

## Costituzione materiale o materia costituzionale?

di Renzo Dickmann\*

La costituzione materiale è un tema di rinnovata attualità, sul piano non solo giuridico ma anche politico, e non potrebbe essere altrimenti visto che implica una costante valutazione di attualità del modello costituzionale in vigore, come conferma la costante prospettiva di riforme costituzionali.

Si tratta tuttavia di una locuzione priva di un significato proprio, almeno sul piano giuridico.

Per i normativisti non ha alcun interesse. Secondo Kelsen la costituzione è solo formale, anche se lo stesso Kelsen riteneva che la norma fondamentale, non posta ma presupposta, comunque non fosse un arbitrio razionale ma andasse riscontrata alla luce dei fatti<sup>1</sup>.

Secondo gli istituzionalisti ha un interesse giuridico limitato. Volendo soffermarsi su alcuni aspetti di principio, in un recentissimo saggio Augusto Barbera<sup>2</sup> prospetta la tesi per la quale al binomio costituzione formale - costituzione materiale deve contrapporsi una "relazione sistemica" tra "testo costituzionale", "ordinamento costituzionale" e "ordine costituzionale", laddove quest'ultimo è la base materiale sottostante del sistema così risultante. L'ordinamento costituzionale, che secondo l'Autore consiste nel nucleo dell'ordinamento giuridico, è dato dalla combinazione tra norme formalmente costituzionali ed ulteriori norme specialmente qualificate nella funzione, quali le disposizioni preliminari al codice civile (pre-leggi), i regolamenti parlamentari, alcune norme internazionali fondamentali importate con il filtro indicato dalla Corte nelle sent. 348 e 349 del 2007 (ampiamente commentate in dottrina) e diverse norme legislative caratterizzanti il sistema, in particolare le leggi elettorali<sup>3</sup>.

Risulta comunque superata la visione di Costantino Mortati di una costituzione materiale sinonimo di forza egemone nella società, per quanto adattata nella voce *Costituzione* alle novità della Costituzione repubblicana del 1948<sup>4</sup>.

L'idea di una costituzione materiale, o "in senso materiale", sembra avere maggiore consistenza nelle riflessioni dei cd. "neocostituzionalisti", che per l'originalità delle tesi

\* Consigliere parlamentare della Camera dei deputati. Le opinioni espresse sono personali e non impegnano in alcun modo l'Istituzione di appartenenza.

<sup>1</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, Milano, 1952, spec. 120-121.

<sup>2</sup> A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 311 ss.

<sup>3</sup> Gli argomenti sono esposti *ibidem*, 333 ss.

<sup>4</sup> C. Mortati, voce *Costituzione*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, spec. 214 ss.

esposte e per le differenti basi giuridiche di riferimento (alcuni sono nordamericani, altri anglosassoni, altri europei continentali), non alimentano un filone dottrinale unitario nei presupposti dogmatici. In realtà, poiché ciascuno prospetta una tesi in qualche modo originale, si finisce con il parlare di tanti neocostituzionalismi quanti sono gli autori che si discostano dalle letture normativiste e istituzionaliste. Il che equivale a smentire l'unitarietà di tale categoria.

In ogni caso in linea di massima per i neocostituzionalisti la costituzione non si esaurisce nel dato testuale, che ne rivela la dimensione nazionale, ma si espande in una dimensione globale o universale, dove, per effetto dell'opera armonizzante delle organizzazioni sovranazionali, *in primis* le Nazioni Unite, nonché al conseguente consolidato recepimento del diritto internazionale da parte degli Stati membri e all'opera delle corti di giustizia sovranazionali, i diritti e le libertà individuali acquisiscono una generica consistenza materialmente supercostituzionale.

La lettura istituzionalista, in particolare l'ultima di Barbera, è molto ricca e complessa, è supportata da importanti Autori che si sono cimentati sul tema ed in alcuni svolgimenti è condivisibile anche per chi non è né normativista né istituzionalista (né si riconosce a pieno tra i neocostituzionalisti, che peraltro, come accennato, non sono riconducibili ad una categoria)<sup>5</sup>.

Si è sostenuto in particolare che, al di là della dimensione propriamente giuridica, la costituzione si comprende pienamente superando il dato testuale e leggendola come *storicizzata* alla luce del suo contesto<sup>6</sup>. Ad esso infatti si deve quell'insieme di impulsi che inducono la costituzione ad evolversi. Ma si tratta di un'evoluzione che si evidenzia per il tramite della sua interpretazione qualificata, non di un'integrazione che partecipa della sua natura di fonte del diritto. Non si può cioè invocare una costituzione *materiale* con valenza di fonte del diritto senza intaccare l'ordine costituzionale.

E' quindi meglio parlare di costituzione materiale per indicare la dimensione del processo storico-politico che accompagna la vita dell'ordinamento costituzionale, dove si legittima come parametro giuridico per valutare la legittimità dell'ordinamento giuridico: la Carta si (ri)legittima quotidianamente, soprattutto resistendo a momenti critici e di tensione che sempre accompagnano l'azione delle istituzioni. Per definire tale dimensione ho ritenuto di parlare di *contesto costituzionale*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> In tal senso si veda, in ultimo, R. Dickmann, *Costituzione e contesto costituzionale*, in *Diritto e società*, 2010, 37 ss.

<sup>6</sup> Si veda *ibidem*, spec. 66 ss., dove si parla di "costituzione storicizzata".

<sup>7</sup> Per una lettura comparabile si veda A Spadaro, *Poteri del Capo dello Stato, forma di governo parlamentare e rischio di "ribaltone"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), paper del 22 settembre 2010, spec. 9.

Occorre tuttavia individuare chi sia legittimato ad importare da tale contesto i risultati delle vicende che vi si producono ed a ricondurli nella dimensione giuridica della costituzione-atto.

A tal fine non si può evitare di riconoscere un ruolo originale, politico, ai giudici costituzionali, investiti dalla Costituzione del compito di accertarne le violazioni. Se questa funzione sembra fuoriuscire dal circuito democratico della decisione politica, come molto efficacemente si nota nell'ambito delle teorie costituzionali nordamericane sostanzialiste<sup>8</sup>, tuttavia essa è imprescindibile per preservare il collegamento tra la Carta e il suo contesto.

Dunque, intendendosi sui termini, se si considera la dimensione storico-politica nella quale la Costituzione si legittima come fonte suprema, diversa dalla legge, che a sua volta si legittima tramite i procedimenti posti dalla Costituzione, il contesto costituzionale non è una costituzione in senso materiale ma il *prius* della Carta dal punto di vista della sua legittimazione, del suo giustificativo storico-politico.

Questo contesto è anche di ordine giuridico, alimentandosi quanto meno del diritto internazionale generale e consuetudinario in materia di diritti umani, come consolidato dalle convenzioni ONU in materia e delle norme e delle indicazioni giurisprudenziali di altri ordinamenti giuridici sovranazionali (in Europa, quelli dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa). In tal senso la nozione di contesto costituzionale, non essendo priva di rilievo giuridico, non può essere ritenuta di tipo neocostituzionalista. Le indicazioni che ne derivano possono alimentare momenti evolutivi nell'interpretazione della Costituzione nazionale, a volte implementandone l'efficacia, per il tramite dell'interpretazione qualificata di cui si è detto.

Non pare invece possibile stabilire connessioni automatiche tra costituzione e "materia costituzionale", essendo quest'ultima piuttosto una locuzione che *describe* l'oggetto della Costituzione, la sua *competenza* come fonte del diritto a definire i contenuti ed i limiti di un ordinamento giuridico costituzionale.

Si potrebbero peraltro nutrire talune perplessità nel leggere estensivamente la nozione di ordinamento costituzionale, che propone Barbera in termini peraltro suggestivi per l'agevole comparabilità con altre esperienze straniere, *in primis* quelle anglosassoni, riconducendovi anche la dimensione della legislazione ordinaria, in particolare in materia elettorale e di diritti umani.

In proposito cerco di formulare in breve due ordini di osservazioni.

---

<sup>8</sup> In tal senso si veda F.I. Michelman, *La democrazia e il potere giudiziario. Il dilemma costituzionale e il giudice Brennan*, Bari 2004, 61 ss., spec. 103-104.

Sul piano formale (almeno in Italia e nei modelli europei continentali) l'ambito – competenza o materia – costituzionale è garantito da un regime procedurale originale (connotato imprescindibile dell'attributo “costituzionale”, come ha rilevato S. Fois<sup>9</sup>), definito dall'art. 138 Cost., nonché dalle tassative previsioni di riserve di legge costituzionale<sup>10</sup>, intendendo implicitamente che le altre riserve di legge previste dalla Carta sono sempre di legge ordinaria. Si tratta dell'argomento giuridico che ha consentito di escludere in sede di dibattito parlamentare che il Trattato che adotta(va) una Costituzione per l'Europa dovesse essere ratificato ai sensi di una legge costituzionale<sup>11</sup>. L'originale connotato formale della legislazione costituzionale è un fattore essenziale di garanzia dell'ordinamento costituzionale, come osservava S. Galeotti<sup>12</sup>. Ne deriva che ammettere in linea di principio che l'ordinamento costituzionale possa alimentarsi anche per effetto di alcuni tipi di legislazione ordinaria potrebbe diluire l'idea di costituzione intesa anche come *garanzia*. La Costituzione in senso formale è da questo punto di vista portatrice di norme che sono anche di garanzia dell'ordinamento costituzionale mentre ciò non si può dire per le norme della legislazione ordinaria, espressive della funzione di governo di una maggioranza *pro tempore*. Deve quindi ritenersi che la lettura per la quale un ordinamento costituzionale sia “integrabile” anche sulla base di leggi ordinarie presupponga il ruolo cruciale di un “custode” della Costituzione, che opponga limiti a tale legislazione in nome della Costituzione stessa.

Sul piano sostanziale la nozione di ordinamento costituzionale prospettata non permette alcun tipo di coordinamento con il contesto costituzionale nel senso proposto, che invece produce effetti anche giuridici nello svolgimento dell'ordinamento costituzionale, quanto meno per effetto della sua interpretazione qualificata.

Comunque la nozione di contesto costituzionale non è riconducibile a quella di costituzione materiale, di cui si è cercato di dimostrare la mancanza di natura normativa. Deve altresì escludersene la lettura in termini di “costituzione in attesa” o di “anticostituzione”, soprattutto per le implicazioni eversive e antidemocratiche che una simile lettura implica, come Fois aveva evidenziato<sup>13</sup>.

Escludendo che possa parlarsene in termini di fonte del diritto, si può solo sostenere che la costituzione materiale non sia data, oggettiva, ma presenti la consistenza di una

<sup>9</sup> S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, in *La costituzione materiale. Percorsi culturali e attualità di una idea*, a cura di A. Catelani e S. Labriola, Milano 2001, spec. 31.

<sup>10</sup> Artt. 7, secondo comma; 71, primo comma; 96; 116, primo comma; 132, primo comma, 137, primo comma, Cost.

<sup>11</sup> AC 5388-A, XIV Legislatura, 6-13, spec. 10-11.

<sup>12</sup> S. Galeotti, *Garanzia costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, XVIII, 490 ss.

<sup>13</sup> S. Fois, *Costituzione legale e costituzione materiale*, cit., 35 ss.

questione mutevole di ordine storico-politico, *sia cioè in definitiva un problema più che una soluzione.*

E' necessario che la Costituzione si rapporti alla materia che ne è oggetto in termini non conflittuali. In questo modo la relazione che ne deriva può offrire interessanti prospettive per l'individuazione di vincoli anche all'esterno della Costituzione.

Da questo punto di vista Barbera sostiene la continuità dell'ordinamento giuridico nazionale nonostante l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948: prima di quella data vi era già una dimensione costituzionale giuridica non scritta, delineatasi con chiarezza a partire dal *referendum* istituzionale del 2 giugno 1946.

Non si tratta di una costituzione materiale ma di un sistema di "fatti normativi" di rango costituzionale<sup>14</sup>, sulla base dei quali l'Assemblea costituente ha poi redatto la nuova Carta. Ciò consente ai relativi interpreti di ricondurre direttamente nel giuridico principi supremi e limiti impliciti originatisi in quella dimensione. I fatti normativi di rango costituzionale, vincolanti a prescindere da una loro esplicita posizione in forma scritta, sono riconducibili cioè alla Costituzione solo in occasione della sua interpretazione qualificata. Ricorrendo alla tesi da me prospettata, si può sostenere che appartengono al suo contesto, da dove devono essere desunti in armonia con la fase in atto del processo costituzionale.

La costituzione-atto dunque, anche in assenza di modifiche, si arricchisce, in via d'interpretazione qualificata, anche attingendo al suo contesto.

In particolare la Prima parte della Carta repubblicana è naturalmente aperta a tale arricchimento anche per effetto della sua propensione a conformarsi al diritto internazionale, in particolare in materia di diritti umani, il che permette di visualizzare, appunto, un contesto *costituzionale* in quanto da esso si originano orientamenti e vincoli ai fini dell'interpretazione della Costituzione e dell'ordinamento che in essa si legittima.

In Europa tale lettura si connette alla rilevazione di alcuni istituti consolidati quali le tradizioni costituzionali comuni che legano e collegano gli ordinamenti democratici dei Paesi membri e vincolano persino i Paesi candidati, e l'*acquis communautaire*, che ha un tale valore costituzionale da imporre ai Paesi membri di non disattenderlo e a quelli candidati di apportare modifiche alle relative costituzioni per renderle conformi ad esso.

Ciò implica anche una lettura aggiornata dell'attributo "democratico", non più dipendente da una mera analisi delle norme che regolano i meccanismi formali di posizione del diritto. Occorre giustificarlo sul piano sostanziale, anche alla luce di

---

<sup>14</sup> A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, cit., 340, 342 e 347.

parametri (pre-costituzionali perché pre-giuridici, non anche a-giuridici), che consentano di valutarne la giustizia dal punto di vista dei singoli. In questo modo si può sostenere che la stessa democrazia, non più negabile dal punto di vista della Costituzione, vi sia entrata come vincolo di principio a partire dal suo contesto.

Si tratterebbe di un principio che vincolerebbe la democrazia, priva di significato proprio, al rispetto dei valori propri della persona umana.

Per evitare di gestire la “costituzione materiale” in termini soggettivi, manipolabili, la si deve limitare all’idea di ordine ed equilibrio tra poteri costituiti e componenti della società (famiglie, partiti, sindacati, associazionismo, ecc.), la si deve cioè privare di ogni connotato rivoluzionario. Si tratta di un ordine che si supporta in un contesto più ampio del giuridico, il cui giustificativo è in definitiva l’intera vicenda storico-politica, democratica in quanto il protagonista, conformemente agli sviluppi del costituzionalismo liberale dopo il secondo conflitto mondiale, è l’uomo.

Si può cioè ritenere che l’unico autentico parametro costituzionale materiale sia la persona umana. Secondo la lettura proposta si tratta della componente materiale del contesto costituzionale fin qui evocato.

La lettura istituzionalista, che tra le molte è quella forse più credibile, non valorizza adeguatamente questa prospettiva, anche se sembra agevolmente integrabile nei termini prospettati, cioè non disconoscendo consistenza giuridica al contesto costituzionale al fine della delineazione dei fattori che qualificano l’ordine costituzionale.

Nelle letture neocostituzionalistiche per così dire “pure” la persona diventa un ideale, una sorta di elemento di validazione filosofica della tesi esposta da ciascun autore, che quindi si alleggerisce sul piano giuridico.

Nelle letture normativiste la questione non si pone proprio.

Poiché la matrice personalista del costituzionalismo liberale ha accomunato i processi di rinnovamento degli stati usciti dalla seconda guerra mondiale, ispirati in vario modo ai modelli statunitense e anglosassone, che fondano il proprio ordinamento costituzionale nel dato pre-giuridico, ma non a-giuridico, della libertà e della dignità dell’uomo, si può sostenere che essa abbia determinato un condizionamento effettivo delle costituzioni di tali stati.

Ne deriva che agli attributi della persona può riconoscersi un originale rilievo giuridico e costituzionale, in quanto uniforme e vincolante, quindi indisponibile da ciascun ordinamento costituzionale, radicato in un contesto generale capace di accomunare una pluralità di ordinamenti positivi e di essere un modello per quelli che, pur formalmente

legittimi nel dato positivo, se ne discostano nei presupposti, configurandosi da questo punto di vista come anticostituzionali.

Nella lettura proposta<sup>15</sup> ho cercato di spostare l'attenzione dalla costituzione materiale al contesto costituzionale anche per scongiurare un'idea di costituzione che presupponga un equilibrio precario e porti in sé in qualche modo la speranza di una nuova costituzione, che è anche germe della crisi di quella in vigore.

Il riferimento al contesto costituzionale consente lo sdoganamento dell'interpretazione della Costituzione da vincoli di matrice nazionale e permette la sperimentazione di garanzie della persona al di là della relativa cittadinanza, fondandole sul dato della rilevanza giuridica sovranazionale e necessariamente costituzionale dell'uomo in virtù dei suoi attributi naturali che ne qualificano l'originale ed indisponibile dignità.

Ci sono Autori che ritengono quest'ultima una dimensione irrilevante per il diritto. Ad esempio M. Luciani, in un recente saggio<sup>16</sup>, ha risolto la questione del fondamento dei diritti fondamentali nella sola prospettiva giuridica, ignorandone il giustificativo etico-filosofico e ponendosi rispetto ad essi in termini di mera constatazione.

Si tratta di una tesi alla quale si può opporre l'eccezione per la quale il diritto, qualsiasi diritto di qualsiasi ordinamento giuridico, storicamente si confronta sempre con la pregiudiziale etica del giusto-ingiusto.

La lettura proposta, che si fonda sulla riconoscibilità della valenza costituzionale materiale dell'uomo, apre la prospettiva della costituzione, pur conservando alle istituzioni nazionali di garanzia sufficienti poteri d'intervento mediante l'attivabilità di opportuni ed efficaci controlimiti alle norme giuridiche esterne, come la Corte costituzionale italiana e, fuori dai confini nazionali, il Tribunale costituzionale tedesco (in ultimo nella "sentenza-Lisbona") hanno evidenziato.

L'inclusione di parte della legislazione ordinaria nel concetto di "ordinamento costituzionale", in particolare secondo la lettura di Barbera che lo ritiene il "nucleo dell'ordinamento giuridico"<sup>17</sup>, potrebbe affievolire gli effetti benefici di questa prospettiva sul piano delle garanzie della persona nel momento in cui se ne traesse spunto per ritenere costituzionalmente legittime, ad esempio, leggi di matrice antipersonalista adottate con maggioranze coincidenti con quelle di governo<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> R. Dickmann, *Costituzione e contesto costituzionale*, cit.

<sup>16</sup> M. Luciani, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti L. Carlassare*, III, Napoli, 2009, 1055 ss.

<sup>17</sup> A. Barbera, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, cit., 312.

<sup>18</sup> Il problema è peraltro ben presente all'Autore, che non avalla certo tale sviluppo della propria tesi, come precisa *ibidem*, 342-346.

Tale riflessione vale ad esempio per la legislazione elettorale, che si può ricondurre, almeno nei principi qualificanti la forma di governo, all'ordinamento costituzionale a condizione che per il relativo tramite non s'invada la competenza della Carta in materia, per evitare che una maggioranza *pro tempore*, se ha i numeri, si ritenga direttamente legittimata dal successo elettorale ad adattare la Costituzione alle proprie esigenze di governo, ma, se non ha i numeri, si senta legittimata a farlo surrettiziamente intervenendo sulla legge elettorale.

Si è dimostrata invece l'insufficienza del riferimento puro e semplice alla costituzione materiale per legittimare leggi in contraddizione con la costituzione formale.

Si preferisce guardare al contesto costituzionale anche per rafforzare il sistema di garanzie della persona. Un precedente si deve, ad esempio, alla Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha ritenuto necessario opporre limiti "costituzionali" alla legislazione antiterrorismo dell'ONU ed alle iniziative internazionali per prevenirne la diffusione, come documentato a partire dalla sentenza *Kadi*<sup>19</sup>. In particolare le risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU non possono eseguirsi in violazione delle garanzie processuali, nell'assunto che la previsione di cui all'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite ("In caso di contrasto tra gli obblighi contratti dai Membri delle Nazioni Unite con il presente Statuto e gli obblighi da essi assunti in base a qualsiasi altro accordo internazionale, prevarranno gli obblighi derivanti dal presente Statuto") non implica anche la prevalenza sugli obblighi di diritto internazionale consuetudinario e pattizio che impongono la protezione dei diritti umani<sup>20</sup>, che anzi costituiscono un limite insuperabile dello stesso *treaty making power*.

Al riguardo l'art. 60.5 della Convenzione sul diritto dei trattati, fatta a Vienna il 23 maggio 1969, prevede che le relative previsioni in materia di estinzione o sospensione di trattati internazionali non si estendono "alle norme relative alla tutela della persona umana contenute nei trattati di carattere umanitario". Inoltre nelle più recenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU in materia di lotta al terrorismo ricorre la cd. *human rights clause*, che evidenzia che gli stati sono chiamati ad eseguirle nel rispetto del diritto internazionale dei diritti umani e dei rifugiati<sup>21</sup>.

In fondo tale prospettiva pare convincente perché sostituisce l'assolutezza del valore costituzionale della persona umana alla relatività storica degli obiettivi di governo di maggioranze politiche contingenti.

<sup>19</sup> CGCE 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05, spec. § 283.

<sup>20</sup> Si veda di recente la ricostruzione di M. Lugato, *Sono le sanzioni del Consiglio di sicurezza incompatibili con il rispetto delle garanzie procedurali?*, in *Riv. dir. int.*, 2010, 309 ss., spec. 324-329.

<sup>21</sup> Si veda sul punto *ibidem*, 329-334.



Il suo vantaggio è che non occorre dimostrare che la persona umana per gli stati ed i relativi ordinamenti giuridici sia un vincolo “di scopo” indisponibile, quindi di natura necessariamente costituzionale.

Forum di Quaderni Costituzionali



stituzionali