

La Costituzione

Concetto giuridico ed espressione del
costituzionalismo

Due concezioni

- **In senso ampio:** struttura organizzativa della comunità statale; organizzazione giuridica della comunità statale. È anche disciplina del potere supremo costituito: trasforma la “forza” in potere “giuridico supremo” (Santi Romano).
- **In senso più ristretto:** norma fondamentale dell’ordinamento costituzionale dello Stato, che si pone come principio dell’ordinamento che condiziona la creazione delle norme giuridiche in generale e di quelle legislative in particolare (Kelsen).
- Si dice, però, che determinare cosa sia e cosa disciplini una costituzione sia operazione **tautologica**. Dire, infatti, che la Costituzione **individua le norme sulla produzione giuridica** o la **struttura fondamentale dell’assetto organizzativo del potere costituito** significa dire che la costituzione come legge fondamentale pone le norme indispensabili..

I punti fermi

- È la legge fondamentale dello Stato
- È la legge fondamentale che costituisce **quel particolare** tipo di Stato (imprescindibile il rinvio agli ordinamenti costituzionali positivi)
- Detta le regole della convivenza sociale (diritti) e l'organizzazione dei poteri pubblici.
- È la legge superiore (*lex superior, higher law, fundamental law*) che limita i poteri in favore delle libertà individuali e collettive

L'esame dei singoli ordinamenti

- Evidenzia come ciascuno di essi abbia un complesso di norme fondamentali di una determinata organizzazione sociale;
- Vi è una parte del testo che può essere formalizzata in un testo solenne (costituzione formale);
- Altra parte può essere compresa in più testi scritti diversi dalla costituzione formale, può essere formata da consuetudini, o da altri fattori (costituzione reale, vivente, o sostanziale).

Concezione garantista

È La nozione giuridica di costituzione è derivata dal costituzionalismo (rivoluzioni Francese e americana) e frutto del potere costituente:

- 1) Carattere normativo;
- 2) Testo scritto e solenne (formalizzazione come prima forma di garanzia);
- 3) Disciplina della forma di governo (sistema organico di norme giuridiche su cui si basa l'organizzazione degli organi costituzionali);
- 4) Garanzia dei diritti di libertà nei confronti del potere politico;
- 5) Organizzazione del potere ripartita per garantire le libertà fondamentali.

Concezioni concorrenti

- **Tradizionalista:** tipica dell'ancien régime. La costituzione è tale perché è **opera della storia**, che ne ha dimostrato la superiorità. Si impone perché il tempo ne ha confermato la necessità: è patrimonio di una stirpe o è da tempo immemorabile legge che regola quella terra. La **consuetudine** è la prima *lex fundamentalis*, anche se *lex non scripta*: ove vi sia questa costituzione, la presenza di una *lex scripta* è mera individuazione di consuetudini già formate. Sono immutabili e sottratte alla volontà del Re: per essere modificate serve un lungo processo storico.
- Vi rientrano le leggi sulla **investitura (leggi fondamentali della monarchia francese)**, sulla successione del sovrano inglese.
- Non hanno superiorità formale, sono costituzioni storiche e stratificate

Concezioni concorrenti (2)

- **Costituzioni della restaurazione:** la costituzione non può essere l'atto di volontà del costituente. Se così fosse, sarebbe un dato a-storico e "artificiale".
- Di solito deriva o trae legittimazione da Dio: ne evidenzia il carattere non transeunte, opposto a una volontà affidata a un testo scritto, che per natura è fragile.
- Anche dove la Costituzione è un atto solenne: è concessa dal sovrano (costituzione octroyée) o è pattuita tra assemblee rappresentative e sovrano.
- Non si chiamano formalmente costituzioni, ma "carte" (Francia 1814) "statuti" (Spagna 1834 e Piemonte 1848), o "leggi fondamentali" (Francia 1875): il concetto di costituzione è troppo compromesso perché evocatore della ideologia rivoluzionaria.

Concezioni concorrenti (3)

- **costituzione positivista:**
- è pur sempre atto di volontà, ma non di un potere costituente.
- È posta dallo Stato, che si considera come una entità già costituito e continuamente vivente).
- È sempre atto normativo, sovraordinato agli altri, contiene regole obbligatorie di organizzazione e comportamento.
- Si considera solo il testo della costituzione formale e non considera fenomeni sociali, organizzativi, principi normativi pre-costituzionali, regole non formalizzate.

Concezioni concorrenti (4)

- **Decisionista (Schmitt):** decisione fondamentale assunta dal titolare del potere costituente. È la suprema decisione sulla forma del potere. Scinde la costituzione formale da quella sostanziale e si concentra su quest'ultima (**rispetto alla concezione positivista si ha una inversione: il soggetto costituente che darà una forma al proprio potere è un soggetto politico preesistente allo Stato e alla costituzione. È un soggetto politico che consegue l'unità politica perché è riuscito a imporsi sui concorrenti.**
- **Normativista (Kelsen):** Norma fondamentale che condiziona la validità della quale discende la validità di tutti gli atti che ne discendono, compresa la costituzione.

Concezioni concorrenti (5)

- **Costituzione materiale:** muove dalla insufficienza del dato formale a spiegare l'assetto complessivo della società, che viene riguardato mediante la **costituzione reale**, che dà forma ai rapporti fra le forze sociali, ma che può anche essere codificata.
- Tipico esempio: **costituzione bilancio** del diritto sovietico. documento che riflette la effettiva realtà storica e sociale e economica di una precisa fase storica dello sviluppo verso la dittatura del proletariato.
- Si afferma nel 1936 (VIII congresso dei soviet): tener conto dei progressi verso il socialismo e della linea generale politica tracciata dal programma di sviluppo del socialismo. Vi si deve adeguare la costituzione scritta: il programma riguarda l'avvenire, la costituzione il presente.

Concezioni concorrenti (6)

- **Costituzione come tavola dei valori:** reazione ai regimi affermatasi fra le due guerre mondiali che avevano, da un lato, disconosciuto il valore della persona umana e, dall'altro, confermato la identificazione del diritto come forza.
- Lo Stato non può non tenere in considerazione valori che trascendono il diritto positivo: sono quelli che riguardano la persona umana e la sua dignità.
- Sono presupposti e principi etici della costituzione, che legittimano lo stato, ma che poi vengono assunti e trasformati in principi giuridici cogenti (Italia, Germania, Portogallo, Spagna).

Come classificare le costituzioni

- Per “cicli”
- Per “modelli”
- Per caratteristiche formali e/o sostanziali
- Per modalità di formazione

Costituzioni: studio per cicli ...

- Costituzioni rivoluzionarie settecentesche (USA, Francia)
- Costituzioni napoleoniche
- Costituzioni della Restaurazione (Stati tedeschi dal 1815)
Non comportano necessariamente a un ripristino della monarchia assoluta. Anche forme di monarchia limitata (Svezia: 1809-1974; Francia 1814).
- Costituzioni liberali (Francia 1830, Belgio 1831, Statuto albertino e Impero austriaco 1848, Prussia 1850, Giappone 1889).
- Costituzioni democratiche razionalizzate (Weimar e Finlandia 1919, Austria 1920).
- Costituzioni liberal-democratiche (dopo la seconda guerra mondiale).

... e per modelli

- **USA:** modello delle costituzioni liberali (per fini e principi); delle costituzioni latinoamericane per forma di governo presidenziale (Cile 1818, Messico 1824, Uruguay 1830, Colombia 1866, Corea del Sud 1987, Indonesia 1945); degli stati federali (Svizzera 1848, 1874, 1900, Australia 1900, Argentina 1853, Brasile 1891, Messico 1917, Nigeria 1960, India 1950, Malesia 1957 e 1963)
- **Francia** (tutte le costituzioni succedutesi dal 1789 al 1958): hanno influenzato le s costituzioni francesi successive e di altri Stati (es.: Cadice 1812 Norvegia 1814 sono influenzate dalla Cost. 1791); hanno messo in circolo principi e idee nuove (Cost. 1793: democrazia diretta, diritti sociali, influenza Messico 1917 e Weimar 1919 – Cost. 1795: forma di governo direttoriale influenza quelle svizzere).
- **Costituzioni Francese (1830) e Belga (1831):** monarchia costituzionale sovranità della nazione. Influenzano Italia 1849, Prussia 1850, Giappone 1889.
- **Costituzioni razionalizzate:** repubblicane, vogliono assicurare la stabilità dell'esecutivo (Weimar 1919, Austria 1920, Spagna 1931). Dopo la seconda guerra mondiale: ampliano gli istituti democratici, i diritti sociali ed economici, la garanzia delle autonomie, introducono il controllo di costituzionalità (Francia 1946 e 1958, Italia 1948, Germania 1949, Giappone 1946, Danimarca 1953, Svezia 1974, Grecia 1975, Portogallo 1976, Spagna 1978, Est Europa dal 1990).
- **Costituzione consuetudinaria inglese:** ha influenzato Australia, Nuova Zelanda, Canada, Sudafrica, India, Giamaica 1962, Trinidad e Tobago 1962.
- **Sovietiche:** mirano alla realizzazione della società comunista. Dopo prima guerra mondiale: URSS 1918, 1924, 1936, 1977. Dopo seconda guerra mondiale (anche per vittoria URSS e aree di influenza: Paesi europei orientali, Cina 1954, Mongolia 1940). Destalinizzazione (1956): solo affioramento esigenze nazionali (Romania 1965, RDT 1968 e 1974, Cecoslovacchia 1968, Polonia 1976 e 1983, Cina 1975, 1978, 1982, ecc.) salvo in Jugoslavia (1953, 1963, 1974).
- **Autoritarie:** Portogallo (1933) e Spagna (Sette leggi fondamentali).
- **Islamiche:** soluzioni organizzative per adottare i modelli occidentali (forme di governo presidenziali, liberali, sociali) con islam (Pakistan 1956 1962, Somalia 1960, ecc.) o del tutto improntate a islam (Iran 1979).

La formazione delle costituzioni

- In base al potere/organo;
- In base al procedimento;
- In base alle fonti

Potere costituente

- La costituzione non si basa su una norma preesistente che legittima l'esercizio del potere costituente, ma solo su di una volontà politica dotata di particolare forza, in virtù di situazioni storiche e/o su rapporti di fatto esistenti in un determinato Paese.
- È un potere originario: si legittima in via di fatto, trarre da sé la propria legittimazione. E ciò, anche quando una costituzione sia adottata dal potere costituente medesimo nel formale rispetto delle procedure stabilite nel precedente ordinamento costituzionale (il sovrano assoluto che concede una costituzione con la quale limita il proprio potere; la transizione da un regime autoritario seguendo i procedimenti ivi previsti per mutare le norme di carattere costituzionale, ecc.).

Potere costituito

- Dopo l'esaurimento del potere costituente, l'affermazione di un nuovo ordinamento e l'entrata in vigore della costituzione, non si danno più organi che adottano decisioni liberamente, in forme non prestabilite e si legittimano in via di fatto.
- Ogni decisione è, cioè, frutto del potere costituito: di un potere che opera seguendo le indicazioni e le procedure date dal potere costituente e da questo affidate alla costituzione.

Costituzioni storiche

- **Recessive (oggi per lo più scritte come atto di volontà e non come esito di stratificazioni normative succedutesi nei secoli)** hanno avuto importanza nel passato e in alcuni casi oggi (UK, Canada per preambolo, Nuova Zelanda).
- Discendono dalle elaborazioni consuetudinarie: idea che vi siano principi non transeunti, e anzi inviolabili, che sono superiori perché sono **opera della storia**
- Formazione della “costituzione” inglese: già nel Medioevo la costituzione consuetudinaria **nasce dal ripetersi e dal consolidarsi di usi e tradizioni che ad un certo punto sono sentiti come vincolanti e si amalgamano con altri atti (leggi, ordinanze, ecc.)**. Il diritto consuetudinario (*common law come law of the land*) è la prima fonte del diritto che si afferma, la prima vera legge fondamentale.
- È un processo lento, facilitato dal fatto che, grazie alla centralizzazione delle funzioni giurisdizionali e la loro separazione dalla *curia regis*, questo diritto molto presto si affrancò anche dallo stesso re e viene ad assumere quei caratteri di tecnicismo e di imparzialità che gli consentirono di sopravvivere. **La pratica delle corti centrali è vista come consuetudine del regno.**
- Elaborazione complessa di limiti al potere regio che utilizza le risorse di un diritto consuetudinario a forte radicamento nella società, per giungere ad affermare che il Re è sottoposto a Dio e alle leggi che lo fanno sovrano. Subordinazione del potere politico, dei governanti, al diritto, alla *lex terrae*: Glanvill, Bracton (*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege quia lex facit legem*).
- Dal 1689 assistiamo alla circostanza che tali atti di rango materialmente costituzionale sono leggi del Parlamento. È l’esito della lunga battaglia fino all’affermazione della sovranità del Parlamento: che diventa l’organo supremo (corporation King in Parliament), e la monarchia uno dei tanti organi. il parlamento si converte nel potere sovrano perché è consentito.

In base al potere

- **popolari (potere costituente esercitato dal popolo):** di solito è una Assemblea costituente, organo straordinario chiamato a fissare i principi fondamentali di un ordinamento approvando la costituzione. Può essere istituito appositamente (Cost. francesi 1848, 1870; Germania 1918, Nepal 2006, Italia 1946); può essere un organo del precedente ordinamento (Francia 1789 (Stati generali), Norvegia 1814; Spagna 1978) o intermedio (Austria, 1918).
- **concesse (ottriate):** frutto di autolimitazione del sovrano, che la concede e da potere costituente diventa organo del potere costituito (Statuto Albertino 1848, Principato di Monaco 1911 e 1962, Swaziland 2003).
- **Pattizie:** frutto di un accordo tra Re e Assemblea (Svezia 1809, Francia 1830, Prussia 1850).
- **Plebiscitarie:** potere che è in mano a gruppo dominante (militari, oligarchia, dittatore) e non rappresentativo del popolo, serve per legittimare formalmente la decisione costituente. V'è carenza di dibattito democratico, di una vera alternativa e la consultazione è condizionata: Francia 1802 (consolato a vita) e 1851 (preventivo: richiesta delega poteri per scrivere costituzionale), Portogallo 1933, Cile 1980; DDR e Bulgaria 1968.
- **Imposte dall'esterno:** Giappone 1946, BRD 1949, Albania 1998, Iraq 2005, Afghanistan 2004.
- **Accordi internazionali: Bosnia 1994**
- **Condizionate: Weimar 1919.**

In base al procedimento

- **Esterni** (decisione costituente è imputabile a stato altro a quello che poi rimarrà disciplinato): stati che perdono la propria sovranità o la vedono limitata a causa di una sconfitta bellica: (Giappone 1946; Germania 1949); ex colonie e protettorati che acquisiscono l'indipendenza (Impero britannico: elaborate in contatto con esponenti politici locali e approvate dal Parlamento britannico: India 1944; Sri Lanka 1947; Canada 1867).
- **Internazionalmente guidati** (accordi tra stati od organizzazioni internazionali): Namibia (1982-1990); Cambogia (1989-1993); Bosnia Erzegovina (1991-1995); Macedonia (2001); Kosovo (2001-2008); Iraq (2004-2006) Interni:
- **Interni** allo stato che ne rimarrà disciplinato:
- **1) Monarchici** (come per costituzioni pattizie e otriate): atto del potere costituente (giuridicamente unilaterale) che limita sé stesso e fissa in testo garanzie per ceti e classi emergenti; o patto (Francia 1814; Spagna 1834; Sardegna 1948; Giappone 1889; Etiopia 1931).
- **2) Democratici** (costituzioni popolari): sovranità del popolo che la esercita mediante Assemblea Costituente e/o con *referendum*. Si danno anche referendum precostituenti: forma monarchia o repubblicana (Norvegia 1905, Grecia 1974, Italia 1946); separazione stato (Norvegia 1905; Islanda 1944; Sudan meridionale 1911); o costituenti: testo considerato definitivo (Irlanda 1937; Danimarca 1953; Spagna 1978; Romania 1991; Niger 2010).
- **Federativi: è il caso USA.** L'indipendenza è del 4 luglio 1776 ma già con la risoluzione del Congresso continentale del 15 maggio 1776 – di pochi mesi anteriore alla dichiarazione d'indipendenza – si raccomanda alle ex-colonie «l'adozione di costituzioni popolari»: ciò segnò il momento in cui una sovranità (quella inglese) venne contestata e ne venne proclamata un'altra (quella di ognuna delle tredici colonie).
- **Autoritari:** plebiscito costituente (Napoleone III 1851; Iran 1979; Cile 1830; Uruguay 1976); adozione unilaterale (i titolari de facto del potere esplicitano la decisione costituente: Cile con atti costituzionali 1973; Argentina 1976; Brasile 1964; Venezuela 1999).
- **Socialisti:** adottata da organi di partito (URSS 1918, 1924; Cambogia 1976). Ove consolidato, deliberata da partito con la ratifica assembleare (URSS 1936, 1977; Cina 1982).

In base alle fonti

- **consuetudine.**
- **Convenzioni:** accordi, anche taciti, in virtù dei quali i titolari degli organi costituzionali uniformano i comportamenti che tengono nei reciproci rapporti a regole non scritte ma accettate e osservate fino che detto consenso non viene meno. **Prerogativa v. convenzione:** 1782 (Lord North) 1834 (Guglielmo IV revoca Lord Melbourne e scioglimento *House of Commons*). Sono fonti non giustiziabili: *non-legal rules*. Può essere accertata ma non sanzionata.
- **Giurisprudenza:** ruolo delle corti costituzionali (*RSA certification* del 1996). Anche altrove corti partecipano a revisione (Ecuador, Moldova, ecc.).
- **Religione:** diritto divino come fonte sovranità.
- **Diritto internazionale:** internazionalizzazione diritto costituzionale (UE: criteri di Copenaghen; Bosnia)
- **Politico:** fonti politiche come manifestazioni di volontà. Organi costituzionali che pongono e concretano scelte politiche (testo approvato da assemblea costituente).