

## *Introduzione*

# DIRITTO ED ECONOMIA

SOMMARIO: 1. Diritto, ordinamento giuridico, diritto pubblico. – 2. I rapporti tra diritto ed economia.

### *1. Diritto, ordinamento giuridico, diritto pubblico*

Un brocardo latino ampiamente noto recita: “*Ubi societas ibi ius*”: dove c’è un consorzio umano esiste anche un sistema di regole. È infatti inevitabile che ogni stabile aggregato di persone sia retto da un sistema di regole, più o meno complesso, in base alla maggiore o minore complessità dell’aggregato sociale, così che fenomeno sociale e fenomeno giuridico sono tra loro strettamente connessi. La peculiarità delle **regole giuridiche** consiste nel fatto che esse ricollegano a presupposti determinati (ad es.: la sfiducia al Governo votata dalle Camere: art. 94 Cost.) effetti che si producono in quanto doverosi (l’obbligo di dimissioni del Governo). Il diritto in senso oggettivo è l’insieme di regole contrassegnate da tale doverosità. Per contro, non sono giuridiche, ma naturali, le regole che, desunte sperimentalmente attraverso l’osservazione, descrivono come a determinati presupposti (ad es.: la combustione di un legno) seguano, naturalmente, certi effetti (la trasformazione della materia in energia-calore). Proprio perché le **regole scientifiche** non sono caratterizzate da doverosità, nel caso in cui ai presupposti dati non seguano gli effetti attesi non si può parlare di trasgressione, ma di falsificazione della regolarità innanzi sperimentata o di eccezione alla stessa. La regolarità giuridica, invece, non descrive fenomeni e conseguenze necessarie, ma impone conseguenze determinate a presupposti determinati, secondo lo schema “se X” (protasi), “allora Y” (apodosi prescrittiva); dove il rapporto tra presupposto (X) e conseguenze o effetti (Y) è espresso in termini di precettività. Conseguentemente, se si ha violazione della regola giuridica si parla di trasgressione, perché è violazione della doverosità. In realtà, anche le **regole morali** si caratterizzano per precettività, ma tali regole, diversamente da quelle giuridiche, si impongono a noi dall’interno di noi stessi e quindi sono valide

*Caratteri propri  
delle regole  
giuridiche*

ed efficaci in quanto il soggetto ritenga necessario osservarle. Per contro, le regole giuridiche s'impongono a noi dall'esterno e ci obbligano anche se noi non intendiamo osservarle perché non vogliamo osservarle o perché addirittura ci sembrano ingiuste.

Fonti atto e fonti fatto; fonti di produzione e fonti di cognizione

La precettività imposta a noi dall'esterno, quale carattere proprio delle regole giuridiche, appare tanto più evidente quando sia un'autorità ad imporre le regole giuridiche, mediante l'emanazione di atti produttivi di regole. Si parla allora di diritto positivo in quanto posto e imposto dall'autorità. Gli atti produttivi di regole giuridiche, come ad es. le leggi ordinarie dello Stato e le leggi delle Regioni, sono **fonti-atto**. Ma il fenomeno può avere anche un'origine diversa, in quanto le regole giuridiche possono pure derivare da fatti produttivi di regole (**fonti-fatto**), come è per la **consuetudine**, che si forma attraverso la ripetizione generale, costante e uniforme nel tempo di un certo comportamento, a cui si affianca, gradualmente, la convinzione della doverosità di quel comportamento (*opinio juris seu necessitatis*). L'ordinamento britannico ha un'origine consuetudinaria (ma oggi non è più così, perché il diritto si forma attraverso le leggi del Parlamento e le sentenze dei giudici), al punto che la stessa Costituzione britannica non è scritta ed è considerata consuetudinaria (ma in realtà è integrata da molteplici atti che hanno segnato altrettante conquiste di libertà e affermazione dei diritti: la Magna Carta del 1215, il Bill of Rights del 1689, l'Act of Settlement del 1701). Anzi, l'ordinamento britannico costituisce l'esempio più importante di ordinamento di **common law**, imperniato su regole giuridiche non contenute in atti normativi, ma scaturenti dalle decisioni giurisprudenziali basate sulla consuetudine e la prassi. Ciò che spiega la particolare rilevanza del precedente giudiziario nell'ordinamento britannico e il principio dello *stare decisis*, in base al quale i principi di diritto affermati in una decisione giudiziaria da una corte gerarchicamente sovraordinata vincolano gli altri giudici che si trovino a farne applicazione in un caso analogo. Invece in Italia, come in tutti i Paesi di **civil law**, nei quali sono le fonti-atto a determinare con grande prevalenza la produzione delle regole giuridiche, la consuetudine ha un ruolo del tutto marginale (ad es., si reputa rispondano ad una regola consuetudinaria le consultazioni che il Presidente della Repubblica effettua degli ex Presidenti della Repubblica, dei Presidenti delle Camere e delle delegazioni dei gruppi parlamentari prima di nominare il Presidente del Consiglio dei Ministri e di formare il Governo, ma tale regola è suscettibile di mutare o addirittura perdere di significato in caso di modificazione del sistema elettorale e di scelta del Presidente del Consiglio). Le **fonti di produzione** (leggi, decreti legge e decreti legislativi, regolamenti, ecc.) originano regole giuridiche, le quali sono conoscibili in virtù delle **fonti di cognizione** (Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana; Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea; Bollettini Ufficiali delle Regioni).

Sia che le regole giuridiche derivino da atti, sia che derivino da fatti, esse in ogni caso ricollegano a dei fatti (se *x*) degli effetti (allora *y*). I fatti, al cui verificarsi la regola giuridica connette degli effetti, compongono la fattispecie, che è astratta, quando è contemplata dalla regola giuridica, e concreta, quando si produce nella realtà. I fatti (leciti e illeciti) a cui la regola giuridica collega degli effetti sono o “meri fatti” (es.: in caso di morte, i beni del *de cuius* passano agli eredi), oppure atti giuridici, che a loro volta possono essere negozi giuridici (ad es. un contratto), oppure meri atti (cioè atti volontari ma non quanto ai loro effetti). Proprio perché le regole giuridiche comportano che al verificarsi di un fatto conseguono certi effetti, questi effetti si producono nella sfera giuridica dei soggetti dell’ordinamento, cioè le **persone fisiche** e le **persone giuridiche** (quali gli enti pubblici, come lo Stato, le Regioni, le Province e i Comuni, e le persone giuridiche private, come le società di capitali). Queste ultime sono centri di imputazione di diritti e obblighi, dotate, al pari delle persone fisiche, della capacità giuridica (cioè, appunto della titolarità di diritti e obblighi) e della capacità d’agire (cioè della capacità di assumere obblighi e di esercitare i diritti) che esercitano mediante i propri organi (ad es., gli amministratori, nelle società di capitali; oppure gli organi esecutivi, negli Enti pubblici territoriali), in virtù del rapporto di immedesimazione organica che lega detti organi alla rispettiva persona giuridica. Occorre peraltro tener presente che alcune norme giuridiche si indirizzano anche alle associazioni prive di personalità giuridica, anche le quali pertanto sono, sia pur più limitatamente, centri di imputazione di situazioni soggettive. Ebbene, gli effetti che si producono nella sfera giuridica dei soggetti dell’ordinamento (persone fisiche, persone giuridiche e in alcuni casi le associazioni prive di personalità giuridica) determinano la costituzione, la modificazione o l’estinzione nella sfera giuridica soggettiva di **situazioni soggettive** di vantaggio (diritti soggettivi, interessi legittimi, aspettative tutelate) e di svantaggio (doveri, obblighi, oneri).

*Fattispecie giuridica e situazioni soggettive*

Le regole giuridiche sono, più correttamente, **disposizioni e norme**. Le prime corrispondono agli enunciati, costituiti dai segni grafici e grammaticali; le seconde sono invece i significati attribuibili agli enunciati, sulla base della correlativa interpretazione. Come tutte le espressioni verbali e scritte, anche le disposizioni giuridiche si prestano infatti a interpretazioni dirette ad attribuire il corretto significato all’enunciato. Ad es., l’art. 14 Cost. stabilisce che “Il domicilio è inviolabile”. Ma qual è il significato di domicilio? Secondo l’art. 43, comma 1 cod. civ., il domicilio di una persona è il “luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi”. Tuttavia la Corte costituzionale, argomentando in base alla *ratio* (cioè in base alla ragione e alla finalità obbiettiva della disposizione) dell’art. 14 Cost., ha ritenuto di estendere

*Disposizioni e norme*

la nozione di domicilio ad ogni spazio isolato dall'ambiente esterno del quale la persona voglia disporre liberamente, decidendo chi ammettervi e chi escludere (sentenza n. 88 del 1987, che ha considerato domicilio il bagagliaio dell'autovettura). I criteri interpretativi in base ai quali desumere il significato di un enunciato sono diversi: letterale, storico, teleologico (a quale finalità risponde la norma), sistematico. Si comprende quindi come da una stessa disposizione possano trarsi più norme e perché, dunque, si originino differenti orientamenti interpretativi anche tra i giudici (giurisprudenza) e i cultori della materia (dottrina).

*L'ordinamento  
giuridico*

L'insieme delle regole giuridiche connesse tra loro e ordinate in un sistema secondo razionalità costituisce l'**ordinamento giuridico**. Questa razionalità è presupposto necessario dell'ordinamento giuridico, giacché, diversamente, il giudice non avrebbe la possibilità di decidere nel caso in cui una fattispecie concreta a lui sottoposta non fosse inquadrabile in una regola dell'ordinamento. Infatti un giudice è comunque sempre tenuto a dare un giudizio e non può astenersi dallo stesso, in virtù del principio di completezza dell'ordinamento giuridico, che comporta che comunque ogni fattispecie concreta è suscettibile di un giudizio sulla base delle regole vigenti. In un ordinamento moderno le norme giuridiche rispondono ad una pluralità di funzioni: oltre a disciplinare i comportamenti dei soggetti, le loro situazioni soggettive e le loro relazioni, le regole di un ordinamento giuridico stabiliscono come nascono le norme giuridiche e chi ha il potere di farle, come devono essere organizzati gli enti complessi (es. Stato) e quali sono i rapporti all'interno di queste organizzazioni, come devono essere interpretate le disposizioni e applicato il diritto, ecc. La nozione di ordinamento giuridico è importante anche ai fini dell'interpretazione delle disposizioni giuridiche, dal momento che tra i più importanti criteri interpretativi vi è quello sistematico, che presuppone appunto un insieme di norme giuridiche ordinate razionalmente in sistema.

In realtà esistono più ordinamenti giuridici che coesistono e che spesso entrano in relazione tra loro. Si pensi, ad esempio, all'ordinamento canonico, che è un ordinamento giuridico che riguarda i membri, laici e del clero, della Chiesa cattolica, i quali quindi sono soggetti sia alle norme dell'ordinamento canonico, sia alle norme dell'ordinamento dello Stato di cui hanno la cittadinanza o in cui risiedono. Ancora, si pensi all'ordinamento giuridico delle organizzazioni internazionali, quale, in particolare, l'Unione europea, che sarà oggetto di opportuni approfondimenti nel primo capitolo, le cui norme entrano in relazione con quelle degli Stati membri dell'Unione europea. Ma fenomeni analoghi si registrano anche in riferimento agli ordinamenti giuridici a fini particolari (ad es., l'ordinamento sportivo) o derivanti dallo Stato (ad es. gli ordinamenti regionali e locali). Il **pluralismo degli ordina-**

**menti giuridici** pone naturalmente il problema dell'individuazione delle norme applicabili nel caso in cui gli ordinamenti e le rispettive norme entrino in relazione, ciò a cui provvedono le norme dell'ordinamento giuridico statale, quando quest'ultimo abbia a che fare con ordinamenti a fini particolari o derivati, oppure le norme dell'ordinamento giuridico sovranazionale o apposite disposizioni pattizie, quando l'ordinamento giuridico statale entri in relazione con altri ordinamenti a fini generali o sovranazionali.

Nell'ambito dell'ordinamento giuridico è possibile tracciare una distinzione tra **norme di diritto pubblico** (che caratterizzano il diritto costituzionale, amministrativo, penale, tributario, processuale) e **norme di diritto privato** (proprie del diritto civile, commerciale, del lavoro). In realtà si tratta di una distinzione non agevole. Secondo alcuni allorché un'attività sia posta in essere da soggetti pubblici, la disciplina di tale attività è di diritto pubblico; al contrario se è posta in essere dai privati è di diritto privato. Ma questo criterio di distinzione oggi non è più corretto. Infatti esistono esempi di attività poste in essere dai privati che sono anche attraversate da regole di diritto pubblico (ad es., il contratto di compravendita immobiliare è disciplinato dalle regole interpretate del codice civile, ma perché abbia efficacia nei confronti dei terzi deve essere trascritto nei pubblici registri immobiliari, mediante cioè un atto che costituisce esercizio privato di pubbliche funzioni). Al contrario, può succedere che soggetti pubblici stipolino contratti di diritto privato (ad es., le pubbliche amministrazioni acquisiscono forniture e servizi mediante contratti di diritto privato). Più corretta è la distinzione operata sulla base degli interessi tutelati dalla norma giuridica. Questa distinzione era già presente nel diritto romano, secondo un cui importante giurista (Ulpiano) "*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*": il diritto pubblico pertiene all'interesse pubblico, quello privato tutela invece gli interessi individuali. Questa distinzione porta con sé dei corollari: se il diritto privato è il diritto proprio degli interessi privati, esso è caratterizzato da autonomia e disponibilità, il suo tratto distintivo sarà quello di rimettere ai privati la disciplina dei reciproci interessi (autonomia) e per tale motivo le regole del diritto privato sono derogabili per volontà delle parti; per contro, il diritto pubblico disciplina degli interessi pubblici (della collettività), il cui perseguimento richiede una particolare soggiezione alla regola, e quindi è caratterizzato da doverosità e inderogabilità (cioè la regola deve essere rispettata obbligatoriamente e non può essere derogata). Tuttavia oggi la distinzione appare più attenuata e non sempre nitida, dal momento che l'interesse pubblico può anche essere perseguito da soggetti privati (ad es., mediante la gestione di servizi d'interesse generale) e mediante atti disciplinati dal diritto privato (ad es.,

*Diritto pubblico e  
diritto privato*

mediante accordi a cui si applicano i principi in materia di obbligazioni e contratti). Pertanto il criterio di distinzione che pone in relazione, da un lato, interesse pubblico e diritto pubblico, nonché, dall'altro, interesse privato e diritto privato, è soltanto orientativo.

## *2. I rapporti tra diritto ed economia*

*Diritto pubblico e diritto privato per la disciplina dell'economia*

Il diritto, avendo per suo specifico compito di disciplinare i rapporti tra i membri di una collettività, ha in sé l'attitudine anche a disciplinare i fatti e gli atti rilevanti per l'economia. Infatti i contratti di scambio, mediante i quali si attuano i rapporti economici, trovano nel codice civile la loro disciplina. Così è anche per quel particolarissimo contratto di scambio che è il contratto di lavoro, anch'esso disciplinato dal codice civile, oltre che da non poche leggi speciali. Anche le forme organizzative attraverso cui l'attività economica si esercita (l'impresa, l'azienda, i tipi di società) sono disciplinate dal codice civile. Tuttavia non sono soltanto le norme di diritto privato a disciplinare i fatti e gli atti rilevanti per l'economia o comunque aventi un contenuto economico. Spesso alla disciplina privatistica il legislatore affianca una disciplina di tipo pubblicistico per rafforzare l'obbligatorietà della norma. Così accade quando un precetto civilistico (ad es., quello di redigere il bilancio d'esercizio secondo i principi di verità, chiarezza e precisione, ai sensi dell'art. 2423 cod. civ.) è rafforzato dalla previsione di una sanzione penale (stando all'esempio precedente, il reato di false comunicazioni sociali, di cui all'art. 2621 cod. civ.). Altre volte alla pubblica amministrazione sono attribuite prerogative speciali per perseguire finalità economicamente rilevanti (ad es., l'espropriazione per la realizzazione di opere pubbliche, quali le autostrade), oppure le pubbliche amministrazioni sono sottoposte a soggezioni speciali quando devono stipulare contratti (soggezioni consistenti nell'obbligo di osservare le regole di pubblicità, non discriminazione e concorrenza, finalizzate a consentire l'attuazione, tra gli altri, dei principi di economicità e imparzialità delle pubbliche amministrazioni).

*Il diritto pubblico e la formazione dell'economista*

Conoscere il diritto e il diritto pubblico è pertanto indispensabile nella formazione dell'economista, perché consente di apprendere il quadro entro il quale si svolgono i rapporti economici. A volte le nozioni giuridiche sono strettamente connesse all'esercizio di una professione di tipo economico. Ad es., il dottore commercialista non può non conoscere il diritto commerciale, il diritto tributario e la parte del diritto pubblico che riguarda le fonti del diritto, dal momento che si trova tutti i giorni a porsi il problema dell'applicazione e interpretazione delle fonti del diritto rilevanti per la consulenza commerciale e fiscale. Come

le fonti del diritto, sono strettamente correlati alle professioni economiche altri istituti propri del diritto pubblico, quali la libertà di iniziativa economica e i suoi limiti, i servizi pubblici, le attività di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, i bilanci pubblici e le finalità redistributive con essi perseguite. Altre volte, invece, la comprensione del diritto non è strettamente correlata ad una specifica professione economica, ma è essenziale nella formazione dell'economista perché consente di cogliere il complesso rapporto che si instaura tra l'economia e la regolamentazione dei fatti e degli atti economici. Occorre infatti tenere presente che l'economia è dominata innanzitutto da leggi interne ad essa, che non si configurano come giuridiche, ma come scientifiche e proprie del mondo economico. Nella spiegazione della teoria economica liberale il mercato si configura come "un meccanismo di coordinamento delle decisioni economiche attraverso un sistema di prezzi parametrici: famiglie e imprese considerano i prezzi come un parametro dato e su questa base decidono quanto e che cosa consumare e produrre. Il notevole risultato teorico è che da questo processo decisionale decentrato, in cui nessun soggetto tiene conto degli altri, ciò che risulta è l'ordine economico e non il disordine. Gli individui che perseguono il loro interesse privato realizzano inconsapevolmente l'interesse collettivo come se fossero guidati da una 'mano invisibile': i prezzi privati coincidono con i prezzi sociali, non esiste conflitto fra individuo e società e il mercato produce allocazioni efficienti. La migliore politica economica è quella di non fare nulla che distorca il meccanismo di perfetta concorrenza.

Questo risultato si fonda tuttavia su ipotesi stringenti, fra cui in particolare la completezza dei mercati, l'assenza di esternalità e di potere di mercato" (L. Campiglio, 19 ss.). Esistono cioè dei fattori che non consentono il coordinamento spontaneo nel mercato o comunque determinano effetti negativi. La concorrenza perfetta è continuamente minacciata dal potere di mercato, cioè dalla possibilità che un operatore economico influenzi con i propri comportamenti i prezzi, le quantità offerte, la qualità dei prodotti e in ultima istanza la stessa libertà degli altri imprenditori di accedere al mercato. Inoltre l'attività economica produce esternalità negative che non sono compensate dal prezzo del prodotto e che quindi determinano uno svantaggio per la collettività (presente e futura): ad es., un'automobile ha dei costi di inquinamento che non sono compensabili con il suo valore di mercato e che producono un costo sociale. Le esternalità negative costituiscono una causa di fallimento del mercato, nel senso che il mercato non offre risposte al problema e quindi necessita di interventi correttivi esterni. Ma così è anche per la garanzia dell'effettiva diffusione dei beni pubblici puri, cioè di quei vantaggi che, ridondando per definizione in favore di tutti

*L'ordine giuridico  
del mercato*

(ad es., l'ambiente salubre e la difesa dagli attacchi esterni), rischiano di non essere pagati da nessuno e quindi di non poter essere assicurati senza l'intervento pubblico. Anche i beni meritori, quali l'istruzione e la fruizione dei beni culturali, se la loro diffusione è lasciata esclusivamente ai meccanismi del mercato, rischiano di non essere capillarmente ed efficacemente diffusi, perché i singoli potrebbero non desiderare tali beni per sé o desiderarli ad un livello basso. Tutto ciò senza contare che sussistono finalità esterne alle leggi economiche che comunque l'ordinamento giuridico ha la pretesa di perseguire, come, ad esempio, la redistribuzione della ricchezza per ottenere condizioni di maggiore eguaglianza tra gli individui o quanto meno per ridurre le eccessive disparità sociali (J.E. Stiglitz). Al diritto è allora assegnato il compito di correggere quei fattori che non permettono il coordinamento spontaneo nel mercato e di consentire il perseguimento dei fini ritenuti fondamentali dall'ordinamento e che l'economia non riesce ad assicurare secondo le leggi che le sono proprie. Trovano allora spiegazione nell'obiettivo di impedire ostacoli alla concorrenza le discipline antitrust, che dalla fine del 1800 sono state applicate negli Stati Uniti (*Sherman Act* del 1890), per poi trovare spazio anche nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea e infine applicazione anche in Italia in virtù della legge n. 287 del 1990. Tali discipline vietano certi comportamenti (in particolare, le intese restrittive della concorrenza e l'abuso di posizione dominante) e prevedono strutture di controllo, abilitate all'applicazione di specifiche sanzioni in caso di trasgressione dei divieti. Invece l'esigenza di sopperire ai fallimenti del mercato conduce ad ammettere l'intervento pubblico per assicurare, anche in via coattiva, i beni pubblici puri e un'adeguata diffusione dei beni meritori. Infine, mediante misure redistributive della ricchezza, impiegate sull'imposizione fiscale e l'organizzazione delle prestazioni dirette a soddisfare i diritti sociali, viene perseguito il fine di una maggiore eguaglianza.

Ne consegue che il diritto non è mera forma esteriore del comportamento economico, che si limita a lasciare a ciascun attore economico un'autonoma possibilità di scelta; a questa concezione meramente formale del diritto si sostituisce una concezione finalistica che vede nella norma giuridica una componente strutturale dell'attività economica (Mengoni). Per converso, il mercato non può essere inteso come un mero dato di natura, il luogo in cui naturalmente avviene il coordinamento delle scelte e dei comportamenti individuali, giacché il diritto dà al mercato un ordine giuridico, ove sono individuate finalità e regole congrue rispetto a quei fini. Il mercato non è mai un luogo naturale, ma è sempre un luogo artificiale, in quanto strutturato e conformato, pur in modi diversi nelle diverse epoche storiche, secondo le decisioni assunte in ambito politico e tradotte in norme giuridiche dirette a confe-

rire un certo ordine giuridico al mercato. Né **l'ordine giuridico del mercato** (N. Irti) è determinato esclusivamente dalle specifiche discipline che riguardano il mercato in sé, i suoi operatori e i rapporti che si danno tra gli stessi. In realtà l'ordine giuridico del mercato è condizionato dall'ordinamento giuridico nel suo complesso, a partire dai principi fondamentali della Costituzione, e quindi anche dalle scelte relative alla tutela dei diritti dei cittadini e alle forme di governo. A tale proposito è esemplare lo stretto rapporto esistente tra le carestie e le libertà, in particolare quella di stampa, che ha evidenziato il premio Nobel per l'economia Amartya Sen, il quale è giunto ad affermare che "nella terribile storia delle carestie mondiali è difficile trovare un caso in cui si sia verificata una carestia in un paese che avesse una stampa libera e un'opposizione attiva entro un quadro istituzionale democratico", e ciò in quanto "In presenza di una stampa relativamente libera, con elezioni periodiche e con attivi partiti di opposizione, nessun governo può sfuggire a severe sanzioni nel caso si verificassero ritardi nell'applicazione di misure di prevenzione e si consenta alla carestia di scatenarsi".

Senonché l'economia a sua volta influenza il diritto. A partire dal 1960 è stato avviato un nuovo filone di studi, che oggi ha assunto il nome di **analisi economica del diritto**, che ha per oggetto l'esame dei fondamenti logico-economici delle regole giuridiche, al fine di valutarne i loro effetti. Le norme giuridiche, infatti, hanno per scopo di intervenire nei rapporti tra i membri di una collettività per dissuaderli dal tenere certi comportamenti o per incentivarli a tenerne altri. È quanto avviene anche nella disciplina dei rapporti economici, nei quali il diritto, come abbiamo visto, interviene ad esempio per proibire comportamenti che si configurino come abuso di una posizione dominante nel mercato, sotto la minaccia di una sanzione. L'analisi economica del diritto, applicando i principi della microeconomia e della teoria dei giochi, aiuta ad approfondire come debbano essere scritte le disposizioni giuridiche perché possano consentire di conseguire gli effetti che con esse ci si propone o come debbano essere configurati gli incentivi perché siano raggiunti gli obiettivi prestabiliti (G. Napolitano, M. Abrescia). Si tratta di un approccio che resta esterno alle finalità di queste lezioni, in quanto intese a definire il quadro essenziale del diritto pubblico, mentre l'analisi economica ha per scopo appunto di valutare gli effetti delle norme, ancorché laddove necessario si farà ricorso ai risultati dell'analisi economica del diritto pubblico per meglio rappresentare gli effetti degli istituti del diritto pubblico. Ma occorre ulteriormente tener presente che proprio l'approccio dell'analisi economica del diritto ha convinto lo stesso legislatore a una maggiore attenzione alle conseguenze generate dalle norme giuridiche, mediante l'introduzione dell'analisi d'impatto della regolamentazione (AIR), che, ai sensi dell'art. 14 del-

*L'analisi economica  
del diritto*

la legge n. 246 del 2005 (c.d. “legge di semplificazione” per il 2006) “consiste nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull’organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative”, al fine di verificare, in particolare, il raggiungimento delle finalità perseguite e la stima dei costi e degli effetti prodotti dagli atti normativi. Si tratta di un’attività di valutazione che agisce a supporto dei legislatori statale e regionali e che ha determinato la nascita di osservatori e di ricerche in materia. Ciò che dimostra come l’analisi economica del diritto abbia posto in concreto l’esigenza di valutare se le norme giuridiche consentono l’effettivo perseguimento dei fini stabiliti e se quindi pongono correttamente in rapporto tra loro i fini perseguiti e i mezzi con essi congruenti e ad essi adeguati.

## *Capitolo primo*

# **LA PARABOLA DELLA SOVRANITÀ: STATO, COSTITUZIONE, UNIONE EUROPEA**

SOMMARIO: *Sezione prima. Stato e forme di Stato.* – I.I.1. La nascita dello Stato moderno e la statualizzazione del diritto. – I.I.2. Lo Stato e le forme di Stato. Stato patrimoniale, assoluto e di polizia. – I.I.3. Lo Stato di diritto. – *Sezione seconda. La Costituzione.* – I.II.1. Dallo Stato di diritto al moderno costituzionalismo. – I.II.2. Cenni di storia costituzionale italiana. – I.II.3. Il disegno costituzionale. Lo Stato democratico e sociale. – I.II.4. La rigidità della Costituzione italiana. – *Sezione terza. L'Unione europea.* – I.III.1. L'Unione europea e le tappe della sua formazione. – I.III.2. Competenze e politiche dell'Unione europea. – I.III.3. Le istituzioni dell'Unione europea. – I.III.4. Le fonti del diritto dell'Unione europea e i rapporti con gli ordinamenti degli Stati membri. – I.III.5. Gli effetti delle fonti del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento degli Stati membri. – I.III.6. Gli strumenti (giurisdizionali e legislativi) di adeguamento al diritto dell'Unione europea. – I.III.7. Conclusioni: a che punto è il processo d'integrazione?

### *Sezione prima*

## **STATO E FORME DI STATO**

### ***I.I.1. La nascita dello Stato moderno e la statualizzazione del diritto***

L'ordinamento giuridico consiste in un sistema di norme giuridiche, prodotte da fonti del diritto, il cui riconoscimento oggi procede dalla Costituzione e che sono poste pressoché integralmente dagli enti territoriali che compongono la Repubblica (Stato, Regioni e Autonomie locali); trovano peraltro applicazione nel nostro ordinamento anche le norme dell'Unione europea e quelle, consuetudinarie o convenzionali, internazionali. Tuttavia è questo il risultato di un processo storico che, come vedremo, ha rotto il monopolio della produzione delle norme giuridiche in capo allo Stato, come era anche nel nostro Paese fino alla Costituzione repubblicana, quando il sistema delle fonti del diritto era assolutamente dominato dalle leggi, dagli atti aventi forza di legge e dai

regolamenti statali. La statualizzazione del diritto è fenomeno che si afferma in concomitanza con la nascita dello Stato modernamente inteso, a seguito della duplice lotta dallo stesso condotta contro i poteri infra-statali (feudatari, signorie, comuni, corporazioni) e sovrastatali (l'impero o quel che ne era rimasto). La nascita dello Stato moderno ha comportato la statualizzazione del diritto non soltanto nel senso della prevalenza delle fonti del diritto prodotte dagli organi dello Stato, ma soprattutto nel senso che è lo Stato a determinare gli atti e i fatti produttivi di norme giuridiche (fonti del diritto) nell'ambito del proprio ordinamento.

*Centralità dei rapporti privatistici in epoca medievale*

Non era così in epoca feudale, quando ancora neppure esisteva lo Stato come viene considerato nell'accezione moderna del termine. La realtà medievale (almeno fino al X secolo) era caratterizzata da una pluralità di piccoli aggregati, sparsi sul territorio, il risultato di secoli di crisi demografica e di assenza di vie di comunicazione e di traffici commerciali. In tale contesto, nel quale i nuclei abitativi rappresentavano realtà atomistiche e con un'economia imperniata sull'autoconsumo, i rapporti giuridici sorgevano all'interno di tali nuclei abitativi ed erano strettamente locali e caratterizzati da una necessaria contrattualità: il contadino aveva bisogno di sicurezza e protezione che otteneva dal suo signore in cambio di servizi civili (i frutti del lavoro agricolo) o militari. Il carattere sinallagmatico dei rapporti si rafforza ulteriormente dopo la creazione dell'impero carolingio e l'avvento del sistema feudale. L'esercizio del potere non era disciplinato dal diritto pubblico, ma trovava giustificazione in un rapporto privatistico tra il re, il vassallo o altra figura di signore feudale, in quanto proprietario di un patrimonio fondiario e titolare di tutti i rapporti giuridici che vi erano connessi, e coloro che si trovavano su quel fondo, i quali gli erano sottomessi in virtù dei rapporti giuridici legati al patrimonio fondiario. L'espressione "**Stato patrimoniale**", con cui solitamente viene denominata la forma di Stato nel periodo medievale, esprime appunto la centralità dei rapporti privatistici imperniati sulla proprietà per descrivere la natura delle relazioni tra il signore (re, feudatario, vassallo, ecc.) e coloro che gli erano sottoposti. Per quanto nel tardo medioevo la crescita demografica e la ripresa dei commerci favorì l'affermazione dei Comuni e un'articolazione ancora maggiore della società e dei poteri, non mutò però la natura dei rapporti giuridici, che continuavano ad essere caratterizzati dal sinallagma che lega i diritti e gli obblighi nei rapporti privatistici e che pone in relazione la molteplicità delle "società" medievali a partire dall'XI secolo: rapporti nell'ambito del regime feudale, rapporti tra e nei Comuni e signorie, rapporti tra e nelle corporazioni. Dunque durante il medioevo non esiste lo Stato inteso come ordinamento giuridico unitario, bensì una **pluralità di ordinamenti giuridici**. In particolare, nell'alto medioevo, il principio della per-

sonalità del diritto, cui le popolazioni germaniche ispirarono la loro convivenza con i popoli conquistati, implicava l'applicazione a ciascun soggetto del diritto della propria *natio*, senza alcun riguardo al territorio in cui il rapporto giuridico avveniva, con la conseguenza che il diritto delle popolazioni germaniche conviveva con il diritto delle popolazioni conquistate. Dopo la ripresa dell'aspirazione ad un impero universalistico (sul modello di quello romano, il cui vagheggiamento era riaffiorato con l'instaurazione dell'impero carolingio) e con l'affermarsi alla fine del XIII secolo dello *ius commune* (grazie alla reinterpreteazione da parte della scuola dei glossatori del diritto romano), i rapporti erano disciplinati da tale diritto comune, coordinato con i diritti locali e particolari (*iura propria*).

Tale situazione si modifica a partire dal 1500 con la nascita dello Stato moderno, attraverso un processo storico non breve e non netto, con caratteri differenti nelle diverse realtà territoriali, ma che presenta la costante dell'affermazione di sovranità a carattere nazionale. I territori estranei all'area italo-tedesca fin dal secolo XVI giustificano la pretesa di assoluta indipendenza politica e legislativa nei confronti dell'imperatore e reputano ormai estranea l'idea di una comune appartenenza ad un impero unitario. Ma anche nei territori collegati all'impero l'esperienza delle signorie si trasforma nei principati con forme organizzative di tipo monarchico statale, se pure a carattere regionale, che condurrà tra il XVI e il XVIII secolo all'esperienza degli Stati principeschi quali ordinamenti sovrani. Con la pace di Westfalia del 1648 gli Stati europei si riconoscono reciprocamente come Enti indipendenti e pariordinati, ciò che costituisce definitiva affermazione degli Stati nazionali (Francia, Spagna, Inghilterra, Portogallo, Paesi Bassi, ma anche degli Stati principeschi) contro gli autonomi centri di potere del periodo medievale e contro i tentativi sempre riproposti dell'instaurazione di un nuovo impero a carattere europeo, in sintonia con l'esigenza, derivante dal nuovo sviluppo dei traffici commerciali, di assicurare regole non più differenti da regione a regione, ma omogenee su tutto il territorio nazionale. Quindi lo Stato moderno è il risultato insieme di una lotta politica e di uno stato dell'evoluzione economica. È in conseguenza dell'affermazione degli Stati modernamente intesi che muta il sistema delle fonti: al pluralismo degli ordinamenti e al coordinamento tra diritti locali e particolari e il diritto comune si sostituisce la volontà del principe come prima e suprema fonte di produzione del diritto, con la conseguenza che ogni altra norma derivante da altre fonti diventa giuridicamente rilevante soltanto se oggetto della sua approvazione.

La successiva  
statualizzazione  
del diritto

### I.1.2. *Lo Stato e le forme di Stato. Stato patrimoniale, assoluto e di polizia*

Forma di Stato

Con l'espressione **forma di Stato** ci si riferisce ai rapporti esistenti in un ordinamento tra coloro che detengono il potere e i cittadini, o, detto in altro modo, ai rapporti tra l'autorità e le libertà. Ogni Stato infatti si propone delle finalità e ispira la propria azione a dei valori, che determinano i caratteri essenziali del rapporto tra la struttura dello Stato e la collettività che in esso si riconosce.

Lo «Stato»  
patrimoniale

Nel periodo medievale, quando lo Stato non si era ancora imposto, abbiamo visto che i rapporti tra i detentori del potere e coloro che vi erano sottoposti erano di carattere patrimoniale-privatistico. Questa realtà non muta di colpo, proprio perché le strutture di potere del periodo feudale continuano ad esistere anche dopo la nascita dello Stato moderno. La **forma di Stato** in questa lunga e fluida fase storica è definita **patrimoniale** proprio in ragione del fatto che il diritto di proprietà sul patrimonio fondiario è il fondamento del potere e degli ulteriori diritti che il signore-proprietario vanta nei confronti di chi si trova sul proprio territorio. Secondo il giurista tedesco Gerber il diritto pubblico non era solo caratterizzato dalla forma del diritto privato, ma era tale anche nella sostanza: l'autorità era appunto imperniata sul diritto di proprietà (*dominium*, non *imperium*); quello che oggi chiamiamo potere impositivo era considerato un diritto di credito.

Nascita dello Stato  
modernamente  
inteso

Con la nascita dello Stato moderno si attua la distinzione fra *imperium* e *dominium*: i rapporti di potere hanno una disciplina diversa da quella dei rapporti fra privati; chi esercita il potere lo esercita in quanto titolare della sovranità. Al riguardo, occorre considerare che la parola sovranità viene riferita sia al titolare dell'*imperium* nell'ambito dello Stato sia allo Stato stesso. La parola Stato deriva dal latino "*status*", ma il significato delle due non è il medesimo: *status* nel diritto privato è il modo di essere, la condizione di un soggetto alla quale vengono collegate particolari situazioni soggettive; Stato invece è una parola "moderna", il primo ad averla utilizzata è stato Machiavelli e dopo di lui viene ripresa anche da Montesquieu. Quando si parla di Stato si fa riferimento ad una collettività di cittadini, ma ancor prima si fa riferimento ad una particolare persona giuridica diversa dalle persone fisiche che la compongono. Lo Stato rappresenta nella sua evoluzione più matura un centro di imputazione di situazioni soggettive (poteri, diritti, doveri e obblighi) con caratteristiche e presupposti del tutto peculiari che lo rendono diverso non solo da qualunque persona fisica, ma anche da qualunque persona giuridica (Enti pubblici o privati). Infatti, affinché un'organizzazione personificata sia definita **Stato**, occorre che sussistano i seguenti elementi: un **territorio**, un **popolo** e la **sovranità**. Ancor

oggi si afferma infatti che “Il diritto internazionale riconosce come Stati soltanto quegli Enti che, in piena indipendenza, esercitano il proprio potere di governo collettivo nei confronti di una comunità stanziata su un territorio” (Cass. pen., Sez. I, 28 giugno 1985, n. 1981). Si comprende da tale definizione come sia proprio la sovranità l’elemento qualificante lo Stato, dal momento che il territorio e la comunità su di esso stanziata sono elementi comuni anche ad altri Enti territoriali (gli Stati membri di uno Stato federale, ma anche i Comuni). Ma la sovranità è propria soltanto dello Stato in quanto soltanto quest’ultimo si afferma (attraverso la duplice lotta nei confronti dei poteri infrastatali e dell’impero) come ente che non deriva la propria legittimazione da altri (la sua sovranità è originaria e non derivata) e quindi non riconosce alcuna autorità o potere sopra di sé. È questo il profilo dell’indipendenza giuridica esterna dello Stato rispetto ad altri ordinamenti e che invece non è propria, ad es., degli Stati membri di uno Stato federale.

*La sovranità quale elemento caratterizzante lo Stato*

Sul lato interno la sovranità implica l’esistenza di un’ autorità politica che eserciti la potestà di imperio e di governo su un territorio e su una popolazione. Con l’affermarsi dello Stato come ente dotato di sovranità, si afferma anche al suo interno la monarchia assoluta come forma di governo, caratterizzata dall’accentramento in capo al sovrano di tutti i poteri: è la **forma dello Stato assoluto**. Il passaggio allo Stato assoluto comporta che i rapporti imperniati nell’epoca feudale su vincoli di fedeltà reciproci tra signore e sudditi, o quanto meno di reciprocità delle prestazioni e dei benefici (condivisione del territorio e del rischio di invasione) vengano meno: nello Stato assoluto i rapporti tra il sovrano e i sudditi sono esclusivamente imperniati sul potere d’imperio e sulla corrispondente soggezione a tale potere. Al pari della sovranità dello Stato, che, in quanto originaria, non trova legittimazione e limite al di fuori di sé, così la sovranità del monarca assoluto è piena e sottratta ad ogni vincolo: il sovrano è sciolto da vincoli di legge ed anzi ciò che piace al sovrano ha valore di legge.

*Lo Stato assoluto*

La dottrina politica del tempo è condotta a chiedersi quale sia il fondamento del potere, dal momento che il sovrano non poteva più essere considerato tale in ragione di un diritto di proprietà esteso all’intero territorio statale e a tutti i beni in esso esistenti: se, prima del sorgere dello Stato modernamente inteso, la legittimazione del comando era fondata sul titolo di proprietà sul territorio, allorché, invece, il comando perde tale giustificazione, si pone il problema di individuarne una nuova e diversa, che continui ad assicurare legittimazione ad un potere di comando non più confondibile con l’esercizio di un diritto soggettivo di proprietà. La giustificazione dell’esercizio della sovranità, ma prima ancora dell’esistenza della sovranità, viene fornita da Hobbes, secondo il quale gli uomini nello stato di natura sono dotati di una illimi-

*Giustificazioni a sostegno della sovranità*

tata libertà, ma allo stesso tempo sono sottoposti al rischio di perdere tale libertà e anche la vita stessa, sono soggetti ad un perenne rischio di essere annientati da tutti gli altri uomini che godono degli stessi diritti. Poiché la libertà si accompagna all'insicurezza, Hobbes ritiene che gli uomini, per evitare di continuare a vivere nella paura di perdere vita e libertà, consegnino la loro illimitata libertà nelle mani di un sovrano, accettandone le limitazioni da lui imposte, in cambio di ordine, sicurezza e pace sociale. La paura viene quindi eliminata mediante un contratto (patto) sociale fra cittadini e Stato, in virtù del quale i primi accettano l'esercizio del potere sovrano anche in danno delle proprie libertà, per garantirsi sicurezza e pace sociale. Le spiegazioni teocratiche cercano di trovare un limite a tale potere illimitato, affermando che la sovranità è derivata da Dio e che quindi il monarca deve attenersi alla legge di Dio. Secondo Bodin, giurista francese del XVI secolo, per quanto assoluta la sovranità è comunque vincolata alle leggi di Dio e della natura. Anche dalla spiegazione di Hobbes si può ricavare una limitazione: il monarca può fare quello che vuole, ma almeno deve garantire sicurezza sociale. Sta di fatto che, nello stato assoluto, il concetto di sovranità è al suo apogeo: se il sovrano è colui che ha tutti i poteri ed è colui che stabilisce le regole, può anche cambiarle a suo piacimento; egli è "*legibus solutus*", sciolto da ogni vincolo giuridico, nel senso che egli può legiferare senza essere soggetto all'autorità delle leggi (Passerin D'Entrèves, 141 ss.).

*Lo Stato di polizia*

Una variante dello Stato assoluto è costituita dallo **Stato di polizia**, che storicamente coincide con il periodo dell'assolutismo illuminato e che sul piano giuridico si caratterizza per l'assunzione, da parte dello Stato, di nuovi compiti (tra i quali, principalmente, la costruzione delle opere pubbliche e delle vie di comunicazioni funzionali allo sviluppo economico) e quindi di nuove finalità di "benessere" (in favore della "*polis*", da cui la qualificazione di questa forma di Stato).

### I.1.3. *Lo Stato di diritto*

In forme e momenti diversi, tra il '700 e l'800 la sovranità interna agli Stati, contraddistinta dall'accentramento dei poteri nelle mani del sovrano, subisce attacchi che condurranno al passaggio dallo Stato assoluto allo **Stato di diritto** (Bin, 2017). Il primo di questi attacchi è determinato dall'affermazione, dapprima sul piano teorico e poi sul piano storico, della **separazione dei poteri**. Teorici della separazione dei poteri sono Locke e Montesquieu, ancorché usualmente si riferisca a quest'ultimo la formulazione più matura della teoria della separazione dei poteri. La quale muove dall'assunto che, per evitare l'uso arbitrario

*Teoria (e prime applicazioni) della separazione dei poteri*

del potere, com'era tipico dell'assolutismo, occorre innanzitutto riconoscere che il potere sovrano consiste nel potere di fare le leggi (potere legislativo), nel potere di attuare le leggi (potere esecutivo) e nel potere di accertare la violazione delle leggi (potere giudiziario). Ebbene, secondo Montesquieu l'unificazione di tali poteri in capo ad un unico organo (o classe sociale) è all'origine della tirannia; infatti, se, ad es., il potere giudiziario e quello legislativo sono uniti, ogni giudizio potrà essere arbitrario, se chi giudica ha anche il potere di modificare le leggi a suo piacimento. L'esercizio di queste tre manifestazioni del potere sovrano deve pertanto avvenire da parte di organi separati. Sul piano storico, una forma embrionale della separazione dei poteri appare in Inghilterra prima che negli Stati dell'Europa continentale; infatti con il *Bill of Rights*, adottato dal Parlamento inglese nel 1689, fu stabilito il divieto per il Re di imporre tributi senza il consenso parlamentare, oltre che il diritto del Parlamento di essere riunito frequentemente per garantire il rispetto delle leggi. È stata tuttavia la Costituzione statunitense del 1787 ad affermare compiutamente sul piano storico la separazione tra il potere legislativo, spettante al Congresso, il potere esecutivo, spettante al Presidente e agli organi di governo da lui dipendenti, e il potere giudiziario, spettante ai giudici e alla Corte Suprema. Altrove la separazione dei poteri è avvenuta più tardi (ad es. in Francia soltanto dopo la rivoluzione francese e neppure in modo definitivo; in Italia con lo Statuto Albertino del 1848). Un secondo attacco allo Stato assoluto si ha quando, tra il '700 e l'800 vengono rivendicate, ottenute e si affermano le **dichiarazioni delle libertà fondamentali**. Anche in tal caso il processo storico è stato diverso nei diversi Stati: in Inghilterra l'affermazione delle libertà è avvenuta più gradualmente, a partire dalla *Magna Charta* del 1215; in Francia, la dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino è il frutto della rivoluzione francese (1789); in Italia è lo Statuto ottriato da Carlo Alberto nel 1848 ad affermare le libertà fondamentali. Si tratta di libertà c.d. "negative", in quanto comportanti un dovere di astensione da parte dei poteri pubblici, il dovere, cioè, di consentire l'esercizio delle libertà senza poter intervenire per negare od ostacolare tale esercizio: libertà personale, libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero, ecc.

Rivendicazioni e  
Dichiarazioni  
dei diritti

Questi due attacchi decisivi alla sovranità assoluta interna agli Stati – la separazione dei poteri e l'affermazione delle libertà fondamentali – hanno avuto per conseguenza di imporre al sovrano e agli organi titolari di poteri sovrani il rispetto di regole giuridiche. Per la prima volta dopo l'avvento dello Stato assoluto, pertanto, il sovrano e coloro che esercitano poteri pubblici cessano di essere *legibus soluti*, sciolti da ogni vincolo di legge, dal momento che, quanto meno, sono costretti a rispettare le prerogative degli altri organi detentori di poteri (divisione dei po-

Lo Stato di diritto

teri) e sono costretti a rispettare le libertà fondamentali. La prima caratteristica dello Stato di diritto consiste dunque nell'**assoggettamento del potere e del suo esercizio al diritto**. Questa nuova esigenza si sostanzia nell'affermazione del **principio di legalità**, in virtù del quale l'esercizio del potere e gli atti che ne sono espressione devono essere conformi alle leggi vigenti e non possono violarle. Con il che si ammette l'esistenza di una **gerarchia delle fonti o degli atti esercizio del potere**, nel senso che, appunto, gli atti esercizio del potere, anche se a contenuto normativo, devono rispettare le leggi, risultandone così gerarchicamente subordinati. Nel contempo si spiana la strada alla progressiva affermazione della **sindacabilità dell'esercizio del potere**, che, pur assumendo forme diverse nei diversi Stati (da cui la distinzione tra Stati di *common law*, tra cui principalmente l'Inghilterra, ove la sindacabilità dell'esercizio del potere è gradualmente attribuita ai giudici ordinari, e Stati di diritto amministrativo, tra cui principalmente la Francia, ove l'esercizio del potere e il suo sindacato sono assoggettati a regole e giudici speciali rispetto a quelli propri dei rapporti interprivati), si sostanzia ovunque nell'esigenza di assoggettare a giudizio gli atti di esercizio del potere in contrasto con l'ordinamento giuridico. Sul piano economico e sociale lo Stato di diritto si afferma coevamente alla sconfitta dell'aristocrazia e all'emergere della borghesia come nuova classe dirigente degli Stati, la quale rivendicava la fine dei privilegi aristocratici (principio di eguaglianza davanti alla legge), la tutela delle libertà, lo Stato minimo (principio del *laissez faire*, secondo cui lo Stato deve occuparsi pressoché esclusivamente di difesa e di sicurezza interna) e la certezza del diritto (anche nei confronti dei pubblici poteri) quali principi basilari e garanzie di uno sviluppo economico congruente con le aspirazioni della classe borghese (**Stato liberale**). Sul piano istituzionale, l'affermazione della borghesia si accompagna alla conquista di centralità del Parlamento, a scapito della Corona, al suffragio ristretto, che garantiva l'assoluta supremazia della borghesia nel Parlamento, nonché al primato della legge generale e astratta, applicabile a tutti in base al principio di eguaglianza e vincolo rigoroso all'esercizio del potere esecutivo, fino ad allora spesso ancora nelle mani della Corona o dei ministri di fiducia della stessa.

## *Sezione seconda*

# LA COSTITUZIONE

### *I.II.1. Dallo Stato di diritto al moderno costituzionalismo*

Lo Stato di diritto, pur assoggettando l'esercizio del potere al diritto, lascia irrisolto il problema della sovranità interna allo Stato. Infatti se con l'avvento dello Stato di diritto vengono meno le giustificazioni, teocratiche o laiche, della sovranità e della sua assolutezza (come concentrazione dei poteri e assenza di vincoli), tuttavia il suffragio ristretto non consente ancora il passaggio alla democrazia, che avverrà nella gran parte degli Stati continentali soltanto nel corso del XX secolo. Conseguentemente la sovranità continua ad essere imputata, secondo una finzione giuridica, allo "Stato persona giuridica", che si autolimita quando, ad es., attribuisce le libertà ai cittadini (intese come diritti soggettivi nei confronti dello Stato). In secondo luogo, la centralità del Parlamento e l'assoluto predominio, in esso, della borghesia finiscono per fare della legge l'atto sovrano per eccellenza, al quale sono subordinate le altre manifestazioni del potere (il potere esecutivo, in quanto destinato per sua natura a dare fedele attuazione alla legge; il potere giudiziario, in quanto ritenuto consistere nella mera applicazione della legge da parte dei giudici, considerati appunto "bocche della legge"). Si comprende dunque come nello Stato di diritto "monoclasse", la sovranità, imputata secondo finzione alla persona giuridica dello Stato, finisse per essere pressoché esclusivamente nelle mani della borghesia e consistesse nell'assolutezza della legge. Due elementi rilevanti determineranno però il superamento di questa situazione. Innanzitutto l'avvento sulla scena sociale e politica delle masse popolari, che a partire dalla fine dell'800 si organizzano in associazioni sindacali e politiche per rivendicare i loro diritti. Ad es., in Italia nel 1892 nasce il partito socialista, nel 1919 il partito popolare dei cattolici, nel 1921 il partito comunista. Con l'allargamento, nel 1912, del diritto di voto a tutti i maschi di età superiore ai 21 anni, capaci di leggere e scrivere o che avessero prestato servizio militare, e più ancora con il suffragio universale maschile ammesso nel 1919, i nuovi partiti di massa trovarono rappresentanza in Parlamento. Aveva così origine lo **Stato pluriclasse** (Giannini, I, 48 ss.), che sul piano istituzionale determinerà il pluralismo dei gruppi parlamentari, espressione di ideologie e partiti politici contrapposti. L'allargamen-

*Dallo Stato  
monoclasse*

*Allo Stato  
pluriclasse*

to in molti Paesi del diritto di voto nell'800 e all'inizio del '900, fino a giungere, in alcuni casi, al suffragio universale, o almeno al suffragio universale maschile, conduce alla formazione di una nuova forma di Stato, lo **Stato liberaldemocratico**, caratterizzato dagli elementi propri dello Stato liberale di diritto e dalla legittimazione popolare degli organi esercitanti i poteri sovrani. In tale contesto, la legge non poteva più essere considerata espressione della volontà generale del popolo, secondo l'insegnamento di Rousseau e che la borghesia aveva mutuato per giustificare il proprio sopravvento sul piano politico e istituzionale, bensì, più semplicemente, come il frutto della volontà della maggioranza, anche se maturato con l'opposizione delle minoranze. Si trattava quindi di porre al di sopra della legge, in quanto espressione della volontà delle mutevoli maggioranze parlamentari, una fonte del diritto in grado di garantire tutti, maggioranze e minoranze, relativamente ai diritti fondamentali di ciascuno e alle regole valide per tutti. Un secondo elemento che ha condotto al perfezionamento dei principi propri dello Stato di diritto ad opera del moderno costituzionalismo è rappresentato dalla presa di coscienza circa il fatto che non sono sufficienti le mere garanzie formali affinché il potere non sia esercitato in modo arbitrario. Se il primato della legge e l'assoggettamento dell'esercizio del potere al diritto costituiscono le necessarie garanzie formali affinché chi è titolare del potere non sia *legibus solutus*, tuttavia tali garanzie non sono sufficienti ad evitare che l'esercizio del potere risulti arbitrario sotto il profilo sostanziale. Nel processo contro Eichmann, tra i massimi responsabili della "soluzione finale" che ha condotto allo sterminio degli ebrei da parte dei nazisti, questo grigio funzionario tedesco si è difeso semplicemente affermando di avere eseguito degli ordini (Arendt), cioè di avere operato nel rispetto delle regole allora vigenti. Affinché la **legge** non sia sostanzialmente **arbitraria** occorre allora ancorarne i contenuti ad un insieme di principi che le leggi devono rispettare.

*Necessità di regole a garanzia di maggioranze e minoranze*

*Necessità di ancorare la legge a principi condivisi*

*Il moderno costituzionalismo*

Questa duplice esigenza (fare in modo che esistano regole che tutelino maggioranze e minoranze; fare in modo che l'ordinamento nel suo complesso risponda a principi condivisi) è alla base del **moderno costituzionalismo** e spiega il **superamento-perfezionamento dello Stato di diritto**: di quest'ultimo restano ancor oggi validi l'assoggettamento dell'esercizio del potere al diritto, il principio di legalità e la sindacabilità del potere; tuttavia questi elementi trovano perfezionamento nell'esistenza di regole sovraordinate alla legge contro l'arbitrio della maggioranza, regole contenute nelle Costituzioni.

*Potere costituente e poteri costituiti*

Peraltro, affinché queste regole sovraordinate non finiscano per diventare esse stesse l'espressione di una maggioranza sovrana (ciò che determinerebbe la riproposizione all'infinito dell'esigenza di trovare un limite all'arbitrio), occorre presupporre la distinzione tra **potere costi-**