

# PERCORSI DEL COSTITUZIONALISMO TRA OTTOCENTO E NOVECENTO: LE LEGGI FONDAMENTALI DELLA MONARCHIA E DELLA REPUBBLICA ITALIANA\*.

## LE COSTITUZIONI LIBERALI: LO STATUTO ALBERTINO.

di Leonardo Brunetti\*\*

1. *Sul concetto di Costituzione.* Il termine “costituzione” ammette definizioni tra loro assai diverse, e persino distanti, qualora nella definizione s'intenda privilegiare l'aspetto, per così dire, formale (H. KELSEN) o, per altri, strumentale (S. ROMANO) del concetto, riferendolo, in particolare, ai documenti costituzionali – comunque denominati: Carta, Costituzione, Statuto, ecc. – ovvero si voglia, al contrario, porre l'accento sul suo aspetto contenutistico o sostanziale (C. SCHMITT; H. HELLER).

Si è, ad esempio, osservato in dottrina (R. GUASTINI) come tale termine sia usato nel linguaggio, non solo giuridico, con una molteplicità di significati, sostenendo, in particolare, che esso verrebbe utilizzato in quattro principali accezioni<sup>1</sup>.

La prima di esse – **Costituzione come limite al potere politico** – dovrebbe ritenersi tipica di un approccio liberale<sup>2</sup> (o liberal-garantista). Una tale accezione sarebbe, in breve, riconducibile alla nozione di Costituzione data già dall'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, il quale sanciva solennemente che “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”. Se anche la seconda parte di tale disposizione ben potrebbe ricondursi al concetto di “Stato di diritto”<sup>3</sup>, sarebbe, in effetti, del tutto impensabile un'appagante definizione di “Stato costituzionale” che non soddisfacesse ambedue le condizioni ivi poste.

Alla garanzia dei diritti fondamentali e alla separazione dei poteri dello Stato sancite in Costituzione aspira, in fondo, quel complesso movimento che va sotto il nome di Costituzionalismo. Con tale termine, possiamo in via di primissima approssimazione intendere quell'insieme di dottrine politico-giuridiche moderne che, nate nell'Inghilterra del '600 e affermatesi nella Francia del '700, sulla base di esperienze e idee preesistenti, persegue come scopo o ideale la limitazione del potere e la garanzia dell'autonomia del singolo, inteso – potremmo aggiungere – come persona piuttosto che come individuo.

Va però precisato che la tradizione del costituzionalismo inglese si fonda su un modello di Costituzione almeno in parte diverso da quello espresso dall'art. 16 cit., e che potrebbe ritenersi addirittura opposto a quello adottato dalla rivoluzione francese (E.

\* Il presente articolo raccoglie parte delle esercitazioni del corso di Diritto pubblico comparato tenute dall'Autore nell'anno 2011/12, presso l'Università Cattolica di Milano, che – stimolati anche dall'interessante articolo di A. BARBERA, dal titolo *Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, pubblicato in *Quaderni costituzionali*, 1, 2011 – si anticipa, in previsione della futura pubblicazione, assieme al prof. Enzo Balboni, delle *Lezioni* del suo corso, di cui il medesimo rappresenta il capitolo introduttivo.

1 Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, I, t. 1, in A. CICU F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, cap. XVI, Milano, 1998, p. 307 ss.

2 Sui fondamenti del pensiero liberale, cfr. S. DWORKIN-S. MAFFETTONE, *I fondamenti del liberalismo*, Roma-Bari, 1996.

3 Il principio di separazione dei poteri è, infatti, facilmente ascrivibile, prima ancora che al concetto di Costituzione, a quello di “Stato di diritto”, sul quale cfr. P. COSTA-D. ZOLA (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Milano, 2002.

Sul principio di separazione dei poteri, oltre alla classica opera di Montesquieu, *L'esprit des lois* (1748), cfr., G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, voll. I e II, Milano, 1979 e 1984; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 2001; A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1990, vol. XXIII, p. 1 ss.; e ancora F. MODUGNO, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1966, vol. XIII, p. 474 ss.; nonché G.U. RESCIGNO, *Divisione dei poteri*, in C. DONATI (a cura di), *Dizionario critico del diritto*, Roma, 1980, p. 95 ss. Per alcune interessanti prospettive di analisi in tema di separazione dei poteri e funzione giurisdizionale, cfr. anche M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in “Analisi e diritto”, 2004.

BURKE), laddove essa – Costituzione – venne intesa come esercizio *uno actu* di un potere costituente del popolo, il quale, almeno nell'ideale giacobino, non si spogliava mai della titolarità di un tale potere<sup>4</sup>. La stessa idea di potere costituente nasce, infatti, con la rivoluzione francese e nelle teorizzazioni, non prive di contraddizioni, dell'abate Sieyès – che l'Assemblea nazionale farà proprie –, nella sua fondamentale opera *Qu'est-ce que le Tiers* del 1789, e prima ancora nelle *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de France pourront disposer en 1789* dell'anno precedente (R. MARTUCCI).

Si potrebbe, ad esempio, affermare che la *Glorious Revolution* inglese, del 1689, intese preservare, piuttosto che innovare la *Ancient Constitution* in cui erano contenuti i diritti e le libertà conquistate nei secoli dagli inglesi<sup>5</sup>. In effetti, ancora alla fine del XVIII secolo, nel contesto della guerra di indipendenza americana, il popolo statunitense fisserà nella propria Carta costituzionale una simile idea di Costituzione, intesa appunto come norma fondamentale di garanzia<sup>6</sup>, nonostante il *Bill of rights* venga ad essa aggiunto soltanto successivamente – precisamente nel 1791, con la ratifica da parte di un numero sufficiente di Stati, di dieci dei dodici emendamenti approvati dal Congresso, già nel 1789 – sotto forma dei primi dieci emendamenti.

Nell'alveo della tradizione costituzionale e liberale, o pre-liberale, inglese (J. LOCKE), l'idea di Costituzione è, insomma, essenzialmente riconducibile – prima ancora che al principio di separazione dei poteri<sup>7</sup>, dal quale è però assolutamente inscindibile – alla garanzia delle libertà civili fondamentali nei confronti del sovrano<sup>8</sup>. In altre parole, all'affermazione di un'ideale di libertà che, da un lato, presuppone certamente lo Stato e, dall'altro, trova nella legge il mezzo della sua stessa preservazione<sup>9</sup> (M. BARBERIS). Da una parte, quindi, le principali fonti costituzionali della tradizione inglese (c.d. *Constitutional Documents*) – dalla *Magna Charta* sino allo *Human Right Act* e oltre – hanno la natura di vere Carte dei diritti; dall'altra parte, però, è ugualmente vero che, perfettamente nel solco della tradizione liberale inglese, proprio l'esistenza di un limite all'esercizio del potere regio già in epoca medievale – quantomeno nella sfera della c.d. *iusdictio* se non in quella del *gubernaculum* – quindi di un'embrionale separazione dei poteri, in questo caso nel senso di una sfera di autonomia della giurisdizione, permette di dimostrare, sin da allora, l'esistenza di una Costituzione (C.H. McILWAIN)<sup>10</sup>.

In una seconda accezione del termine “costituzione”, ritenuta tipica del c.d. positivismo giuridico, essa sarebbe, invece, rappresentata dall'**insieme delle norme fondamentali**, cioè dal complesso delle norme – scritte o consuetudinarie – che

---

4 Si veda l'art. 28 della dichiarazione dei diritti giacobina, del 1793, la quale disponeva che “Un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi generazioni future” (la traduzione è mia): ma cfr., sul punto, quanto osservato da M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009, in particolare, p. 34 ss.

5 Cfr., M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit.; nonché Id., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1995, in particolare, p. 100 ss.

6 Cfr., sul punto, M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993, in particolare, p. 219 ss.; nonché T. BONAZZI, *Un “costituzionalismo” rivoluzionario. Il demos basileus e la nascita degli Stati Uniti*, in *Filosofia del diritto*, 2, 1991.

7 L'affermazione del quale avrà le sue tappe fondamentali nella nascita (1265) e successiva affermazione del Parlamento (*Bill of rights* del 1689), nonché nella progressiva conquista dell'indipendenza della magistratura dal potere regio, a partire dal caso Bonham (1606) e dal famoso discorso di Sir Edward Coke al re Giacomo I (1607).

8 Libertà, quindi, dallo Stato piuttosto che dagli altri cittadini, come la intenderà invece Montesquieu: cfr. M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, 1999, in particolare, pp. 77-80; e più diffusamente Id., *Libertà, liberalismo e costituzionalismo*, in “Teoria politica”, 3, 2000, pp. 141-159. Si veda, inoltre, il classico J.S. MILL, *On Liberty* (1859).

9 M. BARBERIS, *Libertà*, cit., in particolare, il par. 3, *Libertà e legge*, del cap. III.

10 C.H. McILWAIN, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947): cfr., in particolare, il Chapter I, *Some Modern Definitions of Constitutionalism*; ma cfr. anche G. MAGLIO, *L'idea costituzionale nel Medioevo: dalla tradizione antica al “costituzionalismo cristiano”*, Verona, 2006, in particolare, p. 80.

caratterizzano un ordinamento giuridico. È facile comprendere come una tale definizione finisca, in fondo, per rinviare il problema definitorio dalla Costituzione all'individuazione delle "norme fondamentali" di un sistema giuridico. Tali sarebbero, in estrema sintesi, le norme che determinano la forma di Stato, la forma di governo, nonché le norme sulla produzione normativa<sup>11</sup>.

In tale accezione del termine, la Costituzione sarebbe allora da intendere come l'insieme delle "norme materialmente costituzionali" ovvero sia di disciplina della c.d. "materia costituzionale". Le norme cioè che, indipendentemente dalla loro stessa posizione nella gerarchia delle fonti o dal rango di norma formalmente costituzionale, condividono tale natura. Esse ben potrebbero, quindi, essere contenute in leggi ordinarie (così come la Costituzione stessa potrebbe, in tal ipotesi, includere norme di natura non materialmente costituzionale).

Tale seconda accezione di Costituzione – come insieme di norme fondamentali, cioè materialmente costituzionali – non va confusa col concetto di "Costituzione in senso materiale" (C. MORTATI), dal quale non è però del tutto avulsa. Quest'ultima espressione<sup>12</sup> – in passato ritenuta da Santi Romano addirittura equivalente dell'espressione "diritto costituzionale"<sup>13</sup> – viene, infatti, oggi riferita al "reale assetto e funzionamento delle istituzioni politiche nelle varie fasi storiche" (L. PALADIN).

In una terza accezione, non particolarmente problematica del termine – **Costituzione come documento normativo** –, ogni Costituzione altro non sarebbe che un particolare testo, inteso come una sorta di codice costituzionale, identificato da o per mezzo di ben precise caratteristiche che potremmo definire "esteriori", piuttosto che "formali", quali il peculiare nome (Costituzione, Statuto, Carta, Legge fondamentale, ecc.), ed avente un contenuto dispositivo tendenzialmente distintivo rispetto ad altri documenti (consistente, ad esempio, nell'organizzazione degli organi costituzionali e di governo, o nella garanzia delle libertà fondamentali, ovvero nella disciplina del procedimento legislativo e delle fonti normative in genere).

Il pregio di tale definizione è quello di poter ricondurre a un concetto di Costituzione, per così dire contestualizzato, ogni documento ascrivibile a tale categoria di documenti indipendentemente dall'epoca della loro emanazione e dalla sua formale denominazione. Potremmo così, ad esempio, agevolmente riferirci alla *lex terrae*, intendendola e definendola come la Costituzione della monarchia assoluta in epoca medievale.

In una quarta accezione – **Costituzione come fonte differenziata** –, corrispondente a una concezione formale (o formalistica) della Costituzione stessa, essa sarebbe, in breve, una fonte del diritto, in certo senso "tipica", in quanto caratterizzata e distinta da ogni altra fonte in base a peculiari caratteristiche meramente formali, quali il procedimento per la sua formazione, il regime giuridico speciale ovvero la particolare forza di cui essa fosse rivestita, in quanto capaci di porla al di sopra delle altre fonti dell'ordinamento, in una posizione, appunto, differenziata.

---

11 Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., in particolare, p. 310 ss.

12 Sulla quale si veda, oltre ovviamente l'opera di C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), anche A. BARBERA, *Dalla Costituzione di Mortati alla Costituzione della Repubblica*, introduzione al volume *Una e indivisibile*, Milano, 2007, riedizione fuori commercio della voce "Costituzione" di Costantino Mortati, curata dalla Giuffrè per i sessanta anni della Costituzione e i cinquanta anni dal primo volume della *Enciclopedia del diritto*, consultabile on-line sul *Forum di Quaderni costituzionali*.

13 Scrive, infatti, S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, che "Costituzione in senso materiale e diritto costituzionale sono espressioni equivalenti. Costituzione, infatti, significa [...] assetto od ordinamento che determina la posizione, in sé e per sé e nei reciproci rapporti che ne derivano, dei vari elementi dello Stato, e, quindi, il suo funzionamento", *ivi*, in particolare, p. 2.

2. *Le Costituzioni italiane*. Ciò premesso, se volessimo allora rispondere alla domanda: quante costituzioni ha complessivamente avuto, nel tempo, lo Stato italiano, dall'unità ad oggi<sup>14</sup> – escludendo, quindi, sia la Costituzione della Repubblica italiana del 26 gennaio 1802, nome di cui si fregiò la Repubblica Cisalpina riconquistata da Napoleone Bonaparte, poi acclamato Presidente, sia gli Statuti costituzionali del Regno d'Italia, cioè della Repubblica italiana dopo che nel marzo del 1805 ebbe adottato una forma di governo monarchica, i quali erano contenuti in nove decreti pubblicati appunto con tale nome<sup>15</sup> – la nostra risposta potrebbe essere sensibilmente diversa a seconda del concetto stesso di Costituzione da noi assunto (M. FIORAVANTI).

Secondo un criterio “sostanziale”, infatti, cioè utilizzando un concetto di Costituzione in senso materiale, dalla sua nascita nel 1861 ad oggi, si sono succedute molteplici costituzioni dello Stato italiano: da una Costituzione monarchica, liberale e monoclasse ottocentesca, si passò, ancora alla fine dell'ottocento, a una Costituzione monarchica ma pluriclasse<sup>16</sup>. Ad essa succedette a sua volta, nel primo dopoguerra, e in particolare con l'avvento del fascismo negli anni '20, quella dello Stato autoritario fascista che, pur materialmente assai lontana dalla precedente Costituzione monarchica rappresentativa, si muoveva nella cornice formale dello Statuto albertino<sup>17</sup>. Nel secondo dopoguerra, all'esito della disastrosa vicenda bellica che aveva coinvolto e devastato l'intera Europa, e non solo, venne infine adottata, dall'Assemblea Costituente, i cui membri furono eletti dal popolo italiano e all'interno della quale fu istituita un'apposita Commissione per la Costituzione – i c.d. Settantacinque – per redigere il testo di quella che, dopo il dibattito in aula e l'approvazione del testo definitivo, il 22 dicembre 1947, diverrà l'attuale Costituzione democratica, entrata in vigore il 1° gennaio 1948.

Come è noto, la scelta tra forma di Stato monarchica o repubblicana fu, invece, affidata – mediante referendum contestuale all'elezione dell'Assemblea Costituente – direttamente agli elettori italiani che optarono a maggioranza per la forma repubblicana

14 Non considereremo, cioè, in questa sede tutte quelle che S. PRISCO definisce le “Costituzioni prima della Costituzione”, (risalenti a un'epoca in cui – come lo stesso A. ricorda – l'Italia era, secondo la celebre espressione del Metternich, soltanto una “espressione geografica”) fissando come “termine *a quo* del discorso” il 1797, ovvero la caduta della Repubblica Serenissima di Venezia, in ID., *Le Costituzioni prima della Costituzione*, in *Rivista dell'AIC*, 1, 2012.

15 È assai interessante notare che, eccettuato ovviamente il primo di tali statuti costituzionali, tutti i successivi statuti si aprivano con l'intestazione: “Napoleone, per grazia di Dio *e per le Costituzioni* imperatore de' Francesi e re d'Italia” (mio il corsivo).

16 Cfr. M. FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia*, in *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, p. 3 ss.

17 Pur con evidenti storture e deviazioni, anche formali, da tale Carta, quali, ad esempio, l'istituzione del Gran Consiglio del Fascismo quale organo costituzionale del Regno d'Italia, con L. 9 dicembre 1928, n. 2693, che lo qualificava addirittura come “organo supremo”; nonché, ovviamente, l'istituzione della Camera dei Fasci e delle Corporazioni con L. 19 gennaio 1939, n. 129, in sostituzione della Camera dei Deputati. Molto appropriate mi sembrano le parole di A. BARBERA, il quale scrive che “[a]ll'ordinamento costituzionale albertino si *sovrapporrà* l'ordinamento fascista” (mio il corsivo), in ID., *Fra governo parlamentare e governo assembleare: dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2011, p. 9 ss.; l'A. Prosegue, poi, osservando che “[p]er quanti sforzi siano stati fatti non sono risultati convincenti i tentativi di quanti nel ventennio fascista hanno continuato a individuare nello Statuto albertino la fonte del diritto costituzionale”, *ivi*. In senso parzialmente contrario, e cioè per la continuità costituzionale tra i due regimi, cfr. però L. PALADIN, *Saggi di storia costituzionale*, Bologna, 2008, in particolare, p. 35 ss. Ma, sul punto, cfr. anche quanto scriveva, ad esempio, in un articolo già della primavera del 1927, apparso sul *Century Magazine*, riferendosi al re, G. SALVEMINI, *Mussolini, il papa e il re*, ora in *Memorie di un fuoriuscito*, Milano, 1960, pp. 72-79, il quale osservava che “[Vittorio Emanuele III: ndr.] [s]pera che si presenti da sé un'occasione che spiani la via del ritorno allo statuto”, citato da E. SANTARELLI, *Dalla monarchia alla repubblica 1943-1946. La nascita della Costituzione italiana*, Roma. È peraltro interessante notare come, nei suoi *Principii di diritto costituzionale* del 1947, cit. alla nota 13, e in particolare nel cap. XIV dedicato a *La formazione, le modificazioni costituzionali e l'estinzione dello Stato*, S. ROMANO scrivesse, in merito all'ordinamento interno dello Stato, che “[n]on ogni modificazione di esso, p. es., delle leggi comuni, ha importanza costituzionale: invece tale importanza hanno le mutazioni della forma di governo, o di una delle sue istituzioni supreme”, *ivi*, p. 190.

(art. 1 Cost.), la cui revisione rappresenta, infatti, l'unico limite esplicito presente nella Costituzione stessa (art. 139).

È, peraltro, oggi comunemente in uso l'espressione "seconda Repubblica" per riferirsi alla presunta modifica, da un punto di vista materiale, della Costituzione italiana post "tangentopoli" (fenomeno che segnerebbe, in breve, il momento del passaggio, collocato negli anni novanta, da una prima a una pretesa seconda Repubblica), piuttosto che alla sua effettiva e ampia revisione formale – nella sola parte seconda, titolo V – avvenuta nel 2001.

Seguendo, invece, un criterio "giuridico-formale", perverremmo alla diversa conclusione che lo Stato italiano ha avuto due sole costituzioni, l'una monarchica e l'altra democratico-repubblicana: lo Statuto albertino (1848) e la Costituzione repubblicana (1948).

Durante il ventennio fascista, infatti, lo Statuto albertino, ancorché, in certo modo, svuotato dall'interno del suo contenuto originario e sostanzialmente modificato con legge, rimase formalmente in vigore<sup>18</sup>.

3. *Lo Statuto come Legge Fondamentale*. Muovendo da queste considerazioni apparirà agevole comprendere come sia utile e, forse, addirittura necessario – oltre che estremamente attuale, in riferimento alle problematiche connesse all'accertamento dell'esistenza o meno di una *Fundamental Law* e del suo rapporto con la *Constitution*, quale presupposto indispensabile di un sistema di giustizia costituzionale in quegli ordinamenti privi, al pari del Regno Unito, di una costituzione positiva scritta (A. TORRE) – l'utilizzo di un ulteriore concetto, oltre quello di "Costituzione", ovvero sia il concetto di "Legge Fondamentale". In base ad esso, riteniamo, infatti, che sia possibile identificare e distinguere – quantomeno all'interno della categoria delle costituzioni formali scritte – le costituzioni che effettivamente si pongano come insieme di norme (prescrittive) fondamentali di un ordinamento. Ciò a prescindere da qualunque valutazione in ordine alla validità della Costituzione stessa e delle norme dell'ordinamento giuridico al cui vertice quest'ultima si pone, ovvero in merito alla necessità di rinvenire in una – ipotetica – *Grundnorm* la fonte di validità del sistema o della Costituzione stessa.

Un concetto normativo, quindi, di Legge Fondamentale, definito a partire da quello di Costituzione formale e distinto da quello di Costituzione materiale, ma più specifico del primo, che – si anticipa – riteniamo possa essere utile a chiarire la necessaria funzione prescrittiva delle costituzioni negli ordinamenti contemporanei. Un concetto che permetta, tra le altre cose, di ricondurre – in base a considerazioni solo in parte formali – in una categoria unitaria tutte e soltanto le costituzioni positive che soddisfino determinate condizioni formali e sostanziali.

Con le parole dell'art. 6 della Costituzione americana, potremmo ripetere che "This [*recte*: every] Constitution [...] shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding". Questa disposizione costituzionale, nell'interpretazione che la Corte Suprema americana, presieduta dal giudice Marshall, ne darà nella celeberrima sentenza *Marbury v. Madison* (1803), si tradurrà, infatti, nell'affermazione che "Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and consequently the theory of every such government must be, that an act of the legislature repugnant to the constitution is void. This theory is essentially attached to a written constitution, and is consequently to be considered [...] as one of the fundamental principles of our society".

Ammesso, quindi, che il concetto di "Legge Fondamentale" sia altro da quello di

---

<sup>18</sup> Vedi la nota precedente.

“Costituzione”, ma che le costituzioni, almeno a determinate condizioni, siano (o debbano essere riguardate e considerate come) leggi fondamentali, potremmo chiederci se le varie costituzioni che, considerate in base al solo dato formale della vigenza, si sono succedute nel tempo in Italia – lo Statuto albertino e la Costituzione repubblicana – fossero o siano vere e proprie leggi fondamentali (M. FIORAVANTI).

Non a caso, infatti, sia lo Statuto albertino che la Costituzione repubblicana definiscono se stessi “leggi fondamentali”: se nel proprio preambolo lo Statuto albertino affermava, infatti, la sua natura di “Legge Fondamentale perpetua ed irrevocabile della Monarchia”, anche la vigente Costituzione repubblicana si preoccupa di prevedere, in particolare, alla XVIII Disp. Trans e Fin. – la quale ha un contenuto prescrittivo e non meramente dichiarativo, volutamente rafforzato dal Costituente con l'utilizzo del verbo “dovere” – che “La Costituzione dovrà essere fedelmente osservata come Legge fondamentale da tutti i cittadini e dagli organi dello Stato”.

In senso contrario, da un punto di vista terminologico, parrebbe, invece, deporre la scelta del costituente tedesco di voler denominare *Grundgesetz* (Legge Fondamentale) la Costituzione della Germania occidentale in attesa della riunificazione con la Germania orientale; ma, da un punto di vista storico-costituzionale, si deve osservare che proprio la *Grundgesetz* è oggi la Costituzione della Germania riunificata.

Se assumiamo – come assumeremo – che ogni Costituzione sia (*recte*: debba essere) la Legge Fondamentale di un determinato ordinamento statale, presupponendo, quindi, che i due termini non abbiano la medesima estensione, dobbiamo allora chiederci a quali condizioni una Costituzione sia la Legge Fondamentale di un ordinamento dato.

Tra le varie tesi sostenute (e sostenibili), potremmo, allora, tentare la seguente classificazione:

a) **La tesi radicale: Costituzione e Legge Fondamentale coincidono.** Una prima tesi, si potrebbe ravvisare, in fondo, nel citato art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, secondo il quale nessuna società ha una Costituzione se non venga contemporaneamente assicurata la garanzia dei diritti e determinata la separazione dei poteri. Ancorché in tale articolo non vi sia alcun riferimento al concetto di Legge Fondamentale, si potrebbe, affermare che tale concetto resti, in sostanza, inaccessibile partendo da una tale definizione di Costituzione: i concetti di Costituzione e di Legge Fondamentale vengono, infatti, in tal caso, sostanzialmente a sovrapporsi. Il concetto di “superiorità della legge”, non è, infatti, affatto estraneo al dibattito che avverrà in Francia all'epoca della Rivoluzione. Bastino in proposito le parole di Robespierre, il quale scriveva: “Je ne connais rien d'aussi effrayant que l'idée d'un pouvoir illimité, remis à une assemblée nombreuse, qui est au-dessus des lois, fût-elle une assemblée de sages”<sup>19</sup>. L'assemblea che fa la legge non è ovviamente al di sopra di essa. La legge – generale ed astratta – è, anzi, espressione della volontà generale, come affermerà notoriamente l'art. 6 della Dichiarazione del 1789, tanto che nulla potrà essere imposto se non con legge, ritenendosi di conseguenza permesso tutto ciò che non è da essa espressamente vietato, secondo la celebre formulazione dell'art. 5 della medesima Dichiarazione. Tutti i cittadini sono, infatti, eguali davanti alla legge, benché l'eguaglianza garantita dalla Dichiarazione resti fundamentalmente formale (A. SOBOUL).

Il punto è, quindi, che le costituzioni francesi dell'epoca, che Meuccio Ruini definirà “meteore [...] improvvisate nella scia della rivoluzione”<sup>20</sup>, lungi dal prevedere una tutela dei diritti *dalla* legge o dall'arbitrio del Legislatore – rappresentata dalla rigidità della

19 *Discours à la Société des Amis de la Constitution*, 29 luglio 1792, in *Œuvres*, t. 8, p. 411, citato da M. TROPER, *La permanence des concepts constitutionnels*, in *Storia, Amministrazione, Costituzione*, Annale ISAP, 15, 2007, p. 239 ss.

20 *Relazione del Presidente della Commissione per la Costituzione*, presentata alla Presidenza dell'Assemblea Costituente, in data 5 febbraio 1947, consultabile anche on-line, sul sito della Camera dei Deputati, [www.camera.it](http://www.camera.it).

Costituzione stessa e affermata attraverso un meccanismo di controllo “esterno” di costituzionalità delle leggi –, nei confronti del quale non mostrano alcuna diffidenza, si preoccupano di garantire i diritti *mediante* la legge. Esse, infatti, “toutes recherchent des garanties dans l'organisation des pouvoirs”<sup>21</sup>, cioè, in breve, nel principio di legalità e di separazione dei poteri<sup>22</sup>.

L'ordinamento è, insomma, legicentrico (M. GAUCHET; L. JAUME; S. RIALS) risolvendo il “problema, nuovo ed inedito, del *rapporto tra potere costituente e potere legislativo costituito*”<sup>23</sup> a favore di quest'ultimo. Sarà, quindi, un'oculata organizzazione dei poteri – in Costituzione – a garantire i diritti dei cittadini attraverso il corretto esercizio del potere legislativo. La Costituzione non è perciò la Legge Fondamentale, ma soltanto il luogo ove si sancisce il ruolo fondamentale della legge. Sulla base di un tale presupposto, tracciare una distinzione tra Costituzione e Legge Fondamentale non appare possibile.

Ecco, allora, che – già nel suo Preambolo – il compito assegnato alla Dichiarazione dei diritti del 1789 sarà individuato nel preservare la Costituzione, in quanto monito costante per il corpo sociale, nel suo insieme, e, più in particolare, per il legislatore e l'esecutivo: “afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous”<sup>24</sup>.

Vi è, insomma, un rapporto complesso tra Dichiarazione, Costituzione e legge, nel quale l'una rinvia all'altra<sup>25</sup>, ma è in fondo a quest'ultima che il popolo affida la tutela delle proprie libertà.

Non a caso, se la successiva Dichiarazione dei diritti del 1793 affermerà, come

---

21 Così M. TROPER, *La permanence des concepts constitutionnels*, cit., p. 251.

22 Estremamente interessante è, perciò, l'osservazione già del Manzoni, per cui, scrivendo degli Stati Generali autoproclamatisi Assemblea Nazionali nelle prime fasi di quella che diverrà la rivoluzione francese, affermava che “L'Assemblea dei Comuni, resistendo e con pieno successo, alla decisione solenne del re [comunicata agli Stati Generali, di separarsi immediatamente e di ritrovarsi la mattina seguente ciascuno nella camera assegnata al proprio ordine, per riprendere le sedute: ndr.] levò quel potere supremo di mano di lui, e così distrusse il governo di Francia [...] i Comuni non dichiararono punto e nemmeno intesero di distruggere il governo del re, che era allora governo della Francia [...] I Comuni avevano inteso e creduto di non distruggere altro che che il potere assoluto e arbitrario del governo regio”, in A. MANZONI, *La Rivoluzione francese del 1789 e la Rivoluzione italiana del 1859. Saggio comparativo* (1889), Milano, 2000.

23 M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino, 1991., in particolare, p. 62.

24 Formula che sarà poi parzialmente diversa – ed ai nostri fini del nostro ragionamento, ancor più calzante – nella versione della dichiarazione del 1793: “[...] affinché tutti i cittadini potendo paragonare incessantemente gli atti del Governo con il fine di ogni istituzione sociale, non si lascino opprimere ed avviliti dalla tirannia, affinché il popolo abbia sempre davanti agli occhi le basi della sua libertà e della sua felicità, il magistrato la regola dei suoi doveri, il legislatore l'oggetto della sua missione” (la traduzione è tratta dal volume di A. SAITTA, *Costituenti e Costituzioni della Francia rivoluzionaria e liberale (1789-1875)*, Milano, 1975).

25 Si leggano ancora le parole di Robespierre nel celebre *Discorso sulla Costituzione* (1793), citato da M. Ricciardi in *Ordine sovrano e rivoluzione in età moderna e contemporanea*, Bologna, 2003: “La Dichiarazione dei diritti è la Costituzione di tutti i popoli; le altre leggi sono per loro natura mutevoli e subordinate a quella”, *ivi*, p. 119 (del curatore, si deve presumere, la traduzione). La natura del presente scritto non permette ovviamente di approfondire le differenze tra le “tre fasi costituenti – 1789-91, 1793, 1795 – [le quali] obbedivano a logiche diverse”: così R. MARTUCCI, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Rivoluzione francese (1789-1799)*, Bologna, 2001, in particolare, p. 298. Assai interessante quanto l'A. da ultimo citato aggiunge *ivi*, in riferimento alla Dichiarazione dei diritti del 1789, e cioè che “i costituenti che nell'agosto 1789 assunsero la guida del ‘partie patriote’ erano dei Kelsen *ante litteram*, ingaggiando una battaglia per invertire l'ordine dei lavori, approvando prima la *Déclaration* e solo in seguito la costituzione”; assai diversamente, dopo che il colpo di Stato del 10 agosto 1792 avrà ridotto a un “pezzo di carta privo di significato” (*ivi*, p. 231), la Costituzione del 1791, la Dichiarazione del 1793 sarà soltanto un “messaggio di propaganda”.

noto, all'art. 28, che un popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione, l'Atto costituzionale del medesimo anno – che si apre con quella Dichiarazione – si preoccuperà di disporre, all'art. 124, che la Dichiarazione dei diritti e l'Atto costituzionale vengano incisi insieme su tavole poste nel seno del Corpo legislativo e nelle pubbliche piazze.

Più pragmaticamente, la Costituzione del 1795, dopo che la Dichiarazione dei diritti del medesimo anno avrà affermato di contenere gli obblighi del legislatore, prevederà, in un apposito titolo XIII, un procedimento che garantisca la possibilità di revisionare la Carta costituzionale, ma soltanto su proposta del Consiglio degli Anziani e con la necessaria ratifica del Consiglio dei Cinquecento.

b) **La tesi della naturale rigidità: ogni Costituzione scritta, nascendo rigida, è Legge Fondamentale.** Anche la tesi della naturale rigidità delle costituzioni scritte (A. PACE) – indipendentemente dalla loro natura od origine democratica – la quale appare, sotto molti profili, diametralmente opposta alla precedente, si traduce, in estrema sintesi, nell'affermazione della sostanziale coincidenza della Costituzione scritta con la Legge Fondamentale.

Se, infatti, “la rigidità deriv[a] [...] dalla specialità dell'atto costituzionale”<sup>26</sup> stesso, e non invece dalla presenza in esso di un procedimento aggravato di revisione, ogni qualvolta ci si troverà di fronte a una Costituzione scritta, si sarà necessariamente innanzi a una “legge 'superiore' che, proprio per assicurare stabilità alle sue norme, deve essere 'scritta’”<sup>27</sup>.

L'utilizzo del concetto di Legge Fondamentale diviene allora superfluo, poiché una Costituzione sarà la Legge Fondamentale o non sarà affatto una Costituzione *tout court*<sup>28</sup>. Secondo tale tesi, infatti, “[l]e costituzioni scritte, anche quelle del '700 [...] sono pertanto rigide non già – come riteneva Bryce – perché promanano da un'autorità superiore o speciale, ma perché 'si pongono', da un punto di vista formale, come 'superiori' o 'speciali’”<sup>29</sup>.

Si può, quindi, condividere – ma per motivi diversi – la conclusione cui perviene l'A. sopraccitato, per il quale, in base a tale tesi, non perderebbe affatto di significato la distinzione tra costituzioni rigide e costituzioni flessibili<sup>30</sup>, bensì – pensiamo noi – quella tra Costituzione e Legge Fondamentale.

c) **La tesi classica: the superior power of the people declared in the Constitution.** Tale – classica – si potrebbe definire la tesi, che mi pare ben espressa dalle parole di Alexander Hamilton ne “Il Federalista” (*The Federalist*) n. 78, del 14 giugno del 1788, le quali verranno poi riprese dal Chief Justice Marshall nella citata sentenza *Marbury v. Madison*. Secondo Hamilton “[T]he power of the people is superior to both [judicial and legislative power: ndr.]; and [...] where the will of the legislature, declared in its statutes,

26 A. PACE, *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, p. 1361-1380, in particolare, p. 1380.

27 *Ivi*; cioè, secondo “l'intuizione rivoluzionaria – scrive ancora l'A. – del puritano Oliver Cromwell circa la necessità di una inalterabile Legge fondamentale 'in ogni sistema di governo' e la conseguente emanazione, da lui voluta, dell'*Instrument of Government* (1653): la prima costituzione scritta (e rigida) del mondo moderno (ovviamente priva di una clausola di revisione)”, *ivi*, p. 1368.

28 Il che mi pare confermato anche da quanto l'A. citato scrive altrove, in merito a “quella caratteristica delle costituzioni scritte, ormai fatta propria da pressoché tutti gli ordinamenti vigenti, democratici e non, di porsi come atti normativi 'formalmente superiori' rispetto alla restante attività normativa e provvedimentale degli organi dello Stato (leggi statali e regionali, decreti-legge, decreti-legislativi, decreti ministeriali, ordinanze, sentenze e così via). Con la conseguenza che tutti questi atti, per definizione 'gerarchicamente inferiori', non possono contraddire la Costituzione, essendo questa la 'legge fondamentale’”, in *Id.*, *La legge ordinaria sopra la Costituzione?*, in *Rivista telematica dell'AIC*, 1, 2011.

29 *Id.*, *Costituzioni rigide e costituzioni flessibili*, cit., p. 1369 ss.

30 *Ivi*, p. 1379 ss.

stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental [...] and that accordingly, whenever a particular statute contravenes the Constitution, it will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former". Ogni Costituzione democratica scritta è, quindi, da intendere come Legge Fondamentale e Suprema dello Stato ("fundamental and paramount law of the nation" la definirà, infatti, la Corte Suprema americana nella sentenza del 1803), in quanto frutto della volontà di un popolo di porre tale fonte al vertice dell'ordinamento, con l'inevitabile conseguenza che ogni altra fonte, ad essa subordinata, non potrà mai porre validamente in essere atti normativi con essa incompatibili, e sarà per ciò stesso *void*.

d) **La tesi tripartita: tre condizioni necessarie affinché una Costituzione sia Legge Fondamentale.** In base a tale tesi (M. FIORAVANTI) una Costituzione può dirsi Legge Fondamentale solo al ricorrere di tre condizioni. In primo luogo, la Costituzione dovrebbe regolare, in modo effettivo, la forma di governo; in secondo luogo, essa dovrebbe essere corredata da una c.d. "clausola di supremazia" ovvero comunque essere considerata dagli attori istituzionali e sociali come una norma giuridica sovraordinata. Da ultimo, per essere ritenuta un'autentica Legge Fondamentale, la Costituzione dovrebbe disciplinare il proprio stesso mutamento, cioè – in breve – l'esercizio di un potere costituzionale (e costituito) di revisione, in quanto "non c'è più legge fondamentale in quella situazione in cui il mutamento costituzionale esce fuori dai confini della regolazione costituzionale"<sup>31</sup>.

Tale tesi, che pure non sottovaluta affatto l'importanza – per noi fondamentale – della normatività, o meglio ancora della prescrittività delle costituzioni<sup>32</sup> –, non è però più condivisibile nel momento in cui sembra affermare che una Costituzione la quale non preveda procedure per la propria revisione non possa essere ritenuta, a tutti gli effetti, una Legge Fondamentale.

e) **Una diversa tesi tripartita.** Una tesi, per così dire, riveduta della tesi che si è definita "classica" potrebbe ritenersi quella – che intendiamo proporre – in base alla quale una vigente Costituzione scritta è la Legge Fondamentale di un ordinamento giuridico dato qualora essa abbia un effettivo contenuto normativo-prescrittivo, conforme al principio di separazione dei poteri ed idoneo a garantire i cc.dd. diritti fondamentali. Contenuto normativo-prescrittivo che potrà essere fatto valere, con modalità diverse da ordinamento a ordinamento, da tutti gli organi chiamati ad applicare la legge, primi tra tutti – ma non soltanto – i giudici.

Come è stato, infatti, ben scritto, la principale novità del costituzionalismo moderno è rappresentata dal fatto che "[l]e constitutionalisme du 20<sup>ème</sup> siècle a voulu dans la constitution une norme, certes supérieure à toutes les autres normes du système, mais pour le reste semblable à elles, notamment en ce qu'elles sont juridiquement obligatoires", laddove invece "au 18<sup>ème</sup> siècle, à part quelques tentatives isolées et entreprises dans des contextes très particuliers, comme celle de Sieyès en l'an III ou celle de Hamilton dans le

31 M. FIORAVANTI, *Per una storia delle legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in ID., *Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana*, Roma-Bari, 2009, p. 3 ss., in particolare, p. 4.

32 Osserva, infatti, M. FIORAVANTI, riflettendo sulle difficoltà italiane nel passaggio dall'ordinamento statutario della monarchia alla successiva Costituzione repubblicana che "si stenta [all'epoca: ndr.] a superare il punto che si era raggiunto con l'esperienza liberale: in ultima analisi, la Costituzione non è ancora pronta per essere pienamente 'legge fondamentale', e dunque a porsi per forza propria al vertice del sistema delle fonti di diritto non in astratto, ma nel concreto della esperienza giuridica, direttamente nelle relazioni tra i consociati": *ivi*, p. 22. Ancora più chiaramente, il medesimo A. afferma, inoltre, che con l'istituzione della Corte costituzionale, si realizza – pensando già alla sua prima, storica sentenza del 1956 – il "pieno riconoscimento [della Costituzione] come norma giuridica, posta al vertice dell'ordinamento, e come tale utilizzata ed applicata dai giudici, nella interpretazione delle leggi, e nella loro eventuale invalidazione [...] La sanzione di incostituzionalità che colpiva la norma emanata anteriormente diveniva così l'emblema della emersione di una *nuova normatività*" (in corsivo nel testo): *ivi*, pp. 26-27.

Fédéraliste, on n'imagine pas encore la constitution comme juridiquement obligatoire en ce sens"<sup>33</sup>.

Tale tesi assegna, quindi, uguale rilevanza, accanto ad elementi "formali" (quali **forma scritta, positività, vigenza** della Costituzione) e "sostanziali" (**garanzia dei diritti fondamentali e separazione dei poteri**), anche ad elementi che potremmo definire "strutturali" delle costituzioni (e cioè **normatività e prescrittività**, ovverosia la struttura normativa della fonte costituzionale, accompagnata alla natura prescrittiva e, quindi, obbligatoria delle sue norme).

Da un lato, quindi, o una Costituzione è effettivamente la fonte normativa super-primaria dell'ordinamento costituzionale a cui si riferisce, le cui norme, dotate di reale *prescrittività*, siano idonee ad assicurare un'effettiva garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché un'organizzazione (tendenzialmente) stabile dei poteri e degli organi costituzionali, indipendentemente dalle modalità giuridiche con cui l'ordinamento impone o tutela la natura prescrittiva di tale fonte super-primaria, oppure semplicemente essa non è realmente la Costituzione – o, se si preferisce, non è la Costituzione reale – di quell'ordinamento.

Ciò significa che istituti giuridici quali, ad esempio, gli artt. 134 e 138 della Costituzione democratica della Repubblica italiana, come anche l'art. 22 del previgente Statuto albertino – sul quale cfr. *infra* –, Costituzione della monarchia sabauda, sono funzionali a garantire non soltanto la conservazione ma anche la superiorità della fonte costituzionale sulle altre fonti dell'ordinamento (pur concepita, nei due casi, in modo assai diverso). Ciò significa, altresì, che l'idoneità di tali istituti a garantire le prescrizioni contenute nelle due (tipologie di) costituzioni, potrà però arrivare a porre in discussione, e persino ad inficiare, la natura di Legge Fondamentale della Costituzione stessa.

Dall'altro lato, pur essendo il dato formale dell'esistenza di un documento costituzionale scritto insufficiente a definire il (od a giustificare il ricorso al) concetto di Legge Fondamentale, in assenza di una Carta costituzionale *scritta*, il concetto stesso di Legge Fondamentale, anche quando la fonte costituzionale sia dotata di una sua dimensione o forza – in senso ampio – prescrittiva, appare inutilizzabile o improprio.

A dimostrazione di quanto da ultimo osservato, se ci chiedessimo, ad esempio, quale fosse la Costituzione fascista, la domanda apparirebbe avere un senso; ma se ci chiedessimo, invece, quale fosse la Legge Fondamentale dello Stato autoritario fascista, percepiremmo il quesito come paradossale se non, addirittura, privo di senso. In questo secondo caso, infatti, la risposta, per avere senso, dovrebbe considerare determinante un dato essenzialmente formale (cioè l'auto-definizione contenuta nello Statuto albertino) od apparirebbe del tutto assurda. Ciò in quanto riteniamo che qualsiasi accettabile definizione di Legge Fondamentale debba avere contemporaneamente riguardo al dato positivo e formale dell'esistenza di una Carta costituzionale scritta e al dato sostanziale della prescrittività delle norme costituzionali, che è però anche supremazia giuridica di quella stessa fonte sulle altre fonti dell'ordinamento.

Anche la natura di documento scritto delle costituzioni intese come leggi fondamentali ha, quindi, una rilevanza determinante. Se, infatti, ci chiediamo quale sia attualmente la Legge Fondamentale del Regno Unito, la risposta, data l'assenza di una Costituzione scritta non appare del tutto evidente; ma se, al contrario, ci chiediamo quale sia oggi la Costituzione del Regno Unito, il quesito appare più facilmente comprensibile e la risposta appare più agevolmente ravvisabile nell'insieme dei *Constitutional Documents* e delle prassi costituzionali che compongono tradizionalmente la Costituzione inglese.

Riteniamo quindi di poter affermare che, **in prima approssimazione, per**

---

33 Così M. TROPER, *op. loc. ult. cit.*; ma cfr. anche ID., *La machine et la norme. Deux modèles de constitution*, in *Le droit, la théorie du droit, l'Etat*, Paris, 2001, in particolare, p. 147 ss.

**Legge Fondamentale debba intendersi ogni Costituzione scritta, dotata di forza prescrittiva, le cui norme, garantendo effettivamente le libertà fondamentali e disciplinando efficacemente l'organizzazione degli organi costituzionali, in conformità al principio di separazione dei poteri, si pongano quale concreta e reale fonte super-primaria di un ordinamento dato, essendo idonee a orientare, ma anche a limitare il contenuto giuridicamente plausibile e, in ultima istanza, valido della legislazione ordinaria.** Ciò a prescindere dalla natura dei meccanismi o degli istituti giuridici che presidiano la prescrittività di tale fonte.

Ecco perché, ad esempio, si ritiene di poter affermare che lo Statuto albertino, almeno sino all'avvento del fascismo – che non a caso introdusse un procedimento speciale per la revisione dello Statuto, modificando quindi la Costituzione originaria: cfr. *infra* –, fosse certamente la Legge Fondamentale dell'epoca liberale, ma soltanto per quella parte dello Statuto che disciplinava ciò che, in fondo, più premeva al legislatore costituzionale dell'epoca, cioè la (stabilità della) forma di governo.

Diversi istituti giuridici erano, infatti, intesi ad assicurare la superiorità – e quindi la stabilità – dello Statuto stesso, da un lato, e della forma di governo monarchico rappresentativa in esso disciplinata (art. 1), dall'altro. Tra i primi, si può certamente annoverare, oltre la dichiarazione di perpetuità e irrevocabilità contenuta nel preambolo, l'art. 22 in base al quale “[i]l Re, salendo al trono, presta in presenza delle Camere riunite il giuramento di osservare lealmente il presente Statuto”. Tra i secondi, invece, l'art. 3 ossia il meccanismo, in esso disciplinato, che affidava l'esercizio del potere legislativo contemporaneamente al Re e alle due Camere, secondo il modello inglese del c.d. *King in Parliament*. Ma anche nella disciplina della forma di governo, lo Statuto perdette la sua qualità originaria di Legge Fondamentale nel momento stesso in cui non ebbe più la capacità di imporsi come fonte (giuridica) super-primaria, ossia quando venne meno la sua forza prescrittiva.

Nella parte in cui esso garantiva le libertà fondamentali, tale Costituzione non era, invece, affatto – già *ab origine* – la Legge Fondamentale della monarchia sabauda: prova ne sia l'art. 28, il quale riconosceva che “La stampa sarà libera, ma una legge ne reprime gli abusi”; ovvero l'art. 32 in base al quale, nel disciplinare le riunioni, veniva “riconosciuto il diritto di adunarsi pacificamente e senz'armi, uniformandosi alle leggi che possono regolarne l'esercizio nell'interesse della cosa pubblica. Questa disposizione non è applicabile alle adunanze in luoghi pubblici, od aperti al pubblico, i quali rimangono intieramente soggetti alle leggi di polizia”, con ciò rinviando all'apposita legge che, in certo modo, lo stessa disposizione statutaria elevava a reale fonte precettiva e costituzionale di disciplina del fenomeno.

4. *La forma di governo prevista dallo Statuto albertino.* Come è noto, il 1° gennaio 1897, sulle pagine de “La nuova antologia”, veniva pubblicato anonimamente il famoso articolo di Sidney Sonnino, *Torniamo allo Statuto*. L'A., il quale riteneva che vi fosse stata una “progressiva usurpazione del potere esecutivo” da parte della Camera, sosteneva che tale “esorbitare della camera elettiva dalle sue funzioni e la sua invasione dei poteri della Corona si sono effettuate e sono state rese possibili mediante la dottrina che faceva dei ministri del re i ministri della camera”. La critica di Sonnino è quindi indirizzata verso una lettura del testo statutario – o meglio, verso una prassi costituzionale instauratasi sulla base di tale interpretazione – in senso parlamentare.

In effetti, seppure l'articolo di Sonnino, deputato della Destra storica, ebbe grande eco, esso non trovò alcun riscontro parlamentare. Il ritorno ad una forma costituzionale pura era, alla fine del XIX secolo, semplicemente antistorico.

Appare comunque corretto affermare, almeno a un esame della lettera del testo,

che lo Statuto albertino non avesse affatto inteso adottare, *ab origine*, una forma di governo parlamentare. Ciò appare con tutta evidenza, da un lato, dalla definizione della forma di governo data già all'art. 1 (“Lo Stato è retto da un Governo Monarchico Rappresentativo”) e, dall'altro, dall'affidamento del potere esecutivo al re, e soltanto al re<sup>34</sup>. Chiaro era, infatti, il dettato degli artt. 5 e 65, i quali disponevano rispettivamente che “al Re solo appartiene il potere esecutivo” e che “il Re nomina e revoca i ministri”. Nelle intenzioni del legislatore statutario, l'art. 67 dello Statuto, il quale si limitava ad affermare “che [i] ministri sono responsabili”, disegnava una forma di governo – niente affatto dualista, bensì – chiaramente monista: il governo rispondeva, cioè, soltanto al re<sup>35</sup>.

Vero è che, ancora nel 1951, V.E. Orlando sosterrà – nel suo notissimo *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*<sup>36</sup> – in riferimento all'art. 67 dello Statuto albertino, che le “tre parole [i ministri sono responsabili: ndr.] contengono l'essenza del Governo parlamentare”. Di conseguenza, si sarebbe dovuto ritenere, contrariamente all'opinione comune secondo la quale “lo Statuto stesso avrebbe provveduto soltanto ad instaurare la forma così detta di monarchia costituzionale, cioè col concorso di Camere rappresentative con funzione legislativa” (V.E. ORLANDO), che l'adozione della forma di governo parlamentare di tipo inglese fosse già contenuta nello Statuto albertino. Seppure tale affermazione appaia eccessiva, è però vero che una realtà complessa, e a tratti addirittura fluida, legittimava certamente l'autorevole affermazione dell'Orlando.

Da un punto di vista storico-giuridico o di storia del diritto costituzionale, si deve, infatti, osservare che già il primo gabinetto costituzionale, presieduto da Cesare Balbo, essendo rimasto in minoranza alla Camera dei Deputati, nel corso di una votazione, ritenne di presentare, il 6 luglio 1848, le proprie dimissioni<sup>37</sup>. Ed è noto, del resto, che già all'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto, l'intelligenza italiana – primo tra tutti Cavour<sup>38</sup> – non tardò a fornire dello Statuto un'interpretazione in senso parlamentare, che più rispondeva alle istanze liberali le quali richiedevano, oramai, un indifferibile soddisfacimento.

Esistono, però, elementi e indizi di segno opposto, i quali disegnano un quadro assai contraddittorio della realtà costituzionale dell'epoca, e che lascerebbero, invece,

---

34 Come osserva, recentemente, anche A. BARBERA, *op. ult. cit.*, in particolare, p. 12.

35 La caratteristica che permette di distinguere le monarchie costituzionali (o pure) dalle forme di governo parlamentari, è, infatti, esattamente questa: scriveva, ad esempio, nel 1943, G. RENZI, *Forme di governo nel passato e nell'avvenire*, Roma, 2a ed., 1945, che “nelle monarchie costituzionali il re ha facoltà di scegliere e revocare i suoi ministri; ma è altresì vero che bisogna distinguere le monarchie che rimasero strettamente basate a questa disposizione dello Statuto, nelle quali il re sceglie i ministri a tutto suo beneplacito senza curarsi dell'opinione delle Camere, e non li rimanda quando non abbiano più in queste la maggioranza; dalle monarchie, le quali, da strettamente *costituzionali*, sono diventate *parlamentari* e nelle quali il sovrano sceglie o congeda i ministri a seconda dei voti delle Camere”, *ivi*, p. 17.

36 V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, I, 1951, p. 5 ss.; ma che la forma di governo prevista dallo Statuto fosse parlamentare “fin dai primordi”, era opinione dal medesimo A. già espressa nei *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1894, in particolare, p. 53. Peraltro, anche illustre storico concorda nel ritenere tale – parlamentare – la forma di governo prevista dallo Statuto albertino: cfr., infatti, G. ARANGIO RUIZ, *Storia costituzionale del Regno d'Italia. 1848-1898*, Firenze, 1989.

37 Cfr., sul punto, A. MARONGIU, *Storia del diritto pubblico. Principi e istituti di governo in Italia dalla metà del IX alla metà del XIX secolo*, vol. IV, Milano, 1973, in particolare, p. 529.

38 Si veda il noto articolo di Cavour, del 10 marzo 1848 – cioè appena due giorni dopo la concessione dello Statuto – sul “Risorgimento”, nel quale l'A. esprime la sua opinione che tra il re e la nazione vi sia un patto, e che l'eventuale accordo tra parlamento e sovrano permetta certamente di modificare, con legge, lo Statuto (flessibile), ma anche l'articolo *ivi* del 18 maggio 1848, sulla *Necessità di dichiarare nella legge fondamentale la libertà di coscienza e di culto*, ove l'A. scrive che “[q]uesta modificazione, o per dir meglio questa spiegazione, del nostro Statuto [l'introduzione della libertà religiosa: ndr.] non verrà non verrà certamente contrastata da nessun uomo illuminato”, in *Antologia degli scritti politici dei liberali italiani*, Bologna, 1961, p. 41 ss., in particolare, p. 42.

pensare ad un percorso non univoco né tanto meno agevole nella direzione del passaggio da una forma monarchica costituzionale pura (o governo costituzionale puro) a una forma parlamentare. Osserva, ad esempio, Alberto Caracciolo che “se i governi Balbo e Perrone, nel luglio e nel dicembre 1848, caddero per un disaccordo col parlamento, dichiarando di non potersi sostenere senza la fiducia della maggioranza, d’altro canto il generale De Launay venne designato al ministero dal re, nel marzo 1849, in manifesto dispregio della camera”<sup>39</sup>. La spiegazione più convincente del fenomeno appare, allora, non quella che lo Statuto prevedesse già, in origine, una forma di governo parlamentare, bensì che una *tacita* quanto fondamentale modificazione dello Statuto albertino abbia mutato la forma di governo in esso disciplinata: proprio la vaghezza dell’art. 65 cit. (“I ministri sono responsabili”) permetteva del resto di ritenere l’articolo riferibile ad una responsabilità del governo nei confronti della camera elettiva e non del sovrano.

In altre parole, sarà soltanto “grazie alla maturità de tessuto sociale del paese e alla lungimiranza di una giovane classe politica [che] attraverso prove molteplici durante vari anni”<sup>40</sup> l’istituzione parlamentare riuscirà finalmente a divenire il fulcro del sistema politico costituzionale (A. CARACCILO). Se la forma di governo scaturente dall’evoluzione e dalla prassi costituzionale fosse poi una forma “assimilabile *al governo parlamentare*” (A. BARBERA), o “essenzialmente una monarchia ‘parlamentare’” (U. ALLEGRETTI), oppure “pseudo-parlamentare” (G. MARANINI; S. PRISCO; G. DI COSIMO), ovvero si trattasse, nella realtà, di un “governo parlamentare mai nato” (P. COLOMBO) è questione complessa, che meriterebbe di essere affrontata, ma che non può essere approfondita in questa sede.

Ciò che ci preme, invece, chiarire in queste pagine è piuttosto il nesso esistente tra la forma dello Statuto albertino – *rectius*: il suo rango di fonte di legge ordinaria –, inteso come modello di costituzione liberale, e la possibilità di una prassi modificativa di tale Costituzione (che, come si vedrà, ben potremmo definire “consuetudine”), sia che essa abbia portato ad una forma parlamentare compiuta o meno.

Lo Statuto, come è noto, era una Costituzione c.d. “ottorgata” ovvero “ottriatà” (rispettivamente dallo spagnolo *octorgar* e dal francese *octroyer*), cioè concessa dal sovrano, la quale non disciplinava alcun apposito procedimento aggravato per la propria revisione. In tal senso, esso è generalmente definito una Costituzione c.d. “flessibile”, in quanto ritenuto modificabile – sostanzialmente sin dall’epoca della sua entrata in vigore – con legge ordinaria. Solo durante il fascismo, a seguito dell’adozione della L. 9 dicembre 1928, n. 2693 – la quale prevedeva un parere del Gran Consiglio del Fascismo per l’adozione delle leggi definite “costituzionali” – parte della dottrina (S. ROMANO) arrivò a sostenere che l’ordinamento italiano fosse oramai da annoverare tra gli ordinamenti a Costituzione rigida (S. BARTOLE). Da un punto di vista storico-giuridico la questione della natura rigida o flessibile dello Statuto è, però, assai più complessa di quanto non appaia *prima facie*, ma sul punto ritorneremo con più dettaglio in seguito. Basti per il momento osservare come l’utilizzo del termine “flessibile” vada correttamente riferito non già a quelle costituzioni che non disciplinano alcun procedimento di revisione costituzionale – come appunto lo Statuto albertino – bensì in riferimento a quelle costituzioni che espressamente consentano la propria revisione attraverso il procedimento legislativo ordinario (R. GUASTINI).

Al contrario, secondo un’autorevole dottrina, proprio l’assenza del procedimento di revisione costituzionale testimonierebbe, all’opposto, della natura “rigida” della fonte statutaria, permettendo di predicarne l’immodificabilità assoluta<sup>41</sup> (A. PACE), in quanto,

39 A. CARACCILO, *Il Parlamento nella formazione del Regno d’Italia*, Milano, 1960, p. 8.

40 *Ivi*.

41 È la tesi di A. PACE, *La naturale rigidità delle costituzioni scritte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, p. 4085 ss.; ripubblicato in un’edizione autonoma e ampliata – dal quale traggio le citazioni seguenti – col titolo *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, Padova,

peraltro – aggiungiamo noi – adottata con modalità diverse dalla legge ordinaria<sup>42</sup>. È però certo che lo Statuto albertino, non prevedendo fonti statutarie specifiche, diverse dalla legge (né tanto meno ad esse gerarchicamente sovraordinate), non permetteva in alcun modo di individuare con certezza quali fonti potessero, a rigore, definirsi “di rango costituzionale”.

Anzi, se osserviamo quanto sostenuto dalla migliore dottrina dell'epoca, fonti costituzionali – al pari dello Statuto albertino – erano considerate “[o]ltre lo Statuto citato, che contiene le fondamenta della costituzione, le principali leggi di ordine costituzionale [cioè] le seguenti: Legge elettorale 22 gennaio 1882 con le sue varie modificazioni posteriori (Testo unico del 1895); legge sull'incompatibilità parlamentare del 13 maggio 1877; legge sulle prerogative del sommo Pontefice e sulle relazioni dello Stato colla Chiesa 13 maggio 1871; regolamenti interni del Senato e della Camera dei deputati; legge sulla stampa del 26 marzo 1848 colle modificazioni posteriori; legge sulla Corte dei Conti del 14 agosto 1862; di pubblica sicurezza del 30 giugno 1889; sulla lista civile, 5 febbraio 1868 con le posteriori sino al 27 giugno 1880, oltre le varie leggi”<sup>43</sup> di disciplina delle libertà civili (V.E. ORLANDO). Infatti, “non tutta la *costituzione* del nostro Stato è nello Statuto. Molte altre leggi – concordava altra autorevole dottrina dell'epoca<sup>44</sup> – hanno natura costituzionale e ne completano la costituzione” (O. RANELLETTI).

Esistevano quindi, accanto allo Statuto, altre fonti ritenute di rango costituzionale. Ora, pur potendo certamente convenire che l'intenzione del legislatore statuario – la quale ben traspare da alcuni istituti presenti nello Statuto – fosse quella di rendere la sola fonte statutaria assolutamente immodificabile, non ne trarremo però, in questa sede, la conseguenza che lo Statuto albertino avesse, in ragione dell'assenza di norme sulla revisione, la natura di Costituzione rigida (A. PACE). Preferiamo, invece, arrestarci sulla soglia della constatazione, che riteniamo certa, che lo “Statuto, in quanto emanazione unilaterale del sovrano, non [avrebbe potuto] ripetersi nel suo genere (cioè come tipo di fonte), nel senso che il Re da solo non [avrebbe potuto] più né modificarlo né revocarlo, e per questo, come è detto nel suo preambolo, esso [era] 'legge' 'perpetua ed irrevocabile della monarchia'. In virtù del nuovo ordinamento costituzionale instaurato dallo stesso Statuto [...] tutti gli atti normativi costituzionali non [avrebbero cioè più potuto] essere che atti complessi”<sup>45</sup>, ovverosia con l'eguale partecipazione del re e delle camere (F. PERGOLESI).

Di qui, allora, la considerazione che lo Statuto – nonostante l'affermazione di perpetuità ed irrevocabilità contenuta nel suo preambolo – in quanto legge, pur unica nel suo genere, subiva gli effetti della fonte secondaria dell'epoca, ovverosia la consuetudine, la quale, all'opposto di quanto è oggi, ben poteva essere, secondo la migliore dottrina, *innovatrice* come anche *abrogatrice* (desuetudine). Lo stesso V.E. Orlando, il quale osserverà autorevolmente nei suoi *Principi di diritto costituzionale* come la consuetudine conservasse allora, nel particolare campo del diritto pubblico, “un'importanza pratica grandissima”, fornirà quale esempio di consuetudine innovatrice esattamente “il principio medesimo su cui il governo parlamentare si forma, cioè l'accordo fra il Parlamento e il

---

1995, ora in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 1997, il quale scrive, infatti, che “[d]a un punto di vista logico-giuridico, tutto, allora concorre in favore della natura 'rigida' dello Statuto albertino”, pp. 35-36: vedi anche la nota 25.

42 Osserva, infatti, A. MARONGIU, *op. cit.*, in particolare p. 519, come un'altra espressione, contenuta nel preambolo non vada sottovalutata, e precisamente la formula, presente nel preambolo, “di nostra certa scienza”, il cui preciso significato tecnico era quello di manifestare un assoluto e incondizionato potere legislativo: “[c]on la formula 'di certa scienza' sovrani, papi ecc. ponevano un inviolabile sigillo di decisorietà a qualunque loro atto o manifestazione di volontà, indipendentemente dalla legittimità o meno di esso a tenore del diritto vigente”, *ivi*.

43 V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, cit., pp. 50-51.

44 O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 7a ed. rinnovata e aggiornata, Padova, 1940, p. 241.

45 F. PERGOLESI, *Saggi sulle fonti normative*, Milano, 1943, pp. 32-33.

Gabinetto”<sup>46</sup>.

In conclusione, possiamo quindi affermare che l'istituto della fiducia tra il parlamento e il governo nascerà, insomma, in via di prassi, come consuetudine innovatrice del diritto costituzionale statutario scritto, lentamente tramutando una monarchia costituzionale (o “rappresentativa”, come la definiva lo Statuto) in una – incompiuta – forma di governo parlamentare<sup>47</sup>.

\*\* Ricercatore a t.d. di Istituzioni di diritto pubblico – Università Cattolica di Milano

---

46 V.E. ORLANDO, *op. ult. cit.*, p. 52.

47 In tal senso, anche A. PACE, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione*, cit., in particolare, il par. 5, p. 35 ss.