

## L'ECLISSI DELL'IDEA DI COSTITUZIONE NEL MEDIOEVO

La parola *constitutio* assume nel periodo imperiale il significato di atto normativo del sovrano. Nell'Alto Medioevo essa perse questo significato e venne usata solo nel linguaggio ecclesiastico. Solo a partire dal XII sec. il termine venne ripreso per designare atti del potere politico. Dall'avvento del Principato in Roma fino al XVII sec., "costituzione" ha dunque significato sempre un atto dell'autorità sovrana.

Nasce qui una duplice questione: nel periodo che va dal principato al tardo Medioevo sono soltanto mutate le concezioni costituzionali o è scomparsa l'idea stessa di costituzione?

I secoli senza costituzione sono i secoli in cui è egemone la concezione discendente del potere e della legge.

Nella concezione discendente esiste un organo supremo dal quale discendono tutti gli altri poteri: tale organo è Dio stesso.

Nella concezione ascendente il concetto perno è quello di rappresentanza, in quella discendente è quello di ufficio.

La concezione discendente può anche venire chiamata teocratica. Giustiniano segnò l'inizio della concezione teocratica.

Problema della "assoluta monarchia militare" di Cesare.

Il primo punto che possiamo fissare è dunque che la concentrazione del potere nelle mani di un unico rappresentante del corpo politico rispondeva a tre ordini fondamentali di motivi: a) alla necessità di superare la contraddizione tra una costituzione di carattere cittadino ed un dominio di dimensione mondiale; b) alla necessità di colmare il vuoto lasciato dalla crisi di quella costituzione, che si era evoluta in una aristocrazia schiavistica completamente estranea all'idea repubblicano-costituzionale della rappresentanza; c) ai bisogni di miglioramento delle condizioni materiali di vita degli strati inferiori della società.

Si diffonde in questo periodo un'immagine del mondo per cui il singolo, come spaventato, non pretende più l'orgogliosa isonomia, ma cerca essenzialmente la sua sicurezza materiale nella condizione di suddito.

I punti salienti del nuovo ordine risultano pertanto: a) la passivizzazione dei cittadini e la fine del principio di eguaglianza fra di loro; b) la instaurazione di un ordine politico la cui continuità non riposa più sul rispetto delle regole costituzionali e si risolve nella mera disponibilità del potere da parte del titolare dell'organo supremo; c) la univeralizzazione (o de-nazionalizzazione) del diritto; d) la crescente importanza del fenomeno religioso quale risorsa di integrazione sociale; e) il ruolo svolto dalla religione per legittimare la titolarità del potere rimasta priva di una base costituzionale.

L'intreccio della matrice della tradizione con quella del principio teocratico e di quello patrizio spiega la profondità dell'idea medievale della sovranità del diritto.

La rinascita della parola costituzione coincise con l'affermarsi, in Inghilterra, del diritto comune a spese del diritto romano e canonico.

Esiste una coincidenza tra il ritorno del costituzionalismo e il formarsi delle grandi monarchie nazionali, e dunque degli stati assoluti. Il nesso tra nazione e costituzione è tanto forte quanto quello tra nazione e assolutismo.

Due termini invece assolutamente contraddittori sono costituzionalismo e dispotismo. Costituzionalismo e assolutismo possono invece convivere (almeno parzialmente).

Se il ritorno dell'idea di costituzione è dovuto al formarsi della *lex terrae* come diritto comune,

il ritorno della parola che verbalizza e concettualizza quell'idea è una conseguenza della riscoperta di Aristotele, avvenuta nello scorcio del XIII secolo.

Importanza delle valutazioni politiche nell'ambito dei Grandi Concilii.

#### IL COSTITUZIONALISMO DEI MODERNI: LE ORIGINI

Secondo la definizione che siamo andati via via precisando, il termine costituzione ha un significato basilare, che designa: a) la concezione che gli appartenenti ad un gruppo sociale hanno di se stessi; b) il complesso di pretese concernenti l'organizzazione del potere politico che deriva da questa concezione.

Il costituzionalismo antico deve essere definito come l'insieme di principi volti ad affermare l'esistenza di diritti nei confronti del monarca.

In Inghilterra la Common Law ebbe una prodigiosa capacità di resistenza contro le pretese assolutistiche. In quello stesso periodo, nell'isola, si affermò il principio che la soggezione del principe alla legge dovesse essere garantita da sanzioni "interne" al diritto pubblico, e non lasciata soltanto all'esercizio del diritto di rivolta.

Duplici significati della parola potestas assoluta.

In questo periodo si afferma il principio che nessun atto illegittimo è imputabile al re, ne deve conseguire come corollario che tutti gli atti dello stato devono essere compiuti da ministri responsabili. La nuova responsabilità è agli inizi.

Fin qui le grandi innovazioni si collocano in continuità profonda (seppure innovatrice) con il costituzionalismo tardo-medievale.

Altri due mutamenti si collocano però in radicale discontinuità con la tradizione.

In primo luogo il fatto che il Re sia responsabile dinanzi al Parlamento significa che si è passati dalla concezione discendente a quella ascendente del potere.

In secondo luogo il King in Parliament pretende per sé il requisito della sovranità. Il presupposto storico principale per lo sviluppo di una concezione della sovranità è l'esistenza di una "nazione", con un organo governativo, competente a fare il vero diritto.

Pecche del costituzionalismo inglese di questo periodo. Concetto di sovranità. Il popolo grasso (whig).

Nei suoi principi originari la monarchia francese può essere considerata come temperata. Pensiero di Montesquieu. Anche in Francia vivevano dunque principi costituzionali.

Anche in Germania gli antichi principi della limitazione medievale al potere monarchico lottarono a lungo per la sopravvivenza. Georg Jellinek sottolinea come la piena affermazione del principio di sovranità risale, negli stati tedeschi, solo all'inizio del XIX secolo.

Importanza dell'Esprit de Loix. Per Montesquieu la costituzione è la situazione determinata dall'insieme delle leggi fondamentali proprie di un determinato stato in un determinato periodo storico. Queste leggi fondamentali possono essere contenute in consuetudini o in veri atti normativi. Le leggi fondamentali possono dunque anche essere prodotti "artificiali" di una specifica volontà politica.

Per Montesquieu: a) la costituzione è il modo d'essere dello stato; b) questo modo d'essere è determinato dalle leggi, e particolarmente dalle leggi fondamentali; c) se questo modo d'essere presenta particolari caratteristiche, e cioè se consiste in "una certa distribuzione dei tre poteri", si dirà che la costituzione "è libera"; d) la costituzione stabilita si pone come un vincolo nei confronti delle leggi particolari, che devono ad essa adattarsi non per motivi di legittimità, ma per motivi funzionali, di efficacia, dovendo essere coerenti con la natura di ogni governo;

e) le leggi possono però agire sulla costituzione, cioè sulle leggi fondamentali che definiscono la natura dello stato, per modificarla o addirittura per determinarla, per "provvedere" ad essa. Solo il dispotismo pare privo di una costituzione per assenza di leggi fondamentali.

Montesquieu apre la strada al costituzionalismo moderno perchè riconosce alle leggi fondamentali quel ruolo che quest'ultimo riconoscerà direttamente alla costituzione-legge. Con Montesquieu si entra dunque nel costituzionalismo moderno.

Da ricordare una frase di Thomas Paine: "Una costituzione non è l'atto di un governo, ma l'atto di un popolo che crea un governo: un governo senza costituzione è un governo senza diritto"; e conseguentemente "una costituzione è antecedente ad un governo, e il governo è solo la creatura della costituzione".

Per il costituzionalismo moderno la costituzione è dunque il frutto di una attività consapevole e puntuale del popolo, di una volontà collettiva dai contenuti liberamente e razionalmente determinati, in forza della quale essa si pone come norma anteriore, condizionante tutti i successivi atti del "governo" da essa istituito.

Per il costituzionalismo antico la costituzione è invece l'insieme delle regole tramandate, che regolano e temperano il governo, e che sono osservate come venerabili per il lungo ed ininterrotto decorrere della loro vigenza.

In questo modo si sono unificati i due concetti dell'essere e del dover essere.

Bisogna ora distinguere tra il costituzionalismo francese e quello americano. Il primo pensa che la costituzione abbia essenzialmente ad oggetto la istituzione e la disciplina dei poteri pubblici, e che sia stabilita da un soggetto collettivo - la nazione - dato per presupposto, e dunque non prodotto dalla costituzione stessa. Il secondo considera invece la costituzione come avente ad oggetto contestualmente l'organizzazione del popolo e dei pubblici poteri. Nella forma americana vi è dunque una concezione individualistica della società civile. Nascita della teoria contrattualistica.

Contratti dei Padri Pellegrini a bordo della Mayflower e Fundamental Orders of Connecticut.

È il contrattualismo di ispirazione religiosa che dà infatti una nuova giustificazione alla preminenza della costituzione come legge fondamentale: essa è fondamentale non più perchè legge immemorabile, ma "in virtù precisamente, della sua qualità di contratto". La forza superiore del contratto costituzionale rispetto alle leggi deriva dal fatto che, a differenza di queste ultime, il contratto "dev'essere concluso unanimemente, e solo unanimemente, quindi, può essere modificato.

Altro elemento confluito nel nuovo concetto di costituzione è il volontarismo e cioè la concezione secondo la quale il diritto è un prodotto della volontà umana, che può, in quanto tale, piegare a sé la realtà.

Sul piano dei precedenti storici, il volontarismo trova le sue premesse - malgrado ciò possa apparire contraddittorio - anche nel razionalismo assolutistico.

Nascita delle consolidazioni e delle concentrazioni normative nei secoli XVII e XVIII.

Importanza del Preambolo alle Leggi e Costituzioni di Sua Maestà, pubblicate da Vittorio Amedeo di Savoia nel 1723.

Jellinek ricorda che l'idea della legge fondamentale scritta, della carta costituzionale, ha acquistato per la prima volta importanza pratica nelle colonie americane, fin dal XVII sec. Queste carte gettarono le basi anche tecniche del primato della costituzione.

Concludendo:

- a) Se con la parola "costituzionalismo" indichiamo "il modo di intendere la costituzione", e se con la parola "costituzione" indichiamo quel particolare gruppo di norme che disciplinano i rapporti tra i titolari del potere politico e coloro che sono soggetti a tale potere, dobbiamo riconoscere che la contrapposizione tra costituzionalismo antico e moderno è una contrapposizione solo relativa, perchè il concetto di costituzione che in essi ricorre è per molti aspetti identico.
- b) La distinzione tra costituzionalismo antico e moderno è conseguentemente fondata sulla diversa concezione non della costituzione nel suo nucleo centrale, ma della qualità delle norme costituzionali: antiche e memorabili consuetudini, per il primo; parti di una legge voluta dal popolo in un momento preciso, con la consapevolezza di conformare l'ordinamento del "governo", per il secondo.
- c) Il costituzionalismo antico e quello moderno possono essere accomunati non solo come fenomeni conoscitivi, ma anche come fenomeni politici.
- d) Solo dove c'è costituzione in senso prescrittivo ci può essere costituzionalismo, perchè solo in questo caso c'è qualcosa da "far valere". Esiste dunque solo un concetto di costituzione (sempre e solo normativo), mentre esistono due modi fondamentali di intendere la qualità delle norme costituzionali, il modo attraverso cui vengono prodotte, gli istituti preposti alla loro garanzia, ecc.
- e) La distinzione tra costituzione in senso descrittivo e prescrittivo non può essere riproposta per farla coincidere con quella tra costituzionalismo antico e moderno.

## IL COSTITUZIONALISMO DEI MODERNI: LA DIASPORA

Ricapitolando esistono:

- A) Concezioni secondo cui la costituzione è un insieme di regole, capaci di conformare artificialmente l'ordine politico, prodotte dalla ragione e/o dalla volontà umana consapevolmente esercitate in un momento storico preciso.
- a.1) Concezioni secondo cui queste regole sono prodotte da un'attività che è in sé produttrice anche di valore: sono le concezioni della costituzione come contratto stipulato tra i cittadini.
  - a.2) Concezioni secondo cui queste regole sono prodotte da un'attività che non è necessariamente in sé produttrice anche di valore: sono le concezioni della costituzione come atto:
    - a.2.1) costituzione come atto d'esercizio di un potere da parte di un soggetto sovrano;
    - a.2.2) costituzione come decisione politica di una parte di una collettività;
    - a.2.3) costituzione come atto di riconoscimento di una autorità da parte di una collettività.
- B) Concezioni secondo cui la costituzione è un insieme di regole che riflettono un ordine obiettivo, che si presenta alla ragione e alla volontà individuale come un dato preesistente.
- b.1) Concezioni in cui questo dato è qualificato anche da un giudizio di valore:
    - b.1.1) costituzione come insieme di leggi divine;
    - b.1.2) costituzione come insieme di tradizioni;
    - b.1.3) costituzione come forma oggettiva e razionale dello stato.
  - b.2) Concezioni in cui questo dato non è qualificato da un giudizio di valore, ed è solo oggetto di descrizione:
    - b.2.1) costituzione come forma del dominio politico;
    - b.2.2) costituzione come forma politica dell'unione sociale.

Differenze tra costituzionalismo nord-americano e francese.

Importanza del pensiero di John Rawls nel suo scritto Una teoria sulla giustizia. Secondo il principio del velo d'ignoranza i principi che verranno adottati saranno i seguenti:

- 1) Primo principio (di uguale libertà): Ogni persona ha un eguale diritto al più ampio sistema di libertà fondamentali compatibilmente con un simile sistema di libertà per tutti.
- 2) Secondo principio (di differenza): Le ineguaglianze economiche e sociali devono essere:
  - a) per il più grande beneficio dei meno avvantaggiati, e
  - b) collegate a cariche e posizioni aperte a tutti in condizioni di equa eguaglianza di opportunità.

Rawls suppone a questo punto una sequenza a quattro stadi, e cioè che le parti, dalla posizione originaria, innanzi tutto passino ad una assemblea costituente, poi allo stadio della legislazione ed infine "a quello della applicazione, da parte di giudici e amministratori, delle norme ai casi particolari, e del loro rispetto, in generale, da parte dei cittadini".

Molto diversa dalla teoria di Rawls è la posizione di Robert Nozick, la cui opera maggiore, Anarchia, stato e utopia, propone una teoria della giustizia a partire da una concezione secondo cui la società è costituita solo da individui che intrattengono reciproche transazioni. Avvicinabile al contrattualismo di Nozick è quello di James Buchanan.

Il costituzionalismo europeo presenta, dalla fine del Settecento in poi, due filoni principali. Il primo è quello che deriva dalla rivoluzione francese, e che è definibile come "volontarista". Il secondo, più composito, è quello che deriva dalla restaurazione, e che rappresenta una continuazione polemica del costituzionalismo antico, in quanto cerca di riaffermare la antica concezione secondo cui la costituzione non è qualcosa di "fatto" dalla volontà consapevole e razionale degli individui.

Nel primo filone è ricompresa la teoria di Sieyès. Le correnti più moderate della restaurazione però, bisogna ricordare, accettarono l'idea che la costituzione fosse l'atto d'esercizio di un potere sovrano, ma identificarono questo potere nella restaurata sovranità del monarca. Importanza degli scritti di Carré de Malberg.

Schmitt distingue nella sua Verfassungslehre quattro concetti: uno assoluto, uno relativo, uno positivo e uno ideale di costituzione.

A) Il concetto assoluto significa "la costituzione come tutto unitario". Può essere, a sua volta, inteso in due modi diversi, a seconda che indichi l'unità dello stato concretamente esistente (politica), o quella pensata (normativa). Nel primo caso, significa "il concreto modo di esistere che è dato spontaneamente con ogni unità politica esistente". Nel secondo, "un sistema chiuso di norme".

a) Il primo di questi due significati, il concetto assoluto-concreto, viene ulteriormente specificato in tre accezioni.

1) Innanzitutto quella di costituzione intesa come la "concreta condizione generale dell'unità politica e dell'ordinamento sociale di un determinato Stato".

2) In secondo luogo "costituzione" può indicare una specie particolare di ordinamento politico e sociale, può significare la "forma di stato".

3) In terzo luogo la costituzione può essere intesa come il principio del divenire dinamico dell'unità politica, del processo di nascita e di formazione sempre nuova di questa unità.

b) Il secondo modo di intendere il concetto assoluto di costituzione è, come si è detto, quello di riferirlo non all'unità concreta dello stato, ma a quella "pensata", o "dovuta".

B) Il concetto relativo di costituzione è "la costituzione come molteplicità di singole leggi". Questo concetto è ricollegabile all'elaborazione di Kelsen.

C) Il concetto ideale di costituzione è quello che, "per motivi politici, viene utilizzato per indicare <<come vera o pura>> costituzione solo ciò che corrisponde ad un determinato ideale di costituzione".

D) Infine Schmitt giunge alla formulazione del concetto positivo di costituzione, secondo il quale essa è "la decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica". La costituzione è una decisione.

All'idea schmittiana secondo cui la costituzione è una decisione concreta effettuata da popolo inteso come unità politica presupposta si oppone la concezione kelseniana della costituzione come norma fondamentalmente presupposta.

Kelsen distingue tra costituzione in senso logico-giuridico e costituzione in senso giuridico-positivo. Quest'ultima viene poi osservata da due punti di vista diversi: da quello del suo contenuto e da quello del fondamento della sua validità. Il primo profilo porta a distinguere tra costituzione "in senso formale" e "in senso materiale"; il secondo tra costituzione "che sia storicamente la prima" e costituzioni derivanti la loro validità da quest'ultima.

La costituzione in senso giuridico-positivo esiste dunque, in ogni ordinamento, in quanto costituzione materiale. E' invece solo eventuale in quanto costituzione formale.

La costituzione che sia stata storicamente la prima è, per la scienza positivista del diritto, la "massima autorità giuridica".

Parliamo ora delle teorie che si svilupparono a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo e che ripropongono le concezioni proprie del costituzionalismo antico. Queste teorie possono essere distinte in tre gruppi, a seconda che in esse prevalga l'impostazione religiosa, della costituzione come insieme di leggi divine; o politica, della costituzione come insieme di tradizioni immemorabili; o filosofica, della costituzione come insieme di norme effettive (prevalentemente, anche se non necessariamente di origine tradizionale) che esprimono la razionalità storica obiettiva. Rifiuto della costituzione scritta.

Importanza degli scritti di Joseph De Maistre che pensava che la costituzione fosse "opera divina" e pertanto rifiutava l'idea della costituzione scritta. Questo ripudio dell'artificialità del costituzionalismo politico viene sostenuto con tre tipi di argomenti: uno epistemologico, uno teologico ed uno storico. Da ricordare il passo tratto dalle Serate di Pietroburgo.

Importanza di Edmund Burke, strenuo difensore del costituzionalismo inglese.

Con Hegel cambia tutto: nel sistema hegeliano la costituzione non è una categoria giuridica: appartiene, come del resto lo stato, di cui è il principio d'organizzazione, alla sfera dell'eticità. Importanza dello studio di Norberto Bobbio Sulla nozione della costituzione in Hegel. secondo Hegel la costituzione è "la struttura oggettiva di un organismo politico". Lo stato non è uno stato di individui ma, come per i tradizionalisti, di ceti.

Il pensiero sovietico di Costituzione parla di qualcosa "che è già stato ottenuto e conquistato". Questa concezione è stata formulata con grande chiarezza da Stalin nello scritto Sul progetto di costituzione dell'URSS.

Anche la concezione sovietica va dunque ascritta a quelle teorie ottocentesche secondo cui la

costituzione è un insieme di regole che riflettono un ordine obbiettivo. Queste teorie si rifanno sostanzialmente tutte a quella che Ferdinand Lassalle espone nelle sue famose conferenze Sulla natura delle costituzioni. Per Lassalle tutti i paesi hanno e hanno avuto una costituzione di fatto; solo gli stati moderni hanno una costituzione giuridica (poichè scritta). Per la prima volta si parla, con Lassalle, della differenza tra costituzione reale e costituzione formale. Per Lassalle "le questioni costituzionali non sono primordialmente questioni di diritto, ma questioni di forza".

Intendendo per "mondo" l'ordine politico o lo stato potremmo dire:

- a) che con il contrattualismo, l'illuminismo e il costituzionalismo rivoluzionario si è affermato il modello "moderno" dell'ordine politico come meccanismo, e cioè come oggetto artificiale;
- b) che questo modello è stato sostituito - con De Maistre, Burke, Hegel, Darwin....- da un ritorno all'antichissimo modello dell'organismo;
- c) che questo, a sua volta, è stato affiancato nel pensiero filosofico, con Nietzsche e Weber, e sostituito nelle scienze giuridiche, a partire dagli ultimi decenni dell'ottocento, da un modello caotico.

L'avvento (a fine Ottocento) del modello caotico contro quello organico segna una discontinuità molto più profonda di quella che si era verificata (all'inizio del secolo) con il ritorno del modello organico contro quello meccanico.

Procediamo con ordine.

- a) Innanzi tutto, nella seconda metà dell'Ottocento si è rovesciato il giudizio di valore sullo stato: dall'idea che rappresentasse un bene si è passati a ritenerlo un male.
- b) Lo stato non è più una organizzazione conformata dalla ragione individuale, ma una organizzazione necessaria imposta dai caratteri obbiettivi della vita sociale. Ritorno al pensiero aristotelico.
- c) Lo stato è organico perchè, obbiettivamente, non è null'altro che la continuazione della lotta di natura
- d) Ora si dovrà esaminare la seconda svolta, quella che ha generato le concezioni dello stato che sono uscite dal modello "razionale" e che hanno assunto come paradigma quello caotico.
- e) Di fronte al conflitto tra borghesia e corona, si disse che la sovranità non apparteneva nè al parlamento, nè al re, ma allo stato.
- f) Vi è, in questo periodo, la perdita dell'ancoraggio dello stato ad un ordine che si pensava oggettivo.

Mentre le teorie appartenenti alla tradizione giusnaturalistica - che pretendevano di possedere una spiegazione del rapporto che intercorre tra gli individui, la società e lo stato - danno vita a teorie contenutistiche della costituzione, le teorie "caotiche" o "a-razionali", che non si fondano su quella pretesa, danno vita a teorie formalistiche.

Secondo Max Weber la forza fisica che costituisce lo specifico mezzo dello stato non è la forza bruta, la pura violenza, ma la forza "accettata" come legittima.

Importanza, in questo ambito, della teoria istituzionale di Santi Romano.

Le concezioni della costituzione prodotte all'interno del modello caotico sono invece formali e



fondate su una concezione a-razionale dello stato perchè, per esse, la costituzione può avere qualunque contenuto, in quanto non fa che registrare la forma dell'organizzazione politica quale essa di fatto è.

Successivamente al modello caotico si è affiancato (senza però scalzarlo) un altro modello che potrebbe essere definito della costituzione come forma politica dell'unione sociale.

Teoria del decisionismo di Schmitt.

Teoria dell'integrazione di Smend. Secondo Smend lo stato è un processo. Per smend il modello di Stato integrativo è quello fascista. Smend vede la costituzione sotto il duplice aspetto della norma e della realtà.

Per chiarire i tratti fondamentali del percorso che ha portato fuori dal modello di mondo caotico rivolgiamoci ad alcune belle pagine di Hermann Heller. Il punto di partenza di Heller è una preoccupazione conoscitiva. Da ricordare la Dottrina dello Stato. Per evitare la riduzione della politica a violenza insensata occorre ricostruire la possibilità di una scienza politica capace di rivendicare a sé il pregio della verità, una scienza che funga da "base di discussione" comune. Il problema è quello di fondare la legittimità dello stato su una "legge giuridica che obbliga il nostro senso di giustizia". Heller sostiene che lo stato è legittimato nella misura in cui rappresenta l'organizzazione necessaria a garantire il diritto ad un determinato grado di sviluppo. Con diritto intendiamo qui innanzi tutto i principi etici che fondano le norme giuridiche positive...e questi principi, prosegue Heller, fondano altresì il fondamento normativo del diritto internazionale. Per Heller lo stato è il prodotto di un "agire organizzativo".

Heller propone 5 concetti di costituzione: due sociologici, due giuridico materiali (in senso stretto ed in senso ampio) e uno giuridico-formale. Heller ammette che non esistono principi teorici per determinare quale sia il contenuto fondamentale della costituzione e dunque per definire il concetto materiale di costituzione in senso stretto. E ammette, conseguentemente, che il contenuto delle carte costituzionali (moderne) è solo "tipico", nel senso che non può essere teoricamente dimostrato come necessario.

Per Heller "le costituzioni materiali in senso stretto si compongono dunque di una molteplicità di leggi costituzionali tra le quali viene indicato per il suo ruolo predominante un documento scritto come costituzione <<formale>>. Il concetto di costituzione formale, il quinto nella nostra successione, comprende il complesso delle norme giuridiche fissate per iscritto nella carta costituzionale... Nelle costituzioni scritte è chiaramente evidente la tendenza a conciliare per quanto possibile la carta costituzionale scritta con la costituzione materiale in senso stretto. In polemica con Schmitt, Heller nega che il contenuto della carta costituzionale sia tutto da relativizzare.

Nella Teoria dei diritti fondamentali di Gregorio Peces-Barba possiamo leggere che "i diritti umani sono una realtà culturale della vita sociale".

Problema di conflitto tra diritto naturale e costituzione. Critica di Dworkin. Dworkin sostiene che il positivismo giuridico fallisce completamente nello spiegare la natura della costituzione e del diritto costituzionale perchè non riesce a spiegare i caratteri specifici che hanno gli argomenti



in base ai quali si risolvono le controversie concernenti diritti fondamentali degli individui o poteri fondamentali degli organi dello stato. Dworkin ritiene che ogni sistema giuridico, necessariamente, <<vada oltre il campo delle norme determinate dalla pratica per giungere in quello di quella morale istituzionale che meglio esprima il senso e i fini delle istituzioni politiche esistenti, in quanto ogni sistema giuridico assume quella morale come direttamente rilevante per la soluzione delle controversie giuridiche>>. Teoria della morale istituzionale

Critica di MacCormick. Egli nega che la norma di riconoscimento possa essere identificata con la costituzione stessa. La norma di riconoscimento è invece una particolare consuetudine.

Alcune recenti teorie che derivano dalla concezione di Sieyes sostengono che la nazione è titolare di un diritto che è esercitato per procura dai suoi rappresentanti straordinari, titolari di un potere limitato ma non soggetto ad alcun forma: esso rimpiazza la nazione nella sua indipendenza da ogni forma costituzionale. Secondo tali teorie il popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e cambiare la sua costituzione.

Importanza dello scritto di Georges Burdeau *Une survivance: la notion de Constitution*. Nè la struttura sociale, nè il clima politico del mondo occidentale costituiscono più, per Burdeau, ambiti favorevoli alla nozione di costituzione. Sprezzatamente Burdeau considera le costituzioni del secondo dopoguerra come il frutto del <<mito della rivoluzione attraverso la legge>>, che dispensa i costituenti dalla responsabilità di realizzare essi stessi le promesse che hanno scritto sulla carta.

Il pluralismo conduce, secondo lui, alla relatività delle norme costituzionali. Secondo Burdeau le costituzioni non hanno più motivo di esistere perchè è finita la differenziazione tra governati e governanti. Teoria della <<democrazia governante>>.

Importanza in Italia la riveste Costantino Mortati il cui scritto più importante è *La costituzione materiale del 1940*. Mortati sottolinea la differenza tra le costituzioni convenzionali del secondo dopoguerra e quelle di origine contrattuale.

Passare dalla costituzione come forma della forza dominante alla costituzione come convenzione tra forze in equilibrio, significa mettere alla base dell'organizzazione statale non più la forza ma la convinzione (il passaggio dalla forza alla convenzione comporta anche quello dalla forza alla convinzione).

#### L'AMBIVALENZA DEL TERMINE COSTITUZIONE

La parola <<costituzione>> viene usata in molti e diversi significati.

Esistono, secondo Crisafulli, tre concetti fondamentali di costituzione, dal momento che con tale parola si può intendere:

- a) un insieme di regole qualificate da contrassegni formali
- b) un insieme di regole qualificate dalla funzione condizionante effettivamente svolta
- c) un insieme di dati oggettivi concernenti l'esercizio dell'autorità e lo svolgimento dei ruoli economici.

La tripartizione potrebbe allora essere ridotta ad una bipartizione così articolata:

- a) la costituzione è un insieme di regole, cioè di proposizioni costitutive di un ordine normati-

vo, di un dover essere (a1: qualificata da contrassegni formali; a2 : qualificate dalla funzione condizionante effettivamente svolta).

b) la costituzione è un insieme di regolarità, cioè di proposizioni descrittive di un ordine materiale.

Per completare questo schema si deve aggiungere una terza contrapposizione: quella tra concetto valutativo (o assiologico) e concetto non valutativo (o descrittivo).

NORMA GIURIDICA:

- a) positività
- b) coattività
- c) esteriorità
- d) generalità e astrattezza

Prescrizione generale ed astratta che identifica ed enuncia gli interessi vigenti in un gruppo sociale ed appresta le procedure per la loro tutela ed il loro concreto soddisfacimento e della quale, pertanto, deve essere garantita l'osservanza.

FONTI POSTE IN ORDINAMENTI ESTERNI A QUELLO ITALIANO E LORO EFFICACIA NELL'ORDINAMENTO INTERNO MEDIANTE:

A) PER LE NORME DI DIRITTO INTERNAZIONALE, L'ADATTAMENTO AUTOMATICO E L'ORDINE DI ESECUZIONE.

B) PER LE NORME DI ALTRI ORDINAMENTI STATALI, LA PRESUPPOSIZIONE E IL RINVIO

C) PER LE NORME COMUNITARIE, I TRATTATI ISTITUTIVI DELLE COMUNITA'

CARATTERI DEL REGOLAMENTO:

- a) portata generale
- b) obbligatorietà
- c) applicabilità diretta

LE FORME DI STATO

Stato feudale, stato assoluto, stato di polizia, stato moderno o di diritto, stato socialista, stato autoritario, stato sociale, stato del socialismo reale.

ELEMENTI COSTITUTIVI DELLO STATO

- a) originarietà
  - b) territorialità
  - c) natura dei fini
  - c) preminenza del suo apparato autoritario
- oppure
- a) territorio
  - b) popolo
  - c) sovranità

STATO APPARATO E SUA ORGANIZZAZIONE:

## A) LE FUNZIONI DELLO STATO

B) LE FORME DI GOVERNO che possono essere:

- a) parlamentari
- b) presidenziali
- c) direttoriali

## GLI ORGANI

Con riferimento alla loro struttura avremo:

- a) organi individuali e collegiali
- b) organi semplici e organi complessi

Con riferimento alle loro attribuzioni:

- a) organi esterni ed organi interni
- b) tra gli organi esterni abbiamo organi primari e organi secondari
- c) organi centrali o locali
- d) organi attivi, consultivi, di controllo (di legittimità o di merito)

## ATTI GIURIDICI

- a) atti semplici (individuali o collegiali)
- atti composti (reiterati o complessi)
- atti collettivi

LA COSTITUZIONE ITALIANA DEL 1947 E' SCRITTA, RIGIDA, VOTATA, CONVENZIONALE

IN BASE ALLA COSTITUZIONE LO STATO ITALIANO PUO' DEFINIRSI COME REPUBBLICANO, DEMOCRATICO, FONDATO SUL LAVORO, INTERVENTISTA, PARLAMENTARE, DECENTRATO, NON CONFESIONALE, APERTO ALLA COMUNITA' INTERNAZIONALE

Le DISPOSIZIONI COSTITUZIONALI possono essere:

- a) istitutive o organizzative
- b) precettive
- c) programmatiche

I casi in cui il PARLAMENTO si riunisce in seduta omne sono:

- a) elezione (art.83) e giuramento (91) del PR
- b) messa in stato d'accusa del PR (90)
- c) elezione di 1/3 del CSM (104) di 5 giudici Costituzionali (135) e compilazione dei un elenco di persone da cui sono sorteggiati i giudici aggregati (135)

L'art. 48 Cost. dispone che il voto è personale, eguale, libero e segreto.

## VERIFICA DELLE ELEZIONI

Due fasi: una necessaria (controllo di deliberazione) ed una eventuale (giudizio di contestazione)

## STATUS DI PARLAMENTARE

Si acquista con la proclamazione o la nomina e concerne:

- a) l'irresponsabilità per le opinioni espresse e i voti dati (art. 68)
- b) l'immunità penale

#### DIVIETO DI MANDATO IMPERATIVO

L'art 67 Cost. dispone che "Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione senza vincolo di mandato

Le camere sono convocate di diritto:

- a) non oltre il 20° giorno dalle elezioni (art. 61 Cost.) in una data fissata nel DPR che indice le elezioni
- b) il primo giorno non festivo di febbraio e di ottobre (art. 62)
- c) quando, poi, una Camera si riunisce in via straordinaria, è convocata di diritto anche l'altra (art. 62 comma III)

Una Camera può essere convocata in via straordinaria per iniziativa del suo Pres. o del PR o di un terzo dei suoi componenti e su mozione di aggiornamento

#### IL PROCEDIMENTO DI FORMAZIONE DELLA LEGGE ORDINARIA:

##### A) L'INIZIATIVA LEGISLATIVA

fase introduttiva

Spetta al Governo, ai membri delle Camere, dal popolo, mediante la proposta di 50000 elettori, dal CNEL, dai Consigli regionali, ai comuni che vogliano promuovere il mutamento delle circoscrizioni provinciali o l'istituzione di nuove province

##### B) L'APPROVAZIONE DELLE CAMERE

fase costitutiva

- 1) PROCEDIMENTO ORDINARIO (commissioni in sede referente)
- 2) PROCEDIMENTO DECENTRATO (commissioni in sede deliberante)
- 3) PROCEDIMENTO MISTO (commissioni in sede redigente)

Il procedimento ordinario deve sempre essere adottato (a norma dell'art. 72, comma IV, Cost.) per i disegni di legge in materia costituzionale ed elettorale e per quelli di delegazione legislativa, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali, di approvazione di bilanci e consuntivi. a questi sono da aggiungere i disegni di legge di conversione dei DL ed i disegni rinviati alle Camere dal PR

##### C) LA PROMULGAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

fase integrativa dell'efficacia

Mediante la promulgazione il Pr attesta:

- a) che la legge è stata approvata dalle due Camere
- b) dichiara la sua volontà di promulgare la legge
- c) ordina la pubblicazione della legge e vi appone la clausola esecutiva

#### STRUMENTI CON CUI LE CAMERE SVOLGONO L'ATTIVITA' DI INDIRIZZO POLITICO

##### A) MOZIONE DI FIDUCIA

L'art. 94 dice che "entro dieci giorni dalla sua formazione il Governo si presenta alle Camere per ottenere la fiducia". La mozione deve essere motivata e votata per appello nominale.

##### B) LE LEGGI DI INDIRIZZO POLITICO:

- 1) LA LEGGE DI BILANCIO E LA LEGGE FINANZIARIA

- 2) LE LEGGI DI APPROVAZIONE DEI PROGRAMMI ECONOMICI
- 3) LE LEGGI DI AUTORIZZAZIONE ALLA RATIFICA DEI TRATTATI INTERNAZIONALI (art. 80)
- 4) LE LEGGI DI CONCESSIONE DELL'AMNISTIA E DELL'INDULTO (art. 79) due terzi dei componenti
- C) LA DELIBERAZIONE DELLO STATO DI GUERRA (art. 78)
- D) LE PROCEDURE DI INDIRIZZO, DI CONTROLLO E DI INFORMAZIONE:
  - 1) LE PROCEDURE DI INDIRIZZO  
La mozione e la risoluzione che sono direttive parlamentari
  - 2) LE PROCEDURE DI CONTROLLO E DI INFORMAZIONE  
L'interrogazione, l'interpellanza, le inchieste, le udienze legislative
- E) LA MOZIONE DI SFIDUCIA (art. 94)

#### REFERENDUM ABROGATIVO

Art. 75 Cost. Non è ammesso per le leggi tributarie e di bilancio, di amnistia e indulto, di autorizzazione a ratificare trattati internazionali.

#### FORMAZIONE DEL GOVERNO

Art. 92 dice solo che "il PR nomina il Presidente del Consiglio e, su proposta di questo, i Ministri.

Il CIPE è presieduto dal Presidente del Consiglio ed è composto da 14 ministri. Consiglio superiore di difesa e il CIPA.

art. 77 DL

art 76 DLgs

I Regolamenti sono formalmente emanati dal PR. Possono essere governativi o ministeriali. I regolamenti vengono deliberati dal Consiglio dei Ministri sentito il parere del Consiglio di Stato.

I Regolamenti governativi si distinguono:

- a) regolamenti di esecuzione delle leggi e dei DLgs
- b) regolamenti di integrazione delle leggi e dei DLgs recanti norme di principio
- c) regolamenti autonomi ed indipendenti
- d) regolamenti di organizzazione
- e) regolamenti che recepiscono gli accordi sindacali
- f) regolamenti autorizzati (diff. con i regolamenti delegati)

vi sono poi anche i regolamenti attuativi delle norme comunitarie

#### RISERVA DI LEGGE

a) assoluta

b) relativa

a) semplice

b) rafforzata

Riserva di legge implicita con l'art. 72 cost.

Riserva di legge costituzionale

Il GOVERNO inoltre può dimettersi:

- a) per morte o malattia del suo Pres
- b) per l'elezione del nuovo PR
- c) elezioni generali

RESPONSABILITA' DEI MINISTRI art. 95 cost.

#### POTERE GIUDIZIARIO

3 giurisdizioni: civile, penale ed amministrativa al quale va aggiunta la giurisdizione costituzionale.

Principio della unicità della giurisdizione

Sono giudici speciali:

- a) Consiglio di Stato e tar
- b) Corte dei Conti
- c) tribunali militari
- d) corte cost.
- e) Camere

Le Camere eleggono i componenti del CSm a scrutinio segreto e a maggioranza dei 3/5 poi i 3/5 dei votanti.

#### IL PRES DELLA REPUBBLICA

a norma dell'art 83, il pres è eletto dal Parlamento in seduta comune a maggioranza di 2/3 dell'assemblea integrati con 3 delegati per ogni regione meno la Valle d'Aosta che ne ha uno.

Art 84 "l'ufficio di PR è incompatibile con qualsiasi altra carica"

#### VIZI DI ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELLE LEGGI

- a) formali
- b) materiali violazione di legge cost. e incompetenza)

Due procedimenti:

- a) in via incidentale
- b) in via d'azione (o principale)

Due leggi, la n. 1 del 1948 e la n. 87 del 1953.

Legittimati a ricorrere in via diretta innanzi alla Corte sono:

per quanto riguarda le leggi regionali:

- a) Il Pres del Consiglio
- b) il Pres della Giunta regionale
- c) nella regione trentino alto adige uno dei consigli provinciali della regione
- c) nella stessa regione la maggioranza di un gruppo linguistico nel cons reg o nel cons prov di bolzano

d) nella regione sicilia, il commissario dello stato

per quanto riguarda le leggi o gli atti aventi forza di legge dello stato:

- a) i pres delle giunte reg
- b) nella regione trentino alto adige anche il pres di una giunta prov

sentenze  
ordinanze

sentenze:  
a) di accoglimento  
b) di rigetto

sentenze interpretative:  
a) di accoglimento  
b) di rigetto

sentenze:  
a) additive  
b) riduttive

altri tipi di sentenze:  
a) sentenze sostitutive  
b) sentenze paralog legislative o sentenze delega

#### CONFLITTI DI ATTRIBUZIONI

##### A) FRA I POTERI DELLO STATO

E' necessario:

- 1) che esso sorga fra organi appartenenti a poteri diversi
- 2) che sorga fra poteri competenti a dichiarare definitivamente la volontà del potere a cui appartengono
- 3) che sorga per la delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali

##### B) FRA STATO E REGIONI E FRA REGIONI

#### EGUAGLIANZA

formale art. 3 I comma

sostanziale art. 3 II comma

Alcuni diritti soggettivi pubblici costituzionalmente garantiti non hanno ad oggetto libertà e sono:

- a) il diritto alla difesa
- b) il diritto di voto
- c) il diritto di petizione
- d) il diritto all'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive
- e) il diritto di chi è chiamato a svolgere funzioni pubbliche elettive di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il proprio posto di lavoro

Doveri costituzionali (ved. anche art. 2):

- a) dovere di fedeltà alla repubblica



- b) dovere di difendere la patria
- c) dovere di prestare il servizio militare
- d) dovere del lavoro
- e) dovere di prestazioni patrimoniali
- f) dovere di voto

#### LIBERTA' NEGATIVE

- a) personale (13)
- b) domicilio (14)
- c) libertà e segretezza della corrispondenza (15)
- d) circolazione e soggiorno (16)
- e) riunione (17)
- f) associazione (18)
- g) religione (19)
- h) manifestazione del pensiero (21) (stampa, cinema e teatro, radio e televisione)
- i) arte scienza e insegnamento (33)

#### FORMAZIONI SOCIALI

- a) la famiglia (29, 30 e 31)
- b) la scuola (33, 34)
- c) le confessioni religiose. (artt. 7 e 8)
- d) la comunità del lavoro (39, 40)
- e) i partiti politici (art. 49)
- f) le minoranze linguistiche (6)

Questi appunti sono stati inviati da utenti alla redazione del portale [www.universinet.it](http://www.universinet.it).

Se questi appunti sono tuoi e non vuoi più che siano pubblicati, oppure se hai riscontrato degli errori nei contenuti, contattaci all'indirizzo email: [problemi@universinet.it](mailto:problemi@universinet.it).

Se anche tu vuoi condividere i tuoi appunti con la community del portale, inviaceli all'indirizzo: [appunti@universinet.it](mailto:appunti@universinet.it)