

LA COSTITUZIONE COME GARANZIA\*

**GIUSEPPE UGO RESCIGNO\*\***

**Sommario**

1. Art. 27, terzo comma della Costituzione italiana: “Non è ammessa la pena di morte”. – 2. Una frase che pretende di limitare la forza armata. – 3. Due forme politiche estreme di organizzazione delle società umane. – 4. L'essenziale delle (vere) costituzioni (la costituzione come garanzia). – 5. La realtà delle (vere) costituzioni. – 6. La prima contraddizione interna alle costituzioni: costituzione ed economia. – 7. La seconda contraddizione interna alle costituzioni: Stati nazionali e diritti umani. – 8. Conclusione.

**Suggerimento di citazione**

G.U. RESCIGNO, *La Costituzione come garanzia*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

\* Testo della lezione tenuta il 10 ottobre 2018 nella Università Magna Grecia di Catanzaro nel corso di diritto costituzionale su invito del titolare prof. Luigi Ventura.

\*\* Professore emerito di Istituzioni di diritto pubblico nella Università “La Sapienza” di Roma.

**1. Art. 27, terzo comma della Costituzione italiana: “non è ammessa la pena di morte”**

Il terzo comma dell'art. 27 della Costituzione italiana (di quel documento ufficialmente intitolato Costituzione) dice: «Non è ammessa la pena di morte». Non credo sia necessario spiegare le parole “pena di morte” e non credo sia necessario sottolineare la enorme importanza che ha questa prescrizione. Invece, per le ragioni che saranno chiare via via nel prosieguo della mia lezione, faccio notare la forma linguistica della prescrizione: viene usata la forma grammaticale passiva, che fa della pena di morte il soggetto della proposizione, con la conseguenza che tale proposizione ci dice che esiste il divieto della pena di morte, ma non ci dice a chi è rivolto tale divieto. Non si tratta però di una lacuna, o meglio la lacuna è soltanto apparente: in realtà sappiamo benissimo a chi si rivolge la proposizione: non tanto ai cittadini (che comunque non possono irrogare alcuna pena secondo Costituzione), e neppure ai giudici direttamente (che per infliggere una pena debbono essere autorizzati da una legge del Parlamento), ma al Parlamento, e cioè a quella autorità che nello Stato mediante la legge può imporre regole a tutti nel territorio dello Stato avvalendosi della forza di cui lo Stato è il monopolista. Il Parlamento italiano approva le leggi, ma secondo Costituzione non può approvare una legge che prevede la pena di morte.

**2. Una frase che pretende di limitare la forza armata**

Richiamo ora l'attenzione su questa innegabile differenza: il terzo comma dell'art. 27 è una proposizione, scritta, che può essere detta infinite volte, ma di per sé resta una proposizione che chiede di essere obbedita (e che come tutte le prescrizioni rivolte ad esseri umani potrebbe essere violata: nel nostro caso sarebbe violata se il Parlamento approvasse contro la Costituzione una legge che prevede la pena di morte, e se, quel che è peggio, l'apparato dello Stato portasse ad esecuzione l'ordine impartito dal Parlamento con legge); il monopolio della forza dello Stato non è una proposizione, è un fatto: o c'è o non c'è (e se non c'è non esiste lo Stato). Ci troviamo di fronte alla stupefacente situazione per cui una proposizione, che esprime una norma rivolta a qualcuno, pretende di vincolare e, stando ai fatti, riesce a vincolare chi detiene il monopolio della forza. Se ci pensate, se ricordate la nostra storia millenaria (con tutte le guerre, i massacri, le rivolte, le repressioni che l'hanno riempita e continuano a riempirla), si tratta davvero di un fatto straordinario, se non altro come pretesa, come impegno, come speranza, come aspettativa, come promessa di una parte significativa di una società, verosimilmente almeno la maggioranza, nei confronti di se stessa per quanto riguarda la forza, il potere, il diritto (e infatti questa intenzione di porre limiti invalicabili al potere armato è molto recente: comincia con la rivoluzione francese e americana, che non per

caso chiamano “costituzione” gli atti fondativi del nuovo ordine che esse vogliono instaurare). Nello stesso tempo la costituzione, qualsiasi costituzione, nel momento stesso in cui pretende di porre limiti invalicabili al potere armato, ammette che esso esiste. Se questo potere armato è, entro un delimitato territorio, il potere materialmente superiore ad ogni altro (e tale è il potere armato della organizzazione chiamata Stato), questo potere potrebbe (materialmente, oggettivamente) fare e imporre qualsiasi cosa decidesse di fare e imporre, violando qualunque limite qualcuno pretendesse di imporgli. Come si riesce a far coesistere le due cose, e cioè da un lato la pretesa di imporre limiti al potere armato e dall’altro il fatto che tale potere può in ogni momento rompere il limite? E’ possibile stabilendo che il potere di comando assistito dalla forza è ammesso purché disciplinato da regole e ottenendo in pratica che tale meccanismo funzioni: se entro un determinato territorio la società umana che lo abita riesce a decidere questa regola al di sopra di tutte le regole e a rispettarla e farla rispettare, allora non si tratta più dell’uso brutale della forza esercitata da chi è più forte contro chi è più debole, ma di un esercizio del potere (che viene ora chiamato potere politico) disciplinato da regole.

### **3. Due forme politiche estreme di organizzazione delle società umane**

A questo punto, avendo evocato il diritto (l’insieme di tutte le norme giuridiche che vincolano tutti, compreso lo Stato, entro un determinato territorio, ciascuna norma secondo quanto essa prescrive), per comprendere come possono coesistere limiti al potere armato e monopolio della forza, si apre una dicotomia la cui comprensione è essenziale per capire il senso e la ragione delle costituzioni. Le regole di cui stiamo parlando (e cioè il diritto oggettivo) sono regole assistite se necessario dall’uso della forza; esse provengono comunque da esseri umani e si dirigono verso esseri umani; chi formula e introduce tali regole dispone della forza e cioè, è il potere armato, al di là delle apparenze (che oggi fanno distinzione tra la organizzazione che possiede e dispone fisicamente delle armi, il potere militare in senso stretto, e l’organizzazione civile che comanda sugli armati, il potere politico); ciò vuol dire che chi pone le regole mediante le quali limitare il potere armato dello Stato è lo stesso Stato; il potere non è soggetto a regole poste da altri ma da regole poste da esso stesso; il potere statale, per dirla secondo verità e con chiarezza, propriamente non è soggetto a regole, si assoggetta alle regole. Se, ai nostri fini, schematizziamo la società umana in uno (individuo o insieme unitario di individui) che impone le regole e in tutti gli altri che sono tenuti a rispettarle (e se non le rispettano vengono puniti), noi possiamo immaginare due casi limite (e innumerevoli casi intermedi tra i due): premesso che i comportamenti umani sono potenzialmente infiniti, e che dunque le regole di comportamento sono potenzialmente infinite, A) nel primo caso chi ha il potere di imporre norme

formula regole generali e astratte prima dei comportamenti regolati e si impegna o comunque segue la regola che tutti i comportamenti non disciplinati restano possibili e quindi restano liberi; oppure B) chi ha il potere di imporre norme si riserva il potere di imporre regole di qualunque tipo, sia generali e astratte sia particolari e concrete, continuamente variabili secondo il suo totale arbitrio, anche con valore retroattivo. B è la caratterizzazione del massimo del dispotismo: il dittatore assoluto (che dispone della forza sufficiente per esserlo). Notare che nel caso B non ho detto che chi ha il potere di imporre norme (e cioè, nella mia schematizzazione, il dittatore assoluto) disciplina qualsiasi comportamento umano: questo è oggettivamente impossibile; neppure ho detto che non emana mai regole generali e astratte, eguali quindi per tutti i destinatari, e regole che garantiscono spazi di libertà: ho detto che si riserva di modificare qualsiasi regola abbia stabilito, e di comandare volta per volta come egli decide. In questo caso B parlare di costituzione è impossibile (o meglio, può esserci l'apparenza di una costituzione, ma non la sostanza). Come avevano perfettamente capito i rivoluzionari francesi del 1789, se la legge fondamentale della intera società non tutela spazi di libertà contro qualsiasi tentativo di compressione da parte del potere, e non stabilisce la divisione dei poteri, e cioè meccanismi in base al quale il potere controlla il potere e lo contiene entro i limiti stabiliti, non c'è costituzione.

#### **4. L'essenziale delle (vere) costituzioni (la costituzione come garanzia)**

Siamo arrivati all'essenziale delle costituzioni: dichiarazioni mediante le quali vengono delimitati spazi di libertà incompressibili (ad es. libertà religiosa, libertà di manifestazione del pensiero), vengono posti limiti insuperabili al potere politico, sia per quanto riguarda i contenuti delle prescrizioni (ad es., come visto, il divieto della pena di morte) sia per quanto riguarda i soli soggetti autorizzati e i soli modi mediante i quali imporre specifiche regole entro specifiche materie (ad es. art. 13 della Costituzione sulla libertà personale, le molte riserve a favore della legge del Parlamento), vengono elencate le massime autorità che hanno poteri (gli organi chiamati non per caso costituzionali), definiti i poteri che hanno (e quindi automaticamente tutti quelli che non hanno), vengono stabilite le modalità mediante le quali si diventa e si cessa di essere titolari delle cariche costituzionali; infine e soprattutto, se vogliamo cogliere l'effettiva esistenza di una garanzia delle costituzioni, esse, e la effettiva organizzazione statale corrispondente al dettato costituzionale, debbono prevedere autorità giurisdizionali indipendenti da qualunque altro potere in grado di controllare la costituzionalità anche delle leggi e la legittimità di qualunque atto giuridico. Vi possono essere anche altre cose dentro le costituzioni, ma quello che ho elencato è il minimo indispensabile delle

costituzioni (delle vere costituzioni) e di queste cose debbono anzitutto e soprattutto trattare i corsi di diritto costituzionale. Non che tutto quel che sta scritto in costituzione o comunque diventa componente verificabile della costituzione sia sempre così chiaro e semplice come ho cercato di raccontare: sono continui, spesso acuti, dubbi e controversie intorno al significato e alla portata delle norme costituzionali e alla corretta o non corretta attuazione ed implementazione della costituzione, soprattutto quando si passa dai principi alle necessarie e minute normative ed attuazioni concrete mediante le leggi e mediante gli innumerevoli altri atti giuridici che il sistema prevede. Però complessivamente, esaminando una società entro un determinato territorio e durante un periodo di tempo significativo (che può durare anche nel momento attuale), quella che ho schematicamente descritta è per l'essenziale la costituzione come cosa effettivamente esistente e verificabile.

### **5. La realtà delle (vere) costituzioni**

Fin qui, con l'avvertenza che ho aggiunto alla fine del precedente paragrafo sui dubbi e le controversie, tutto (o quasi tutto), se esiste, funziona e sembra meraviglioso. La costituzione come garanzia (limitandoci al contenuto minimo prima descritto, nota bene) la vediamo. Non è una garanzia assolutamente certa: potrebbe sempre avvenire qualcosa (ad es. un colpo di Stato) che la travolge. Possono esservi leggi incostituzionali: se però il controllo di costituzionalità funziona, la garanzia viene ristabilita. La Corte costituzionale può sbagliare: importante è che l'errore resti confinato nel caso deciso e non travolga le componenti essenziali del sistema. Possono esservi e vi sono continuamente atti contrari al diritto e quindi indirettamente alla costituzione, ma, se vi sono giudici indipendenti che svolgono correttamente il loro compito, di nuovo la garanzia viene ristabilita. Restano di fatto senza garanzia singoli atti e comportamenti illegittimi che restano sconosciuti, o non sufficientemente conosciuti per essere giudicati, o mal giudicati per errore o per malafede dei giudici: l'importante è che nel suo insieme e nel tempo il sistema funzioni come previsto in costituzione. Naturalmente il confronto tra la costituzione e il diritto conforme a costituzione da un lato e la realtà della vita diventa oggetto di indagine e di giudizio storico-conoscitivo (e si spera anche politico) e consente ed impone ad esempio di concludere se e quanta democrazia vi sia stata o vi sia in un paese, se e quanta giustizia, se e quanta libertà, e così via. In questo modo però noi usciamo propriamente dal campo del diritto, perché esaminiamo i fatti, e il diritto è invece la pretesa e la intenzione collettiva che i comportamenti umani siano conformi o comunque non contrari alle previe norme giuridiche. Dal punto di vista giuridico (dal punto di vista della costituzione in quanto atto che contiene principi e norme giuridiche) il meccanismo sociale, umano, a fini di garanzia nei confronti del potere politico,

come progetto appropriato per l'intera società, è stato costruito (le costituzioni prima descritte appunto, fatte salve le differenze tra le diverse costituzioni), e vi sono state realizzazioni di tale progetto constatabili mediante i fatti (le storie costituzionali, mediante le quali è possibile verificare se e in che misura il progetto è stato realizzato; ciò che viene verificato è la volontà e la capacità di una società di realizzare quotidianamente il progetto scritto nelle costituzioni).

#### **6. La prima contraddizione interna alle costituzioni: costituzione ed economia**

Questa però è soltanto una parte della storia. Vi sono almeno due altre componenti delle società umane che determinano un conflitto o comunque uno scollamento con quella parte della costituzione fin qui descritta: l'economia e i rapporti tra gli Stati.

Tratto ora del legame-slegame tra costituzione ed economia. Do per scontato che l'economia è una realtà sociale che, per quanto inevitabilmente collegata con tutti gli altri momenti della società, presenta aspetti specifici (in altre parole l'economia non è diritto, o politica, o religione, o letteratura, e così via: si tratta appunto di vedere che cosa è specificamente economia nella vita delle società umane e nella conoscenza che cerchiamo di avere di essa). Do pure per scontato che economia e diritto sono strettamente intrecciati (per dirne solo una: il mercato o i mercati sono impraticabili e impensabili senza il diritto e gli Stati).

Qui, come cose specificamente economiche che si incontrano e scontrano con le costituzioni, ricordo rapidamente la moneta e i capitali. Il diritto è essenziale per il costituirsi dell'economia: i creditori hanno bisogno della protezione del diritto nei confronti dei debitori; i proprietari nei confronti di chi vorrebbe aggredire la proprietà. Però l'economia ha una sua dinamica specifica; si avvale di libertà (garantite dal diritto) che col loro esercizio determinano risultati economici: produzione di merci e servizi, redditi e patrimoni, aumento o diminuzione di redditi e patrimoni, e così via. Entro le libertà dell'economia la moneta, anche quando viene disciplinata dal diritto (e cioè oggi dallo Stato), gode della massima libertà entro l'economia, perché essa è il cuore e la linfa vitale dell'intero sistema economico. La moneta è: 1) unità di conto (un dollaro, dieci sterline, cento euro, e così via) e dunque permette che tutti i beni economicamente significativi abbiano una denominazione in moneta e siano quindi comparabili senza limitazioni per quanto riguarda il loro valore: un abito vale 75 euro, un paio di scarpe 50, una casa di abitazione di cento metri quadrati nel centro di una grande città 600mila euro, e così via; 2) la moneta diventa mezzo di scambio universale: chi possiede beni valutati e valutabili in moneta può trasferirli ad altri in cambio di moneta, chi ha moneta può dare la moneta ad altri in cambio di beni da lui richiesti; 3) la moneta è deposito di valore: essa conserva nel tempo il suo valore monetario (il suo

potere d'acquisto, fatta salva la eventuale svalutazione); chi possiede un milione di euro oggi e lo conserva possiede un milione di euro tra dieci anni (a meno di sconvolgimenti che distruggono la moneta; altra cosa è l'inflazione che non toglie che il valore nominale della moneta resti fisso nel tempo).

Questa qualità della moneta in particolare, di essere deposito di valore nel tempo, permette, se il diritto non si oppone (e oggi in tutto il mondo nessuno Stato si oppone), che il proprietario di moneta la dia in prestito ad altri in cambio di un ritorno dopo un tempo stabilito, accresciuta secondo il meccanismo dell'interesse composto. Viene prestato un milione di euro, e dopo un anno si ottiene come ritorno un milione e cinquantamila euro (cioè, in modo misterioso se ci limitiamo a constatare questo risultato senza spiegarne il perché, la moneta genera più moneta: è l'albero cacazecchini di Pinocchio). La moneta, se usata in questo modo (e quando una persona dispone di molta moneta superiore alla spesa per i suoi bisogni essa in generale la usa in questo modo), diventa capitale, e cioè una somma di danaro in grado di dare al suo proprietario un utile monetario conservando il capitale iniziale che viene accresciuto come capitale (e che può essere investito nuovamente). Poiché tutti i beni economicamente significativi (quelli scambiabili e scambiati) ricevono una valutazione in moneta, diventano idealmente moneta e possono venire prestati con interesse se richiesti, e dunque tutte le cose utili ad altri possono diventare capitale per i loro proprietari. I mezzi di produzione (la terra, le macchine, le materie prime, i semilavorati) diventano capitali perché essi hanno un valore monetario, e il proprietario che li usa per produrre e vendere merci e servizi si aspetta un profitto almeno pari agli interessi che riceverebbe se avesse una somma monetaria pari al valore di tali beni. Tutti i beni economici possono diventare moneta e la moneta può trasformarsi in qualunque bene economico, in un circolo senza fine, con due conseguenze fondamentali che costituiscono i due principi fondamentali oggi di tutte le costituzioni (principi tanto fondamentali che non vengono scritti e neppure percepiti come tali): a) non esiste limite al reddito che ciascun individuo può ottenere nel tempo (i ricchi possono crescere senza limiti nella ricchezza, come chi vuole può constatare in ogni momento); b) non esiste limite alla proprietà privata che ciascun individuo può accumulare nella sua vita (e trasferire alla sua morte agli eredi, perpetuando all'infinito le differenze nella ricchezza). Le costituzioni oggi rispetto a questi due fenomeni non possono nulla, perché sono le stesse costituzioni che tutelano i meccanismi che generano tali due fenomeni. Questi due principi hanno qualcosa a che fare con le costituzioni? Non ci vuole molto per constatare che molte se non tutte le promesse contenute nella Costituzione italiana (ma il discorso vale per tutte le costituzioni simili alla nostra), le garanzie che essa pretende di dare diventano vuote a causa dell'economia: la Costituzione italiana promette di dare lavoro a tutti, ma la disoccupazione

crece anziché diminuire, e comunque resta sempre molto alta: la cosa ovviamente dipende dall'economia; la Costituzione promette a tutti il raggiungimento di una eguaglianza sostanziale (art. 3, secondo comma) e le statistiche dicono che aumentano o comunque sono molto numerosi i poveri in assoluto (quelli che non hanno alcun reddito o un reddito al di sotto dei minimi vitali) e i poveri relativi (al di sotto di un accettabile tenore di vita): di nuovo la radice sta nell'economia; e così via. Sottolineo che tutto questo non avviene violando il diritto e la costituzione; vi sono anche questi aspetti nella realtà sociale, ma i fatti economici che rendono vane e illusorie molte parti della Costituzione (e parti analoghe di altre costituzioni) avvengono a causa di fatti economici che di per sé non ledono alcuna norma costituzionale: è la Costituzione che tutela la proprietà privata, anche dei mezzi di produzione, che tutela il risparmio (come viene detto per designare anche la somma di moneta che viene investita per ottenere un maggior ritorno in moneta), che tutela il mercato e la concorrenza sul mercato. È vero poi che la nostra Costituzione autorizza la legge a porre limiti alle successioni ereditarie, ma dipende poi dalla legge (e cioè dalla volontà politica della maggioranza) se questi limiti sono alti o talmente bassi da essere quasi inesistenti (come oggi accade). Del pari la legge potrebbe cercare di porre limiti alle crescenti differenze nei redditi aumentando le tasse progressivamente in modo efficace ed effettivo; potrebbe anche tassare i patrimoni. Sta di fatto che i sistemi tributari sono tutti in realtà regressivi e patrimoni e redditi possono crescere senza limiti. Ma ripeto, quand'anche le leggi volessero diminuire le disparità di reddito e di patrimoni, i meccanismi economici che per forza loro (e cioè avvalendosi di libertà) portano a queste disparità di reddito e di patrimoni stanno tutti dentro le costituzioni. Le costituzioni diventano meccanismi giuridici contraddittori, che accolgono in sé norme destinate inevitabilmente a confliggere.

### **7. La seconda contraddizione interna alle costituzioni: Stati nazionali e diritti umani**

Tratto ora del fatto che ogni costituzione è costituzione di uno specifico Stato e gli Stati sono molti. Qui si aggrovigliano enormi e complessi problemi. Sarebbe troppo lungo descrivere anche solo per l'essenziale alcuni di questi problemi e cercare di cogliere in che modo essi o scavalcano del tutto le costituzioni, che non riescono e non hanno nulla da dire, oppure le stravolgono e le condizionano. Mi limito a segnalare uno di tali problemi (la libertà di movimento dei capitali) ed a descrivere sia pure brevemente una contraddizione entro la Costituzione italiana (in realtà dentro le costituzioni di tutti gli Stati che in principio accolgono il principio dei diritti umani), che in

Italia è rimasta latente per decenni ed esplosa negli ultimi anni ed oggi appare esplosiva (la contraddizione tra cittadinanza e diritti umani).

Globalizzazione è una parola ingannevole, perché da un lato, come parola introdotta di recente per designare un fenomeno economico di livello mondiale, sembra designare un fenomeno recente, quando invece la mondializzazione dei commerci, delle monete, dei rapporti tra gli Stati, delle dominazioni di alcuni popoli su altri popoli ha secoli alle spalle; dall'altro lato nasconde che il vero e traumatico fenomeno nuovo consiste nella libertà di movimento dei capitali e la conseguente mondializzazione del rapporto tra creditori e debitori. È ovvio che quanto prima detto a proposito del condizionamento che l'economia determina sulla costituzione passa anzitutto e soprattutto attraverso questo fatto economico e diventa ancora più duro e incisivo a causa di esso.

Tutte le costituzioni distinguono tra cittadini e stranieri; il cittadino, finché resta tale, ha diritto di stare e di rientrare nel territorio dello Stato di cui è cittadino; lo straniero entra e resta nel territorio di un altro Stato secondo le condizioni che pone tale Stato, compreso il suo potere di vietare l'ingresso ed espellere lo straniero. Nello stesso tempo cresce il numero degli Stati che almeno ufficialmente proclamano l'esistenza di diritti umani, diritti che spettano ad ogni essere umano per il solo fatto che esiste, e che vanno tutelati da tutti senza limitazioni. La Costituzione italiana nell'art. 2 riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo. A me ed a molti con me pare evidente che le cronache di questi anni dimostrano che diritto di cittadinanza e diritti dell'uomo possono entrare in contraddizione. Da qui un problema drammatico che il diritto può cercare di attenuare o può aggravare, ma che a mio parere non si può risolvere senza un efficace e giusto progetto di ordine mondiale. In questa sede penso sia opportuno non dire più di questo.

## **8. Conclusione**

Naturalmente un corso di diritto costituzionale può ignorare del tutto l'economia e i diritti umani e limitarsi ad altri aspetti che pure esistono e comunque meritano di essere esaminati, ma secondo me sarebbe un corso al di sotto degli standard che una disciplina che vorrebbe essere scientifica dovrebbe preservare e migliorare. Se però si affrontano anche questi temi, ed altri egualmente problematici di cui non ho parlato per evidenti ragioni di tempo, la conclusione che bisogna trarre è che le costituzioni per alcuni aspetti, se obbedite e applicate, costituiscono una vera ed efficace garanzia a tutela di beni che noi giudichiamo fondamentali e meritevoli di essere difesi, ma per altri aspetti sono molto al di sotto di quanto si esige ed è necessario affinché una garanzia esista e sia sufficiente.