

GAETANO LO CASTRO

LA LEGGE FONDAMENTALE
NELLA PUBBLICISTICA CONTEMPORANEA (*)

Elementi giuridici e opzioni qualificanti politicamente la comunità civile e la sua forma organizzatoria costituzionale appaiono alla scienza giuridica e politologica strettamente interdipendenti nella configurazione di una legge fondamentale dello Stato; sarebbe meglio dire che i primi sono considerati come fortemente condizionati se non del tutto determinati dalle seconde.

Ora è noto come profili politici siano del tutto assenti nello Stato Città del Vaticano, in ragione principalmente della sua peculiare origine e della sua funzione. Potrebbe pertanto apparire un non senso porre per tale Stato un problema di legge fondamentale.

Un siffatto problema si sarebbe potuto sollevare per l'antico Stato della Chiesa o Stato pontificio (e in realtà si pose con particolare vivacità per l'emanazione dello Statuto fondamentale del 14 marzo del 1848), proprio perché esso era costruito, seppure in forme assai peculiari per i suoi intrinseci rapporti con la Santa Sede, intorno alla prospettazione di temi, di idee, di visione della cosa pubblica, comune a tutte le esperienze statuali dell'epoca moderna e contemporanea (in materia, ad esempio, di inamovibilità dei giudici e di indipendenza dal potere sovrano, di eguaglianza di fronte alla legge, di assoggettamento delle proprietà alle imposte, di indipendenza delle amministrazioni locali, di garanzia della libertà di stampa, di rapporto fra norme della comunità civile e diritto canonico cui spettava regolare le c.d. materie miste, i cui confini potevano dilatarsi *ad libitum*, di diversa giurisdizione cui erano sottoposti i laici e gli ecclesiastici e via dicendo). Temi, idee, visione politica che, come ho detto, non

(*) Destinato agli *Scritti in onore di A. Ravà*.

avrebbe senso prospettare per lo S.C.V., i cui sparutissimi cittadini giocano la loro sensibilità politica fuori dalle mura dello stesso, le quali servono più a garantire una posizione di esenzione, a volte privilegiaria, rispetto al contiguo Stato italiano, che non a costruire una comunità civile cui dare una forma organizzatoria adeguata a quella sensibilità.

Il vero è, però, che il problema della legge fondamentale, centrale nella giuspubblicistica contemporanea, di solito non è posto in termini astratti e universali, ma lo è con riferimento ai parametri concettuali che sono di volta in volta utilizzati, sia per quanto riguarda la formazione dell'idea di Stato, sia per quanto riguarda l'elaborazione dell'idea di legge. In tale prospettiva una riflessione sulle linee di tendenza della moderna pubblicistica secolare può risultare utile anche con riferimento alla recente legge fondamentale dello Stato Città del Vaticano.

* * *

Nell'epoca moderna il problema costituzionale, che può manifestarsi attraverso la proposizione di uno statuto fondamentale scritto, e che comunque esiste indipendentemente da questo, si presenta in una prospettiva che vuole essere scientifica. Scientifica intesa nel senso di teoretica, di una teoresi che non riguarda (né, in quanto teoresi, potrebbe riguardare) le azioni possibili degli uomini, ma i dati strutturali dell'assetto sociale. Il problema costituzionale, da problema trattato per secoli come politico, è divenuto paradossalmente un problema scientifico nel momento in cui la politica (come scienza dell'agire umano nella società, legata ad una dimensione etica avente radici nell'idea di città o nei valori naturali della persona) sembrava aver raggiunto la massima affermazione.

Si assiste al fenomeno, che è dei nostri giorni, di due scienze, quella delle strutture giuridiche sociali (alla quale sempre più si restringe la scienza costituzionalistica) e quella dell'agire umano sociale (politica), che non sanno più stabilire fra loro corretti rapporti, per non saper trascendere (soprattutto la seconda) le proprie finalità e i propri limiti, rendendo fra l'altro impossibile un corretto approccio metodico al problema costituzionale.

Ma approccio scientifico può anche essere inteso in altro e più riduttivo senso, per gli esiti di ben note correnti della gnoseologia moderna, come ricerca della spiegazione dei fenomeni nella loro concatenazione causale, evitando se non rigettando ogni tipo di spiegazione radicale di natura metafisica o, comunque, metempirica, che

potesse poi rappresentare, sul piano della prassi, la finalità ultima da raggiungere.

In tale complesso senso si può parlare di prospettiva scientifica della trattazione del problema costituzionale.

Che per questa prospettiva (la quale si traduce in un modo tutto peculiare di studiare il tema, dando vita ad una specifica metodologia) la scienza giuridica contemporanea nutra una grande sensibilità, lo dimostrano i molti tentativi di natura teorica, volti a riportare al mondo della giuridicità gli elementi di struttura ritenuti essenziali a spiegare il fenomeno giuridico — quale ad esempio l'istituzione nelle tesi dell'Hauriou e del Santi Romano —, che potrebbero essere pensati facenti parte di una dimensione pregiuridica o metagiuridica.

Non si comprenderà questo peculiare metodo d'indagine dei problemi costituzionali se non si tiene presente come esso sia stato reso possibile, e in un certo senso dovuto, da un fenomeno che non riguarda solo gli anzidetti profili costituzionali, ma l'intero mondo del diritto: vale a dire, dal diffondersi della concezione volontaristica dello stesso, che sfociò nel c.d. positivismo giuridico; una concezione che ridusse il diritto da regola giusta a regola voluta dall'autorità, identificò la giustizia con tale regola e rese possibile espungere dal mondo della giuridicità tutto ciò che non ricadesse nel prodotto del volere autoritativo.

In tale visione generale del diritto, cui diedero impulso varie correnti di pensiero, gli specifici aspetti costitutivi della società e dell'operare dell'uomo in essa non potevano più essere riguardati come problemi, la cui soluzione potesse essere lasciata alla ricerca di filosofi, di politici e di giuristi, ma propriamente come problemi normativi o prevalentemente tali. La soluzione di essi era coerentemente affidata al legislatore o da lui pretesa.

Nacque da questi complessi filoni di pensiero il movimento costituzionalistico moderno, che ha raggiunto il suo massimo fulgore nel secolo passato e nel presente.

La scienza che s'interessa dei problemi costituzionali non può quindi essere la filosofia, né, tanto meno, la teologia, e neppure la scienza giuridica, come scienza dell'agire *secundum ius*, con riferimento a parametri di valutazione dell'operare umano che comprendevano la norma dettata dal legislatore, quando vi fosse, ma in essa non si esaurivano ed anzi la trascendevano, assoggettandone il contenuto prescrittivo ad un giudizio di conformità con le esigenze intrinseche della natura umana o col volere di Dio (secondo le diverse

concezioni metafisiche); ma quella scienza sarà invece più convenientemente la scienza delle norme (alla quale si riteneva e generalmente si ritiene doversi ridurre la scienza giuridica, se vuole oltre tutto conservare la possibilità d'essere ascritta a pieno titolo fra le scienze che trattano dati necessari — tali potendo essere intese le norme, quando fossero considerate formalmente, indipendentemente dai loro contenuti —, non possibili — come sono le azioni umane —); o, al più, la teoria generale del diritto.

* * *

In tale orizzonte concettuale è facile comprendere la fortuna goduta, sotto il profilo scientifico, delle leggi fondamentali scritte.

Non v'è dubbio che, come è stato notato (Mortati), un impulso notevole allo studio del diritto costituzionale e alla formazione di una scienza giuridica costituzionale sia stato dato proprio dalla riconduzione della costituzione alla categoria della legge e dall'assimilazione del metodo di studio del diritto costituzionale agli altri rami del diritto; la specialità della legge, in relazione talora ai suoi requisiti formali e, talaltra, alla sua funzione (essere di fondamento dell'intero ordinamento normativo, prevalere su tutte le norme non costituzionali), che fondava e specificava nell'universo della scienza giuridica la scienza del diritto costituzionale, riguardava profili accidentali del fenomeno normativo, cui pienamente era ed è da riportare la norma costituzionale e secondo i cui canoni metodici questa deve essere trattata.

Ma il progressivo mutamento del metodo d'indagine del problema costituzionale e delle correlative finalità perseguite dagli studiosi evidenzia, sia detto per inciso, limiti ed evidenti insufficienze sia d'ordine teorico sia d'ordine pratico.

Ridurre il problema costituzionale ad un problema di trattazione di un dato normativo (la costituzione scritta, proposta ed imposta nella forma delle norme), ritenendo questo l'oggetto adeguato di una scienza, significa intanto negare la sua universalità e la sua necessità: e nel senso che non si darebbe quel problema là dove non vi siano o non vi siano stati norme e complessi normativi costituzionali (come in realtà non vi sono stati per estesi periodi storici in civiltà non secondarie, e tuttora non vi sono in Stati di alta tradizione civile); e nel senso che esso non sarebbe di conseguenza un problema proprio della dimensione umana e a questa necessario.

Ancora: allo specifico metodo di studio del problema costituzionale ed alle connesse finalità scientifiche sopra ricordate, è proprio un duplice limite: derivante, il primo, dal fatto che il problema costituzionale resta ridotto alla volontà espressa dal legislatore (norma) e in essa come cristallizzato; scaturente, il secondo, dalla necessità di dover ricondurre, almeno in linea di principio, alla stessa volontà legislativa ogni evoluzione in materia, trasformando in tal modo il problema costituzionale in problema *de iure condendo*, con il pericolo di chiudere la storia al dato esistente o di rendere estremamente gravoso il riconoscimento e l'incidenza del suo sviluppo.

* * *

È avvenuto così che nella dottrina moderna e contemporanea, che ha dedicato la sua attenzione al problema costituzionale in orizzonti nozionali modificati profondamente rispetto alle epoche passate, i dati dello stesso, il suo oggetto, fissati dal pensiero ellenistico e poi precisati dal pensiero giudaico-cristiano — come problema di comprensione del rapporto fra i valori personali e gli interessi della città, e di giustificazione, in relazione ai primi, dei fattori organizzatori di questa, con preoccupazioni prevalentemente d'ordine etico-politico — sembrano totalmente innovati.

Oggi, per gli interessi scientifici che muovono e determinano lo sviluppo di quella cultura, parrebbe — e la legge fondamentale di cui stiamo discutendo ne è lampante prova — parrebbe, dicevo, che la questione sia quella di comprendere solo i fattori determinanti l'assetto strutturale dello Stato, in sé e per sé considerati, mentre i rapporti fra persona e organizzazione sociale, prima centrali, anzi costituenti il problema costituzionale, sembrano potervi rientrare se e in quanto assunti — anche e soprattutto attraverso una specifica volontà normativa — a formare la struttura organizzativa dello Stato; in altri termini, se e in quanto anch'essi assoggettabili ad un'analisi dommatico-giuridica; altrimenti essi restano alla soglia dell'anzidetta questione, potendo dar vita, là dove possono dar vita, a specifici movimenti ideologici che rivendicano particolari soluzioni in materia (come il movimento costituzionalista liberal-democratico ottocentesco, ispirantesi alla filosofia illuminista), miranti a condizionare la formazione delle costituzioni scritte e ad accostarsi per tale via al problema costituzionale, ormai inteso come problema d'interpretazione di una legge positiva.

E tuttavia, pur nel prevalente orizzonte dommatico-giuridico in cui il tema è stato trattato nel recente passato, ed è oggi trattato, per l'affermarsi delle costituzioni scritte e per la loro riduzione alla categoria della legge, talché si è potuto assimilare il metodo di studio del diritto costituzionale a quello degli altri rami del diritto (Mortati); in mezzo talora a lamentate « degenerazioni tecnicistiche » che avevano come ottuso ogni sensibilità per « l'accertamento dei fenomeni costitutivi dell'ordinamento giuridico nella realtà sociale » (Gueli); gli studiosi più attenti non hanno mancato di cogliere il problema costituzionale come problema della scaturigine ultima dell'*ordo ordinans* e cioè del fattore che ordina un ente sociale, come quello del fondamento e della giustificazione del potere costituito, come quello infine del fondamento dell'intera esperienza giuridica (Modugno), o, sinteticamente, come quello dell'individuazione di « un criterio primo capace di rendere ragione, in termini di diritto e quindi di normatività, dell'obbligatorietà di un sistema positivo » (Mortati).

Per la dottrina moderna o, per meglio dire, per quella parte di essa che non si è racchiusa nell'esegesi del dato normativo, il problema costituzionale sta nella definizione del rapporto esistente fra elemento fondato (lo Stato, la sua struttura organizzativa giuridica e di potere) ed elemento fondante, e nell'individuazione di quest'ultimo (oltre che dei procedimenti attraverso i quali il rapporto si stabilisce e si svolge).

A G. Jellinek in particolare è attribuito il merito d'aver inteso modernamente la necessità d'impostare in termini dualistici la relazione fra il dato sociale (fondante) ed il suo ordinamento giuridico-formale (fondato), fra la costituzione reale e la costituzione giuridica, anche se poi gli si rimprovera di non aver saputo stabilire un nesso di reciproco influsso e di comunicazione fra i due elementi (Mortati).

In verità, lo sforzo nel quale appare massimamente impegnata una parte della dottrina contemporanea è di pervenire ad una sintesi tra la dimensione fondata (lo Stato e la sua organizzazione giuridica) e l'ente che la fonda, pensati come costituenti un rapporto antitetico.

Niente di tutto questo ovviamente può darsi per lo S.C.V., ove il problema del fondamento dell'ordinamento giuridico non si pone come problema teorico, in considerazione della strumentalità di siffatto Stato alle esigenze istituzionali di governo della Chiesa istituzione, ed ove al più possono aversi questioni di traduzione tecnica di tale funzione nell'organizzazione e nella operatività dell'ordina-

mento giuridico, come dimostra puntualmente la recente legge fondamentale dello Stato.

Posso pertanto non attardarmi a ricordare le difficoltà incontrate dalla giuspubblicistica contemporanea nel costruire una sintesi tra la dimensione ordinamentale fondata e l'ente che la fonda: i tentativi di ricondurla al popolo o alla coscienza che esso ha di se stesso (Hegel), o di riporla in una norma fondamentale «postulata» o «presupposta come valida» (Kelsen); valida in quanto presupposta come tale; e presupposta come tale «perché senza tale presupposto nessun atto umano potrebbe essere interpretato come un atto giuridico, e specialmente come creativo di norme»; riducendosi il fondamento reale dell'ordinamento ad un fondamento logico.

La relazione fra elemento fondante ed elemento fondato sarebbe stata per queste tesi solo apparente, per aver reso esse del tutto evanescente il primo elemento, convertito in una categoria logica; conseguentemente sarebbe rimasta negata la consistenza reale, sostanziale, del problema del loro rapporto — problema che non avrebbe neppure richiesto per la sua soluzione uno sforzo speculativo —; sarebbero viceversa rimaste fissate le premesse teoriche per una considerazione esclusivamente dommatico-scientifica del fenomeno considerato.

Altre più numerose e più recenti tesi sono state sviluppate per individuare il sostrato reale che si pone a fondamento dell'ordine normativo e dello Stato e che opera «quale fonte di giuridificazione del sistema», conferendo ad esso validità (Mortati); tesi che muovono pur sempre dall'impostazione di Jellinek, con l'intento tuttavia di superarla, allorché cercano di evidenziare in forme plausibili l'intimo legame esistente fra il dato sociale e quello giuridico-costituzionale, a guisa di rapporto fra elemento fondante ed elemento fondato.

Sono note al riguardo le molteplici, diverse e talora contrapposte fra loro, proposizioni istituzionistiche, affermatesi in Francia (Hauriou, Duguit), in Italia (Santi Romano), in Germania (Schmitt), nella prima metà di questo secolo; com'è pure noto il massimo tentativo teorico svolto al riguardo in Italia da C. Mortati, di rivendicare all'ente od organizzazione che sta a fondamento della costituzione, quand'esso si presenta ordinato «intorno a forze e fini politici», una sua «intrinseca normatività», propria e peculiare, differenziantesi nella forma (che manca) e nel contenuto (che mira non a regolare comportamenti individuali, ma ad individuare e a sviluppare interessi associativi) dalla giuridicità specifica del sistema normativo derivato (Mortati).

Parimenti conosciuto è lo sforzo speculativo per fissare i passaggi che, dal dato originario non ordinato (fatto istituzionale), attraverso la norma fondamentale che lo ordina, ponendosi come potere costituente, consentono di pervenire all'ordinamento giuridico costituito, a conclusione di un processo instaurativo o formativo dello stesso, il quale, per quanto transeunte e provvisorio, ha natura giuridica, anzi costituisce esso stesso « un ordinamento giuridico », precisamente « l'ordinamento dell'assetto provvisorio » di quello definitivo (Modugno).

* * *

L'interesse che muove la ricerca scientifica sui problemi costituzionali, in quanto volta a comprendere e ad illustrare il fondamento e i meccanismi che presiedono la formazione e la vita di una società, condiziona la proposizione stessa del problema costituzionale, che non può consistere solo nell'individuazione e nella prescrizione di limiti giuridici al governo arbitrario, nella determinazione della responsabilità (politica) del potere nei confronti del popolo. Il pensiero in materia costituzionale è stato fin dall'origine, ed è oggi, molto più complesso di quello espresso dai movimenti costituzionalistici di natura strettamente politica, pur essendosi modificati nel tempo o diversamente accentuati gli interessi che hanno sollecitato le riflessioni dottrinali.

E tuttavia questi movimenti costituzionalistici hanno saputo riprendere modernamente il tema del rapporto fra la dimensione etica personale e quella espressa nell'organizzazione e nella normativa dello Stato, fra individuo ed insieme; tema già sentito e vissuto in forme tragiche nel mondo greco, poi posto in termini universali dal cristianesimo, ormai indivisibile dal problema costituzionale, anche quando non sembri in esso direttamente affiorare.

Dubito tuttavia che gli apporti di questi movimenti dottrinali possano essere significativamente utilizzati per comprendere il problema della legge fondamentale dello S.C.V., la quale, per gli aspetti peculiari presentati da questo Stato, di cui ho detto in apertura del mio discorso, sembra non echeggiarli minimamente, restando in tal modo confermata l'idea non solo della diversità dello S.C.V. rispetto ai fenomeni statuali oggi conosciuti, ma della sua sostanziale estraneità dai profili problematici loro propri, che ne rappresentano altrettanti elementi connotativi.