

L'ISTITUZIONE DI UNA COSTITUZIONE: UNA CHIARIFICAZIONE DEI CONCETTI*

1. Premessa.

L'accostamento di due termini – nell'espressione *l'istituzione di una costituzione* – ciascuno dei quali, di per sé, evocativo di una pluralità di significati, e oggetto di infinite riflessioni teoriche, non può che aggravare il compito di chi si propone di chiarire il significato complessivo dell'espressione. Per questo motivo il presente saggio non ha la pretesa di approfondire gli assai complessi temi che si celano dietro ciascuno dei due singoli termini, e che richiederebbero ben altre riflessioni, ma si pone il limitato obiettivo, da un lato, di metterli, per così dire, in corto circuito, e, dall'altro, di farne discendere alcune riflessioni sui recenti dibattiti in materia di tutela dei diritti c.d. fondamentali.

In una prima parte si tenterà di rispondere alla domanda: di che cosa è l'istituzione, l'istituzione di una *costituzione*; in una seconda parte si tenterà di rispondere alla domanda: che cosa è *l'istituzione*, nell'istituzione di una costituzione. In ultima analisi, in una prospettiva costituzionalistica, la prima parte si occupa del concetto di costituzione come dato *oggettivo*, la seconda parte del concetto di costituzione come dato *sogettivo*. I due piani tuttavia s'intersecano poiché le regole di cui si compone la costituzione-atto normativo non sono solo quelle qualificate da contrassegni formali, ma sono anche quelle che, indipendentemente dalla loro forma, svolgono *effettivamente* una funzione condizionante e risultano essere storicamente *fondamentali* nella percezione soggettiva dei componenti il gruppo politico.

2. Di che cosa è l'istituzione, l'istituzione di una *costituzione*.

E' noto che il termine *costituzione* presenta – non solo nel linguaggio ordinario, ma anche in quello stipulativo dei giuristi – molte ambiguità. E' possibile per lo meno affermare, in estrema sintesi, che le tesi che prospettano definizioni del concetto di costituzione si distinguono a seconda del come ne intendano la *natura* (se atto o fatto), la *funzione* (se prescrittiva o descrittiva) e il *contenuto* (se determinato o no da specifici principi materiali)¹.

* I saggi di I. Massa Pinto e di F. Pallante, che si pubblicano, sono stati presentati a un seminario tenutosi il 27 aprile 2012, presso il Dipartimento di Filosofia dell'Università degli Studi di Torino, organizzato dalla rivista «Filosofia e Teologia», e sono destinati alla pubblicazione sul prossimo numero della medesima rivista, dedicato al concetto di «Istituzione».

In questa prospettiva, i due lavori – l'uno su un piano di teoria generale, l'altro con riferimento alle vicende storiche italiane – si propongono di riconsiderare dal punto di vista dell'istituzionalismo la nozione di Costituzione, in tal modo rifacendosi a una tradizione che, in ambito giuridico, risale, tra gli altri, ad autori come Santi Romano, Maurice Hauriou, Léon Duguit, Karl N. Llewellyn, e che è stata più recentemente ripresa dal neoistituzionalismo giuridico di MacCormick e Weinberger.

L'espressione «istituzione di una Costituzione» ha dunque un significato tecnico-scientifico: altro è infatti l'adozione della Costituzione in quanto atto normativo, altro quel necessario processo storico che conduce l'atto a diventare «effettivo, vivo e vitale» (Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962 (ed. orig. 1917-1918), p. 52); una prospettiva esemplarmente espressa, nei primissimi anni dell'attuazione della Costituzione, da Carlo Esposito: «Se ... finalmente l'Italia avrà un po' di pace non solo esterna, ma anche interna, e la Costituzione malgrado i suoi difetti sarà conservata, e non si continueranno a vagheggiare, ad ogni difficoltà di applicazione, mutamenti radicali del testo, sconsacrandolo ad ogni momento ... Se tutto questo avverrà, con il passar degli anni, le fredde parole e le formule del testo costituzionale potranno animarsi, ed entrare nella viva storia del popolo italiano. In quel momento all'interprete non spetterà più solo di dare una fredda ricostruzione concettuale delle astratte formule della Costituzione, ma, ispirandosi alla storia e agli svolgimenti degli istituti, di dare una viva ricostruzione della vivente Costituzione italiana» (C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia*, ora in Id., *La Costituzione italiana: saggi*, Cedam, Padova, 1954 (ed. orig. 1950), p. 266).

¹ M. Dogliani, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, diretta da S. Patti, vol. 4, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 527.

Sul costituzionalismo e sulle dottrine della costituzione in generale, cfr. S. Bartole, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IV, Utet, Torino, 1990; G. Rebuffa, *Costituzioni e costituzionalismi*, Giappichelli, Torino, 1990; M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994; G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-

Secondo una prima essenziale dicotomia, molto diffusa nel linguaggio dei giuristi, il termine *costituzione* può essere usato in senso *normativo*, per fare cioè riferimento a un insieme di *regole* (scritte o consuetudinarie), o in senso *descrittivo*, per fare riferimento, invece, a un insieme di mere *regolarità*. Le une statuiscono il *dover essere* di un sistema politico, le altre ne esprimono il *modo d'essere*. Le une sono un insieme di *prescrizioni* (un *ordine normativo*) che pretendono di garantire una determinata forma della realtà; le altre, un insieme di *dati di fatto* che compongono essi stessi la forma (l'*ordine concreto*) della realtà.

A un ulteriore livello di approfondimento, che, ai nostri fini – la realizzazione di un corto circuito con il termine *istituzione* –, si rivela essenziale, nel suo significato normativo, il termine *costituzione* subisce un ulteriore sdoppiamento. Può infatti essere inteso come un insieme di regole qualificate da contrassegni formali (dall'essere contenute in un documento scritto, deliberato o concesso, come "Costituzione"), oppure come un insieme di regole che, indipendentemente dalla loro forma, svolgono *effettivamente* una funzione condizionante e risultano essere storicamente *fondamentali* nella percezione soggettiva dei componenti il gruppo politico, e, in particolare, nella percezione delle forze politicamente attive: per cui, come vedremo meglio, il dato soggettivo nella qualificazione della costituzione come atto normativo, in questo senso ampio, proprio della prospettiva che qui assumiamo, è essenziale. La prima conseguenza che si ricava dalla prospettiva della concezione della costituzione come atto normativo è che si deve prestare particolare attenzione al modo con cui la costituzione è percepita dai componenti il gruppo politico. La centralità di questo dato soggettivo deriva dal fatto che ogni costituzione intesa appunto come atto normativo necessita di essere giustificata, e cioè di essere qualificata come legittima sotto il profilo politico e come valida sotto quello giuridico².

Lasciando per ora da parte questo riferimento essenziale al dato soggettivo (che rileva sotto il profilo del concetto di *istituzione*, nell'*istituzione* di una costituzione), rispetto alla dicotomia essenziale tra costituzione come *ordine normativo* e costituzione come *ordine materiale*, sono evidenti i suoi riflessi sulla nostra domanda iniziale: di che cosa è l'*istituzione*, l'*istituzione* di una *costituzione*? Nel primo caso si dovrà rispondere alla domanda prendendo in considerazione una serie di *regole* (scritte o consuetudinarie, nel senso che si è detto), con le loro ricadute in termini di effettività (e, dunque, come abbiamo accennato e come vedremo meglio, con il problema della loro legittimazione sotto il profilo politico e della loro validità sotto il profilo giuridico: la questione qui rileva in modo particolare proprio per le norme consuetudinarie); nel secondo caso, invece, si dovrà rispondere alla domanda prendendo in considerazione una serie di *regolarità*, di meri dati politici e organizzativi.

A bel riflettere, però, questa prima dicotomia – costituzione come ordine *normativo* e costituzione come ordine *concreto* – non è del tutto corretta – benché, come detto, assai diffusa nel linguaggio dei giuristi –

Bari, 2000; R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano: la costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 2004; V. Onida, *La Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2004; G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano, 2006; F. Rimoli, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma, 2011.

² M. Dogliani, *Il sistema costituzionale*, in *Guida all'Italia contemporanea*, diretta da M. Firpo – N. Tranfaglia – P. G. Zunino, vol. II, *Istituzioni politiche e forme di governo*, Garzanti, Milano, 1998, pp. 1-2.

Come noto, per Mortati, la costituzione è il gruppo politico stesso che ha costituito l'ordine concreto attraverso l'esercizio della sua egemonia; è, in particolare, quella che Mortati chiama la «costituzione originaria, fondamentale»: «Lo Stato non trova al suo sorgere, un diritto precostituito, determinabile sulla base di uno stato, di natura o altrimenti, ma crea esso l'ordine giuridico, in quanto pone un centro di unificazione della vita della comunità, che differenzia e tutela all'esterno questa dalle altre, viventi in diversi ambiti territoriali, e disciplina all'interno il conflitto degli interessi contrastanti, attraverso la determinazione e la protezione, anche coattiva, di quelli ritenuti prevalenti. Questa forza, risultante dall'organizzazione di un gruppo sociale che si differenzia dagli altri, in quanto riesca, trionfando su gruppi antagonisti portatori di interessi diversi e orientati verso un diverso modo di intendere l'unità politica, a far valere effettivamente la forma particolare di ordine, da essa affermata, offre il contenuto della costituzione originaria, fondamentale» (C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Giuffrè, Milano, 1998, p. 63). Sul ricorso alla dottrina della costituzione in senso materiale in merito alla questione dell'interpretazione costituzionale in studiosi quali Augusto Barbera, Paolo Barile, Giovanni Bognetti, Franco Modugno, Vincenza Zangara, cfr. S. BARTOLE, *Costituzione materiale e ragionamento giuridico*, in *Dir. Soc.*, 1982, pp. 605 ss. Di F. MODUGNO si veda in particolare *Legge, ordinamento giuridico, pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1985. Una critica particolarmente efficace dell'incomprensione e della diffidenza che la dottrina italiana ha mostrato nei confronti della dottrina della costituzione in senso materiale è in M. Nigro, *Costituzione ed effettività costituzionale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, XXIII (1969), pp. 1697 ss.

poiché il concetto di *ordine* non attiene in realtà alla *natura* della costituzione, ma piuttosto al modo con cui viene percepita la causa della sua forza prescrittiva.

Come è stato sottolineato³, infatti, il concetto di costituzione fa sempre riferimento a un insieme di norme, indipendentemente dal modo in cui tali norme vengono comprese, sia da parte degli scienziati sociali che intendono spiegarle, sia da parte degli appartenenti al gruppo politico che sono tenuti a osservarle. Qualunque organizzazione umana si risolve sempre in un insieme di norme (qualunque ne sia l'origine) presente nelle menti degli individui e da queste mediamente rispettate: «se si accetta questa ipotesi, ne deriva che non è possibile contrapporre il concetto di organizzazione a quello di Cost.-norma, essendo il primo solo una reificazione del secondo. Anche il concetto di ordine, inteso come oggetto di una attività cognitiva, non può essere contrapposto a quello di Cost.-norma, in quanto l'uno si pone su un piano diverso dall'altro. Dire che la Cost. esprime, riflette, descrive un ordine non muta il fatto che essa consista in un insieme di regole percepite come tali: il concetto di ordine non attiene alla natura della Cost., ma al modo con cui viene percepita la causa della sua forza prescrittiva»⁴.

In modo del tutto simmetrico, è poi necessario specificare che anche le teorie che tradizionalmente concepiscono la costituzione come norma, hanno a che fare con un ordine concreto, ma qui l'ordine non è la causa della prescrittività delle norme, ma è l'effetto delle norme stesse: la conseguenza del fatto che i singoli conoscono e rispettano quell'insieme di norme.

Vale la pena di sottolineare che quanto sopra chiarito non vale solo per il concetto di costituzione, ma per qualunque fonte del diritto, come aveva già ben chiarito Bobbio⁵. Vi sono infatti nel linguaggio giuridico almeno due modi d'intendere l'espressione «fonte di diritto», ora come «fonte di derivazione» di una regola, ora come «fonte di qualificazione»: «la differenza fondamentale fra l'una e l'altra fonte è che la prima può essere costituita da un fatto o da una serie di fatti, la seconda è sempre costituita da una norma. Una regola, in quanto la si consideri come un fatto, deriva da un altro fatto; ma riceve la sua validità in un sistema per opera di un'altra norma. Se non si facesse questa distinzione non si capirebbe perché regole aventi la stessa fonte di derivazione non siano allo stesso modo valide in un sistema, perché, ad esempio, l'equità produca regole, ma non tutte le regole prodotte dall'equità siano valide in un certo ordinamento, bensì soltanto quelle a cui una norma del sistema attribuisce la qualifica di norme giuridiche. Analogamente, il comportamento costante, uniforme, generale dei consociati produce regole di condotta, ma, affinché queste regole siano riconosciute valide in un certo sistema giuridico, occorre che nel sistema vi sia una norma, non importa se esplicita o implicita, che attribuisca alla consuetudine valore di fonte del diritto. In altre parole, l'esistenza di fatto di una consuetudine non coincide con la sua esistenza di diritto, cioè con la sua validità. Perché una consuetudine esista come fatto, basta che venga constatata; perché esista come diritto è necessario che sia riconosciuta come norma valida di un sistema, cioè bisogna risalire alla sua fonte di qualificazione»⁶.

Per ritornare infine alla nostra questione iniziale, è possibile sostenere, rispetto a questo primo profilo, che il riferimento alla istituzione di una *costituzione* rende obbligatorio intendere la costituzione sempre come *atto normativo*, perché il concetto di costituzione, in generale, non può non fare riferimento a un insieme di *regole*.

Ne deriva che la dicotomia essenziale, posto che il termine costituzione si riferisce sempre a un atto normativo, deve essere quella che distingue tra costituzione come atto meramente *ricognitivo* di un ordine

³ Ancora da M. Dogliani, *Costituzione*, cit., p. 531.

⁴ *Ibidem*. L'A. riconduce a queste dottrine le tesi (diffuse soprattutto nel passato) che avevano la loro matrice nelle scienze "empiriche" o "descrittive", non solo sociali (economia politica, sociologia, biologia, etc.). Queste tesi consideravano la costituzione come una "organizzazione" concreta, come una "struttura" (paragonabile, appunto, alle travature di cemento armato di una casa o allo scheletro di ferro dei grattacieli, o alla struttura di una molecola, o alla composizione geologica di un terreno): dunque come una "cosa", un oggetto. Ancora appartengono a queste dottrine le tesi, di matrice teologica o filosofica, che considerano la costituzione come un qualcosa che gli uomini ritrovano ricercando l'ordine della creazione o l'ordine della ragione: un qualcosa che si presenta dunque anch'esso come un aliquid di "dato".

⁵ N. Bobbio, *La natura delle cose*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1972, pp. 198 ss.

⁶ *Ibidem*, pp. 205-206.

presupposto (che, a sua volta, può essere inteso in senso assiologico o in senso non assiologico) e costituzione come atto *costitutivo* di un ordine non presupposto (che, anche in questo caso, può essere inteso in senso assiologico o in senso non assiologico)⁷. Le teorie che concepiscono la costituzione nel primo senso sono state definite come teorie “aperte” o “non pure”, quelle che concepiscono la costituzione nel secondo senso sono state definite come teorie “chiuse” o “pure”⁸.

Sulla base di questa premessa, il riferimento alla istituzione della Costituzione italiana del 1947, in particolare, non è solo il riferimento a un atto giuridico che, come ogni atto giuridico, è per definizione voluto in un momento temporalmente individuato, ma è il riferimento a un modello preciso di costituzione, che si colloca nel solco del c.d. costituzionalismo (che, a sua volta, è termine ben preciso, perché, come noto, non ricomprende in modo generico tutte le dottrine sulla costituzione): il costituzionalismo del secondo dopoguerra, in particolare, segnato dai disastri delle due guerre mondiali e dalle esperienze dei totalitarismi, si pone infatti in aperta polemica col presente, ed è teso a instaurare un ordine istituzionale e sociale diverso da quello andato distrutto e, soprattutto, da quello che esisterebbe se i rapporti politici e sociali si manifestassero spontaneamente.

Quel che si vuol dire, in estrema sintesi, dunque, è che l’istituzione della Costituzione del 1947 è stata la realizzazione storico-concreta di un modello di costituzione che si è imposto quale reazione all’ambiente culturale irrazionalistico che a partire dagli ultimi decenni dell’Ottocento era stato dominante in Europa e che aveva prodotto un modello di costituzione che, a sua volta, è stato definito significativamente come «caotico»⁹.

Ma non è sufficiente, ai nostri fini, dire che l’istituzione della Costituzione del 1947 è stata l’istituzione di una costituzione-atto che aveva lo scopo di conformare i reali rapporti di forza a specifici principi materiali. Non è cioè sufficiente il dato oggettivo, c’è il dato soggettivo: c’è l’*istituzione*, appunto, che, come detto, non può essere qui intesa come sinonimo neutrale di approvazione di un atto giuridico, dal momento che, come abbiamo precisato, le regole costituzionali non sono solo quelle qualificate da contrassegni formali.

3. Che cosa è l’*istituzione*, nell’istituzione di una costituzione.

In estrema sintesi, il problema è quello di indicare come si fa o come si riconosce una costituzione intesa come atto normativo, e dunque il problema è, in ultima analisi, quello della sua giustificazione.

Infatti la prima conseguenza della prospettiva della concezione della costituzione come atto normativo è che si deve prestare particolare attenzione al modo con cui la costituzione è percepita dai componenti il gruppo politico e in particolare dalle forze politicamente attive. La centralità di questo dato soggettivo deriva dal fatto che ogni costituzione intesa appunto come atto normativo necessita di essere giustificata, e cioè di essere qualificata come legittima sotto il profilo politico e come valida sotto quello giuridico. Dal momento che la giustificazione consiste nella applicazione convincente di concezioni diffuse, si può dire che l’esistenza di una costituzione legittima e valida comporta l’esistenza di un convincimento collettivo articolato su due piani: «anzitutto è necessario che sia diffusa l’idea che “debba esistere” una *higher law*, e cioè un insieme di norme, sovraordinate a quelle attraverso la cui produzione si esercita il potere di governo, che impongano limiti all’esercizio di tale potere: limiti che realizzino la pretesa dei membri del gruppo politico a che l’organizzazione di quest’ultimo rifletta la concezione che essi hanno di sé. In secondo luogo, è necessario che la costituzione positiva (vigente nello Stato) sia ritenuta conforme ai contenuti di quella “concezione di sé”»¹⁰. Questo duplice ordine di convincimenti (che il sociologo guarderà come principi politici e il giurista come norme di riconoscimento) non potrà che essere ritrovato nel dato soggettivo di cui si è detto.

⁷ Sull’uso dicotomico dei tipi ideali di costituzione, v. G. Zagrebelsky, *Società-Stato-Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1988, spec. pp. 34 ss.

⁸ M. Dogliani, *Costituzione*, cit., pp. 532 ss.

⁹ M. Dogliani, *Introduzione*, cit., pp. 270 ss.

Sull’aspetto della discontinuità in negativo, come volontà di evitare ad ogni costo la restaurazione del fascismo, quand’anche mutato nelle sue vesti, cfr. M. Luciani, *Antifascismo e nascita della Costituzione*, in *Pol. Dir.*, 1991, pp. 183 ss.

¹⁰ M. Dogliani, *Il sistema costituzionale*, cit., p. 2.

Il concetto normativo di costituzione risulta composto dunque di due elementi: «il primo è l'insieme di norme che regolano i problemi che la coscienza del tempo percepisce come fondamentali. Il secondo è il dato culturale che spiega la validità (e la tendenziale effettività) di quelle norme. In riferimento ai periodi temporali più vicini alla instaurazione di una nuova costituzione questo dato si identifica con i principi etico-politici "portati" dalle forze sociali che ne sono autrici: forze che, affinché si abbia una costituzione in senso proprio, non devono essere un blocco monolitico, ma essere legate da un comune interesse (fondato su un calcolo strategico di utilità) alla sua instaurazione e al suo mantenimento. Per archi di tempo più lunghi e per periodi più lontani dal momento costituente, la validità e la effettività della costituzione possono invece utilmente essere spiegate attraverso il radicarsi nell'opinione pubblica di una consuetudine avente a oggetto la necessità di fare riferimento alla costituzione stessa per risolvere i problemi più rilevanti che la collettività si trova ad affrontare»¹¹.

Con riferimento alla Costituzione del 1947, è possibile sostenere che se ci collochiamo storicamente nel periodo prossimo alla istituzione della Costituzione stessa, il dato culturale che spiega la sua validità (e la sua tendenziale effettività) – ciò in cui consiste la sua *istituzione* – si identifica con i principî etico-politici "portati" dalle forze sociali che ne furono autrici: tali forze, concretamente, si identificano con i partiti antifascisti organizzati nel Cln.

E' possibile sostenere, infatti, che se, sotto il profilo della giustificazione, la Costituzione del 1947 è stata concretamente formata attraverso un procedimento che soddisfa in pieno i requisiti che la teoria neo-contrattualista richiede come tipici della genesi di una costituzione, sotto il profilo delle condizioni storico-politiche, è la teoria neo-istituzionalista a spiegare i caratteri del processo di instaurazione della nostra Costituzione, così come dei coevi documenti costituzionali, nazionali e sovranazionali, approvati nel secondo dopoguerra: «se si assumono, realisticamente, come protagonisti della produzione della costituzione le forze organizzate che vogliono stabilizzare in essa i principi politici di cui sono portatrici, e se si considera come nucleo tipico dell'attività costituente l'agire "sotto il velo dell'ignoranza" – e cioè lo scrivere le regole costituzionali senza sapere quali sono i rapporti di forza tra i soggetti che le scrivono, in modo che tutti siano orientati a cercare il massimo di garanzie per chi, sollevando il velo, si troverà nella posizione peggiore – è agevole ritrovare alle origini della costituzione italiana entrambi questi profili. La costituzione è stata infatti formata dai partiti del Cln (le organizzazioni politicamente dominanti), ma in una fase in cui i reciproci rapporti di forza erano ignoti: nasce dal potere di soggetti collettivi, ma che stipulano tra di loro un contratto sotto il velo dell'ignoranza»¹².

Infatti, i partiti, per trovare l'unità d'azione che, pur con difficoltà, sarebbe durata fino alla fine della guerra, dovettero – dopo vent'anni di isolamento reciproco – mettere alla prova la capacità di apertura delle rispettive culture per trovare una base di giudizio storico – se non di valore – sulle vicende italiane, così da costituire l'indispensabile premessa per definire i principî fondativi del futuro stato. E le linee di frattura erano molteplici (dall'interpretazione delle cause sociali del fascismo, all'interpretazione delle cause propriamente politiche del suo avvento, e dunque delle fondamentali tappe dello sviluppo statutario; per non parlare delle contrapposizioni ideologiche tra i partiti stessi). Malgrado tante divisioni, i partiti del Cln si riconobbero reciprocamente tutti degni di partecipare alla guida della resistenza e della futura attività costituente, legati da un patto d'unità d'azione fondato tendenzialmente sulla regola dell'unanimità, non essendovi stata alcuna elezione e dunque alcuna possibilità di misurare il reciproco peso¹³.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem* p. 50.

¹³ *Ibidem*. Ma v. L. Paladini, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 36-37: «I principali uomini politici del tempo – da De Gasperi a Nenni a Togliatti – intuirono e sostennero con molta chiarezza che la scelta della forma repubblicana implicava l'instaurazione di uno Stato integralmente democratico, ben oltre l'adozione di questo o quel meccanismo d'investitura del Presidente della Repubblica. Ma di quale stampo sarebbe risultata la democrazia italiana? Chi scorre gli atti della Costituente ritrova – non a caso – affermazioni di segno radicalmente diverso (...). Il carattere confessionale o laico del nuovo regime; l'impronta liberistica o dirigistica della costituzione economica; la contrapposizione delle istituzioni costituzionali in chiave garantistica o la concentrazione dei poteri in una assemblea rappresentativa del popolo per mezzo dei partiti: tali e tanti altri erano allora i terreni dello scontro politico. Storicamente non regge, pertanto, l'idea di una costituzione materiale preesistente e sovrapposta alla Costituzione

Non potendo approfondire in questa sede il tema, sia consentito almeno un cenno e un rinvio alla teoria di Hermann Heller, la cui Dottrina dello Stato (1934) descrive un modello di rapporti tra cultura, stato e costituzione-atto che prefigura perfettamente l'*istituzione* delle *costituzioni* del secondo dopoguerra¹⁴.

Di questo modello, nell'ampia costruzione teorica helleriana, interessa qui evocare, in particolar modo, il discorso relativo ai diversi concetti di costituzione che compongono la «costituzione politica complessiva»¹⁵ e, in ultima analisi, il riferimento ai principi etico-politici materiali come fondamento della legittimazione dello Stato: «normalità "di fatto" dell'agire dei partecipanti», da un lato, e «normalità dell'agire costituzionale dei partecipanti regolato da norme»¹⁶, dall'altro, ossia *normalità* e *normatività*, s'intrecciano nella costruzione del concetto helleriano di «costituzione politica complessiva», in aperta polemica col formalismo giuridico kelseniano.

La costituzione dello Stato «rappresenta una totalità nella quale si completano reciprocamente normalità e normatività, normatività giuridica ed extragiuridica»¹⁷. Infatti «la costituzione regolata da norme giuridiche non consiste mai, semplicemente, di norme giuridiche autorizzate dallo Stato; per la sua validità essa necessita invece, sempre, dell'ausilio di elementi costituzionali non regolati da norme o regolati da norme extragiuridiche. Contenuto e forme della validità di una norma non vengono determinati soltanto dal suo testo e neppure soltanto dalle intenzioni e dalle capacità del legislatore ma, soprattutto, dalle qualità dei destinatari che la rispettano (...). E' l'*ambiente*, (...), l'ambiente naturale e culturale nel suo complesso, le normali situazioni antropologiche, geografiche, etniche, economiche e sociali, al pari delle normatività extragiuridiche – quella parte di mondo che ci circonda, con la quale o contro la quale la costituzione regolata da norme giuridiche deve (*soll*) formare una totalità che concretizza, innanzitutto, il suo contenuto e determina la sua individualità. La singola norma giuridica può dunque fundamentalmente venire compresa solo a partire dalla totalità della costituzione politica complessiva»¹⁸.

Di particolare interesse, ai nostri fini, è la descrizione delle caratteristiche dei principi etico-politici che si trovano a cavallo tra *normalità* e *normatività*.

I principi etici del diritto sono «caratterizzati da un'insufficiente concretizzazione», e per questo «non possono trovare applicazione come norme giurisdizionali dirette di decisione: essi sono tuttavia indispensabili nella costituzione giuridica dello Stato come norme sociali strutturali e regole interpretative per la decisione giudiziaria. La loro validità è in parte aprioristica e generale e in gran parte, invece, storicamente mutevole e condizionata dai differenti climi culturali. Il legislatore, solitamente, ne riconosce la centralità per la costituzione indicandone due forme: una materiale, che formula il contenuto dei principi giuridici, e una formale. La seconda parte della costituzione weimariana, al pari dei cataloghi dei diritti fondamentali della maggior parte delle costituzioni scritte, contiene ad esempio un gran numero di rinvii materiali a principi etici del diritto. Quando ad esempio gli artt. 119 e 120 della costituzione weimariana formulano il principio del

scritta, che si sarebbe risolta in una sola decisione fondamentale. Tutto al contrario, la determinazione e la concretizzazione dei principi costituzionali sono stati e sono tuttora il frutto di un processo graduale e ininterrotto, nel corso del quale i contorni del regime democratico hanno subito palesi mutazioni».

Questo giudizio conferma che l'istituzione di una costituzione non consiste nella semplice approvazione di un atto normativo: l'affermazione secondo la quale la consuetudine di riconoscimento si radica in modo progressivo non esclude che le forze costituenti, e prima ancora, e più ancora, i partiti del Cln condividessero alcuni principi etico-politici fondamentali. Tale condivisione consentì loro di addivenire prima alla stipulazione di una convenzione, alla quale è stato possibile giungere in forza dell'operare congiunto di un insieme di situazioni e fatti condizionanti e a partire dalla quale si è innescato un processo di radicamento nel corpo sociale destinato poi a sfociare in una consuetudine (F. Pallante, *L'istituzione della Costituzione italiana del 1947*, paper presentato per il Seminario).

¹⁴ H. Heller, *Staatslehre* (1934), trad. it. a cura di U. Pomarici, *Dottrina dello Stato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988.

In Italia, tra i lavori più significativi che si occupano più o meno estesamente dell'opera di Heller, si vogliono ricordare: R. Treves, *La dottrina dello stato di Hermann Heller*, in AA. VV., *Studi in onore di Francesco Messineo*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 447 ss.; P. Pasquino, *Introduzione*, in H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello stato*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 3 ss.; U. Pomarici, *Oltre il positivismo. Hermann Heller e il dibattito sulla Costituzione weimariana*, Prismi, Napoli, 1989; M. Dogliani, *Introduzione*, cit., pp. 297 ss.; G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, cit., pp. 178 ss.; M. La Torre, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari, 2006, pp. 79 ss.; F. Rimoli, *L'idea di costituzione*, cit., pp. 147 ss.

¹⁵ H. Heller, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 385.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 384-385.

¹⁷ *Ibidem*, p. 391.

¹⁸ *Ibidem*, p. 393.

matrimonio monogamico e quello dell'educazione familiare della prole, non si è ottenuta con ciò una norma giuridica positiva che possa essere utilizzata dal giudice come base per una decisione: questa formulazione contiene qualcosa di più e di diverso della semplice astrazione da norme giuridiche valide ed è più che una semplice direttiva per il legislatore futuro. In realtà i principi giuridici formulati qui sono anche le sole norme conosciute dalla stragrande maggioranza dei soggetti giuridici e le uniche ad essere vive nella loro immaginazione, mentre le numerose decisioni giurisdizionali sul matrimonio e la famiglia, concretizzate nel diritto di famiglia del codice civile sono loro ignote e, per quanto li riguarda, possono restare inapplicate, fin quando essi non si trovano dinanzi al giudice. Concretamente, dunque, non sono queste norme giuridiche positive, ma i principi giuridici generali quelli che contribuiscono ad assicurare le coordinate della realtà sociale»¹⁹.

I pur brevi passaggi riportati della teoria helleriana consentono dunque di giungere a una considerazione conclusiva estremamente importante: l'*istituzione* di una *costituzione* non è attività che si compie una volta per tutte, e di certo non si esaurisce nel momento della sua genesi storica. Essa ha invece a che fare, da un lato, nel momento della sua produzione, con la questione del rispecchiamento selettivo di principi già radicati nella società; dall'altro, con il problema del suo *effettivo* radicamento nei periodi successivi a tale momento: ha a che vedere, dunque, con la sua vita, con la sua interpretazione, in una parola, con la sua *effettività*.

Per riprendere le parole di Heller, «se non si impiegano principi giuridici anche lì dove il legislatore non rinvia espressamente ad essi non può venire compresa né interpretata, né applicata la maggior parte delle norme costituzionali positive. Il diritto nella sua interezza non è mai racchiuso nel testo delle norme giuridiche positive. Come struttura di senso meramente normativa, senza riguardo alla normalità sociale valutata con criteri positivi, la costituzione dice sempre troppo poco. La maggior parte delle sue norme giuridiche, e soprattutto le più importanti, diventano fruibili solo in connessione con i principi giuridici che fondano concettualmente la struttura sociale»²⁰.

Nella vita di una Costituzione, nel processo di radicamento della sua consuetudine di riconoscimento, l'interpretazione dei suoi enunciati si rivela dunque il problema del diritto costituzionale e la vera questione che si cela dietro il tema dell'*istituzione* della *costituzione*: gli accesi dibattiti emersi in questi ultimi anni intorno a materie definite non a caso "eticamente sensibili", e la loro problematica riconducibilità a disposizioni costituzionali, ne danno testimonianza. Il tema della tutela dei diritti costituisce un buon laboratorio per mettere alla prova i concetti sin qui richiamati.

4. L'*istituzione* della *costituzione* e la tutela dei diritti.

Le controverse argomentazioni diffuse, sia sul piano scientifico sia sul piano politico, intorno a temi caratterizzati da una forte connotazione etica sottintendono sempre una specifica concezione (del fondamento) dei diritti evocati, che non sempre viene invece esplicitata.

A tal proposito, il modello oggi più diffuso sembra essere quello che si risolve nel fondare i diritti come qualità metafisiche del soggetto che ne è di volta in volta il titolare, come sue potenzialità umane indipendentemente da riconoscimenti normativi positivi. Secondo questo modello, i diritti dell'uomo consisterebbero in pretese che competono ai singoli in quanto esseri umani, a prescindere dal loro essere parte di una società storico-concreta e di un ordinamento giuridico positivo. Peraltro, che si tratti del diritto all'orientamento sessuale, o del diritto alla procreazione medicalmente assistita, o del diritto alla dolce morte – solo per evocare alcuni dei temi più di recente fortemente dibattuti – il linguaggio impiegato nasconde sempre un'ambiguità di fondo, poiché confonde i diritti con i meri desideri soggettivi (che invece rilevano come impulso di una lotta politica per il riconoscimento di una regola che li sancisca come diritti, appunto). Questa confusione conduce a ritenere che esista sempre un generale diritto di scardinare gli elenchi di

¹⁹ *Ibidem*, pp. 394-395.

²⁰ *Ibidem*, p. 395. E il riferimento, implicito o esplicito, a «concetti extragiuridici diffusi e generalmente compresi nella collettività» (Corte costituzionale, sent. n. 42 del 1972) costituisce ormai una costante dell'attività interpretativa.

riconoscimenti positivi, al fine di rivestire le (anche legittime) pretese di fatto di alcune categorie di soggetti con la veste giuridica di diritti fondamentali, indipendentemente da qualunque appiglio a enunciati normativi. Se questo sembra essere il modello oggi più diffuso per argomentare il fondamento dei diritti, non è tuttavia l'unico, e, di certo, non è quello che si ricava dal significato dell'espressione *istituzione* di una *costituzione* come sopra sommariamente descritto.

In estrema sintesi, e senza alcuna pretesa di approfondimento di un tema così complesso, che richiederebbe ben altre riflessioni, si potrebbe dire che, accanto al modello che fonda i diritti come qualità metafisiche del soggetto, gli argomenti retorici con i quali si tenta di fondare i diritti potrebbero essere ricondotti a due modelli generali: il primo, il più rigoroso, ma anche quello che oggi riscuote il minor favore nei dibattiti sia a livello scientifico sia a livello politico, è quello che concepisce i diritti fondamentali come il riflesso di un ordine statuale e che quindi riconosce come diritti solo le pretese positivamente fondate; il secondo, che ricorre al principio di "precauzione" nelle materie che hanno una rilevanza etica, e, dunque, che rivaluta il principio di tradizione e il dovere della prudenza, è quello che concepisce i diritti fondamentali come il riflesso di un concreto ordine storico e socio-politico, ed è il modello che si ricava dalla prospettiva dell'*istituzione* di una *costituzione* come sopra descritta.

Solo per ricondurre questo generico schema ad alcuni filoni di pensiero, anche assai lontani nel tempo, si potrebbe dire, in estrema sintesi, che il primo è un modello che potrebbe essere rintracciato in Pufendorf, nella filosofia politica di autori giacobini, in Bentham, in Jellinek, fino ad arrivare a Kelsen. Il secondo è invece ascrivibile a Burke, a Stuart Mill, a Laski, e, naturalmente, a Heller e ad altri autori neoistituzionalisti.

Tralasciando il modello kelseniano, è opportuno soffermarsi brevemente sugli altri due, e sul differente rapporto che essi instaurano con il principio di tradizione, inteso come il principio che giustifica l'elaborazione di convinzioni morali a partire da un'idea di intrinseca saggezza dell'ordine naturale/sociale nel quale gli uomini si trovano a vivere, e che applica alle cose sociali il motto degli ambientalisti secondo il quale «la natura è l'unica a sapere il fatto suo»²¹. E' necessario però specificare, per prendere sul serio, dal punto di vista del diritto costituzionale, gli argomenti ai quali le diverse ricostruzioni fanno ricorso, e per non rischiare di scivolare verso posizioni ideologiche, che la tradizione alla quale qui si fa riferimento non è di certo una specifica credenza soggettiva, ma potrebbe essere definita, dal punto di vista del modello che vi fa ricorso, come l'ordine non progettato razionalmente dai singoli, ma che risulta dal complesso intreccio dei loro comportamenti ereditati, sedimentati, secondo un'evoluzione spontanea, attraverso le generazioni. Se per coloro che fondano i diritti su qualità metafisiche del soggetto la tradizione è qualcosa di negativo, di oppressivo, della quale bisogna liberarsi proprio attraverso il riconoscimento dei diritti, per coloro che concepiscono i diritti fondamentali come il riflesso di un concreto ordine storico e socio-politico la tradizione è invece sinonimo di sicurezza contro la complessità infinita della condizione umana e della convivenza sociale. Per impiegare le parole di Burke, la tradizione è sinonimo di sicurezza contro la «profonda impressione dell'ignoranza e della fallibilità umana»²². Secondo questo modello, dunque, si tratta di avvinghiarsi alla tradizione come il naufrago alla zattera nella tempesta della complessità infinita nella quale l'uomo si trova a vivere. L'adattamento molecolare, lento, prudenziale, precauzionale, è la risposta di questo

²¹ B. Commoner, *The Closing Circle. Nature, Man and Technology*, Knopf, New York, 1971, trad. it., *Il cerchio da chiudere. La natura, l'uomo e la tecnologia*, Garzanti, Milano, 1977, p. 50: «Supponete di aprire la cassa del vostro orologio, di chiudere gli occhi e di infilare una matita fra gli ingranaggi: il minimo che vi possa capitare è di scassare l'orologio. Non è detto però che sia necessariamente così. Esiste la remota possibilità che l'orologio fosse sregolato e che il colpo dato con la matita fosse proprio quello che occorreva per metterlo a posto. Certo, è un caso estremamente improbabile. Se ci chiediamo "Perché?" la risposta è evidente. L'orologio ha alle spalle un complesso di studi e di operazioni che i tecnologi chiamano ora "ricerca e sviluppo". E cioè, anno dopo anno, gli orologiai, ammaestrati dall'esperienza dei loro predecessori, hanno messo a punto tutta una serie di accorgimenti e di perfezionamenti, scartando quelli non compatibili con il funzionamento globale del sistema, e adottando quelli intesi a migliorarlo. In effetti il meccanismo dell'orologio, come noi lo conosciamo ora, è frutto di una selezione molto severa compiuta attraverso la valutazione delle funzionalità delle varie combinazioni possibili. Se ci mettiamo a variare a casaccio la struttura dell'orologio, rischiamo di riproporre una delle numerose, inutili e dannose combinazioni già sperimentate in passato, e scartate a ragione veduta. Volendo inventare una legge dell'orologio, potremmo dire che "L'orologiaio è l'unico a sapere il fatto suo". L'esempio presenta un'analogia molto significativa con i sistemi biologici».

²² E. Burke, *Riflessioni sulla rivoluzione francese* (1790), trad. it. in Id., *Scritti politici*, Utet, Torino, 1963, p. 442.

modello alle nuove esigenze che di volta in volta si presentano agli uomini e alla loro vita in comune. Peraltro, in un'epoca nella quale la totale assenza di una cultura politica unificante rischia di far emergere un individualismo perverso, l'appiglio al principio di tradizione potrebbe tornare utile²³. All'opposto, per coloro che fondano i diritti su qualità metafisiche del soggetto la tradizione è causa di discriminazioni sedimentate nel tempo, frutto di pregiudizi di cui è necessario liberarsi: il diritto è lo strumento per rimuovere artificialmente i tabù sedimentati da una tradizione oppressiva e discriminatoria. Come per gli illuministi, secondo i quali le condizioni, frutto di fede, di tempo e di consuetudini, nelle quali gli uomini erano vissuti, erano *innaturali* e dovevano essere completamente sostituite da ideali uniformi progettati deliberatamente, è necessario sollevare il velo dell'ignoranza imposto dalla tradizione per liberare finalmente gli uomini e ricondurli alla loro *naturale* condizione. In questo modello i diritti dell'uomo invocati si fondano in modo diretto sulla legge naturale: quest'ultima tuttavia non si limita a porre le premesse per il proprio superamento in un ordinamento civile (come avviene nel modello hobbesiano e poi nella interpretazione che di questo ha fatto il giacobinismo, per cui la legge naturale non vige in sé, ma pone le premesse affinché la legge positiva sostituisca la libertà naturale dell'uomo con la libertà civile), ma pretende di perpetuarsi anche contro l'ordinamento civile. Questa posizione si risolve nella pretesa di far valere, si ripete, anche contro l'ordinamento positivo, le pretese soggettive di coloro che invocano la legge naturale stessa, come se, accanto all'ordinamento positivo, esistesse un altro ordinamento naturale che le norme positive devono limitarsi a rispecchiare²⁴. Ma in questa prospettiva ciascuna pretesa di fatto invocata diventa automaticamente diritto soggettivo fondamentale, senza che sia data la possibilità di accertare empiricamente l'esistenza di una presunta legge naturale che la fondi²⁵.

²³ L'appello all'ordine naturale come a un ordine dotato di intrinseca saggezza, e dunque da rispettare con prudenza, pena nefaste conseguenze per gli uomini, è oggi molto diffuso, specie nelle materie che comportano l'applicazione di nuove tecnologie: «Ma esistono, in natura, limiti oltre i quali solo l'uomo osa avventurarsi. La nozione di *transgene* illustra questa trasgressione finanche sul piano etimologico. Infatti, al di là delle leggi memorabili della natura, al di là di ogni prudenza, al di là – come oggi si dice – di ogni "precauzione", l'ideologia della mescolanza senza limiti va contro tutta la tradizione occidentale. Che si tratti dell'ardire di Prometeo nella mitologia greca o della cacciata dal paradiso terrestre descritta nel libro della Genesi, il monito è sempre lo stesso: non oltrepassare il confine, altrimenti rischierete di pentirvene. Prometeo si è visto condannare ad avere il fegato divorato da un'aquila, mentre la coppia originaria della Bibbia ha dovuto adattarsi ai rovi e alle spine. Mai, ne converrete, la lezione dei grandi miti fondatori è stata più attuale. Mai monito è stato più ardente, più pressante. Ma chi medita ancora sulla saggezza degli antichi? Il senso profondo dei loro insegnamenti non figura nei programmi delle nostre scuole, e neanche nelle nostre università, anzi, li abbiamo del tutto dimenticati!» (J. M. Pelt, *Plantes et aliments transgéniques*, Fayard, Paris, 1998, trad. it., *L'orto di Frankenstein. Cibi e piante transgenici*, Feltrinelli, Milano, 2000, pp. 33-34). Cfr. altresì J. Turney, *Frankenstein's Footsteps. Science, Genetics and Popular Culture*, Yale U. P., New Haven, 1998, trad. it., *Sulle tracce di Frankenstein. Scienza, genetica e cultura popolare*, Edizioni di Comunità, Torino, 2000.

Sulla teologia naturale, l'argomento del disegno e il darwinismo, cfr. A. La Vergata, *L'equilibrio e la guerra della natura. Dalla teologia naturale al darwinismo*, Morano, Napoli, 1990; S. Landucci, *I filosofi e Dio*, Laterza, Roma-Bari, 2005; M. Ruse, *Darwin and Design. Does Evolution have a Purpose?*, Harvard U. P., Cambridge (MA), 2003; T. Pievani, *Creazione senza dio*, Einaudi, Torino, 2006.

Si può ricondurre all'uso di questo argomento la teorizzazione da parte di Jonas di una vera e propria «euristica della paura» che condurrebbe all'elaborazione di quell'etica della responsabilità la quale individua nell'esistenza dell'umanità il principale dovere da assolvere: H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1979, trad. it., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 1990; Id., *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis der Prinzip Verantwortung*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1985, trad. it., *Tecnica, medicina, etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997.

Per una critica all'idea che il mondo sia organizzato secondo un ordine caratterizzato da fini intrinseci e da un'intrinseca saggezza, cfr. S. Pollo, *La morale della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2008, capitolo 5.

²⁴ E' proprio il «raddoppiamento dell'oggetto della conoscenza nella sfera della realtà naturale» a costituire, secondo H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* (1945), Etas, Milano, 2000, p. 426, uno dei «fondamenti epistemologici (metafisici)» delle diverse versioni del diritto naturale. Cfr. altresì H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 1990, pp. 26 ss., dove si dice che non possono non dirsi "ideologiche" quelle teorie che si richiamano a un ordine intangibile ed eterno di comandi, sia esso da ricollegarsi alla Divinità, o alla ragione e alla natura umana. Si tratta di teorie che possono avere valenza istituzionale opposta: sono "conservatrici" nel momento in cui la conformità del sistema normativo vigente all'ordine immutabile viene invocata per assicurare l'intoccabilità del primo; sono "rivoluzionarie" nel momento in cui si intende mettere in dubbio la vigenza del diritto positivo, sostenendo che esso è in contrasto con una giustizia assoluta, sottratta a ogni forma di mutamento temporale.

²⁵ «Cos'hanno in comune il parlamentare conservatore che si oppone all'allargamento dell'istituzione del matrimonio alle coppie non eterosessuali, il militante *no global* che contesta la diffusione degli organismi geneticamente modificati e il gay che difende la legittimità del suo orientamento sessuale? Con buona probabilità tutti e tre argomentano la bontà delle loro idee e delle loro scelte facendo ricorso a una qualche nozione di "natura". Forse il politico conservatore si appella all'idea che esista una sola "famiglia naturale" e che solo questa, proprio perché naturale, sia l'unica moralmente ammissibile e in grado di costituire il nucleo fondamentale di una società ben ordinata. L'attivista *no global*, da parte sua, probabilmente afferma che c'è un ordine della natura che andrebbe rispettato e che

Di qui l'utilità della teoria helleriana che, rivalutando gli elementi del diritto non scritto, «l'atmosfera della vita giuridica»²⁶, non in chiave giusnaturalistica, ma su basi, per così dire, sociologiche, risulta risolutiva nel corto circuito che si realizza nella *istituzione* di una *costituzione*: «esistenzialità e normatività del potere costituente non sono in opposizione ma si condizionano reciprocamente. Un potere costituente che non è legato agli strati sociali decisivi per la struttura del potere da principi giuridici comuni non ha né potere né autorità, dunque neppure esistenza»²⁷.

un'agricoltura "non naturale" può causare danni gravi e irreversibili agli esseri umani e all'ambiente. Il gay può difendere i suoi gusti e il suo orientamento, sostenendo che sono nella "sua natura". I protagonisti di questi esempi, per nulla immaginari, sono certamente lontani tra loro per convinzioni politiche e morali. Eppure tutti fanno appello all'idea che esista un ordine naturale al quale fare riferimento per sapere ciò che è moralmente buono» (S. Pollo, *La morale della natura*, cit., pp. 3-4).

²⁶ F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, vol. II, Lib. gén. de droit et jur., Paris, 2^a ed., 1954, p. 92.

²⁷ H. Heller, *Dottrina dello Stato*, cit., p. 428.