un'altra, un regresso che sbocca infine nella norma fondamentale, nella regola ipotetica fondamentale e quindi *nel fondamento supremo di validità che costituisce la base dell'unità di questa concatenazione produttiva*; *ivi,* pag. 105).

[123] "Il comando di quest'uomo è solo il riempimento di una norma in bianco; egli è infatti autorità solo in forza della norma. "Sovrana" è dunque solo la norma, "sovrano" è quest'uomo che comanda, solo nella misura in cui si presuppone la norma come "suprema"" (H. Kelsen, *Il problema della sovranità,* pag. 15).

[124] *Ivi,* pagg. 17 ss. Ancora: "lo Stato è un ordinamento ideale, un sistema di norme, una idealità, e mai una realtà" (*ivi,* pag. 20).

[125] *Ivi,* pag. 23.

giuridico, e non dello Stato".[126] Da qui il passo fino al riconoscimento del carattere formale della sovranità è breve, conseguendone lo spostamento dell'analisi non più sul concetto di sovranità in sé, ma su quello di *competenza sovrana*, intesa come "capacità del potere statale di determinare esso stesso la sua competenza, cioè il suo ambito di efficacia",[127] nella specifica capacità del potere legislativo di determinare i limiti del diritto positivo: in tal modo "La sovranità dello Stato (oppure della comunità degli Stati) si rivela perciò identica alla positività del diritto".[128]

E' proprio tale equiparazione formalistica fra sovranità, Stato ed ordinamento giuridico che porta Heller a parlare di una degenerazione progressiva del concetto di sovranità, che proprio in Kelsen trova la sua apoteosi, poiché quel concetto oggi "non ha più né un soggetto né un patria".[129] L'assenza del soggetto di riferimento deriva, ad avviso dell'autore, dall'aver eliminato il concetto di *volontè générale,* quale elaborato da Rousseau, ossia "il popolo considerato come una unità di volontà";[130] concetto che nemmeno Montesquieu aveva eliminato – chè anzi la dottrina della divisione dei poteri rispondeva precipuamente allo scopo di trasformare quella volontà generale in legge senza alterazioni, cioè "a rendere pensabile la volontà del detentore dell'autorità dello Stato scevra da ogni soggettività, e la volontà dello Stato come norma oggettiva indipendente da ogni arbitrio individuale" [131] e che – come si è visto – anche Hegel apprezza, nel momento in cui ancora nel popolo designa il soggetto della sovranità. E' dopo la rivoluzione del 1848, afferma Heller, che tale sostrato naturalistico della sovranità si perde, disciolto nell'idea di una legalità positivistico-formale, che prende il posto del concetto di legittimità. Di tale visione la dottrina kelseniana basata sull'equiparazione tra Stato e diritto non rappresenta che la definitiva sublimazione, comportando la completa degenerazione del concetto di sovranità.

Spetta dunque a Hermann Heller il merito di aver restituito al principio di sovranità un soggetto giuridico, riprendendo e rielaborando quel concetto di *volontà generale* che, lucidamente elaborato da Rousseau, venne in seguito, non più compreso, totalmente abbandonato nella riflessione costituzionalistica. Soggetto giuridico che lo stesso giurista tedesco nega possa invece essere individuato nello Stato, laddove esso sia interpretato in modo astratto ed irreale; ciò infatti condurrebbe nuovamente all'ipostatizzazione errata Stato=diritto, e la sovranità dello Stato equivarrebbe a quella del diritto, sì negando al concetto di sovranità qualsiasi sostrato materialistico

[126] *Ivi,* pag. 27. Concetto ribadito anche successivamente, allorchè si precisa che l'essere la sovranità una mera 'qualità' dell'ordinamento giuridico significa negarle una sua superiorità rispetto all'ordinamento giuridico stesso, nel quale è invece assorbito.
[127] *Ivi,* pag. 71.
[128] *Ivi,* pag. 127.
[129] H. Heller, *op. cit.,* pag. 74.
[130] *Ivi,* pag. 76.
[131] *Ibidem*

e naturalistico. Sostrato che invece Heller vuole recuperare, rinvenendo in esso la stessa idea di 'sovranità'. E' ovvio dunque che i tentativi della dottrina tedesca di trovare un soggetto della sovranità presupponendo una concezione dello Stato visto come astrazione o finzione siano irrimediabilmente destinati al fallimento. Non a caso, l'unico autore cui Heller riconosce di aver svolto un'autentica opera di ricerca di un soggetto dotato di volontà in tal senso è Carl Schmitt, con il quale peraltro condivide l'idea che il concetto di 'sovranità dello Stato' non rappresenti altro che "un espediente per nascondere una *tergiversatio* di fronte al problema reale";[132] conclusione che conduce lo stesso Schmitt – con ben noto –, in uno con la necessità di trovare un soggetto reale di espressione del potere, ad affermare che <<sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione>>.

Ora, Heller, nella ricerca del soggetto della sovranità, cita Bodin e Hegel. Del primo, ricorda un passo della *Respublica* (precedentemente citato) nel quale il giurista francese, nell'ottica di mostrare chiaramente l'essenza del principio di sovranità, nega anche ai dittatori – nei quali, nel sistema di diritto pubblico romano, assistiamo alla più alta concentrazione di potere – la qualità di organi sovrani, dal momento che la durata dei medesimi soffre di un'importante limitazione temporale (potendo essi rimanere in carica solamente per massimo sei mesi). Nell'ottica quindi di una sovranità concepita come *perpetua potestas,* e nonostante il grande potere che in essi si riversa, nondimeno neanche essi possono essere considerati come soggetti sovrani. Anche Hegel riconosce al popolo una sovranità reale, sebbene poi, ritenendo che essa non possa essere assunta in antitesi a quella del monarca, arrivi sostanzialmente a negare quell'affermazione, assorbendola in quella del monarca.

La collocazione invece nello Stato del soggetto della sovranità – afferma ancora Heller – si basa su un errato presupposto: la "localizzazione dello Stato nel governo";[133] ciò che porta ad affermare che non un singolo o un insieme di individui debba essere riconosciuto come il soggetto della sovranità, ma solo lo Stato in quanto 'ente', in quanto "unità di volontà risultante da una molteplicità di volontà *non* soggetta ad alcuna politica di decisione superiore".[134] Ne deriva, nell'ottica dell'autore, che solo il popolo può essere concepito come soggetto idoneo della sovranità; ciò essendo possibile, però, solo in base a particolari condizioni. La prima delle quali risiede nella corretta lettura della nozione di 'popolo', cercando di recuperare quella veste concreta e sostanziale che le recenti teorie formalistiche dello Stato avevano ad esso recisamente negato, vedendovi nient'altro che una somma concettuale di singoli. Non è una caso, allora, che, a tale

[132] *Ivi,* pag. 130; del quale peraltro cita un passaggio del saggio *La dittatura*, nel quale Schmitt scrive che la teoria della sovranità dello Stato rappresenta solo il tentativo di <<*ipostatizzare un'unità superiore immaginaria per farne un soggetto reale di un potere reale*>> (c.m.).
[133] *Ivi,* pag. 137.
[134] *Ibidem*

scopo, Heller – in questo percorso di individuazione e precisa definizione del concetto di sovranità – citi Hobbes e la sua definizione di popolo nel *De cive* (<<*Per populum vel moltitudinem quoties ipsam aliquid velle, imperare, vel facere dicimus, intelligitur civitas quae imperat, vult et agit per voluntatem unius hominis, vel per voluntates plurium hominum consentaneas: quod nisi in conventu fieri nequit. Quoties autem a multitudine hominum sive magna, sive parva, aliquid fieri dicitur sine voluntate illius hominis vel conventus, id factum esse a populo subdito, id est, a multis simul civibus singularibus, neque ex una voluntate, sed ex pluriuso provenire plurium hominum, qui cives sunt e subditi, civitas non sunt*>>).

Quindi, l'unificazione della volontà popolare – indispensabile perché il popolo possa governare – avviene attraverso gli strumenti tecnici del principio di maggioranza e della rappresentanza, che, unici, "permettono al popolo in quanto unità di governare il popolo in quanto molteplicità e di diventare soggetto della sovranità. Precondizione di entrambi è però l'esistenza concreta di una *volontè gènèrale,* che sola in fin dei conti può indurre la minoranza a sottomettersi ai rappresentati nominati dalla maggioranza".[135] Qui vi è, in realtà, la summa del pensiero di Hermann Heller, con la quale – viste le riflessioni già avanzate, che trovano qui conferma – non si può che concordare ampiamente. Ossia, Heller, postosi il problema del soggetto della sovranità, non ritiene di averlo risolto 'in astratto' (qui ovviamente non inteso in senso kelseniano) individuando nel popolo tale soggetto; potremmo infatti dire che la limitazione dell'analisi a tale individuazione non avrebbe fatto apparire il popolo, come soggetto giuridico della sovranità, più concreto o reale di quanto non fosse stato in precedenza lo Stato – con il rischio di cadere nella stessa accusa di formalismo ed astrattismo da lui rivolta a Kelsen. No: Heller è conscio che tale individuazione è solo il primo passo per conferire a tale soggetto una sua materialità, tanto da farlo diventare realmente un soggetto reale della sovranità.

In primis, dunque, emerge la necessità di definire giuridicamente il popolo; successivamente, quella di fare in modo che questo popolo – identificato nella massa informe dei cittadini – possa veramente indirizzare la volontà politica dello Stato, e quindi il problema di come fare in modo che un soggetto tanto diversificato possa esprimersi con una sola voce, idonea ad imprimere allo Stato un preciso <<indirizzo politico>>. A tal fine sono infatti previsti gli istituti tecnici del principio di maggioranza e quello di rappresentanza. La grande 'novità' della riflessione helleriana è nell'aver ricondotto tali strumenti tecnici nel loro alveo originale, nell'averne mostrato, per l'appunto, la strumentalità, nell'aver ad essi restituito un senso: quello di essere espressioni della volontà generale, senza la quale questi stessi non possono essere compresi, o meglio non

[135] *Ivi,* pag. 140.

possono essere compresi nella loro reale fenomenologia, finendo in ultimo per rimanere sostanzialmente adespoti, sfociando nell'autoreferenzialità.

E' questo il concetto che consente di dare concretezza allo stesso principio della sovranità popolare, che permette di trovare un'esplicazione concreta della volontà popolare, di dare ad essa un'effettiva unità, in grado di indirizzare realmente l'azione dello Stato. Solo in tal modo è possibile assegnare un senso ed una reale operatività al potere dello Stato, solo intendendolo come derivato dal popolo. Afferma ancora in merito Hermann Heller – riferendosi in particolare alla Costituzione di Weimar, ma con parole che hanno una valenza generale:

> Merita senz'altro che si presti attenzione a quanto poco i nostri studiosi di diritto costituzionale sappiano dire a proposito della frase: 'Il potere dello Stato deriva dal popolo'. Non viene spesa una sola parola sul fatto che in ultima analisi tutta la prima parte della costituzione di Weimar, in particolare la funzione del Presidente, del Parlamento e del governo del *Reich*, ecc. possono essere comprese soltanto sulla base di questa frase, e precisamente come *rappresentanza autorizzata dal basso*; o che *tutto il sistema di vincoli come le elezioni, la controfirma, il parlamentarismo, i referendum, l'iniziativa, ecc., giuridicamente hanno senso soltanto in quanto costituiscono la garanzia giuridica della derivazione del potere dello Stato dal popolo*.[136]

E' dunque attraverso gli strumenti tecnici della rappresentanza e del principio maggioritario che si riesce a conferire alla sovranità popolare una concreta operatività, oltrepassando l'angusto confine del principio formale per renderlo realmente in grado di esprimere la sua sovranità: solo in tal modo, quindi, è possibile ottenere quel soggetto adeguato della sovranità, "soltanto se si concepisce la *volontè gènérale* come unificata e voluta concretamente da un'istanza rappresentativa, ma anche come realmente presente".[137]

Ciò detto sul soggetto della sovranità – individuato nel popolo pel tramite del concetto della volontà generale –, Heller si sofferma sulla sua *natura*, su ciò che, per sovranità, oggi si deve intendere: e anche qui le sue conclusioni non sono meno che illuminanti. Il pregio maggiore della sua teoria consiste nel riportare al centro dell'analisi la volontà umana, facendone il referente assoluto di qualsiasi decisione suprema, e restituendo ad essa quel ruolo che invece le dottrine

[136] *Ivi,* pag. 141.
[137] *Ivi,* pag. 142. Ancora: "Senza l'assunzione di una *volontè gènèrale* rappresentata e concretamente presente, non si perviene né ad un concetto di diritto, né ad uno di Stato. Grazie ad essa invece appare il soggetto della sovranità che cerchiamo" (*ivi,* pag. 167).

formalistico-legalistiche le hanno negato, riconducendo l'intero processo decisionale a moti meccanici indipendenti da qualsiasi volontà umana. Ma la visione concreta con la quale Heller guarda alla realtà del diritto non gli impedisce di restituire ad esso il ruolo che spetta alla volontà, intesa essa come riferentesi, in ultimo, ad un soggetto reale che la esprime e le dà forma.

> Con il termine sovranità indichiamo il carattere dell'indipendenza assoluta di un'unità di volontà rispetto ad ogni altra unità di decisione efficace ed universale; così esprimiamo in modo positivo che l'unità di volontà in questione è l'unità di decisione universale suprema all'interno di questo ordinamento autoritativo.[138]

D'altra parte, non può che essere questa la risposta alle tesi kelseniane, che snaturavano totalmente il concetto di sovranità identificandolo nell'ordinamento giuridico. Ora, Heller ristabilisce le precise gerarchie nel mondo del diritto, rifiutando l'impostazione che vede nell'ordinamento giuridico il vero ed unico sovrano. Il presupposto da cui parte l'autore è che "Tutti i concetti giuridici validi sono ombre proiettate da processi sociali reali",[139] e che, conseguentemente, la positivizzazione del diritto non può mai prescindere da quella che il giurista tedesco chiama "la volontà umana imprevedibile".[140] Anzi, l'essenza della sovranità – richiamando la definizione dello Jellinek circa la <<capacità di esclusiva auto-determinazione giuridica>> – risiede proprio nella capacità di positivizzare il diritto nelle sue forme più alte, cioè "nella positivizzazione di principi giuridici in norme giuridiche supreme che determinano la comunità".[141] Ne discende che la sovranità, intesa come "proprietà di un'unità di azione e di decisione universale sul territorio", non può esser identificata con il diritto; o meglio, il diritto non può considerarsi sovrano, poiché la sovranità "per garantire il diritto […] si afferma in modo assoluto eventualmente anche *contro* il diritto".[142] In tal modo dunque vengono ristabiliti le gerarchie fra l'oggetto della sovranità – ciò che viene posto, il diritto – ed il soggetto della sovranità – ciò che ha il potere di porlo –; il diritto non viene più indicato come sovrano, ma sovrana diviene l'<<unità di volontà>> che quel diritto pone. E, d'altra parte, è proprio ciò che per l'autore caratterizza appieno la natura

[138] *Ivi,* pag. 168.
[139] *Ibidem*
[140] *Ivi,* pag. 171.
[141] *Ivi,* pag. 115; "la natura della sovranità consiste nella capacità di positivizzare delle norme giuridiche supreme, vincolanti la collettività" (*ivi*, pag. 121).
[142] *Ivi,* pag. 244.

della sovranità, il suo carattere assoluto e supremo (ormai "diventato quasi incomprensibile alla quasi totalità delle teorie attuali"): "la *soluta potestas* anche nei confronti del diritto".[143]

Ne consegue, nell'ambito dei rapporti fra principio di sovranità e positività, una necessaria svalutazione di quest'ultima, svalutazione che giunge a negarne persino la sostenibilità logico-giuridica nel momento in cui la si considera nient'altro che "un colossale autoinganno",[144] risiedente nella convinzione di una quasi totale auto-sufficienza del sistema legalistico-formalistico nella determinazione del diritto; in tal modo però confondendo – come ancora una volta mette brillantemente in luce l'autore tedesco – il *Sollen* con il *Mussen*, cioè la validità normativa, il "dover essere […] politico-giuridico", con quella logica, vale a dire "con l'oggettività del dover essere logico-matematico, che è indipendente dalla volontà":[145] la confusione dunque tra validità logica e normativa, "vale a dire fra l'unità logica del sistema e quella concretamente sociale, *fra lo scrittoio e la vita*".[146] E' questa rappresentazione 'meccanica' del diritto – per cui esso viene ricondotto agli schemi delle scienze matematiche – che conduce inevitabilmente ad una sua dissoluzione di senso, a quell'"*irrealtà spettrale* di una dottrina dello Stato senza Stato e di una scienza giuridica senza diritto"[147] con cui Heller conclude il suo giudizio sul positivismo kelseniano. E' in questo spazio artificioso, di non-realtà che vengono maturate le visioni dello Stato, dell'ordinamento giuridico e della sovranità; in questo spazio che rifiuta di prendere coscienza dei processi sociali reali da cui soli prende forma il diritto.

Da qui, appunto, il considerare il positivismo un 'auto-inganno', dal momento che essa pensa di potersi esiliare dal mondo reale rinunciando ad una comprensione sistematica dei fatti ed autoesiliandosi in una torre d'avorio; quando invero, come ben mette in luce Heller, non è possibile separare le sorti dal diritto dalle inevitabili "premesse filosofico-sistematiche", alle quali neanche il diritto può sfuggire, pena la perdita di qualsiasi direzione di senso, pena, per l'appunto – parafrasando la noto critica che Hegel rivolse a Schelling ed al suo Idealismo, – scivolare progressivamente in "una […] notte in cui tutte le vacche sono nere".[148] La dottrina 'pura' del diritto, dunque, ultima espressione del positivismo giuridico, viene a mostrarsi alfine come "l'assolutizzazione sistematica del liberalismo e della sua 'libertà dallo Stato', e quindi […] al

[143] *Ivi,* pag. 193.
[144] *Ivi,* pag. 260.
[145] *Ivi,* pag. 360.
[146] *Ivi,* pag. 166 (c.a.)
[147] *Ivi,* pag. 361 (c.a.)
[148] *Ivi,* pag. 390.

tempo stesso [come] la maschera giuridica dell'opposizione liberale alla dottrina della sovranità dello Stato".[149]

Va quindi a Hermann Heller il merito, indubbio, di aver restituito concretezza al principio di sovranità, che nell'elaborazione kelseniana e della scuola del 'diritto puro' aveva smarrito qualsiasi latitudine di senso, qualsiasi riferimento a parametri materiali ed a premesse fattuali, annegando infine nel vacuo significato di una sovranità dello Stato visto come ordinamento giuridico, ergo in una sovranità del diritto, in una sovranità della norma giuridica, che altro non è se non l'espressione normativa di un mero addentellato logico-giuridico. Inoltre, a Heller deve essere riconosciuto un altro merito: quello di aver fornito una definizione contenutistica della sovranità, che rappresenta un passo avanti rispetto all'impostazione di Bodin, per cui *iubendae ac tollendae legis summa potestate*. L'autore tedesco infatti introduce un *quid pluris*: la sovranità non risiede più solamente nel fare o togliere le leggi, ma nel fissare i principi fondamentali della comunità, cioè, sostanzialmente, nel darsi una Costituzione, darsi quelle norme supreme vincolanti una società che ne rappresentano il massimo grado di espressione.

2.1.6 Il significato odierno del principio di sovranità popolare: la scelta dell'indirizzo politico generale

La dottrina moderna della sovranità compie però un ulteriore passo in avanti rispetto a questa visuale, uscendo dall'ambito strettamente 'positivistico' nel quale essa era confinata. Heller infatti non si accorge che, riducendo comunque il criterio della sovranità nella posizione di norme giuridiche – benché supreme –, cade nello stesso errore prospettico della dottrina legalistico-formalistica criticata: anche in tal caso la natura della sovranità viene a risentire comunque del fenomeno della positivizzazione giuridica. Ora – come si metterà in luce nei paragrafi successivi – è proprio questa visuale che la dottrina moderna ha criticato, mettendo in luce come quella 'unità di volontà' che esprime una 'unità di decisione universale suprema' non può ritenersi cristallizzata come parametro della positivizzazione, come da Bodin in poi sempre è stata vista. Il concetto di sovranità, e la sua natura, non si manifesta più nella capacità di dettare legge, ma esprime un più

[149] *Ivi,* pag. 260.

generale aspetto di volontà che ingloba anche – ma in cui non si identifica totalmente – la capacità di porre leggi.

Indi, quest'ultima non è altro che una della modalità espressive riconducibili al concetto di sovranità, ma non la sola. Se – come si sostenuto fin qui – è nel popolo che bisogna individuare il soggetto della sovranità (e non in enti astratti o fittizi come lo Stato o l'ordinamento giuridico); e se essa – come altrettanto è stato messo in luce – si esprime tramite il concetto della 'volontà generale' (che solo può esprimere veramente la volontà popolare riducendola ad un'unità di volontà ed azione), non si può oggi più affermare che la natura della sovranità risieda nel dettare leggi, che essa si identifichi – confondendovisi – con la funzione legislativa.

Le premesse poste ci conducono invece verso la necessità di una definizione della sovranità che tenga conto di questa nuova realtà: del rapporto instauratosi tra il sovrano – il popolo – ed il suo rappresentante giuridico – lo Stato. Ora però, non può bastare la mera enunciazione dell'esistenza di un tale rapporto a fondare e concretare materialmente il suo contenuto, altrimenti ricadendosi nell'errore di lasciare comunque in mano allo Stato l'esercizio concreto di quel potere che dal popolo è stato ad esso delegato, tramite la scelta dei suoi rappresentanti. Non può trasformarsi quindi una sovranità popolare in una sovranità parlamentare. Il rapporto fra popolo e Stato impone invece che il secondo sia legato al primo, le cui direttive generali lo Stato (inteso come Stato-apparato) è chiamato ad applicare; in ciò, oggi, si ritiene possa enuclearsi la vera natura della sovranità: nella capacità di orientare l'azione dello Stato, di indicare ad essa il fine politico: nell'esposizione, in ultimo, di 'un indirizzo politico'.

Ci si viene a porre quindi nella scia di quanto aveva già lucidamente compreso ed affermato Costantino Mortati, che riteneva che il passaggio alla sovranità popolare comportasse che

> *al popolo* si affidi non già solo il compito della disegnazione dei titolari del supremo potere decisionale, ma altresì quello della *scelta dell'indirizzo politico generale, e che inoltre venga garantita la fedeltà ad esso dell'attività rivolta alla sua attuazione ed al suo svolgimento, deferita, nella sua sede più elevata, all'apparato centralizzato costituito dallo Stato-governo"*.[150]

[150] C. Mortati, *Art. 1 Cost.* in *Commentario della Costituzione – Principi fondamentali,* Zanichelli, Bologna, 1975*,* pag. 26.

2.2 Il termine ‘popolo’. L’espressione ‘sovranità popolare’

La palingenesi ermeneutica della concezione della sovranità comporta, come immediata conseguenza di ordine logico, la necessità di approfondire e definire giuridicamente, nell’ambito della prospettiva esaminata, il soggetto cui la Costituzione assegna l’attributo della sovranità: il ‘popolo’. Ora, la Costituzione, malgrado tale assegnazione, non definisce giuridicamente cosa sia il ‘popolo’, restando quindi all’interprete il compito di assegnargli un significato che rispecchi il più possibile la visione espressa nel testo costituzionale. In tale prospettiva appare evidente che, come per il concetto di ‘sovranità’, anche quello di popolo, in questa nuova prospettiva, necessita di una rielaborazione interpretativa, tesa a far risaltare i caratteri che immediatamente derivano dall’attribuzione della sovranità. E anche per tale operazione spunti interpretativi vengono dallo studio della realtà costituzionale della Roma repubblicana e dalla riflessione che ne ha tratto la dottrina giuspubblicistica romanistica.

Orbene, volendo indicare una latitudine ermeneutica entro la quale situare la riflessione sul concetto di ‘popolo’, appaiono due i poli attorno a cui oscilla la nozione di popolo: unità e pluralità; l’unità concerne il rapporto fra la moltitudine e il popolo, e gli elementi che consentono il passaggio, attraverso un’unificazione di volontà, dal primo al secondo elemento; la pluralità riguarda invece il popolo nella sua dimensione interna, nel rapporto tra le varie parti che lo costituiscono (i cittadini). Entrambi gli elementi devono sussistere contestualmente affinchè il concetto di popolo non smarrisca la sua intrinseca valenza e il suo più intimo significato.

Ebbene, il primo elemento (l’unità) pone sostanzialmente un interrogativo: come permettere la trasformazione di una *moltitudo,* intesa come amorfa sommatoria di una pluralità di individui, in una figura unitaria, dotata di una propria autonomia e soggettività giuridica. A tale interrogativo risponde Thomas Hobbes, che, nelle pagine del *De cive*, traccia chiaramente la distinzione tra ciò che deve definirsi ‘moltitudine’ e ciò che, invece, può definirsi come ‘popolo’, essendo implicito che il passaggio dalla prima alla seconda necessiti di un *quid pluris*: solo nel popolo infatti si può riscontrare quell’elemento della ‘*unicità*’ che invece nella moltitudine è assente; solo il popolo, cioè, può essere configurato come un soggetto unico, e quindi come tale manifestarsi, esprimendo una propria precisa volontà. Nella moltitudine, al contrario, questa *reductio ad unum* non è presente, e quindi, malgrado in nulla dal punto di vista materialistico essa si differenzi dal ‘popolo’ – essendo anch’essa, come quest’ultimo, costituita da un semplice insieme di uomini –, ad essa però non è dato esprimersi come un insieme ordinato, con una sola voce, ma le sue azioni rimarranno sempre le

azioni di ogni singolo individuo, rimanendo pertanto plurime e diverse, senza (ancora) alcuna riduzione "all'unità di una persona".[151]

Quand'è allora, sempre seguendo il pensiero dell'autore inglese, che si addiviene alla formazione di un popolo, ossia quando una moltitudine può essere configurata come una persona naturale, agente attraverso un'unica azione, ed esprimentesi attraverso un'unica volontà? Come alla base della formazione del Leviatano, anche qui, alla base della formazione di un popolo, c'è un patto, un patto con il quale tutti i componenti della moltitudine stabiliscono "di tenere come volontà di tutti quella di un solo individuo, oppure quella della maggioranza."[152] E' attraverso tale patto – che è un patto tra i singoli fra loro –, cioè attraverso un reciproco riconoscimento di volontà, che si verifica quel passaggio dal concetto di moltitudine a quello di popolo, inteso come *universitas civium*.

Ora, si deve a Cicerone l'essere riuscito a condensare in poche ma illuminanti parole gli elementi su cui si basa tale patto, che devono essere condivisi da tutti i partecipanti: egli definisce infatti il popolo come <<*coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*>>, ossia non un qualsivoglia agglomerato di uomini riunito in qualunque modo, ma una riunione di gente associata per accordo nell'osservare la giustizia e per comunanza d'interessi. Ciò che quindi rende una moltitudine un popolo è un accordo degli individui basato sul rispetto delle leggi e sulla comune utilità:[153] sono questi due elementi che fanno di una moltitudine un popolo, conferendo unità a un mero raggruppamento disarmonico di individui: la decisione di sottoporsi all'impero

[151] T. Hobbes, *De cive, Classici della politica,* Utet, Torino, 1959, pag. 155. "Si deve considerare, in primo luogo, che cos'è una moltitudine di uomini che si riuniscono in uno Stato di loro spontanea volontà: essa *non è un tutto unico*, ma un insieme di uomini, di cui ciascuno ha la propria volontà e la propria opinione su qualsiasi proposta. E, anche se in virtù di contratti particolari i singoli individui hanno un loro diritto e una loro proprietà, così che ciascuno possa dire dell'una e dell'altra cosa <<questo è mio>>, non vi sarà nulla di cui tutta la moltitudine possa dire a ragione, come una persona ben distinta dai singoli individui, <<questo è mio>> o <<questo è altrui>>. Così pure non v'è alcuna azione che si debba attribuire a una moltitudine come sua; ma, se tutti, o molti, vi hanno acconsentito, non sarà un'azione sola, ma saranno *tante azioni quanti sono gli individui …* Quel che è fatto da una moltitudine, bisogna intendere che sia fatto da *ciascuno degli elementi* di cui è composta" (*ivi,* pag. 153 ss., corsivi miei).

[152] *Ivi,* pag. 154.

[153] "Quando parliamo di <<popolo>> […] alludiamo ad una molteplicità strutturata, unificata da quella comunanza di interessi, di leggi e di valori cui fa riferimento la decisiva definizione ciceroniana" (M. Luciani, *Art. 75 Cost: la formazione delle leggi, il referendum abrogativo.* in *Commentario della Costituzione (*a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna-Roma, 2005, pag. 44). Pur sposando la definizione ciceroniana, l'autore ritiene, tuttavia, che la questione del popolo vada problematizzata, poiché "Nelle democrazie pluralistiche, più che un soggetto reale, il popolo è un soggetto di diritto, e più precisamente un centro di imputazione di norme, che possiede i tratti denotativi tipici delle finzioni giuridiche" *(ibidem)*; "la constatazione dell'inesistenza fattuale di un popolo" non deve però indurre, secondo l'autore, ad accettare passivamente la *fictio* giuridica, dovendo al contrario sollecitare una riflessione più profonda sull'identità del popolo, tale da condurre all'individuazione, pur nell'esistenza di differenziazioni, di "una base a tutti comune", che "consenta di costruire (se non *un popolo* come lo intendeva la tradizione romana) almeno quello che si può chiamare il *demos possibile*" (*ivi,* pag. 45).

della legge (e la comunione di interessi che tale scelta sottace) rende gli individui parte della comunità, ossia cittadini.[154]

Raggiunta l'unificazione in tal modo, bisogna però evitare che tale unità si astrattizzi, perdendo il collegamento con la base pluralistica che la compone: è il tema che si potrebbe definire (condensando il pensiero dell'autore) della <<pluralità nell'unità>>, che parte della dottrina romanistica ha sapientemente ricavato dallo studio della realtà costituzionale romana, ritenendolo elemento spesso obliterato nella riflessione costituzionalistica contemporanea.[155] Se infatti la prima operazione consente l'unificazione giuridica di una moltitudine in una realtà unitaria, tale seconda operazione serve a mantenere costante e operante il dato della pluralità dei cittadini che compongono il popolo, la sua anima pluralistica. Il rischio infatti che si corre smarrendo tale dato è quello di corrodere l'intrinseco sostrato pluralistico del popolo, consentendone l'assorbimento, ridotto a semplice organo, in un ente più complesso – si fa riferimento all'operazione di inglobamento che ha portato all'assorbimento del popolo nello Stato, e alla conseguente attribuzione a quest'ultimo della sovranità.

Orbene, tale rischio può essere evitato solamente ripercorrendo la genesi storica del concetto di popolo, e, in particolare, ricollegandosi al suo sembiante originario: la moltitudine. Il concetto di moltitudine rispecchia quello di popolo, a parte alcuni elementi su cui ci soffermeremo più avanti, dal punto di vista della sua composizione: si potrebbe affermare che gli individui di cui si compone una moltitudine sono gli stessi di cui si compone anche il popolo, a parte alcuni tratti specializzanti che ne consentono l'unificazione. Appare necessario quindi riconnettersi all'idea romanistica di popolo, cioè del popolo inteso come insieme dei cittadini componenti la comunità, recuperando una

[154] L'idea del rapporto tra cittadinanza e diritto è coltivata anche da altri autori, in epoca più recente. Kant, ne *Per la pace perpetua* (Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 2003, pag. 59), afferma che la Costituzione "è l'atto della volontà generale che fa di una moltitudine un popolo", riconoscendo l'azione non solo unificatrice del testo costituzionale rispetto all'idea di popolo, ma anche, si potrebbe dire, un'azione fondativa: è la Costituzione, cioè, a creare, riconoscendolo, il popolo; fuori da essa, non esiste un popolo, ma una mera somma di individui, privi di soggettività.

[155] Il Catalano, nelle primissime pagine (pag. 5) dell'opera *'Populus Romanus Quirites',* avverte infatti l'importanza di "non perdere, nella visione dell'unità del 'popolo', la pluralità degli individui". Il rischio infatti che ravvede l'autore è quello di smarrire tale caratteristica intrinseca del popolo, e, facendone un'unità astratta, consentirne l'inglobamento organico e il successivo assorbimento nel concetto di Stato, come è avvenuto nelle elaborazioni della dottrina ottocentesca, ripresa anche dalla giuspubblicistica contemporanea. Solo recuperando il rapporto fra *civis e populus* in Roma antica, avverte l'autore, è possibile recuperare una visuale propriamente democratica del concetto di popolo. "La metamorfosi del concetto di 'popolo' segna […] la separazione della democrazia dal liberalismo. E nel concetto di *peuple* del Rousseau si trovano i primi elementi del nuovo concetto, propriamente democratico. Gli intellettuali della borghesia liberale (e poi fascista), rifiutando la concezione rousseauiana della sovranità popolare, elaborarono i concetti di 'stato', 'nazione' (e di 'popolo' in senso 'organico' o astratto): *la sovranità venne attribuita ad entità astratte ('sovranità dello stato', 'sovranità nazionale') cioè in concreto alla classe dei governanti*" (*ibidem,* corsivi miei*).*

concezione del rapporto tra cittadino e popolo come "rapporto tra parte e tutto",[156] tale per cui "*Populus* non significa semplicemente l'unità, bensì anche la pluralità di una 'moltitudine' di uomini organizzati".[157] Merito del recupero di tale prospettiva biunivoca – nella quale sono contestualmente presenti i caratteri di unità e pluralità all'interno della nozione di popolo – va ascritto, secondo il Catalano, al Rousseau, il quale per primo riuscì a cogliere la concezione della pluralità degli individui alla base del concetto di 'popolo', necessaria anche ai fini della precisa attribuzione della sovranità – intesa in senso stretto, cioè come potere diffuso, come appartenenza della sovranità a ogni singolo cittadino.

Rousseau, nel capitolo VI del libro I de *Il contratto sociale*, parlando del patto sociale alla base della nascita della repubblica, afferma che

> Questa persona pubblica, che si forma così dall'unione di tutte le altre, prendeva una volta il nome di città, e adesso quello di *repubblica* o di *corpo politico*, il quale a sua volta è chiamato dai suoi membri *Stato* quando è passivo, *corpo sovrano* quando è attivo … Gli associati […] prendono collettivamente il nome di *popolo*, e singolarmente si chiamano *cittadini* in quanto partecipi dell'autorità sovrana e *sudditi* in quanto sottoposti alle leggi dello Stato>>.[158]

In tal modo Rousseau, da una parte, individua due visuali dalle quali è possibile analizzare il popolo, tracciando una precisa diversificazione tra una funzione passiva e una attiva, cogliendo chiaramente la fase di partecipazione alla sovranità come funzione attiva del popolo e quella di sottoposizione alle leggi dello Stato come funzione passiva, individuando dunque il popolo come oggetto delle determinazioni a cui il medesimo si è volontariamente deliberato, in virtù della partecipazione alla fase (che potremmo chiamare) 'ascendente' della decisione;[159] dall'altra,

---

[156] *Ivi,* pag. 62. Tale visuale verrebbe rispecchiata, secondo il Catalano, nell'espressione *populus Romanus Quirites,* nella quale i due elementi dell'unione e della pluralità convivono, non indicando però "un <<ente ideale>> in cui sia stata <<unificata>> la pluralità dei *Quirites*, bensì una pluralità di individui <<riuniti>> o <<uniti>> (e in quanto tali *Quirites*)" (*ivi*, pag. 105), ossia appartenenti alla comunità. Concezione nella quale, secondo l'autore, si condensa la riunione insita nel termine popolo nonchè la pluralità insita nel termine *Quirites*, ad intendere come il concetto di popolo derivi proprio dalla particolare composizione pluralistica del termine.

[157] *Ivi*, pag. 116.

[158] J.-J. Rousseau, *op.cit.,* pag. 25.

[159] Scrive, in merito a tale ambivalente natura del popolo, con estrema lucidità, Lelio Basso (*Il principe senza scettro*, Feltrinelli, Milano, 1958, pag. 78, c.m.): "La burocrazia è stata abituata a ricevere ordini dall'alto ma a comandare a sua volta ai sudditi: è difficile per essa accettare l'idea che nel suddito, è oggi contemporaneamente presente il *sovrano*, che cioè il "pubblico" cui essa è abituata a comandare è in realtà quella *collettività sovrana che essa dovrebbe servire*". E ancora (*ivi,* pag. 186, c.m.): "E' certamente difficile far comprendere a un prefetto, a un questore, a un commissario di polizia o a un maresciallo dei carabinieri che la situazione politico-giuridica è oggi completamente mutata: che essi

distinguendo solo nominalmente tra popolo e componenti del popolo, Rousseau afferma che al popolo, inteso come collettività dei cittadini, spetta la sovranità, e che l'attributo della cittadinanza si lega a doppio filo con quello della sovranità, poiché tutti i cittadini sono titolari, ognuno singolarmente, nella sua sfera, di una parte di sovranità.

Concetto che nel capitolo primo del libro terzo l'autore svizzero particolareggia, dichiarando (supponendo lo Stato composto da diecimila cittadini) che <<Il corpo sovrano non può essere considerato che collettivamente e come corpo; ma ogni singolo, in qualità di suddito, è considerato come individuo: così il corpo sociale sta al suddito come diecimila sta ad uno; vale a dire che ciascun membro dello Stato non ha per sé che *la decimillesima parte dell'autorità sovrana*, quantunque gli sia sottoposto tutto intero>> [corsivo mio].[160] Ossia, distinguendo ancora tra funzione attiva e funzione passiva del popolo, il corpo sovrano, non potendo essere considerato che nella sua totalità, in quanto indivisibile, si compone dell'unione delle singole particelle di sovranità spettanti a ogni cittadino (indi per cui ad ogni individuo spetta la decimillesima parte dell'autorità sovrana); ne consegue che l'individuo partecipa attivamente, come cittadino, alla formazione della volontà generale in proporzione alla quota di sovranità a lui attribuita in relazione al numero dei cittadini (mentre come suddito, e quindi passivamente, è sottoposto interamente alle decisioni della medesima autorità sovrana).

L'affermazione che la sovranità risiede, parcellizzata, in ogni suo singolo componente lumeggia anche il concetto della sua appartenenza al popolo, volendosi significare che la sovranità appartiene al popolo in quanto appartiene, per la frazione di pertinenza, ad ogni singolo cittadino. In tale affermazione si condensa la teoria della *sovranità popolare in concreto* (o in senso stretto), intesa quale attribuzione diffusa della sovranità a ogni singolo componente, e per la quale quindi

---

rimangono sempre *al servizio del sovrano, ma che il nuovo sovrano è il popolo nella sua totalità,* e che perciò la loro funzione precipua è, oggi, non già quella di difendere il sovrano contro un pericoloso estendersi della sfera di libertà, ma quella *di garantire la piena esplicazione della libertà proprio in quanto esercizio in atto del potere sovrano.* Né più facile è persuadere un questore, un prefetto o magari il Ministro dell'Interno che un partito d'opposizione il quale intenda tenere un comizio in piazza contro il governo rappresenta anche in quel momento *il potere sovrano nell'esercizio della sua sovranità,* e che pertanto il dovere del questore, del prefetto o del ministro è quello di garantire al sovrano l'esercizio della sua potestà perché per questo, principalmente, esiste l'apparato statale e perché i suoi funzionari non hanno alcun potere discrezionale di limitazione dei diritti dei cittadini. Dice giustamente un commentatore della Costituzione, che nella nostra repubblica democratica "è il popolo sovrano che determina i limiti allo Stato, suo servitore, e non un sovrano assoluto che si spoglia di una parte dei 'suoi' poteri a favore dei 'sudditi'". Siamo certi ben lungi dall'aver fatto accettare ai funzionari, soprattutto a quelli di polizia, l'idea che essi *sono i servitori del popolo* a cui devono ubbidire e di cui devono assicurare il libero godimento dei diritti, ma ciononostante è questo il significato della nostra Costituzione".

[160] *Ivi,* pag. 82.

ogni cittadino, in quanto parte del popolo, deve essere considerato sovrano; ogni singola persona divenendo, come efficacemente ha tratteggiato il Castelli, "*fonte permanente di sovranità"*.[161]

Tale visuale concreta della nozione di popolo – e di sovranità –, attenta al sostrato pluralistico che la compone, malgrado non sia comunemente accettata, trova suoi rappresentanti anche nella dottrina costituzionalistica moderna, consentendo di affermare che esiste un sottile filo rosso che conduce tale interpretazione dalla Repubblica romana fino ai nostri giorni. Illuminanti appaiono, ancora una volta, le parole di Vezio Crisafulli:

> Nel nostro sistema costituzionale, infatti, *la suprema potestà di governo* non è attribuita al popolo come unità indivisibile, ossia come ad un unico soggetto, ma *a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali* ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico: né l'esercizio di tale suprema potestà si esaurisce sempre e soltanto in manifestazioni unitarie di volontà, spesso viceversa *articolandosi in una serie di atti parziali e particolari, che in diversi modi concorrono – quali presupposti, momenti preparatori e momenti costitutivi – alla formazione, all'esplicazione ed all'attuazione della potestà medesima, unitariamente considerata (sovranità popolare).*[162]

Risalta, nelle parole dell'autore, oltre alla sottolineatura dell'anima pluralistica del popolo – ossia all'attribuzione della sovranità a ogni suo singolo componente –, anche l'anima pluralistica del principio di sovranità popolare, cioè il suo manifestarsi non solamente con espressioni unitarie ma anche con manifestazioni particolari, derivanti dalle scelte di ogni singolo cittadino (connotanti allo stesso modo l'essenza della sovranità); la quale, dunque, come il popolo, appare comporsi di un'anima pluralistica – espressa dalle varie manifestazioni che la compongono – e di una unitaria,

---

[161] Mario Castelli, *Sviluppo democratico e potere negativo oggi in Italia e altri scritti (estratto)*, pag. 11 (scritto originario *In tema di destabilizzazione* contenuto in *Aggiornamenti sociali* 1981/4): "L'intuizione fondamentale pare possa essere la persona come fonte permanente di sovranità ai suoi vari livelli di espressione. Cioè sovrana è la persona, inalienabilmente, la quale esercita direttamente la sua sovranità … sovrane sono inoltre le comunità di persone, le quali esercitano direttamente la loro sovranità … Lo Stato come apparato non è sovrano, ma è struttura da usarsi come strumento dalle persone e dalle varie comunità di persone fino alla comunità nazionale" *(ibidem).*

[162] V. Crisafulli, *op.cit.,* pag. 439 [c.m.]. Si legga anche C. Esposito (*Commento all'art. 1* in *La Costituzione italiana – Saggi,* Cedam, Padova, 1954, pag. 9, c.m.): "In sostanza un regime nel quale si riconosce al cittadino, ad ogni cittadino, la capacità di creare il diritto, e nel quale si vuole che chi governa consideri il suddito come un potenziale governante; e che non vi siano duci e seguaci; e che sia riconosciuta a tutti i cittadini capaci di curare i propri interessi la capacità di collaborare alla determinazione del comune destino… un tale regime non afferma solo il principio della pari dignità di ogni cittadino, ma della *sovrana dignità di tutti i cittadini*".

nella quale tali manifestazioni vengono unificate e ricondotte a unità,[163] nell'espressione della volontà generale. L'impostazione data dall'autore al tema della sovranità ha quindi l'indubbio merito di far risaltare l'intrinseco legame sussistente fra i termini 'sovranità' e 'popolo', tale da rendere l'espressione 'sovranità popolare' – intesa come *sovranità parcellizzata* in ogni componente del popolo – un connubio pressochè inscindibile, tale per cui l'un termine non potrebbe essere compreso appieno se non riconnettendolo all'altro: parlare infatti di esercizio della sovranità popolare senza riferirsi al singolo cittadino, che, in esplicazione della sua (quota di) sovranità, concorre alla formazione della volontà generale, non avrebbe infatti alcun senso.[164]

Ma non solo: tale impostazione consente di cogliere il nesso esistente tra i concetti di popolo, sovranità popolare e democrazia: solo infatti la costante evidenziazione dell'intrinseco legame sussistente fra i due termini dell'espressione ('popolo' e 'sovranità'), e dell'intima anima pluralistica che entrambi li pervade, permette di fluidificare continuamente la democraticità del sistema costituzionale, dal momento che solo l'esercizio effettivo e costante da parte del popolo della sovranità di cui è titolare – e quindi solo l'esercizio effettivo e costante da parte di ogni cittadino di quella quota parcellizzata di sovranità che gli è individualmente attribuita – consente, innestando nell'alveo costituzionale una direttiva di senso promanante direttamente dai bisogni e dagli interessi delle singole persone (consustanziando quindi realmente il *kratos* del *demos*),[165] di vincolare gli organi costituzionali al rispetto di un indirizzo politico generale, evitando, con una degenerazione autoreferenziale del sistema, una sclerosi autarchica dei poteri statali.

Aspetto – del legame che anima i termini 'sovranità (popolare)' e 'democrazia' – che uno dei più illustri costituzionalisti italiani non ha mancato, con suggestive parole, di rilevare; scrive infatti Carlo Esposito:

> E veramente il contenuto della democrazia non è che il popolo costituisca la fonte storica o ideale del potere, ma che *abbia* il potere; non già che esso abbia solo il potere costituente, ma che a lui spettino

[163] Scrive Massimo Luciani (*Art.75 Cost., op.cit.,* pag. 42, c.m.): "Quando parliamo di <<popolo>>, tuttavia, alludiamo ad una *molteplicità strutturata*, unificata da quella comunanza di interessi, di leggi e di valori cui fa riferimento la decisiva definizione ciceroniana".

[164] Osserva Lelio Basso (*op.cit.,* pag. 58): "La sovranità popolare non può d'ora in avanti che essere la sovranità di ciascuno, ciascuno avendo eguali diritti a far pesare la propria volontà, la propria situazione, i propri interessi nella formazione di una volontà collettiva che dev'essere il concreto risultato di una contrapposizione di interessi e volontà".

[165] Segnala sul punto M. Luciani (*op.ult.cit.,* pag. 43) che "Mentre il *kràtos* è stato studiato in tutti i suoi aspetti, tanto che attorno ad esso sono state cucite non solo le teorie delle forme di governo (calibrate sulle modalità di *distribuzione* del potere fra gli organi dello Stato), ma anche quelle forme di Stato (incentrate sulle modalità di *esercizio* del potere nei confronti dei governati), la questione del *demos* è stata largamente trascurata ed è stata riscoperta solo oggi, nella prospettiva costruita dall'interrogativo sull'esistenza o meno di un <<popolo europeo>> o addirittura di un <<popolo mondiale>>."

poteri costituiti; e non che abbia la nuda sovranità (che praticamente non è niente) ma l'*esercizio* della sovranità (che praticamente è tutto).[166]

In ultimo, quindi, volendosi fornire una definizione del principio di 'sovranità popolare' che possa ritenersi esaustiva *summa* dei profili evidenziati finora nel testo, non si possono non richiamare, ancora una volta, le incisive espressioni di Vezio Crisafulli:

nel secondo comma dell'art. 1, sovranità popolare significa concretamente *spettanza del potere supremo al popolo*, al popolo vivente, risultante dal complesso dei soggetti che l'ordinamento considera appartenenti allo Stato ossia *suoi cittadini [il popolo come <<universalità dei cittadini>>*, secondo la felice espressione (…) della Costituzione francese del 1848]: giacchè non si tratta di designare, appunto, la fonte ideale del potere, ma di stabilire *a chi spetti la titolarità e l'esercizio del potere supremo*; non di affermare un generico consenso fondamentale della nazione al regime, ma di affermare bensì *il diritto di tutti i cittadini a concorrere* […] attraverso l'esercizio di poteri, diritti e libertà ad essi spettanti, *a formare la volontà suprema governante nella Repubblica Italiana*.[167]

3. Le implicazioni del principio di sovranità popolare sui rapporti tra Stato e popolo

Il principio della sovranità popolare, correttamente inteso, non può essere però compiutamente analizzato se non lo si rapporta anche al concetto di Stato, di cui dunque deve darsi un'interpretazione sistematica, sebbene ai soli fini dell'indagine prevista. Se infatti è il principio della sovranità popolare a divenire "*la fonte dello stesso testo costituzionale e dell'intero ordinamento della Repubblica*",[168] il dogma dell'esclusiva sovranità statale non può più reggere, e questo porta anche ad una diversa lettura esegetica della stessa essenza dello Stato, è proprio il concetto di Stato invero che viene ad essere totalmente capovolto dall'affermazione della sovranità popolare: non più lo Stato-sovrano, ma lo Stato-strumento, come sancito dalle Costituzioni francesi nel periodo rivoluzionario, per le quali <<La sovranità appartiene alla nazione>> (3 settembre

[166] C. Esposito, *op.cit.,* pag. 10 (c.m.).
[167] V. Crisafulli, *op.cit.,* pag. 428 (c.m.).
[168] *Ivi*, pag. 416.

1791) e <<*risiede nella universalità dei cittadini francesi*>> (Costituzione del 1848). E' dunque del paradigma statualistico di raffigurazione della sovranità che bisogna liberarsi per carpirne il significato più proprio, che nell'elemento statale trova non già l'essenza, ma solo lo strumento d'affermazione.

Dunque, dello Stato esistono due diversi contenuti concettuali – come riportato nella maggior parte della manualistica contemporanea[169] –, che danno luogo a "due distinti fenomeni reali" (cosa che, peraltro, già di per sé, è indicativa della confusione ingeneratasi attorno a tale elemento): Stato-comunità e Stato-governo. Nel primo significato Stato indica "l'intera comunità politicamente organizzata, nella sua unità dialettica di governanti e governati, di autorità e libertà"; nel secondo significato, quello di Stato-governo, indica invece solamente "quel determinato apparato che, all'interno del gruppo politico, esercita la potestà d'imperio, governa, amministra, legifera…". Nell'accezione comune, però, lo Stato è inteso solo nel primo significato, quello più inclusivo, di Stato-comunità, come "fenomeno statale complessivo", con riferimento all'intera società umana, del quale si teorizzano gli elementi costitutivi della sovranità, del popolo e del territorio. La differenza fondamentale fra le due visioni, come è dato cogliere ad occhio, risiede nella posizione rivestita dal popolo e dal ruolo che in queste ad esso si assegna: nello Stato-comunità il popolo è compreso nello Stato, e dunque diviene parte dello Stato, è lo Stato come "stessa nazione politicamente organizzata"; nella seconda, invece, il popolo è fuori dallo Stato, ed in esso vede "un qualcosa di estraneo e diverso e contrapposto a sé medesimo", lo Stato come apparato monopolizzatore della forza. Dunque, "Stato-società […] e Stato-governo: ossia, empiricamente, Stato come i governanti, e Stato come insieme dei governanti e dei governati".[170]

D'altra parte, com'è stato ben messo in luce, le tesi basate sulla sovranità dello Stato postulano necessariamente "il rifiuto della distinzione tra Stato e popolo in esso organizzato".[171]

Non solo. E' anche lo stesso termine <<sovranità>> a porsi in termini equivoci, perché con esso "ora si intende esprimere la potestà di governo, che sarebbe appunto sovrana nel senso di *suprema*, ora invece la originarietà dell'ordinamento giuridico statale (e perciò, in breve: ora la qualifica di una potestà, ed ellitticamente questa stessa potestà, ora la qualifica di un ordinamento)".[172] Da cui la domanda cruciale, ed in sé accentratrice del problema, e cioè: quando si

[169] Basti citare a proposito G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico*, Zanichelli, Bologna, XVI ediz., 2002, che, alle pagg. 10 ss., distingue fra Stato-società (inteso come *"un determinato popolo che risiede in un determinato territorio e che ha una sua organizzazione centralizzata (relativamente) stabile"*) e Stato-governo (inteso invece come *organizzazione o apparato centralizzato*).
[170] V. Crisafulli, *op. cit.,* pag. 418.
[171] G. Amato, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano,* Giuffrè, Milano, 1962, pag. 76.
[172] V. Crisafulli, *op. cit.,* pag. 421.

parla di sovranità dello Stato, lo si riferisce allo Stato-governo od allo Stato-società, inteso come fenomeno statale complessivo, e dunque inclusivo dell'elemento popolo? Se la sovranità viene riferita allo Stato-governo esso dev'essere intesa come potestà suprema di governo, mentre nel caso si riferisse allo Stato-società essa dovrebbe intendersi in termini di originarietà. Ma – come nota lucidamente ancora il Crisafulli – molto spesso, stante la confusione lessicale dei due termini e la tendenza ad utilizzarli pressoché alternativamente, si opera un travisamento attraverso cui sovrano diventa non già (più) lo Stato-governo, ma lo Stato-società, e quindi il popolo, "che sarebbe appunto sovrano in quanto organizzato a Stato, ossia in quanto organizzato tout court con lo Stato".

Dunque, seguendo l'indirizzo del Crisafulli, l'indagine dev'essere svolta "senza lasciarsi intimidire da una tradizione dottrinale certamente autorevole, ma formatasi e sviluppatasi muovendo dal dato di altri, diversi, ordinamenti", e quindi evitando di relegare nel limbo delle vuote enunciazioni retoriche il secondo comma dell'art. 1; ché anzi esso ha significato preciso e precipuo, dal momento che fa riferimento ad una serie di istituti costituzionali, fra i quali spiccano naturalmente i referendum, nelle diverse forme abrogativa, costituzionale, e territoriale, proprio perché con esso il popolo è posto in grado di esprimere, nell'ambito dell'ordinamento dato, una volontà preminente, con un'efficacia prevalente su ogni altra.

Ne deriva che il secondo comma dell'art. 1 appare bisognoso di una nuova interpretazione, di un ripensamento del suo significato, anche criticando, sul punto, le tesi maggiormente invalse nella dottrina dominante. Dottrina dominante fra la quale deve essere menzionata, per prima, quella che vorrebbe comunque la sovranità riferita allo Stato, ma nel suo organo popolo, per cui al popolo non resta altro che la posizione di preminenza tra gli altri organi costituzionali. Tesi piuttosto invalsa in dottrina, ed oggi ripresa da Giuseppe Ugo Rescigno, per il quale l'acclarata appartenenza della sovranità al popolo, se letta nell'ottica della successiva locuzione <<nelle forme e nei limiti della Costituzione>>, altro non farebbe che mutarne lo stesso, chiaro, significato testuale, che andrebbe indi interpretato come se dicesse che "chi realmente è sovrano perché ha il potere materiale sufficiente per esserlo è lo Stato", per la (sola) ragione che "la Costituzione fonda e organizza lo Stato come soggetto unitario e attribuisce ad esso il monopolio della forza"; conseguendone che "il popolo è sovrano, tutt'al più, solo nel senso che *entro* lo Stato rappresenta quella parte che decide con maggior potere di altre … è certo comunque che il popolo non dispone delle armi e dunque, rispetto allo Stato, *non è affatto sovrano* [corsivo mio]".[173]

[173] G. U. Rescigno, *op.cit.* pag. 16.

Tesi che, a parer mio, sconta due diverse aporie, di cui una appare una contraddizione in senso proprio. Tralasciando la critica al concetto di sovranità, è evidente come tale impostazione si scontri col ritenere che lo Stato è un apparato centralizzato monopolizzatore della forza, e, soprattutto, che esso "*non* è l'unità organica dei cittadini".[174] Se dunque l'autore, rifiutando la categoria dello Stato-società, intende per Stato solamente lo Stato-governo, inteso come Stato-apparato (privo pertanto dell'elemento 'popolo'), non si comprende come si possa affermare che il popolo sia 'una parte dello Stato', perché, ineludibilmente, ciò vorrebbe dirsi porsi in contraddizione con quanto affermato in precedenza, circa l'estraneità del popolo dallo Stato e la raffigurazione di quest'ultimo come (mero) apparato centralizzato monopolizzatore della forza.

Lo stesso dicasi per un'altra tesi proposta, in questo caso dal Mortati, e che porta all'identificazione dello Stato con l'ordinamento giuridico. Equivalenza, che, come l'altra, va rigettata, data la diversità tra i due fenomeni; come ben coglie lo stesso Rescigno, infatti, l'espressione 'ordinamento giuridico' deve intendersi come sinonimo di diritto oggettivo, mentre lo Stato è appunto quel soggetto che "ha, garantisce, protegge un ordinamento (e cioè il diritto oggettivo) ma non è [esso stesso] identico a ordinamento".[175] L'identificazione tra ordinamento giuridico e Stato si pone invero nella scia del pensiero kelseniano, che svuota totalmente l'essenza stessa della sovranità, inglobandola ed identificandola solamente con il diritto posto.

Ma l'ostacolo principale, indicato dalla dottrina dominante, alla pretesa titolarità del popolo dell'attributo della sovranità risiede nella presunta mancanza, in capo allo stesso popolo, del requisito della soggettività giuridica, fatto valere, fra gli altri, dal Mortati, secondo il quale il popolo mancherebbe di una configurazione giuridica unitaria che gli consentirebbe l'esercizio dei poteri conferiti. Secondo l'autore, infatti, il popolo non potrebbe rivestire la qualifica di soggetto giuridico, stante la "mancanza di un'organizzazione da cui si possa enucleare una volontà che valga ad imprimere unità all'azione statale".[176] Organizzazione, in mancanza della quale, la stessa attribuzione costituzionale della titolarità della sovranità apparirebbe *inutiliter data*, in quanto non riconducibile nell'alveo della dogmatica tradizionale; venendo, per converso, sostanzialmente trasfusa nel soggetto Stato, nel quale solamente il popolo, in quanto organizzato in corpo elettorale, trova la sua espressione unitaria nonché la sua stessa personificazione giuridica.

Le tesi citate appaiono esempi evidenti di quella che il Crisafulli chiamava quella <<routine dottrinale>> che ai suoi schemi – piuttosto che operarne una corretta modifica – ha preferito torcere

[174] *Ivi,* pag. 137.
[175] *Ivi,* pag. 174.
[176] C. Mortati, *op. cit.,* pag. 27.

lo stesso significato delle disposizioni costituzionali. E dunque, da questo angolo visuale, nella scelta fra un'*interpretatio abrogans* del testo costituzionale – come si avrebbe nell'ipotesi in ultimo – ed una correzione dei dogmi dottrinali alla luce della nuova impostazione della Costituzione non si può che optare per la seconda strada (malgrado il disaccordo della dottrina dominante).

Ora, a tale problema – di una presunta mancanza di soggettività giuridica in capo al popolo – sollevato in dottrina, sono state date due soluzioni: l'una (da parte proprio del Crisafulli, riprendendo tesi care al Lavagna), pur negando al popolo la qualità di soggetto giuridico vero e proprio, riconosce nel popolo tuttavia una <<figura giuridica soggettiva>>; l'altra, cara ad Amato, nega decisamente l'impostazione della presunta mancanza di soggettività, pur condividendo l'idea di una mancanza di personalità giuridica del popolo. Entrambe le tesi, nondimeno, non escludono la concepibilità del popolo quale titolare della sovranità, e soprattutto non necessitano dell'apporto dello Stato come persona giuridica per sostenerne la configurabilità.

Iniziando dalla prima, il Crisafulli ritiene che il popolo sia certamente annoverabile fra le figure giuridiche soggettive, cioè nei centri di riferimento di situazioni giuridiche soggettive, inquadrandolo fra le collettività in genere, evitando di attribuirgli una soggettività giuridica che finirebbe per metterlo in contrasto con la persona statale. Il che porta l'autore a sostenere che la suprema potestà di governo non è attribuita al popolo come unità indivisibile, come unico soggetto, ma "a tutti i cittadini, membri del popolo, ciascuno dei quali ha un diritto personale di parteciparvi con la propria volontà e perseguendo il proprio orientamento politico": cosicchè la sovranità popolare non si esaurirebbe solamente in manifestazioni unitarie di quella volontà, spesso invece articolandosi in una serie di atti parziali e particolari che in diverso modo concorrono "alla formazione, all'esplicazione ed all'attuazione della potestà medesima, unitariamente considerata (sovranità popolare)".[177]

Affermazione questa invece non condivisa dall'Amato, per il quale invece la sovranità non è attribuita ai cittadini *uti singuli*, ma solamente *uti universi*, "cioè come popolo, non certo indivisibile, ma certo unitariamente considerato". L'Amato ritiene che l'espediente della figura giuridica soggettiva soffra di una mancanza di stabilità ermeneutica, e che quindi, se è possibile utilizzarlo per situazioni transitorie e provvisorie, non è certamente possibile servirsene per risolvere stabilmente l'intricato problema della sovranità. Né tantomeno, all'opposto, si possono condividere le tesi del Tosato, per il quale il popolo sarebbe una persona giuridica in proprio, mentre lo Stato mancherebbe di una sua personalità giuridica. L'Amato, configurando una

[177] V. Crisafulli, *op. cit.,* pag. 439.

tripartizione delle figure giuridiche soggettive, ritiene che il popolo, che non può certo qualificarsi come persona fisica né tantomeno giuridica, possa però qualificarsi come soggetto giuridico vero e proprio, cioè come "soggetto giuridico sprovvisto di personalità"[178] e che nulla ostacoli tale attribuzione.

Ciò detto, è inevitabile pervenire ad una critica radicale della concezione dello Stato come insieme risultante dalla combinazione degli elementi del popolo, della sovranità e del territorio. Tali elementi, infatti, non possono costituire l'essenza dello Stato, dal momento che – nella concezione sposata – si pongono tutti fuori dallo Stato correttamente inteso come Stato-apparato. Da tale punto di vista, appaiono invece degne di richiamo le tesi del Donati circa l'essenza dello Stato, espresse nello scritto *La persona reale dello Stato,*[179] in cui appunto – pur attribuendo allo Stato il carattere della sovranità – sottolineava la circostanza per cui, in realtà, il popolo è l'oggetto della sovranità, su cui lo Stato esplica la sua attività specifica – conseguendone che "l'oggetto dell'attività di un soggetto non può esserne sostanza". Ciò portava lo stesso autore a sostenere, condivisibilmente, che, in realtà, la sostanza della persona reale dello Stato sia piuttosto formata dal complesso dei suoi funzionari, vale a dire da ciò che, complessivamente considerata, suol chiamarsi "l'organizzazione statale", per cui quindi "la sostanza dello Stato può essere costituita *solo* dai suoi funzionari". Popolo e territorio sarebbero, in tale prospettiva, gli obbietti della potestà dello Stato, le cose, ciò che lo Stato ha, non ciò che lo Stato è. Ora, malgrado la vicinanza alle tesi sostenute dall'autore, e pur abbracciandosi la prima parte delle tesi dell'autore – sull'estraneità del popolo e del territorio dalla sostanza dello Stato –, non si può tuttavia condividere neanche la tesi dell'appartenenza di tali elementi allo Stato: il fatto invero che lo Stato eserciti su di essi il suo potere di comando non vuol dire che essi gli appartengano, ma solo che essi rappresentano i soggetti su cui si esplica la sua potestà.

Non è possibile quindi preservare il dogma dell'esclusiva sovranità statale ritenendo che, in realtà, l'affermazione dell'appartenenza della sovranità al popolo deve esser letta come sovranità dello Stato, essendo il popolo null'altro che un elemento costitutivo di esso; e conseguentemente configurare quel riferimento al popolo come fosse una sineddoche, volendo in realtà il Costituente, intendendo riferirsi allo Stato, indicare per esso una sua parte.[180] Interpretazione che invece lascia adito a molti dubbi, vista la precisione dei termini utilizzati dal legislatore costituente. Ne deriva che deve considerarsi fallito – come ritiene il Crisafulli – "il tentativo di riconoscere un qualche

[178] G. Amato, *op. cit.,* pag. 93.
[179] D. Donati, *La persona reale dello Stato* in *Scritti di diritto pubblico,* Cedam, Padova, 1966.
[180] "Che il popolo sia sovrano, in quanto sovrano è lo Stato, giacchè di popolo può giuridicamente parlarsi solo ove lo si intenda organizzato a Stato, è una delle proposizioni classiche, su cui la dottrina dello Stato liberale ha saldamente fondato le sue elaborazioni" (G. Amato, *op. cit.,* pag. 77).

valore giuridico alla seconda parte dell'art. 1 della Costituzione, pur tenendo fermo il <<dogma>> della esclusiva sovranità dello Stato e in genere negando che il popolo abbia una propria rilevanza giuridica soggettiva".[181]

Sovranità popolare vuol dire, quindi, in costanza anche di quanto ha affermato l'Esposito ne *Il commento all'art. 1 della Costituzione*, "spettanza del potere supremo al popolo" (inteso nel senso della Costituzione francese del 1848, per la quale il popolo è <<l'universalità dei cittadini>>). A coonestare tale interpretazione – nonché a rappresentarne ostacolo invalicabile per le opposte teorie – basti il mero dato testuale che rimane base epistemologica centrale ed ineludibile di qualsiasi operazione esegetica, laddove si voglia ricercare l'esatto significato della disposizione normativa, e non stravolgerne il senso in relazione al significato che ad essa si vuole fare assumere. Quell'<<appartiene al popolo>> è disposizione normativa che in alcun modo può essere interpretata nel senso di appartenenza della sovranità allo Stato, impedendolo la chiarezza e la puntualità delle norme e dei concetti in essa espresse; anzi, è disposizione normativa – prescelta a quella di <<emana>>, che sarebbe potuta servire a coonestare ancora una riserva di sovranità in ambito statale – che, come è stato autorevolmente affermato, risponde alla precisa esigenza di assegnare al popolo la sovranità:

> La disposizione [quella del definitivo art. 1 Cost.] ha sostituito, dopo ripetuti tentativi, la dichiarazione inizialmente approvata: <<La sovranità emana dal popolo ed è esercitata nelle forme e nei limiti della costituzione e delle leggi>>. La seconda formula era stata preferita perché, si affermava che, essendo sottoposti alla approvazione popolare solo pochi atti degli organi dello stato, non può dirsi che in Italia l'esercizio della sovranità sia attribuito al popolo. Ma gli argomenti non hanno persuaso e si è accolta la prima formula per accentuare che la sovranità non emana dal popolo distaccandosi da lui (senza tornare indietro) ma *appartiene in maniera inalienabile al popolo*.[182]

D'altronde, neanche può parlarsi di co-sovranità dello Stato, dal momento che non è già la titolarità – che vede come esclusivo soggetto il popolo –, bensì l'effettivo esercizio di tale titolarità che viene ad essere limitato dalla Costituzione <<nelle forme e nei limiti>> da essa stessa indicati, e cioè, indirettamente, attraverso lo Stato-soggetto, che ha carattere rappresentativo del popolo; sia attraverso la funzione elettorale, i referendum, e l'esplicazione delle libertà politiche e di talune libertà civili fondamentali da parte dei cittadini; dovendo quindi intendersi tale locuzione nel senso

[181] V. Crisafulli*, op. cit.,* pag. 434.
[182] C. Esposito, *op.cit.,* pag. 10.

che la sovranità popolare è, a ben guardare, "una sovranità costituita, svolgentesi cioè nell'ambito dell'ordinamento costituzionale positivo".[183]

Sul piano dei rapporti tra Stato e popolo, ciò sta a significare che lo Stato moderno, lungi dall'essere l'esclusivo titolare della sovranità, ha carattere essenzialmente ed originariamente rappresentativo del popolo: se infatti è al popolo che spetta la sovranità, lo Stato non può che essere "essenzialmente per il popolo, a servizio del popolo",[184] curandone gli interessi ed attuandone i bisogni. Il carattere rappresentativo sottace la riconosciuta preminenza del popolo: per questo lo Stato altro non può essere che essenzialmente *rappresentativo,* configurandosi dunque come strumento, non esclusivo, mediante il quale il popolo esercita, per una parte più o meno estesa, la sovranità, di cui è, e rimane, titolare".[185] Rappresentanza che potremmo definire, seguendo il Crisafulli, *istituzionale,* dal momento che la persona statale è originariamente istituita allo scopo specifico ed essenziale di rappresentare giuridicamente il popolo; la cui *contemplatio domini* si rinverrebbe nel secondo comma dell'art. 1, allorchè si parla di *forme* della Costituzione.

Dunque, la titolarità della potestà di governo costituente e costituita e la conservazione dell'esercizio di entrambe fa sì che lo Stato-soggetto sostituisca il popolo nel solo esercizio di una parte di tale potestà, divenendone un mero strumento tecnico per la sua esplicazione. In tali ordinamenti si assiste dunque all'inserimento di istituti correttivi ed integrativi delle istituzioni rappresentative; ciò che contraddistingue l'ordinamento costituzionale italiano da altri ordinamenti nei quali è affermato il principio dell'esclusiva rappresentatività degli organi parlamentari. Ne deriva che lo Stato è privo di potestà costituente, e la potestà di governo di cui gode e che esercita non è altro che potestà *derivata.*

---

[183] V. Crisafulli*, op. cit.,* pag. 436.

[184] *Ivi,* pag. 450. L'affermazione della strumentalità dello Stato rispetto al popolo comporta conseguenze non ancora pienamente comprese né tantomeno attuate. Scrive a proposito, con lucidità, B. Russell, in un passaggio molto significativo (*op. cit.,* pag. 73, c.m.): "Si consideri, per avere un esempio, il rapporto che c'è fra un contribuente ordinario e un ammiraglio. I contribuenti, collettivamente, sono i datori di lavoro dell'ammiraglio. I loro rappresentanti in parlamento votano il suo stipendio e scelgono il governo che, a sua volta, dà la sua sanzione a quella autorità che nomina l'ammiraglio. Ma se il contribuente singolo tentasse di assumere, di fronte all'ammiraglio, l'atteggiamento di autorità che è consueto fra datore di lavoro e dipendente, ben presto verrebbe rimesso al suo posto. L'ammiraglio è un grande uomo, uso a esercitare un'autorità; il contribuente ordinario non lo è. In grado minore, qualcosa di simile si verifica per quanto riguarda tutti i servizi pubblici. Anche se volete soltanto raccomandare una lettera a un ufficio postale, l'impiegato è in una posizione momentanea di potere; può per lo meno decidere in quale momento si accorgerà che avete bisogno dei suoi servigi. Se volete qualcosa di più complicato, e se per disgrazia egli è di cattivo umore, potrà procurarvi molti fastidi; potrà mandarvi da un altro impiegato, il quale a sua volta vi rimanderà dal primo; eppure, tutti e due, sono considerati ufficialmente come persone <<*al servizio del pubblico*>>. L'elettore ordinario, lungi dal sentire che egli *è la fonte di tutto il potere* dell'esercito, della marina, della polizia e dei servizi civili, si <<sente>> un loro umile suddito, il cui dovere è, come era solito dire dei cinesi, quello di <<tremare e obbedire>>. Finchè il controllo democratico è così lontano e intermittente, mentre l'amministrazione pubblica è centralizzata e l'autorità è delegata dal centro alla periferia, questo senso di impotenza individuale di fronte ai poteri in atto sarà difficilmente evitato. Eppure, bisogna che sia evitato, se si vuole che la democrazia diventi una realtà sentita, e non soltanto una realtà del meccanismo governativo".

[185] *Ivi,* pag. 454.

Quanto detto, sulla scia delle considerazioni del Crisafulli, porta, secondo un criterio di logica deduttività, ad una serie di postulati ideologici, che si esamineranno specificamente: a) l'affermata e motivata separazione e differenziazione del popolo dallo Stato porta alla constatazione che per Stato si può intendere solamente lo Stato-apparato, e che invece l'espressione Stato-comunità (intesa come insieme degli elementi costitutivi del popolo, della sovranità e del territorio) – proprio per evitare aporie interpretative e quelle confusioni terminologiche prima accennate – debba essere sostituita da quella di *Nazione*; b) per converso, se lo Stato è – e, come abbiamo visto, non può che essere – rappresentativo, e se, in omaggio alle teorie hobbesiane, il titolare della sovranità non può che essere uno, esso non può possedere l'attributo della sovranità; e dunque, esercitando esso un potere solamente derivato, non già di sovranità dovrà parlarsi, ma al più di potestà di comando (od *imperium*, riprendendo classificazioni care alla dottrina romanistica).

Quanto al primo punto, è lo stesso testo costituzionale che, servendosi della parola Stato, si riferisce al solo Stato-apparato. Emblematici, in tal senso, appaiono l'art. 114 della Costituzione nella formulazione novellata, allorchè il termine Stato viene utilizzato insieme a quelli di Regioni, Province, Comuni e Città metropolitane per delineare quell'insieme dei soggetti pubblici governanti che va sotto il nome di *Repubblica*; nonché il nuovo art. 117, nel quale il termine Stato è usato accanto a quello di Regioni nel riparto della potestà legislativa. Lettura, questa, accolta non solo – come si è già avuto modo di notare – dal Rescigno, [186] ma anche dal Mortati, il quale rinviene nella scelta del Costituente a favore del termine <<Italia>> – piuttosto che di quello di <<Stato>> italiano – la volontà di "riservare la parola <<Stato>> alla designazione di quella sola parte dell'ordinamento complessivo costituito dall'*apparato centrale di governo e delle sue diramazioni periferiche*".[187]

Per quanto riguarda invece il concetto di Stato inteso in senso largo, cioè come Stato-comunità, appare preferibile – per evitare confusioni che possano portarlo ad identificarsi con lo Stato-governo – utilizzare il termine <<Nazione>>, seguendo quella prospettiva indicata sia dall'Esposito che dal Crisafulli circa l'identificazione operata dal testo costituzionale fra Nazione e Stato inteso come "comunità statale, ossia il popolo in quanto gruppo politicamente ordinato a Stato

[186] Il quale ritiene che la parola Stato possa essere usata "solo nel senso di *apparato centralizzato monopolizzatore della forza che governa la società* (e che quindi va tenuto distinto dalla società e dal popolo su cui esso comanda)" (*op. cit.,* pag. 12).

[187] *Op. cit.,* pag. 3. Non si accoglie invece il pensiero dell'autore allorchè, subito dopo, individua nel termine <<Repubblica>> "la totalità dell'assetto istituzionale, comprensivo, oltre che dello Stato-Governo o Stato-persona, anche dello Stato-comunità>>; infatti – come ho già avuto modo di evidenziare – per <<Repubblica>> deve intendersi il complesso degli enti governanti, comprensivo sia dello Stato che delle Regioni e degli altri enti pubblici territoriali (con esclusione invece dello Stato inteso in senso sociale, che, al più, può essere ricompreso nella definizione di Nazione).

nel succedersi delle generazioni"[188] (e quindi comprensivo degli elementi della sovranità, del popolo e del territorio). Ne deriva che la Nazione risulta composta dal connubio fra la Repubblica (comprensiva di Stato, Regioni, Province, e Comuni), il popolo ed il territorio; quelli che tradizionalmente sono stati indicati dalla dottrina come elementi costitutivi dello Stato divengono invece elementi costitutivi della Nazione, relegandosi il termine Stato – sulla scia delle conclusioni cui si è precedentemente giunti – all'indicazioni del solo apparato centrale. Esempi evidenti nel testo costituzionale ne siano l'art. 49 – dove per <<politica nazionale>> deve appunto intendersi quella riferita all'intera comunità statale, comprensiva del popolo e della repubblica –, l'art. 87 e l'art. 98, primo comma.

Quanto al secondo punto, bisogna sottolineare come non basti rilevare – come fa il Rescigno –, per affermare la pretesa attribuibilità dell'elemento della sovranità allo Stato, la detenzione da parte di questo del monopolio della forza,[189] e cioè "il potere di comando superiore ad ogni altro soggetto entro un determinato territorio", dal momento che sovranità e potere di comando sono due cose ben distinte, potendo il potere di comando semplicemente essere esercitato anche per via di delega, e quindi non esser sovrano. Non è infatti il requisito della forza quello dal quale può evincersi la sussistenza o meno di un potere realmente sovrano, rischiando tale impostazione, in tal modo, di dar prevalenza a meri aspetti fattuali. D'altra parte, come ben ha evidenziato l'Amato, "troppo semplicistico sarebbe identificare il sovrano con chi esercita il potere, giacchè pregiudiziale è, al riguardo, che costui sia libero nello scegliere il fine", [190] e che quindi possa risultare essere il soggetto propulsore o controllore dello Stato-governo. Tale il fine peraltro cui è legato il ruolo dei partiti, intesi giustamente come trait d'union fra collettività e Stato-governo, che vivono proprio della necessità di portare nell'alveo statale aspirazioni e bisogni del popolo, costituendo indi l'organo di collegamento principe fra il sovrano (il popolo) e l'esecutore della sua volontà (lo Stato).

[188] V. Crisafulli – D.Nocilla, voce *Nazione* in *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè, Torino, 1977, tomo XXVII, pag. 809.
[189] G.U. Rescigno*., op.cit.,* pag. 15.
[190] G. Amato, *op. cit.,* pag. 103.

II) DIVISIONE DEI POTERI E 'POTERE NEGATIVO'

A) IL PRINCIPIO DELLA DIVISIONE DEI POTERI

La tematica della divisione dei poteri è stata già, tralatiziamente, affrontata nel corpo del presente elaborato, in quanto del tutto affine, e potremmo dire 'dipendente', da quella della sovranità. In particolare, affrontando il tema della differenziazione tra titolarità ed esercizio della sovranità, si è rappresentato come nei grandi autori (e penso, in particolare, a Hobbes o Rousseau) era ben chiaro l'assioma che la sovranità è attributo che vive della sua indivisibilità, e che suo titolare sia unicamente il popolo, non potendosi accettare dogmaticamente ipotesi quali governi misti frutto di una "*mixture of sovranity*". Tale asserzione comporta dogmaticamente che la divisione dei poteri è principio che non riguarda la titolarità del potere sovrano, ma il suo esercizio, che pur restando nelle mani del popolo – memori dell'insegnamento di Carlo Esposito, per il quale non la sola titolarità deve essere riconosciuta in capo al popolo, ma anche il suo *esercizio* –, si estrinseca <<nelle forme e nei limiti della Costituzione>> (art. 1 cost.); in tali forme di esercizio della sovranità del popolo, può cogliersi il riferimento proprio alla nozione di Stato, inteso, come si è visto, quale apparato organizzativo unitario cui spetta dare esecuzione alle volontà espresse dal popolo, in qualità di titolare della sovranità. Pertanto, è unicamente all'interno della complessiva nozione di Stato che il principio in esame può essere correttamente affrontato, rappresentando espressione precipua del suo funzionamento e della sua organizzazione interna.

In tale contesto, essenziale appare sottolineare come il principio di divisione dei poteri sia intimamente legato a quello della sovranità popolare da un istituto, su cui ci si è già brevemente intrattenuti, che è quello dell'indirizzo politico espresso dalla volontà generale del popolo. Solo in tal modo infatti, cioè solo innestando nella dinamica della divisione dei poteri l'unitarietà di un indirizzo politico, è possibile tener fede concretamente al concetto di sovranità e anche a quello di esercizio: solo l'unicità di un indirizzo politico consente di delineare una concreta prospettiva di azione allo Stato, delineandone i campi operativi, e proponendo un collegamento e un coordinamento tra i poteri dello Stato, che, altrimenti, rimarrebbero tra loro separati e incapaci di raggiungere un'armonia operativa. In tale ottica appare opportuno, al posto della locuzione "divisione dei poteri" – e al fine propriamente di ricondurne le funzionalità all'interno della macchina statale e di evitarne una visione autoreferenziale –, utilizzare l'espressione "distribuzione delle funzioni" (legislativa, esecutiva e giudiziaria) all'interno dello Stato; ciò poiché, mentre il

termine ‘potere’ potrebbe far pensare a una volontà autonoma e indipendente, il termine “funzione” rispecchia più chiaramente un rapporto di dipendenza organico.

Senza tale impostazione dogmatica non si capirebbe altrimenti il senso profondo del principio della separazione dei poteri, che è quello per cui una data funzione deve spettare solamente ad un dato organo (o ad un dato complesso omogeneo di organi) così da attribuire sempre funzioni diverse ad organi diversi, rimanendo pertanto i poteri ‘separati’ in base alla particolare struttura degli organi che li compongono e alla particolare natura della funzione loro affidata.

In merito, illuminanti appaiono le considerazioni di Costantino Mortati, il quale ben ha colto, a parere di chi scrive, sia la funzionalità intrinseca – in relazione al rapporto tra i diversi poteri – che quella estrinseca – nel rapporto con il soggetto sovrano, ossia il popolo – del principio di divisione dei poteri, anche da un punto di vista prettamente dogmatico; dando conto infatti, preliminarmente, delle differenze sussistenti fra i concetti di ‘potere’ e ‘funzione’, egli, nell’opera *Istituzioni di diritto pubblico,* scrive*:*

> Sappiamo che il termine <<*funzione*>> ne assume uno più specifico per designare ognuno dei grandi raggruppamenti delle attività statali …. Gli stati hanno assunto, come fondamentale principio organizzativo l’attribuzione di ciascuna delle tre funzioni ad organi distinti, diversamente formati e collocati in posizione di reciproca indipendenza … *ognuno di questi tre gruppi di organi è venuto a costituire un distinto* <<*potere*> … si designa poi come separazione dei poteri il regime d’autonomia e d’indipendenza dell’uno rispetto all’altro, richiesto per raggiungere il fine voluto soddisfare con l’adozione di tale sistema: quello cioè *di garantire la sottoposizione al diritto dell’esercizio delle attività sovrane”.*[191]

Ne deriva pertanto come il termine “potere” non sia altro che la forma riassuntiva di ciascun gruppo di organi costituzionali cui sia affidato l’esercizio di un determinato complesso di funzioni

[191] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico,* Padova, Cedam, 1975, tomo I, pagg. 295s.; secondo l’autore “il ‘potere’ risulta dalla connessione esistente tra le fondamentali funzioni dello Stato e l’organo costituzionale (e il raggruppamento omogeneo di una pluralità di organi) cui sia affidato il compito di svolgere tale funzione. Si tratta di una connessione reciproca, nel senso che la natura della funzione incide sulla struttura e sul modo di formazione dell’organo, così come questo incide sul modo col quale la funzione viene realizzata; in tal senso perciò il potere può essere considerato anche come una “*funzione organizzata”.*

(legislativa, esecutiva o giurisdizionale) vigenti all'interno dello Stato. Risalta, da tale esegesi, non solo il corretto modo d'intendere il rapporto tra funzioni e "poteri" esercitati all'interno dello Stato, ma, conseguentemente, anche il rapporto del principio con la necessità di assicurare il corretto esercizio delle attività sovrane, di quelle attività, cioè, che fanno direttamente riferimento al popolo: non è un caso infatti che il Mortati parli chiaramente di "sottoposizione al diritto dell'*esercizio* di attività sovrane", a voler rimarcare proprio tale collegamento simbiotico tra sovranità ed operatività dei principio di divisione dei poteri.

1. Storicità del principio

Il principio della "divisione dei poteri" è tema che per lungo tempo ha appassionato la dottrina di ogni epoca, la quale è pervenuta a molteplici caratterizzazioni del suo operato e a plurimi suoi significati esegetici. In tale scia appare, nell'ottica sposata nel presente elaborato, interessante rapportare il principio, nella sua comune accezione odierna, a una sistematica più risalente, atta peraltro a spiegarne, in uno con l'origine, anche il senso più propriamente storico. Da tale prospettiva, e rapportandosi con la sistematica costituzionale propria del diritto pubblico romano, si cercherà di propugnare la tesi – non isolata del resto – che una corretta ricostruzione dell'operatività del principio *de quo* porta alla conclusione che non tanto di "divisione *dei* poteri" dovrebbe parlarsi, quanto piuttosto di "divisione *del* potere", e che piuttosto che di 'divisione dei poteri' dovrebbe invece, più correttamente, parlarsi di "distribuzione delle funzioni", appartenenti a ciò che il Mortati chiama "il potere attivo" (e che in tale tesi chiameremo "potere positivo").

Nell'ottica e con l'obiettivo di ricollegare la tematica della divisione dei poteri a quella della sovranità, cui è strettamente connessa, dando conto delle motivazioni – invero già espresse – per le quali si ritiene che il principio di divisione dei poteri è principio che riguarda il funzionamento dello Stato, ossia dell'organo strumentale alla volontà del popolo, appare opportuno fare riferimento a uno dei lavori che meglio rappresenta lo stato degli studi in ordine al principio accennato, e che più correttamente ne ha approfondito i concetti ora esaminati; ne "*La teoria delle forme di governo"*[192], **Norberto Bobbio** ripercorre con attenzione le varie riflessioni dei costituzionalisti di ogni epoca intorno al modo d'intendere il funzionamento del principio di divisione dei poteri, in particolare

[192] N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo,* Giappichelli, Torino, 1976.

approfondendo la tematica dell'"equilibrio dei poteri". Il primo ad essere preso in considerazione, in tale ottica, è Polibio, e la sua formulazione della teoria del "governo misto", che egli ritiene, sulla scorta della forma costituzionale della Repubblica romana, essere la migliore forma di governo proprio perché permette di addivenire all'equilibrio dei poteri; equilibrio che viene reso possibile attraverso il meccanismo del controllo reciproco dei poteri, da individuarsi nei consoli, nel senato e nei comizi popolari e che, nel suo estrinsecarsi, permetteva di evitare che uno dei poteri potesse prevalere sugli altri, assumendo una posizione di predominio sostanziale. Punto che il giurista torinese ben coglie allorchè afferma che la novità polibiana nella riflessione giuspubblicistica è stata l'aver incentrato l'attenzione sui "meccanismi" istituzionali che permettono il raggiungimento di una buona forma di governo",[193] attraverso una sostanziale neutralizzazione delle forze tra loro, in un'ottica di *balance of power*, in forza della quale nessun potere, in virtù di un controllo reciproco, eccedeva sull'altro, permettendo alfine che il sistema politico raggiungesse il perfetto equilibrio costituzionale. Il pregio della riflessione polibiana, insomma, pare proprio risiedere nell'aver messo l'accento sulla dinamicità del rapporto tra i poteri, nell'aver cioè evidenziato che il rapporto tra i poteri è un rapporto 'vivo', permeante l'intero esplicarsi della dinamica tra poteri.

Tale tema viene ripreso, qualche secolo più tardi, dalla riflessione del Machiavelli, che, approfondendo il tema della dinamicità del rapporto tra poteri, e del controllo reciproco fra poteri, porta all'estrema conseguenza tale tesi, ritenendo non solo che "*la disunione fra plebe e Senato fece libera la Repubblica",* ma che "*non la coatta armonia, ma la lotta, il conflitto, l'antagonismo sono la condizione della salute degli Stati e il primo presidio di libertà*"[194]; tale affermazione (ossia "essere i "tumulti" che molti deprecano non la causa della rovina degli stati ma la condizione perché vengano emanate buone leggi in difesa della libertà"), secondo il giurista torinese,

> esprime chiaramente una nuova visione della storia, una visione che possiamo dire veramente "moderna", secondo cui il disordine, non l'ordine, il conflitto fra le parti contrapposte non la pace sociale imposta dall'alto, la disarmonia non l'armonia, i "tumulti" non la tranquillità derivata da un dominio irresistibile, sono il prezzo che si deve pagare per il mantenimento della libertà".[195]

[193] *Ivi,* pag. 53: "la teoria di Polibio è una teoria dei *meccanismi costituzionali*, che rendono possibile una forma di governo stabile, e perciò preferibile ad ogni altra".
[194] *Ivi,* pagg. 82 s.
[195] *Ivi,* pagg. 83s.

Tale concetto coglie un aspetto essenziale nella stessa lettura dell'estrinsecarsi del rapporto tra i vari poteri, poiché introduce chiaramente nella riflessione giuspubblicistica l'importanza della "parte negativa" del potere, allorchè Machiavelli fa riferimento al ruolo del tribunato come apportatore di libertà, approfondendo la riflessione polibiana in ordine al controllo reciproco tra poteri e, in particolare, alle facoltà d'arresto reciproco che ogni potere ha sull'altro – che rappresenta il dato essenziale onde capire che nella dinamica del rapporto tra poteri, al fine di raggiungere l'equilibrio e l'armonia fra i medesimi, è fisiologica una fase di confronto e financo di scontro, nella quale ognuno si avvale dei propri poteri, anche di interdizione, per arrivare ad una soluzione condivisa. In tale contesto pertanto l'aspetto della lotta e del conflitto viene visto, nell'ottica prescelta dal Machiavelli, positivamente, essendo indice – non già di poteri fra loro incomunicanti ma – di quella vitalità e dinamicità fra poteri essenziali per l'adozione di determinate decisioni. E' in realtà anche – come vedremo meglio in seguito – anche la prima apologia dell'importanza del 'negativo' nello stesso esplicarsi della libertà pubblica e nella dinamica dei poteri. [196]

In merito, illuminanti appaiono, ancora una volta, le riflessioni di Jean-Jacques Rousseau, il quale non ha mancato di evidenziare il rischio di confondere il tema della divisione dei poteri con quello della sovranità; in un celebre passo de *Il contratto sociale,* utilizzando una metafora quanto mai efficace, egli infatti scrive:

> Ma i nostri scrittori politici, non potendo dividere la sovranità nel suo principio, la dividono nel suo oggetto; la dividono in forza e volontà, in potere legislativo e potere esecutivo; in diritto d'imposta, di giustizia e di guerra; in amministrazione interna e in potere di trattare con lo straniero: a volte confondono tutte queste parti, altre volte le separano. Essi fanno del corpo sovrano un ente fantastico e formato di elementi giustapposti; è come se componessero un uomo con parecchi corpi, dei quali uno abbia gli occhi, un altro le braccia, un terzo i piedi, e nient'altro. I ciarlatani giapponesi – si dice

[196] Bobbio, inoltre, rapportando la formulazione del governo misto al principio di divisione dei poteri, evidenzia come l'idea del governo misto non sia nata per soddisfare l'esigenza di dividere il potere unico dello Stato, ma, al contrario, per l'esigenza di comporre in unità le diverse classi politiche costituenti una società complessa. In tal senso "la sovrapposizione della teoria della separazione dei poteri con quella del governo misto avviene solo perché si cerca di far coincidere la tripartizione delle funzioni principali dello Stato (che dovrebbero essere divise, attribuite ad organi diversi) con la partizione ed unificazione delle classi componenti la società complessa, ciascuna delle quali, secondo i fautori del governo misto, dovrebbe avere un proprio organo di rappresentanza nello Stato composto, cioè misto"; tale coincidenza tra separazione dei poteri e governo misto non è invece assolutamente necessaria, ma si sviluppa unicamente allorchè ognuna delle funzioni viene a essere attribuita ad una delle tre parti della società (al re la funzione esecutiva, al senato quella giudiziale, al popolo quella legislativa), in tal modo travasando – con l'obiettivo di spiegarne la diversa funzionalità ricorrendo tuttavia allo stesso schema sostanziale (in tal caso, però, del tutto inutilizzabile) – il principio di organizzazione dello Stato, inopinatamente, sull'intero sistema politico.

– tagliano a pezzi un fanciullo sotto gli occhi degli spettatori; poi, gettando in aria tutte le sue membra una dopo l'altra, fanno ricadere il fanciullo vivo e ricomposto. Tali sono press'a poco i giochi di bussolotti dei nostri politici; dopo aver smembrato il corpo sociale con un gioco di prestigio da fiera, ne riuniscono non si sa come i pezzi.

Questo errore deriva dal non essersi fatta una nozione esatta dell'autorità sovrana, e dall'aver preso per *parti* di questa autorità quelle che erano invece sue *emanazioni*. Così, per esempio, l'atto di dichiarare guerra e quello di far la pace sono considerati atti di sovranità; ma a torto, perché ciascuno di questi atti non è affatto una legge, ma solamente un'*applicazione* della legge, un atto particolare che determina il caso della legge […].[197]

E in realtà, ben prima di Rousseau, anche John Locke metteva l'accento sull'importanza, in un'ottica di contrattualismo sociale, del tema della derivazione del potere dello Stato da quello del popolo (e pertanto sulla necessità del consenso alla base di ogni comunità politica). Nel *Secondo trattato sul governo*, egli sottolinea ampiamente, in specie nella parte finale dell'ottavo capitolo, che la possibilità che un soggetto entri a far parte dello Stato – inteso come comunità politica, *commonwealth,* nel senso latino di *civitas* – è subordinata alla manifestazione da parte sua di un consenso che lo rende membro dello Stato. Tale consenso riveste una valenza fondamentale, però, non solo per il momento fondativo della società, ma anche per il suo prosieguo, poiché è nella volontà del popolo, e quindi, nel consenso della società tutta, che riposa sia il momento genetico che la concreta operatività di quello che, all'interno dello Stato, Locke descrive come il potere supremo: il potere legislativo.

Nel capitolo decimo del libro (intitolato *Dell'estensione del potere legislativo*), tale originale derivazione e perenne dipendenza dal potere popolare si mostra chiaramente, allorchè lo scrittore afferma che non solo non può esistere nessun potere legislativo senza una diretta derivazione popolare, ma, altresì, esso non può essere mai arbitrario, perché, in tal modo, reciderebbe quel legame genetico che lo lega al popolo al solo fine di rendere concreta la sua volontà e quindi di agire con la finalità del pubblico bene. Scrive infatti l'autore inglese che "*Il suo [del potere legislativo] potere, nella massima estensione, è limitato al pubblico bene della società*".[198] Ne deriva che il potere legislativo non può essere trasferito in altre mani o esercitato da altre persone: "Infatti, dal momento che non è che un potere *delegato dal popolo,* coloro che lo detengono non possono trasmetterlo ad altri. *Soltanto il popolo può stabilire la forma dello Stato e lo fa*

[197] J.-J. Rousseau, *op. cit.,* cap. II, libro secondo.
[198] J. Locke, *Il secondo trattato sul Governo,* RCS Quotidiani, Milano, 2011, cap. X.

costituendo il legislativo e decretando in quali mani affidarlo". Appare qui in modo lampante come l'operare del principio della divisione dei poteri sia riportato nell'alveo di una subordinazione al potere popolare sovrano, che ne è diretta emanazione originaria e costante espressione popolare. Concetto espresso ancora meglio nei capitoli successivi (e in particolare nell'undicesimo) laddove l'autore inglese, chiarendo ancor meglio i concetti espressi, scrive:

> Sebbene in uno Stato costituito che poggi sui propri fondamenti e agisca secondo la sua propria natura, cioè in vista della conservazione della comunità, non vi possa essere che un solo potere supremo, che è il legislativo, al quale tutti gli altri sono e devono essere subordinati; tuttavia, essendo il legislativo solo un *potere fiduciario* inteso a certi fini, *resta sempre al popolo il potere supremo di destituire o mutare il legislativo* quando ritiene che esso agisce in modo contrario alla fiducia in esso riposta. […] Così … si può dire che *la comunità è sempre il potere supremo,* ma non in quanto considerata sotto una forma di governo. [199]

Pertanto, solo la piena operatività di un indirizzo politico consente, in uno, di ritenere vivificato il principio di sovranità, e di riportare a un mimino di organicità e di senso l'esercizio del potere, che, seppur delegato allo Stato, mantiene attraverso il concetto di volontà generale il necessario cordone ombelicale che lo lega al suo legittimo proprietario, il popolo. D'altra parte tale orientamento si lega alle prospettazioni prima formulate circa l'assegnazione dell'*imperium* allo Stato, inteso come capacità di comando rispondente però a una volontà direttiva etero-imposta.

Ciò posto, la preferenza per una connotazione in termini di unicità del potere (e di sua interna differenziazione) piuttosto che in termini di pluralità di poteri, tende a voler far risaltare proprio il legame genetico che lega, fin dall'inizio, lo Stato a chi ha veramente e unicamente il potere supremo (tra cui anche quello di dare vita a uno stato), ossia al suo creatore, il popolo; legame che, in un'ottica di corretto esercizio della democrazia (inteso come potere del popolo), deve continuamente essere operante per evitare che l'esercizio delle funzioni da parte degli organi statali possa degenerare in un esercizio autonomo di poteri, indipendente da qualsiasi indicazione programmatica. Solo una precisa progettazione e puntuale attuazione di un indirizzo politico, pertanto, può conferire armonia e sistematicità all'esercizio dei 'poteri', evitando una loro autoreferenzialità, e consentendo di pervenire ad un effettivo "equilibrio dei poteri".

[199] *Ivi,* cap. XI.

In tale contesto, l'affermazione montesquieiana dell'evolversi del principio di divisione dei poteri fornisce un'interpretazione moderna della classica teoria del governo misto, resa necessaria dalla distribuzione del potere in base a tre funzioni fondamentali dello Stato, tale per cui la separazione del potere avviene non secondo le parti costitutive della società, ma secondo le funzioni, ognuna delle quali perde qualsiasi collegamento con la classe sociale di cui dovrebbe essere espressione. Tre sono i poteri che l'autore francese, ritenuto il reale ispiratore della teoria della separazione dei poteri, enumera nel libro undicesimo de *Lo spirito delle leggi*: "il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, e il potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile",[200] intendendo, per la prima espressione del potere esecutivo, il potere esecutivo dello Stato, mentre, per la seconda espressione, il potere giudiziario (che l'autore in realtà pretermette, considerandolo "in certo senso nullo",[201] limitando pertanto l'analisi della dinamica costituzionale solamente ai primi due poteri, quello legislativo e quello propriamente esecutivo); in ordine poi alle differenze sussistenti tra potere legislativo ed esecutivo, il primo rappresenta "la volontà generale dello Stato", mentre il secondo altro non è che "l'esecuzione di questa volontà generale".[202] La necessità della separazione dei poteri perviene dalla concomitante esigenza di assicurare la libertà politica, messa seriamente a rischio allorquando una sola persona risulti depositaria sia del potere esecutivo che di quello legislativo.[203]

Nell'alveo di tale distinzione, e nella comprensione dei rapporti tra potere legislativo e potere esecutivo, ritenendo necessaria l'esistenza di una "puissance réglante pour les tempérer", cioè di "*un potere regolatore che li moderi*"[204] – il quale partecipa al potere legislativo, lungi dal poter esercitare una vera e propria *faculté de stauer,* solamente con la sua *faculté d'empecher* –, egli introduce una distinzione tra due poteri: *facultè de statuer e facultè de empecher*, descrivendoli in tali termini: "Chiamo *facoltà di statuire* il diritto di ordinare da sé, o di correggere ciò che è stato ordinato da un altro. Chiamo *facoltà di impedire* il diritto di *render nulla* una risoluzione presa da qualcun altro. *Era questo il potere dei tribuni romani*. E per quanto chi ha facoltà di impedire possa

[200] Montesquieu, "*Montesquieu. Tutte le opere",* a cura di Domenico Felice, Bompiani, Milano, 2014 (*Lo spirito delle leggi,* libro XI (*Sulle leggi che formano la libertà politica nel suo rapporto con la Costituzione*), cap. VI (*Sulla Costituzione dell'Inghilterra*)), pag. 1219.
[201] *Ivi,* pag. 1227.
[202] *Ivi,* pag. 1223.
[203] Scrive infatti l'autore: "*Tutto sarebbe perduto se lo stesso uomo, o lo stesso corpo di maggiorenti, o di nobili, o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le risoluzioni pubbliche e quello di giudicare i delitti o le controversie tra i privati*" (*ivi,* pag. 1221).
[204] *Ivi,* pag. 1227; l'autore assegna tale potere alla componente nobiliare del corpo legislativo, ritenendola la più adatta a svolgere tale ruolo.

avere anche il diritto di approvare, questa approvazione non è altro che una dichiarazione di non fare uso della facoltà di impedire, e deriva da tale facoltà".[205]

Ora, per quanto non espressamente esplicitato nel testo, è possibile logicamente ricavare, dalla lettura del testo, l'esistenza (se non di un vero e proprio potere) di un'ulteriore *funzione,* che si caratterizza per il fatto di esprimersi solamente, essendogli negata qualsiasi possibilità di statuizione attiva, attraverso il potere impeditivo. Potremmo pertanto affermare che, eliminato il potere giudiziario, l'autore introduce un ulteriore *(sub-)potere*, che interessa solamente la concreta regolazione dei rapporti tra potere legislativo ed esecutivo. Ciò che caratterizza tale (sub)potere è la circostanza di potersi esprimere solo in via 'negativa' (diremmo), avendo non la capacità di determinare alcunchè, ma solamente quella di ostacolare e "rendre nulle" una decisione proveniente da altri. La catalogazione come 'negativa' di tale facoltà si giustifica, in particolare, attraverso il richiamo esplicito al potere dei tribuni della plebe, individuato dall'autore quale vero e proprio antecedente storico nonché referente logico-giuridico della funzione menzionata. Tale concezione si collega a quanto esplicitato dall'autore nelle prime pagine del testo, allorchè fa riferimento, al fine di assicurare pienamente la libertà, alla necessità che del potere non si abusi: pertanto, "*pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrete le pouvoir*" ("perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, *il potere arresti il potere*").[206] Pertanto, lungi dal potersi interpretare come limitata alla dinamica dei rapporti tra potere legislativo ed esecutivo, tale dinamica oppositiva appare essere posta dallo stesso autore alla base dell'intero meccanismo della separazione dei poteri, rappresentandone (si potrebbe dire), essendo diretta a consentirne il concreto dispiegarsi,[207] la vera matrice ontologica.

Il passaggio successivo nella dinamica della comprensione dell'estrinsecarsi della divisione dei poteri avviene con **Hegel**, il quale, criticando Montesquieu (non condividendosi pertanto l'idea, propugnata dal Bobbio, per la quale in realtà l'Hegel debba essere considerato un suo continuatore), afferma che "*falsa determinazione della autonomia assoluta dei poteri è l'unilateralità d'intendere il loro rapporto reciproco come negatività, in quanto mutua limitazione che diventa ostilità, timore di fronte a ciascun potere"*;[208] secondo l'autore, infatti, la divisione dei poteri nell'interpretazione fornitane dal Montesquieu si trasforma in un'ostilità reciproca dei poteri, se non in un timore di ciascun potere di fronte all'altro, tale per cui essa, nel suo complesso, è in grado di esprimere un

[205] *Ivi,* pag. 1229.
[206] *Ivi,* pag. 1217.
[207] Afferma l'autore (*ivi,* pag. 1233): "Ecco dunque la costituzione fondamentale del governo di cui stiamo parlando. Essendovi il corpo legislativo composto di due parti, l'una terrà a freno l'altra grazie alla reciproca facoltà di impedire. Entrambe saranno vincolate dal potere esecutivo, il quale lo sarà a sua volta da quello legislativo."
[208] G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto,* Bompiani, Milano, 2006.

equilibrio generale, ma non una vera e propria unità vivente. Egli invero, a favore dell'unità dello Stato contro l'idea di un'autonomia assoluta dei poteri – espressa nel principio di separazione di matrice montesquieuiana, ritenuta foriera dello sconquasso dello stato –, si pone tuttavia a favore del principio di divisione dei poteri, ritenendolo garanzia della libertà pubblica, solo se inteso come principio organico, come principio di organizzazione del corpo politico, con cui le singole sfere particolari vengono ricondotte all'universale. Sembrerebbe di potersi affermare che, per Hegel, il principio di divisione dei poteri può avere un senso solo se lo stesso incarni da solo una forma di riconduzione ad unità, e non, all'opposto, quando incarni solamente una semplice forma di manifestazione del potere. Ed infatti, per il filosofo tedesco, la divisione dei poteri, in cui consiste il carattere costituzionale dello stato, rappresenta "*la forma razionale dell'unità politica nella differenziazione propria della vita sociale moderna*".

In tale visuale il tema della divisione dei poteri è stato toccato anche da **Carl Schmitt**, che, nella "*Dottrina della Costituzione*", contrapponendosi al modo d'intendere il principio come mera separazione fra i poteri, rimarca il concetto per cui la distinzione dei poteri non è indirizzata unicamente alla separazione dei medesimi (rivelandosi altrimenti "mera vicinanza sconnessa di attività statali isolate"), ma "ha lo scopo di attuare un bilanciamento, un <<equilibrium>>" fra i medesimi, tale per cui scopo della divisione dei diversi ambiti delle attività statali è che "un potere possa essere di ostacolo all'altro: *Le pouvoir arrete le pouvoir".*[209] Ed infatti, il principio di distinzione dei poteri, secondo l'autore, può esser visto nell'ottica della separazione e in quella della divisione: nella prima accezione, comporta la separazione delle supreme autorità statali e delle loro competenze; nella seconda accezione comporta invece anche la produzione di un collegamento, di una reciproca influenza e di un equilibrio delle funzioni di tali distinti "poteri". Pertanto, è solo nella seconda accezione che il principio può trovare un suo pieno riconoscimento, poiché lo schema dei poteri distinti e separati deve comportare che essi non rimangono distinti nella loro incomunicabilità, ma deve portare ad effetti ed influenze reciproche, cui consegue il principio che "ogni rafforzamento da un lato deve essere controbilanciato dall'altro lato, affinchè nessuna parte della bilancia acquisti un sovrappeso", ergendosi a tutore del sistema politico tutto.

Solo pertanto correttamente inteso in tal modo, come principio di "distribuzione delle funzioni dello Stato", può accettarsi la locuzione "divisione dei poteri", intesa cioè come mera 'divisione *del potere'*. Ragionando diversamente invero si correrebbe il rischio di utilizzare inopinatamente un principio di organizzazione interna dello stato (la distribuzione delle funzioni,

[209] C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione,* Giuffrè, Milano, 1984.

per l'appunto) come modalità di funzionamento del sistema politico tutto, con il pericolo di sovrapporre ciò che è espressione precipua di una dinamica interna all'organizzazione della macchina burocratica dello Stato ai rapporti tra Stato e popolo, e in particolare al pieno esplicarsi del principio della sovranità popolare. Rischio, questo, che, continuando a utilizzare la locuzione "divisione dei poteri" – foriera delle confusioni terminologiche prima viste –, rimane sempre attuale, con una conseguente incapacità di comprendere fino in fondo la dinamica dei rapporti tra Stato e popolo sancita dalla Carta costituzionale. L'unico concetto, invece, che permette di evitare una completa separazione dei poteri, consentendo invece un loro coordinamento intrinseco, è quello dell'"indirizzo politico"; solo grazie ad esso si può cogliere realmente l'operatività del principio e ricondurlo all'interno della macchina statale. Ancora una volta, è il Mortati ad aver insistito sull'importanza costituzionale, a fini dogmatici, dell'"indirizzo politico" e ad averne fatto, giustamente, la vera chiave di volta della comprensione del funzionamento del principio della divisione dei poteri all'interno dello Stato.

2. La funzione di 'indirizzo politico'

Costantino Mortati è consapevole di come il tema sia stato scarsamente elaborato dalla dottrina contemporanea, "indotta a trascurarl[o] per il fatto che l'attività stessa, non disciplinata in modo esplicito dalla costituzione, appariva non solo estranea ai tre poteri e alle corrispondenti funzioni (legislativa, esecutiva e giudiziaria) nelle quali si riteneva esaurirsi ogni manifestazione della volontà statale, ma anzi tale da turbare la razionale attuazione del principio di separazione fra i poteri stessi".[210] Tutt'altra è invece la considerazione che il giurista calabrese ha della funzione di 'indirizzo politico', giungendo a considerarla "fonte normativa, immediatamente subordinata alla costituzione e alla legge costituzionale ma *preminente rispetto a quella legislativa ordinaria*, alla quale siano da ricollegare *le manifestazioni della volontà statale di esercizio della funzione di <<indirizzo politico>>*."[211] Scrive infatti l'autore:

[210] C. Mortati, *op.ult. cit.*, pag. 332.
[211] *Ivi,* pag. 331.

> L'esigenza che induce a far considerare invece la funzione in parola *coessenziale* ad ogni tipo di stato e ad attribuirle un posto a sé stante nell'ordine delle fonti è quella di far precedere alla distribuzione dei vari compiti statali fra molteplici organi forniti di autonomia ed al loro esercizio nella successione del tempo, un momento di *impulso unitario e di coordinazione* affinchè essi si svolgano in modo armonico per tutto il periodo necessario ad assicurare il risultato che se ne attende.[212]

Quella del Mortati è indubbiamente una visione inedita del principio di divisione dei poteri, poiché introduce, nella sua normale dinamica – di impronta montesquieuana, cioè di poteri fra loro distinti e separati, se non incomunicabili – un elemento di unificazione, un momento di sintesi atto a ricomporre in unità i medesimi e a permetterne uno svolgimento razionale e armonico. Senza l'espressione e l'attuazione della funzione di 'indirizzo politico' infatti essi sarebbero lasciati a se stessi, non in grado di esprimere alcun criterio di uniformità normativa e sostanziale, ricadendosi altrimenti nella critica sollevata dall'Hegel nei confronti del principio nell'elaborazione del Montesquieu ("*falsa determinazione della autonomia assoluta dei poteri è l'unilateralità d'intendere il loro rapporto reciproco come negatività, in quanto mutua limitazione che diventa ostilità, timore di fronte a ciascun potere").*

E' nell'opera "*Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato"* che l'autore maggiormente si sofferma su tali dinamiche, e in particolare sia sulla circostanza dell'essere l'indirizzo politico la funzione coordinatrice delle altre, e pertanto preminente rispetto alle altre, sia sul collegamento esistente fra sovranità e indirizzo politico – che non è altro che la traduzione della sovranità nell'ambito della separazione dei poteri. In particolare, nel capitolo II, trattando delle forme di governo, e in particolare del principio di divisione dei poteri, l'autore si chiede:

> Una volta che l'ordinamento sia già costituito, quale è la funzione che *condiziona e dirige* lo svolgimento di tutte le altre funzioni dello Stato? La funzione di "indirizzo politico" … tale funzione non [deve] confondersi con quella legislativa, che altro non è se non *una delle possibili estrinsecazioni e caratterizzazioni particolari dell'indirizzo politico* e perciò è ad essa *condizionata* (le varie leggi prodotte da un ordinamento, se non siano considerate isolatamente, appaiono chiaramente come lo svolgimento di *un principio unitario che le trascende*).

[212] *Ivi,* pag. 332.

La particolarità di tale momento di sintesi è peraltro rappresentata dal costituire l'indirizzo politico il *trait d'union* fra titolarità ed esercizio della sovranità, consentendo al popolo – unico titolare della sovranità – anche l'esercizio della sovranità, attuata attraverso lo Stato (nelle distinte funzioni statali raggruppate nei tre diversi gruppi di "poteri"), ma non lasciata alla sua totale discrezionalità – come avverrebbe in assenza di quel momento di impulso e di coordinamento –, essendo invero frutto delle direttive impartite tramite l'espressione della volontà generale. Scrive infatti l'autore: "quando i vari criteri di classificazione delle forme di governo fanno riferimento al *titolare del potere sovrano*, per esso si deve intendere *il titolare o i titolari dell'indirizzo politico attraverso il quale* si concreta un principio unitario che *anticipa e condiziona* lo svolgimento delle singole funzioni dello Stato."[213] Chiaramente pertanto viene espressa dal giurista calabrese il trait d'union fra titolare della sovranità e indirizzo politico: il titolare della sovranità è colui il quale esprime l'indirizzo politico, ossia il titolare di quella particolare funzione, superiore e distinta rispetto alle altre funzioni statali, cui spetta il compito di coordinarle e dirigerle, imprimendo loro un impulso unitario al fine di raggiungere, attraverso un armonico esercizio dei poteri, l'equilibrio dei poteri – condizione imprescindibile per addivenire ad un corretto esercizio della sovranità.

Il Mortati, pertanto, incentrando la propria analisi sulla decisività dello studio dell'indirizzo politico, coglie un punto essenziale, a parere di chi scrive, nell'approfondimento dell'operatività intrinseca del principio di divisione dei poteri, poiché, mettendo l'accento sul vero fattore che conferisce unitarietà ai distinti poteri – che è per l'appunto l'indirizzo politico, ossia la funzione che condiziona e dirige tutte le altre funzioni statali (fra cui anche quella legislativa, che è ad essa subordinata) –, sottolinea allo stesso tempo il legame tra il popolo – quale titolare ed esercente del potere sovrano – e lo Stato che, distintamente rappresentato nei tri grandi gruppi di funzioni – riassunti nei tre poteri statali –, dal momento che l'indirizzo politico non è altro che l'espressione della 'volontà generale' (per come precedentemente interpretata) e quindi, in ultimo, del titolare del potere sovrano, cui, in ultimo, essa deve essere ricondotta.[214]

Orbene, dell'indirizzo politico il Mortati, e al fine di validarne il significato, fornisce anche due esempi storici di pensatori che fanno "implicitamente riferimento alla funzione di indirizzo politico ed alla esigenza che essa venga esercitata in modo autonomo e d insieme organico"[215]: l'uno rappresentato dalla "funzione federativa" cara al Locke, l'altro al "potere esecutivo" caro al

[213] C. Mortati, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato,* Ricerche, Roma, 1960, pagg. 80 s.
[214] *Ivi,* pag. 87: sua caratteristica [dello Stato costituzionale] è infatti quella di attribuire la sovranità non più al monarca e non ancora al popolo, ma alla costituzione. In effetti il principio della "sovranità della costituzione" non rappresenta altro che il tentativo di eludere il problema se la sovranità debba spettare al popolo od al monarca, col risultato di affidarne l'effettiva soluzione ai rapporti di forza tra i due centri d'autorità, fino a che l'uno non sia riuscito a prevalere sull'altro".
[215] *Ivi,* pag. 99.

Montesquieu, rinvenendo in essi, pertanto, degli antecedenti storico-giuridici delle virtualità espresse dall'indirizzo politico; in entrambi, infatti, emergono le caratteristiche basilari della funzione di indirizzo politico, e, in primis, quella di esercitare una funzione di collegamento e coordinamento tra tutti i poteri, onde garantire omogeneità e stabilità politica. In Locke infatti la funzione "federativa", che riguarda i rapporti che lo Stato intrattiene con altri Stati, poco si presta "ad essere regolato da leggi preesistenti, stabili e positive", essendo lasciata "alla prudenza e alla saggezza di coloro nelle cui mani si trova", cui resta quindi un ampio margine di autonomia e di discrezionalità, dovendo pertanto restare indipendente rispetto all'organo titolare della funzione legislativa. In Montesquieu, invece, l'antecedente logico-giuridico dell'indirizzo politico è rappresentato dal 'potere esecutivo', considerato in esso anche l'autonoma funzione di preservazione dell'ordinamento giuridico, sia all'esterno che all'interno: caratteristica che, sganciando anche tale potere da leggi prestabilite e fisse, lascia al titolare del potere quel margine di autonomia e di sindacato che permette di avvicinare tale potere alla funzione di 'indirizzo politico'.

Proprio l'importanza che l'autore assegna alla funzione di indirizzo politico – individuata essere la funzione decisiva, in quanto in grado di esprimere un coordinamento tra le altre funzioni – conduce alla necessità, secondo l'autore, di ridurre la portata del principio di separazione dei poteri al fine di renderlo compatibile con l'esigenza espressa dalla funzione di indirizzo politico, ossia l'esigenza di coordinare reciprocamente le diverse funzioni dello Stato. Emerge pertanto, in tale ottica, quanto si è cercato di affermare: ossia la concezione per cui nessuna titolarità di poteri sovrani è possibile riservare ai poteri statali, i quali altro non sono, tutti, compreso il potere legislativo, che forme di esecuzione del potere sovrano, manifestantesi nelle forme dell'"indirizzo politico", ossia di quell'indirizzo espresso dal popolo e riassunto nelle forme della 'volontà generale' – che altro non è se non l'espressione concreta e determinata del volere del popolo.

"Il vero senso della separazione [scrive infatti l'autore] è […] di consentire *l'unità della direzione politica evitando gli abusi, rendendo possibile la partecipazione (a diverso titolo o attivo o di controllo) di più forze*";[216] tale unità di direzione politica, peraltro, "non toglie rilievo né all'autonomia da riconoscere ad ogni organo costituzionale, né alla distinzione delle *competenze* le quali sono da considerare *esecutive dell'indirizzo politico*: e che sono la legge da una parte, l'amministrazione dall'altra".[217]

[216] *Ivi,* pag. 440.
[217] *Ivi,* pag. 442.

Pagine interessanti al tema dell'indirizzo politico sono state dedicate anche da Mario Dogliani, il quale approfondisce la diversità delle concezioni elaborate in tema di 'indirizzo politico' dal Mortati e dal Crisafulli. Mentre il primo, infatti, la definisce come funzione, solo oggettivamente distinguendola dalle altre funzioni considerate nel classico schema di tripartizione dei poteri, rivestendo, rispetto alle stesse, un ruolo di preminenza, il secondo la concepisce, invece, come attività, qualitativamente divergendo dalle funzioni tripartite, non in virtù della sua posizione, ma in virtù proprio della sua natura, quale attività che "non pone né attua norma […] ma prescrive fini concreti e tecniche per il loro raggiungimento".[218]

Nella concezione cara al Mortati, in cui l'indirizzo politico viene concepito come fonte del diritto, ricoprendo il ruolo di quarta funzione statale, si sottolinea il fondamento costituzionale dell'indirizzo, ossia la sua immediata e diretta derivazione dalla costituzione, quale atto esecutivo della stessa, finalizzata a specificare e definire compiutamente e costantemente i suoi specifici significati, promuovendo la realizzazione degli imperativi in essa contenuti, divenendo in tale contesto "la proiezione della continuità della costituzione, e lo strumento della sua normatività e del suo adeguamento storico continuo";[219] proprio tale funzione attuativa degli imperativi contenuti nella costituzione formale consente l'iscrizione dell'indirizzo politico, così concepito, nelle fonti del diritto, cui spetta la determinazione concreta dei contenuti normativi da assegnare alla costituzione nel suo processo di attuazione, rappresentando, pertanto, allo stesso tempo, un segmento della stessa attività politica. Definire quindi l'indirizzo politico come funzione dello stato significa che lo stato, in quanto organizzazione giuridica, ha, tra gli altri compiti, quello di scegliere i fini determinati da perseguire e quelli di porre e attuare il diritto, individuando pertanto "una *comunanza qualitativa* tra atti posti in essere nell'esercizio delle funzioni classiche, che li unifica come atti di indirizzo".[220]

Nell'accezione invece cara al Crisafulli, viene negata la qualità giuridica dell'attività di indirizzo politico (giuridica essendo solamente nel senso di giuridicamente disciplinata), cui pertanto non viene riconosciuta la qualità di fonte del diritto, per affermarne invece l'intrinseca carica 'politica', quale attività determinatrice delle finalità politiche generali cui le attività propriamente giuridiche sono destinate, cui conferisce caratterizzazione di unità. All'atto di indirizzo, pertanto, è riconosciuta solamente la capacità di porre la decisione sul fine, precedendo logicamente e naturalmente l'adozione degli atti giuridici formali che ne costituiscono la

[218] M. Dogliani, *Indirizzo politico,* Jovene, Napoli, 1985, pag. 185.
[219] *Ivi,* pag. 200; "da questo punto [ossia dal punto di vista sposato dal Mortati] la definizione in esame significa che lo stato è *giuridicamente* definito oltre che dalle tre classiche funzioni, che pongono e attuano il diritto, *anche* da quella che sceglie i fini determinati da perseguire. La scelta dei fini, e cioè l'assunzione di alcuni fini contro altri, è attività in sé, propria ed essenziale dello stato, così come la predisposizione delle leggi e la loro esecuzione e applicazione".
[220] *Ivi,* pag. 218.

realizzazione. In tale contesto, quindi, l'attività di direzione politica in cui si concreta l'indirizzo politico non può mai essere ricondotta alla funzione di produzione del diritto, essendo attività intrinsecamente direttiva, anche della determinazione del contenuto delle leggi costituzionali.

Pur nella diversificazione della natura del tema, le due teorie convergono, tuttavia, nel ritenere l'indirizzo politico attività specifica dell'ordinamento, non assimilabile e non sussumibile nelle altre teorie considerate, e dotata pertanto di una sua sostanziale autonomia, tesa allo scopo di imprimere all'attività un particolare orientamento politico, al fine di pervenire ad un effettivo coordinamento dei poteri, quale attività di impulso e di armonizzazione fra i diversi organi dello stato, costituendo pertanto "attività *ad hoc, esterna* a quella che costituisce l'esercizio delle funzioni classiche dello stato, esterna cioè all'attività propria degli organi costituzionali politici".[221]

3. Le forme di estrinsecazione del principio di "separazione dei poteri" e la necessità della progressiva limitazione della sua portata

L'approfondita analisi che il Mortati dedica all'operatività del principio di divisione dei poteri conduce l'autore a delineare una differenziazione nelle forme di manifestazione del principio, inteso semplicemente – come visto in precedenza – come "separazione dei poteri". In tale contesto, egli distingue tra**:** a) una forma di separazione assolutamente rigida, caratterizzata dalla presenza di poteri fra loro incomunicabili e non influenzantisi reciprocamente; b) una forma di "avvicinamento" tra poteri, nella quale il coordinamento è assicurato dalla supremazia vantata da uno dei poteri sugli altri (tipica l'ipotesi della forma parlamentare); c) una forma, in ultimo, di separazione che, pur ispirata a criteri di rigidezza, è temperata dall'esistenza di "una serie di congegni attraverso i quali i singoli "poteri" esercitano anche *funzioni di arresto e quindi di controllo reciproco* […] attraverso i quali i singoli poteri possono influenzarsi *negativamente ed indirettamente* a vicenda, al fine di garantire una sufficiente armonia nello svolgimento dell'indirizzo politico"[222] (tipica, in particolare,

[221] *Ivi,* pag. 199: "Sia l'una che l'altra teoria considerano l'indirizzo politico come attività specifica che non si risolve in un profilo identificabile solo concettualmente delle attività costituzionali. La scelta e la determinazione dei fini non è fase logicamente necessaria ed ineliminabile, ma praticamente amalgamata e compenetrata nell'esercizio delle funzioni (legislativa o esecutiva nei suoi vari aspetti) da cui risulta istituzionalmente inseparabile. Ciò avrebbe significato risolvere l'organizzazione dello stato nella sua pura configurazione giuridica, in quanto avrebbe costretto la politica dentro l'attività degli organi costituzionali così come giuridicamente configurata".
[222] Mortati, *Lezioni di diritto italiano e comparato, op.cit.,* pag. 97.

della forma di governo nord-americana caratterizzata dal principio dei "checks and balances", ossia dei freni e dei contrappesi).

Ora, della prima forma di separazione è esempio la forma di divisione dei poteri prescelta da Montesquieu, il quale opta per un sistema costituzionale caratterizzato da una "netta divisione fra le funzioni [e da una] assoluta reciproca indipendenza degli organi titolari dei "poteri"; si realizza, in tal modo, "il modo più rigido di intendere il principio della separazione", riguardando "poteri incomunicabili la cui indipendenza è assicurata fino al punto di escludere la possibilità di congegni giuridici volti a permettere la coordinazione positiva tra le volontà dei diversi "poteri"", lasciando pertanto il coordinamento fra poteri ad una sorta di "armonia prestabilita"[223] fra i singoli organi, garantita dal potere d'arresto reciproco.

Orbene, tale concezione della separazione dei poteri si scontra però con la necessità dell'affermazione del principio di indirizzo politico, dal momento che essa cozza irrimediabilmente con lo scopo precipuo della suddetta funzione, che è quello di imprimere una sorta di coordinamento alle diverse funzioni statali. In tal senso, è chiaro l'intendimento dell'autore quando scrive:

> E' appunto l'importanza sempre maggiore (data l'estensione dei compiti dello Stato) che la funzione di indirizzo politico assume nella moderna esperienza costituzionale, e la coscienza sempre più chiara di tale importanza, che spiega come e perché l'evoluzione del principio della separazione si verifichi nel senso di *limitarne progressivamente la portata* e di renderlo compatibile con l'esigenza di *coordinare reciprocamente le varie funzioni dello Stato* (a tale coordinamento infatti è condizionata la possibilità di garantire l'*unità e l'omogeneità dell'indirizzo politico*).[224]

Pertanto, è evidente come principio di separazione nell'ottica montesquieuiana e funzione di indirizzo politico si scontrino inevitabilmente tra loro, essendo espressione di due differenti concezioni operative. Mentre la prima conduce all'incomunicabilità fra i poteri e all'assenza di qualsiasi legame unitario fra i medesimi, la funzione di indirizzo politico risponde proprio all'esigenza opposta, cioè quella di cercare un coordinamento e un'unitarietà nell'espressione dei diversi poteri, al fine di evitare che possano tradursi in reciproca e mutua ostilità. Ma, ritiene l'autore che proprio l'importanza assegnata all'indirizzo politico, quale unico modo di pervenire ad

[223] *Ivi,* pag. 95.
[224] *Ivi,* pag. 99.

un'armonica operatività tra i poteri, abbia una sorta di preminenza sull'esplicarsi della separazione dei poteri, arrivandone a condizionare l'operatività e, in particolare, esigendo di limitarne progressivamente la portata (tesa all'incomunicabilità reciproca dei poteri) al fine di giungere a un loro effettivo e reciproco coordinamento, condizione necessaria onde garantire unità e omogeneità all'indirizzo politico.

In tale ottica, nella rilevazione dell'importanza della funzione di indirizzo politico, un ruolo decisivo viene assegnato al popolo, vero "centro di gravità" del regime parlamentare, cui è affidata la "*funzione della riequilibrazione dei poteri statali*" e nel quale pertanto deve essere riconosciuto il "*titolare del supremo potere di decisione politica*".[225]

Ora però, se unica è la tendenza verso una progressiva limitazione della portata del principio della separazione dei poteri – di impronta montesquieiana –, "sono però vari i modi nei quali tale tendenza può esprimersi":[226] l'uno è quello, come si è visto, di affermare la supremazia di un organo costituzionale sugli altri (e chiaro è l'esempio della forma di governo parlamentare, nel quale il potere legislativo prevale sugli altri); ma vi sono anche altre strade: è lo stesso giurista a individuare, in tal senso, l'ordinamento dell'antica repubblica romana; scrive, infatti, in un passo che per l'elaborazione teorica del presente elaborato è fondamentale:

> ad esempio nell'ordinamento dell'antica Roma si assicurava insieme l'unicità della direzione politica ed il controllo sugli organi titolari di questa con il prevedere speciali organi dotati soltanto di *poteri negativi* (e quindi di poteri accessori) esercitabili contro l'organo titolare della direzione politica (ci si riferisce ai tribuni della plebe, ed al potere di veto di cui essi godevano).[227]

Orbene, la consapevolezza del Mortati, in uno, della necessità di limitare la separazione dei poteri, e dei diversi congegni a tal fine utilizzabili è evidenza che ovviamente, è di fondamentale rilevanza, poiché permette di tentare una diversa ricostruzione del sistema costituzionale italiano, non ancorato solamente alla seconda delle forme di separazione dei poteri delineata dal Mortati, ossia alla supremazia di un potere sull'altro (ieri il potere legislativo, oggi, si sarebbe tentati dal dire, quello esecutivo, con segmenti temporali nei quali tale ruolo di supremazia, per la manifesta assenza degli altri due, pare essere stato giocato dal potere giurisdizionale), ma anche alla terza,

[225] C. Mortati, *Il problema della direzione politica dello Stato e il progetto di Costituzione della Repubblica italiana* in *Raccolta di scritti,* Giuffrè, Milano, 1972, pag. 489.
[226] Id., *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato, op. cit.,* pag. 100.
[227] *Ibidem*

ossia a quella dinamica di "freni e contrappesi", tanto cara alla matrice nord-americana, ma non estranea – come si tenterà di spiegare facendo riferimento a concreti istituti giuridici – anche alla realtà italiana.[228] Ossia, seppur la forma di governo italiana rientri a pieno titolo nella forma di governo parlamentare, si ritiene – e si cercherà di dimostrare – che a essa non sono comunque estranei congegni costituzionali – esprimentesi, in particolari situazioni, in funzioni di arresto o di impedimento – che rendono la forma di governo italiana avvicinabile, per alcuni aspetti, al terzo modello descritto dal Mortati.

Questa assimilabilità del sistema costituzionale italiano al sistema nord-americano, caratterizzato dalla presenza di numerosi *checks and balances* non è una posizione isolata, del resto, nello stesso panorama delle opinioni dei padri costituenti, e ha avuto modo di rappresentare l'*humus* fondativo della stessa carta costituzionale. Di estremo interesse, al riguardo, appaiono le dichiarazioni all'assemblea costituente di Meuccio Ruini, uno dei principali artefici della Costituzione italiana, in particolare quelle rese di fronte all'assemblea costituente nella seduta del 19 settembre 1947. In questo straordinario discorso politico, il Ruini riesce, in poche affermazioni, a riassumere il senso e la portata dell'intera impalcatura costituzionale, prendendo come archetipo fondativo il principio della sovranità popolare. Scrive, infatti, dopo aver reciprocamente criticato sia la concezione cara alla sinistra che quella cara alla destra, in merito alla corretta impostazione da dare al problema, in un passo che per la sua decisività e per la sua densità comunicativa si preferisce riportare per intero:

> Che cosa bisogna fare? Ristabilire in altra forma, democraticamente, il pilone crollato [si riferisce al precedente pilone regio]; ed allargare le fondamenta della casa, *rinsaldandole ed affondandole sempre più nella sovranità popolare.* Far capo al parlamento, che è l'espressione preminente, *ma non la sola,* della sovranità popolare. *Il sovrano non è il parlamento; è il popolo che ha due emanazioni essenziali della sua sovranità: l'elezione dell'organo parlamentare ed il referendum*. Nella nuova costituzione bisogna far posto, così, anche al referendum. E cogliere tutte le altre possibili

[228] L'esigenza di affiancare al principio di separazione dei poteri anche il principio di contrapposizione dei poteri ai fini della riequilibrazione dei poteri statali onde permettere il pieno espletamento dell'indirizzo politico unitario è esigenza pienamente avvertita dall'autore: "Si tratta, in altri termini, di far valere, sia pure con altre forme, ed in diverse direzioni, nel seno dell'organo primario costituito dal popolo, quegli stessi principi, concorrenti pur nell'apparente contrasto, che presiedono negli stati moderni all'ordinamento degli organi costituzionali: i principi, cioè, d*ella divisione e della contrapposizione del potere, da un alto, e, dall'altro, della riconduzione delle volontà contrapposte alla efficienza di una direzione unitaria"* (Id., *Il problema della direzione politica, op.cit.,* pag. 491).

emanazioni della sovranità popolare, *stabilendo l'equilibrio fra gli organi dello Stato nell'orbita inderogabile della sovranità popolare.*[229]

Emerge pertanto dalla lettura delle dichiarazioni rese innanzi all'Assemblea Costituente da uno dei massimi esponenti del costituzionalismo italiano la piena consapevolezza nonché la razionale giustificazione delle scelte operate dall'Assemblea nel cristallizzare determinati principi quali principi fondanti la stessa dinamica dell'architettura costituzionale. Emerge, in particolare, l'assoluta imprescindibilità nella quale è posto il principio della sovranità popolare, innalzato a vera matrice archetipica eziologica dell'intero assetto costituzionale, rispetto al quale lo stesso parlamento, rappresentando solamente una delle possibili, anche se la principale, emanazione della sovranità popolare, non può che assumere posizione dipendente. Risalta in particolare, con forza, l'affermazione per la quale unico soggetto detentore della sovranità sia il popolo, il quale si esprime attraverso due principali emanazioni: l'elezione dell'organo parlamentare, e, accanto a questa, il referendum, in modo da conferirgli legittimazione equivalente a quella conferita al plesso parlamentare, derivando dalla medesima fonte di espressione. Particolarmente pregnante appare infine l'ultima, brillante, espressione usata dal costituzionalista, quello 'stabil[ire] l'equilibrio fra gli organi dello Stato *nell'orbita inderogabile della sovranità popolare*': e ciò poiché lo stesso principio della divisione dei poteri (simboleggiato nel riferimento all'equilibrio vigente fra gli organi dello Stato), nella scia della lettura della carta costituzionale proposta nel presente elaborato, viene di fatto attratto nell'orbita della sovranità popolare, e a questo sottoposto.

Affermazione quanto mai importante perché conferma una lettura della Carta tesa a restringere l'ambito di operatività del suddetto principio, e a darne un'esegesi compatibile con la radicale e violenta affermazione della supremazia, su ogni altro cardine ermeneutico, del principio della sovranità popolare – al cui servizio deve pertanto porsi anche lo stesso principio di divisione dei poteri, non a caso, tra l'altro, citato solamente nel richiamo all'equilibrio fra gli organi dello Stato. Impostazione questa di cui l'autore dà conto anche in un altro dei saggi raccolti nello stesso testo, e precedente alle deliberazioni dell'Assemblea costituente, nel quale, in relazione allo schema elementare montesquieuiano, afferma: "Non è una distinzione rigida di poteri e di organi; ma

[229] M. Ruini, *Discorso all'Assemblea Costituente reso nella seduta del 19 settembre 1947,* raccolto nel testo *La nostra e le cento costituzioni del mondo* (con il titolo *L'ordinamento costituzionale del nuovo Stato*), Giuffrè, Milano, 1961, pagg. 142 ss. Scrive inoltre in un altro saggio precedente, in merito al potere del popolo, che esso "è il presupposto e la base costitutiva, attraverso il voto, di ogni altro potere", che "La sovranità, per cui tutti i poteri emanano dal popolo, ha per correlato, e sua forma essenziale, la regolazione dei poteri stessi da parte del popolo … il popolo […] deve imporre a se stesso limiti e controlli", rappresentando l'atto di emanazione dei singoli poteri del popolo "nel tempo stesso autolimitazione del potere del popolo" (pag. 44).

piuttosto di *funzioni, che si polarizzano e talora si combinano in vari organi*".[230] E' pertanto rifiutata la rigida e netta separazione dei poteri scelta dal Montesquieu a favore di una delimitazione di funzioni – capaci di diversamente combinarsi nei diversi organi – in grado di occupare tutte le forza dello Stato, e ne è riconosciuta pertanto l'obsolescenza, ritenendo infatti "la vecchia teoria […] in gran parte superata (tant'è che noi non l'abbiamo seguita per la denominazione dei titoli nel nostro progetto)".[231] Ne deriva pertanto che Ruini dà conto della consapevolezza della scelta dell'assemblea costituente di non utilizzare, nella denominazione dei titoli della carta, alcun richiamo al principio della divisione dei poteri, e non per mera dimenticanza, ma per la precisa consapevolezza dell'essere quella teoria ormai superata e non più capace di rispecchiare la struttura dell'ordinamento costituzionale prescelta: rimane pertanto solo come archetipo fondativo.

Ancora, sempre nel medesimo discorso del 19 settembre 1947, Ruini, in un altro passo molto suggestivo, sottolinea l'importanza del richiamo al principio dei *check and balances*:

> Né dobbiamo vergognarci, come d'un relitto democratico, dell'esigenza di equilibrio, di freni e di contrappesi, di *cheks and balances* che viene pure dalla più bella costituzione del mondo, la americana. *Noi vogliamo raccordare e subordinare tutti gli organi dello Stato alla sovranità popolare* … Il popolo è la forza che avvolge e muove *tutto lo Stato; il solo organo originario*, anche se non configurato e fissato formalmente come gli altri che ne derivano; *è il popolo che deve sempre aver la prima e l'ultima parola*. Noi siamo già entrati in una fase dello Stato che si potrebbe chiamare *<<popolare>>, più ancora che <<parlamentare>>*.[232]

Parole ed espressioni di una forza evocativa straordinaria, sol si pensi che sono state pronunciate nell'Assemblea costituente. Risalta in particolare, nuovamente, l'accento, fortissimo, posto dal Ruini sulla piena attuazione che dovrà essere conferita al principio della sovranità popolare, tanto da riuscire a mutare la stessa configurazione della forma di Stato, da parlamentare a <<popolare>>, volendosi in tal modo rimarcare la supremazia indiscussa conferita alla volontà popolare. In tale contesto, ovviamente, la stessa presenza dell'istituto referendario si connota di una forza particolare, atta a rappresentare quella sorta di freni e contrappesi districati, dai padri costituenti, intorno al principio parlamentare, per evitare che lo stesso possa mutare in 'onnipotenza parlamentare'. Scrive ancora il Ruini, con parole di incredibile efficacia:

[230] *Ivi,* pag. 43.
[231] *Ivi,* pag. 142.
[232] *Ivi,* pag. 143.

> Nella gerarchia degli organi, subordinati tutti al popolo, prevale necessariamente il parlamento, che è di immediata designazione del popolo, ha la funzione legislativa; *ma non vogliamo abbandonarci alla ossessione allucinata ed unilaterale di una sovranità ed onnipotenza del parlamento.*[233]

Proprio questo desiderio di non volersi abbandonare 'all'ossessione dell'onnipotenza parlamentare' pare essere alla base dell'intenzione dei costituenti di circondare di cautele e di freni l'opera del Parlamento, arginandone le spinte più unilaterali, attraverso il ricorso al popolo sia da un punto di vista di ordinario raffronto con il legislatore, sia allorchè trattasi di modificare i principi cardine, ispiratori della stessa architettura costituzionale e quindi fondativi del patto costituzionale stretto nel 1946. Ipotesi rafforzata dalla lettura dell'affascinante discorso tenuto da Costantino Mortati alla Commissione dei 75 nella seduta del 18 settembre 1947, e di cui si riporta un estratto, di fondamentale importanza ai fini della comprensione di quanto dichiarato, a proposito della forma di governo scelta dal plesso parlamentare:

> Ora, per quanto riguarda il primo punto, cioè il tipo di regime, bisogna osservare che esso, da noi, secondo quanto risulta dal progetto in esame, non si conforma al tipo di regime parlamentare puro, ma invece realizza un tipo di regime parlamentare *misto, o semidiretto.* E ciò per l'esistenza di due istituti: lo scioglimento ed il *referendum,* i quali si inseriscono nel congegno costituzionale precisamente allo scopo di far sì che il popolo non sia una istanza pura e semplice di preposizione dei titolari della Camera rappresentativa, ma divenga invece *organo di decisione politica, organo di ultima istanza*, chiamato a risolvere i conflitti che sorgono fra gli altri organi costituzionali e a dire la sua parola decisiva quando si presentino questioni di vasto rilievo politico.[234]

Ne deriva che i Padri costituenti erano ben consapevoli di creare una forma di governo innovativa e soprattutto di non voler adagiarsi sul funzionamento della forma pura di parlamentarismo, ritenendola inadeguata ad esprimere compiutamente e a dare manifestazione alle forme di espressione della sovranità popolare; proprio i due istituti dello scioglimento del governo e dei referendum, legislativo, costituzionale e regionale, permettono invece, consentendo al popolo di

[233] *Ibidem*
[234] C. Mortati, *Discorso all'Assemblea Costituente sul progetto di Costituzione della Repubblica italiana,* in *Raccolta di scritti,* Giuffrè, Milano, 1972, pag. 918.

esprimere la sua voce, di innervare il sistema rappresentativo di fonti di sovranità popolare tala da poter essere definito un sistema semi-parlamentare.

4. Il carattere anfibologico del costituzionalismo contemporaneo

La differenziazione prospettata dal Ruini tra uno Stato parlamentare e uno Stato popolare non è in realtà priva di precedenti storici che ne spieghino il riferimento ad un carattere costituzionale non unico nella storia del costituzionalismo contemporaneo, e anzi espressivo, nel contesto storico, di due differenti matrici escatologiche. In particolare, Ernst Fraenkel ha avuto modo di sottolineare la diversità di componenti di cui spesso si nutre il sistema costituzionale contemporaneo, teorizzando l'esistenza di una componente rappresentativa e di una plebiscitaria, che convivono in ogni Stato costituzionale contemporaneo, pur essendo diversificate come riferimenti. Occorre infatti puntualizzare l'impostazione del Fraenkel circa la diversa eziogenesi del sistema rappresentativo e di quella plebiscitario: il primo, scrive infatti l'autore, "non riesce mai interamente a negare le proprie origini storiche derivanti dal sistema dei ceti", rappresentando "la sovrastruttura politica di una società consapevole del proprio carattere pluralistico",[235] alla base della quale vi è l'idea che solo l'assemblea nazionale possa dare genuina espressione alla volontà generale del popolo, intesa come *volontà ipotetica* del popolo, quale "interesse collettivo predeterminato e obiettivamente accertabile",[236] cui il popolo sia naturalmente proteso. Il sistema plebiscitario, al contrario, "orientato sul modello della *comunità*", in contrapposizione al sistema rappresentativo – sviluppatosi sul modello della società –, "non riesce mai del tutto a negare la propria connessione almeno ideologica con la *polis*", vedendo nella decisione parlamentare solamente "il surrogato rispetto ad un plebiscito" e "un pervertimento della volontà popolare riconosciuta quale valore più elevato";[237] esso presuppone "una volontà popolare unitaria, di cui *a priori* si supponga che essa sia identica all'interesse collettivo", cioè una *volontà popolare empirica* preminente, in caso di divergenza, su quella ipotetica.[238]

[235] M. Ruini, *op.ult.cit.,* pag. 40.
[236] *Ivi,* pag. 39.
[237] *Ivi,* pag. 41.
[238] *Ivi,* pagg. 40s.

Differenti pertanto sono i principi di legittimità da cui i due sistemi prendono le mosse: il sistema rappresentativo trova come proprio postulato ideologico un interesse collettivo basato sul diritto naturale originario, mentre il sistema plebiscitario si basa sul diritto individuale di partecipazione e di voto nonché sull'assioma della sovranità popolare quale "principale potere collettivo illimitato ed inviolabile";[239] in tale contesto non vi è alcun interesse collettivo predeterminato, essendo invece esso desumibile "dalla libera decisione del popolo di riconoscere come interesse collettivo ogni interesse, cioè anche un interesse qualsiasi, considerato da un punto di vista obiettivo".[240]

Tale impostazione non è del resto isolata nel panorama dottrinale giuspubblicistico contemporaneo, seppur, d'altronde, non trovi un sufficiente (a parere di chi scrive) approfondimento. In particolare, deve ascriversi alla dottrina giuspubblicistica romanistica il merito di aver sollecitato l'attenzione degli studiosi di diritto pubblico sulla duplice matrice eziologica del costituzionalismo contemporaneo, tenendo viva l'operatività del diritto pubblico romano. Di "carattere *anfibologico* del diritto costituzionale contemporaneo"[241] parla, in particolare, Giovanni Lobrano, il quale distingue, all'uopo, due diversi modelli costituzionali: il modello inglese, "parlamentare-rappresentativo", basato sul principio della divisione dei poteri e della sovranità parlamentare, di stampo eminentemente aristocratico, e il modello romano, di stampo invece "repubblicano-municipale e tribunizio", basato sul principio della sovranità popolare e sull'istituto del tribunato, e di stampo eminentemente democratico. Propugnatori e sostenitori dei due diversi modelli sono, rispettivamente, per il modello inglese, il Montesquieu, e per il modello romano, il Rousseau.

Il modello costituzionale inglese, propugnato dal Montesquieu, trova le sue origini nel modello inglese del costituzionalismo parlamentare-rappresentativo, i cui artefici devono essere rinvenuti, per l'autore, in Hobbes, in Locke, in Kant e, in ultimo, in Kelsen: il primo avendo sganciato la nozione di sovranità del popolo per ricollegarla, con la creazione del Leviatano, alla sovranità dello Stato (assegnandola pertanto a quella ristretta classe di governanti che lo rappresentano in modo organico e privando contestualmente i cittadini della loro sfera di partecipazione all'attività pubblica), il secondo teorizzando il principio della divisione dei poteri interna al Parlamento, il terzo pervenendo alla conclusione di ritenere la rappresentanza l'unica

[239] *Ivi,* pag. 42.
[240] *Ibidem.* "L'adesione al principio plebiscitario esclude il riconoscimento di un originario, preesistente bene della comunità ed include il riconoscimento del *carattere derivato del bene collettivo riconosciuto di volta in volta come imperativo*" (*ibidem*).
[241] G. Lobrano, *La respublica romana, municipale-federativa e tribunizia: modello costituzionale attuale*, in *Diritto @ storia*, n. 3, maggio 2004, pag. 2.

forma possibile di partecipazione del popolo al Governo, essendo la rappresentanza l'unica forma possibile di traduzione del principio della volontà generale nella realtà pratica del governo, e l'ultimo mutando la sovranità popolare in mera sovranità della legge.

Il modello costituzionale romano trova invece il proprio maggior artefice in Jean-Jacques Rousseau, cui si deve il merito, riscoprendo l'obliterata realtà giuspubblicistica romana, di aver riaffermato i postulati ideologici della sovranità popolare, intesa come titolarità ed esercizio della sovranità da parte del popolo, implicando quindi la sua completa partecipazione alla vita pubblica.

Visivamente rispecchiante tale diversa impostazione di modelli costituzionali siano i dibattiti dell'Assemblea nazionale sorta in seguito alla Rivoluzione francese del 1789. In particolare, mentre la prima Costituzione del 1791 mostra una chiara impronta rappresentativa, dichiarando (art. 2) che <<La Nation…ne peut les exercer que par dèlègation. La Costitution française est représentative: les représentants sont le Corps législatif et le Roi>> e, all'art. 16, che <<Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs détérminée, n'a point de constitution>>, rivelandosi pertanto "l'affermazione del modello aristocratico (feudale-borghese) inglese del potere parlamentare, garantito dagli equilibri interni al parlamento, in luogo del modello democratico (giuspubblicistico) romano della sovranità del popolo, garantita dal tribunato";[242] al contrario, la Costituzione approvata dalla medesima assemblea solamente due anni più tardi, nel 1793, detta "giacobina", mostra una chiara impronta democratica, risaltando in particolare il ruolo rivestito dalle municipalità e dalle articolazioni territoriali dei Comuni, e stabilendo (art. 25) che <<la souveraineté réside dans le péuple>> e <<Le peuple souverain est l'universalité des citoyens Français>> (art. 7 'Acte costitutionnel'): "E', attraverso Rousseau [che solo nel 1761 aveva scritto il *Contratto sociale*], il modello giuspubblicistico romano".[243]

Osserva l'autore che, tuttavia, "il costituzionalismo parlamentare-rappresentativo assolutamente predominante nei secoli XIX e XX non annulla ogni manifestazione democratica e federativa del costituzionalismo repubblicano-municipale",[244] il quale trova una sua precipua espressione nella Costituzione della Repubblica Romana del 1849 e, successivamente, nell'esperienza della Comune parigina del 1871. Anche la Costituzione italiana, malgrado appaia chiaramente sbilanciata verso il sistema parlamentare, conserva però alcune tracce di altro modello

[242] Id., *La respublica romana,* pag. 12.
[243] *Ivi,* pag. 13.
[244] *Ivi,* pag. 14.

costituzionale, sia nella preminenza data al principio della sovranità popolare, sia nel sistema del decentramento amministrativo, sia, infine, nel diritto di sciopero.

5. Crisi della divisione dei poteri e suoi effetti ('plebiscitarizzazione' della dinamica politica)

Tale è appunto la tendenza verso la limitazione progressiva del principio di separazione dei poteri, che ha condotto alla crisi – in tal modo intesa – della divisione dei poteri, la cui incomunicabilità ha condotto al risultato della prevalenza di un potere sugli altri, dapprima con la prevalenza del potere legislativo, e oggi con il prevalere del potere esecutivo e quindi con il prodursi di un'esecutivizzazione della dinamica dei poteri e una delegislativizzazione dei poteri, pressati dal principio della divisione dei poteri.

Tale considerazioni conducono Friedrich Von Hayek a utilizzare l'espressione <<democrazia contrattuale>>:[245] criticando la rilevanza di poteri illimitati concessi al potere legislativo attuale – che si è sostituito all'originale concezione delle costituzioni democratiche –, che ne fanno un potere legislativo "onnipotente", egli afferma che tale sistema democratico riposa sulle concessioni fatte a gruppi particolari di interessi – necessarie affinchè tale sistema di governo mantenga l'appoggio della maggioranza –,[246] in cui, appunto, divengono decisive le trattative e le contrattazioni tra i membri della maggioranza;[247] ciò ovviamente porta a una torsione dell'originaria

[245] Friedrich Von Hayek, "*Legge, legislazione e libertà*", vol. III (*Il sistema politico di un popolo libero*), Il Saggiatore, Milano, 1986, pag. 475.

[246] Spiega infatti l'autore tedesco (*ivi,* pag. 501) che l'esigenza di limitare i poteri del governo si credette risolta attraverso la sollecitazione di un controllo democratico dell'esercizio di tale potere; tuttavia, tale onnipotenza conferita alle assemblee rappresentative democratiche espone le medesime "alla pressione irresistibile di usare il proprio potere a beneficio di interessi speciali, una pressione a cui una maggioranza con poteri illimitati non può resistere se vuole continuare ad essere maggioranza" (v. anche pag. 513). Al riguardo, interessante appare la distinzione tracciata dall'autore tra Stato e società (*ivi,* pag. 514), allorchè egli afferma – dopo aver definito il primo termine come "organizzazione del popolo e del territorio sotto un unico governo" e il secondo come "molteplicità delle strutture spontanee ed autogenerantisi di uomini liberi" – che "In una società libera, lo stato è *una fra le tante organizzazioni* – quella che deve fornire un quadro di riferimento efficace entro cui possono formarsi ordini autogenerantisi; ma esso è un'organizzazione che *si deve limitare all'apparato del governo,* e che non deve determinare le attività degli uomini liberi", distinguendo pertanto tra la 'deliberata edificazione' dello stato, al fine di esercitare il potere di coercizione, e la spontanea formazione delle reti di relazioni tra le persone che danno vita alle singole società.

[247] *Ivi*, pag. 383s.; a pag. 387, l'autore tedesco parla di "processo di contrattazione" e di "democrazia intenta a *mercanteggiare*", tale per cui il programma d'azione espresso da una maggioranza relativa di governo altro non è che "una semplice somma di interessi diversi", v. anche a pag. 405, nel senso che il potere di ricatto esercitato da un singolo gruppo di pressione, per quanto minimo – ma decisivo nel raggiungimento della maggioranza –, nell'estorcere particolari privilegi non è che "il prodotto inevitabile del potere illimitato detenuto da un'unica assemblea elettiva non

idea applicativa del sistema democratico che dovrebbe essere finalizzato al raggiungimento del bene comune, individuato dalla concorde opinione maggioritaria dell'opinione pubblica, e che, invece, viene distorto al perseguimento di particolari interessi di gruppi speciali, da cui dipende la persistente sussistenza di una maggioranza relativa in grado di assicurare stabilità governativa.

Orbene, tale risultato mina naturalmente anche l'effettivo esercizio della divisione dei poteri, minacciata sia dalla "continua appropriazione della funzione legislativa da parte del governo", ossia dall'esecutivizzazione della funzione legislativa, sia, d'altro canto, dallo svolgimento, da parte della funzione legislativa, di compiti assegnati al governo, e, pertanto, da un processo costante di delegislativizzazione del potere parlamentare, vieppiù estesosi all'applicazione concreta di fattispecie particolari (funzione in realtà di competenza del potere esecutivo),[248] comportante la confusione tra i poteri e l'estensione del termine <<legge>> non più indicativa solo di norme universali di condotta.

Tali due tendenze – pur nella loro diversità – conducono comunque a revocare in dubbio la piena efficienza del principio di divisione dei poteri e la sua capacità intrinseca di addivenire a quell'equilibrio tra i poteri statali (rectius: fra le funzioni statali) che consente la piena applicazione di quell'indirizzo politico dominante prescelto dal popolo sotto le sembianze della volontà generale.[249] Espressione di tale incomprensione sia, invero, la dialettica concernente la "crisi della divisione dei poteri", con la rilevazione, da più parti, di un fenomeno di "esecutivizzazione" dei rapporti tra poteri, e in particolare con uno sbilanciamento sempre più forte a favore del potere esecutivo, del potere sprigionabile dal Governo.

Ovviamente, tale incapacità del principio di divisione dei poteri di assicurare l'equilibrio tra i medesimi, e quindi la puntuale applicazione di un indirizzo politico unitario, comporta di conseguenza, postisi nell'ottica delle riflessioni del Fraenkel, una inevitabile rottura nel rapporto tra componente plebiscitaria e componente rappresentativa nello Stato costituzionale democratico, cui consegue, stante l'incapacità del sistema rappresentativo di fornire adeguate risposte ai bisogni e alle aspirazioni derivanti dal tessuto sociale, una 'plebiscitarizzazione' della dinamica politica, ossia

---

sottostante ad alcuna restrizione dei suoi poteri sia autenticamente legislativi che esecutivi, da parte di una legge che non può modificare".

[248] *Ivi,* pag. 398: "se ora chiamiamo <<legge>> anche l'autorizzazione di particolari atti di governo tramite risoluzioni delle assemblee parlamentari, tale <<legislazione>> non ha più il senso dato a questo termine nella teoria della separazione dei poteri, ma significa che l'assemblea democratica esercita il potere esecutivo senza essere vincolata da leggi nel senso di norme generali di condotta che essa non può modificare" (*ibidem*).

[249] *Ivi,* pag. 479: "Non avrebbero potuto prevedere che, avendo affidato alla legislatura anche la direzione del governo, il compito di emanare norme di mera condotta e quello di dirigere particolari attività del governo per fini specifici sarebbero diventati disperatamente confusi e che per <<legge>> non si sarebbero più intese soltanto norme universali e uniformi di mera condotta, destinate a limitare qualsiasi coercizione arbitraria. Di conseguenza, *non ottennero mai completamente quella separazione dei poteri cui miravano*".

un aumento della tendenza a veder affermarsi, al posto della volontà popolare ipotetica (propugnata e conseguita dalla componente rappresentativa), quella empirica,[250] soprattutto allorchè i partiti – cui l'autore assegna il ruolo di rendere possibile la piena compensazione tra componente rappresentativa e plebiscitaria – non riescono a dare piena rappresentanza alle istituzioni plebiscitarie.

Evidenze che uno dei più autorevoli costituzionalisti italiani di tutti i tempi, *Costantino Mortati,* in *"Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato",* non ha mancato di cogliere, augurandosi e promuovendo un ripensamento del tradizionale modo di pensare alla strutturazione dei poteri dello Stato. In merito il giurista ha rimarcato l'importanza della partecipazione al potere di indirizzo politico, sottolineando il concetto, fondamentale per l'impostazione dogmatica del presente elaborato, che la partecipazione al potere di indirizzo politico si esplica non solamente con forme positive, ma anche in forme negative – come il veto, o come il potere negativo di origine romana o come 'il veto motivato' espresso dal Presidente della Repubblica degli USA. La novità che il giurista intravede in tali rapporti con l'introduzione della teoria della separazione dei poteri rispetto al modello romano è costituita dalla presenza di molteplici organi costituzionali ognuno dei quali, però, riveste un'unica e sola funzione, tale per cui quella funzione può essere esercitata solamente da quell'organo costituzionale. Tale assegnazione unica delle diverse funzioni ha portato ad una sorta di incomunicabilità dei poteri e all'assenza di qualsiasi coordinamento nell'esercizio del potere 'positivo' complessivamente considerato.

Al contrario, la teoria della divisione dei poteri (o meglio della distribuzione delle funzioni) può funzionare correttamente solo allorchè, tra i diversi organi costituzionali titolari delle attribuzioni costituzionali, regni una sorta di prestabilita armonia, che ne consenta il corretto funzionamento. In tal senso, riveste una funzione fondamentale – ed è aspetto questo spesso tralasciato nello studio della dinamica dei rapporti fra organi costituzionali, e spesso obliterato nel

[250] V. Ernst Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico,* a cura di L. Ciaurro e C. Forte, Giappichelli Editore, Torino, 1994, pagg. 39ss. Scrive l'autore (*ivi,* pag. 61): "In un moderno Stato costituzionale democratico le istituzioni costituzionali plebiscitarie sono sempre indispensabili come mezzo di espressione della volontà popolare empirica, se si impedisce alla volontà popolare empirica di guidare non mediatamente le istanze dei partiti in maniera adeguata e sufficiente e per tal via di controllare mediatamente le istanze dello Stato"; e ancora (pag. 92): "il quesito del se, vigente una costituzione parlamentare, sia di volta in volta possibile una compensazione tra le componenti plebiscitaria e rappresentativa non è primariamente un problema di costituzione dello Stato, bensì di struttura dei partiti. La richiesta di istituzioni costituzionali plebiscitarie si manterrà in limiti politicamente sopportabili fintantochè gli elettori avranno la convinzione grazie alla quale essi possiedono nei loro partiti costruzioni che rappresentano sufficientemente i loro desideri e i loro punti di vista".
E' innegabile invero l'importanza che l'autore ascrive al ruolo e alla funzione svolta dai partiti, cui è sostanzialmente affidata la stessa genuina "consistenza della democrazia nello Stato" (*ivi,* pag. 93): "Solo se viene preservato sufficiente spazio d'azione alle forze plebiscitarie all'interno delle associazioni e dei partiti, si può dispiegare una costituzione rappresentativa" (*ibidem*), rinvenendo peraltro negli stessi partiti l'elemento caratteristico di una democrazia parlamentare: "i suoi partiti sono, in quanto gruppi parlamentari, esponenti di un sistema rappresentativo di governo e, in quanto organizzatori di masse, rappresentanti di un sistema plebiscitario di governo" (*ivi,* pag. 64).

diverso principio della separazione dei poteri –, come garanzia del corretto funzionamento, il potere d'arresto reciproco che ogni potere ha nei confronti dell'altro (che è sostanzialmente quanto rimane del principio del 'potere negativo').

Profilo 'negativo' che, nella tematica del Mortati, torna allorchè l'autore approfondisce la singolare operatività del principio nella riflessione montesquieuiana, la quale, distinguendosi da quella elaborata dal Locke – cui si deve la prima teorizzazione del principio della divisione dei poteri, nel senso di descrizione delle fondamentali funzioni dello Stato, che egli distingue in legislativa, esecutiva e 'federativa' –, distingue i poteri in legislativo, esecutivo e giurisdizionale, ritenendoli nettamente separati e incomunicabili fra loro, fornendo pertanto l'interpretazione più rigida del principio di divisione dei poteri, come assoluta separazione fra i medesimi; tale assoluta separazione, tuttavia, non esclude che, anche fra i medesimi, sussista un coordinamento, in base ad un principio di "armonia prestabilita", assicurato proprio "in via negativa dal potere d'arresto reciproco che ogni "potere" ha sull'altro (caratteristica sotto questo profilo è l'affermazione: "il faut que le pouvoir arrète le pouvoir").[251]

Anche agli autori de "*Il Federalista*", d'altra parte, era ben chiaro che, nella sua interpretazione più cogente, il principio di divisione dei poteri risulta pressochè inapplicabile. Scrive infatti (con ogni probabilità) James Madison, nel saggio n. 47 dell'opera citata, riflettendo in merito all'impostazione data dal Montesquieu alla tematica della divisione dei poteri, che la circostanza per cui bisogna evitare che la stessa persona mantenga nelle sue mani il potere esecutivo e quello legislativo non comportava altresì che "non dovesse esistere un *qualche ruolo parziale* ovvero *un reciproco controllo* di un potere sull'altro".[252] Comparando le diverse costituzioni dei Paesi del Nord-America Madison perviene alla conclusione che, in realtà, non esiste uno Stato in cui i diversi poteri costituzionali rimangono del tutto separati e distinti tra loro, ritenendo pertanto necessaria, per il corretto funzionamento del sistema, una parziale commistione dei poteri (rappresentata, ad esempio, dal potere di veto motivato conferito al Presidente della Repubblica). Anche Jefferson (il cui pensiero è stato riportato da Madison in un passo dell'opera *Appunti sullo Stato di Virginia*), d'altra parte, pur confermando che non vi debba essere concentrazioni di poteri diversi nella stessa persona, precisa tuttavia che "*non si è prevista barriera alcuna tra i diversi*

[251] *Ivi,* pag. 95; il Mortati coglie peraltro molto bene un ulteriore profilo già evidenziato da altri autori con l'espressione negativa di *mixture of sovranity* (quali ad esempio l'Hobbes), evidenziando come al sistema del Montesquieu sia estranea "l'idea di una frammentazione del potere sovrano: infatti la sua teoria della separazione implica un'"attribuzione congiunta ed indivisa del potere sovrano a tre organi", cioè la "co-sovranità delle tre forze politiche".
[252] AA.VV., *Il Federalista* (a cura di Gigliola Sacerdoti Mariani)*,* Giappichelli, Torino, 1997, pag. 261ss.

poteri",[253] in tal modo confermando che una commistione, seppur parziale, tra i diversi poteri è ineliminabile e che l'idea di una loro separazione assoluta altro non è che una chimera.

Anzi, afferma James Madison, che "se fra i tre organi non esistesse una commistione e un intreccio tale da garantire a ciascuno il controllo costituzionale sugli altri, non sarebbe possibile, in pratica, conservare quel grado di separazione che quel principio impone, in quanto essenziale a un governo libero".[254] Pertanto, non solo un'assoluta separazione dei poteri è pressochè inattuabile, ma, invero, risulterebbe anche dannosa, perché non permetterebbe ai singoli poteri di garantire, attraverso le reciproche commistioni, il controllo costituzionale sugli altri. Ne deriva pertanto che tale commistione dei poteri, prodromica a un esercizio quasi 'collegiale' delle funzioni, è assolutamente necessaria al pieno sviluppo e all'efficace attuazione del principio di divisione dei poteri, inteso come distribuzione delle funzioni.

Emerge pertanto un'interpretazione del principio di 'divisione dei poteri' (più che come rigida separazione di poteri) visto come mera 'delimitazione' delle singole competenze affidate a ciascun potere, giustificata dalla necessità di evitare accorpamenti in capo a un singolo potere e diretta a permettere proprio lo svolgimento di quegli opportuni e reciproci controlli, unici in grado di conferire reale effettività al funzionamento del principio. E in effetti, lo schema della divisione dei poteri, privato della funzione di controllo e verifica reciproci, condurrebbe a quella "mutua ostilità" fra poteri, che già l'Hegel aveva individuato come conseguenza specifica dell'intendere il meccanismo della divisione dei poteri come rigida separazione; altrimenti, d'altronde, la stessa divisione dei poteri sarebbe fine a se stessa e non apporterebbe alcun tipo di utilità alla distribuzione del potere.

Orbene, in tale contesto di idee, l'analisi dei saggi costituenti il testo *Il federalista* assume una notevole importanza anche per quanto concerne le soluzioni elaborate dai padri costituenti americani al problema costituito dal rispetto delle singole attribuzioni costituzionali di spettanza dei singoli poteri, al fine di scongiurare travalicamenti operativi e abusi di potere. Al tema sono dedicati ben quattro saggi dell'opera collettiva (costituiti dai numeri dal 47 al 51 del saggio *Il federalista*, tutti con ampia probabilità riconducibili a James Madison): nel contesto dei medesimi l'autore affronta il problema principale del come mantenere gli organi di potere entro i prefissati limiti costituzionali, anche al fine di pervenire all'effettivo rispetto del principio di 'divisione dei poteri'. Dopo aver affrontato la questione – precedentemente analizzata – dalla mera ipotizzabilità astratta (ma in realtà non concretamente verificabile) dell'assoluta separazione dei poteri, l'autore perviene

[253] Jefferson, *Appunti sullo Stato di Virginia,* citato da Madison nel saggio n. 48 del *Federalista* (pag. 268).
[254] *Il Federalista,* pag. 266.

alla conclusione che, da una parte, non è sufficiente la mera delimitazione delle singole attribuzioni per evitare sconfinamenti politici, e, dall'altra, che non può ritenersi soluzione efficace e percorribile quella di ricorrere costantemente al popolo qualora si verifichino invasioni di competenze da parte di un potere a scapito dell'altro: ciò sia perché un continuo ricorso alla consultazione popolare comporterebbe una privazione di legittimità dell'Esecutivo con l'ulteriore pericolo di turbare la serenità dell'opinione pubblica, coinvolgendo eccessivamente l'elemento emozionale, sia perché tali consultazioni non riuscirebbero comunque a raggiungere lo scopo di conservare l'equilibrio costituzionale del governo (soprattutto per il ruolo prevalente che sarebbe comunque svolto dal potere legislativo).[255]

Ritenuto pertanto che il ricorso al popolo non può che essere limitato a "circostanze di *particolare eccezionalità*",[256] e ritenuta pertanto l'inadeguatezza di tutte le soluzioni esterne, l'unico rimedio percorribile per consentire il rispetto del necessario riparto tra i poteri dei vari organi si ha "progettando la struttura *interna* del sistema in modo da far sì che tutte le parti possano, grazie al rapporto reciproco, contribuire a *tenere ciascuna di loro al posto che le compete*".[257] E' questa posizione di assoluta importanza, poiché, con tale direttiva costituzionale, i padri costituenti americani scelsero di privilegiare, come sistema finalizzato alla repressione dei reciproci abusi o sconfinamenti tra poteri, non già la strada dei "limiti esterni" al potere politico (su cui più avanti ci soffermeremo) – facendo ricorso alla consultazione popolare – bensì quella dell''internalizzazione' dello scontro politico, lasciando la risoluzione della controversia ai poteri conferiti ai singoli organi costituzionali di tutela delle proprie prerogative da eventuali abusi di potere concorrenti. Orbene, tale funzione – del "contribuire a tenere ciascuna [parte] di loro al posto che le compete" – può essere efficacemente svolto da parte di ogni singolo potere nei confronti dell'altro solo allorchè vengano conferiti ai singoli poteri i "*mezzi costituzionali necessari*…per resistere agli abusi di potere da parte degli altri settori".[258]

Ma quali sono questi "mezzi costituzionali necessari"? In particolare Madison afferma che "la forma di controllo primaria su un governo" è costituita dalla "dipendenza dal popolo"; ciò però non è ritenuto sufficiente, essendo invece necessario anche prendere delle ulteriori "*precauzioni complementari*".[259] Fra queste, in particolare, vista l'assoluta posizione di predominanza rivestita dal potere legislativo, e dato che non è possibile, partendosi da tale punto di vista, assegnare a ciascun organo, "pari forza di autodifesa", il rimedio all'abuso eventuale del potere legislativo deve

[255] *Ivi,* v. pagg. 270 ss.
[256] *Ibidem*
[257] *Ivi,* pag. 277.
[258] *Ibidem*
[259] *Ivi,* in particolare, pagg. 278 ss.

essere ricercato nella divisione dell'assemblea legislativa in due diversi rami, con modalità d'elezione e d'azione diverse tra loro; inoltre, vista invece la rispettiva debolezza del potere esecutivo, la necessità di un suo rafforzamento può essere raggiunta assegnando al detto potere un potere di veto, che non sia però assoluto – cosa che potrebbe condurre ad abusarne –, ma si esplichi nelle forme del veto presidenziale motivato. Il discorso in merito all'operatività del veto motivato viene ripreso, nel saggio n. 73 (ad opera con ogni probabilità di Alexander Hamilton), laddove si affronta il tema dei 'poteri adeguati' conferiti al potere esecutivo; proprio il potere principale riconosciuto al potere esecutivo è il potere di veto presidenziale motivato, ossia il potere del Presidente della Repubblica di rinviare alle Camere, corredato dalle proprie osservazioni e obiezioni, ogni disegno di legge approvato dalle medesime, impedendo l'efficacia, a meno che successivamente le Camere non l'approvino nuovamente con l'approvazione dei due terzi dei componenti di ciascuna assemblea.

Tale mezzo rappresenta, per Hamilton, non solo piena espressione di quei "poteri costituzionali efficaci di autodifesa"[260] su cui ogni potere – e in particolare i poteri con minore legittimazione rispetto al legislativo – deve poter contare al fine di difendere le proprie prerogative costituzionali dall'illegittima interferenza che può essere operata da altri poteri, ma anche strumento di benefico controllo sull'operato del potere legislativo, scongiurando il rischio che lo stesso possa cadere preda di fazioni politiche o di elementi emozionali tali, incidendo sulla corretta applicazione del principio maggioritario, da condurre a scelte non oggettivamente rispondenti al bene comune.

Orbene, tale scelta di 'internalizzazione' della dinamica politica comporta inevitabilmente, quale conseguenza, che lo stesso potere – legislativo, esecutivo e giudiziario – assommi, nell'ambito delle rispettive competenze, non più solo funzioni attive (di determinazione o di decisione politica), ma, altresì, funzioni 'passive', di controllo, verifica e, persino, di interdizione, globalmente denominabili come funzionalità 'negative'. Qui d'altra parte risiede l'aggancio del principio della divisione dei poteri con il 'potere negativo', in termini di modalità operative e specifiche funzioni svolte: ossia, come si è visto, l'opzione a favore dell'internalizzazione dello scontro fra i vari poteri ha condotto anche all'emersione, proprio al fine di permettere l'esercizio dei poteri di vigilanza e controllo, di mezzi costituzionali, assegnati a ciascun potere, in grado di consentire efficacemente la tutela delle proprie prerogative e dei propri spazi d'azione; tali mezzi costituzionali incarnano, in realtà, un altro modo di affrontare le dinamiche del 'potere' (globalmente considerato), non più solo attento alle potenzialità 'attive' o 'positive' (di determinazione politica, di decisione, di consiglio), ma anche a quelle 'passive' o 'negative',

[260] *Ivi,* pag. 373.

esprimenti anch'esse, e pienamente, forme di manifestazione del potere, non volte però alla determinazione o all'azione, ma volte, per converso, ma con uguale efficacia di determinazione politica, al controllo, alla vigilanza nei confronti dei rispettivi altri poteri, e persino, talvolta, laddove tale modalità di manifestazione del potere assume maggiore significato, di interdizione o di arresto nell'operare di tali poteri.

L'aggancio e il raffronto con l'obliterata realtà del sistema giuspubblicistico romanistico assume pertanto un'utilità poiché consente, malgrado la scomparsa di una figura istituzionale paragonabile, per operatività e funzionalità, di operare un raffronto con una realtà costituzionale, nella quale il richiamo ad una concezione di scontro tra poteri era più forte e più evidente, consentendo peraltro di affermare chiaramente che il sistema della divisione dei poteri non è l'unico strumento ipotizzabile di divisione o limitazione del potere e che, in epoche passate, altre scelte sono state fatte e hanno consentito alla stessa maniera di operare.

B) IL 'POTERE NEGATIVO'

6. L'esegesi storica del 'potere negativo': l'*intercessio tribunicia*

Bisogna infatti sottolineare come il principio della divisione dei poteri non sia l'unico modo escogitato dai giuristi contemporanei per garantire la riequilibrazione tra i poteri. Il principio della divisione dei poteri sorge infatti come distinta forma di strutturazione del potere rispetto a quella vigente nell'epoca repubblicana romana: se quest'ultima infatti si basava sulla contrapposizione fra un 'potere positivo' e un 'potere negativo' (simboleggiato dal tribuno della plebe), la dinamica della separazione dei poteri nasce dall'eliminazione del potere 'negativo' e dalla suddivisione del potere positivo in più poteri che si contendono e si spartiscono l'esercizio del potere statuale. In realtà è il tema dell'individuazione e della definizione dei limiti dei poteri di governo che deve essere scandagliato per fare emergere l'idea, recuperando l'abbandonata prospettiva giuspubblicistica romana, che il sistema della divisione dei poteri non è stato, nel corso della storia, l'unico meccanismo escogitato per la limitazione del potere.[261]

Scrive Giovanni Lobrano:

> L'equilibrio dei poteri è, infatti, un mezzo in cui poteri, tutti, sempre *lato sensu,* 'di governo' (e, dunque, tra essi con-correnti, agenti – per così dire – 'in parallelo', moventisi cioè nello stesso senso e – per tanto – dello stesso 'segno') si limitano reciprocamente, ovvero stabiliscono una forma 'relativa' di limitazione, senza che ne risulti però una limitazione complessiva ('assoluta') del loro insieme.
>
> Con il tribunato viene, invece, introdotto nel meccanismo dei poteri *un potere ulteriore*, la cui nozione è, rispetto a quelli, completamente diversa. A questo nuovo potere è, infatti, specifica ed

[261] G. Lobrano, *Il potere dei tribuni della plebe,* Giuffrè, Milano, 1982, pag. 88: "L'"equilibrio dei poteri" montesquieuiano ed il "tribunato" rousseauiano, pure avendo in comune il fine della limitazione dei poteri *lato sensu* 'di governo', costituiscono, del medesimo problema due soluzioni diverse; diverse, non soltanto dal punto di vista 'tecnico', ma anche dal punto di vista più propriamente 'politico'".

essenziale la funzione, appunto, di limitare *l'insieme dei poteri lato sensu* 'di governo', risultando quindi, nei loro confronti, di *'segno' opposto*.[262]

Quando parla di 'segno opposto', il Lobrano intende riferirsi alla teoria che, dall'analisi delle funzioni del tribuno della plebe, ha concettualizzato il 'potere negativo', partendo dalle potenzialità intrinseche allo strumento dell'*intercessio* tribunizia, ossia del veto assegnato al tribuno della plebe con il quale lo stesso poteva opporsi, annullandolo, a qualsiasi atto espressivo dei poteri di governo (senato, consoli e comizi); in tale contesto, "La categoria di 'potere negativo' si pone, dunque, nel pensiero moderno, su di un piano di continuità con la idea tribunizia, costituendone una sorta di maturazione o di vera e propria crescita teorica, complessivamente opponendosi al meccanismo costituzionale dell'equilibrio dei poteri".[263]

Tale teoria, concettualizzata da Pierangelo Catalano, nasce dall'approfondimento delle ragioni che hanno portato alla creazione dell'istituto del tribuno della plebe e dalle sue operatività intrinseche. La nascita del tribunato della plebe viene usualmente ricollegata alla prima secessione popolare che sconvolse la civitas romana, tenutasi nel 494 a.c. sul Monte Sacro o sull'Aventino; secessione che venne originata dallo stato di profondo malcontento dei plebei, sottoposti a durissime condizioni di vita dal ceto patrizio, e spesso ridotti in condizioni semi-servili al servizio del creditore non rimborsato (*addictus*) – situazione che preludeva alla loro vendita come schiavi in territorio straniero (*nexum*).[264] In tale contesto la secessione – ossia l'opposizione manifestata ai continui arruolamenti richiesti per la partecipazione alle varie guerre in corso – rappresentava l'unica forma reale di manifestazione del profondo malcontento dello strato plebeo, che metteva in dubbio la stessa coesistenza all'interno della civitas romana della parte plebea. Situazione che, ovviamente, non poteva essere accettata di buon grado dal ceto patrizio, che proprio sull'apporto fondamentale del ceto plebeo faceva affidamento sia come forza militare sia come forza-lavoro. Tale minaccia – espressasi nella forma della secessione, ossia dell'allontanamento dalla civitas –, rendendo il ceto patrizio consapevole dell'indispensabilità dell'apporto del ceto plebeo, culminò nella stipulazione di un foedus con la componente plebea, conclusa con la sussunzione e con

[262] *Ibidem*
[263] *Ivi,* pag. 90.
[264] Sul punto si veda P. Bonfante, *Storia del diritto romano,* Società Editrice Libraria, Milano, III ediz., 1923, pag. 104.

l'assimilazione dell'organizzazione plebea nel tessuto della civitas romana, della quale diveniva componente imprescindibile.[265]

Tale patto prevedeva che, malgrado la componente plebea non entrasse a far parte attivamente del governo della città – non rivolgendo alcuna carica appartenente agli organi cd. 'attivi' –, ad essa fosse tuttavia riconosciuta la possibilità di eleggersi dei 'rappresentanti', che ne difendessero e ne tutelassero gli interessi nei confronti del ceto patrizio: i tribuni della plebe; in tal modo la minaccia della secessione, lungi dal costituire fattore di disgregazione della *civitas*, divenne invece cemento della sua rigenerazione, rinnovandola e rendendola più forte, incarnandosi in un organo istituzionale. Si inserì, pertanto, nella dinamica costituzionale, un organo assolutamente inedito, che veniva a fungere da intermediario tra la plebe e la città, divenendo interprete delle aspirazioni popolari nei confronti del ceto patrizio. In tal modo la plebe ottenne non solo il riconoscimento formale di essere componente essenziale della *civitas* romana – entrando a far parte legittimamente del popolo romano – ma anche la possibilità di incidere sulla determinazione dell'indirizzo politico della *civitas*, contrapponendo la *potestas* di cui era espressione – intesa, come precedentemente affermato, come potere diffuso – all'*imperium* del singolo magistrato (inteso invece nell'accezione di comando, quale potere concentrato).

Tale contrapposizione vedeva quale contraltare dei pubblici poteri il tribuno della plebe, la cui arma principale era costituita dall'*intercessio,* ossia dal diritto di veto che egli aveva il diritto di esercitare, nell'interesse della plebe – sia d'iniziativa del tribuno sia su appello (*appellatio*) del singolo cittadino, potendo giovarsi, in tal caso, della cd. *provocatio ad populum,* ossia dell'appello al popolo[266] – contro qualunque atto esercitato dai pubblici poteri, arrestando la macchina dello Stato.[267] Tale forma di protezione degli interessi popolari espressi dal tribuno della plebe – originariamente espressasi nell'*auxilii latio adversus consules,* cioè propriamente nella difesa del singolo plebeo contro l'*imperium* dei magistrati patrizi – permetteva al tribuno della plebe – per via della sua posizione *extra ordinem*, ponendosi infatti esso esternamente alle altre magistrature – di contrapporsi al potere espresso dai consoli, obbligandoli al rispetto della volontà popolare. Essi,

[265] Tale assimilazione della componente plebea nell'organizzazione pubblica della civitas ebbe luogo tramite la "solennità di un *foedus*, in virtù del quale la plebe può essere definita uno stato nello stato". Così G. Grosso, *Lezione di storia del diritto romano,* Giappichelli, Torino, V ediz., 1965, pag. 84; in merito si legga anche la ricostruzione fornitane dal Bonfante (*Storia del diritto romano,* SEL, Milano, 1923,, pag. 104s.): "Così nello Stato, e in antitesi ad esso, si afferma un'organizzazione non più subordinata, ma *coordinata,* la plebe". Parla di "comunità *alternativa* alla città dominata dai patres" in relazione alla sussunzione della componente plebea nella civitas romana L. Capogrossi Colognesi, *Diritto e potere nella storia di Roma,* Jovene, Napoli, 2007, pag. 84.

[266] Istituto che il Bonfante definisce "la più essenziale e superba garantia politica del cittadino romano" (*op.cit.,* pag. 90).

[267] Definisce l'intercessio "*arma poderosa […] con la quale i tribuni potevano fermare qualsiasi atto dei pubblici poteri (salvo talune eccezioni) e così arrestare la macchina dello Stato*" G. Grosso, *op.cit.,* pag. 89.

infatti, avevano il potere di fermare gli ordini e i decreti del console, le decisioni del Senato, le proposte di legge nonché le convocazioni dei comizi (rimanendo esclusa dallo loro intercessione solo la nomina dei dittatori), e, financo, di arrestare i consoli stessi e di infligger loro pene capitali (*summa coercendi potestas)*; inoltre, essi godevano del riconoscimento della loro sacralità e inviolabilità garantita dal giuramento della plebe e difesa dalla pena della Rupe Tarpea (e della libera persecuzione) per chi la offendesse o la minacciasse, essendogli pertanto riconosciuta una sorta di *auctoritas sacrosancta*.[268]

L'operatività del potere concesso al tribuno della plebe si coglie, tuttavia, solamente analizzando il concetto di collegialità del potere che animava l'operatività intrinseca dei consoli. In tale contesto la spartizione del potere non avveniva per singole zone di competenza o per materia, ma ad ogni console spettava la somma indivisa dei poteri pubblici e il loro esercizio indipendente; in caso di dissenso fra i due *consoles*, prevaleva il dissenso della parte che si opponeva, nel quale si manifestava un vero e proprio diritto di veto, denominato *intercessio*, che rappresentava pienamente il *lato negativo* della collegialità. Tale infatti era l'operatività della diarchia consolare, per la quale il potere veniva esercitato solo in caso di accordo fra i *consoles,* giungendosi, nel caso opposto, alla paralisi dell'attività decisionale, prevalendo il lato negativo della collegialità su quello positivo: in ciò d'altra parte risiedeva l'attribuzione a ciascuno dei consoli della sovranità totale indivisa.

Ne deriva pertanto, trasponendo tale tipo di operatività sul tribuno della plebe e sui suoi rapporti con gli "organi attivi", che l'*intercessio* non rappresentava solamente l'espressione delle prerogative di una delle due parti in gioco, ma anche il necessario termine di collegamento costituzionale fra le diverse magistrature, patrizia e plebea, incarnando sì il lato negativo nella collegialità dell'esercizio del potere, ma essendo stata conferito quel potere di veto al fine di rendere proficua una dialettica con l'altro potere, al fine di pervenire ad una soluzione istituzionale gradita a entrambe le fazioni e, in ultimo, ad una effettiva condivisione del potere.[269] Pertanto, pur celando permanentemente la minaccia di secessione, e ponendosi pertanto come organo rivoluzionario, il tribuno della plebe era legittimato istituzionalmente nell'assetto pubblicistico romano. Proprio tale <<costituzionalizzazione>> della posizione del tribuno della plebe nel funzionamento del modello

[268] "Non è la loro una potestas legittima, come quella dei magistrati, bensì una *autorità sacrosancta*, come quella dei legati dei popoli esteri" (P. Bonfante, *op. cit.,* pag. 106). Scrive il Rousseau (J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale, op.cit.,* Libro IV, cap. V): "E' più sacro e riverito, come difensore delle leggi, del popolo che le esegu[e], e dello stesso corpo sovrano che le fa. Ciò si vide molto chiaramente a Roma, quando quei fieri patrizi che disprezzarono sempre ed indiscriminatamente il popolo, furono costretti ad inchinarsi a un semplice funzionario del popolo, che non aveva né auspici né giurisdizione".

[269] "Nello stato patrizio-plebeo, nato dal superamento del conflitto tra i due ordini, l'*intercessio* rappresentava, da un lato, il termine ultimo della coesistenza e del coordinamento delle magistrature e dei magistrati, e dall'altro lo strumento di opposizione costituzionale, incarnato in una magistratura, naturalmente destinata ad essere la voce delle lotti di classe" (G. Grosso, *op.cit.,* pag. 179).

giuspubblicistico romano rappresenta la grande novità del sistema pubblico romano, incidendo fortemente, accrescendo la legittimazione della classe plebea, sul processo di democratizzazione della *civitas*, superando pienamente la fase del potere regio e producendo una limitazione del potere dei consoli e del senato romano. Come è stato correttamente affermato, infatti, i tribuni della plebe, attraverso l'uso dell'*intercessio*, "fermavano tutto finchè non ottenevano quello che volevano ottenere. Quindi in sostanza lo strumento negativo è sempre uno strumento negativo con valore positivo".[270]

7. La teorizzazione del concetto di 'potere negativo'

Il diritto di veto rappresentava pertanto, in tale scenario, il necessario termine di collegamento tra le due magistrature, rappresentando una sorta di interdizione permanente all'esercizio degli organi attivi, costantemente celando la minaccia di secessione che perennemente incarnava. In tale scia essenziale appare sottolineare l'intima vicinanza concettuale che lega i concetti di tribunato e di resistenza.[271] E infatti, in tal senso, il tribunato svolge una funzionalità eminentemente 'resistenziale', esprimendosi in favore degli interessi popolari e promuovendone la realizzazione nell'ambito della *civitas* romana, opponendosi a quei provvedimenti degli 'organi attivi' che ne mettessero in pericolo prerogative e diritti. Lampante appare pertanto l'intimo collegamento tra resistenza e sovranità popolare, sulla scia della teoria contrattualistica, rappresentando la resistenza, in tal caso, l'ultimo baluardo a difesa della sovranità popolare, allorquando il suo esercizio e la sua titolarità in capo al popolo dovessero essere minacciate da 'forze occulte' che vi si opponessero. In particolare, può affermarsi che il diritto di resistenza agisce come garanzia, non prevista costituzionalmente, del corretto agire dello Stato e dello stesso patto sociale, potendo essere configurata come suprema garanzia implicita della Costituzione. Si osservi inoltre che nel progetto della Costituzione era stato inserito un articolo, proprio su proposta dell'onorevole Mortati, il quale recitava: <<Quando i poteri pubblici violino le libertà fondamentali

[270] G. Grosso, *Intervento* in *Autonomia e diritto di resistenza, op.cit.,* pag. 414.

[271] Si veda in particolare P. Catalano, *Tribunato e resistenza,* Paravia, Torino, 1971. Si legga inoltre la definizione che ne ha fornito V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana, op.cit.,* pag. 457: "qualora […] i poteri costituiti e destinati a rappresentare il popolo, ad agire e governare per esso, infrangono i limiti costituzionalmente stabiliti alla loro attività, sorge nel popolo l'interesse e la possibilità di riprendere nella sua pienezza l'esercizio della sovranità, di cui è il vero titolare, opponendosi e contrapponendosi ad un apparato statale divenuto privo di ogni legittimazione". V. anche A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico,* Giuffrè, Milano, 2006, il quale parla della resistenza come del "presupposto logico" della sovranità popolare (pag. 101).

e i diritti garantiti dalla costituzione la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino>>. La ragione della decisione di escludere tale disposizione dalla Carta costituzionale fu data dalla sua 'metagiuridicità', stante "[…]l'impossibilità di regolamentare giuridicamente un'ipotesi che per sua stessa natura si sottrae al dominio del diritto".[272] Ne deriva che, non essendo stato riconosciuto formalmente in Costituzione, più che di diritto di resistenza, si dovrebbe più correttamente parlare di <<potere di resistenza>>, termine che appare maggiormente idoneo a indicarne la natura non giurisdizionale, ma fenomenologica, quale "modo di esplicazione della potestà spettante al popolo, di una manifestazione diretta ed immediata della sua sovranità, che si pone sullo stesso piano della esplicazione della originaria potestà costituente".[273]

Nel contesto romanistico, pertanto, l'*intercessio* era uno strumento che consentiva di inglobare il dissenso – evitando che esso potesse nuovamente sfociare in una secessione popolare –, ricomponendo la crisi, in tal modo rivelandosi ordinamento permeabile alle diverse istanze, capace di sublimare e assorbire il conflitto politico; in tal senso può affermarsi che il tribunato – celando in sè costantemente la minaccia di un fenomeno rivoluzionario, quale la secessione popolare – rappresentasse l'esercizio ordinato e giuridico del potere di resistenza. E' ovvio infatti che, immaginando che si fosse data attuazione ad una deliberazione legislativa sulla quale il tribuno aveva opposto il suo veto, l'epilogo necessario non poteva non essere che la secessione popolare; d'altronde, è proprio tale eventualità secessionista a conferire forza, vigore e pieno rispetto al ruolo del tribuno, che incarnava tale ipotesi rivoluzionaria. Tale potere del tribuno, indicato con l'espressione "potere negativo", esprime pienamente l'intima carica rivoluzionaria di cui è portatore, rappresentando l'espressione istituzionalizzata del potere rivoluzionario della plebe.

Proprio tale natura di fattore opponentesi al funzionamento dei pubblici poteri spiega anche perché il tribunato della plebe sia stato sempre posizionato all'esterno dei pubblici poteri e non si sia mai stato integrato negli stessi. Tale profilo, dell'estraneità all'organizzazione dei pubblici poteri, è stato ben colto da uno dei più grandi costituzionalisti di tutti i tempi, Jean-Jacques Rousseau, laddove, nel capitolo quinto del quarto libro del "Contratto sociale", scrive: "*Il tribunato non è parte costitutiva dello Stato, e non deve avere alcuna porzione del potere legislativo, né dell'esecutivo, ma appunto per questo il suo potere è più grande; perché non potendo far nulla, può impedire tutto*".[274] Si rimarca sostanzialmente la forza dell'istituto, sottolineando come essa dipenda dalla sua indipendenza, dal suo posizionarsi all'esterno dei pubblici poteri, non condizionato dalle logiche che vigono al loro interno, essendo escluso dal circuito dei meccanismi decisionali.

[272] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico, op. cit.,* pag. 1245s.
[273] V. Crisafulli, *op.ult.cit.,* pag. 457.
[274] J.-J. Rousseau, *op.cit.,* L. IV, Cap. V.

In particolare, specifica importanza assume, sul punto, la prima asserzione dello scrittore ginevrino: l'estraneità del tribunato allo Stato, il suo porsi fuori da esso, il non avere alcuna parte né nel potere legislativo né nel potere esecutivo; proprio tale estraneità, secondo l'autore, rende ancora più forte la sua posizione, e conseguentemente il suo potere: poiché, non avendo assegnata alcuna funzione di stampo "attiva", e non potendo pertanto assumere alcuna decisione 'attiva', può tuttavia, al converso, impedire qualsiasi esplicazione dei poteri pubblici, proprio in virtù della sua estraneità ad essi, e del fatto che non partecipi alle sue decisioni. La sua forza, pertanto, dipende proprio dall'esercizio di tale ruolo 'anti-sistema', dall'essere escluso, cioè, dal circuito dei meccanismi decisionali, vigilando sul corretto svolgimento dei processi di elaborazione. Scrive infatti il Rousseau: "tale magistratura speciale non fa corpo con le altre e reinserisce ciascun termine nel suo vero rapporto, fungendo da legame e da termine medio".[275]

D'altra parte la minaccia esercitata dall'estrinsecazione dell'*intercessio* da parte del tribuno della plebe ben si coglie se la si collega con l'origine storica dell'istituto, nato appunto da una secessione della plebe, al fine di ottenere il riconoscimento dei propri poteri; l'*intercessio* incarnava, come si è prima visto, quel fenomeno secessionista, malgrado e quantunque fosse del tutto legittimata nell'organizzazione decisionale. Proprio tale particolarità operativa incarnata dall'*intercessio tribunicia* – il riflettere, ossia, la base popolare di cui è precipua espressione – è alla base della concettualizzazione che ne ha tratto Pierangelo Catalano, il quale ha ritenuto che tale modus operandi del tribuno incarni un vero e proprio "potere negativo". Il medesimo autore, in un passo molto affascinante del saggio *Diritti di libertà e potere negativo,* così infatti definisce il concetto di 'potere negativo':

> In quanto potere *popolare,* il potere negativo non appartiene a una minoranza, bensì ad una *maggioranza* (i lavoratori), la cui volontà è però espressa in forma diversa da quelle, proprie della tradizione borghese ottocentesca, del <<potere positivo>>. Si tratta, cioè, di una forma diversa di esercizio (diretto o indiretto) della sovranità da parte del popolo: *potere di impedire, in tutto o in parte, la creazione e l'applicazione del diritto;* potere che può quindi giungere a *<<negare>> l'ordinamento giuridico* (salvi i suoi principi fondamentali) *impedendone il divenire e l'applicazione*. Si potrebbe parlare di *<<rivoluzione costituzionalizzata>>*.[276]

[275] *Ibidem*
[276] P. Catalano, *Diritti di libertà e potere negativo,* in *Studi in memoria di Carlo Esposito,* Padova, Cedam, 1972-1974, pag. 2043 (c.m.). E' opportuno sottolineare che, nell'ottica sposata dall'autore, non vi sono "tre funzioni fondamentali dello Stato (legislativa, esecutiva, giurisdizionale), bensì *due: <<creazione>> e <<applicazione>> del diritto*: è opportuno osservare che la maggior parte degli atti dello Stato sono atti creativi e applicativi del diritto al tempo stesso

Inteso pertanto come "potere popolare" stricto sensu ("*il potere negativo, a mio avviso, va inteso anch'esso come un potere popolare, potere della maggioranza: è il potere della maggioranza di impedire la creazione o l'applicazione del diritto*")[277] – in ciò distinguendosi dal diritto di resistenza che appare invece esprimere non già un potere giurisdizionale, ma un "potere di garanzia costituzionale" – esso si differenzia nettamente dal diritto di veto, incarnando il primo il potere di veto della base popolare, l'altro un potere di veto del vertice, lasciato all'oligarchia politica.[278] Occorre inoltre osservare come il Catalano, all'interno della categoria del 'potere negativo', distingue fra 'potere negativo "diretto"' del popolo e 'potere negativo "indiretto", intendendo, per quest'ultimo, il potere esercitato dal tribuno, mentre per il primo il potere esercitato direttamente dal popolo, e manifestantesi nelle forme dell'esilio, della secessione, dello sciopero generale e della resistenza.[279]

---

e che <<e impossibile attribuire la creazione del diritto ad un organo e l'applicazione (esecuzione) del diritto ad un altro in maniera così eslusiva, che nessun organo possa compiere entrambe le funzioni simultaneamente" (*ivi,* pag. 1994, c.m.).

[277] Id., *Intervento* in *Autonomia e diritto di resistenza, op.cit.,* pag. 225.

[278] Sulla distinzione tra potere di veto e 'potere negativo', e in ordine alla loro diversa origine – il primo essendo di ispirazione oligarchica, il secondo prettamente 'popolare' – si veda Id., *Autonomia e resistenza, op.cit.,* pag. 225: "Il potere negativo non è, se si vuole usare questo concetto con una certa utilità, qualsiasi potere di veto; anzi, se vogliamo ispirarci alla terminologia di Rousseau, dobbiamo notare che per il generico potere di veto Rousseau parla di <<droit négatif>>, di diritto negativo, ed adopera il termine in riferimento al potere di veto del <<piccolo Consiglio>> di Ginevra, cioè della oligarchia. In altre parole, se vogliamo distinguere il potere di veto della base e il potere di veto del vertice […] potremmo, seguendo l'indicazione che grosso modo viene data da Rousseau, parlare di <<droit négatif>> per il veto del vertice e di <<potere negativo>> per un potere popolare. Voglio comunque chiarire che per <<potere negativo>> io preferisco intendere unicamente un potere popolare".

[279] In tale contesto lo stesso autore, con lungimiranza, avvertiva del rischio (in un passo molto bello, che si preferisce riportare per intero) che lo stesso 'potere negativo' venisse assorbito nelle forme della cd. 'disobbedienza civile' o nella teoria dei cd. 'contropoteri', perdendo in tal modo la sua originalità e divenendo non più alternativo al potere ('positivo'), ma ad esso succedaneo: "Temo che proprio da questa impostazione [si riferisce all'impostazione espressa poco prima da Norberto Bobbio, il quale unificava i vari fenomeni contestativi sotto il termine <<disobbedienza civile>>] possa derivare un appiattimento, per cui l'individualità della <<contestazione>> della maggioranza, della <<contestazione>> della classe lavoratrice, la <<contestazione>> cioè che è in grado di portare ad un <<no >> globale al sistema, venga inserita in un ambito in cui conflitti diversi, multiformi, molteplici […] diventano *funzionali al mantenimento dello status quo.* Conflitti di individui diversi, con diverse motivazioni, di gruppi diversi, finiscono con elidersi, e la spinta di <<potere negativo>> che potrebbe creare una dialettica globale finisce con l'essere assorbita in un disegno direi, che aggiorna quello di Condorcet. Vorrei spingermi ancora oltre: anche la stessa tematica dei <<contropoteri>>, della pluralità dei contropoteri, presenta questo rischio. Mi richiamo al lavoro del dottor Baechler che credo abbia già chiarito […] come i <<contropoteri>> siano funzionali al sistema liberale, in quanto rappresentano *una serie di contrappesi che consentono al sistema liberale di funzionare.* Volendo usare un'equazione, direi: *i <<diritti>> degli individui stanno allo Stato liberale tradizionale come i <<contropoteri>> starebbero allo Stato tecnocratico. Lo stato tecnocratico ha bisogno di queste libertà, di questa negatività frazionata, che è funzionale al mantenimento dello status quo."* [c.m.].

8. L'evoluzione storico-giuridica

Particolarmente interessante è sottolineare l'evoluzione storico-giuridica del concetto e delle applicazioni pratiche del 'potere negativo', il quale, secondo il Catalano, rappresenta "uno degli aspetti più originali e maggiormente *ignorati* del pensiero giuridico moderno e contemporaneo", essendo stato, da una parte, assorbito il potere di resistenza nel concetto di 'controllo di costituzionalità', dall'altro limitata l'applicazione del 'potere negativo diretto' alla sola forma dello sciopero generale e dall'altra essendo stata rifiutata ogni applicazione pratica dell'istituto, non inquadrabile nei principi della rappresentanza e della 'divisione dei poteri' – a parte la figura del difensore civico –, in tal modo venendo a essere "cancellata la memoria stessa del modello repubblicano e democratico".[280]

Espressioni recenti del concetto del 'potere negativo' si rinvengono oggi, in particolare, nelle esperienze costituzionali in Spagna e in America Latina, laddove l'istituto gode di un certo credito quale vero e proprio strumento dei diritti fondamentali del cittadino; in tali ordinamenti, ponendosi quale garante dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, funge quale intermediario tra i cittadini e la PA. Esempio originale, in tal senso, sia la figura del d*efensor del pueblo* prevista nella recente Costituzione della repubblica Bolivariana del Venenzuela, entrata in vigore nel 1999, ove esso rappresenta non solo uno dei tre organi di cui si avvale il *Consejo Moral Repubblicano,* che esercita il *Poder ciudadano (*che ripropone l'idea, cara a Simon Bolivar, di un *Poder Moral* quale organo di tutela degli interessi pubblici),[281] ma anche lo strumento di tutela e promozione dei diritti fondamentali sanciti nel testo fondamentale.

Ancora lontano da tali esperienze deve invece dirsi il Difensore civico italiano, essendo privo, allo stato, di un esplicito riconoscimento costituzionale e di una caratterizzazione nazionale, essendo peraltro mancante dei necessari poteri e strumenti di tutela a garanzia dei diritti fondamentali e di un'effettiva azione di tutela nei confronti della PA. Tale istituto, previsto dall'art. 11 del d.lgs. 267/2000, prevede la possibilità per gli Statuti comunali e provinciali di istituire la figura del difensore civico <<con compiti di garanzia dell'imparzialità e del buon andamento della PA […], segnalando, anche di propria iniziativa, gli abusi, le disfunzioni, le carenze e i ritardi dell'amministrazione nei confronti dei cittadini>>; inoltre l'art. 127 del medesimo decreto, nel

[280] Id., *Sovranità della moltitudo e potere negativo: un aggiornamento,* in *Studi in onore di Gianni Ferrara,* Torino, Giappichelli, 2005, vol. I, pag. 642.
[281] V. Id., *Note per l'interpretazione della Constituciòn de la Repùblica Bolivariana de Venezuela secondo la dottrina di Simòn Bolivar (art. 1),* in *Potere negativo e Costituzioni bolivariane, Teoria del diritto e dello Stato,* Rivista europea di cultura e scienza giuridica, 2007/2, Aracne, 2007, pag. 359 ss.

prevedere una funzione di controllo da parte del difensore civico sulle deliberazioni della Giunta e del Consiglio, <<se ritiene che la deliberazione sia illegittima, ne dà comunicazione all'ente […] e lo invita ad eliminare i vizi riscontrati. In tal caso, se l'ente non ritiene di modificare la delibera, essa acquista efficacia se viene confermata con il voto favorevole della maggioranza assoluta dei componenti il Consiglio>>; infine, l'istituto del difensore civico è altresì previsto dall'art. 25 della l. 241 del 1990 (riguardante il procedimento amministrativo), ove è prevista la possibilità, per il richiedente che si sia visto negare la visione di alcuni documenti, di rivolgersi al Difensore civico per riesaminare l'avvenuta determinazione.

Si può pertanto affermare che oggi il Difensore civico svolge attività di tutela delle posizioni giuridiche soggettive attraverso la vigilanza sulla legalità, regolarità ed efficienza della PA, favorendo una più matura partecipazione alla vita politica. Egli, tuttavia, non è titolare di poteri coercitivi e sanzionatori né può intervenire, caducandolo, sull'atto viziato, ma può segnalare le disfunzioni invitando l'Amministrazione a correggere l'atto, eliminando i vizi riscontrati ed evitando il ricorso agli ordinari rimedi ordinamentali. Ne discende pertanto che l'assimilazione al ruolo del tribuno della plebe può essere validamente proposto unicamente sul piano della soggettività istituzionale, rappresentando il difensore civico figura istituzionale, unica nel suo genere nel panorama italiano, che consente al popolo, e al singolo cittadino di trovare un organo che, pur non potendosi propriamente definire 'rappresentativo', agisce in difesa dei loro interessi su un piano istituzionale, rappresentando, con le dovute proporzioni, manifestazione di 'potere negativo indiretto'; e ciò benchè, come sottolineato, i poteri di cui sia concretamente titolare siano poco avvicinabili a quelli di cui godeva, sul piano della dinamica istituzionale, il tribuno della plebe, mancando, in particolare, di effettivi poteri di contrasto e di interdizione non solo verso l'operato della P.A., ma dei singoli poteri statali. Allo stesso modo, nondimeno, deve sottolinearsi l'importanza rivestita dalla presenza di un organo deputato alla difesa dei diritti dei cittadini di fronte alla pubblica amministrazione, la cui utilità e la cui funzionalità sono subordinati al grado di riconoscibilità sociale e di importanza nel tessuto sociale che l'organo legislativo vorrà, nel tempo, riconoscergli, conferendogli poteri e strumenti adeguati a far fronte alle esigenza di giustizia provenienti dal singolo cittadino e dalle relative istanze presentate nei confronti degli organi della pubblica amministrazione.

In tal senso, d'altra parte, seppure su un profilo politicamente più elevato, si poneva la proposta avanzata da Carlo Arturo Jemolo riguardante l'introduzione, nel panorama italiano, della

figura di un *Commissario parlamentare,*[282] operante quale organo delegato dal Parlamento e munito di pregnanti poteri d'indagine sull'intera macchina statale, con la funzione di vigilare sull'osservanza e sulla corretta applicazione delle leggi da parte della PA, segnalando alla medesima eventuali disservizi derivanti dalle segnalazioni provenienti dai singoli cittadini che si ritengono lesi nei propri diritti, relazionando, in esito, allo stesso organo parlamentare: "un Commissario parlamentare con potere d'indagine su ogni branca dell'attività statale […], indagine da espletare così dietro denunce che di propria iniziativa, non adottando decisioni, ma esprimendo giudizi che debbano essere comunicati al Parlamento e resi noti al pubblico";[283] in tal modo tale organo, nella visione dell'autore, contribuirebbe ad avvicinare il singolo cittadino alla macchina statale, ponendo in essere una proficua condotta di raccordo, impedendo anche quella prospettiva di avversione, malcontento e sfiducia che da più parti si solleva contro l'organizzazione e il concreto funzionamento dei poteri pubblici. Interessante peraltro sottolineare come, nell'ottica sposata dall'autore, l'introduzione di tale organo, ponendosi nella scia del disposto costituzionale di cui all'art. 82Cost. (del potere cioè concesso a ciascuna Camera di nominare Commissioni d'Inchiesta su materie di pubblico interesse), non necessiterebbe neanche di alcuna riforma costituzionale specifica, ritenendosi "che sarebbe un'interpretazione non sovvertitrice quella che consentisse un delegato permanente, con fini eminentemente di accertamento ed istruttori, non di decisione, di queste Commissioni".[284]

Invece, una forma di applicazione moderna di 'potere negativo diretto' può essere ascritta, nel panorama italiano, al diritto di sciopero, previsto dall'art. 40 Cost. e riconosciuto all'intera classe dei lavoratori, rappresentando esso, a giudizio del Catalano, "quel che resta del "potere negativo" nel diritto costituzionale positivo"[285]. Fondamentale, in tale ottica, si rivela un saggio pubblicato da Giuseppe Grosso, nel 1953, dal titolo "*Il diritto di sciopero e l'"intercessio" dei tribuni della plebe*",[286] nel quale l'autore, assimilando il diritto di sciopero esercitato direttamente dai cittadini al potere del tribuno della plebe (e alla sua intrinseca caratterizzazione "negativa"), precisava, in particolare, l'intima valenza politica di ogni sciopero, pur quando esso sia stato

[282] C.A. Jemolo, *Sulla proposta istituzione del Commissario parlamentare in Italia,* in *Montecitorio: rivista di studi parlamentari,* ISP, 1965, pag. 89 ss.
[283] *Ivi,* pag. 91.
[284] *Ivi,* pag. 90.
[285] P. Catalano, *Sovranità della moltitudo, op.cit.*, pag. 650; altrove (*Diritti di libertà e potere negativo, op. cit.,* pag. 1971s.) lo stesso autore si esprime affermando che "L'aspetto <<negativo>> della sovranità del cittadino trova nel diritto di sciopero, come diritto fondamentale, l'espressione consueta, mentre ne possiamo configurare come espressione estrema (al limite della rivoluzione) la secessione.
[286] In *Rivista Italiana per le Scienza Giuridiche,* 1952-1953, pagg. 397 ss.

proclamato unicamente per ragioni economiche,[287] sottacendo ineludibilmente ogni sciopero di tipo economico rivendicazioni di carattere propriamente sociale – sottolineando, peraltro, il "paradosso costituzionale" costituito dalla circostanza per cui "Questa magistratura rivoluzionaria, creata dalla plebe per la propria lotta, strumento di lotta di classe, viene costituzionalizzata proprio con tale carattere rivoluzionario, coll'arma negativa del veto, l'*intercessio*", non impedendo, ed anzi agevolando, tale lotta il raggiungimento dell'equilibrio all'interno della civitas tra le due fazioni dei plebei e dei patrizi.[288] Tale visione viene ripresa dal Catalano, il quale ritiene che, con lo sciopero, la Costituzione "ha istituzionalizzato un potere politico che non rientra nell'<<ordinamento della Repubblica>> […] né, ovviamente, tra i poteri dello Stato. Si tratta del *potere sovrano dei cittadini lavoratori* (di cui i sindacati sono uno strumento) che discende coerentemente dall'art. 1, ove si considera il lavoro valore fondamentale della Repubblica democratica. E' la faccia negativa, vorrei dire, di quanto può conseguire, in positivo, da quel valore".[289]

Particolarmente interessante è anche approfondire il rapporto tra il potere negativo e il fenomeno della globalizzazione e in particolare dei rapporti con le strutture tecnocratiche internazionali, il cui effettivo funzionamento, pur incidendo notevolmente sulla vita quotidiana di ogni singolo cittadino, poco o nulla si rapporta al principio di democraticità, rappresentando unicamente l'espressione di forze preponderanti tecnicamente e finanziariamente, tanto da meritare l'appellativo conferitogli da Massimo Luciani di "*Antisovrano*",[290] per la loro propensione ad erodere progressivamente l'ambito dell'autorità statale, a scapito della tutela della dignità della persona umana. In tale contesto, è la protezione delle istanze della società che vengono a porsi in una situazione drammatica, che rischia di essere travolta, non trovando alcun tipo di rappresentazione a livello mondiale, dal momento che non vi sono organizzazioni internazionali che si facciano carico di difendere i diritti dei popoli. In ciò d'altra parte si caratterizza l'"antisovrano antidemocratico", quale soggetto complesso, composto da vari soggetti diversificati tra loro per ruolo e funzione, connotati da una sorta di invisibilità dei poteri, e operanti in assenza di qualunque legittimazione politica e al di fuori di qualsiasi principio di responsabilità, rispondendo alle sole

[287] Asseriva infatti l'autore: "Né d'altra parte dal fine economico e sociale è sempre possibile escludere un fine politico" (*ivi,* pag. 400). Vicina a tale impostazione anche il pensiero Giorgio La Pira, riportato dal Catalano in una lettera a lui inviata nel settembre del 1970, ove l'autore così si esprime: "il fine politico è il fine ultimo, inevitabile di ogni fine intermedio (economico, rivendicativo etc.): ogni sciopero è, in ultima analisi, un (grande) atto politico (*di pressione politica*): tende alla trasformazione della società e della civiltà di cui manifesta le carenze; è 'iuris civilis corrigendi gratia'".

[288] *Ivi,* pag. 397: "Valutiamo la potenza e la gravità di quest'arma, che poteva paralizzare l'attività di governo. Eppure dobbiamo constatare che essa non impedì lo sviluppo di Roma, chè anzi fu proprio attraverso questa lotta che si raggiunse l'assetto interno di una società in piena espansione" *(ibidem).* L'autore sottolinea acutamente, peraltro, come sarebbe più appropriata l'assimilazione dello sciopero con la secessione, piuttosto che con l'intercessio, di cui tuttavia condivide la "diretta *funzione paralizzatrice*".

[289] P. Catalano, *Diritti di libertà e potere negativo, op. cit.,* pag. 1987.

[290] M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni,* in *Rivista di diritto costituzionale, 1* (1996), pag. 124 ss.

dinamiche oggettive delle leggi economiche. Esempio lampante sia il ruolo svolto dal Fondo Monetario Internazionale (o dalla BCE), cui è concessa la facoltà di concedere prestiti a Paesi in difficoltà o in via di sviluppo, incidendo notevolmente, in tal modo, sulla loro possibilità di sviluppo economico e di espansione sociale, imponendo spesso politiche restrittive non necessarie alla crescita del benessere degli Stati, aggravando gli effetti dell'integrazione finanziaria, che il più delle volte si muta in dipendenza politica. In tale situazione, non v'è chi non veda come "l'antisovrano non [abbia] più di fronte una forza effettivamente contrastante",[291] sia perché, da un lato, non può dirsi esistente un vero popolo mondiale (se non l'aggregazione di una comunità di popoli), sia perché, dall'altro, la classe politica nazionale non è più in grado di esprimere scelte politiche consapevoli, essendo perennemente scavalcata da decisioni cui non ha contribuito, con un effetto di sostanziale emarginazione rispetto alle scelte effettive.

9. L'attualità del 'potere negativo'

In tale contesto, appare inoltre opportuno distinguere il concetto di 'potere negativo' dal 'principio di opposizione'. Il principio oppositivo – incarnato nella opposizione parlamentare – si differenzia dal 'potere negativo', perché mentre quest'ultimo ha la capacità di bloccare o arrestare il sistema giuridico, l'opposizione mira invece alla funzionalità del sistema, al mantenimento dello status quo, alla neutralizzazione procedurale dei conflitti, assorbendoli nella normale dinamica parlamentare; manca infatti al principio oppositivo l'origine intrinsecamente rivoluzionaria del 'potere negativo' e peraltro la sua capacità di porsi fuori dal sistema, esternamente ad esso, non condividendone le logiche.

In termini di concreta funzionalità, occorre infatti osservare come il 'potere negativo' operi come un diaframma fra l'esercizio del potere 'positivo', cioè fra la validità legale dell'atto e la sua applicazione o esecuzione, posizionandosi tra la formale esistenza dell'atto e la sua effettività (intesa come capacità di condizionare e modificare il reale); ne deriva pertanto che il 'potere negativo' non impedisce la manifestazione giuridica del potere, ma ne impedisce tuttavia la piena e compiuta realizzazione, negandogli la possibilità di imporsi sui destinatari del comando. In tal senso si può affermare che la negatività sprigionata dall'istituto risieda nella sua capacità di sottrarre

[291] P. Catalano, *Sovranità della moltitudo e potere negativo,* pag. 658.

all'esercizio del potere la sua intrinseca valenza positiva, neutralizzandolo, operando concretamente nell'evitare che la norma, validamente posta (kelsenianamente parlando), si traduca in realtà di fatto, producendo i suoi effetti.

Proprio nella sua concreta operatività, nello schema ideale di manifestazione concreta del concetto di 'potere negativo', risiede peraltro la sua attualità, rappresentando ancora oggi, in tal senso, valido schema dogmatico nella comprensione dell'attualità, anche quale valida forma interpretativa – con i *caveat* che seguono – delle forme di partecipazione popolare, in cui possono dirsi riecheggiare alcune delle caratteristiche principali del 'potere negativo'. Tale concetto, del tutto assente dalla riflessione della dottrina costituzionalistica contemporanea, ben lungi dal potersi ormai definire 'lettera morta', costituisce invero non solo fondamentale chiave di lettura del sistema giuspubblicistico romano,[292] ma serba in sè ancor oggi prospettive esegetiche utili alla comprensione di alcune dinamiche odierne di ordine costituzionale. Non è un caso infatti che uno dei più autorevoli padri costituenti, Giorgio La Pira, abbia definito il potere negativo "*l'emergenza nuova tanto caratteristica, di un diritto costituzionale visto "dall'altra faccia": l'altro lato della Costituzione"*.[293]

L'attualità del concetto e delle forme di manifestazione di 'potere negativo' è ben colto, ad esempio, da uno dei massimi costituzionalisti italiani, Costantino Mortati, il quale ha avuto modo di enucleare, partendo proprio dall'analisi della giuspubblicistica romana, un 'profilo negativo' della partecipazione popolare alla direzione politica; scrive infatti, nell'analizzare la dinamica costituzionale vigente nella Roma repubblicana:

> il consolidamento e la pressione di una nuova classe sociale – la "plebe" – si traduce nella creazione di un organo che ha la funzione di permettere a tale classe *la partecipazione alla direzione politica, sia pure sotto un profilo meramente negativo* (i principali poteri dei tribuni infatti erano il "veto" e l'"intercessio", volti ad impedire che l'azione degli *organi attivi* – cui poteva partecipare soltanto il patrizzato – avvenisse in modo contrario agli interessi della plebe).[294]

[292] Particolarmente esplicativa dell'origine e dell'excursus storico-giuridico del concetto di 'potere negativo', v. Id., *Prefazione* in *Un difensore civico per la repubblica,* Rubbettino Editore, 2012, pagg. 5ss.
[293] G. La Pira, in un passo citato dal Catalano relativo a due lettere a lui indirizzate dallo stesso autore nel giugno del 1970, e riportate nel saggio *Sovranità della multitudo; un aggiornamento,* in *Studi in onore di Gianni Ferrara,* pag. 650.
[294] C. Mortati, *Lezioni, op. cit.,* pag. 89.

Il Mortati, pertanto, coglie chiaramente la differente polarità insita nell'analisi dei rapporti fra gli organi costituzionali, vigente nella Roma repubblicana: l'una positiva, rappresentata da quella che egli chiama – con locuzione quanto mai opportuna – "*organi attivi*", l'altra 'negativa', rappresentata dal tribunato della plebe, che al complesso di tali organi, e al fine di difendere i superiori interessi della plebe, si opponeva. In particolare, significativo appare il riferimento del Mortati a una *partecipazione negativa* al potere, cioè a una partecipazione alla direzione politica (e pertanto allo svolgimento di una funzione di indirizzo politico) svoltasi sotto un profilo meramente negativo; ed è un dato di particolare importanza perché introduce, nel complesso dei poteri, una forma di partecipazione distonica e diversa dalla ordinaria attività ('positiva') degli organi di governo. Si introduce cioè il concetto che la partecipazione popolare possa essere semplicemente negativa e che pertanto la direzione politica possa essere influenzata anche da poteri che hanno come sola funzione quella di impedire o arrestare il funzionamento degli organi attivi. Si affaccia pertanto concretamente l'idea, anche all'interno della nostra costituzione, di un concetto ambivalente del potere, pronto ad accogliere forme positive e negative di partecipazione e di espressione.

10. Le "virtualità negative": i limiti esterni alla direzione politica

E' ancora all'originalità del pensiero di Costantino Mortati che bisogna far riferimento per concretizzare il 'profilo negativo' della partecipazione popolare al potere; in particolare, nelle *Considerazioni riassuntive* delle "*Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato"*, egli, affrontando la tematica dell'ordinamento del potere politico, afferma che i due aspetti che la caratterizzano sono, da una parte, i modi di organizzazione della società (al fine di consentire la partecipazione all'esercizio del potere) e, dall'altra, la strutturazione dell'apparato di governo in modo da garantire il conseguimento delle singole finalità di ogni forma di stato. In ordine a quest'ultimo punto, particolare rilevanza assume l'organizzazione del potere di direzione politica, classificabile intorno a tre punti specifici: a) l'organizzazione della base sociale (con particolare riferimento al ruolo svolto dai singoli partiti); b) l'organizzazione delle strutture di governo (e, in particolare, il diverso modo d'estrinsecarsi del rapporto tra potere legislativo ed esecutivo, secondo criteri di indipendenza, come nelle forme di governo anglosassoni, o di reciproca dipendenza, come nelle forme di governo parlamentari, con i relativi limiti interni, come l'esistenza di una

minoranza); c) in ultimo, in particolare, *"I limiti esterni* che gli organi di direzione politica incontrano per opera di *altri estranei a tale funzione*".[295]

Ora, l'attributo dell''estraneità' si spiega in virtù del fatto che sono limiti che agiscono su di essi dal di fuori, ossia esercitati da organi non aventi specifiche funzioni nell'attività vera e propria di direzione politica e che possono concretarsi in azioni diverse (di controllo, di temporaneo arresto e di consulenza) quali il popolo, il capo dello stato, l'azione della magistratura, e degli organi denominati di consulenza politica. In limine, l'autore analizza dapprima i poteri conferiti al capo dello stato, che assumono rilevanza soprattutto nelle situazioni di crisi del sistema politico, in particolare laddove trattasi di pluripartitismo e di grave eterogeneità sociale; successivamente, i poteri affidati al popolo, e in particolare il potere di revoca dei rappresentanti parlamentari e il potere di abrogazione delle leggi emanate dal parlamento attraverso il referendum; infine, prende in considerazione i limiti derivanti dall'organizzazione giurisdizionale – essendo ormai il relativo intervento divenuto rilevante, anche nel campo costituzionale, nel senso della limitazione delle attività di governo – che "rende ormai improprio la qualifica di "*pouvoir en quelque façon nulle*" che il Montesquieu aveva ad esso data";[296] infine, prende in considerazione gli organi di consulenza.

Orbene, è proprio sulla scia di tale ultima intuizione del Mortati che ci si porrà nel presente elaborato, al fine di delineare le virtù operative degli istituti cennati (capo dello stato, referendum, potere giurisdizionale, con l'aggiunta dell'opposizione parlamentare), soprattutto in quelle situazioni politiche caratterizzate da una maggiore conflittualità tra poteri e da un particolare stato di disequilibrio e non corrispondenza tra volontà governante e volontà del popolo rappresentato, ossia in quei frangenti politici in cui il principio della divisione dei poteri risulta insufficiente e inidoneo al fine di garantire l'equilibrio nei rapporti fra gli organi costituzionali, e non riesce pertanto a esprimere un'unicità di indirizzo politico dominante, in grado di dare rispondenza ai desiderata espressi dalla volontà generale. E' in questo scenario, di torsioni plebiscitarie della dinamica politica, e di insufficienza del sistema rappresentativo a fungere da raccordo tra Stato e popolo, che alcuni istituti previsti in Costituzione mostrano innegabili, se pur ordinariamente quiescenti, potenzialità (finanche) di interdizione nei confronti delle decisioni prese dagli organi attivi della dinamica politica e dell'indirizzo politico dominante. In tale contesto, determinati istituti pertanto vedono riemergere e accentuarsi profili di operatività normalmente latenti, al fine di

[295] C. Mortati, *op. ult. cit.,* pag. 438.
[296] *Ivi,* pag. 444.

ristabilire l'equilibrio fra i singoli poteri costituzionali, evitando pericolose compressioni di funzioni.

L'attività da loro svolta appare pertanto quella di fungere da vere e proprie "cerniere costituzionali", capaci di sostituire l'efficienza del normale rapporto di regolazione tra poteri, qualora quell'attività di 'internalizzazione' dello scontro – su cui ci si è in precedenza soffermati – non riesce, nella sua attività ordinaria, a garantire un reale equilibrio fra le forze in campo; quando pertanto fallisce tale attività di 'internalizzazione' dello scontro, e non si è in grado in altro modo di garantire una prestabilita armonia tra poteri, tali istituti vengono a svolgere, in tali frangenti, un ruolo 'compensativo' nell'evitare torsioni plebiscitarie nella normale dinamica politica, laddove il principio di divisione dei poteri non è in grado di svolgere un'effettiva azione disaggregante della capacità accentratrice svolta dagli 'organi attivi' della dinamica politica: in ciò, pertanto, nello svolgimento di tale particolare funzione, essi vengono sostanzialmente a garantire, seppur in altre forme e per altre strade, quell'equilibrio tra poteri altrimenti non raggiungibile, per la stasi nei rapporti tra poteri o per una loro incomunicabilità, offrendo una sorta di argine a tentativi di supremazia di un potere sull'altro. Tale linea operativa consente pertanto di enucleare, sulla base della medesima operatività, un sotteso principio di <<*immutabilità osmotica*>> nell'equilibrio della dinamica costituzionale, anche laddove debba registrarsi un'inutilità della divisione dei poteri a fungere da criterio regolatore dei diversi organi costituzionali, consentendo comunque, anche in circostanze eccezionali, di riportare il sistema nel suo complesso in equilibrio, evitando pericolosi sconfinamenti di campo, e consentendo peraltro di individuare precisamente quelli che Ruini ha indicato come i freni e i contrappesi della dinamica costituzionale italiana nonché quelli che il Mortati ha indicato come "i limiti esterni alla direzione politica".

Tali istituti, in grado, in determinati contesti giuridici e politici, di mostrare una loro valenza 'negativa' sono: il veto sospensivo del Presidente della Repubblica, il referendum abrogativo, il referendum costituzionale e, in ultimo, l'opposizione parlamentare; tali istituti, globalmente considerati in tali loro manifestazioni 'negative', danno forma a quello si è voluto designare con il nome di '*volto negativo*' della Costituzione italiana – espressione, tra l'altro, ispirata dalla lettura del passo, precedentemente citato, di Giorgio La Pira.[297]

[297] E relativo ad un interessante e inedito carteggio epistolare fra Pierangelo Catalano e Giorgio La Pira, nel quale quest'ultimo definisce il 'potere negativo' "l'emergenza nuova, tanto caratteristica, di un diritto costituzionale visto 'dall'altra faccia': l'altro lato della Costituzione", nel saggio "*Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira*", in *Tradizione romanistica e costituzione,* Napoli, ESI, 2006, pag. 118.

Ciò che con tale espressione si vuole significare invero – e che costituisce l'archetipo concettuale di tale elaborato – è che, malgrado la scomparsa e la mancata istituzionalizzazione di una figura paragonabile al tribuno della plebe (ed espressiva pertanto dei poteri da esso incarnati), il sistema costituzionale italiano è ancor oggi in grado di esprimere – non più attraverso il ricorso a una singola figura che le incarni tutte, bensì attraverso le diverse funzionalità svolte sia da altri soggetti costituzionali – singole virtualità assimilabili a potenzialità di interdizione e di arresto. E infatti, le virtualità negative insite nel 'potere negativo', lungi dall'essere state in toto eliminate, in realtà sono state assorbite in tale diversa dinamica dei poteri, ma non in essa disperse. Si vuole cioè mettere in luce come quelle funzionalità 'negative', lungi dall'essere state eliminate conseguentemente all'obliterazione del concetto e dell'istituzionalizzazione del 'potere negativo', trovino ancor oggi attuali (seppur sporadiche, essendo destinate a casi eccezionali) manifestazioni all'interno del sistema costituzionale, pur nella vigenza del principio della divisione dei poteri – che, rappresenta, come si è visto, l'alternativa al 'potere negativo' rispetto all'esigenza della limitazione dei poteri.

Ogni potere, infatti, conserva una quota di funzionalità potremmo dire 'negativa', espressiva di poteri non solamente di controllo e vigilanza, ma financo di interdizione e di arresto (facoltà sulle quali ci intratterremo in seguito); tali facoltà, normalmente quiescenti nel normale districarsi della politica costituzionale, riemergono nella loro vis cogente allorchè vi sia in atto un conflitto tra poteri, a simboleggiare le facoltà che il sistema costituzionale italiano ha lasciato ai diversi organi costituzionali al fine di proteggere le proprie prerogative dalle invadenza altrui, e al fine di esercitare in pieno le proprie pretese.

III) GLI ISTITUTI COSTITUZIONALI POTENZIALMENTE INVERANTI VIRTUALITA' NEGATIVE INTERDITTIVE (CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL REFERENDUM COSTITUZIONALE E AL <<VETO ASSOLUTO>> DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA)

Fra gli istituti intrinsecamente dotati di una carica interdittiva nei confronti del potere si possono segnalare: i referendum abrogativo e costituzionale, il veto sospensivo del Presidente della Repubblica (con particolare riferimento al rifiuto assoluto di emanazione del decreto-legge nel caso Englaro), nonché, in ultimo, l'opposizione parlamentare. Per esigenze di spazio e di tempo, si approfondiranno unicamente, in tal senso, le potenzialità 'negative' espresse dall'istituto del referendum costituzionale – apparendo infatti tale istituto, nell'incorporare virtualità profondamente interdittive nei confronti del potere latu sensu 'positivo', quello più prossimo alle caratteristiche del 'tribuno della plebe', anche in termini di concreta operatività – e le potenzialità 'negative' proprie del ruolo del Capo dello Stato, con particolare riferimento al caso Englaro.

1. Natura e funzione del referendum costituzionale

In ordine al referendum costituzionale, deve sottolinearsi che l'istituto, malgrado la posizione di privilegio rivestita nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, ha visto, in realtà, una prolusione letteraria ben inferiore agli studi dottrinali dedicati al referendum abrogativo. E sì che il referendum costituzionale svolge un ruolo indubbiamente delicato nella stessa *prospettiva* di modifica del testo costituzionale, inserito nel procedimento di revisione costituzionale, rivestendo una posizione di preminenza rispetto al referendum abrogativo; lo stesso maggior utilizzo del referendum non spiega comunque la ragione del disinteresse dottrinale e la povertà di studi dedicati al tema. Si ritiene, al contrario, che i due referendum costituzionali svoltisi nel 2006 e, ultimamente, nel 2016, abbiano manifestato la vitale importanza dell'istituto nella dinamica dell'intero impianto costituzionale, confermandone l'intrinseca carica oppositiva e manifestandone, in realtà, anche una forte impronta più propriamente *interdittiva*; è su tale seconda formulazione (già nota alla dottrina

più attenta la prima),[298] che si concentrerà l'attenzione, delineandone le caratteristiche più peculiari nonché segnalandone il possibile avvicinamento, per forme e concreto svolgimento del potere, all'esercizio del 'potere negativo' di cui si è prima accennato.

Inserito nel procedimento di revisione costituzionale – nel titolo sesto denominato "Garanzie costituzionali"[299] –, l'istituto del referendum costituzionale svolge un ruolo solamente facoltativo ed eventuale, essendo la sua indizione prevista solamente allorchè non si raggiunga, nella seconda votazione da parte di ambedue le Camere, la maggioranza dei due terzi dei suoi componenti, e semprechè, in tal caso, entro tre mesi dalla loro pubblicazione, ne facciano domanda un quinto dei membri di una Camera, o cinquecentomila elettori, o cinque Consigli regionali – in mancanza della quale richiesta, invece, la modifica costituzionale deve ritenersi approvata. Inoltre per l'approvazione del referendum non è richiesto, a differenza del referendum abrogativo, nessun quorum strutturale, potendo la normativa referendaria essere approvata (o respinta) da una parte minoritaria del corpo elettorale. L'assenza della previsione del quorum ben si coglie, unitamente alle caratteristiche di eventualità e facoltatività proprie del referendum costituzionale, nell'ottica della protezione dei diritti delle minoranze. E infatti, aggiunto alle caratteristiche dell'eventualità e della facoltatività, conforta appieno il giudizio di intrinseca 'oppositività' del referendum costituzionale; se è vero che la legge approvata dalle due Camere a maggioranza assoluta, qualora non sia presentata dai soggetti legittimati apposita richiesta referendaria, è destinata ad entrare in vigore, il referendum costituzionale – a meno di volerlo intendere in chiave di iper-legittimazione della decisione assembleare, coonestandone un utilizzo da parte del parlamento in chiave eminentemente rafforzativa delle decisioni già prese (interpretazione che, invero, rifugge tuttavia dallo schema costituzionalmente previsto) – svolge un ruolo essenzialmente 'oppositivo', essendo previsto come elemento in grado di bloccare la promulgazione e la piena efficacia della revisione costituzionale, inserendosi nel procedimento costituzionale di modifica e riuscendo a impedirne

[298] V. in particolare M. Luciani, *Art. 75 Cost.*, pagg. 6 ss.: "La scelta di inserire nell'art. 138 Cost. il referendum costituzionale, anzi, ha un più generale significato di sistema, se è vero che la funzione oppositiva assegnata a quell'istituto fa sì che, specie di fronte ad interventi riformatori che stravolgano la Costituzione vigente, la decisione popolare di disapprovarli si presenti come una sorta di *veto popolare* a garanzia del mantenimento dei principi costituzionali, dei quali potenzia la resistenza" (l'autore precisa in nota che l'utilizzo del termine veto avviene solamente in modalità del tutto atecnica, risolvendosi in realtà il veto propriamente "nell'<<annullamento>> di un atto già perfetto, ovvero, e più precisamente, per stare all'origine dell'istituto (da rintracciare nell'*intercessio* tribunizia), nella paralisi dell'attività di un altro organo" (*ivi,* pag. 7); sul punto si legga anche più oltre, ove si legge che "Se, infatti, il referendum costituzionale, pur non essendo così tecnicamente qualificabile, ha (o può avere) la stessa funzione di un veto popolare, si ha qui una nuova manifestazione di quell'antico collegamento tra veto e resistenza che da tempo è stato messo in luce dalla dottrina romanistica occupatasi della posizione costituzionale dei tribuni […]" (*ivi, pag. 8).* Si tornerà più aventi sul rapporto tra referendum costituzionale e *intercessio* e sul rapporto tra referendum costituzionale e resistenza.

[299] Si osserva in realtà in dottrina che più che di garanzia costituzionale, non essendo previsti specifici organi costituzionali specificamente dedicati a tale scopo, dovrebbe parlarsi di *garanzia politica* (M. Luciani, *op. ult. cit.*, pag. 7s.).

l'esplicazione, situandosi tra la perfezione dell'atto e la sua piena efficacia (ponendosi pertanto in chiave essenzialmente conservatrice del testo costituzionale). Proprio nell'ottica pertanto di consentire un'adeguata tutela delle minoranze politiche si spiega la mancanza della previsione del quorum strutturale, che consente anche a una minoranza compatta e ben organizzata di arrestare l'iter legislativo, non subordinandosi in alcun modo la validità del referendum costituzionale al grado di partecipazione popolare raggiunta, essendo esso valido in ogni caso.

Emerge in tale contesto la volontà dei padri costituenti di assegnare al referendum costituzionale una chiara impronta conservativa del testo costituzionale, rafforzandone la resistenza, impedendo la possibilità di ricorrere all'intervento popolare allorchè la maggioranza dei due terzi del plesso assembleare abbia approvato il testo costituzionale.[300] Proprio tale scelta operata dai costituenti – di permettere al corpo elettorale di esprimersi, in caso di una non decisiva espressione parlamentare in favore della modifica costituzionale, sulla bontà della modifica approvata – dà perfettamente il senso della rigidezza del testo costituzionale, oltre alla previsione delle distinte votazioni da parte di entrambe le Camere a distanza di tre mesi una dall'altra.

E' interessante sottolineare come i padri costituenti siano giunti all'attuale assetto del referendum costituzionale. E infatti, stante la necessità – percepita dalla sostanziale unanimità dei padri costituenti – di prevedere l'intervento popolare in ordine alla modifica del testo costituzionale (al fine di rendere la Costituzione pienamente rispettosa del principio di democraticità), la primigenia proposta in ordine alla procedura di revisione della Costituzione (presentata dall'on. Paolo Rossi alla Prima Sezione della Seconda Sottocommissione) prevedeva lo scioglimento automatico delle Camere nel caso in cui il progetto di revisione fosse approvato dalle Camere a maggioranza dei propri componenti, con nuova deliberazione assunta dal nuovo Parlamento entro un mese dall'insediamento delle nuove camere; solo allorchè tale progetto fosse stato confermato dalle nuove Camere a maggioranza assoluta sarebbe diventato legge costituzionale. Tale progetto, prevedendo due diversi passaggi, l'uno parlamentare e l'altro elettorale, venne ben presto criticato dalla maggioranza dei padri costituenti,[301] che ne rilevarono, in particolare, la macchinosità. Nello

[300] Sul punto, M. Luciani, *op. ult. cit.,* pagg. 572ss.; il quale osserva come, malgrado la diversa impostazione esegetica, anche il quorum strutturale nel caso del referendum abrogativo sia previsto in chiave rafforzativa e conservativo del testo legislativo sottoposto a consultazione referendaria, modificabile solo allorchè si esprima la maggioranza del corpo elettorale.

[301] Critiche, in particolare, furono espresse da Nobile e Tosato (Seduta Sottocommissione (prima Sezione), 15.1.1947): il primo ritenendo il sistema proposto dal Rossi "*illogico e inopportuno,* sia perché, nel caso che si ritenga necessario interpellare il popolo, è preferibile fare ricorso al r*eferendum,* sia perché non è […] concepibile che una Assemblea, nell'atto stesso di riconoscere la necessità di apportare modificazioni alla Costituzione, decida il proprio scioglimento"; il secondo ritenendo che "non sia né opportuno né conveniente rimettere alla volontà del popolo la questione della riforma della Costituzione nel modo indicato dall'onorevole Rossi, poiché il popolo non potrà pronunciarsi specificatamente sul problema fondamentale della revisione, il quale non costituirà altro che uno dei punti che saranno

specifico, furono tre le ragioni che spinsero i costituenti a non prevedere lo scioglimento automatico delle Camere in caso di modifica del testo costituzionale: a) la prima era dovuta alla considerazione ragionevole che difficilmente, animati da un ragionevole spirito di conservazione, i costituenti avrebbero votato lo scioglimento del parlamento cui appartenevano; b) la seconda derivava dalla lucida considerazione che lo scioglimento delle Camere, con risottoposizione del medesimo quesito alle nuove Camere, non assicurava una specifica pronuncia popolare sul testo costituzionale riformando, dal momento che tale pronuncia sarebbe stata sicuramente assorbita dalle ragioni in ordine alla scelta del partito rappresentativo; c) inoltre, veniva evidenziato come lo scioglimento delle Camere non rendeva sicura l'approvazione del testo costituzionale da parte del nuovo plesso parlamentare, con il rischio che il primo parlamento si fosse sciolto invano.[302]

Tali ragioni condussero pertanto a escludere il ricorso allo scioglimento automatico, preservandosi invece la necessità del ricorso all'intervento popolare, al fine di sottoporre al vaglio del corpo elettorale la decisione parlamentare, soprattutto allorquando non vi fosse assoluta certezza circa la piena corrispondenza tra il sentire della maggioranza parlamentare e quello della maggioranza popolare. Si optò pertanto, sulla scia delle proposte avanzate da Tosato e Perassi, in favore della soluzione tesa a sostituire la fase dello scioglimento automatico delle Camere con quella della doppia lettura da parte di entrambe le Camere a distanza di tempo, lasciando un opportuno periodo di riflessione, prevedendo, qualora non fosse stata raggiunta una determinata soglia di rappresentatività, il ricorso al responso popolare. In un primo momento, venne scartata dalla prima sezione della seconda sottocommissione, pur essendosi votato favorevolmente all'intervento popolare, l'indizione del referendum, prevedendosi pertanto che tale intervento dovesse avvenire nella forma delle nuove elezioni che sarebbero state tenute successivamente alla deliberazione di revisione del testo costituzionale da parte di entrambe le Camere.

Tale decisione venne solo successivamente, in data 16 gennaio 1947, riconsiderata da parte della Sottocommissione, principalmente su impulso delle considerazioni avanzate da Tomasso Perassi (non a caso ritenuto da Giuliano Amato "il vero trionfatore fra i giuristi della

---

discussi durante la campagna elettorale, dal momento che le Camere così elette continueranno, dopo essersi pronunciate sulla questione, a svolgere il loro normale compito parlamentare" (Atti Assemblea Costituente, pag. 1873).

[302] V., in particolare, G. Ferri, *Il referendum nella revisione costituzionale,* Cedam, Padova, 2001, pagg. 31 ss e pag. 84 ("[…] si evidenziano puntualmente le ragioni che rendono il referendum preferibile allo scioglimento delle Camere: il timore che le Camere, per evitare lo scioglimento, si oppongano alla revisione costituzionale; l'impossibilità del corpo elettorale di pronunciarsi specificamente sulla revisione costituzionale nelle elezioni politiche conseguenti allo stesso scioglimento; l'assenza di garanzie in merito all'approvazione, da parte delle camere, della revisione costituzionale sulla quale l'elettorato abbia espresso indirettamente il proprio consenso nelle elezioni; infine, l'esigenza di uniformare – nei limiti consentiti dalla diversità degli oggetti – le modalità del controllo popolare sulle leggi costituzionali e di revisione costituzionale a quelle sulle leggi ordinarie".

Costituzione")[303], il quale, ritenendo "non … sufficientemente meditata" la decisione presa il giorno precedente dalla Sottocommissione – richiamando l'attenzione in particolare sul paradosso derivante dal prevedere l'esperibilità del referendum unicamente per le leggi ordinarie, escludendo invece tale possibilità per le leggi di revisione della Costituzione, laddove invece proprio per queste ultime, anche alla luce della delicatezza dei temi trattati, la necessità della pronuncia popolare appariva più pregnante – propose di prevedere il sistema della doppia lettura da parte di entrambe le Camere, a notevole intervallo di tempo l'una dall'altra, escludendo la possibilità di indizione del referendum solo allorchè la proposta di revisione fosse stata votata da una maggioranza qualificata. Riproposto pertanto il quesito circa la modalità di manifestazione della volontà popolare, con otto voti favorevoli e sei contrari, la Sottocommissione mutò orientamento, ritenendo che il ricorso alla volontà popolare dovesse avvenire attraverso l'indizione del referendum. In esito alla medesima seduta, si giunse pertanto alla formulazione pressochè definitiva del testo costituzionale.

E' evidente pertanto l'attenzione posta dai padri costituenti alla necessità di garantire la pronuncia popolare, ricavata inoltre dalla considerazione per cui l'esclusione dell'indizione del referendum è prevista solo nell'ipotesi, invero eccezionale, del raggiungimento di un alto tasso di rappresentatività, corrispondente ai due terzi dell'intera componente parlamentare. In tal modo venne infatti risolto il problema della fondatezza della presunzione di conformità della deliberazione parlamentare alla volontà popolare basata sul rapporto rappresentativo, individuando nella soglia della maggioranza parlamentare dei due terzi dei votanti il limite varcato il quale ogni dubbio circa l'esatta corrispondenza della volontà parlamentare con quella popolare non avesse ragion d'essere. La presunzione di conformità alla volontà popolare della deliberazione parlamentare superiore ai due terzi riposa inoltre sulla considerazione specifica del sistema costituzionale italiano, e in particolare su due dati: la proporzionalità del sistema elettorale e il <<pluripartitismo estremo>>, ossia l'alto tasso di frammentarietà esistente nei partiti. Elementi che, letti univocamente, consentono di ritenere fondata la presunzione di conformità.

Affrancatisi dalla necessità dello scioglimento delle Camere, e ritenuto che l'intervento popolare dovesse esprimersi nelle forme del referendum, la discussione costituzionale si spostò sulle caratteristiche di tale referendum, passando da una prima fase in cui venne ritenuto obbligatorio e necessario ad un'altra in cui se ne affermò invece la natura facoltativa ed eventuale

[303] "Sappiamo tutti che anche si questo terreno il conflitto emerso a tal riguardo in quella sede tra Mortati, Tosato e Perassi fu vinto come al solito da Perassi. Va detto che dallo studio di quel biennio Perassi emerge come il vero trionfatore fra i giuristi della Costituente, nel senso che sui temi più controversi e più complessi la soluzione da lui proposta finisce regolarmente per costituire lo schema, la cornice per l'accordo concretamente raggiunto dai costituenti. Accadde per la forma di governo, è accaduto anche in questa materia" (Giuliano Amato, *Intervento* in *Referendum,* op.cit., pag. 189).

(secondo la proposta presentata dall'On. Perassi). Prevalsero le ragioni sottostanti alla natura facoltativa del referendum anche in considerazione della presunzione di conformità, in caso di deliberazione parlamentare approvata dai due terzi della componente parlamentare, della deliberazione parlamentare ai desiderata popolari sia in relazione alla circostanza di lasciare in ultimo alla componente governativa o parlamentare e, in ultimo, al popolo la decisione se ricorrere al referendum costituzionale o meno (prevedendosi che su questioni di secondaria importanza non fosse necessario il ricorso al referendum). Dalla scelta della mera facoltatività ed eventualità del referendum discende la sua esegesi quale strumento essenzialmente 'oppositivo', in grado di consentire il coinvolgimento delle minoranze, alla protezione dei cui diritti era evidentemente finalizzato, rifiutandosi pertanto l'opposta interpretazione (che sarebbe scaturita dall'opzione per un referendum obbligatorio e necessario) di un referendum 'confermativo' ed approvativo della deliberazione parlamentare.[304]

Altra caratteristica del referendum costituzionale, oltre al carattere eventuale (legato all'adozione della seconda deliberazione legislativa con una maggioranza inferiore ai due terzi dei propri componenti) e facoltativo (legato alla richiesta, nel caso prima esposto, di referendum formulata da parte di un quinto dei membri di una Camera o di 500.000 elettori o di cinque consigli regionali, entro tre mesi dalla pubblicazione della medesima deliberazione legislativa), è il carattere preventivo. E infatti, a differenza del referendum abrogativo – che, intervenendo sull'atto legislativo già perfetto e produttivo di effetti, allo scopo di determinarne la cessazione, si presenta quale referendum <<successivo>> –, il referendum costituzionale agisce, avendo come oggetto la mera deliberazione legislativa – come tale priva di effetti –, quale referendum <<preventivo>>, condizionando l'efficacia della deliberazione legislativa votata dal Parlamento. Da tale preventività discende il suo appartenere non già alla fase costitutiva del procedimento legislativo, bensì a quella *integrativa dell'efficacia.*[305] Ed infatti, a ben guardare, l'intervento del corpo elettorale non può ritenersi tout court elemento perfezionativo del procedimento di revisione, dal momento che tale procedimento può perfezionarsi anche senza l'intervento del corpo elettorale, sia allorchè la seconda deliberazione avvenga con il voto maggioritario dei due terzi i componenti la Camera dei deputati (ove si verifica quella 'presunzione di conformità' con la volontà popolare cui prima si è

[304] Da tale punto di vista è stata messa in luce la differenza nel concetto di oppositività fra referendum abrogativo e referendum costituzionale: "risulta ben diversa l'oppositività che caratterizza il referendum costituzionale, legata alla sua funzione di freno (mentre l'abrogazione non frena alcunchè ed è, anzi, un pur peculiare mezzo di innovazione) e positivamente imposta in ragione della mancanza del quorum strutturale e della previsione dell'iniziativa della minoranza parlamentare" (M. Luciani, *Art. 75 Cost., op.cit.,* pag. 192).

[305] Sul punto, v. le acute osservazioni di G. Ferri, *op.ult.cit.,* pag. 101. Condivide la tesi del referendum quale "elemento che incide semplicemente sull'*efficacia* dell'atto, la cui fase costitutiva si è già compiuta con l'approvazione parlamentare" Sergio P. Panunzio, *Riforme costituzionali e referendum* in AA.VV, *Referendum,* a cura di M. Luciani e M. Volpi, Laterza, Roma-Bari, 1992, pag. 89.

accennato), sia allorchè essa avvenga a maggioranza inferiore ai due terzi, non essendo tuttavia stata richiesta la celebrazione del referendum costituzionale.

Né, d'altra parte, come pur è stato sostenuto in dottrina, può affermarsi che si possa fondatamente parlare di consenso tacito o presunto sia in caso di deliberazione con maggioranza dei due terzi – dovendosi invece parlare di mera <<presunzione 'legislativa' di conformità>> della deliberazione approvata ai desiderata popolari – sia in caso di mancata presentazione della richiesta referendaria – potendosene invece dedurre solamente l'assenza di una minoranza qualificata e organizzata contraria all'approvazione della deliberazione legislativa. Né, tantomeno, il corpo elettorale chiamato a pronunciarsi può essere qualificato come <<terzo organo legislativo>>[306] in regime di contitolarità con il Parlamento nella funzione di revisione costituzionale, dal momento che non solo esso è chiamato ad esprimersi solo a determinate condizioni, ma anche in ragione della circostanza che il corpo elettorale non deve esprimere necessariamente il suo consenso alla deliberazione parlamentare, non essendo esso richiesto in via di 'legittimazione ex post' della deliberazione legislativa, ma solo allorchè si ha fondato motivo di dubitare della corrispondenza alla volontà popolare della decisione parlamentare (in tal modo, e in un certo modo, affievolendosi, in materia costituzionale, quella proporzionalità assoluta del rapporto rappresentativo basato sul principio della maggioranza assoluta, e richiedendosi un surplus di corrispondenza, rinvenuto nella soglia dei due terzi, ritenuto parametro idoneo alla legittimazione, non operando la semplice presunzione di corrispondenza della volontà dei rappresentanti a quella dei rappresentati).

Da quanto evidenziato discende pertanto che il referendum costituzionale opera quale *condizione sospensiva dell'efficacia della deliberazione legislativa,* già perfetta in seguito all'approvazione, seppur a maggioranza assoluta, da parte di entrambe le Camere, frapponendosi fra la decisione parlamentare (di per sé già perfetta) e la piena efficacia della normativa, subordinata o alla mancata richiesta del referendum abrogativo o al voto referendario sfavorevole all'approvazione del testo legislativo.[307] In merito, si riscontrano due diverse tesi sulla natura dell'atto emanato dall'assemblea parlamentare, prima che esso venga sottoposto alla deliberazione popolare: chi sposa la tesi del carattere costitutivo del referendum preferisce optare per la

[306] Come invece ritiene C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico, o*p.cit., tomo II, pag. 1229, il quale, sposando la tesi dell'intervento popolare quale elemento costitutivo della procedura di revisione costituzionale, consequenzialmente parla di "aggiunta del consenso di un terzo organo a quello prestato da ognuna delle due camere".

[307] Condivide tale impostazione esegetica Vezio Crisafulli (*Lezioni di diritto costituzionale,* Cedam, Padova, 1978, quarta edizione, vol. II, pag. 92), il quale nega la stessa natura di fonte del diritto al referendum costituzionale: "tale referendum [in riferimento al referendum costituzionale] non esprime un concorso del corpo elettorale nella deliberazione legislativa, che resta di competenza delle Camere; non integra, perciò, la legge costituzionale nel suo contenuto dispositivo, risolvendosi piuttosto in una <<condizione *di efficacia*>>, e non si pone quindi, per esso, o si pone in termini molto diversi, il problema di qualificarlo o meno come fonte".

definizione di mero <<progetto legislativo>>; chi invece sposa la tesi dell'appartenenza del referendum alla fase integrativa dell'efficacia utilizza l'espressione di <<deliberazione legislativa>>. Chi scrive, di conseguenza, avendo optato per la natura del referendum quale condizione sospensiva dell'efficacia della deliberazione legislativa, sposa logicamente la tesi dell'estraneità del referendum alla fase costitutiva del procedimento di formazione della legge costituzionale, dal momento che il referendum è previsto solamente come elemento preventivo e facoltativo del procedimento, non potendo pertanto rivestire il ruolo di elemento essenziale e decisivo. Ne deriva, in conclusione, che il referendum costituzionale si presenta come istituto a carattere facoltativo, eventuale e preventivo, agendo quale condizione sospensiva dell'efficacia della (già perfetta, in seguito all'approvazione di ambo le Camere) deliberazione legislativa.

Ora, dalla definizione data all'istituto del referendum discendono alcune considerazioni in punto di funzione dell'istituto referendario costituzionale, essendo esso posto a garanzia di minoranze qualificate dell'opposizione parlamentare (laddove si consente a un quinto dei membri di ciascuna Camera di richiedere l'indizione del referendum costituzionale), delle autonomie locali (laddove si concede la possibilità di richiedere il referendum a cinque Consigli regionali) e della società politica tutta (laddove si consente a 500.000 elettori di richiedere l'indizione del referendum costituzionale). Oltre agli evidenziati caratteri di facoltatività, eventualità e preventività, gioca in tal senso anche la considerazione che il referendum costituzionale, non contemplando un <<quorum di partecipazione>> per la validità della consultazione popolare – essendo pertanto valido qualunque sia il numero degli elettori che vi abbiano preso parte (la sua efficacia essendo condizionata solo all'espressione della maggioranza dei <<voti validi>>) – permette anche a una minoranza qualificata ben organizzata di prevalere sulla maggioranza parlamentare, bloccando l'efficacia e l'esecutività della deliberazione parlamentare.[308] Soluzione diversa è stata invece scelta dai legislatori costituenti per l'ipotesi del referendum abrogativo, ove è richiesto un quorum di partecipazione popolare per l'espletamento della consultazione referendaria. Tale diversità di scelte si spiega se si pone mente al fatto che, pur essendo entrambi gli istituti dati a garanzia dei diritti delle minoranze, essi hanno due oggetti ben diversi: e infatti, mentre il referendum costituzionale si esprime su una deliberazione legislativa (che, seppur perfetta, è ancora priva di efficacia), il referendum abrogativo, al contrario, ha ad oggetto una legge già produttiva di effetti: proprio la diversità degli oggetti spiega perché il legislatore ha inteso, nel caso del referendum abrogativo,

[308] Osserva M. Luciani (*op.ult.cit.,* pag. 574) che "E' ragionevole e logico, dunque, che in questo caso il *quorum* strutturale non sia previsto: la segnalata valenza oppositiva dell'istituto impone che il risultato della consultazione sia valido quale che sia la partecipazione che si è raggiunta. Solo così, come sopra accennato, si può consegnare ad una minoranza compatta uno strumento di opposizione alla maggioranza <<innovatrice>>. La mancanza del q*uorum,* pertanto, è funzionale alla più agevole *conservazione* della Costituzione."

subordinarne la validità all'espressione di un'ampia partecipazione popolare, trattandosi – non già, come per il referendum costituzionale, di arrestare un procedimento legislativo, impedendo l'entrata in vigore della norma costituzionale bensì – di togliere efficacia ad una disposizione normativa pienamente e attualmente efficace.

L'insieme delle caratteristiche evidenziate nell'operatività dell'istituto referendario – preventività, facoltatività, eventualità e mancanza di un quorum di partecipazione – consente di pervenire alla conclusione dell'<<essenza oppositiva>> del referendum costituzionale, ponendosi esso in funzione di conservazione del testo costituzionale modificando, a difesa dei principi costituzionali in esso innervati. Ne discende, indubitabilmente, che il referendum costituzionale esercita una funzione di controllo sull'innovazione del testo costituzionale, permettendo al popolo di reagire alla modificazione del testo costituzionale, bloccandone il percorso legislativo e impedendone l'efficacia. Tale controllo – differentemente dal controllo esplicato dal referendum abrogativo, che agisce successivamente, ponendo nel nulla la disposizione legislativa già entrata in vigore, per eliderne l'efficacia – è di natura preventiva, evitando, arrestandone il procedimento legislativo di attuazione, la stessa entrata in vigore della deliberazione legislativa da parte del plesso parlamentare. In definitiva, sebbene entrambi i referendum agiscano in chiave di difesa delle minoranze qualificate, mentre il referendum costituzionale esplica una funzione di conservazione dell'ordinamento vigente – impedendo il mutamento dell'ordinamento delle norme costituzionali –, il referendum abrogativo agisce attuando una modificazione dell'ordinamento vigente – consentendo di abrogare quelle norme che la maggioranza del corpo elettorale percepisce come lesive dei propri interessi.[309]

Dalle considerazioni ora svolte discende la profonda erroneità dell'indicazione come "confermativo" o "approvativo" della natura del referendum costituzionale, dal momento che non appare propria dell'istituto la funzione di ribadire o rafforzare la decisione parlamentare, essendo

[309] Condivide l'impostazione "oppositiva" del referendum costituzionale, respingendo l'idea di una sua pretesa neutralità anche M. Luciani (*Art. 75 Cost.,* pag. 572s.): "L'idea della neutralità, infatti, non regge alla considerazione della concreta disciplina della revisione costituzionale dettata dall'art. 138 della Costituzione. Vi si prevede che l'intervento popolare sia meramente facoltativo ed eventuale, con la conseguenza che, in sua mancanza, la legge di revisione (ovvero, la legge costituzionale) approvata dalle Camere a maggioranza assoluta può entrare (dopo l'esaurimento della fase integrativa dell'efficacia) senz'altro in vigore. Ciò significa che il *referendum* costituzionale (potendo solo << <<arrestare>> le decisioni del Parlamento>>) è concepito come uno strumento che (giuridicamente) ha senso solo per gli *oppositori* della modificazione costituzionale, chè per i sostenitori il risultato è conseguito anche con la semplice inerzia. Se dunque, in astratto, il q*uorum* avrebbe potuto essere utilizzato nell'una o nell'altra prospettiva (di ostacolo, cioè, o di facilitazione dell'innovazione), nello scenario in concreto disegnato dall'art. 138 Cost. la funzione della sua assenza è divenuta una sola: *l'esaltazione della natura oppositiva del referendum costituzionale*".
Sulla natura 'oppositiva' del referendum costituzionale v. anche S. Panunzio, *Riforme costituzionale e referendum, op. cit.*, pag. 91: "[…] il referendum costituzionale nasce appunto non già come un momento di *integrazione* della volontà del Parlamento, ma come un momento di c*ontrapposizione* alla volontà parlamentare rappresentata dalla legge di revisione già deliberata".

invece concessa la possibilità della sua indizione proprio nel caso contrario, ossia allorchè esista l'eventualità che la decisione presa dall'assemblea parlamentare possa essere non condivisa dal corpo elettorale. D'altra parte, la tesi della natura "confermativa" del referendum costituzionale cozza con la previsione di non consentire l'indizione del referendum – dovendosi ritenere la legge già efficace e pronta per la promulgazione – laddove la legge costituzionale sia stata approvata con la maggioranza dei due terzi; qualora infatti il referendum costituzionale avesse tale funzione 'rafforzativa' della decisione parlamentare,[310] per qual motivo non consentirne l'indizione proprio allorchè avrebbe avuto, in tal chiave, più senso? Tale elemento stride fortemente con la natura 'confermativa' del referendum rinvigorendo la tesi della natura 'oppositiva' dello stesso.

In tal senso, pienamente esplicativa della distinzione fra referendum costituzionale di natura 'oppositiva' e referendum costituzionale di natura 'approvativa' appare l'analisi della l. cost. n. 1 del 1997, la quale prevedeva uno speciale procedimento di revisione del testo costituzionale, bypassando (attraverso una deroga temporanea, una disapplicazione effettuata *una tantum*) la procedura costituzionale prevista dall'art. 138 Cost. Specificatamente, tale procedura prevedeva, con l'azione della Commissione bicamerale unificante in sé la prima fase del procedimento, il mantenimento della doppia deliberazione da parte di ciascuna Camera, con approvazione da parte della (sola) maggioranza assoluta (non essendo prevista l'approvazione con la maggioranza dei due terzi), ponendo a conclusione del procedimento un referendum *obbligatorio* sul testo approvato dalle Camere (con previsione di un quorum di partecipazione, pari alla metà degli aventi diritto). Oltre alla previsione di un "terzo tipo di fonte di grado costituzionale"[311] – aggiuntiva rispetto alla leggi costituzionali e alle leggi di revisione della Costituzione –, tale riforma ha suscitato più di una perplessità in ordine allo statuto teorico da assegnare al referendum costituzionale, transitando esso da una natura 'oppositiva' ad una 'affermativa', in cui inevitabilmente, assumendo una forte impronta di 'legittimazione' popolare, viene a colorarsi di un pregnante carattere 'plebiscitario'.[312]

---

[310] Parla di "malcerta funzione "omologante" della pronuncia popolare nei confronti della deliberazione legislativa che modifica la Costituzione", in relazione alla tesi della natura 'confermativa' del referendum costituzionale, G. Ferri (*op. ult. cit.,* pag. 154).

[311] S.P. Panunzio, *Il metodo e i limiti della revisione costituzionale,* in AA.VV., *Quale riforma della Costituzione?,* a cura di G. Azzariti, Giappichelli, Torino, 1999, pag. 327; altrove lo stesso autore parla di "legge di rottura (di rottura temporanea), non già di sospensione, dell'art. 138 Cost." (*Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi* in A.A. Cervati-Sergio P. Panunzio-P. Ridola, *Studi sulla riforma costituzionale, op.cit.,* pag. 102; v. anche pagg. 124ss.).

[312] *Ivi,* pag. 337. V. anche Cervati, *La revisione costituzionale e il ricorso a procedura straordinarie,* in A.A. Cervati – S.P. Panunzio - P. Ridola, *Studi sulla riforma costituzionale, op.cit.,* pag. 65: "La diversa funzione del ricorso al referendum nel quadro dell'art. 138 Cost., come strumento confermativo della decisione in ordine ad una modifica della Costituzione […] risulta evidente sol che si tenga presente che, nella logica di questa legge, il r*eferendum* non solo non presupponeva più alcuna iniziativa popolare, regionale o di una minoranza parlamentare, ma assumeva *un'esclusiva valenza plebiscitaria*, quella di far approvare o non approvare in blocco le riforme istituzionali adottate da parte di ciascuna delle due camere".

Ciò poiché il referendum costituzionale, non essendo più lasciata la facoltà della sua indizione al corpo elettorale, viene ad essere sostanzialmente imposto <<dall'alto>>, ossia dal plesso parlamentare, non ergendosi più a strumento di tutela delle minoranze, ma servendo a dare una forte impronta di legittimazione 'popolare' al testo legislativo votato dalle Camere. In tal senso, il referendum costituzionale previsto dalla l. cost. n. 1 del 1997 legittimamente doveva essere qualificato come 'confermativo', proprio in virtù della sua obbligatorietà, non essendo più previsto a tutela delle minoranze ma essendo pensato unicamente come strumento di 'approvazione' della decisione parlamentare. Tale automaticità del ricorso al popolo, proprio perché inibisce l'iniziativa referendaria delle minoranze, ha come conseguenza, secondo alcuni, di 'alterare lo <<spirito>> dell'art. 138 della Costituzione,[313] sterilizzando le potenzialità oppositive del referendum costituzionale e incrinandone il contenuto garantista.

2. L'importanza dell'innesto dell'istituto del referendum nella dinamica costituzionale italiana e la sua intrinseca 'valenza plebiscitaria'

La volontà dei padri costituenti di introdurre l'istituto del referendum nella dinamica costituzionale italiana emerge chiaramente dalla lettura dei discorsi tenuti all'Assemblea costituente dai padri fondatori della Repubblica. Da essi si evince la volontà di ritenere non totalizzante il principio del puro parlamentarismo, scegliendo di innervare il sistema parlamentare di una forte dose di democraticità, realizzata concedendo al popolo la facoltà di pronunciarsi su singoli quesiti – uscendo pertanto da un sistema puramente parlamentare, ove il suo intervento era richiesto solamente per la scelta dei rappresentanti.

Illuminanti, in tal senso, appaiono le dichiarazioni rese da Meuccio Ruini nel suo discorso tenuto all'Assemblea Costituente nella seduta del 19 settembre 1947;[314] questi, dopo aver esaminato le due opposte concezioni sposate dalla sinistra e dalla destra in materia di applicatività del

[313] A. Magro, *Referendum costituzionale e omogeneità del quesito,* in AA.VV. (a cura di Gaetano Azzariti), *Quale riforma della Costituzione?,* Giappichelli, Torino, 1999, pag. 356. V. anche S. Panizza – R. Romboli, *Aspettando il referendum (con il fiato sospeso),* Giappichelli, Torino, 2016, pagg. 8ss nonché A.A. Cervati, *La revisione costituzionale, op.cit*: "Lo strumento della <<legge costituzionale>> veniva utilizzato *in frode alla Costituzione* nel momento in cui serviva ad eliminare il significato di *garanzia* insito nella stessa distinzione tra legge di revisione costituzionale e legge costituzionale rendendo possibile, attraverso la legge costituzionale, un *aggiramento* della procedura di revisione prevista dalla Costituzione" (pag. 62).

[314] Meuccio Ruini, *op. ult. cit.,* pagg. 139 ss. (c.m.)

referendum, optando per una soluzione intermedia, traccia quella che appare la vera chiave di volta del sistema parlamentare-democratico italiano:

> Che cosa bisogna fare? Ristabilire in altra forma, democraticamente, il pilone crollato [si riferisce al precedente pilone regio]; ed allargare le fondamenta della casa, *rinsaldandole ed affondandole sempre più nella sovranità popolare.* Far capo al parlamento, che è l'espressione preminente, *ma non la sola,* della sovranità popolare. *Il sovrano non è il parlamento; è il popolo che ha due emanazioni essenziali della sua sovranità: l'elezione dell'organo parlamentare ed il referendum*. Nella nuova costituzione bisogna far posto, così, anche al referendum. E cogliere tutte le altre possibili emanazioni della sovranità popolare, *stabilendo l'equilibrio fra gli organi dello Stato nell'orbita inderogabile della sovranità popolare.*

E' evidente in tale sentire, comune all'intero arco dei costituenti, la consapevolezza della necessità di doversi smarcare da un sistema puramente parlamentare – di cui si percepisce l'inadeguatezza, innanzi all'"orbita inderogabile della sovranità popolare", a rispecchiare le aspirazioni popolari – introducendo forme di partecipazione popolare, con l'intento di rinvigorire, attraverso il ricorso a strumenti partecipativi lo schema tradizionale del parlamentarismo puro; è proprio pertanto nell'introduzione dei referendum che si può cogliere <<l'impeto partecipativo>> che animava i Costituenti, i quali, spinti da alcuni fra essi (e, in particolare, da Ruini, Mortati e Perassi), giunsero a ritenere essenziale l'introduzione del referendum quale forma concreta ed effettiva – oltre all'elezione dell'organo parlamentare – di esercizio della sovranità da parte del popolo, dando reale ed effettiva attuazione al contenuto assiologico dell'art. 1 Cost, e conferendo concretamente al popolo "la compartecipazione alla funzione che – da Bodin in poi – connota nel modo più chiaro il potere sovrano".[315]

Un particolare tributo all'introduzione del referendum si deve, inoltre, all'opera magistrale svolta da Costantino Mortati, il quale ha sollecitato più volte l'introduzione dell'istituto referendario

[315] M. Luciani, *Art. 75 Cost.,* pag. 193. Per tale motivo non si condividono le considerazioni di Antonio Baldassarre allorchè ritiene che "E' con questo *background* culturale [animato dalla concezione per la quale "il popolo non ha e non può avere logicamente una configurazione a sé stante, né una propria identità in grado di contrapporsi, se pure dialetticamente, allo Stato. In queste concezioni il popolo è soltanto e non può essere altro che un <<elemento dello Stato>>, un elemento privo di una sua propria volontà] che i nostri costituenti hanno affrontato il problema del referendum e quello dei suoi rapporti con la legislazione. E' il *background* per il quale il referendum non può non essere una delle <<manifestazioni di volontà>> dello Stato, che va inserita nell'ordine normativo sulla base dei criteri ordinatori propri di quest'ordine: la forza formale e l'efficacia". In realtà, come si evince dalla lettura dei testi dell'Assemblea costituente, ai padri fondatori era ben chiara la distinzione tra popolo – e sue proprie affermazioni – e Stato, chè anzi il referendum si poneva quale espressione di un potere 'altro' rispetto al corpo parlamentare, presupponendone l'alterità.

nel sistema politico italiano allo scopo di assegnare un potere di controllo effettivo al corpo elettorale sulle scelte dell'assemblea popolare al fine di evitare possibili distorsioni del sistema rappresentativo. Particolarmente interessanti sono le parole pronunciate dal medesimo nella seduta della Seconda Sottocommissione dell'Assemblea Costituente del 20 gennaio 1947:

> Il quesito che occorre proporsi è se convenga oppur no instaurare in Italia un regime di puro parlamentarismo, senza, cioè, che sia accordata alcuna possibilità al popolo di invalidare la volontà del Parlamento … la possibilità di un veto popolare non solo p[uò] essere utile ai fini dell'interesse generale, ma p[uò] anche servire benissimo a rafforzare l'autonomia del Parlamento. Il Parlamento può ancora errare e pertanto non riflettere esattamente la volontà popolare.[316] Può, quindi, essere opportuno ammettere il referendum come *forma di veto popolare,* tanto più che non è stato accolto il principio del referendum su iniziativa del Governo. Ora, o si ammette che la sovranità risiede nella volontà del popolo, e allora si deve anche ammettere il veto popolare mediante referendum; o non si ammette quel principio, e in tal caso si può giustificare la richiesta di coloro che non vogliono il referendum come forma di veto popolare.

Il referendum, pertanto, viene individuato quale ulteriore mezzo di espressione concesso al popolo per esercitare concretamente la sovranità popolare conferitagli in Costituzione. Esso appare innestare, nel tronco della soluzione parlamentare, un correttivo essenziale, tanto da condurre l'autorevole giurista, come si è visto, ad utilizzare l'espressione di <<Stato semiparlamentare>>. L'impegno a favore dell'introduzione dell'istituto del referendum emerge anche dalla lettura del celebre discorso reso da Costantino Mortati il 18 settembre 1947 innanzi alla Commissione dei 75 impegnata nell'approvazione del progetto della Costituzione italiana. Anche in tal occasione il giurista rimarcò l'importanza fondamentale dell'innesto, nella forma di governo parlamentare prescelta, dell'istituto del referendum, contrastando in particolare l'idea che i partiti potessero rispecchiare in toto la realtà politica, riflettendola fedelmente, sottolineando, in particolare, come il principio della sovranità popolare – nell'accezione per cui esso deve rinvenirsi nel dogma numerico della metà più uno – trovasse proprio nel referendum l'espressione più qualificata, "l'istituto più democratico" (per utilizzare le parole dell'illustre giurista) quale strumento che, facendo leva sul

[316] Nella seduta del 21.1.1947, nell'esaminare criticamente le obiezioni sollevate circa l'uso del referendum, per le quali esso introdurrebbe una disarmonia all'interno della dinamica costituzionale, disturbando l'attività del potere legislativo, egli osserva che legittimamente tale rilievo può essere superato <<una volta ammesso che il popolo ha diritto di intervenire nella linea di condotta politica del Parlamento, facendola, all'occorrenza, deviare>>.

principio maggioritario, pervenisse alla correzione dell'istituto della rappresentanza proporzionale.[317]

In tale ottica, peraltro, il Mortati loda proprio la funzione del referendum di potenziale rottura dell'unità dell'azione governativa, della possibilità che esprime di creare una frattura, una discontinuità con l'indirizzo politico emanato dal Governo, pur quando essa si convertisse in una vera e propria "mancata saldatura tra popolo e rappresentanza parlamentare", concretando una disarmonia nell'applicazione dell'indirizzo politico unitario. Ma, lungi dal criticarla, il Mortati invero esalta tale dote del referendum, ritenendo che proprio tale potenzialità ne giustificasse l'introduzione nel testo costituzionale, importando il deferimento all'arbitrato popolare, di determinate controversie o questioni costituzionali, rispondendo alla stessa logica insita nell'istituto dello scioglimento delle camere, nella cui linea d'azione si pone. In particolare, nota l'autore, il referendum può servire sia ad agevolare un'opera di sensibilizzazione politica del corpo elettorale, sia a preservare da riforme non effettivamente condivise dal popolo o semplicemente affrettate, assurgendo al ruolo di vera e propria "*garanzia di libertà*";[318] concludendo, dopo aver rilevato le difficoltà pratiche di un'attuazione costante del referendum, rilevando come l'importanza del referendum risieda proprio "nell'azione *potenziale* che può esercitare col frenare le tentazioni di intemperanza dei partiti al potere, col renderli più meditativi circa la convenienza delle riforme proposte in confronto ai bisogni del popolo, che non nel suo impiego effettivo".[319]

L'importanza e la coessenzialità dell'istituto del referendum nell'ottica della dinamica costituzionale conduce autorevole dottrina a ritenere, in quest'ottica, l'istituto del referendum "elemento qualificante del *(sotto)modello rappresentativo-partecipativo* che i costituenti ci avevano consegnato",[320] "nel quale il popolo ha sia il potere di eleggere i propri rappresentanti (e di

[317] C. Mortati, *Discorso all'Assemblea Costituente sul progetto di costituzione della repubblica italiana, op.cit.,* pagg. 941 ss.
[318] *Ivi,* pag. 943.
[319] *Ivi,* pag. 943s. La tesi della capacità d'incidenza dell'istituto referendario sulla determinazione dell'indirizzo politico non viene condivisa dall'intera dottrina; parte della dottrina, infatti, (si veda, ad esempio, L.M. Mazzoni Honorati, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale",* Giuffrè, Milano, 1992, pagg. 154s.) è di contrario avviso, ritenendo che "nella nostra Costituzione gli istituti di democrazia diretta non hanno lo scopo di fungere da strumenti popolari d'indirizzo politico, ma solo come *strumenti correttivi delle disfunzioni* del sistema parlamentare, in quanto permettono un controllo della rispondenza delle decisioni delle Camere alla volontà popolare", inserendosi pertanto nella dinamica costituzionale solamente quali "*eventuali* elementi di controllo e di indirizzo, non invece come elementi di rottura che contrappongano la <<volontà popolare>> alla <<volontà parlamentare>>".
[320] M. Luciani, *Art. 75 Cost.,* pag. 184. Osserva inoltre l'autore come il referendum abrogativo "si colloca (ancorchè con prerogative e limiti peculiari) allo stesso livello della legislazione parlamentare, in un certo senso (pur senza contraddire l'art. 70) rompendo il tradizionale monopolio delle Camere sulla legge. Il referendum è la fonte che più di altre si svincola da quel monopolio […]"; e ancora: "La rottura del monopolio parlamentare, pertanto, implica il riconoscimento che la *volontè gènèrale* può essere manifestata anche senza l'intermediazione della (e la strutturazione consentita dalla) rappresentanza e che può esserlo in qualunque momento, pur al di là di quei *grands jours* nei quali la volontà popolare si presenta come volontà costituente. Si nega, così, uno dei postulati essenziali delle dottrine parlamentaristiche più estreme, per le quali una volontà generale (o nazionale, o popolare) non può nemmeno concepirsi

controllarne l'operato, con facoltà sanzionatoria), sia quello di partecipare con appositi istituti alle decisioni pubbliche, sino a poter procedere anche alla loro assunzione attraverso specifiche votazioni".[321] Ne deriva pertanto che il referendum si presenta come istituto inverante un'intrinseca carica partecipativa, funzionalmente e deliberatamente introdotto dai padri costituenti al fine di consentire di innervare concretamente l'esercizio della sovranità popolare (nel quale, come si è avuto modo di osservare, si rinviene la vera matrice eziologica del sistema costituzionale complessivo),[322] incidendo profondamente sulla determinazione concreta dell'indirizzo politico.

Non v'è chi non veda, d'altra parte, come l'intrinseca carica partecipativa di cui è espressione il referendum, celi, utilizzando categorie dogmatiche proprie di Ernst Fraenkel, un'intima "valenza plebiscitaria", capace di trasformarlo "da rete di salvataggio quale in astratto era concepito, in fattore di destabilizzazione e di rottura del sistema".[323] E' proprio tale valenza, d'altra parte, che è alla base delle concezioni che contrappongono, all'opposto, referendum e democrazia rappresentativa, ritenendo non omologabile la carica fortemente identitaria espressa dal referendum nella normale dinamica parlamentare. Tale contrapposizione è alla base, ancora, della inveterata contrapposizione tra democrazia diretta (di cui il referendum sarebbe la rappresentazione-principe) e democrazia rappresentativa. Tuttavia, una matura riflessione in ordine all'innesto del referendum nella forma di governo, nell'ottica delle riflessioni avanzate dai padri costituenti, consente di pervenire all'affermazione per cui il referendum si inserisce positivamente nella dinamica della forma di governo, non solo poiché deve considerarsi espressione precipua del sistema rappresentativo – nelle cui logiche si inserisce e alle cui direttive si omologa – ma anche perché esso rappresenta una forma di controllo 'positivo' del sistema rappresentativo e della democrazia parlamentare, essendo diretto a prevenire gli abusi del parlamentarismo e le disfunzioni del sistema partitico.

---

senza il passaggio attraverso il filtro della rappresentanza. La presenza di un *referendum* legislativo, insomma, indica di per sé il rigetto di quelle dottrine e l'accettazione di un'idea ben diversa di democrazia." (*ivi*, pagg. 185s.).

[321] *Ivi,* pag. 38: "Il tratto essenziale del sottomodello rappresentativo-referendario, dunque, sta nel non prevedere soltanto le elezioni, ma anche la partecipazione istituzionale e non soltanto la comune partecipazione politica. La differenza tra le elezioni e gli istituti di partecipazione è radicale: con le prime il popolo manifesta consenso nei confronti di chi dovrà assumere le decisioni pubbliche e prepone alla carica i titolari di taluni organi; con i secondi si inserisce nel procedimento decisionale successivo alla costituzione della rappresentanza" (*ibidem*).

[322] Definisce l'introduzione del referendum abrogativo nella Costituzione "un fatto politico e un dato normativo di *eccezionale* novità e rilevanza, che paradossalmente viene sottovalutato, se non ignorato, da chi, come si è visto, si limita a constatare (ed eventualmente stigmatizzare) l'avarizia, la prudenza, la diffidenza dei costituenti" M. Luciani, (*ivi,* pag. 183).

[323] Id*., Introduzione* in AA.VV., *Referendum, op.cit.*, pag. 8; "ma soprattutto in Fraenkel la consapevolezza della complessa tessitura della democrazia matura faceva emergere l'idea della necessità che in quella si sviluppasse *una combinazione di elementi plebiscitari-identitari con elementi rappresentativi-pluralistici*" (*ivi,* pag. 5).

E infatti, come evidenziato correttamente da Mahrenholz,[324] il referendum non rappresenta "uno strumento di concorrenza permanente, ma *un mezzo di correzione puntuale della politica governativa*", allorquando il popolo esercita, nei confronti della rappresentanza parlamentare, una forma di intensificazione del controllo pubblico in un determinato ambito, verificando la capacità ricettiva del sistema dei partiti e la sua capacità di rappresentare adeguatamente le istanze popolari. Ne deriva pertanto che esso rappresenta "più uno strumento per *consolidare* che non per mettere in discussione la democrazia rappresentativa".[325]

In tale contesto, in chiave cioè di carica plebiscitaria sprigionata dal referendum, assai significative appaiono le considerazioni formulate da Antonio Baldassarre nel saggio "*Il <<referendum>> costituzionale*".[326] Distinguendo preliminarmente tre diverse forme di manifestazione del referendum operante a livello costituzionale (referendum costituente, referendum di revisione costituzionale e referendum sui poteri sovrani), e concentrando la propria attenzione sul referendum costituente, egli pone l'accento sulla distinzione fra 'legalità' e 'legittimazione', essenziale per una completa comprensione delle potenzialità del referendum costituzionale.

Innanzitutto, espone quattro teorie riferite al 'referendum costituente' (ossia il referendum "avente ad oggetto la scelta di una costituzione o di alcuni principi fondamentali e, comunque, inerente a un processo costituente, ora come unico atto formale di decisione, ora come atto concorrente con altri in funzione di indirizzo o di ratifica della decisione <<costituente>>"):[327] la prima fa capo a Calvino e alle prime teorizzazioni della sovranità popolare, nelle quali il momento della delega della sovranità ai rappresentanti non è mai scissa dal potere di controllo finalizzato a giudicare la persistente conformità dell'esercizio della sovranità da parte dei magistrati rispetto al mandato conferito. Idea questa che innerva alla base il funzionamento del sistema democratico nordamericano, nel quale convivono due diverse forme di emanazione del potere, l'una di derivazione parlamentare, l'altra popolare, nella quale la preminenza viene assegnata alla Costituzione in quanto atto derivante direttamente dal popolo. La seconda teoria, invece, secondo l'autore, vede quale proprio protagonista l'abate Sièyes, nel quale la Costituzione non viene più vista quale "forma giuridica fondamentale della comunità", venendo in realtà a significare solamente "l'istituzione dei pubblici poteri", regolando solamente l'articolazione del potere pubblico; in tale senso, la teoria del potere costituente viene privata dell'elemento prettamente

[324] E.G. Mahrenholz, *Referendum e democrazia, op. cit.,* pag. 21; più correttamente: "I referendum sono sempre e soltanto la *correzione puntuale dell'indirizzo politico complessivo*" (*ivi,* pag. 27).
[325] *Ivi,* pag. 31.
[326] A. Baldassarre, *Il <<referendum>> costituzionale* in *Quaderni costituzionali,* anno XIV, n. 2, 1994, pagg. 235 ss.
[327] *Ivi,* pag. 236.

democratico-popolare, collocando il potere costituente fuori dal circuito del consenso popolare e al di fuori di ogni possibilità di verifica, divenendo pertanto mero <<potere costituito>>. Nella terza forma, Carl Schmitt pone il potere costituente al servizio dell'idea di una democrazia plebiscitaria, nel quale il potere costituente diviene "il fondamento di giustificazione e la misura della legittimità del loro essere e del loro agire",[328] in cui il popolo agisce in piena libertà e autodeterminazione. In tale contesto, "il <<potere costituente>> […] si colloca totalmente sul versante della legittimazione in opposizione alla legalità, sul versante della identità contro quello della rappresentanza politica, sul versante dell'unità e dell'immediatezza di converso al pluralismo e alla mediatezza (del parlamentarismo)",[329] ponendosi in opposizione al principio della legalità.

Pur nelle diverse forme di cui il potere costituente è espressione, esso comunque deve sempre seguire, secondo l'autore, "i percorsi della <<legittimazione>>"; anche allorquando, infatti, esso si esprime seguendo i percorsi della legalità formal-costituzionale, "è [sempre] la legittimazione che parla attraverso la legalità", poiché, come ben spiega l'autore, "*l'accumulo di legittimazione* incamerato dalle procedure è talmente forte da sopravanzare il significato della conformità alla <<legalità costituzionale>> dei comportamenti messi in atto".[330] E' in tale contesto, d'altronde, cioè "sul versante della legittimazione"[331], che deve essere valutato anche l'innesto del referendum costituzionale nell'esercizio del potere costituente, essendo il medesimo portatore di "un corposo e ineliminabile significato plebiscitario".[332]

Non può invero esser negato, nella scia delle considerazioni svolte dal Baldassarre, che il referendum costituzionale si carichi di un plusvalore di legittimazione capace di trascendere ogni altro significato puramente formale, e racchiuso nel mero rispetto procedurale. In tal senso la scelta dei costituenti di prevedere il ricorso alla volontà popolare si spiega in ragione della necessità, ampiamente democratica, di prevedere che, nel caso di decisioni costituenti, possa essere verificato e accertato compiutamente l'attuale rispondenza delle scelte parlamentari al sentire popolare. D'altra parte, il consentire che il processo costituente si esplichi attraverso l'intervento del popolo è dato di fondamentale importanza nell'ottica – a lungo propugnata in Assemblea costituente, in particolare, da Costantino Mortati – di vestire di 'legittimità' il percorso costituente, legittimandolo agli occhi del popolo medesimo, cui si lascia la possibilità di mettere in moto l'anima intimamente 'oppositiva' radicata nel referendum costituzionale.

[328] *Ivi,* pag. 243.
[329] *Ibidem*
[330] *Ibidem*
[331] *Ivi,* pag. 247.
[332] *Ivi,* pag. 249.

E' innegabile pertanto che, raffrontato alle capacità oppositive del referendum abrogativo, il referendum costituzionale manifesti, come brillantemente osserva lo stesso autore, "*una potenzialità plebiscitaria superiore* a quello abrogativo di leggi ordinarie",[333] tale per cui non possono ritenersi applicabili al medesimo i limiti individuati dalla giurisprudenza costituzionale al suo utilizzo (tra cui quello dell'omogeneità). E' da tale maggiore potenzialità plebiscitaria del referendum costituzionale che occorre pertanto partire al fine di verificare se il medesimo possa essere assimilabile (per natura, funzione ed effetti) al 'potere negativo': ad esso infatti si accomunano l'essere il referendum costituzionale espressione di una maggioranza popolare e gli effetti di <<arresto>> della procedura di modifica costituzionale che vengono ad essere creati. La differenza risiede invece nel fatto che non esiste alcun organo 'rappresentativo' del popolo (o agente per esso) essendo esso chiamato ad esprimersi nel corso di una procedura referendaria, privo di una figura istituzionalizzata. Per il resto, la capacità del referendum costituzionale di incidere sulla determinazione dell'indirizzo politico unitario è fortissima, come peraltro emerge dalla lettura delle conseguenze derivanti dai risultati dei referendum costituzionali del 2006 e del 2016, che hanno comportato gravi ripercussioni politiche – a conferma della pregnante carica interdittiva mostrata dal referendum.

E non v'è chi non veda come, nel caso del referendum costituzionale, tale 'valenza plebiscitaria' si manifesti probabilmente al suo massimo grado: e non solo perché l'intervento popolare si esplica sul testo costituzionale (seppur modificando) ma anche perché si permette ad una piccola minoranza qualificata, anche in assenza di rappresentatività, di incidere su una decisione parlamentare, ponendola nel nulla – differentemente da quanto accade nel referendum abrogativo laddove il corpo elettorale è chiamato a pronunciarsi in merito all'abrogazione di una legge ordinaria (seppur perfetta e pienamente efficace), subordinando l'abrogazione del testo legislativo al superamento della soglia di partecipazione del 50% degli aventi diritto e all'espressione della maggioranza favorevole. Nel caso del referendum costituzionale, pertanto, il cd. <<tasso di plebiscitarietà>> del referendum si carica di connotati ancora più intensi, assumendo dimensioni potenzialmente di radicale contrasto all'espressione dell'indirizzo parlamentare, verificandosi una vera e propria <<torsione plebiscitaria>> del referendum, in cui le connotazioni 'negative' dell'istituto possono tradursi in espressione di "forte interdittività" del potere 'positivo', tali da assumere le connotazioni di un vero e proprio "potere negativo" – riecheggiando le potenzialità dell'intercessio tribunizia, capace di bloccare qualsiasi manifestazione dei pubblici poteri, ponendosi, anch'esso, fra la loro perfezione e la piena efficacia del testo legislativo.

[333] *Ivi,* pag. 259.

Potenzialità interdittiva del referendum costituzionale di cui era cosciente anche il Mortati, il quale, nel celebre discorso del 3 settembre 1946, faceva riferimento ad un 'lato negativo' del ricorso al popolo, quale facoltà "di introdurre un *elemento di disarmonia nell'unità dell'indirizzo politico"*.[334]

Non è un caso pertanto che la dottrina più autorevole si sia riferita al referendum costituzionale, accogliendone la tesi della natura oppositiva, come una forma di 'veto popolare', essendo proprio tale enunciazione quella che maggiormente rispecchia la funzionalità del referendum costituzionale, dal momento che, in tal caso, l'intervento del corpo elettorale impedisce l'entrata in vigore della deliberazione parlamentare, impedendone la promulgazione da parte del Capo dello Stato: "specie di fronte ad interventi riformatori che stravolgano la Costituzione vigente, la decisione popolare di disapprovarli si presenti come una sorta di *veto popolare* a garanzia del mantenimento dei principi costituzionali, dei quali potenzia la resistenza".[335]

3. Referendum costituzionale e <<potere costituente>>: differenze con il referendum abrogativo

Non appare eludibile, a tal punto, un raffronto con il concetto del <<potere costituente>>. Non v'è chi non veda, in effetti, come il procedimento di revisione costituzionale – e, in esso, il referendum costituzionale, che ne è parte facoltativa ed eventuale – possa dirsi espressione del <<potere costituente>>, ossia di quel potere che "non opera sul piano della legalità, ma piuttosto della *legittimazione*".[336] E' proprio la <<potenzialità costituente>> espressa dal referendum costituzionale – ossia il fatto che il referendum costituzionale può colorarsi di tinte 'costituenti', essendo l'espressione della volontà popolare su temi fondativi del patto costituzionale –, infatti, che consente di pervenire, nel raffronto con il referendum abrogativo, a conclusioni in parte diverse per il referendum costituzionale, potendosi parlare per esso di un <<plusvalore di legittimazione politica>>.

---

[334] C. Mortati, Relazione del 3 settembre 1946, Resoconto sommario, *op.cit.,* pag. 895.

[335] M. Luciani., *Art. 75 Cost.,* pag. 6s. Parla di "veto popolare" anche Sergio P. Panunzio, *Il metodo e i limiti della revisione costituzionale*, *op.cit.*, pag. 340: "Nel procedimento *ex* art. 138 […] è improprio trasferire le logiche elaborate dalla Corte a proposito della necessaria omogeneità del referendum abrogativo […] anche al referendum *ex* art. 138, che ha natura assai diversa: infatti questo non è un atto <<con forza di legge>> avente ad oggetto *specifiche disposizioni* individuate dai promotori, ma è un atto (non normativo) che ha per oggetto l'*atto legislativo* quale è stato confezionato dalle Camere (la legge costituzionale nel suo insieme); è una sorta di *veto popolare* [c.m.] che colpisce la legge in blocco, senza distinzioni interne".

[336] Sergio P. Panunzio, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia, op.cit.,* pag. 130.

In tale visione, occorre, innanzitutto, partire dal concetto di <<potere costituente>>. Particolarmente interessante, in tal senso, appare la definizione del concetto di <<potere costituente>> data da Ernst-Wolfgang Bockenforde: "il potere costituente è quella forza e autorità (politica) in grado di creare, sostenere e superare la costituzione nella sua pretesa di validità normativa".[337] Il 'potere costituente' pertanto è un concetto che appare originario rispetto all'idea di Costituzione e fondativo della medesima in termini di legittimazione, sprigionante un'intensa carica creatrice del proprio destino. Tale carica del potere costituente, pur di per sé assoluta e illimitata, deve tuttavia essere canalizzata in forme particolari di esercizio, come ordina la Costituzione, allorchè, all'art. 1, prevede che <<La sovranità popolare appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei modi previsti in Costituzione>>. La circoscrizione di tale forza 'leviatanica', ossia l'obiettivo di "canalizzare il potere costituente senza tuttavia disinnescarlo",[338] può essere raggiunto, secondo l'autore citato, in diversi modi, quali la distinzione e la delimitazione tra poteri costituiti e potere costituente (che si raggiunge attraverso il potenziamento della validità normativa della costituzione, riconoscendo in un tempo un potere supremo di legittimazione in capo al popolo, in cui si rispecchia l'"entità politica reale" che è alla base del concetto del potere costituente, limitandone tuttavia un'azione modificatrice del testo costituzionale solamente a situazioni eccezionali) o la previsione di procedure democratiche serventi rispetto all'esecuzione delle decisioni del potere costituente. E' importante inoltre sottolineare, in tale ottica, riconosciuta la naturale *politicità* del potere costituente, l'ottica di 'legittimazione' nella quale viene inserito l'istituto, la quale comporta che la titolarità del potere costituente non possa che essere riconosciuta se non al popolo: "*il potere costituente è potere costituente del popolo*".[339]

Accanto a tali due vie, vi è, secondo l'autore, un terzo modo di canalizzazione delle espressioni del 'potere costituente', rappresentato dal "dischiudere al popolo disorganizzato poteri di influenza *nei limiti* della costituzione".[340] In tal modo il popolo, approfittando delle possibilità che gli vengono concesse, "<<vive>> la costituzione e rinnova la sua legittimazione nel consenso attualizzato",[341] utilizzando a tal fine i poteri e le libertà (di riunione, di stampa e di opinione

[337] E.-W. Bockenforde, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale,* in AA.VV., *Il futuro della Costituzione,* (a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther), Einaudi, Torino, 1996*,* pag. 234; in ordine alla pretesa politicità del concetto di 'potere costituente', l'autore osserva che esso "deve essere concepito anche come e*ntità politica reale*, che fonda la validità normativa della costituzione. Come tale, non può certo sussistere all'interno o sulla base della costituzione, ad esempio come un <<organo>> da essa creato, ma deve preesistere alla costituzione e ai *pouvoirs constituès* da essa delimitati e regolati. Proprio in questa *pre- e sovraordinazione* (c.m.) rispetto ai *pouvoirs constitués* vi è la pecularietà del potere costituente" (*ibidem*).
[338] *Ivi,* pag. 241.
[339] *Ivi,* pag. 236.
[340] *Ivi,* pag. 244.
[341] *Ibidem.* Appare opportuno sottolineare come tale tesi di un potere costituente costantemente rinnovantesi nell'applicazione quotidiana della Costituzione non sia da tutti condivisa. In particolare il Mortati (*Concetto, limiti,*

pubblica) che gli vengono concesse dall'ordinamento nonché gli spazi propriamente giuridici di influenza sulla determinazione dell'indirizzo politico unitario mediante la possibilità di esprimersi in votazioni, elezioni e referendum.[342] E' d'altra parte questa la strada prescelta dalla Costituzione italiana, la quale non nega al popolo la sua capacità di espressione, ma ne regolamenta il potere costituente concedendogli poteri di influenza sulla determinazione dell'indirizzo politico unitario, sia attraverso la scelta dei propri rappresentanti, sia attraverso la partecipazione agli istituti referendari, e in particolare, al referendum costituzionale. D'altra parte non è pensabile un concetto di 'potere costituente assoluto', dal momento che un potere assoluto, come tale, non è costituzionalizzabile, e, soprattutto, "un certo grado di costituzionalità, ossia di esclusione di un potere fungibile o di un puro e semplice arbitrio, è già pensato e presupposto nel concetto di potere costituente",[343] essendo lo stesso comunque espressione di una volontà costituente.

Sulla scia delle considerazioni ora svolte, al fine di comprendere se il referendum costituzionale possa ritenersi manifestazione diretta o indiretta del 'potere costituente' da parte del

---

procedimento della revisione costituzionale, originariamente pubblicato in *Studi di diritto costituzionale in onore di Luigi Rossi,* pagg. 377-415, ora in C. Mortati, *Raccolta di scritti,* Giuffrè, Milano, 1972, pag. 14*)* opera una differenziazione tra i concetti di potere costituente e revisione costituzionale, ritenendo che "mentre il potere costituente si esaurisce nell'atto stesso della formazione della costituzione, quello di revisione si svolge nel tempo, a periodi intermittenti, via via che si manifesta il bisogno degli adattamenti"; ne deriva che l'autore limita l'operatività del 'potere costituente' alla sola fase iniziale della costituzione, alla sua materiale stesura, lasciando invece al potere 'costituito' di revisione costituzionale l'onere di consentire gli adattamenti del testo costituzionale, in ciò, sposando la teoria gradualistica delle norme cara a Kelsen, privando di ogni carattere 'costituente' l'intervento del popolo nella fase del procedimento di revisione; osserva infatti l'autore – paragonando i rapporti fra procedimento di revisione costituzionale e potere costituente ai rapporti fra fonti sub-legislative (decreti legislativi e decreti-legge) a legislative – che "Il fatto che il potere costituente, per la necessità derivante dalla temporaneità della sua durata in vita, non delega ma *trasferisce* il potere di modificare le norme da esso poste, non altera la situazione di *derivazione* dell'una dall'altra, il rapporto fra le medesime di primario e di secondario, di condizionante e di condizionato" (*ivi,* pag. 13), fra potere autolimitantesi e potere etero-limitato.

[342] Da tale punto di vista non si condivide il pensiero del Bockenforde laddove distingue fra 'popolo organizzato' e 'popolo disorganizzato' laddove – distinguendo fra un popolo disorganizzato che sfrutta le libertà di riunione, di stampa e di opinione pubblica concessagli e un popolo organizzato che si esprime invece come cittadinanza attiva – ritiene che il popolo organizzato sia "organo costituzionale (*pouvoir constituè*) e [sia] subordinato alla costituzione", mentre il popolo disorganizzato sia "il detentore del *pouvoir constituant* e sovrano" (*ivi,* pag. 246). E in effetti, come in realtà riconosce lo stesso autore (laddove afferma che il popolo come organo e il popolo come sovrano "non si lasciano reciprocamente separare come se fossero due entità realmente distinte [:] entrambi in definitiva non sono altro che lo stesso <<popolo>>" (*ivi,* pag. 244) –, non si può realmente distinguere fra il popolo che si esprime quale 'corpo elettorale' (e non quale organo statale) e il popolo inteso come moltitudine disorganizzata, essendo in realtà due espressioni della stessa realtà, non potendosi pertanto riconoscere al popolo natura di potere costituente solo quando non esercita i suoi poteri attivamente, perché proprio in tale contesto, e prova ne sia proprio il referendum costituzionale, esso esprime in termini di legittimazione politica la sua forza più intima.

[343] *Ivi,* pag. 248. Non del tutto incondivisibilmente l'autore nel testo cita il pensiero di Sièyes, nel suo individuare la nazione quale soggetto del potere costituente, con ciò volendo fare riferimento non ad un'entità astratta ed empirica ma alla "totalità cosciente del popolo elevatosi nella consapevolezza di sé come soggetto politico" (*ibidem*), essendo essa pensata come "la volontà comune (*volontè generale)* nel senso di Rousseau"; in tale ottica non appare errato immaginare un collegamento tra l'idea della 'sovranità della nazione' di Sièyes e il principio della volontà generale caro a Rousseau solo però se entrambi i concetti siano vivificati da un'utilizzazione concreta del termine 'popolo'. Ottica diversa appare invece quella scelta da P. Haberle (*Potere costituente* in *Enciclopedia giuridica Treccani,* 2000, pagg. 1ss., il quale al popolo della concezione rousseauiana sostituisce la <<sovranità del singolo cittadino>>: "la democrazia è la <<sovranità del cittadino>> e non del popolo in senso rousseauiano: non c'è un ritorno a J.-J. Rousseau: la *democrazia dei cittadini* è più realistica della democrazia del popolo".

popolo, occorre interrogarsi sulla sua matrice costituzionale, e, in particolare, sulla ragione per la quale l'istituto è stato inserito nella Sezione II ("Revisione della Costituzione – Leggi costituzionali") del Titolo VI della Carta costituzionale, intitolato "Garanzie costituzionali". In merito, appare essenziale prendere le mosse da un interessante saggio di Serio Galeotti.[344] Nel medesimo l'autore, dopo aver definito il concetto di <<garanzia costituzionale>>, nel suo significato oggettivo, quale espressione designante "tutti quei meccanismi giuridici di sicurezza che l'ordinamento costituzionale preordina al fine di salvaguardare e difendere l'integrità del suo valore normativo, cioè la sua stessa esistenza",[345] individua quali suoi elementi logici: a) l'esistenza di un interesse da difendere (ossia il fine, l'oggetto della garanzia costituzionale); b) la previsione del pericolo incombente sull'interesse; c) la predisposizione di un apprestamento o congegno di sicurezza posto a difesa del portatore dell'interesse (congegno cui spetta propriamente, rileva l'autore, per una sineddoche dell'espressione, il termine di <<garanzia>>, cui invece, in un significato più ampio, sono ricondotti anche l'interesse o il fine della garanzia e il pericolo).

L'interesse della garanzia costituzionale (ossia l'oggetto da difendere) viene individuato dall'autore nell'"interesse alla regolarità costituzionale" o nell'"interesse alla costituzionalità",[346] in tal modo facendo riferimento alla necessità che l'essere della vita costituzionale si svolga in riferimento al dover essere (al suo Sollen, per utilizzare terminologie care a Hans Kelsen) della Costituzione – intesa quale documento cui è conferita forma scritta e che si è dotato di un procedimento di revisione costituzionale –, al fine di conservarne integra la validità normativa e la piena efficacia. Ne deriva che, essendo il procedimento di revisione costituzionale uno degli elementi essenziali del presupposto del concetto di 'garanzia costituzionale' (cioè, uno degli elementi essenziali della stessa Costituzione intesa in senso rigido), non può ad esso, contraddittoriamente, assegnarsi il termine di 'garanzia costituzionale'.[347] Accanto all'interesse

[344] *Garanzia costituzionale,* in *Enciclopedia del diritto,* XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pagg. 490ss.
[345] *Ivi,* pag. 491; più oltre specifica: "Dovunque ricorre genericamente un fenomeno di garanzia si riscontra la presenza di un congegno o meccanismo preordinato alla tutela di un interesse, di cui s'avverte la precarietà e l'insicurezza, di fronte al pericolo ch'esso sia compromesso da attività od eventi diversi" (*ivi,* pag. 492).
[346] *Ivi,* pag. 494. Per interesse alla 'regolarità costituzionale' l'autore vuole intendere "un interesse di sintesi e di chiusura , in cui si riassumono e convergono tutti gli interessi sostantivi e strumentali che già l'ordinamento abbia ritenuto, e che ancora possa ritenere nel suo sviluppo, come degni di tutela". L'ultimo approfondimento e la più avvertita specificazione delle esigenze di tutela e di protezione dell'ordinato vivere sociale, cui intende corrispondere l'ordinamento giuridico tecnicamente evoluto di una società libera e democratica, conduce appunto all'enucleazione di questo interesse" (*ibidem*).
[347] "[…] sarebbe infatti intimamente contraddittorio che lo stesso istituto, che si pone come elemento di un presupposto del concetto di garanzia costituzionale, possa al tempo stesso integrare questo concetto nella sua pienezza; ovviamente le due tesi non possono essere vere simultaneamente, e poiché sembra incontestabile l'esattezza della prima, per cui la nozione di garanzia costituzionale presuppone l'esistenza della costituzione in senso formale o rigida (che a sua volta implica come suo necessario requisito l'istituto della <<revisione della costituzione>>), non può conseguentemente essere vera la seconda tesi, per cui la revisione costituzionale integrerebbe, *per se stessa,* una figura di garanzia costituzionale" (*ivi, p*ag. 495, c.m.); si è sottolineato in corsivo l'inciso 'di per se stessa' poiché l'autore riconosce,

costituzionale, deve essere tutelato anche la sfera di valori che rappresenta il tessuto connettivo della stessa costituzione, che l'autore individua nella difesa della persona umana, e in primis, nel principio dell'inviolabilità della dignità umana, di cui sono corollari il principio dell'eguaglianza di tutti i cittadini e il principio della sovranità popolare, e, specificamente, il "principio dell'*appartenenza e dell'inerenza permanente al popolo del potere costituente*, manifestazione primaria ed essenziale della sovranità".[348] E' interessante sottolineare pertanto come la necessità della garanzia costituzionale sorga anche dalla necessità di difendere il nucleo del principio della sovranità popolare, e in particolare il principio dell'appartenenza del potere costituente al popolo dal rischio che il medesimo possa esser risucchiato ed assorbito nell'ordinaria applicazione dei 'poteri costituiti', appiattendosi al livello della legislazione ordinaria e perdendo pertanto le sue intrinseche caratteristiche; ne discende che garantire la persistente differenza e diversificazione tra potere costituente e poteri costituiti equivale a garantire, in nuce, la stessa essenza del principio della sovranità popolare, e, in ultimo, la stessa democraticità del sistema politico complessivo.

In ordine alla sussistenza del 'pericolo' che possa compromettere l'interesse alla regolarità costituzionale, esso deve ricercarsi nell'eventualità di violazioni della Costituzione, e, per riflesso, nell'individuazione degli operatori costituzionali da cui il pericolo può scaturire; in particolare, tale "nucleo di materie comune e costante in cui deve ravvisarsi il contenuto essenziale ed immancabile delle attività costituzionalmente pericolose contro cui si erige la barriera delle garanzie costituzionali […] va identificato [secondo l'autore] in quelle funzioni dell'*imperium* statuale che costituiscono espressione primaria ed immediata del potere sovrano".[349] Ora, tale affermazione del Galeotti consente di rinvenire un aggancio concreto e puntuale anche alle considerazioni precedentemente svolte, sottolineando come la difesa della regolarità costituzionale, e, in ultimo, come si è visto, dello stesso principio della sovranità popolare, trovi nelle funzioni della macchina statale – ove ovviamente la stessa venga concepita quale soggetto autonomo e distinto rispetto al popolo e al potere sovrano da esso espresso –, e, pertanto, negli organi statali, e in primis, nell'organo titolare della funzione legislativa (essendo l'attività immediatamente subordinata alla

---

come si vedrà oltre, invece la qualifica di 'garanzia costituzionale', nel procedimento di revisione, al referendum costituzionale.

[348] Scrive infatti l'autore che soltanto se alla base dell'ordinamento sussista una *Grundnorm,* cioè una concezione fondamentale dei valori politici che, per dirla sinteticamente, possa rappresentarsi come personalistica e democratica, solo allora si porrà e resterà ferma logicamente quella separazione tra potere costituente popolare e poteri costituiti che è l'*implicazione necessaria* del sorgere di istituti di garanzia costituzionale; solo in tal caso infatti restano preclusi l'assorbimento e la commistione del potere costituente popolare, nell'orbita e nel dominio dei poteri costituiti, e solo su tale presupposto, può risultare concretamente impedito quell'appiattimento reale ed effettivo della costituzione e delle sue norme al livello delle norme del legislatore ordinario che si verifica fatalmente là dove la costituzione rigida resta senza il coronamento di garanzie costituzionali" (*ivi,* pag. 497).

[349] *Ivi,* pag. 501.

Costituzione e, dunque, quella "potenzialmente più prossima a violarla"),[350] il reale 'pericolo' incombente, e dalle quali il popolo, quale fonte della sovranità, deve essere protetto.

Suggestive considerazioni vengono avanzate dall'autore anche in relazione alla terza componente della 'garanzia costituzionale', quella propriamente concernente la struttura della garanzia costituzionale, ossia il congegno di sicurezza, il cui minimo comun denominatore viene individuato dal Galeotti – pur potendosi mutevolmente esprimere in varie forme, passando da una pronuncia dichiarativa (come la pronuncia d'incostituzionalità) a una costitutiva o, infine, anche a un semplice comportamento inattivo dell'organo di garanzia che raggiunga comunque il fine di impedire il perfezionamento giuridico e l'integrazione dell'efficacia dell'atto incostituzionale (caso cui l'autore riconnette il veto sospensivo espresso dal Presidente della Repubblica)[351] – nella "obbiettiva sua idoneità ad operare *in senso antagonistico* rispetto alla fattispecie costituzionalmente lesiva".[352] Si pone pertanto in luce come l'aspetto essenziale della garanzia costituzionale intesa come congegno di sicurezza della normativa costituzionale risieda nella sua capacità oppositiva e interdittiva, e pertanto 'negativa' (nell'accezione sposata in tale elaborato), rispetto alla fattispecie ritenuta pericolosa. Ciò sia detto dal punto di vista 'oggettivo' della garanzia costituzionale, ossia dal punto di vista della concreta funzionalità.

Passando invece al soggetto istituzionale in cui si incarna la garanzia costituzionale, ossia nel "portatore, non meramente occasionale, bensì istituzionale, dell'interesse alla regolarità costituzionale",[353] esso si caratterizza, in particolare, per la posizione di separazione rivestita nei confronti delle istituzioni potenzialmente più pericolose per la regolarità costituzionale, nonché, quando essa rientri nell'organizzazione autoritaria, per la presenza di un vincolo giuridico ad esercitare il potere di attuare la misura antagonistica. Invece, sottolinea l'autore,

> Quando tuttavia il supporto subbiettivo di una misura idonea alla garanzia costituzionale si ritrovi nel popolo, come corpo dei cittadini titolari del diritto di voto (per un'applicazione possibile della figura, v. il *referendum* d'approvazione della legge di revisione, di cui all'art. 138 cost.) la posizione di

[350] *Ibidem*
[351] *Ivi,* pag. 507. Anche se, a ben vedere, nel caso di specie non appare ricorrere un esempio di 'comportamento inattivo', dal momento che il rinvio alle Camere delle leggi da parte del Presidente della Repubblica configura pienamente un comportamento 'attivo', seppur di stampo oppositivo-impeditivo rispetto alla deliberazione parlamentare; la semplice inerzia, infatti, non produrrebbe, ex se, lo stesso effetto.
[352] *Ibidem*
[353] *Ivi,* pag. 507s.: "Solo se in tale soggetto od organo è dato riconoscere un portatore, non meramente occasionale, bensì istituzionale, dell'interesse alla regolarità costituzionale, potrà dirsi realizzata (nel collegamento del dato obbiettivo, della misura di garanzia, a questo altro dato, subbiettivo, attinente alla posizione del subbietto titolare del potere di attuarla) la predisposizione del congegno o meccanismo di garanzia, cioè della garanzia costituzionale nella sua struttura".

portatore originario dell'interesse alla regolarità costituzionale è in *ipsa persona populi,* come potere costituente, né abbisogna di essere particolarmente costruita dall'ordinamento.[354]

Si evince, da tale prospettazione, come nel caso in cui sia il popolo a doversi esprimere quale soggetto portatore dell'interesse alla regolarità costituzionale, esso non abbisogni di alcun vincolo giuridico per esercitare il potere di dare attuazione al congegno di sicurezza della garanzia costituzionale, rappresentando esso stesso il *soggetto originario portatore* dell'interesse alla regolarità costituzionale, nel quale si esprime la stessa potestà costituente, non essendovi altro organo, in tale ipotesi, in grado di rappresentarlo. E non è certo un caso, in tale prospettiva esegetica, che l'autore faccia riferimento, come possibile caso di applicazione della figura, all'istituto del referendum costituzionale – e non al referendum abrogativo, cui invece non può annettersi tale capacità di incidere sull'interesse alla costituzionalità – in esso rinvenendosi la capacità esplicativa più alta di espressione del potere popolare quale potere costituente.

E infatti, volendo analizzare le differenze fra il referendum previsto dall'art. 138 Cost. e quello previsto dall'art. 75 Cost., occorre osservare, in primis, che, sul piano essenzialmente ontologico, il referendum costituzionale "*non è un referendum abrogativo*",[355] nel senso che mentre il referendum abrogativo prevede l'abrogazione, <<totale o parziale>>, di una legge o di un atto avente valore di legge, avendo come riferimento specifiche disposizioni legislative, il referendum costituzionale si esprime unicamente sull'atto legislativo nel suo complesso, ossia sull'intero testo costituzionale modificando votato da entrambe le Camere, manifestandosi come *"una sorta di veto popolare che colpisce l'atto normativo in blocco*" (non avendo infatti ad oggetto singole disposizioni legislative),[356] "nella totalità inscindibile dei suoi contenuti normativi determinati liberamente dal Parlamento".[357] Dall'accennata diversificazione ontologica discende che non è

[354] *Ivi, p*ag. 508. Sottolinea inoltre l'autore come tale riconoscibilità quale garanzia costituzionale non possa essere concesso al referendum abrogativo di cui all'art. 75 Cost.; scrive infatti l'autore: "Diversa sembra invece la funzione cui corrisponde il *referendum a*brogativo, previsto dall'art. 75 cost.; configurato come controllo successivo ed eventuale sulla legge ordinaria, per di più congegnato come un mezzo di complessa esperibilità (in quanto condizionato al giudizio di ammissibilità da parte della Corte costituzionale), il *referendum a*brogativo viene ad affiancarsi, nella varia strumentazione dei controlli sulle disfunzioni legislative, ad altro controllo, anch'esso successivo ed eventuale, ma specificamente ordinato a giudicare la legittimità costituzionale della legge, quale è il controllo della Corte costituzionale in via incidentale […] Sicchè, il *referendum* abrogativo sembra chiaramente ordinato alla tutela di altra esigenza da quella dell'interesse alla regolarità costituzionale, e cioè, all'esigenza di *verificare la corrispondenza di una legge già vigente alla mutevole dinamica degli interessi sociali ch'essa intende proteggere"(ibidem,* nota n. 47).
[355] S. Panunzio, *op. cit.,* pag. 159ss.
[356] *Ivi,* pag. 161.
[357] *Ivi,* pag. 160. Precisa l'autore (*ivi,* pag. 160s.) che "il referendum dell'art. 138 non è un atto normativo; esso non ha per oggetto specifico delle particolari disposizioni scelte da chi promuove il referendum, ma invece l'atto legislativo (con tutte le disposizioni in esso racchiuse) quale è stato confezionato dal Parlamento […]. In questo caso, dalla

possibile applicare al referendum costituzionale logiche proprie del referendum abrogativo per il relativo giudizio di ammissibilità. In particolare non appaiono applicabili i criteri di omogeneità richiesti invece dalla giurisprudenza costituzionale per l'ammissibilità del referendum abrogativo.

Sul punto, tuttavia, appare opportuno sottolineare la diversità delle ipotesi ermeneutiche sussistenti in dottrina. Parte della dottrina (e fra questi, con particolare vigore, Alessandro Pace),[358] infatti, ritiene che la legge di revisione costituzionale non possa non avere un contenuto necessariamente omogeneo, pur rilevando tuttavia come la legge di revisione costituzionale Renzi-Boschi mostri un contenuto invero del tutto disomogeneo, allorchè prevede modificazioni innestantisi su: <<superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, la soppressione del CNEL e la riforma del titolo V della parte II della Costituzione>>. Ribadendo tesi in realtà già espresse in un precedente saggio pubblicato nel 1995, l'autore evidenzia come il carattere dell'omogeneità del quesito sia carattere essenziale onde permettere al singolo cittadino l'espressione di un voto consapevole e libero. L'assenza infatti di una matrice razionalmente unitaria, non consentendo l'espressione di un voto puntuale e specifico su una determinata questione, coarterebbe il cittadino nella sua libertà di voto, costringendolo a esprimersi in modo favorevole o sfavorevole non già alla questione postagli, ma alla maggioranza di governo da cui quella proposta perviene, assumendo pertanto il suo voto "*un significato meramente "politico", essenzialmente plebiscitario*".[359] Rileva inoltre l'autore, in tale prospettiva, come sarebbe ben strano che un requisito richiesto per il referendum abrogativo non fosse invece richiesto per il referendum costituzionale, ritenendo inconcepibile che se, nell'un caso, il necessario rispetto del criterio dell'omogeneità è stato posto dalla Corte Costituzionale a difesa dei principi della sovranità popolare e della libertà di voto, nell'altro invece tali principi, consentendo una formulazione anche disomogenea del quesito, possano essere pretermessi.[360]

Altra parte della dottrina, invece, non concorda con la tesi della necessaria omogeneità del quesito referendario posto sulla legge di revisione costituzionale, criticando proprio la tesi sposata da Pace. In particolare, Sergio Panunzio rileva invece l'opportunità che, su temi di tal complessità, si abbiano riforme <<organiche>>, e non semplicemente puntuali, rendendosi necessarie,

---

Costituzione è offerta al popolo la possibilità di pronunciarsi sull'atto nel suo complesso, e non su parti del testo o su singole disposizioni scelte dai richiedenti: è una sorta di veto popolare che colpisce l'atto normativo in blocco."

[358] In ultimo in *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali* in *Giurisprudenza costituzionale,* 2015, fascicolo VI, pagg. 2303ss.

[359] *Ivi,* pag. 2306.

[360] "Sarebbe anzi ben strano che ciò che vale per il "meno" (il referendum abrogativo delle leggi ordinarie) non debba valere per il "più" (il referendum sulle leggi di revisione costituzionale)" (*ivi,* pag. 2307).

nell'operarsi riforme di tale complessità, toccare anche punti ancillari rispetto a quello principale.[361] Rileva inoltre l'autore che la pretesa applicabilità anche al referendum costituzionale del limite dell'omogeneità, previsto dalla Corte Costituzionale in relazione al solo referendum abrogativo, vorrebbe dire trasferire illegittimamente logiche proprie del referendum abrogativo a un istituto diverso, dal momento che non si esprime su specifiche disposizioni legislative, avendo per converso ad oggetto l'atto normativo nel suo complesso.

4. La fase <<esperenziale>> del referendum costituzionale: l'arresto del procedimento deliberativo e i suoi effetti sulla dinamica costituzionale: manifestazione di 'potere negativo'?

Seguendo lo schema tracciato da Roberto Romboli,[362] possono essere distinte quattro fasi nell'esperienza dell'istituto del referendum costituzionale. La prima, riguardante il periodo temporale tra l'anno 1948 e il 1969, è caratterizzata, in particolare, dall'assenza di applicazioni pratiche dell'istituto, non essendo ancora stata varata una legge ordinaria di attuazione del referendum; la seconda, comprendente il ventennio fra il 1970 e il 1992, è caratterizzata anch'essa da una mancata utilizzazione dello strumento referendario, pur essendo stata promulgata la legge applicativa del referendum, la l. n. 352 del 1970, e da modifiche del testo costituzionale approvate con la maggioranza dei due terzi, rifuggendosi da approvazioni a sola maggioranza assoluta, con utilizzo dello strumento referendario; la terza, riguardante il periodo temporale fra il 1993 e il 2000, caratterizzata in particolare dalla previsione, attraverso le leggi costituzionali n. 1 del 1993 e n. 1 del 1997, di procedimenti speciali in deroga alla procedura prevista dall'art. 138 Cost.

Nella l. cost. n. 1/'93 il referendum costituzionale veniva previsto non già come eventuale e facoltativo, bensì come necessario e obbligatorio; nella l. cost. n. 1/'97 invece il referendum costituzionale è sempre previsto come necessario e obbligatorio, ma a ciò si aggiunge anche il fatto che esso deve essere 'unico' sull'intera riforma, richiedendosi contestualmente la partecipazione al voto della maggioranza degli aventi diritto. Tali differenti caratteristiche (necessarietà,

[361] L'autore (S. Panunzio, *Le vie e le forme.,* op. cit., pag. 140) fa l'esempio della modifica della forma di Governo, affermando: "se si dovesse modificare la forma di Governo in senso presidenziale sarebbe assai opportuno, se non indispensabile, rafforzare *contemporaneamente* il sistema delle autonomie e lo statuto dell'opposizione parlamentare", non condividendo l'impostazione di Pace circa la "naturale immodificabilità delle costituzioni".

[362] R. Romboli*, Il referendum costituzionale nell'esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell'art. 138 Cost.,* in *Rivista AIC, 2007, pagg. 93 ss.*

obbligatorietà e previsione di un quorum di validità) dei referendum costituzionali previsti dalle due leggi costituzionali comportano una mutazione del referendum costituzionale che, da referendum di tutela delle minoranze, intrinsecamente 'oppositivo', diviene invece referendum 'confermativo' della determinazione politica presa dalla maggioranza dei rappresentanti, assurgendo al ruolo di elemento costitutivo della procedura costituzionale; nel richiedere pertanto un'ulteriore approvazione del testo, "una sorta di "sanzione regia"",[363] il referendum viene ad assumere inevitabilmente "natura e carattere plebiscitari, in quanto strumentale ad una gestione autoritaria del potere di governo".[364]

L'impostazione, in particolare, sposata dalla legge costituzionale n. 1 del 1997 ha trovato ampie critiche in dottrina. Gianni Ferrara, fra gli altri autori che si espressero contrariamente alla scelta della procedura costituzionale derogatoria, indicò cinque elementi di criticità della medesima legge; fra questi, in particolare, rilevava che la legge costituzionale, prevedendo la modificabilità a maggioranza assoluta delle norme costituzionali, ne riduceva la rigidità costituzionale, espungendo la possibilità di approvazione dei due terzi del plesso parlamentare, sottoponendo automaticamente a referendum confermativo l'atto finale del procedimento; in secondo luogo, tale normativa finiva per compattare in una sola legge modifiche riguardanti l'intera seconda parte della Costituzione, incidendo sulla volontà di libera determinazione del popolo. In tal modo, osservava Ferrara, il referendum costituzionale veniva completamente snaturato, trasformandosi inopinatamente "da appello al popolo da parte delle minoranze, parlamentari o popolari, in *strumento di ratifica plebiscitaria, indistinta e prefigurata*, delle decisioni già assunte con la forza della maggioranza parlamentare".[365]

Solamente nella quarta fase della sua esperienza, comprendente il periodo dal 2001 al 2016, il referendum costituzionale ha visto le sue prime applicazioni pratiche, solo la prima delle quali risoltasi con il voto favorevole della maggioranza del corpo elettorale. La prima applicazione pratica dell'istituto si ebbe nel referendum tenutosi in data 7.10.2001, dopo che l'allora maggioranza di centro-sinistra approvò, con soli tre voti di scarto alla Camera, la l. cost. 1/2003, la quale, rispecchiando gli indirizzi emersi nel corso dei lavori della Commissione D'Alema, modificava l'intero titolo V della Costituzione (concernente l'ordinamento degli enti locali); sottoposta a referendum costituzionale, la legge costituzionale fu approvata dalla maggioranza degli

[363] *Ivi,* pag. 103.
[364] *Ibidem*
[365] G. Ferrara, *La revisione come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della commissione bicamerale,* in *Politica del diritto,* anno XIX, n. 1, marzo 1998, pagg. 97s. considerazioni che inducono l'autore a ritenere che si fosse in presenza di un'"ipotesi di frode alla Costituzione, realizzando un uso illegale di un potere legale" (*ivi,* pag. 98).

elettori, sebbene alla consultazione referendaria partecipò solamente il 34,1% degli aventi diritto, realizzando la riforma più consistente mai avvenuta del testo costituzionale. Esito diverso ebbe invece il referendum costituzionale tenutosi nel 2006, in seguito all'approvazione da parte della maggioranza parlamentare (allora di centro-destra) della legge costituzionale nata dalla proposta denominata come "bozza di Lorenzago", la quale prevedeva l'intera riscrittura della seconda parte della Costituzione; la legge costituzionale, infatti, venne bocciata dal corpo elettorale che, con il 61,7% dei votanti (a fronte del 53,7% di elettori che si presentarono alle urne), si espresse in modo contrario all'indirizzo perseguito dalla riforma.

Infine, il referendum costituzionale tenutosi recentemente, nell'anno 2016, si pone chiaramente sulla scia di quello tenutosi nel 2006, manifestando, a distanza di dieci anni, connotati similari che consentono un'assimilazione delle due esperienze referendarie nei termini che si illustreranno, anche in relazione alle ricadute politiche che entrambi i referendum hanno cagionato sull'intero sistema parlamentare. Il disegno di legge di revisione costituzionale presentato alle Camere, rubricato "Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione", mostrava chiaramente, fin da subito, l'intrinseco carattere disomogeneo delle disposizioni, manifestandosi quale sorta di "legge-omnibus". Esso infatti prevedeva la modifica di ben 45 articoli complessivi della vigente Costituzione: uno della parte I e 44 della parte II, interessando pertanto la modifica di quasi un terzo degli articoli della Costituzione vigente.[366] L'impronta sposata dalla legge costituzionale andava chiaramente nel solco di uno "spostamento dell'asse istituzionale a favore dell'esecutivo",[367] relegando in un ruolo di secondo piano la funzione rappresentativa svolta dal Parlamento.

Le modifiche più rilevanti apportate riguardavano il superamento del bicameralismo paritario, prevedendo nella sola Camera dei deputati l'assemblea parlamentare realmente <<politica>>, con la previsione esclusiva della titolarità del rapporto di fiducia con il governo, l'esercizio della funzione di indirizzo politico e della funzione legislativa nonché di controllo sull'operato del Governo; il Senato, per contro, sarebbe stato trasformato in una camera rappresentativa delle autonomie territoriali (con rappresentanti eletti presso le istituzioni territoriali, nominati dal PdR e gli ex presidenti della repubblica) con l'esercizio di funzioni di raccordo tra Stato e Regioni. In tale contesto l'art. 77 della riforma imponeva al governo di presentare i decreti-

[366] In merito v. E. Rossi, *Una Costituzione migliore?,* University Press, Pisa, 2016.
[367] *Ivi,* pag. 220.

legge per la conversione unicamente alla camera dei deputati, così come per la dichiarazione dello stato di guerra, la concessione dell'amnistia e dell'indulto, ratifica dei trattati internazionali, ricorso all'indebitamento, approvazione del bilancio consultivo.

Tale referendum (il quale rappresenta la terza occasione, nell'arco di quindici anni, in cui si è fatto ricorso alla pronuncia popolare – e che ha avuto come effetto quello di determinare la caduta del Governo in carica) può essere richiamato come un caso, oltre a quello del 2006, di esercizio di un potere qualificabile come 'potere negativo'. In particolare, il testo approvato a maggioranza assoluta da parte di entrambe le Camere prevedeva la più ampia e complessa modifica della Carta Costituzionale finora realizzata, interessando ben 47 articoli su 139 della Costituzione. Anche in tal caso, come nel precedente del 2006 – anch'esso conclusasi con una bocciatura da parte del corpo elettorale – la modifica è stata realizzata a colpi di maggioranza, con richiesta di sottoposizione a referendum avanzata dalla stessa parte politica che ha approvato la riforma elettorale con il chiaro intento di ricevere da parte del popolo il necessario avallo politico; tale 'strumentalizzazione' dell'istituto referendario ha comportato tuttavia la trasmutazione del referendum costituzionale, quale "referendum di minoranza e a tutela della minoranza",[368] in referendum 'confermativo' della deliberazione parlamentare. In tal senso d'altra parte andavano le dichiarazioni rilasciate dal Governo, tese fin dall'inizio ad assicurare un intervento popolare nel processo di modifica costituzionale, in chiave di 'legittimazione' della deliberazione parlamentare. Utilizzo dell'istituto che, come è stato messo correttamente in luce, non appare certamente illegittimo, ma si pone "altrettanto sicuramente in contrasto con la natura dell'istituto".[369]

Tale uso distorto del referendum costituzionale – avutosi sia nel 2006 che nel 2016 – ha comportato una '*torsione plebiscitaria*' del referendum costituzionale, dal momento che lo stesso non è stato evocato al fine di rendere possibile l'opposizione delle minoranze, ma solamente per conferire 'legittimazione' alla scelta parlamentare, in tal modo smarrendo la sua intrinseca natura 'oppositiva' ed assumendo invece una natura 'confermativa' ad esso del tutto estranea.[370] Ne deriva

[368] S. Panizza – R. Romboli, *op. cit.,* pag. 14s.
[369] *Ivi,* pag. 15: "Sarebbe come se la maggioranza parlamentare che ha approvato la legge sulle unioni civili promovesse poi un referendum abrogativo della stessa, non con lo scopo di abrogarla ma con quello di confermare la scelta parlamentare".
[370] *Ivi,* pag. 16: "In realtà, altra è la finalità perseguita dalla maggioranza, vale a dire quella di una conferma delle scelte parlamentari, trasformando il referendum da strumento di opposizione da parte delle minoranze in strumento <<di legittimazione>> e di ratifica, una sorta di terza approvazione dopo quella (doppia) della camera e del senato." Ancora (pag. 9s.), con riferimento alle previsioni contenute nelle leggi costituzionali del 1993 e nel 1997, ove si prevedeva l'obbligatorietà del ricorso alla pronuncia popolare tramite referendum costituzionale, gli autori sottolineano come "Il referendum cessava quindi di essere uno strumento facoltativo, utilizzabile in caso di dissenso, per trasformarsi in una f*orma plebiscitaria di conferma dell'approvazione parlamentare, come una specie di terza ulteriore approvazione, dopo quelle di camera e senato".*

che tale colorazione in termini 'plebiscitari' del referendum ha avuto come scopo quello di evocare il ricorso al popolo in chiave anche trascendente il mero dettato del testo costituzionale modificando, allargandosi ad una scelta di campo sull'operato del Governo in generale (atteggiandosi pertanto "quale referendum-questione di fiducia nei confronti di una maggioranza politica").[371]

Occorre osservare che non appare un caso che, nelle due occasioni nelle quali il referendum costituzionale, dopo essere stato approvato con la sola maggioranza assoluta, è stato indetto e appoggiato dalle stesse forze governative e parlamentari che hanno approvato il testo costituzionale modificando, il voto elettorale contrario da parte del corpo elettorale abbia prodotto gravi effetti sulla dinamica politica, nel secondo caso costringendo il governo (come peraltro preannunciato) a rassegnare le sue dimissioni. In entrambi i casi, infatti, si è assistito ad un uso distorto del referendum costituzionale, e, in particolare, dei quesiti posti all'elettorato, assegnando al referendum quella stessa carica di 'iper-legittimazione' in chiave confermativo-approvativa prevista precedentemente dalla modifica al procedimento di revisione costituzionale apportata dalle l. cost. 1/'93 e 1/'97, allorquando l'indizione del referendum era prevista obbligatoriamente, qualunque fosse stato il grado di affermazione parlamentare della maggioranza favorevole al mutamento costituzionale.

In tale chiave, allora, riallacciandosi alle considerazioni precedentemente svolte, non appare irrazionale interpretare tali espressioni popolari come portatrici di una carica interdittiva sicuramente superiore non solo all'abrogazione di mere leggi ordinarie ma alla stessa manifestazione di referendum costituzionali, in cui il referendum, come normativamente previsto, viene ad essere richiesto dalla minoranza politica. Carica interdittiva che sicuramente può essere dedotta da quella "potenzialità plebiscitaria superiore" di cui normalmente il referendum costituzionale è portatore, ma che, in tali casi, ha finito per sprigionare virtualità propriamente impeditive del percorso parlamentare, pervenendo non solo a porre nel nulla l'atto legislativo nel

---

Sul punto v. anche S.P. Panunzio, *Il metodo e i limiti della revisione costituzionale, op.cit.,* pag. 337, il quale parla di "forte carattere *plebiscitario*" assunto dal referendum previsto dalla l.cost. 1/1997, parlando di "referendum che <<viene dall'alto>>", la cui funzione, non essendo la conseguenza di una "mobilitazione <<oppositiva>> di minoranze politiche", risiede invece nel "dare una più forte *legittimazione* democratica alle scelte già fatte e contenute nella legge".

[371] *Ivi,* pag. 20. Condivide tale impostazione esegetica A. Pace, *Ancora sulla doverosa omogeneità.., op.cit.,* pag. 2315s., il quale, in relazione all'ipotesi che a richiedere il referendum sulla legge di revisione costituzionale, sia la stessa maggioranza parlamentare, afferma che, dopo averne rilevato l'intrinseca "spregiudicatezza nonché la scorrettezza costituzionale", che "non spetta alla parte politica che abbia approvato la riforma costituzionale di chiedere l'indizione del referendum. Nella nostra Costituzione il referendum costituzionale è infatti essenzialmente 'oppositivo', per la semplice ma assorbente ragione che in assenza della richiesta del r*eferendum,* la legge costituzionale entrerebbe comunque in vigore"; sottolinea inoltre l'autore come, per converso, "La presentazione del quesito referendario da parte della maggioranza, per conto dello stesso *Premier,* avrebbe invece uno scopo ulteriore, quello di *trasformare il referendum in un plebiscito*", richiamando a tal proposito l'impegno preso dal Presidente del Consiglio a dimettersi in caso di sconfitta elettorale del "Sì".

suo complesso e ad arrestare l'intero procedimento legislativo, ma giungendo ad avere risvolti di natura 'politica' sul Governo in carica. Si potrebbe sostenere che vi sia un rapporto di diretta proporzionalità tra l'utilizzazione in chiave di iper-legittimazione plebiscitaria da parte della maggioranza parlamentare dell'istituto referendario e la risposta del corpo elettorale ai quesiti posti, allorchè essi si carichino di una valenza 'plebiscitaria' normalmente sconosciuta – nell'utilizzo ordinario dell'istituto referendario –, quasi fiduciaria nei confronti del Governo in carica e della maggioranza parlamentare che li sostiene.

In tali casi (emblematiche le consultazioni referendarie del 2006 e del 2016, ove, malgrado la diversità 'politica' delle maggioranze che hanno ottenuto l'approvazione a maggioranza assoluta del testo parlamentare, il procedimento attuato è stato il medesimo, con richiesta del referendum formulata dalla stessa maggioranza in chiave confermativa, quasi di ratifica, della decisione parlamentare), il referendum costituzionale ha ricoperto un ruolo non solamente 'oppositivo' – come avviene ordinariamente, ove esso sia stato richiesto dalla minoranza dissenziente – ma vieppiù, radicalmente e profondamente interdittivo, impeditivo della dinamica costituzionale tout court e dell'indirizzo politico di cui, attraverso il referendum costituzionale, il Governo si faceva portatore. In tal caso, cioè, il riverbero degli effetti costituzionali appare più forte perché non limitato alla singola modifica costituzionale (come accaduto per la modifica del titolo V della Costituzione), ma incidente propriamente sull'indirizzo politico – inteso come formulazione di una direttiva generale indirizzata agli organi statali –, sconfessando l'indirizzo patrocinato dalla maggioranza parlamentare e proponendone implicitamente un altro, non collimante con quello maggioritario né in esso assorbibile. E' evidente pertanto che tra i due indirizzi non vi può essere bilanciamento e che l'uno deve necessariamente cedere alla forza dell'altro: *tertium non datur*.

Non è un caso pertanto che in entrambe le occasioni la bocciatura della riforma costituzionale abbia fortemente inciso sulle dinamiche parlamentari, producendo la fine prematura delle legislazioni; in tali casi, infatti, si è verificata una forte contrapposizione tra le due emanazioni essenziali del principio della sovranità popolare: quella esprimentesi attraverso la rappresentanza parlamentare e quella esprimentesi attraverso il ricorso al referendum, entrambe, come si è visto, capaci d'incidere, in pari grado, sulla determinazione dell'indirizzo politico unitario. Proprio in tali casi, si potrebbe affermare, si delineano con chiarezza le espressioni utilizzate da alcuno dei costituenti (Ruini) circa "l'orbita inderogabile della sovranità popolare" nella quale doveva rinvenirsi l'equilibrio dei poteri statali nonché il concetto, espresso dal Mortati, del popolo quale "organo di decisione politica, organo di ultima istanza", o, ancora, la definizione di "Stato popolare, prima ancora che parlamentare", cara al Ruini. Ed infatti proprio l'esempio applicativo dei due

referendum consente di rinvenire due esempi concreti della prevalenza e del primato, nella Costituzione italiana, del principio della sovranità popolare chiarendo come i padri costituenti non abbiano scelto un sistema parlamentare di tipo 'puro', prevedendone invece la relatività essenziale e la subalternità di fronte all'esplicazione del potere originario del popolo.

Se tali sono le considerazioni sviluppate in ordine alla forza rivestita dalla consultazione referendaria nel caso di referendum plebiscitariamente 'iper-legittimanti', come non vedervi, nella finalità interdittiva un'eco, sul piano effettuale, del potere esercitato tramite l'*intercessio* dal tribuno della plebe, di quel potere intrinsecamente 'negativo' che non permetteva compromessi o aggiustamenti e, di fronte al quale, l'intero potere 'positivo' degli organi attivi era destinato a cedere. E' ovvio che l'espressione del potere negativo, in tal senso, è certamente originale, non potendosi inquadrare né nell'esercizio di un potere negativo 'diretto' (prevedendo comunque l'intermediazione delle urne, che nel caso dello sciopero non esiste) né in uno 'indiretto' (non essendovi un organo cui è concesso la possibilità di esprimere tale forza): più che definirla come forma di manifestazione di potere negativo 'semi-diretto', appare più corretto, in tale contesto, definirla come forma 'atipica' – in quanto né istituzionalizzata né propriamente immediata – di 'potere negativo', in tal senso, dovendosi, per converso, mettere in luce, in chiave identificativa con il concetto di stampo romanistico, l'espressione di un potere intrinsecamente popolare, come manifestazione della maggioranza del corpo elettorale, e l'effettività della pronuncia popolare, la quale, innestandosi nel procedimento approvativo e pronunciandosi dopo l'intervenuto perfezionamento della normativa, impedisce l'efficacia della normativa costituzionale, ponendola nel nulla.

5. Il ruolo del Capo dello Stato nella Costituzione italiana e la sua immanente 'politicità': dal <<pouvoir neutre>> al potere interdittivo

Come anticipato in premessa, nel Capo dello Stato sono racchiuse alcune potenzialità idonee ad essere ricondotte nell'ottica dell'esercizio di poteri lato sensu interdittivi, e, quindi, conseguentemente, ad essere ricondotte nello spettro applicativo potenziale dell'esercizio e delle forme del 'potere negativo' nella Costituzione italiana.

Preliminare all'analisi dei casi e delle singole manifestazioni in cui tale potere appare esplicarsi è l'approfondimento del ruolo ricoperto nella dinamica costituzionale italiana dal Capo dello Stato. Occorre innanzitutto prendere posizione circa la diffusa esegesi dottrinale che vuole che il Capo dello Stato agisca, nella dinamica costituzionale dei poteri, quale <<pouvoir neutre>> (nella tesi cara a Benjamin Constant), limitando pertanto la sua azione a una mera opera di persuasione, suggestione e di coordinamento fra organi, riassunta nella nota formula dell'esercizio di una sorta di '*moral suasion*'. Tesi molto in voga nella dottrina dominante, ma che, anche alla luce dei casi concreti che si analizzeranno, appare poco in grado di cogliere l'intero arco delle sfumature e dei poteri propri del Capo dello Stato.

In tale scia, d'uopo appare partire dalla lettura del ruolo ricoperto dal capo dello stato fornita da Carlo Esposito, cui si deve la celebre definizione del capo dello stato quale "reggitore dello stato di crisi", riservando pertanto solo a tale fase l'esercizio di poteri reali ed effettivi da parte del medesimo, ordinariamente quiescienti nella normalità dello svolgimento delle funzioni. E' necessario osservare, innanzitutto, come lo stesso Esposito, nel saggio "Il capo dello stato", aveva avanzato critiche radicali alla tesi del 'pouvoir neutre', mettendo in luce la totale inaccettabilità delle conclusioni cui essa perveniva circa il ruolo ricoperto dal PdR, e sottolineando come ad esso spettassero in realtà "compiti attivi degni del titolo attribuito".[372] In particolare, l'illustre autore si scagliava contro il "tentativo di caratterizzazione dei Capi di Stato parlamentari, nel quale riecheggiano […] affermazioni sul potere regio come *potere neutro e moderatore, regnante ma non governante,* […] in genere sfruttata per accrescere il numero e la portata delle funzioni personali del Presidente della Repubblica",[373] affermazioni che l'autore respinge rilevando in particolare come il presidente della Repubblica, in ragione dell'istituto della controfirma ministeriale, non possa ritenersi estraneo al conflitto fra ministri e parlamento, e come l'imparzialità (che varrebbe a qualificarlo come potere neutro e imparziale) non possa ritenersi connotato esclusivo del capo dello stato, essendo invece presupposto implicito di tutte le istituzioni costituzionali; derivandone, infine, che "la tesi del capo dello stato come organo politico imparziale o s*upra partes* appartiene al mondo delle ricostruzioni mistiche e non a quello delle definizioni realistiche del Capo dello Stato".[374]

---

[372] C. Esposito, *Il Capo dello Stato,* in *Enc. Dir.,* vol. VI, Milano, 1960, pag. 233.

[373] *Ivi,* pagg. 233s. In tale cornice al Capo dello Stato spetterebbe "di consigliare il Governo ed eventualmente difenderlo contro il prepotere delle Camere … [ponendosi] quale forza neutra tra la maggioranza e la minoranza del parlamento, evitando, come tutore della costituzione, che il potere della prima si trasformi in prepotenza … spetterebbe di dare massima elasticità al funzionamento del sistema attraverso i due istituti della nomina dei ministri e dello scioglimento del parlamento" (*ibidem).*

[374] *Ivi,* pag. 236. In particolare riteneva l'autore che "i poteri del capo dello Stato siano più ristretti di quelli delle altre istituzioni […] e giustificano che gli orientamenti del Capo dello Stato debbano cedere di fronte a quelli del Parlamento e dei ministri [dal momento che il medesimo] non differisce dalle altre istituzioni per la qualità del potere esercitato, ma è una delle istituzioni politiche, che, come le altre, però in via subordinata, ha possibilità di far valere le proprie

L'autore riservava tuttavia al capo dello stato "la possibilità di elevarsi in periodi di crisi a *reggitore dello Stato",*[375] esercitando pertanto in tal caso non già poteri solamente formali (destinati a cedere nel raffronto con gli altri organi costituzionali), ma poteri propriamente sostantivi di capo dello stato, sostituendosi al parlamento e provvedendo alla nomina di ministri di sua fiducia. Facoltà riconosciutagli dall'ordinamento e derivante dal conservare il capo dello stato la titolarità solamente formale di molta parte dei poteri sostanziali a lui assegnati quale capo di stato, nonché, in tal eccezionale contesto – nel quale si assiste ad una paralisi degli altri poteri –, la possibilità di esprimere in forma definitiva la volontà suprema della stato, rendendola vincolante per la comunità; in tal modo, tuttavia, condizionava l'esercizio di effettivi poteri da parte del capo dello Stato (ordinariamente invece esercitando poteri di fatto solamente formali e simbolici) alla presenza di uno stato di crisi del sistema costituzionale.

In realtà, tuttavia, non appare che l'esercizio di poteri effettivi da parte del capo dello stato possa dirsi condizionato alla sussistenza di uno stato di crisi, dovendo per converso affermarsi che l'esercizio dei poteri del capo dello stato avviene anche indipendentemente da esso, esplicandosi nell'ordinarietà del mandato presidenziale. Il merito di aver aperto una breccia in tale consolidata impostazione dottrinale va indubbiamente ascritto a Massimo Luciani, il quale ha in più occasioni sottolineato l'inadeguatezza della formulazione espositiana a ricomprendere nel suo alveo l'intero panorama delle potenzialità operative del capo dello stato, e in particolare l'intrinseca 'politicità' di cui il suo ruolo è innervato, totalmente azzerata nelle ricostruzioni care alla tesi del "pouvoir neutre", che hanno comportato una sorta di "perpetuo "snaturamento" o di continua "sfigurazione" del disegno costituzionale dell'organo proprio a causa della difficoltà di cogliere l'unitarietà di una figura nella quale la dottrina maggioritaria, invece, ha indebitamente contrapposto alle prestazioni politiche quelle di controllo-garanzia".[376]

Ricostruzioni che, in ultimo, anche la Corte Costituzionale, con la sentenza n.1 del 2013, ha inopinatamente avallato. Riconoscendo un'area intangibile di riservatezza delle comunicazioni del pdr, la corte ha infatti sposato una ben definita nozione del ruolo svolto nella dinamica costituzionale da parte del PdR, accogliendo sostanzialmente la tesi dell'esercizio da parte del

---

direttive, tendenze, opinioni e orientamenti, e che sopravanza le altre istituzioni costituzionali per posizione, ma non per le funzioni" (*ivi, p*agg. 236s.).

[375] *Ivi,* pag. 237.

[376] M. Luciani, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione)*, in *Rivista AIC,* n. 2/2017*, p*ag. 10; "non si può condividere l'approccio della dottrina dominante, che ha come messo tra parentesi il rapporto del presidente con la politica, ricostruendone la natura come quella di un organo solo di garanzia e di controllo, anche se *lato sensu* ... posizioni e funzioni del Presidente sono più complesse di quanto non ci dica la teoria di tali garanzie e […] moltissimi atti presidenziali sono caratterizzati da quella relativa libertà di apprezzamento e da quella subordinazione alla sola Costituzione che sono rilevanti ai nostri fini" (Id., *Governo (forme di), op.cit.,* pag. 570).

medesimo di un pouvoir neutre, manifestantesi nell'esercizio consolidato di una sorta di *moral suasion*, tale da costituire il vero fulcro delle attività presidenziali. Giova in particolare riportare un passo della sentenza citata, che pare potersi definire la s*umma* della considerazioni svolte dalla Corte in ordine al ruolo di <<garante dell'equilibrio costituzionale>> svolto dal capo dello Stato, posto <<al di fuori di tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche>>, cui sono affidate <<competenze che incidono su ognuno dei citati poteri, allo scopo di salvaguardare, ad un tempo, sia la loro separazione che il loro equilibrio>> (par. 8.2 del considerato in diritto):

> E' indispensabile, in questo quadro, che il Presidente affianchi continuamente ai propri poteri formali, che si estrinsecano nell'emanazione di atti determinati e puntuali, espressamente previsti nella Costituzione, un uso discreto di quello che è stato definito il <<*potere di persuasione*>>, essenzialmente composto di *attività informali*, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti … Le attività informali sono pertanto inestricabilmente connesse a quelle formali (par. 8.3).

Tali attività informali devono godere pertanto necessariamente, al fine di garantirne l'efficacia e la praticabilità, di una sfera di riservatezza delle comunicazioni del PdR (<<inevitabilmente compromess[a, al contrario] dalla indiscriminata e casuale pubblicizzazione dei contenuti dei singoli atti comunicativi>> (par. 8.3)), costituendo tale <<attività informale di stimolo, moderazione e persuasione […] il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana>> nonché <<modalità imprescindibili di esercizio della funzione di equilibrio costituzionale […] dal cui mantenimento dipende la concreta possibilità di tutelare gli stessi diritti fondamentali, che in quell'equilibrio trovano la loro garanzia generale e preliminare>> (par. 8.3).

Concetti ribaditi dalla Corte Costituzionale anche in un altro passo della sentenza, ove, distinguendo il ruolo ricoperto dal Pdr da quello svolto dai ministri parlamentari, afferma:

> In primo luogo, il Presidente possiede soltanto funzioni di raccordo e di equilibrio, che non implicano l'assunzione, nella sua quotidiana attività, di decisioni politiche – delle quali debba rispondere ai suoi elettori o a chi abbia accordato la fiducia – ma richiedono che ponga in collegamento tutti i titolari delle istituzioni di vertice, esercitando quei *poteri di impulso, di persuasione e di moderazione*, richiedenti necessariamente discrezione e riservatezza. (par. 9).

Due dati emergono quindi chiaramente dall'impostazione esegetica seguita dalla Corte Costituzionale: l'apoliticità del ruolo ricoperto dal pdr e, in connessione, lo svolgimento della funzione di <<garante dell'equilibrio costituzionale>>. Conclusioni che la dottrina precedentemente citata non ha mancato di criticare fin dalla pubblicazione della sentenza n. 200 del 2006, che ha riconosciuto in capo al PdR la titolarità pressochè esclusiva del potere di grazia. Nel commentare la sentenza citata – la quale riconosceva al Capo dello Stato la decisione sostanziale circa la concessione della grazia al condannato, riservando al Ministro della Giustizia unicamente la verifica circa il rispetto della completezza e della regolarità dell'istruttoria e del procedimento seguito, parlando di <<eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria>> –, criticando l'impostazione seguita dalla corte (la quale determinava una pericolosa sovraesposizione del Pdr, "lasciato completamente (ma drammaticamente) solo nella titolarità sostanziale del potere"),[377] l'autore sottolineava, in primis, "un'inestirpabile coloritura di *politicità*"[378] intrinseca nella concessione della grazia, non altrimenti eliminabile, trattandosi di valutare esigenze, che, proprio per la loro straordinarietà, non trovano "paradigmi normativi ai quali sorreggersi".[379] Criticando pertanto le tesi che parlavano di atto non giurisdizionale e non politico, riteneva che tale concezione potesse essere sposata unicamente dalla tesi dell'esercizio di un "poivour neutre" da parte del Presidente della Repubblica, tesi già messa in discussione da Carlo Esposito, e sconfessata invece dalla tesi della polifunzionalità dell'istituto, e della natura sostanzialmente complessa dell'atto (frutto dell'incontro di due diverse volontà), secondo la quale "un grumo di politicità del potere esercitato, proprio per quello che è stato definito il "patrimonio genetico", l'"aspetto cruciale", dell'istituto, non manca mai".[380]

Considerazioni – in ordine all'immanente politicità del ruolo rivestito dal Pdr – riprese successivamente anche nel saggio "*La gabbia del Presidente*",[381] pubblicato in commento della decisione della Corte costituzionale n. 1 del 2013, nel quale l'autorevole dottrina criticava l'interpretazione invalsa del "poivoir neutre" di constantiana memoria, rilevando come essa non potesse ritenersi rispondente al pensiero del Constant, il quale – lungi dal vedere nel Capo dello

[377] M. Luciani, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica,* in *Corriere giuridico, n. 2/2007,* pag. 197.
[378] *Ivi,* pag. 193.
[379] *Ivi,* pag. 194.
[380] *Ivi,* pag. 195; "Nulla, credo, si dovrebbe aggiungere a queste riflessioni: l'eccezionalità della grazia; la sua connessione con i supremi poteri detenuti dalla *pòlis;* la diffidenza dei sistemi democratici per l'esercizio di poteri "personali" (sia pure esercitati per ragioni umanitarie), sottratti al circuito della responsabilità Parlamento-Governo; la gravità di un passo indietro, contro l'andamento storico, tutto questo deve far restare saldi nella concezione tradizionale della grazia come *atto duumvirale*" *(ivi,* pag. 196).
[381] M. Luciani, *La gabbia del Presidente,* in *Giurisprudenza costituzionale, n. 1/2013,* pagg. 513ss.

Stato un organo 'neutro' e privo di politicità – assegnava al contrario al capo dello stato funzioni di rilievo eminentemente politico, basandosi sul riconoscimento di una distinta legittimazione del Re (una legittimazione sacra o inviolabile), alternativa a quella espressa dai ministri e dal parlamento, capace di dar vita a un dualismo governativo, in virtù del quale il Re aveva la facoltà di contrapporsi al parlamento e al governo, facendo valere il proprio indirizzo politico. Tale distinta legittimazione, tuttavia, sussistente già in epoca romana – ove il conflitto tra patrizi e plebei deve essere riconosciuta quale causa efficiente della genesi rivoluzionaria del tribunato della plebe, sorto per proteggere gli interessi e le aspettative della negletta classe plebea innanzi alle pretese di potere e di governo del patriziato, avente pertanto distinta legittimazione (popolare) rispetto alla classe patrizia[382] –, sia nell'epoca in cui Constant scrive (basata sul diverso riconoscimento, divino, del Re rispetto alla derivazione 'popolare' del Parlamento e del Governo) –, oggigiorno, tuttavia, non può più essere presa a parametro per invocare una distinta legittimazione del capo dello stato rispetto agli altri organi costituzionali, poiché, come è stato acutamente rilevato, "nei sistemi democratici si riconosc[e] un solo principio legittimante del potere politico, e cioè la volontà popolare",[383] non essendo pertanto più invocabili duplicità di legittimazioni.

Critiche alla nozione del "poivoir neutre" applicata al pdr sono state sollevate anche da altra parte della dottrina, la quale ha avuto modo di mettere in luce come la nozione di <<pouvoir neutre>> ricavata dall'espressione constantiana, ad una lettura approfondita delle argomentazioni usate dall'autore francese, non appare pienamente condivisibile qualora la si intenda quale "potere non-politico o a-politico, che opererebbe come contrappeso moderatore dei poteri propriamente politici".[384] Come mette in luce lo stesso autore, la funzionalità della teoria del potere neutro risiede

[382] Con la precisazione che, come già sottolineato in altre parti del presente elaborato, al contrario del pensiero constantiano (che riconosceva al tribunato 'potere neutro', di mediatore fra le classi politiche), l'accezione di 'neutro' o 'neutrale' in alcun modo può dirsi riconosciuta al tribuno della plebe, il quale, invece, proprio in quanto incarna gli interessi di una parte del ceto cittadino, gode di un potere prevalentemente interdittivo, dotato di una forte carica 'negativa', necessaria e ineludibile per opporsi efficacemente ai desiderata della classe patrizia; dovendosi pertanto ritenere del tutto incongrua la definizione di organo 'neutrale' assegnata all'istituto, che è invece organo essenzialmente di parte (v. sul punto Id., *Un giroscopio costituzionale, op.cit.,*pag. 13).

[383] Id., *Un giroscopio costituzionale, op.cit.,,* pag. 13 (v. anche Id, *La gabbia del Presidente, op.cit.,* pag. 527). Osserva ancora l'autore (*ivi,* pag. 14), distinguendo tra tipo e modo di legittimazione: "il principio legittimante è uno solo ed è sempre lo stesso: il consenso (anzi, il voto) popolare. Si deve distinguere fra t*ipo* e *modo* della legittimazione. Quello di un capo dello Stato o di un primo ministro eletto direttamente è un *modo* di legittimazione completamente diverso da quello delle assemblee rappresentative, ma questo *modo* (nel senso di forma di manifestazione) appartiene al medesimo *tipo* di legittimazione: quello democratico".

[384] O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare (un'interpretazione della forma di governo italiana),* Jovene, Napoli, 2010*,* pag. 145. Critiche all'applicabilità della nozione di 'potere neutro' al capo dello stato giungono anche da Davide Galliani (*Il Capo dello Stato e le leggi,* Giuffrè, Milano, 2012, pagg. XXVss.), il quale confina l'applicabilità di detta teoria unicamente ad una forma di Stato liberale - in cui, cioè, l'intervento dello Stato nel sistema costituzionale complessivo era minino, ed in cui appunto il capo dello stato poteva svolgere unicamente una funzione conservatrice e neutra –, ritenendola invece non applicabile ad uno Stato democratico-pluralista, ossia ad uno Stato

nella comprensione, da parte del Constant, dell'inidoneità del principio della divisione dei poteri a garantire la corretta dinamica dell'assetto costituzionale, indicando in tale contesto la necessità applicativa di un 'principio di unità' del sistema (riflessioni poi riprese dal Mortati in ordine alla necessità operativa di una quarta funzione statale in grado di riportare le altre all'unità), in grado di garantire il coordinamento delle altre funzioni. In ciò risiede la caratteristica della neutralità del potere, nel porsi fuori dai singoli poteri statali, dovendo la sua azione applicarsi indifferentemente a ciascuno di essi, allorchè se ne rappresenti la necessità, non essendo pertanto riducibile a nessuna delle attività statali. Le conclusioni, inammissibilmente tratte da tali considerazioni, si rinvengono nella pretesa apoliticità di tale 'potere neutro', volendo porre fuori della politica quella funzione statale, che pure trovandosi al di fuori di ogni potere statale, può partecipare potenzialmente di ciascuna di esse.[385]

E infatti l'autore mette in luce come la definizione constantiana richiamasse in realtà la funzione di indirizzo politico svolto dal Re, in grado di imprimere una vera e propria direzione politica unitaria al complesso della dinamica costituzionale, esplicando un potere neutrale, nel senso di partecipare di tutte le funzioni statali e neutro, nel senso di applicarsi dove l'azione è necessaria, senza ovviamente mai potersi identificare in ciascuna di esse o 'parteggiare' per una di esse. Ne deriva la similitudine con la funzione di indirizzo politico precedentemente analizzata, nella quale Mortati intravedeva una <<quarta funzione>> in grado di garantire l'unità delle altre tre, partecipando potenzialmente di tutte le funzioni, al fine di assicurare quel principio di unità delle istituzioni e armonia fra i poteri dello stato, necessari per un corretto e ordinato svolgimento della vita costituzionale.[386]

Ne deriva che l'asserzione della corte costituzionale di rinvenire nelle attività informali di moderazione, impulso e persuasione <<il cuore del ruolo presidenziale nella nostra forma di governo>>, tali da integrare "una competenza presidenziale a se stante, che riassumerebbe il senso generale del complesso (e di ciascuna) delle attribuzioni tipiche"[387] appare apodittica, essendo stata presa in assenza di un preciso dato testuale o sistematico contenuto all'interno della carta

---

interventista, uno Stato propriamente 'politico', ove il Capo dello stato "non può che essere a sua volta un'istituzione politica".

[385] L'autore ritiene che tale fallace conclusione sia stata indotta dalla distinzione fra potere 'neutro' esercitato dal capo dello stato, e potere 'attivo' invece esercitato dai ministri (O. Chessa, *op.ult.cit.,* pag. 150), e nell'aver pertanto inteso potere attivo come potere intrinsecamente politico, e potere neutro quale potere inattivo e quindi a-politico.

[386] "L'indirizzo politico non è perciò un semplice momento o settore dell'attività dello Stato, essendo invero ciò che conferisce senso a tutti gli altri e che informa di sé e nel profondo l'intera attività statale" (Id., *Il Presidente della Repubblica, op. cit.,* pag. 89).

[387] Così, O. Chessa (*Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia (Il caso della sentenza n. 1 del 2013),* in *Quaderni costituzionali/ a. XXXIII, n. 1, marzo 2013.,* pag. 27).

costituzionale che ne legittimasse la concettualizzazione,[388] traendo alfine il suo impianto esegetico unicamente dalla dottrina della *moral suasion* quale esplicito e principale modo di comunicazione del capo dello stato, al fine di esercitare compiutamente – vista l'estromissione dal circuito politico – le attribuzioni formali assegnategli dalla costituzione.

In conclusione, si può sostenere (anche sulla scia delle considerazioni svolte da Massimo Luciani) [389] che la confusione terminologica derivi dall'aver scambiato il termine 'neutre' con il termine 'neutro' piuttosto che con il termine neutrale, applicando pertanto al pouvoir neutre conseguenze applicative allo stesso estranee; e infatti il potere constantiano appare un potere neutrale – in quanto partecipa di tutte le funzioni statali, pur essendo ontologicamente distinto da ognuna di esse –, ma non anche neutro – dovendosi intendere per 'neutro' un potere inattivo, incapace di imporsi coattivamente sugli altri poteri statali. Tale indebita sovrapposizione ed estensione di contenuto – l'aver inteso il pouvoir neutre anziché come potere neutrale, come potere (anche) neutro – appare anche alla base della confusione terminologica che ha portato a ritenere il potere constantiano un potere informale, dotato unicamente di caratteri di persuasione e moderazione; da cui discenderebbe anche la rappresentazione dei poteri del capo dello stato come confinati al concreto esercizio di una mera funzione di garanzia o controllo costituzionale, escludendo qualsiasi capacità di influire sull'indirizzo politico complessivo.

Chiari e univoci dati testuali conducono al contrario ad assegnare rilevanza al ruolo svolto dal PdR nella scena politica nazionale, non relegandolo ad una mera, quanto astratta, funzione di garante costituzionale. Preliminare infatti allo studio dei poteri e delle funzioni del Presidente appare la lettura e l'analisi del testo costituzionale, e in particolare del disposto normativo di cui all'art. 89 Cost., primo comma: <<Nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti che ne assumono la responsabilità>>; la certezza della indefettibile compresenza degli elementi della proposta e della controfirma ha condotto tuttavia all'emersione di diverse teorie circa l'esatta categorizzazione degli atti presidenziali, distinguendosi fra: a) coloro che optano per una tesi sostanzialmente svalutativa delle attribuzioni presidenziali, ritenendo che il PdR possa compiere unicamente gli atti la cui adozione sia stata previamente sollecitata dal Governo, dovendo pertanto ogni atto presidenziale essere preceduto da un'iniziativa

[388] "Insomma, mediante un esercizio di ardito costruttivismo interpretativo un'importante prerogativa presidenziale viene estratta direttamente dalla dottrina del potere neutro, anziché dal dettato costituzionale" (*ibidem*).

[389] Il quale evidenzia in particolare la circostanza che la parola 'neutre' in francese racchiuda allo stesso modo i due significati di neutro c neutrale (non essendovi nella lingua francese due parole distinte per differenziare le due accezioni); circostanza che induce l'autore a ritenere che possa esservi una confusione terminologica alla base dell'accezione 'neutro' – al posto di quella di 'neutrale' – applicata al 'pouvoir neutre' (*La gabbia del Presidente, op.cit.,* pag. 526).

governativa (tesi che appare eccessivamente riduttiva delle attribuzioni e delle potenzialità insite nella carica del PdR, essendo la sua funzione limitata esclusivamente a dichiarare la volontà governativa, senza potervi in alcun modo interferire; b) coloro che riconoscono a tutti gli atti presidenziali la veste di "atti composti", sorgenti dall'incontro di due volontà aventi pesi diversi: "una volontà governativa dal carattere determinante e principale, perché espressiva di indirizzo politico, e una volontà presidenziale secondaria ed accessoria, che può eventualmente contrapporsi alla prima solo se supportata da stringenti motivi di ordine costituzionale"; c) coloro che optano per la tesi dell'"atto complesso", riconoscendo alla volontà governativa e a quella presidenziale uguale peso specifico.[390]

Interrogandosi sull'esattezza della definizione del capo dello stato quale "organo di garanzia costituzionale", e in particolare, di "organo di controllo" (che esercita una funzione di controllo o emana atti di controllo), recentemente Massimo Luciani [391] – dopo aver sottolineato l'inadeguatezza della tesi già sulla base della "multifunzionalità" dell'organo (in virtù della quale riduttiva appare l'ascrizione al capo dello stato di un'unica funzione) –, e ponendo l'accento in particolare sul dato formale espresso dalla chiara dizione letterale dell'art. 89 Cost., sposa la tesi della pari efficacia formale espressa dalle due volontà del governo e del presidente e dell'equiordinazione, dal punto di vista giuridico-formale, dei poteri esercitati rispetto a tali atti.

Dalla pari partecipazione formale agli atti presidenziali, nell'ottica sposata dall'autore,[392] discende non solo che la firma presidenziale (al pari della controfirma ministeriale) deve ritenersi giammai 'atto dovuto', bensì atto pienamente discrezionale del presidente della repubblica, ma, inoltre, che gli tutti gli atti presidenziali devono ritenersi, in virtù di tale compartecipazione formale e funzionale, "formalmente complessi" e sostanzialmente duali (intesa la dualità quale compartecipazione equiordinata alla stessa decisione circa il contenuto dell'atto), e, pertanto, difficilmente collocabili nell'ottica di un "rapporto di controllo", che presupporrebbe, al contrario, una diversità di atti (il secondo dei quali inserendosi nella fase propriamente di mera "integrazione dell'efficacia" del primo) che nel caso in esame appare al contrario doversi escludere, essendo l'atto complesso, pur formato da due distinte manifestazioni di volontà, unico ed unitario – ed inserendosi

[390] E su cui si veda in particolare, O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica, op.cit.,* pagg. 9 ss., il quale, mettendo in luce tre diverse teorie ermeneutiche circa lo spettro applicativo dell'art. 89, co. 1°, cost., e collocandosi nell'alveo della terza impostazione, preferisce parlare più propriamente di "atto complesso ad iniziativa libera" (*ivi, p*ag. 16), indicando quali corollari: a) la necessità della controfirma ministeriale per tutti gli atti presidenziali; b) la responsabilità politica del Governo "*come se ne fosse il proponente" (ivi,* pag. 17); c) l'assenza di atti 'propriamente presidenziali'; d) l'inconcepibilità di atti presidenziali "propriamente governativi".
[391] M. Luciani, *Un giroscopio costituzionale, op.cit.*, pagg. 2s.
[392] *Ivi,* pagg. 6ss.

pertanto pienamente nella fase prettamente "costitutiva" dell'atto.[393] Differentemente invece dicasi per quanto concerne la compartecipazione alla funzione legislativa, ove, dovendosi ascrivere la promulgazione alla fase propriamente integrativa dell'efficacia della legge, essa rimane dunque estranea alla fase propriamente costitutiva dell'atto, dovendosi pertanto consequenzialmente riconoscere nell'attività di promulgazione l'espressione di un'attività di 'controllo giuridico' da parte del PdR, consacrata nella facoltà concessa dall'art. 74 Cost. al capo dello stato di rinviare alle Camere la legge in caso di sospetta incostituzionalità o allorquando le ragioni di merito costituzionale che la sorreggono non vengono condivise dal capo dello stato.

Le considerazioni ora svolte conducono pertanto l'autore a ritenere che il lemma "garante costituzionale" non sia idoneo a rappresentare *in toto* le potenzialità del Capo dello Stato. E' in particolare il lemma "rappresentante dell'unità nazionale" – declamato dall'art. 87 Cost. accanto a quello di "capo dello Stato" – che esclude che il capo dello stato possa ricoprire, anche velatamente, funzioni di "garanzia costituzionale". E infatti la rappresentanza dell'unità nazionale, implicando prestazioni di contenuto, esclude la custodia della Costituzione, che deve essere lasciata all'opera uniformatrice della Corte costituzionale, cui spetta, attraverso l'adozione di "atti giuridici definitivi e vincolanti, che lo rendono il vero e proprio organo di chiusura del sistema",[394] la difesa giurisdizionale dei diritti e dei doveri in essa sanciti; spettando invece al capo dello stato la cura dell'unità nazionale, il favorire, consolidare e promuovere (non già creare o generare tale unità, essendo questi compiti riservati ad altri organi costituzionali) politiche pubbliche ispirate all'aggregazione sociale e all'inclusione sociale, essendo pertanto teso il suo ruolo a consentire un equilibrio dinamico tra tutte le forze politiche in campo, assicurando la più completa armonia possibile fra le istituzioni.

Il punto di frizione della tesi dello svolgimento da parte del pdr di una funzione propriamente di <<garanzia costituzionale>> risiede pertanto, in assenza di veri e propri poteri giurisdizionali (concessi invece unicamente alla Corte costituzionale), nell'impossibilità di garantire un'effettiva opera di garanzia costituzionale. Inoltre la nozione di <<garante della costituzione>> non appare idonea a ricomprendere tutti i poteri e le funzioni esercitabili da parte del PdR, rimanendone esclusi poteri, di certo non classificabili quali poteri di garanzia o controllo, quali la nomina del presidente del consiglio e dei ministri, dei giudici costituzionali, dei senatori a vita,

[393] Scrive l'autore: "Nel caso dell'attività presidenziale, invece, non si danno atti distinti in successione, ma un unico atto (sempre formalmente complesso e sostanzialmente "duale", "presidenziale in senso stretto" o "governativo" a seconda delle indicazioni fornite dalla Costituzione), la cui *esistenza* giuridica, non la sola e*fficacia,* è interamente condizionata alla formale compartecipazione del capo dello Stato e del Governo. A seguire la tesi che il Presidente compirebbe atti di controllo in riferimento alla funzione esecutiva, pertanto, si sarebbe costretti a qualificare *lo stesso atto,* all'un tempo, come di controllo e di decisione politica (o amministrativa) attiva" (*ivi,* pag. 8).
[394] M. Luciani, *op. ult.cit.,* pag. 17.

nonché lo scioglimento anticipato delle camere, tutti atti, che, lungi dall'avere una mera di funzione di garanzia, hanno in realtà evidenti ripercussioni sulla scena politica.

Anche altra parte della dottrina condivide l'inidoneità della nozione di "garante della Costituzione" a definire l'ambito applicativo e le funzioni esercitate dal capo dello stato,[395] evidenziandone "[l']eterogenesi dei fini". Se infatti con tale definizione si vuole raggiungere l'obiettivo di estromettere il capo dello stato dai circuiti politici, determinandone un'assoluta estraneità allo svolgimento delle funzioni propriamente presidenziali, paradossalmente, al contrario, tale voluta estraneità al circuito politico del pdr ha avuto l'effetto di agevolarne l'ingresso nel campo delle scelte di natura politica, legittimandone l'azione. E infatti, il disegno sistematico del ruolo ricoperto dal pdr sposato dalla sentenza n. 1 del 2013 della Corte Costituzionale (imperniato sull'esercizio di poteri latamente definibili come di moral suasion), come è stato giustamente rilevato, lungi dal tenere distante il capo dello stato dall'agone politico, finisce inevitabilmente per trasformare la funzione presidenziale di garanzia in un'attività di continua e costante compartecipazione sostanziale alle scelte politiche, ritagliando per il capo dello stato una sorta di modus operandi – coperto dal principio di riservatezza – nel cui ambito il PdR può agire liberamente, permettendo in tal modo, e anzi legittimando, l'intervento del PdR anche su questioni di competenza nazionale o più prettamente esecutive di un indirizzo politico o politico-costituzionale: l'aggancio con la costituzione e con la necessità di attuarne costantemente i valori coonesterebbe pertanto tale operatività funzionale del PdR, sovradimensionandone altresì le capacità esplicative.

Se pertanto al capo dello stato non può non essere riconosciuta una partecipazione (sostanziale) all'espressione dell'indirizzo politico-costituzionale della Repubblica, appare condivisibile quella dottrina che, partendo dal riconoscimento dell'atto presidenziale come atto complesso e richiamando la legittimazione (democratico-)parlamentare del capo dello stato, perviene alla ricostruzione del circuito dell'indirizzo politico secondo la direttrice *"Popolo – Parlamento – Presidente della Repubblica – Governo".*[396] Ove al presidente della repubblica è lasciato un campo di esercizio sostanzialmente autonomo dalle prerogative governative e nel quale il medesimo può sviluppare appieno le potenzialità concessegli dall'ordinamento giuridico – casi nei quali l'atto presidenziale, pur rimanendo formalmente complesso, appare sostanzialmente di natura prettamente presidenziale (si pensi alla nomina dei giudici costituzionali e dei senatori a vita, allo scioglimento delle camere e, soprattutto, a quegli atti che pongono il PdR in contrasto con il

[395] V. in particolare O. Chessa, *Le trasformazioni, op.cit.,* pag. 21.
[396] O.Chessa, *op.ult.cit.,* pag. 221.

Governo, quali il rinvio della legge alle Camere e il rifiuto assoluto di emanazione di un decreto-legge). Nessun 'potere neutro' o, sulla scia dello svolgimento di pretese funzioni di garante o tutore della Costituzione, 'apolitico'. Come suggestivamente è stato infatti scritto,

> […]non è possibile immaginare una lontananza del Presidente della Repubblica dalla politica. E' politica (ancorchè indiretta) la sua legittimazione; sono politici i suoi interlocutori istituzionali; sono sovente politici i parametri della sua azione, che è indirizzata anche da apprezzamenti di opportunità generale … anche se non lo si può immaginare lontano dalla politica, nel cui circuito è immerso, il Presidente non può, comunque, "essere parte". Egli può, tutt'al più, "prendere parte", nel senso che può schierarsi con l'uno o con l'altro dei competitori politici su una specifica questione (non certo su un intero indirizzo politico), ma quando ciò accade la motivazione della presa di parte si deve radicare in esigenze connesse ad una delle due funzioni del Presidente (di capo dello Stato; di rappresentante dell'unità nazionale).[397]

Si può pertanto sostenere che i poteri 'attivi' e 'passivi' – e pertanto non certo neutri – assegnati dalla costituzione al capo dello stato siano strumentali a garantire l'armonia fra gli organi costituzionali, e in particolare fra i tre poteri dello stato, evitando pericolosi scontri istituzionali (con la conseguente compressione degli spazi operativi di ciascun potere), fornendo pertanto un contributo teso alla "stabilizzazione della forma di governo",[398] ottenuto anche attraverso l'esercizio di poteri interdittivi. Concordando con il pensiero espresso da Lippolis e Salerno, si può affermare che

> Il potere neutro impersonato dal presidente della Repubblica è tale non perché le sue decisioni non abbiano valenza politica, ma perché queste non esprimono un indirizzo politico di parte e sono rivolte alla tutela dell'unità, della permanenza e dell'efficiente funzionamento dell'ordinamento costituzionale. In questo senso si può quindi parlare di una funzione di garanzia del presidente o, meglio, di <<*garanzia politica*>> dell'unità nazionale.[399]

[397] M. Luciani, *Governo (forme di), op.cit.,* pag. 569.
[398] O. Chessa, *op.ult.cit.,* pag. 221.
[399] V. Lippolis – Giulio M. Salerno, *La presidenza più lunga (I poteri del Capo dello Stato e la Costituzione),* Il Mulino, Bologna, 2016, pag. 17.

Ne discende pertanto che la stessa dicotomia "indirizzo/garanzia" (tesa alla classificazione degli atti presidenziali in atti "politici" sostanzialmente governativi e atti "di controllo" sostanzialmente presidenziali) non appare in grado di cogliere appieno la profondità dei rapporti fra gli organi costituzionali, apparendo ad essa preferibile il modello americano dei c*hecks and balances*, nel quale vige il principio del <<*potere che arresta il potere*>>; come è stato correttamente osservato, infatti, "La garanzia dipende più dal principio secondo cui <<il potere arresta il potere>> che non dalla previsione di un organo la cui funzione sia quella, appunto, di fare da garante"[400] – ricavandosi dunque la garanzia politica del sistema costituzionale dalla funzionalità del suo assetto complessivo.

In tale contesto, appare allora possibile affermare che i due astratti modelli dell'indirizzo e della garanzia arrivino a congiungersi, intersecandosi, divenendo l'uno (la garanzia 'tecnica') lo strumento dell'altro (l'indirizzo politico) e determinando l'insorgere della manifestazione di un indirizzo politico-costituzionale da parte del Pdr. In tali casi, si assiste pertanto a una fusione dei due modelli costituzionali, rinvenendosi la funzione di garanzia nell'atto singolo emanato dal Pdr, e quella di indirizzo nella consequenziale opzione di matrice politica evidenziata dal Capo dello Stato (e offerta alla valutazione dell'organo governativo).

Chiara esemplificazione di tali riflessioni sia l'istituto del veto sospensivo adottato dal PdR, con il quale il medesimo, non condividendo il merito politico-costituzionale estrinsecatosi nel provvedimento legislativo emanato dal parlamento, e ritenendo che esso si possa porre in contrasto con ragioni di opportunità costituzionale o addirittura in contrasto con precise norme di rango costituzionale, rinvia la legge (sottopostagli per la promulgazione) alle camere affinchè le medesime pongano in essere una nuova deliberazione, sulla base dei rilievi formulati. Non v'è chi non veda, in tali casi, come il veto sospensivo espresso dal PdR configuri una garanzia in senso tecnico, qualificandosi come potere di arrestare temporaneamente il procedimento legislativo – obbligando le camere ad una nuova deliberazione, nella quale potranno (o meno) far tesoro dei rilievi provenienti dalla presidenza della repubblica –, nonché esprima al contempo, tralatiziamente, l'indirizzo politico-costituzionale prescelto dal PdR, che viene a cozzare con quello governativo; nell'affermazione esplicita della natura strumentale della singola 'garanzia tecnica' rispetto alla formulazione di un indirizzo politico-costituzionale da parte del pdr, emergono pertanto tutti i limiti ermeneutici di comprensione della dinamica costituzionale odierna insita nella dicotomia fra i due ambiti operativi, qualora rigidamente intesa.

[400] O. Chessa, *Le trasformazioni, op.cit.,* pag. 32.

6. Il rifiuto assoluto di emanazione del decreto-legge (con particolare riferimento al caso Englaro): potere interdittivo del Pdr e differenze con il veto sospensivo di cui all'art. 74 cost.

Il precedente paragrafo si è concluso richiamando tesi concettuali le quali ritengono che la garanzia politica di un ordinamento riposi sul principio (di montesqueuiana memoria, ma di rousseauiana applicazione) del <<potere che arresta il potere>>, e sui casi in cui tale potere si manifesta; casi che, lungi dal doversi ritenere espressioni di eccezioni o irripetibilità, consacrano in realtà potenzialità esistenti, ma ordinariamente quiescenti, nel panorama costituzionale complessivo, che in tali frangenti istituzionali trovano la loro più fulgida applicazione. Casi in cui l'ordinario sistema della divisione dei poteri non è in grado di assicurare l'equilibrio fra i poteri costituzionali, determinando l'esplosione di conflitti non altrimenti risolvibili che con atti dotati di un'intrinseca forza interdittiva, espressivi, altresì, di una pregnante impronta plebiscitaria.

Si è già illustrato il caso del referendum costituzionale, con le caratteristiche e le conseguenze determinate sul sistema in termini latamente di 'potere negativo'. Si ritiene, in tale scia, che la vicenda sottostante il caso Englaro, e in particolare il veto assoluto opposto dal capo dello Stato all'emanazione del decreto-legge adottato dal Governo possa rappresentare un altro caso in cui le potenzialità interdittive del sistema costituzionale complessivo manifestino caratteristiche assimilabili all'*intercessio* dei tribuni della plebe, costituendo una forma di esercizio di potere interdittivo (potenzialmente assimilabile all'esercizio di un vero e proprio 'potere negativo').

Il caso Englaro è vicenda che ha visto contrapporsi, fino all'epilogo finale, governo e presidente della repubblica, il primo avendo adottato, per ragioni di indirizzo politico, un decreto-legge al fine di impedire l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale di un paziente versante in stato vegetativo permanente da molti anni, il secondo avendo rifiutato, in ragione di non espresse ma tacite ragioni di ordine politico-costituzionale, l'emanazione del decreto-legge governativo, ponendolo pertanto nel nulla ed eliminandolo dall'ordinamento giuridico.

Appare opportuno, in tale contesto, innanzitutto partire dall'esegesi del decreto-legge, sottolineando le differenziazioni sussistenti con il veto sospensivo di cui all'art. 74 Cost., e con l'affine, ma diversificato, procedimento di promulgazione dell'atto legislativo. La scarna disciplina costituzionale – la quale si limita a prevedere, all'art. 87, co. 5°, cost., che <<il presidente della repubblica emana i decreti aventi valore di legge>> – nulla dice, a differenza del procedimento disciplinato dall'art. 74 Cost., circa l'ampiezza dei poteri presidenziali spendibili nel caso de quo,

soprattutto in relazione alla facoltà del PdR di non emanare il decreto-legge adottato dal governo e del relativo procedimento che in tal caso possa essere seguito, lasciando pertanto alla prassi costituzionale l'applicazione concreta dell'istituto e all'interprete la formulazione del suo raggio operativo (in particolare circa l'applicabilità analogica del meccanismo della doppia approvazione previsto dall'art. 74 Cost.).

In ordine a tale applicabilità analogica, autorevole dottrina[401] ha condivisibilmente evidenziato ragioni di ordine sistemico che conducono ad una risposta negativa, raffrontando le due casistiche. Opportunamente infatti, criticando le tesi che ritenevano assimilabili i due casi (veto sospensivo e rifiuto di emanazione del decreto-legge), ravvisando analogie fra la funzione di promulgazione e quella di emanazione, si è messo in luce come promulgazione ed emanazione appartengano a due distinti fasi procedimentali, la prima inserendosi nella fase integrativa dell'efficacia della legge (come peraltro si ricava dal dettato costituzionale, ove si fa riferimento alla legge riapprovata dal parlamento, implicitamente presupponendo pertanto che una legge sia riconoscibile nella propria identità e validità, prima e a prescindere dalla promulgazione del pdr), la seconda appartenendo invece alla fase propriamente costitutiva del provvedimento, dovendosi ritenere l'atto adottato formalmente solo dopo l'emanazione, e non avendo propria autonoma vita giuridica prima dell'atto presidenziale.

Ne discende che la collocazione del decreto-legge, alla luce delle considerazioni formulate e delle differenze evidenziate, non possa rinvenirsi nello spettro applicativo di cui all'art. 74 Cost., dovendo invece essere assimilata alla logica della decretazione d'urgenza, nella quale più correttamente si inquadrano anche le prerogative presidenziali riconosciute nel caso in esame. Invero, l'operatività del decreto-legge deve essere letta in tale ottica applicativa, la sola idonea a comprendere gli spazi operativi lasciati al PdR. Ora, l'art. 77 Cost. prevede, come noto, una disciplina particolarmente stringente e rigida riguardo la possibilità da parte del governo, in casi particolari, di poter adottare provvedimenti aventi valore di legge. Anzi, tale possibilità è esclusa in radice dal primo comma dell'art. 77cost., il quale recita: <<Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge>>, in tal modo ponendo una regola generale che nei due commi successivi trova una deroga di carattere straordinario, la cui applicazione è subordinata al rispetto di rigidi parametri nonché di una tassativa procedura parlamentare. In particolare, il secondo comma prevede la possibilità per il governo di adottare <<provvedimenti *provvisori* con forza di legge>>, sotto la propria responsabilità, unicamente <<in

[401] M. Luciani, *L'emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.),* in *Politica del diritto, anno XL, n. 3, settembre 2009,* pagg. 411ss.

casi *straordinari* di necessità e d'urgenza>>, dovendo, il giorno stesso dell'emanazione, essere presentati alle Camere per la conversione in legge, che dovrà intervenire entro sessanta giorni dalla pubblicazione.

Appare pertanto lampante come la disciplina applicativa del decreto-legge sconti indubbiamente una sorta di 'diffidenza' da parte dei padri costituenti, i quali hanno voluto circondare la loro applicazione di una serie di garanzie a tutela, in primis, del monopolio parlamentare della produzione legislativa*,* rispetto alla quale si pone in via del tutto subordinata ed eccezionale.[402] Eccezionalità legata appunto alla circostanza che, seppur per un arco di tempo limitato, il decreto-legge produce immediatamente effetti giuridici costitutivi, talora irreversibili, in ragione della semplice iniziativa governativa, e al di fuori di qualsiasi controllo – essendo totalmente sganciato da qualsiasi verifica di natura parlamentare –, se non di quello esercitato dal capo dello stato in fase di emanazione del provvedimento (l'"unico controllo efficace"[403] prima della vigenza del decreto). Controllo che, pertanto, deve essere particolarmente stringente proprio in ragione sia della particolare genesi del decreto-legge, sia degli effetti che il medesimo può produrre sull'ordinamento giuridico, consentendo indi al PdR di esercitare "poteri tipologicamente più forti di quelli che la Costituzione gli conferisce in sede di promulgazione"[404].

Se infatti, alla luce del disposto normativo di cui all'art. 77 cost., l'adozione del decreto-legge ricade sotto la responsabilità del governo, l'emanazione dell'atto, ai sensi dell'art. 87, co. 5°, Cost. è invece atto propriamente presidenziale, verificandosi pertanto un'ipotesi di "atto sostanzialmente complesso", nel quale il capo dello stato partecipa alla formazione dell'atto, potendo, come nel caso in esame, spingersi ad impedirne l'applicazione, rifiutandone l'emanazione.

---

[402] Ritiene Carlo Esposito (*Decreto-legge,* in *Enc. Dir., XI,* Giuffrè, Milano, 1962, pag. 833) che il Governo abbia solamente "la *possibilità,* ma non la potestà o la competenza" all'adozione necessitata di provvedimenti d'urgenza e di necessità, i quali rappresentano per l'autore semplicemente "un *fatto* cui la Costituzione vuole dare disciplina, ma non un istituto che da essa tragga nascimento" (*ibidem),* evidenziando inoltre "il peccato originale dei provvedimenti … derivante dalla loro origine da una autorità che è nella pratica possibilità di porli in essere in conseguenza delle funzioni generalmente ad essa attribuite, dei poteri di cui è munita e della posizione istituzionale ad essa fatta, ma alla quale *non è conferita una legale competenza a provvedere" (ibidem).*

[403] M. Luciani, *op.ult.cit, p*ag. 425. Si legga anche la ricostruzione offerta da V. Lippolis – G. M. Salerno, *op.cit.,* pagg. 126ss.

[404] *Ivi,* pag. 426. Rinviene invece un'analogia operativa tra i due momenti della promulgazione e della emanazione Carlo Esposito, a giudizio del quale "la deliberazione governativa […] non esclude che, in analogia con le disposizioni sulla promulgazione delle leggi ed in base ai principi generali sulla collaborazione personale tra Capo dello Stato e ministri, sia fatta *richiesta di riesame* del provvedimento pure deliberato dal Governo" (*op.ult.cit.,* pag. 855), limitando conseguentemente l'evenienza del rifiuto assoluto di emanazione del decreto-legge al solo caso di alto tradimento o di attentato alla Costituzione, mancando "la statuizione di un obbligo assoluto di emanazione dopo l'eventualmente richiesto riesame del provvedimento" (come nel caso dell'art. 74Cost.), e sussistendo unicamente "l'obbligo generico del Presidente della Repubblica di cedere di fronte alla proposta governativa di emanazione" (*ibidem).*

Se ne deduce che il veto (in tal caso assoluto, non essendo prevista alcuna procedura compensativa, come nel caso di cui all'art. 74 cost.) opposto dal pdr acquista una valenza decisiva, essendo l'unico strumento idoneo a opporsi efficacemente a quella che sarebbe una vera e propria distorsione del monopolio parlamentare della funzione legislativa, aggirandone le ordinarie procedure. Ne discende che, proprio per la diversità degli effetti, del procedimento seguito nonché dei poteri conferiti al PdR, nel caso del rifiuto assoluto di emanazione del decreto-legge il veto opposto dal pdr non possa essere assimilato, per intrinseche caratteristiche ontologiche, al veto sospensivo di cui all'art. 74cost.; in tale ultimo caso, invero, il veto opposto dal capo dello Stato non arresta la procedura né pone nel nulla il provvedimento, ma ha effetti unicamente sospensivi e compensativi, lasciando in vita il provvedimento legislativo e anzi permettendo che il medesimo venga approvato nuovamente dalle Camere nella medesima formulazione originaria, non tenendo conto dei rilievi mossi dal capo dello stato. Di talchè la forza dei due veti appare assolutamente divergente, l'uno limitandosi a richiedere una nuova procedura di adozione dell'atto,[405] l'altro inverando – nell'opporre il rifiuto assoluto di emanazione dell'atto, con ambito di applicazione altresì più incisivo di quello previsto per la promulgazione (manifesta carenza dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza e manifesta lesività di norme e principi di natura costituzionale) – l'esercizio di un vero e proprio 'potere interdittivo',[406] cui consegue l'eliminazione dall'ordinamento giuridico del provvedimento governativo, con contestuale, radicale, privazione di efficacia.

Nella specificità del caso Englaro, il PdR ebbe modo di rilevare informalmente, preavvertendo il governo della propria contrarietà all'emanazione del decreto-legge, il carattere <<inappropriato>> del decreto in relazione all'assenza dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza, alla violazione delle prerogative giurisdizionali e del rispetto del principio della separazione dei poteri, involgendo pertanto considerazioni non solo di stretta costituzionalità del decreto-legge, ma anche di puro merito politico-costituzionale. In particolare, soprattutto il primo rilievo, relativo all'assenza dei presupposti di necessità ed urgenza, appare essere stato espressione da parte del pdr di una valutazione di merito costituzionale, riguardando la spendibilità intrinseca della forma del decreto-legge – quale strumento di regolazione della materia del fine vita –, laddove

[405] D. Galliani (*op.cit.,* pagg. XL s.) ritiene che "il messaggio *motivato* che il Presidente *deve* produrre al momento del rinvio delle leggi è forse l'atto *politico* che più di altri, nel nostro ordinamento, è libero *nei fini*"; e ancora: "Oggi la d*emocraticità* dell'ordinamento riposa anche sulla *obbligatoria* spiegazione *motivata* del rinvio delle leggi da parte del capo dello Stato, che per questo è democratico, se si vuole, non solo perché *motiva,* ma anche perché con questo contribuisce allo sviluppo di quella imprescindibile cultura costituzionale della quale si deve nutrire ogni singola esperienza costituzionale".

[406] "[…] anche in forme di governo pacificamente classificate come parlamentari, tra le quali l'italiana, il Capo dello Stato può avere *cospicui poteri interdittivi*, che possono giungere sino all'opposizione di una forma di veto assoluto"; così, con riferimento esplicito al caso Englaro, Massimo Luciani (*Governo (forme di), op.cit.,* pag. 549, nota 95).

le Camere, già investite della risoluzione del medesimo tema, erano impegnate a discutere di un disegno di legge in materia di testamento biologico e di fine-vita, la particolarità del caso non essendo stata giudicata dal PdR sufficiente a legittimare l'adozione di un decreto-legge che appariva emanato (illegittimamente) per la regolazione di un singolo caso. Nella vicenda in esame, inoltre, l'adozione del decreto-legge avrebbe irrimediabilmente violato il rispetto del limite del giudicato – annullandone gli effetti – sostituendosi in tal modo ad una pronuncia giurisdizionale dotata del crisma dell'irrevocabilità, infrangendo altresì sia il principio della separazione dei poteri sia il principio dell'affidamento incolpevole dei soggetti interessati all'esecuzione della pronuncia giurisdizionale (e, in particolare, dalla sentenza n. 21748 del 16.10.2007 della Prima Sezione della Corte di Cassazione, che aveva, formulando il principio di diritto enunciato, rinviato alla Corte d'Appello di Milano per la conseguente applicazione).

In particolare, la corte di legittimità, nella lucidissima sentenza citata, nel cassare con rinvio il decreto emesso dalla corte d'appello di Milano, poneva l'accento sul fatto che la corte d'appello non avesse proceduto a vagliare con la dovuta precisione se le dichiarazioni della Englaro, nella ricostruzione fatta da amici e parenti, ritenute inidonee a configurare un testamento di vita, avessero potuto tuttavia delineare la personalità della medesima nonché la sua concezione dell'idea stessa di dignità della persona, e se la stessa fosse rapportabile anche nel caso in esame, caratterizzato da una condizione di stato vegetativo permanente e, alla luce della migliore scienza clinica, considerato irreversibile, in assenza di qualsiasi possibilità di recupero psico-sensoriale. Cassava pertanto il decreto della corte d'appello e rinviava ad altra sezione della medesima corte d'appello onde valutasse se la richiesta d'interruzione dell'alimentazione artificiale avanzata dal tutore riflettesse gli orientamenti in tal senso espressi dalla figlia, in applicazione del diritto, irrinunciabile e inviolabile, al rifiuto delle cure mediche (a cui nessuno può essere obbligato, se non legge).

E' ovvio che tale accertamento, alla luce della riscontrata attendibilità delle dichiarazioni rese dalla Englaro nonché dell'attività istruttoria non poteva che condurre ad autorizzare l'interruzione dell'alimentazione artificiale, avendo la corte già espresso il principio di diritto vincolante cui il giudice di rinvio doveva attenersi. In tale contesto, l'adozione di un decreto-legge governativo il quale provvisoriamente impediva l'interruzione di qualsiasi sistema di alimentazione artificiale si sarebbe posta del tutto in contrasto, sovrapponendovisi (e annullandone implicitamente gli effetti), con la pronuncia della Cassazione, neutralizzandone illegittimamente la statuizione giurisdizionale. L'opportuno intervento presidenziale, evitando un'evidente violazione dei diritti umani nonché del principio della certezza del diritto e dell'autorità della cosa giudicata, nonché del principio della separazione dei poteri, ha non solamente doverosamente impedito una chiara

violazione di principi costituzionali, ma anche – in omaggio alla sua funzione di capo dello Stato[407] nonché, e ancor più, di rappresentante dell'unità nazionale – evitato un serio vulnus alla tenuta dell'equilibrio costituzionale dei poteri, evitando illegittime compressioni di differenti sfere di funzioni.

In tale contesto l'esercizio del veto assoluto da parte del PdR, sulla scia delle considerazioni prima svolte, nell'impedire l'entrata in vigore del decreto-legge, evitando lo stravolgimento del principio di separazione dei poteri, nel rappresentare pienamente la vigenza di una garanzia tecnica dell'ordinamento giuridico, ha teleologicamente manifestato, al contempo, l'indirizzo politico-costituzionale del Presidente, radicalmente opponentesi al diverso orientamento manifestato dall'organo governativo. E ciò malgrado il PdR non abbia esercitato alcun potere di tipo 'attivo', orientato alla formulazione del contenuto del decreto-legge, o teso a sostenerne l'entrata in vigore. Non di meno, quantunque privo di ogni potere determinativo 'attivo' del contenuto del decreto-legge – sulla cui formulazione non può intervenire, essendo sprovvisto di potere di iniziativa (limitandosi la sua azione a sancire l'effetto costitutivo dell'atto) –, egli ha potuto tuttavia (in ragione dell'immanente 'complessità' dell'atto) ugualmente partecipare all'adozione dell'atto (in quella forma di partecipazione 'negativa' di cui parlava il Mortati), impedendo l'entrata in vigore del decreto-legge sulla base di autonome considerazioni di merito costituzionale (valutate la conformità del provvedimento all'ordinamento giuridico complessivo e all'opportunità del provvedimento), esercitando di fatto un potere interdittivo, meramente 'negativo', con il quale ha negato efficacia al decreto-legge e determinato l'arresto del procedimento costituzionale. L'esclusione pertanto della pretesa compartecipativa del PdR alla determinazione del contenuto del provvedimento governativo non è equivalso, nel caso di specie, ad escludere conseguentemente qualsiasi tipo di intervento sull'adozione dell'atto.

Riecheggia, in tale operatività funzionale, l'eco delle parole rousseauiane poste a sostegno della definizione del 'potere negativo', allorquando lo scrittore ginevrino descriveva il tribuno della plebe come l'organo costituzionale che <<pur non potendo far nulla, tutto può impedire>>. Appare infatti non irragionevole, nel caso di specie – in cui il PdR ha negato l'emanazione di un decreto-legge, ponendole nel nulla l'applicazione –, assimilare (ben consci della diversità ontologica, sistematica e storica dei due istituti costituzionali) l'utilizzo del veto assoluto opposto dal capo dello stato all'esercizio dell'intercessio da parte dei tribuni della plebe, avendo in tal caso il Presidente esercitato non un semplice potere di sospensione (che comunque, nella procedura prevista dall'art.

[407] Nell'accezione sposata nel presente elaborato e riassunta finemente da Carlo Esposito, il quale definisce lo Stato l'"unico titolare primario" dell'"unica primaria potestà di imperio" (*Il Capo dello Stato, op.cit.,* pag. 225).

74 Cost., non esclude la nuova riapprovazione della legge da parte del plesso parlamentare), ma un vero e proprio rifiuto assoluto di emanazione dell'atto, eliminandolo contestualmente dall'ordinamento giuridico, impedendo la produzione di qualsiasi effetto giuridico. Assimilabilità sia sul piano dell'efficacia giuridica – essendo stata impedita la creazione del diritto, e in particolare l'esercizio di un 'potere attivo' di legiferazione della materia da parte del Governo, arrestandone il procedimento – che sul piano della legittimazione del rifiuto opposto dal Presidente, da ricercarsi nella difesa di quello che può essere definito come il <<bene comune>>, ossia la tutela di intangibili valori costituzionali (che sarebbero stati irrimediabilmente pregiudicati dall'eventuale applicazione del decreto-legge).

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?, a* cura di Eugenio Ripepe e Roberto Romboli, Giappichelli, Torino, 1995.

- AA.VV., *Referendum,* a cura di M. Luciani e M. Volpi, Laterza, Bari, 1992.

- AA.VV., *Quale riforma della Costituzione?* (a cura di G. Azzariti), Giappichelli, Torino, 1999.

- AA.VV., *Il Federalista* (a cura di Gigliola Sacerdoti Mariani)*,* Giappichelli, Torino, 1997.

- AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo,* Giuffrè, Milano, 1998.

- AA. VV., *Autonomia e diritto di resistenza, Studi sassaresi,* serie III, vol. III, a.a. 1970-71, Giuffrè, Milano, 1973.

- AA. VV., *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin,* a cura di Lorenza Carlassare, Cedam, Padova, 2004.

- G. Amato, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 1962.

- Aristotele, *Politica,* Laterza, Bari, 1972.

- G. Azzariti, *Considerazioni inattuali sui modi e sui limiti della riforma costituzionale* in *Politica del diritto*, anno XIX, n. 1, marzo 1998.

- G. Azzariti, *Diritto e conflitti,* Editori Laterza, Roma-Bari, 2010.

- G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale,* Laterza, Bari, 2016.

- G. Azzariti, *Sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato e comunicati irrituali della Presidenza della Repubblica: <<Su ciò di cui non si può parlare, se deve tacere>>,* in *Giur.cost.,* n. 5, 2009, pagg. 3999ss.

- A. Baldassarre, *Il <<referendum>> costituzionale* in *Quaderni costituzionali,* anno XIV, n. 2, 1994.

- Balladore Pallieri, *Crisi della personalità dello Stato,* Cedam, Padova, 1953.

- L. Basso, *Il principe senza scettro,* Feltrinelli, Milano, 1958.

- L. Basso, *Natura e funzione dell'opposizione costituzionale* in AA. VV., *Studi sulla Costituzione,* Giuffrè, Milano, 1958.

- I. Berlin, *Quattro saggi sulla libertà,* Feltrinelli, Milano, 1989.

- N. Bobbio, *Democrazia e liberalismo,* Simonelli, Milano, 2006.

- N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

- N. Bobbio, *Quale democrazia?*, Morcelliana, Brescia, 2009.

- N. Bobbio, *Il contratto sociale, oggi*, Guida, Napoli, 1980.

- N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995.

- N. Bobbio, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino, 1995.

- N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

- N. Bobbio, *Stato, governo, società,* Einaudi, Torino, 1985.

- N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto,* Giappichelli, Torino, 2012.

- N. Bobbio, *La teoria delle forme di governo,* Giappichelli, Torino, 1976.

- N. Bobbio, *Introduzione* in T. Hobbes, *Opere politiche, Classici politici,* Utet, Torino, 1959.

- N. Bobbio, *La resistenza all'oppressione, oggi,* in *Autonomia e diritto di resistenza, Studi sassaresi,* serie III, vol. III, a.a. 1970-71, Giuffrè, Milano, 1973.

- E.-W. Bockenforde, *Il potere costituente del popolo. Un concetto limite del diritto costituzionale,* in AA.VV., *Il futuro della Costituzione,* (a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther), Einaudi, Torino, 1996.

- Bodin, *I sei libri dello Stato,* collana *Classici politici*, Utet, Torino, 1964, pag. 345.

- P. Bonfante, *Storia del diritto romano,* SEL, Milano, 1923.

- M. Bon Valsassina, *Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello Stato contemporaneo,* Giuffrè, Milano, 1957.

- A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico,* Giuffrè, Milano, 2006.

- L. Capogrossi Colognesi, *Diritto e potere nella storia di Roma,* Jovene, Napoli, 2007.

- A. Caputo, *Un difensore civico per la repubblica,* Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro), 2012.

- Mario Castelli, *Sviluppo democratico e potere negativo oggi in Italia e altri scritti (estratto)*, pag. 11 (scritto originario *In tema di destabilizzazione* contenuto in *Aggiornamenti sociali* 1981/4).

- P. Catalano, *Sovranità della multitudo e potere negativo: un aggiornamento* in *Studi in onore di Gianni Ferrara,* Giappichelli, Torino, 2005.

- P. Catalano, *Diritti di libertà e potere negativo* in *Studi in memoria di Carlo Esposito,* Cedam, Padova, 1972-1974.

- P. Catalano, *Note per l'interpretazione della Constituciòn de la Repùblica Bolivariana de Venezuela secondo la dottrina di Simòn Bolivar (art. 1),* in *Potere negativo e Costituzioni bolivariane, Teoria del diritto e dello Stato,* Rivista europea di cultura e scienza giuridica, 2007/2, Aracne, 2007, pag. 359 ss.

- P. Catalano, *Alcuni principi costituzionali alla luce della dottrina di Giorgio La Pira,* in *Tradizione romanistica e costituzione,* Napoli, ESI, 2006.

- P. Catalano, *Tribunato e resistenza,* Paravia, Torino, 1971.

- P. Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Giappichelli, Torino, 1970.

- P. Catalano – G. Lobrano, *Il problema del potere in Roma repubblicana,* Libreria Dossi, Sassari, 1974.

- U. Cerroni, *La libertà dei moderni,* De Donato, Bari, 1968.

- A.A. Cervati – S- P. Panunzio – P. Ridola, *Studi sulla riforma costituzionale,* Giappichelli, Torino, 2001;

- O. Chessa, *Il Presidente della Repubblica parlamentare (Un'interpretazione della forma di governo italiana),* Jovene, Napoli, 2010.

- O. Chessa (*Le trasformazioni della funzione presidenziale di garanzia (Il caso della sentenza n. 1 del 2013),* in *Quaderni costituzionali/ a. XXXIII, n. 1, marzo 2013.*

- Cicerone, *Pro Rabirio perduellionis reo* in *Le orazioni di M. Tullio Cicerone, Classici latini,* Utet, Torino, 1981, vol. II, pag. 653 s. (a cura di Giovanni Bellardi).

- Cicerone, *Opere politiche e filosofiche, Classici latini,* (a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti), Utet, Torino, 1974.

- U. Coli, *Regnum* in *Scritti di diritto romano,* Giuffrè, Milano, 1973, vol. I.

- U. Coli, *Le origini della civitas romana secondo De Francisci,* in *Scritti di diritto romano,* Giuffrè, Milano, 1973, vol. II.

- B. Constant, *Discorso sulla libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni,* Samonà e Savelli, Roma, 1965.

- V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana,* in *Scritti in memoria di V.E. Orlando,* Cedam, Padova, 1957.

- V. Crisafulli, *Stato e popolo* in AA.VV, *Studi sulla Costituzione,* Giuffrè, Milano, 1958.

- V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale,* Cedam, Padova, 1978.

- V. Crisafulli - D. Nocilla, *Nazione,* in *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè, Torino, 1977, tomo XXVII.

- M. Dogliani, *Indirizzo politico,* Jovene, Napoli, 1985.

- D. Donati, *La persona reale dello Stato* in *Scritti di diritto pubblico,* Cedam, Padova, 1966.

- C. Esposito, *Lo Stato e la Nazione italiana,* Cedam, Padova, 1937.

- C. Esposito, *Commento all'art. 1* in *La Costituzione italiana – saggi,* Cedam, Padova, 1954.

- C. Esposito, *Il Capo dello Stato,* in *Enc. Dir.,* vol. VI, Milano, 1960.

- C. Esposito, *Decreto-legge,* in *Enc. Dir., XI,* Giuffrè, Milano, 1962.

- R. Esposito, *Contributo all'identificazione giuridica del popolo,* Noccioli, Firenze, 1964.

- G. Ferrara, *La revisione costituzionale come sfigurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel Progetto della Commissione bicamerale* in *Politica del diritto,* anno XIX, n. 1, marzo 1998.

- G. Ferri, *Il referendum nella revisione costituzionale,* Cedam, Padova, 2001.

- J.G. Fichte, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza,* Laterza, Roma, 1994.

- E. Fraenkel, *La componente rappresentativa e plebiscitaria nello Stato costituzionale democratico,* a cura di L. Ciaurro e C. Forte, Giappichelli Editore, Torino, 1994.

- T. E. Frosini, *Sovranità popolare, principio maggioritario e riforme istituzionali* in *Diritto e società,* n. 4, 1995.

- T. E. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo,* Giuffrè, Milano, 1997.

- S. Galeotti, *Garanzia costituzionale* in *Enciclopedia del diritto,* XVIII*,* Giuffrè, Milano, 1969, pagg. 490ss.

- S. Galeotti, *Controlli costituzionali* in *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè, Milano X, 1962;

- D. Galliani, *Metodo di studio e <<settennato>> Napolitano,* in *Quaderni costituzionali,* anno 2013, n. 1;

- D. Galliani, *Il Capo dello Stato e le leggi,* Milano, Giuffrè, 2012;

- G. Grosso, *Il diritto di sciopero e l'intercessio dei tribuni della plebe* in *Rivista Italiana per le Scienza Giuridiche,* 1952-1953, pagg. 397 ss.

- G. Grosso, *Lezione di storia del diritto romano,* Giappichelli, Torino, V ediz., 1965.

- G. Grosso, *Intervento* in AA. VV., *Autonomia e diritto di resistenza, Studi sassaresi,* serie III, vol. III, a.a. 1970-71, Giuffrè, Milano, 1973.

- P. Haberle, voce *Potere costituente* in *Enciclopedia Giuridica Treccani,* Roma, 2000.

- G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto,* Bompiani, Milano, 2006.

- H. Heller, *La sovranità* in *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato,* Giuffrè, Milano, 1987.

- T. Hobbes, *Sul cittadino,* collez. *Classici politici*, Unione tipografico-Editrice torinese, Torino, 1948.

- T. Hobbes, *Leviatano,* Bompiani, Milano, 2004.

- T. Hobbes, *Elementi di legge naturale e politica,* La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1968.

- T. Hobbes, *De cive, Classici della politica,* Utet, Torino, 1959.

- I. Kant, *Per la pace perpetua,* Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 2003.

- H. Kelsen, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale,* a cura di A. Carrino, Giuffrè, Milano, 1989.

- H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto,* Einaudi, Torino, 1952.

- N. Irti, *Tramonto della sovranità popolare e diffusione del potere,* in *Diritto e società,* nn. 3-4, 2009.

- C.A. Jemolo, *Sulla proposta istituzione del Commissario parlamentare in Italia,* in *Montecitorio: rivista di studi parlamentari,* ISP, 1965, pag. 89 ss.

- V. Lippolis – Giulio M. Salerno, *La presidenza più lunga (I poteri del Capo dello Stato e la Costituzione),* Il Mulino, Bologna, 2016.

- G. Lobrano, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni,* Delfino, Sassari, 1994.

- G. Lobrano, *Res publica res popoli: la legge e la limitazione del potere,* Giappichelli, Torino, 1966.

- G. Lobrano, *La Respublica romana, municipale-federativa e tribunizia: modello costituzionale attuale* in *Diritto @ storia,* n. 4, 2005

- G. Lobrano, *Il potere dei tribuni della plebe*, Giuffrè, Milano, 1992.

- J. Locke, *Il secondo trattato sul Governo,* RCS Quotidiani, Milano, 2011.

- M. Luciani, *Art. 75 Cost: la formazione delle leggi, il referendum abrogativo.* in *Commentario della Costituzione (*a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna-Roma, 2005.

- M. Luciani, *Governo (forme di),* in *Enciclopedia del diritto,* Annali 3 (2010), Giuffrè, Milano, 2011.

- M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni* in *Rivista di diritto costituzionale, 1,* 1996.

- M. Luciani, *Commento del Prof. Massimo Luciani,* in *Giur. Cost.,* anno 1991.

- M. Luciani, *Il referendum impossibile,* in *Quaderni costituzionali,* vol. XI, 2011.

- M. Luciani, *L'emanazione presidenziale di decreti-legge (spunti a partire dal caso E.),* in *Politica del diritto, n. 3, settembre 2009.*

- M. Luciani, *Un giroscopio costituzionale. Il Presidente della Repubblica dal mito alla realtà (passando per il testo della Costituzione),* in *Rivista AIC n. 2/2017.*

- M. Luciani, *Sulla titolarità sostanziale del potere di grazia del Presidente della Repubblica,* in *Corriere giuridico, n. 2/2007*.

- M. Luciani, *La gabbia del Presidente,* in *Giurisprudenza costituzionale, n. 1/2013.*

- A. Magro, *Referendum costituzionale e omogeneità del quesito,* in AA.VV. (a cura di Gaetano Azzariti), *Quale riforma della Costituzione?,* Giappichelli, Torino, 1999.

- L.M. Mazzoni Honorati, *Il referendum nella procedura di revisione costituzionale,* Giuffrè, Milano, 1992.

- C. Mezzanotte – Roberto Nania, *Referendum e forma di governo in Italia* in *Democrazia e diritto,* 1981.

- F. Modugno, *Ricorso al potere costituente o alla revisione costituzionale?,* in *Giur. Italiana*, 1998.

- Montesquieu, *Lo spirito delle leggi,* in "*Montesquieu. Tutte le opere",* a cura di Domenico Felice, Bompiani, Milano, 2014.

- C. Mortati, *Il problema della direzione politica dello Stato e il progetto di Costituzione della Repubblica italiana,* originariamente pubblicato in *Idea,* settembre 1947, ora in *Raccolta di scritti,* Giuffrè, Milano, 1972.

- C. Mortati, *Discorso all'Assemblea Costituente sul progetto di Costituzione della Repubblica italiana* pronunciato nella seduta della Commissione dei 75 del 18.9.1947, ora pubblicato in *Raccolta di scritti,* Giuffrè, Milano, 1972, pagg. 913ss.

- C. Mortati, *Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale,* originariamente pubblicato in *Studi di diritto costituzionale in onore di Luigi Rossi,* Milano, 1952, pagg. 377-415, ora in *Raccolti di scritti*, Giuffrè, Milano, 1972, pagg. 5ss.

- C. Mortati, *Lezioni di diritto costituzionale italiano e comparato,* Ricerche, Roma, 1960.

- C. Mortati, *Art. 1 Cost.* in *Commentario della Costituzione – Principi fondamentali* (a cura di G. Branca), Zanichelli, Bologna, 1975.

- C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico,* Padova, Cedam, 1975.

- F. Nietzsche, *Così parlò Zarathustra*", Mursia, Milano, 1974.

- A. Pace, *Le finalità accentratrici della riforma costituzionale Renzi-Boschi* in *Giur.cost.,* anno 2016, n. 1, pagg. 355ss.

- A. Pace, *Ancora sulla doverosa omogeneità del contenuto delle leggi costituzionali,* Giur. Cost., 2015, VI, pagg. 2303ss.

- S. Panizza – R. Romboli, *Aspettando il referendum (con il fiato sospeso),* Giappichelli, Torino, 2016.

- S.P. Panunzio, *Il metodo e i limiti della revisione costituzionale,* in AA.VV., *Quale riforma della Costituzione?,* (a cura di G. Azzariti), Giappichelli, Torino, 1999.

- S. P. Panunzio, *Riforme costituzionali e referendum* in AA.VV, *Referendum,* a cura di M. Luciani e M. Volpi, Laterza, Roma-Bari, 1992.

- S. P. Panunzio, *Le vie e le forme per l'innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi* in A.A.Cervati-S.P.Panunzio-P. Ridola, *Studi sulla riforma costituzionale,* Giappichelli, Torino, 2001.

- A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello Stato,* Giappichelli, Torino, 2009, pag. 300.

- M. das Gracias Pinto de Britto, *Direito de resistencia e poder negativo no pensamento de Norberto Bobbio: uma anàlise crìtica* in *Diritto@Storia,* n. 9, 2010.

- G.U. Rescigno, *Corso di diritto pubblico,* Zanichelli, Bologna, 2002.

- E. Rossi, *Una Costituzione migliore?,* Pisa, University Press, 2016.

- J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale,* Einaudi, Torino, 1994.

- M. Ruini, *Il referendum popolare e la revisione della Costituzione,* Giuffrè, Milano, 1953.

- M. Ruini, *La nostra e le cento costituzioni del mondo*, Giuffrè, Milano, 1961, pagg. 142 ss.

- B. Russell, *Autorità e individuo,* RCS Quotidiani S.p.A., Milano, 2011.

- A. Saitta, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale,* Giuffrè, Milano, 1975.

- C. Schmitt, *Dottrina della Costituzione,* Giuffrè, Milano, 1984.

- C. Schmitt, *Sul Leviatano,* Il Mulino, Bologna, 2011.

- E. Sièyes, *Opere e testimonianze politiche,* Giuffrè, Milano, 1993.

- B. Spinoza, *Trattato teologico-politico,* Einaudi, Torino, 1972.

- B. Spinoza, *Trattato politico,* Ramella, Torino, 1958.

- E. Tosato, *Sovranità popolare e sovranità dello Stato* in *Riv.trimestrale di diritto pubblico,* 1957.

- G. Valditara, *Diritto pubblico romano,* Giappichelli, Torino, 2013.

- P. Voci, *Per la definizione dell'imperium* in *Studi in memoria di Emilio Albertario,* Giuffrè, Milano, 1953, vol. II.

- F. Von Hayek, *Legge, legislazione e libertà,* Il Saggiatore, Milano, 1986.

Vincenzo Calvagno D'Achille