

Ar2

Giovanni Bianco

**Repubblica, potere costituente
e costituzione materiale**



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5501-4

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: novembre 2012

PREMESSA

Questo libro raccoglie alcuni saggi su talune categorie del diritto pubblico generale e della dottrina dello Stato.

Ciascun contributo mantiene una sua indiscutibile autonomia, e dunque non si può parlare di capitoli di libro in senso proprio e rigoroso.

Tuttavia, esiste una complessiva unità di temi e problemi affrontati.

Questo con riferimento alla scelta del metodo storico-domatico in ordine allo studio dei concetti e degli istituti del diritto pubblico ed alla necessità di un “punto di vista sostanziale”, per riprendere una concezione accolta dal Mortati, nello studio del dualismo repubblica-monarchia e delle forme di Stato e dell’origine e del fondamento dello Stato e della Costituzione.

GIOVANNI BIANCO

**REPUBBLICA, POTERE COSTITUENTE E COSTITUZIONE
MATERIALE**

INDICE

I

REPUBBLICA 9

1. Introduzione. - 2. La Repubblica come denominazione dello Stato: a) Significato originario ed epoca medievale; b) Significato «moderno» di Repubblica; c) Significato «contemporaneo» di Repubblica. - 3. La Repubblica come decisione fondamentale.. - 4. La Repubblica come forma di Stato e forma di governo dello Stato italiano. - 5. La Repubblica come «divieto di revisione». - 6. La Repubblica come complesso dei pubblici poteri e come comunità organizzata. - 7. Intorno ad alcune ulteriori questioni.

II

BREVI NOTE SU POTERE COSTITUENTE E STORIA 89

1. Potere costituente: una categoria polimorfa. - 2. Perché il potere costituente, come fatto genetico degli Stati e delle Costituzioni, è da intendersi come categoria storica. Per una critica delle concezioni meramente teoretiche della categoria stessa. - 3. Il potere costituente tra fattore storico, fattore politico, fattore ideologico e fattore giuridico.

III

QUEL CHE RESTA DELLA COSTITUZIONE MATERIALE (TRA CONGETTURE E CONFUTAZIONI) 123

1. Fatto, diritto e Costituzione materiale (con riferimenti all'istituzionalismo di Santi Romano). - 2. Il contributo del Mortati sulla Costituzione materiale e l'esigenza di

superare il formalismo giuridico kelseniana. - 3. Osservazioni critiche su alcuni assunti del pensiero del Mortati e richiami alle tesi del Guarino. Sulle fasi del pensiero mortatiano. - 4. Attualità della Costituzione materiale nell'età della globalizzazione e della lenta formazione di uno Stato europeo.

I

REPUBBLICA*

1. Introduzione. - 2. La Repubblica come denominazione dello Stato: a) Significato originario ed epoca medievale. - b) Significato «moderno» di Repubblica. - c) Significato «contemporaneo» di Repubblica. - 3. La Repubblica come decisione fondamentale. - 4. La Repubblica come forma di Stato e forma di governo dello Stato italiano. - 5. La Repubblica come «divieto di revisione». - 6. La Repubblica come complesso dei pubblici poteri e come comunità organizzata. - 7. Intorno ad alcune ulteriori questioni

* Questo contributo è stato pubblicato in forma di “voce” nel Digesto IV delle discipline pubblicistiche, Utet, Torino, 1997, XIII

1. Introduzione.

I problemi preliminari da affrontare al fine di trattare la presente voce sono sostanzialmente di due tipi, euristici e gnoseologici. Quanto ai primi, essi concernono anzitutto la distinzione tra la Repubblica come organizzazione statale ideale e la Repubblica come locuzione che riguarda un rapporto costituzionalizzato tra lo Stato apparato e lo Stato comunità, l'insieme dei pubblici poteri ed i governati; o, soltanto, in un'accezione più ampia e non relazionale, lo Stato unitariamente inteso, come insieme dei pubblici poteri e soggetti istituzionali, e come insieme dei cittadini destinatari delle risoluzioni dei titolari delle pubbliche potestà¹. Quindi, entro questa problematica, è necessaria una rigorosa delimitazione tra la ricostruzione di diritto positivo, e nella specie di diritto costituzionale, e quella eminentemente storico-dottrinarie, della storia delle dottrine politiche (con i connessi problemi di metodo attinenti allo studio di questa disciplina)², e della storia delle istituzioni politiche³. L'analisi della effettiva organizzazione dello Stato repubblicano, nel nostro caso di quello delineato dalla vigente costituzione italiana, e del termine Repubblica così come utilizzato nel testo

¹ Al riguardo FERRARI, *Corso istituzionale di diritto pubblico*, Milano, 1987, 20 ss.; LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1985, 74 ss.; MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1993, I; MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1994, 181 ss.; PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 257.

² Si rinvia alle ancora attuali riflessioni di G. MOSCA, *Storia delle dottrine politiche*, Bari, 1983, 11.

³ Come rileva il MOSCA, con riguardo ai rapporti fra lo studio delle dottrine politiche e quello delle istituzioni politiche, in *Storia delle dottrine politiche*, cit., 11.

costituzionale, si interseca, a sua volta, con la scienza della politica, che attiene allo studio politologico delle istituzioni esistenti⁴. La ricostruzione storico-dottrinarie della nozione di repubblica riguarda pure, invece, la filosofia della politica, ovvero quella branca degli studi filosofici che si è posto il problema di come debba essere lo Stato ideale e, dunque, la Repubblica ideale; e che ha talora identificato la Repubblica con lo Stato ideale, il fine ultimo della storia⁵. Riguardo al secondo tipo di questioni poste a capo della presente trattazione, esse concernono alcuni problemi esegetici strettamente necessari per la chiarificazione del tema, e si intrecciano con la stessa distinzione tra la forma di Stato e la forma di governo. Il sostantivo Repubblica, infatti, è stato attinente sia alla direzione politica, ai rapporti tra i supremi organi dello Stato (forma di governo), sia, e prevalentemente, ai

⁴ Cfr. BOBBIO, *Scienza politica*, in *Dizionario di politica*, diretto da Bobbio, Matteucci e Pasquino. Torino, 1983, 1020; FISICHELLA, *Manuale di scienza politica*, Roma, 1994, 13 ss.; SARTORI, *La scienza politica*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da Firpo, Torino, 1972, VI. Per i riferimenti alla nozione di sistema politico, inteso come istituzioni e processi politici caratterizzati da un certo grado di interdipendenza reciproca v. ELIA, *Governo* (forme di), in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 634; LANCHESTER, *Stato* (forme di), in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 796; ed i classici riferimenti in PELLEGRINO ROSSI, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, 1877, I, 11 ss.

⁵ V. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1983, 833; nonché per la concezione accolta, VICO, *Principi di scienza nuova*, Milano, 1992, 454 (con riguardo alla «storia ideale ed alla «repubblica ideale»); e PLATONE, *La Repubblica*, tr. it., Roma, 1995, libro III (in cui la Repubblica ideale coincide con l'aristocrazia o governo dei filosofi).

rapporti governanti e governati nella loro effettiva disciplina costituzionale (forma di Stato)⁶.

2. La Repubblica come denominazione dello Stato

a) Significato originario ed epoca medievale.

Il sostantivo Repubblica, nel suo significato originario, coincideva con la res publica in modo del tutto generico, ovvero sia con il complesso dei valori fondanti e delle attività che connotavano una determinata comunità cittadina⁷. Res publica significava, perciò, Stato, a prescindere se oligarchico, monarchico o democratico; a prescindere, cioè, di quanti fossero gli organi di direzione giuridico-politica dello Stato stesso, nell'alveo della

⁶ V. BALOCCHI, *Repubblica*, in *Grande diz. enc.*, Torino, 1971, XV, 779; CROSA, *Repubblica*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1949, 82; CUOCOLO, *Forme di Stato e di governo*, in *Digesto/pubbl.* VI, Torino, 1991, 496; G. U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 4,7.V. inoltre AMATO, *Forme di Stato e di governo*, in AMATO-BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1994, 31 ss.; BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1989, 19; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, Napoli, 1989, 194 ss.; CERETI, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, 1966, 58; MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., 189 ss.; PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli; 1992, 50 ss.; TESAURO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1960, I, 139 ss.

⁷ MARANINI-BASILE, *Repubblica*, in *N.N.D.I.*, XV, Torino, 1957, 196; M. BRANCA, *Repubblica*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991; nonché, ed inoltre, NICOLAJ, *Repubblica*, in *Repubblica*, in *D.I.*, XX, Torino, 1915, 1219 ss.; BARGONE, *Repubblica*, in *N.D.*, XI, Torino, 1939, 416. PERGOLESI, *Repubblica*, in *Enc. cattolica*, X, Firenze, 1953, 782.

classica tripartizione dei tipi di organizzazione statale⁸. Res publica, in tal senso, era pure la struttura fondamentale dello Stato e la sua costituzione, intesa aristotelicamente come «... l'ordinamento delle cariche in uno Stato, il modo in cui sono distribuite; qual è il potere sovrano della costituzione, quale il fine di ciascun ordinamento»⁹. Sul punto, però, si deve distinguere questa accezione latissima del termine Repubblica con quella «ideale», propria di correnti della filosofia politica di derivazione platonica che, come prima accennato, assegnavano al sostantivo un significato metastorico, identificandolo con lo Stato ideale e perfetto¹⁰. Res publica, quindi, come organizzazione complessiva del potere di direzione politica. Questo con riferimento all'uso del termine durante la Roma repubblicana¹¹, dopo l'età monarchica; significato che assume una valenza nuova e

⁸ Cfr. MATTEUCCI, *Repubblica*, in *Dizionario di politica*, diretto da Bobbio, Matteucci e Pasquino, Torino, 1948, 1983, 984. E per riferimenti classici v. ARISTOTELE, *La politica*, tr. it., Bari, 1993, III, 7, 1279 a 27; PLATONE, *La Repubblica*, cit., III e VIII-IX; POLIBIO, *Storie*, tr. it., Milano, 1994, 436 (che parla di regno, aristocrazia e democrazia e tirannide, oclocrazia ed oligarchia, quali tre forme di governo degenerate).

⁹ ARISTOTELE, *La politica*, cit., III, 6, 1278 b 8; ed i riferimenti contenuti in GLOTZ, *La città greca*, it., Torino, 1948, 37 ss.; MAZZARINO, Introduzione a DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, Roma, 1970, I, 95-168; DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, cit., II, 226 ss.

¹⁰ Ci si riferisce alla citata concezione platonica esposta ne *La Repubblica*, cit., III; ed alle tesi del VICO, esposte nell'ultimo capitolo de *La scienza nuova* (cit., 454). Su ciò v. anche F. ADORNO, *Introduzione alle opere politiche di Platone*, Torino, 1953, I, 9-57.

¹¹ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, Jovene, Napoli, 1973, II e III.

di rottura con il precedente assetto politico. E che finisce con il coincidere con una delle diverse accezioni del termine greco politeia¹². Infatti, come prima accennato, res publica riguarda ciò che è pubblico, la cosa pubblica, la comunità statale stessa, e comprende, e precede, la tripartizione classica delle forme di governo, tra monarchia, aristocrazia e democrazia, la quale, viceversa, pertiene alla sfera dell'archia, alla fase del governo in senso stretto e tecnico, come modo di esercizio delle supreme e sovrane funzioni statali¹³. Negli scrittori romani di epoca repubblicana quest'ultimo significato veniva contrapposto ai governi tirannici ed ingiusti, in cui manca un consenso generale ad una legge comune¹⁴. E ciò si rivestiva, quindi, di un suo proprio significato ideale, pur se non necessariamente metastorico, ed anzi spesso storicamente connesso alle istituzioni repubblicane¹⁵. Res publica è anche, in seguito, lo Stato descritto in età imperiale da Tacito, specie nei primi cinque libri degli Annali. In questi ultimi riecheggia l'antica concezione

¹² Politeia è infatti nella *Politica* di ARISTOTELE una forma di vita della polis (IV, 11, 1295 a 40): o un certo ordinamento di persone abitanti la polis, e quindi «taxis» di uomini e di cariche (III, 1, 1274 b 38). Per i vari significati di politeia v. anche PLUTARCO, *Monarchia-Democrazia-Oligarchia*, in *Consigli ai politici*, tr. it., Roma, 1995, 341; nonché ARISTOTELE, *Politica e Costituzione di Atene*, a cura di C. A. Viano, Torino, 1955, 363 ss.

¹³ V. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973, 3 ss.; 65 ss.

¹⁴ CICERONE, *De Republica*, tr. it., Torino, 1947. I, 25; ed i richiami contenuti in DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit., III.

¹⁵ CICERONE, *Trattato delle leggi*, in *Opere*, Torino, 1955, I; IV, 12-13; VI, 20; e R. W. E. A. J. CARLYLE, *Il pensiero politico medievale*, tr. it., Bari, 1956, I, 13-31.

dello Stato repubblicano romano, pur nell'ambito della descrizione dello Stato del princeps, e della dottrina della ragion di Stato, in seguito ripresa nel cinquecento dal cosiddetto tacitismo¹⁶.

Contrapposizione quest'ultima che permane nei Padri della Chiesa, ed influenza il pensiero agostiniano e tomistico, pur entro la dottrina cristiana della sovranità, per cui la sovranità dei regnanti deriva da Dio e dai principi che compongono il diritto naturale divino¹⁷. Al riguardo è da ricordare la filosofia politica di S. Tommaso. Per l'aquinate, nell'ambito della classica tripartizione delle forme di governo, la Repubblica, lo Stato, è un'esigenza di ordine morale ed il potere dello Stato è fondato sulla norma morale oggettiva. Forma ottima di governo è per lui la monarchia, cioè il dominio giusto, ordinato secondo le leggi, esercitato da una persona sola, che, in base alle teorie esposte nel *De regimine principum*, deve essere un principe cristiano moralmente ed intellettualmente idoneo¹⁸. Secondo S. Tommaso la tirannia, come dispotismo ingiusto, è la forma peggiore di governo, per prevenire la quale è

¹⁶ Cfr. DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, cit., III, 237 ss.; MCILWAIN, *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo medioevo*, tr. it., Venezia, 1959, 33.

¹⁷ K. LÖWITH, *Significato e fine della Storia. I presupposti teologici della filosofia della storia*, Milano, 1963, 7; R. W. E. A. J. CARLYLE, *Il pensiero politico medievale*, cit., 181-194; G. BARBERO, *Il pensiero politico cristiano. S. Agostino*, Torino, 1965, *Introduzione*, 9-50, ed i passi della Città di Dio *ivi* richiamati (in particolare: in vol. II. 645 ss.).

¹⁸ V. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Introduzione a S. Tommaso D'Aquino*, in *Scritti politici*, Bologna, 1946, V-XXXV; TOMMASO D'AQUINO, *De regimine principum*, Libd. I, cap. I, in *Scritti politici*, cit., 4 ss.; cap. II, *ivi*, 7; cap. III, *ivi*, 10-11.

raccomandata una costituzione mista, che, oltre al principio monarchico, conceda una partecipazione al governo anche dell'elemento o principio aristocratico e di quello democratico. Inoltre, secondo questa concezione della res publica, la legge umana è promulgata dalla collettività o dal monarca per indirizzare al bene comune, nel rispetto però della superiorità del Papato sul potere temporale. Cosicché vi sono materie le quali, in ossequio al fine soprannaturale dell'uomo, non possono non rientrare entro i fondamenti dell'etica e della politica, e perciò della legge divina e della legge naturale, le quali si pongono ad un livello trascendente rispetto alla res publica¹⁹.

Ma, per S. Tommaso, quest'ordine vige entro la relativa autonomia dello Stato, della res publica. poiché riconosceva alla Chiesa soltanto una potestas indirecta in temporalibus. D'altro canto, nell'epoca del medioevo, quando la Chiesa cattolica sosteneva la superiorità dell'autorità ecclesiastica sulla autorità laica, i pontefici esortavano il clero a negare obbedienza ai principi che non governavano nel rispetto del diritto naturale divino, ai tiranni²⁰.

¹⁹ V. in particolare TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, Ia. IIae, quaest. 96, 2 e 4, in *Scritti politici*, cit., 71-72; e Ia, IIae, quaest. 105, 1, *ivi*, 77; ID., *In libros politicorum Aristotelis expositio*, Roma, 1951, 136 ss.

²⁰ Questo è d'altronde il pensiero dell'aquinate, esposto nel *De regimine principum*, cap. 6, in *Scritti politici*, cit., 16. V. altresì, CARLYLE, *Il pensiero politico medievale*, cit., III, 67 ss.; e con particolare riguardo alle teorie esposte da GIOVANNI DI SALISBURY sul tirannicidio, nel celebre *Policraticus*, v. DAL PRA, *Giovanni di Salisbury*, Milano, 1951. Sul «Dictatus Papae» di Gregorio VII, sul potere di deporre i sovrani indegni della loro autorità da parte della Chiesa (affermazioni ribadite nel concilio del 1075) v. ARQUILLIÈRE, *Saint Grégoire VII. Essai sur sa conception du*