

La Costituzione

Concetto giuridico ed espressione del
costituzionalismo

Le differenti nozioni

- **Deontologica:** è il modello ideale dell'organizzazione statale
- **Sociologica:** è il modo di essere dello stato
- **Politica:** è l'organizzazione basata su determinati principi di indirizzo politico (scelte politiche)
- **Giuridica:** è l'ordinamento dello stato e la norma primaria di produzione delle sue fonti

Le difficoltà nell'individuare la nozione di costituzione (1)

Le definizioni

- **ampia:** è la struttura organizzativa della comunità statale, che assume carattere giuridico in quanto è forma anche frutto di autodisciplina del corpo sociale, che converte la 'forza' in 'potere'. In altri termini, la costituzione in senso giuridico è la disciplina della sovranità, il potere supremo che è costituito dalla stessa costituzione (Santi Romano).
- **e ristretta:** è norma fondamentale sulla produzione giuridica. Pone la norma fondamentale, principio dell'ordinamento costituzionale dello Stato. Da tale norma discendono le norme che condizionano la creazione e la validità delle norme giuridiche, in generale, e di quelle legislative, in particolare, di un dato ordinamento (Kelsen).

Sono generiche e tautologiche:

- Non consentono di individuare cosa in concreto sia la c.d. materia costituzionale (quella cioè che la costituzione dovrebbe disciplinare: fonti e organizzazione).
- L'affermazione per la quale 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.

Le difficoltà nell'individuare la nozione di costituzione (2)

- Ogni costituzione sembra scegliere i propri criteri di individuazione della materia costituzionale. Sono frutto di scelte 'politiche' e non necessariamente comuni a qualsiasi ordinamento
- Il contenuto va determinato: 1) sulla base della parte formalizzata nel testo costituzionale (costituzionale formale), 2) tenendo in considerazione anche i testi scritti diversi dalla costituzione formale (legislazione di attuazione), in consuetudini, convenzioni, o generate da modifiche tacite della costituzione (costituzione reale, vivente, sostanziale).
- La c. sostanziale non necessariamente si pone in contrasto con la c. formale (cosa che però può accadere), ma può limitarsi a integrarla. Il comparatista deve esaminare entrambe: non si può prescindere dalla c. sostanziale. Se così si operasse, si potrebbero ignorare istituti e concetti fondamentali (es. *Bloc de constitutionnalité* in Francia).

Concetto giuridico di costituzione

Si può replicare che, pur nella varietà dei testi, delle esperienze e del diritto costituzionale vivente, molte costituzioni adottano istituti regole, principi, ecc. che paiono riportabili a concezioni teoriche della costituzione. Per esaminare i testi, dunque, partiamo dalle concezioni che sono sottese al testo.

Concezione garantista

È La nozione giuridica di costituzione è derivata dal costituzionalismo:

- 1) Carattere normativo;
- 2) Testo scritto e solenne (formalizzazione come prima forma di garanzia);
- 3) Disciplina della forma di governo;
- 4) Garanzia dei diritti di libertà nei confronti del potere politico;
- 5) Organizzazione del potere ripartita per garantire le libertà fondamentali.

Concezioni concorrenti

- Tradizionalista (*ancien régime*, stratificata, restaurazione, *octroyée* o pattuita);
- Positivista;
- Decisionista;
- Normativista;
- Materiale (costituzione-bilancio).
- Tavola dei valori.

Concezione tradizionalista

tipica dell'ancien régime. La costituzione è tale perché il tempo ne ha dimostrato la necessità (tradizionalmente accettata), perché patrimonio di una stirpe, perché è l'insieme delle leggi che da tempo immemorabile disciplinano quella terra.

Sono costituzioni che si radicano nella **consuetudine come legge fondamentale** (*lex fundamentalis* benché non *scripta*). La presenza di una *lex scripta* non è conseguenza dell'esercizio di un atto razionale e creativo, ma è mera ricognizione/individuazione di consuetudini già formatesi. Sono immutabili e sottratte alla volontà del Re.

Tipica della restaurazione. Rompe i rapporti con la rivoluzione. La costituzione non è atto di volontà del potere costituente. La costituzione non può essere "artificiale", ma deriva naturalmente da:

- Dalla divinità: carattere non transeunte opposto a un testo scritto per natura fragile.
- Dalla stratificazione di usi che sono da secoli a fondamento di quell'ordine sociale e giuridico.
- Ma, anche dove la costituzione è un atto solenne, essa è o concessa dal sovrano o pattuita dal monarca con coloro che siedono nelle assemblee rappresentative per ceto o censo.

costituzione positivista, decisionista, normativista

- **Positivista:**

è pur sempre atto di volontà, ma non del un potere costituente. È tipica dello Stato liberale ottocentesco. È posta dalla volontà dello Stato, già esistente e costituito. È sempre atto normativo, sovraordinato agli altri, ecc. ma si guarda solo al testo della costituzione formale.

- **Decisionista (Schmitt):**

Decisione fondamentale del potere costituente che viene formalizzata in un testo. È la suprema decisione sulla forma del potere espresso dal titolare del potere stesso, che altri non è che il soggetto politico che è riuscito conseguire l'unità politica e prevalere su eventuali concorrenti.

- **Normativista (Kelsen):**

Norma fondamentale è il fondamento di validità della costituzione: la norma impegna tutti a riconoscere come vincolante un certo ordine giuridico perché posto da una costituzione della quale si riconosce la validità. Dalla vincolatività della norma fondamentale discende, secondo un percorso logico-giuridico, la validità di tutti gli altri atti che compongono l'ordinamento, compresa la stessa costituzione.

Concezione materiale

Insufficienza del dato formale a comprendere l'assetto complessivo della società. Guarda all'assetto complessivo della società e alla sua costituzione reale. Nel caso di antinomia, prevale la costituzione reale.

1) **costituzione bilancio** del diritto sovietico. Riflette la 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.

2) **costituzione in senso materiale di Mortati**: ruolo determinante delle forze politiche che fissano i principi organizzativi e funzionali essenziali per la vita di un ordinamento. Si giuridicizza la volontà delle forze politiche dalle quali dipende la validità dell'ordinamento costituzionale.

Tavola dei valori

- Reazione a fascismo, nazismo e comunismo: hanno disconosciuto i valori e le esigenze fondamentali dell'individuo, hanno fatto coincidere forza statale e diritto, hanno ridotto il diritto a mero involucro formale.
- La costituzione come tavola dei valori ricolloca al centro la persona umana, la sua dignità, i suoi diritti. Tiene in considerazione valori che trascendono il diritto positivo, lo stato e la sua costituzione: sono presupposti dalla costituzione, legittimano lo stato.
- I valori etici non rimangono confinati al piano del diritto naturale, ma vengono positivizzati, diventano diritto: Italia (1946), Germania (1949), Portogallo (1976), Spagna (1978).

Come classificare le costituzioni

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

Costituzioni: studio per cicli ...

- I cicli costituzionali classificano le costituzioni per **periodi storici**. In quella cornice temporale dette costituzioni sono riportabili a modelli esemplari. Le costituzioni di ciascun ciclo condividono fini e valori comuni.
- **rivoluzionarie settecentesche**: USA (dichiarazione di indipendenza del 1776, costituzioni statali, costituzione federale del 1787); Francia (Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino 1789, Costituzioni del 1791, 1793, 1795; Italia (Costituzioni ligure, cispadana e cisalpina del 1797; romana del 1798 e partenopea del 1799).
- **napoleoniche**: costituzioni francesi del 1799, 1802, 1804; costituzioni ligure del 1802, di Lucca del 1805.
- **Restaurazione**: non ripristinano ovunque l'assolutismo, ma sperimentano la monarchia limitata (Svezia 1809, Francia 1814).
- **Liberali**: fondano la legittimazione di tutti gli organi nella volontà della Nazione (Francia 1830, Belgio 1831, Piemonte 1848, Prussia 1850, Giappone 1889).
- **Parlamentarismo razionalizzato** (fine del primo e poi del secondo conflitto mondiale): forma repubblicana, diritti sociali, tentativo di disciplinare compiutamente le relazioni fiduciarie tra legislativo ed esecutivo (Weimar 1919, Cecoslovacchia 1920; Spagna 1931) e poi anche istituti democratici, autonomie territoriali, controllo di costituzionalità (Italia 1948, Germania 1949, Giappone 1946, Danimarca 1953, Grecia 1975, Portogallo 1976, Spagna 1978).
- **Costituzional-democratiche**.

... e per modelli

- USA (forma di governo presidenziale, stato federale, controllo di costituzionalità);
- Francia (dal 1789 al 1958)
- Costituzioni Francese (1830) e Belga (1831)
- Costituzioni razionalizzate
- Costituzione consuetudinaria inglese
- Sovietiche
- Autoritarie
- Islamiche

Caratteristiche

- Storiche
- Scritte/consuetudinarie
- Provvisorie
- Lunghe/brevi
- Flessibili/rigide
- Unitestuali/pluritestuali

La formazione delle costituzioni

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

Costituzioni storiche

(nella prospettiva del costituzionalismo)

- Inghilterra (poi Regno Unito)
- Ruolo e caratteri della *common law*
- Elaborazione di limiti al potere regio: anch'esso subordinato a *common law*
- Vi concorre l'“emancipazione” delle Corti e del *common law*
- *Rule of law*
- Stratificazione normativa
- Affermazione della *parliamentary sovereignty*

In base al potere

- Costituzioni popolari
- Concesse
- Pattizie
- Plebiscitarie
- Esterne
- Accordi internazionali
- condizionate

In base al procedimento

- Procedimenti esterni (sconfitta bellica o indipendenza);
- Procedimenti internazionalmente guidati;
- Procedimenti interni;
- Procedimenti monarchici;
- Procedimenti democratici;
- Federativi
- Autoritari;

In base alle fonti

- Consuetudinarie;
- Convenzionali;
- Giurisprudenziali;
- Religiose;
- Internazionali;
- Politiche

Per potere

- popolari (potere costituente esercitato dal popolo)
- concesse (ottriate): una autolimitazione del sovrano. Statuto Albertino 1848, Monaco 1911 e 1962, Swaziland 2003.
- Pattizie: accordo Re e Assemblea. Svezia 1809, Francia 1830, Prussia 1850.
- Plebiscitarie: il potere non è rappresentativo del popolo, elabora una costituzione e la sottopone alla ratifica del corpo elettorale. Francia 1802 (consolato a vita), 1851 (preventivo: richiesta delega poteri per scrivere costituzionale), Portogallo 1933, Cile 1980. RDT e Bulgaria 1968.
- Imposte: il potere costituente è esterno allo Stato che riceverà la Costituzione: Giappone 1946, Germania 1949, Albania 1998, Iraq 2005 Afghanistan 2004
- Accordi internazionali: Bosnia Erzegovina.
- Condizionate: Austria 1920 ha dovuto prendere atto dei vincoli scaturenti dal Trattato di Saint-Germain del 1919 e, dopo il secondo conflitto mondiale, dello statuto di neutralità imposto nel 1955.

Procedimenti esterni

- La 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: imposta da governo militare alleato. Introduzione democrazia parlamentare con drastica riduzione delle prerogative dell'imperatore. Elaborata dal Comandante supremo delle forze alleate e consegnato con forti pressioni al governo giapponese.
- Germania 1949: il nucleo è contenuto nella direttiva n. 1067 del 1945 elaborata dalle forze di occupazione alleate: si prevedeva un ordinamento federale con l'attribuzione alla federazione di poteri enumerati. Nel 1948-1949 su invito delle forze alleate, i presidenti dei Länder convocano un apposito consiglio parlamentare formato dai rappresentanti dei governi regionali e poi approvata dalle loro assemblee.

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) o con atti governativi (Ghana 1957).
- Canada: *Constitution Act 1867*. Ma solo nel 1982 formalmente indipendente (Canada Act 1982): dota di carta dei diritti e procedimenti di revisione costituzionale (prima una resolution del parlamento canadese).

Procedimenti internazionalmente guidati

Frutto di accordi tra stati od organizzazioni internazionali, con intervento degli organi dello stato che riceverà la costituzione:

- Namibia (1982-1990): intesa fra RSA e opposizione, con appoggio di un gruppo di contatto istituito con risoluzione ONU del 1978. I principi costituzionali accolgono quelli elaborati dall'opposizione (elezione di AC, conformità alla Dichiarazione universale del 1948). Segue l'approvazione del piano di transizione (in risoluzione ONU del 1989). Con elezione AC e supervisione ONU.
- Cambogia (1989-1993): accordi a Parigi nel 1989 tra principali gruppi politici, poi trasfusi in una risoluzione ONU del 1991. Autorità ONU transitoria e elezioni AC 1993.
- Bosnia Erzegovia (1991-1995): più complesso. Molti accordi che contengono principi, forma di stato e di governo, e poi anche federale (finali a Dayton 1995). Creazione della Federazione di BE (croato musulmana) e poi la Repubblica di BE che le raggruppa. Gli accordi sono tradotti in carte costituzionali dai mediatori internazionali. Solo la costituzione della Repubblica dei Serbi di Bosnia è approvata nel 1992 dall'assemblea legislativa di detta entità federata.
- Macedonia (2001): accordi di Ohrid tra governo e leader albanesi. Mediano UE e USA.
- Kosovo (2001-2008): ris. ONU e autorità dell'ONU a interim. Il Kosovo era però ancora provincia serba. Nel 2001 viene emanata costituzione provvisoria. Nel 2008 si dichiara unilateralmente l'indipendenza. Nel 2010 la Corte internazionale di giustizia ritiene che la dichiarazione non sia in contrasto con il diritto internazionale.
- Iraq (2004-2006): legge provvisoria (transitional administrative law) del 2004. Vera costituzione provvisoria. Poi eletta assemblea, redatta una costituzione, vagliata da ONU e poi a referendum (2005).

Procedimenti interni

Le forme variano a seconda della titolarità del potere costituente, delle modalità procedurali.

Monarchici: atto del potere costituente, giuridicamente unilaterale ma spesso politicamente determinato da pressioni esterne, che limita se stesso e fissa in testo garanzie per ceti e classi emergenti; o patto come negoziazione bilaterale tra sovrano e popolo (tramite un'assemblea). Francia 1814; Spagna 1834; Sardegna 1948; Giappone 1889; Etiopia 1931.

Democratici: sovranità del popolo che la esercita con Assemblea Costituente o per mezzo referendum.

–referendum precostituente: forma monarchia o repubblicana (Norvegia 1905, Grecia 1974, Italia 1946); separazione di uno stato (Norvegia 1905; Islanda 1944; Sudan meridionale 1911); approvazione della proposta di elezione di una assemblea costituente.

–Referendum costituente: il testo che ne esce è considerato definitivo (Irlanda 1937; Danimarca 1953; Spagna 1978; Romania 1991; Niger 2010). Di solito il testo è redatto da una assemblea o dal governo.

Federativi: volti a costituire uno stato federale. Aggregazione di precedenti entità statali indipendenti, che rinunciano alla sovranità e si assoggettano a una costituzione federale. **USA:** l'indipendenza è del luglio 1776, risoluzione del Congresso continentale del 15 maggio che raccomandava alle colonie «l'adozione di costituzioni popolari», approvazione degli Articles of Confederation (1777 e in vigore dal 1781). Il passaggio sta nella decisione di una loro revisione a Philadelphia nel 1787: resolution per convenzione per rivederli. In realtà => nuova Cost.

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).

Stati socialisti: adottata dagli organi di partito (URSS 1918, 1924; Cambogia 1976). Ove consolidato, deliberata da partito con la ratifica assembleare (URSS 1936, 1977; Cina 1982).