

Corso di Istituzioni di diritto pubblico

a.a. 2020/21
(prof. Simone Calzolaio)

Scienze della Comunicazione
Università di Macerata



Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

- Le basi filosofiche del costituzionalismo.
 - *Costituzioni e Costituzionalismo*
 - *Costituzione*: insieme di regole fondamentali (scritte o non scritte) che danno identità a un ordinamento.
 - *Costituzionalismo*: movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaldemocratici.

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

- L'affermazione del costituzionalismo.
 - Inghilterra: “Glorious revolution” del 1688-89;
 - Stati Uniti: Dichiarazione di indipendenza delle colonie americane del 1776;
 - Francia: Rivoluzione francese del 1789 (esportato nella Europa continentale, dalle armi napoleoniche, con le costituzioni cd. “giacobine”).
 - Si possono dare “**costituzioni senza costituzionalismo**” (es.: le costituzioni ispirate al cd. “fondamentalismo islamico”) e (ordinamenti improntati al) “**costituzionalismo senza costituzione**” (è il caso eclatante dell’Inghilterra che, pur essendo la patria del costituzionalismo ... non ha una costituzione scritta).

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

- Caratteri del costituzionalismo:

1. Autonomia fra sfera politica e sfera religiosa, per cui il diritto dello Stato trova fondamento nella volontà degli stessi associati;
2. Stato e Chiesa sono separati;
3. Gli ordinamenti sono retti da una Costituzione scritta (normalmente «rigida»), frutto di una decisione sovrana del popolo (o della nazione);
4. I poteri sovrani dello Stato sono legittimati da una decisione o della nazione o del popolo (ST.ALB.: il Re «per grazia di Dio e volontà della nazione»; Cost. it. «la sovranità appartiene al popolo»);
5. Il titolo che legittima l'acquisizione di diritti e di doveri è la «cittadinanza», non l'appartenenza ad una corporazione (ancien régime) o a una classe (la classe aristocratica negli ordinamenti della restaurazione o la classe operaia nella Costituzione sovietica del 1919);

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

... segue ...

6. I «diritti dell'uomo» hanno il primato su ogni valore che li trascenda e al loro servizio è subordinato lo stesso potere pubblico;
7. La principale tecnica di adozione delle decisioni politiche è il principio di maggioranza (ad esclusione di altre tecniche: principio di unanimità, sanior pars, ecc...);
8. Lo stesso sovrano (il monarca o il popolo) è sottoposto alla legge;
9. È garantita la separazione dei poteri o comunque la loro limitazione;
10. Il potere legislativo si regge su un Parlamento elettivo almeno in una delle 2 Camere;
11. È garantita la tutela dei diritti dei cittadini, anche nei confronti del potere pubblico, ad opera di giudici inseriti in un ordine indipendente;
12. È garantito il controllo di costituzionalità delle leggi (in modo diffuso o accentrato).

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

- **Costituzionalismo giacobino e costituzionalismo anglosassone (introduzione)**
 - Si tratta dei due grandi filoni culturali del costituzionalismo. Nell'epoca contemporanea è praticamente impossibile riscontrare l'esistenza allo stato puro di ciascuno dei due filoni.
 - Il costituzionalismo anglosassone si richiama alla Rivoluzione americana (1776-1787);
 - Quello francese all'omonima rivoluzione (1789);
 - Generalizzando, il primo risulta ispirato a principi liberaldemocratici, il secondo a principi democratico-radicali (saranno analizzati di seguito).

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

Il costituzionalismo giacobino: idee forza

1. L'idea di Repubblica “una e indivisibile” (cfr. art. 5, Cost. it.);
2. Il “cittadino”, soggetto titolare di diritti uguali (espressione con cui in epoca rivoluzionaria si definisce il rivoluzionario stesso: *le citoyen*);
3. Funzione pedagogica della “politica”, in base alla quale si riconosce ai partiti la funzione di “intellettuale collettivo” (Gramsci); da cui il **ruolo della legge**; non pienamente coerente è il concetto di *volonté générale* di Rousseau (che non può essere rappresentata, “o è essa stessa, ovvero è un'altra”: sottomettersi alla volontà generale è aderire ai principi comuni che ciascun uomo porta in se stesso: la v.g. è tale per la sua qualità, non in quanto sommatoria di più volontà particolari);
4. Necessaria unità del corpo sociale e conseguente avversione per ogni forma di corpo/potere intermedio: nessuna intermediazione fra cittadino e Stato né sul piano sociale (decreto Le Chapelier 1791 che vietava le associazioni), né sul piano istituzionale (centralismo politico-amministrativo, avversione verso le forme di decentramento regionale e locale);

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

... segue ...

5. Concezione del giudice come “bouche de la loi”: applicatore e non “produttore” del diritto;
 6. Concetto di “salute pubblica”, come fattore di unità di fronte ai pericoli per la repubblica e come motivo di condizionamento e limitazione degli stessi diritti di libertà;
- Costituzionalismo giacobino e assetto istituzionale italiano: importazione attraverso il dominio napoleonico.
 - Assetto ministeriale; Province e prefetti; organizzazione dei giudici come corpo burocratico; istituto del Consiglio di Stato e della “demande en Cassation”: tutti profili ancora in corso di evoluzione (si pensi ai tentativi di decentramento regionale e locale dello Stato, ai ricorrenti dibattiti sui rapporti fra politica e corpi giudiziari).

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

Il costituzionalismo anglosassone: idee forza

1. Massima attenzione alla capacità di autoregolazione della società: valorizzazione delle comunità intermedie e favore per il pluralismo *delle* istituzioni (non solo *nelle* istituzioni);
2. Concezione delle “libertà”: intese non solo come “diritti”, ma anche come “valori” che informano l’intero ordinamento al cui servizio sono predisposti strumenti istituzionali di garanzia;
3. In tale prospettiva, la stessa forma di stato federale (il federalismo) e l’idea base di *self-government*, in quanto fattori di ripartizione orizzontale del potere, sono intesi quale strumento di tutela delle libertà e di garanzia del pluralismo;

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

... segue ...

4. La collocazione dei giudici: a differenza che nel cost. giacobino, nell'impostazione anglosassone il giudice non si limita ad applicare letteralmente il diritto, ma la sua attività (interpretativa) rientra fra le fonti di produzione del diritto (essendo dunque creativa di diritto); per questo i giudici non sono essenzialmente un corpo burocratico, ma provengono prevalentemente dagli ordini professionali e dalla società civile;
5. La legge è atto discrezionale sottoposto al controllo dei giudici: distinzione fra *jurisdictio* (governo del re sottomesso alle norme consuetudinarie) e *gubernaculum* (governo libero del re); ruolo del "judicial review" (giudice Edward Coke: Bonham's case del 1610; giudice Marshall: Marbury vs Madison del 1803);

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

... segue ...

6. Concezione della politica: se nella concezione giacobina la politica (funzione pedagogica) è l'attività attraverso cui si enuclea la sovranità popolare e si individuano interessi generali, nel costituzionalismo anglosassone è intesa come conflitto e competizione fra interessi particolari, in cui si confrontano verità parziali e interessi settoriali (*lobbies*): mentre la visione giacobina *giustifica* le oligarchie politiche e intellettuali, la visione anglosassone ha come presupposto la *competizione delle oligarchie*.
- Costituzionalismo anglosassone e assetto istituzionale italiano: importazione (corretta) del “judicial review”; controllo di ragionevolezza delle leggi.

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

(un passo indietro) La fondazione del costituzionalismo moderno:

autonomia della sfera politica e sovranità

- Macchiavelli (il Principe): **autonomia della sfera politica** dalla sfera religiosa, che si afferma mentre iniziano a disgregarsi l'autorità dell'Impero e della Chiesa, affermandosi in Europa gli Stati nazionali ed in Italia signorie e principati;
- Bodin (Le six livres de la République): **concetto di sovranità statale**, da costruire di fronte alla frantumazione che essa aveva subito ad opera dell'Impero, del Papato, dei corpi locali, feudali e municipali. In tale concezione la S. è “perpetua” (cioè non delegata dall'Imperatore e non revocabile) e “assoluta” (limitata solo dalle leggi di Dio e della Natura). Essa è riconosciuta prima al Re, poi alla Nazione.

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

La dimensione liberale del contrattualismo

- Il pensiero di Locke (rinvio)

La dimensione democratico-radical

- Il pensiero di Rousseau (le critiche di Popper e della Arendt: all'origine dei totalitarismi del novecento?)

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

Illuminismo e costituzionalismo

- Mutua alimentazione, a tratti sovrapposizione; tuttavia, necessaria distinzione (Leo Strauss) fra:
 - Illuminismo/costituzionalismo “continentale”: cerca la legittimazione delle costituzioni e del potere pubblico in un ordine trascendente – nella *ragione* – analogamente a quanto avveniva in precedenza con il riferimento all'*ordine divino*;
 - Illuminismo anglosassone: ricerca la legittimazione di cost. e potere pubbl. nello sviluppo storico, nella storia stessa, senza riferirsi a norme o valori trascendenti.

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

... anche in questo caso la ragione si trova nei diversi contesti storici:

- Mentre l'illuminismo inglese si alimentava del contributo di pensatori che già vivevano un'esperienza di progresso illuminato (la “glorious revolution” avviene alla fine del '600), l'illuminismo francese fu quasi sempre costretto a tradursi immediatamente in movimento politico dai tratti rivoluzionari, in lotta contro l'oscurantismo religioso o l'assolutismo regio.
- L'illuminismo italiano: contemperare l'amore per le innovazioni costituzionali del pensiero illuminista e rivoluzionario francese con la prudenza riformistica e con la visione evolutiva del pensiero anglosassone.
 - Alcune personalità: Mario Pagano, Gaetano Filangieri, Cesare Beccaria
 - La prima cattedra di diritto costituzionale fu istituita in Italia (2 maggio 1797), all'università di Ferrara, e tenuta da Giuseppe Compagnoni.

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

Costituzionalismo e affermazione del concetto di “nazione”

- Sviluppo del costituzionalismo e formazione degli Stati nazionali:

Concetto di “nazione”: comunità di destino legata a memorie storiche comuni e proiettata verso l'avvenire, che si sostituisce al (e vince il) particolarismo feudale e municipale e all'universalismo della Chiesa e dell'Impero;

La Nazione acquista gli stessi attributi precedentemente riconosciuti alla divinità: solo alla nazione spetta il potere costituente; la nazione è “sempre conforme alla legge, è la legge stessa” (Sieyès).

(Nel '900, come noto, tale impostazione scadrà in “ideologia nazionalista”, con le conseguenti tragedie).

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

Le due rivoluzioni e il viaggio di Tocqueville

Abbiamo già visto i caratteri delle due rivoluzioni: “anglosassone” e “francese”.

Abbiamo anche detto come ad oggi sia forte, nei paesi influenzati dal costituzionalismo franco-giacobino, la tendenza a recuperare i principi del costituzionalismo anglosassone.

Precursore di questo “movimento” è Alexis de Tocqueville, col suo celebre viaggio in America (da cui trasse il classico *La Démocratie en Amérique*):

A partire dall'esperienza americana, egli riteneva (forse sarebbe meglio dire che aveva previsto) che i principi di libertà avrebbero generato spinte per l'affermazione sempre più estesa dei principi di eguaglianza, divenendo la democrazia un traguardo inevitabile anche per l'Europa (di allora!).

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

Secondo Tocqueville, “il potere del popolo” (democrazia, appunto) è cosa diversa dalla “libertà del popolo”, potendo dunque il processo inevitabile di democratizzazione dell’Europa condurre a esiti vantaggiosi (crescita dello spirito di libertà) o funesti (crescita di nuove forme di dispotismo) – si pensi quanto ciò sia vero ed attuale in riferimento ai mezzi di comunicazione di massa!

Tocqueville è preoccupato per le possibili degenerazioni del principio di eguaglianza (principio che è un precipitato della democrazia stessa, come accennato), verso tre direttrici:

1. **Eccesso di individualismo** per cui abbattute le gerarchie, si allentano i vincoli fra gli uomini e le generazioni: “la democrazia fa dimenticare all’uomo i suoi avi, ma gli nasconde anche i suoi discendenti, lo separa dai suoi contemporanei e lo riduce di continuo verso se stesso, minacciandolo di chiuderlo infine nella solitudine del suo stesso cuore”;

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

2. **Conformismo:** poiché individui liberi ed eguali, ma insicuri e isolati, sono pronti ad aggrapparsi all'opinione pubblica ("una gigantesca pressione sullo spirito da parte dei più", che opprime le capacità critiche dei singoli) e a chiedere la protezione al potere statale;
3. **Tirannide della maggioranza:** ovvero l'espansione del potere delle maggioranze, poiché una società priva di corpi intermedi fra individuo e potere statale può finire per schiacciare l'individuo.

Gli "antidoti" di Tocqueville.

Sempre a partire dalla osservazione della società americana, Tocqueville rinviene adeguati antidoti a questi pericoli nell'**etica pubblica** e nelle **istituzioni**.

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

1. I tre valori dell'**Etica pubblica**: rispetto della propria libertà morale; la religione, l'amore ed il rispetto delle leggi ("l'idea dei diritti") alimentata dal corpo dei giureconsulti;
2. Il ruolo delle **Istituzioni** nel favorire lo spirito di libertà: potere giudiziario libero, stampa libera, libere associazioni, libertà locali.
 - In particolare Tocqueville riscontra nella realtà americana – in reazione anche al giacobinismo francese – come pluralismo sociale (libere associazioni) e pluralismo istituzionale (autonomie territoriali) fossero il miglior baluardo della libertà degli individui e potessero essere funzionali ad evitare i rischi di egualitarismo individualista e conformista che pure egli aveva denunciato.

Istituzioni di diritto pubblico

dott. Simone Calzolaio

a.a. 2020/21

Hegel e il costituzionalismo negato: lo Stato come ingresso di Dio nel mondo, ovvero lo “stato etico” come premessa logica dello stato totalitario del ‘900.

Destra hegeliana → Fascismo, Nazismo (Mussolini, voce *Fascismo* della Enciclopedia Treccani: “lo Stato è l’assoluto (...) individui e gruppi il relativo (...). Tutto nello Stato, nulla contro lo Stato o fuori dello Stato”);

Sinistra Hegeliana (Marx, Engels, Lenin) → Socialismo reale, Comunismo (Lo Stato è lo strumento con cui una classe esercita il proprio dominio su altre classi; compito del proletariato oppresso è la conquista dello Stato, per instaurarvi la propria “dittatura”; tale “dittatura” supererà gli antagonismi di classe, ponendo le condizioni per il massimo sviluppo delle libertà e delle forze produttive, progressivamente estinguendo lo Stato stesso).

Istituzioni di diritto pubblico
dott. Simone Calzolaio
a.a. 2020/21

Fine del nostro viaggio introduttivo:

Le Costituzioni dopo la tragedia. La Costituzione italiana.