

N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, 3^a ediz., UTET, Torino, 2004, pp. 226-238: **studiare pp. 226-232 (par. VII escluso).**

che ormai assume una totale autonomia. Si ripresentano, invece, negli stessi termini settecenteschi, come aspirazione di una politica degli intellettuali *au dessous de la mêlée* agli inizi del nuovo secolo, di fronte al primo conflitto mondiale. La difficoltà e soprattutto la fragilità di questa scelta, che coinvolgeva a sua volta uomini e posizioni molto differenti (da Croce in Italia a R. Rolland in Francia) è indicata ampiamente dal dibattito che seguì la pubblicazione de *La trahison des clercs* di Julien Benda (1926). Questi aveva teorizzato la necessità che l'intellettuale fosse, come già nel Settecento, un cattivo patriota. La fedeltà a questo programma e la ricostruzione di una mite *res publica* degli intellettuali che contrapponevano il loro internazionalismo ai fascismi e al nazismo, i quali invadevano progressivamente l'Europa, soprattutto dopo gli anni Trenta, coincisero con un ritorno della cultura occidentale ai valori illuministici e, se pure non riuscirono ad essere immediatamente un'alternativa vincente, costituirono comunque la prima fragile, ma significativa resistenza alla «distruzione della ragione».

BIBLIOGRAFIA. – *Sull'antichità*: H. C. BALDRY, *The Unity of Mankind in Greek Thought*, Cambridge University Press, Londra 1965; FOUGERET DE MONBRON, *Le cosmopolite ou le Citoyen du monde*, intr. e note di R. Trousson, Ducros, Bordeaux 1970; A. GRAMSCI, *Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura*, Einaudi, Torino 1953; P. HAZARD, *Cosmopolite*, in *Mélanges d'histoire littéraire et comparée offerts à F. Baldensperger*, 2 voll., I, Champion, Parigi 1930; I. LANA, *Studi sul pensiero politico classico*, Guida, Napoli 1973. *Sull'età medievale e moderna*: F. MEINECKE, *Cosmopolitismo e Stato nazionale* (1907), La Nuova Italia, Firenze 1975²; M. MUEHL, *Die antike Menschenheitsidee in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Dieterich, Lipsia 1928; R. POMEAU, *L'Europe des Lumières. Cosmopolitisme et unité européenne au XVIII^e siècle*, Stock, Parigi 1966; A. SAITTA, *Dalla «res publica christiana» agli Stati uniti d'Europa*, Ed. St. e Lett., Roma 1948; T. A. SINCLAIR, *Storia del pensiero politico greco* (1951), Laterza, Roma-Bari 1973²; M. UNTERSTEINER, *I Sofisti*, Einaudi, Torino 1949; F. VENTURI, *Les idées cosmopolites en Italie au XVIII^e siècle. Perspectives européennes du cosmopolitisme au XVIII^e siècle*, cicl. del Centre Européen Universitaire, Nancy 1957; *Universalità e differenza: cosmopolitismo e relativismo nelle relazioni tra identità sociali e culture*, a cura di G. DE FINIS, R. SCARTEZZINI, Franco Angeli, Milano 1996; D. ZOLO, *Cosmopolis: la prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milano 1995. [GIUSEPPE RICUPERATI]

Costituzionalismo.

I. COSTITUZIONE, COSTITUZIONALE, COSTITUZIONALISMO. – C. è un termine abbastanza recente nel vocabolario politico italiano, e il suo uso non è ancora del tutto consolidato. Per una prima definizione conviene partire dai significati che hanno le parole «costituzione» e «costituzionale» nell'ambito della scienza giuridica continentale (e anche inglese). Sotto l'influsso del vecchio e del nuovo «positivismo giuridico» è possibile una forma di conoscenza certa e, se non universale, almeno intersoggettiva, solo se nell'indagine si prescinde da ogni giudizio valutativo, solo se si abbandona ogni premessa giusnaturalistica o di valore, che sarebbero estranei alla scienza. Pertanto il termine «costituzione», sia nella scuola normativistica, che ha il suo massimo esponente in Hans Kelsen, sia in quella istituzionale, che in Italia ha il suo maestro in Santi Romano, ha un significato meramente descrittivo del tutto eguale a quello che ha nelle scienze naturali: questo significato scientifico è del tutto indipendente e autonomo da ogni riferimento al concreto contenuto della costituzione, che, invece, sarebbe politico e assiologico. La costituzione, infatti, è la stessa struttura di una comunità politica organizzata, quell'ordine necessario che le deriva dalla designazione di un potere sovrano e degli organi che lo esercitano. Così, dato che una costituzione è immanente a una qualsiasi società, è necessario distinguere il giudizio scientifico sui caratteri che sono propri ad ogni costituzione, nel suo aspetto formale come in quello materiale, dal giudizio ideologico su quale regime sia «costituzionale» e quale non sia. Per il giurista, tutti gli Stati – e quindi anche quelli assoluti del sec. XVII come quelli totalitari del sec. XX – hanno una loro costituzione, nella misura in cui c'è sempre, tacita od espressa, una norma base che attribuisce la potestà sovrana di imperio; che vi siano poi dei limiti a questa sovranità, o che il suo esercizio venga ripartito fra più organi, tutto questo è irrilevante: *ubi societas ibi ius*. Sarebbe, così, compito del c. descrivere particolari principi ideologici che sono alla base di ogni costituzione e della sua interna organizzazione. Tuttavia, dato che la scienza non può limitarsi ad affermare delle tautologie, per ordinare il suo materiale empirico è pur necessario procedere a delle classificazioni e a delle tipologie; si ripropone, così, il problema della distinzione fra diverse costituzioni, e, con esso, la reintroduzione di giudizi di valore che i criteri di distinzione presuppongono.

La scienza giuridica, per le sue tipologie, usa anche l'aggettivo «costituzionale», contrapponendolo a quello di «assoluto» e di «parlamentare», per di-

stinguere tre diverse forme di monarchia; esso indica un sistema di governo nel quale i ministri, pur governando in base ad uno Statuto o ad una Carta, sono responsabili solo verso la Corona, mentre verso il Parlamento hanno soltanto una responsabilità penale – non politica – per tradimento o violazione della costituzione. In altri termini «costituzionale» indica quella forma di Stato, basata sulla separazione dei poteri, nella quale il potere è quasi a mezzadria (per alcuni essa è ancora una monarchia «dualista», per altri un superamento di questa), fra il Re e il Parlamento: una forma di Stato che storicamente succede o, meglio, sostituisce la monarchia assoluta, nella quale tutto il potere è concentrato nelle mani del Re e procede o, meglio, si evolve nella monarchia o nella repubblica parlamentare, nella quale il potere è nelle mani del popolo, che elegge l'assemblea (o le assemblee) rappresentativa, la quale a sua volta nomina il governo. Anch'essa, però, riconosce una forma di divisione dei poteri, nella misura in cui il Capo dello Stato (sia un re o un presidente), pur essendo irresponsabile, conserva ancora un margine, più o meno vasto, di potere, necessario se non altro al funzionamento dei pesi e dei contrappesi fra i diversi organi costituzionali. La monarchia costituzionale è, così, quella forma di Stato che è stata instaurata in Inghilterra dopo la Gloriosa Rivoluzione del 1688-89, in Francia nell'età della Restaurazione, in Belgio con la Rivoluzione del 1830, in Italia con lo Statuto del 1848, in Germania nell'età bismarckiana, in Russia dopo la Rivoluzione del 1905. Questa nuova definizione, benché presenti indubbi vantaggi sul piano della tipologia, rischia di essere scolastica ed estrinseca, nella misura in cui, dando una definizione così ristretta al termine costituzionale, diversamente da quella così larga di costituzione, finisce per cogliere soltanto l'accidentale di questi regimi e per perderne, così, l'essenza.

Se guardiamo al significato concreto, che ebbero nell'Ottocento le parole «costituzione» e «costituzionale», ci accorgeremo che la scienza giuridica ha proceduto ad un'opera di lenta, ma inflessibile, epurazione dei valori ad esse originariamente impliciti, svuotandone, così, la portata politica per assicurarne un uso neutro d'indagine scientifica. Tuttavia, l'odierna definizione di «costituzione» è troppo larga, quella di «costituzionale» è troppo ristretta, per poter partire da esse al fine di definire il significato che ha oggi questo termine nel pensiero e nella scienza politica, o meglio in quella parte della scienza politica che si preoccupa di problemi di ingegneria costituzionale. Il c. non è, oggi, un termine neutro per un uso meramente descrittivo,

dato che nel suo significato ingloba il valore che era un tempo implicito nelle parole «costituzione» e «costituzionale» (un complesso di concezioni politiche e di valori morali), cercando di sceverare quelle che furono le soluzioni contingenti (ad es.: la monarchia costituzionale) da quelli che sono i suoi caratteri permanenti.

Si è detto, con formula assai ampia, che il c. è la tecnica della libertà: è cioè quella tecnica giuridica attraverso la quale ai cittadini viene assicurato l'esercizio dei loro diritti individuali e, nel contempo, lo Stato è posto nella condizione di non poterli violare. Se le tecniche variano secondo i tempi e le tradizioni di ciascun paese, l'ideale delle libertà del cittadino resta il fine ultimo in vista del quale queste tecniche vengono preordinate od organizzate. Fra queste tecniche ne potremo puntualizzare due. Da un lato, si è detto, il c. consiste nella divisione del potere, in modo da impedire ogni arbitrio; e, se l'avversione verso l'arbitrio resta il fine ultimo del c., tuttavia i modi di «dividere il potere» appaiono non solo storicamente diversi, ma anche seguire logiche assai lontane: abbiamo una divisione del potere orizzontale, la famosa separazione dei poteri, e una verticale, il FEDERALISMO (v.). Da un'altra parte, invece, si è affermato che il c. rappresenta il governo delle leggi e non degli uomini, della razionalità del diritto e non del mero potere; ma, anche qui, le soluzioni storiche per «limitare il potere» sono diverse. Onde, per definire questo termine, è necessario, innanzitutto, accettare il valore che è, ad esso, implicito; un valore che, con formula abbreviata, potremo indicare nella difesa dei diritti della persona, dell'individuo, del cittadino (v. DIRITTI DELL'UOMO). In secondo luogo, bisogna cogliere tipologicamente, in sede storica, le diverse soluzioni che, sul piano dei mezzi, sono state date per attuare questo fine e che sono state formalizzate attraverso concetti diversi da quello di c., come quello di separazione dei poteri, di garantismo, di Stato di diritto o *Rechtsstaat*, di *Rule of law*. Si tratta poi di vedere se il c. oggi, pur non negando queste esperienze passate, abbia un suo significato particolare e specifico.

II. SEPARAZIONE DEI POTERI E GOVERNO MISTO. – La più nota definizione di c. è quella che lo identifica con la divisione del potere o, nella sua formulazione giuridica, con la separazione dei poteri. A favore di questa identificazione c'è un precedente assai autorevole: *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789, che così larga parte avrà nelle vicende costituzionali dell'Europa ottocentesca, dettava nell'art. 16: «Ogni società nella quale non

sia assicurata la garanzia dei diritti e determinata la separazione dei poteri non ha costituzione». In armonia con questa definizione ancor oggi in sede di scienza giuridica e politica, si identifica il c. con la separazione dei poteri, col sistema dei freni e dei contrappesi, con la bilancia degli organi. Si prenda, ad es., l'opera ormai classica di Carl Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, nella quale si può leggere: «L'assolutismo, in tutte le sue forme, prevede la concentrazione dell'esercizio del potere; il c., al contrario, la ripartizione dell'esercizio del potere»; o, ancora, distesamente: «Il c., con la divisione del potere, assicura un sistema di freni efficaci all'azione del governo. Per studiarlo bisogna esaminare i metodi e le tecniche che permettono di stabilire e mantenere questi freni (al fine di assicurare) il *fair-play* e di rendere in tal modo il governo responsabile». Il c., così, per molti coincide con la separazione dei poteri: e la tentazione di accettare questa identificazione è assai forte, se non altro per il prestigio delle persone che l'hanno avvalorata: basti citare i nomi di Locke, Montesquieu, Kant.

Tuttavia il principio giuridico della separazione dei poteri, così spesso proclamato ed esaltato dalla scienza giuridica, non appena lo si approfondisca rischia di diventare un dogma ambiguo e misterioso, per un duplice ordine di ragioni: da un lato, per la diversità dei modi con cui giuridicamente si è attuata sino ad oggi l'esigenza di dividere il potere, e, dall'altro, per l'impossibilità a spiegare, in modo sufficientemente realistico, la dinamica del potere nei nostri sistemi democratico-parlamentari, partendo da questo dogma, formulato nel Settecento per regimi monarchici e quando l'aristocrazia costituiva ancora un potere politico. Non solo: questo è un dogma pericoloso, perché non ci consente di garantire con vera efficacia la libertà del cittadino.

Al principio della separazione dei poteri fanno capo essenzialmente due soluzioni che potremo meglio illustrare facendo riferimento al pensiero di Montesquieu e a quello di Kant. Montesquieu aveva iniziato il famoso capitolo dell'*Esprit des lois* (1748) sulla Costituzione inglese, separando i tre poteri: legislativo, esecutivo e giudiziario; e aveva affermato: «Tutto sarebbe perduto se un'unica persona, o un unico corpo di notabili, di nobili o di popolo, esercitasse questi tre poteri: quello di fare le leggi, quello di eseguire le risoluzioni pubbliche e quello di punire i delitti o le controversie tra i privati».

Tuttavia, dopo l'affermazione di questo principio, man mano che si addentra nell'esame della Costituzione inglese, il problema, o la soluzione, viene mutando; e nella tecnica della separazione dei pote-

ri viene introdotto un nuovo elemento: la divisione del solo potere legislativo – «quello che rappresenta la volontà generale dello Stato» – le classi o gli stati (o ceti) medievali del Regno. Infatti il Parlamento inglese risulta composto dal Re, dalla nobiltà temporale e spirituale, e dal popolo. Montesquieu, per cogliere l'effettivo equilibrio fra i diversi poteri, introduce nella sua costruzione l'ideale classico del governo misto, che gli veniva proprio dal pensiero politico inglese. E così, unendo al nuovo principio della separazione dei poteri il vecchio tema del governo misto, e cioè la divisione del potere legislativo, Montesquieu giunge a questa conclusione: «Essendo il corpo legislativo diviso in due parti, l'una terrà a freno l'altra con la reciproca facoltà di impedire. Entrambe saranno vincolate dal potere esecutivo, che lo sarà a sua volta da quello legislativo». Montesquieu, più che una netta distinzione delle funzioni dello Stato, teorizza un governo bilanciato in cui i diversi organi, in un sistema di pesi e di contrappesi, realizzano un equilibrio costituzionale capace di ostacolare l'affermarsi di un potere assoluto. Ma, se si esamina attentamente questo equilibrio, ci si accorge che è un equilibrio sociale piuttosto che un equilibrio costituzionale: infatti Montesquieu, confondendo potere in senso giuridico e potere in senso sociologico, identifica un organo dello Stato con una classe sociale o ceto. Questa più antica versione della divisione dei poteri è stata quella che ha avuto maggior fortuna in Europa, nella prima metà del sec. XIX, perché garantiva, in una fase storica di trasformazioni politiche, il mantenimento di un certo equilibrio sociale fra le classi: in altri termini, il potere era diviso fra il re, la nobiltà e la borghesia; ed era costituzionale quel regime che vedeva il loro armonico concorso nella formazione della volontà dello Stato. Inoltre, il potere legislativo era diviso, ma non limitato: poteva fare tutto quello che voleva, solo se c'era quell'armonia o quel concerto di volontà. Ad es.: lo Statuto Albertino del 1848, attraverso un'interpretazione estensiva sempre più liberale e democratica, che corrispondeva però ai mutati rapporti di forza, consentì lo spostamento dell'equilibrio costituzionale: il potere esecutivo, un tempo responsabile solo di fronte al monarca, divenne responsabile di fronte alla Camera dei Deputati.

Ci si può allora legittimamente domandare cosa sia mai rimasto della formula di Montesquieu, dopo l'avvento della democrazia, che vede ogni potere emanare dal popolo. Venuta meno l'identificazione fra organo dello Stato e classe sociale, è rimasta soltanto la concezione dell'equilibrio costituzionale, la quale impone soltanto modi diversi o com-

plesse procedure al manifestarsi della volontà della maggioranza. Ma delle semplici procedure possono soltanto frenare, non effettivamente limitare la volontà della maggioranza. La nostra Costituzione repubblicana, con lo stabilire il sistema bicamerale e con il conservare diverse prerogative al Capo dello Stato, realizza una forma di costituzione bilanciata, nel senso che la volontà della maggioranza, quale risulta dalle elezioni, risulta imbrigliata e frenata da queste complesse procedure che sole le permettono di esprimersi in comandi validi e legittimi. E si vuole una costituzione bilanciata, proprio nel timore che, concentrando tutti i poteri in una sola Assemblea, ne seguisse o il caos o la tirannica volontà di una maggioranza parlamentare.

III. SEPARAZIONE DEI POTERI: LEGGI, DECRETI, SENTENZE. – L'altra versione del principio della separazione dei poteri è quella teorizzata da Kant, quasi ripresa dalla Costituzione francese del 1791. A Kant non interessava l'empirico, complesso e macchinoso equilibrio degli organi dello Stato; nella *Metaphysik der Sitten* (1797) egli volle piuttosto cogliere nella loro particolare natura o «dignità», le diverse funzioni dello Stato: legislativo, esecutivo, giudiziario sono «condizioni essenziali della formazione dello Stato (della Costituzione), derivanti necessariamente dall'idea di esso, sono *dignità politiche*». Per Kant, questi tre poteri devono essere autonomi e indipendenti nella propria sfera – e quindi devono essere esercitati da persone distinte – e insieme coordinati in una reciproca subordinazione, «così che uno non può usurpare le funzioni dell'altro, al quale esso porge la mano, ma ha il suo proprio principio, vale a dire che esso comanda in qualità di persona particolare, pure sotto la condizione di rispettare la volontà di una persona superiore».

Ma questa versione, che separa radicalmente la funzione legislativa da quella esecutiva, fu di scarsa utilità pratica, come venne dimostrato dalle Costituzioni francesi del 1791, del 1795 e del 1848, dove l'un potere finì per distruggere l'altro; o servì soltanto, come scrive Kelsen, a «conservare al monarca, per metà esautorato dal movimento democratico, la possibilità di esercitare ancora una sua influenza nel campo dell'esecutivo», e cioè della diplomazia, delle forze armate, della burocrazia. Tuttavia, con l'avvento delle repubbliche democratiche, mentre in America la netta separazione fra esecutivo e legislativo trovò nel regime presidenziale un'applicazione del tutto originale, nei regimi parlamentari europei venne meno la distinzione delle persone che esercitano le due funzioni, nella

misura in cui il governo è composto da deputati, i quali rispondono del loro operato direttamente alla (o alle) assemblea, e solo indirettamente nelle elezioni.

Si potrebbe, però, sostenere che la distinzione fra potere esecutivo e potere legislativo non passa tanto attraverso le persone che l'una o l'altra di queste funzioni adempiono, quanto piuttosto che essa risiede nella particolare natura giuridica di queste due funzioni, le quali sarebbero radicalmente diverse. Ricollegandosi a Rousseau e a Kant, si è affermato che la distinzione fra potere legislativo e potere esecutivo coincide con quella di legge e decreto. Per Kant la legge ha un valore universale, in quanto non esprime la volontà empirica dei più, ma quella unitaria del popolo, dove «ognuno decide la stessa cosa per tutti»; il decreto, invece, è un atto particolare per casi particolari.

Se accettiamo il rigore filosofico e giuridico di questa distinzione, dobbiamo concludere che oggi si è instaurata una pericolosa confusione fra legge e decreto, dato che la distinzione non dipende più dal contenuto dell'atto, ma solo dalla sua fonte. Con una legge in senso formale, e cioè approvata dal Parlamento, si statuisce su contenuti particolari, che dovrebbero invece essere regolati da atti amministrativi: è questo il fenomeno delle leggi-singolari o leggi-provvedimento, meglio note col nome di «leggine», leggi che non sono generali e astratte, ma riguardano questo o quell'individuo, questa o quella categoria di individui facilmente individuabile. D'altro canto la legge, o la leggina, è sempre meno il risultato di un'iniziativa autonoma del Parlamento, dato che, nella maggioranza dei casi, le Assemblee rappresentative si limitano a votare i disegni di legge proposti dal governo. In sintesi, oggi si è persa la distinzione fra diritto e politica, fra il legiferare e il governare; e in effetti oggi si amministra e si governa per mezzo, e non secondo le leggi. Il Parlamento, così, non è più un organo di controllo del potere esecutivo, ma un organo di governo. La scienza giuridica, dal canto suo, sembra secondare questa tendenza: Kant aveva separato leggi, decreti, sentenze; ed era una distinzione qualitativa nella misura in cui corrispondeva alle tre diverse essenze delle funzioni dello Stato. Ma la moderna scienza giuridica, dal canto suo, sembra secondare questa tendenza quando pone una distinzione meramente quantitativa, fra leggi, decreti, sentenze: esse sono tutte norme giuridiche che si differenziano soltanto gerarchicamente nell'ambito dell'ordinamento giuridico.

Il principio della divisione dei poteri, nella versione di Montesquieu come in quella di Kant, sembra co-

sì assai poco utile per comprendere il funzionamento dei nostri sistemi parlamentari nei quali è venuta meno ogni distinzione fra esecutivo e legislativo e vi è, invece, una continuità di potere o un processo politico che ha il suo momento iniziale nelle elezioni e il suo momento terminale nell'azione del governo. Questo principio era certo più adeguato ad un sistema sociale in cui si davano due o tre poteri sociali, quello del Re, quello della nobiltà e quello del popolo, che non al nostro, basato sul governo della maggioranza. Inoltre il governo della maggioranza può tollerare complesse procedure, quali il sistema bicamerale e le prerogative del Capo dello Stato; ma queste procedure non costituiscono una vera divisione del suo potere. Infatti il partito che avrà la maggioranza nelle elezioni, avrà anche la maggioranza in entrambe le Camere e, con tutta probabilità, il Capo dello Stato uscirà dalle sue file. Insomma c'è un solo potere, il potere politico della maggioranza che governa; proprio come scrive Mirkine-Guetzévitch: «L'essenza del parlamentarismo moderno consiste nell'applicazione politica del principio maggioritario o nella sua traduzione in termine di governo. Il popolo vota, gli eletti si riuniscono, nominano e formano un governo; in tal modo il popolo *elegge*, tramite l'Assemblea, il suo governo». Ma un tale potere, anche se basato sul consenso, anche se disciplinato da complesse procedure, può sempre diventare arbitrario.

IV. IL GARANTISMO. – Al principio della separazione dei poteri, o meglio alle due versioni che di essa furono date da Montesquieu e da Kant, si ricollegarono nell'Ottocento due teorie, che spesso oggi vengono identificate col c.: alludiamo, per la Francia, al garantismo, per la Germania, allo Stato di diritto o *Rechtsstaat*.

Il garantismo, che ha il suo principale teorico in Benjamin Constant, accentua al massimo, in polemica con Rousseau e con l'interpretazione giacobina della volontà generale, l'esigenza di tutelare, sul piano costituzionale, i diritti fondamentali dell'individuo, e cioè la libertà personale, la libertà di stampa, la libertà religiosa e infine l'inviolabilità della proprietà privata. Così il problema dell'organizzazione dello Stato è finalizzato all'esigenza di garantire a tutti gli individui la libertà dal potere politico, intendendo con questo sia l'instaurazione di un metodo legale nell'esercizio del potere, sia l'affermazione di una sfera di autonomia dell'individuo, che lo Stato non può legalmente violare. Questo porta ad una reinterpretazione del concetto di sovranità, il cui contenuto nei sistemi rappresentativi, dove la sovranità del popolo è di fatto esercitata dai suoi de-

putati, può essere definito solo in modo negativo: «Sovranità», come afferma Constant nel suo *Cours de politique constitutionnelle* (1818-20), non vuol dire che il Re o il popolo possono fare qualsiasi cosa, ma che «nessun individuo, nessuna fazione, nessuna associazione particolare può arrogarsi la sovranità, se questa non le è delegata. Ma da ciò non deriva che l'universalità dei cittadini, o coloro che sono investiti della sovranità, possano disporre sovraneamente dell'esistenza degli individui».

Tuttavia questa sovranità limitata è attuata ancora sul piano giuridico con la vecchia separazione dei poteri, o con la combinazione dei diversi interessi dei depositari del potere, anche se si comincia a presentire che, quando i poteri divisi formano una coalizione, allora il dispotismo è ineluttabile. Per questo la separazione dei poteri si presenta assai più complessa: abbiamo il potere esecutivo, politicamente responsabile di fronte al Parlamento; quello legislativo, in mano a due Camere (e cioè al «potere rappresentativo durevole» del Senato e al «potere rappresentativo dell'opinione» della Camera dei deputati); quello giudiziario, di cui si tratta di rafforzare l'indipendenza con l'inamovibilità dei giudici. La novità consiste in un «potere neutro», di cui è investito il Re, che ha la sola funzione di sovrintendere affinché gli altri operino di concerto, ciascuno nel proprio particolare ambito, eliminando e risolvendo i possibili scontri e conflitti, ma senza partecipare alle loro specifiche funzioni. In più abbiamo un «potere municipale» (dei comuni e dei distretti), che non dipende dal potere centrale: in opposizione al principio della repubblica «una e indivisibile» si riafferma la tradizione federalistica, la quale vuole centri di autogoverno e, quindi, di resistenza alle ambizioni del potere centrale. A fondamento di questo complesso bilanciamento di organi-poteri, a garanzia dei diritti dell'individuo, è posta infine la libertà politica: essa deriva dalla libertà religiosa, si attua attraverso la libertà di stampa, ha il fine di sensibilizzare l'opinione pubblica e, attraverso essa, l'Assemblea la quale ne registra gli umori e insieme partecipa alla formazione della volontà dello Stato.

V. IL «RECHTSSTAAT». – L'idea di libertà politica manca invece nell'ideale tedesco di Stato di diritto: un ideale che nasce nella Prussia del Settecento a contatto di diverse esperienze culturali e politiche. Innanzi tutto, il dispotismo illuminato afferma l'impersonalità del potere: sovrano non è il Re, e non sarà neppure il popolo, ma solo e soltanto lo Stato, che li sintetizza e li supera entrambi. Tutti, dal Re al più basso funzionario, sono servitori del-

lo Stato, contro il quale i cittadini non possono opporre i propri diritti originari, proprio perché la sua sovranità non conosce limiti. D'altro canto la codificazione promossa da Federico II diffonde l'ideale della certezza della legge, proprio quando la formazione di una complessa macchina burocratica mette quotidianamente il cittadino a contatto con la pubblica amministrazione, e quindi con i suoi possibili abusi.

Secondo questa teoria, dato che lo Stato persegue i suoi fini solo nelle forme e nei limiti del diritto, esso deve garantire ai cittadini la certezza della loro libertà giuridica, una libertà pur sempre concessa dallo Stato. Pertanto lo Stato, da un lato, può interferire nei diritti soggettivi degli individui, solo se giustifica la sua azione con una legge generale; dall'altro, deve tenere rigorosamente distinte la funzione esecutiva da quella legislativa, che opera per mezzo di decreti che devono essere conformi alle leggi generali: nasce così l'esigenza di un controllo costante dell'azione dell'esecutivo, e cioè dell'amministrazione, affinché non violi le norme astratte e generali poste dal legislativo.

Il controllo dell'attività della pubblica amministrazione è sostenuto, a volte, per garantire la sottomissione di un organo dello Stato a un altro (o, in Francia, l'obbedienza dell'esecutivo al popolo sovrano), controllando appunto l'esecuzione della legge; altre volte, invece, per garantire e rendere efficaci le libertà giuridiche del cittadino. Questa diversa finalità si ripercuote sull'organo che deve esercitare il controllo: su un organo amministrativo, che dipende dal potere politico, o su un organo giudiziario, veramente indipendente nei conflitti fra lo Stato e il cittadino? Chi risolse la controversia fu Rudolf von Gneist: in *Der Rechtsstaat* (1872), pur polemizzando contro la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese, perché in esso la politica prevaleva sul diritto, affermò l'esigenza di tribunali, amministrativi sì, ma indipendenti, capaci di unire la competenza nell'affrontare i delicati e complessi problemi dell'amministrazione ad una reale libertà di giudizio. La sua opera contribuì fortemente all'evoluzione della giurisprudenza amministrativa continentale. La concezione dello Stato di diritto o della giustizia nell'amministrazione presenta ancora una grande attualità, nella misura in cui lo Stato moderno vede enormemente ampliati i propri compiti amministrativi, soprattutto nel campo economico, in conseguenza dell'esigenza sempre più diffusa di una politica sociale. A tale proposito bisogna ricordare che la teoria del *Rechtsstaat* non ha mai affermato il principio liberale che lo Stato deve limitarsi ad applicare l'ordinamento giuridico, senza fini ammini-

strativi, o soltanto tutelare i diritti degli individui. Tuttavia, nel limitare la «giustizia» al campo amministrativo, escludendo quello costituzionale, essa presenta il grave inconveniente che il potere dello Stato non conosce alcun limite, se non di carattere procedurale: i diritti degli individui, teorizzati da Georg Jellinek nel suo *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), sono solo il frutto di una autolimitazione da parte dello Stato. Più brevemente: se lo Stato di diritto è solo un modo di esercitare la forza, il diritto non costituisce un vero ed efficace limite di questa forza, ma è solo il modo del suo estrinsecarsi, per cui, e non paradossalmente, si può pervenire ad una forma di dispotismo giuridico. Infatti la concezione del *Rechtsstaat* matura nel clima del positivismo giuridico, che accompagna il suo mistico rispetto per la legge ad una concezione della legge in termini decisamente volontaristici, per cui essa è soltanto il comando del sovrano. Il diritto, così, si riduce a forza e viene tolta quella feconda antitesi, propria di tutta la storia del c., fra potere e diritti individuali. Altre culture, invece, come quella inglese, hanno sempre sottolineato nella legge anche il momento materiale, oltre quello formale, la *ratio* e non la sola *voluntas*. Inoltre, oggi, la stessa giustizia amministrativa rischia di essere aggirata dalla maggioranza parlamentare: proprio nel venir meno della distinzione fra legislazione ed esecuzione, fra leggi e decreti, si possono sempre emanare delle leggi di contenuto amministrativo, una *lex in fraudem legis* che priva il cittadino di ogni efficace tutela giuridica.

VI. IL «RULE OF LAW». — Assai diversa e del tutto singolare l'esperienza costituzionale inglese, tutta incentrata attorno al principio del *rule of law*, concetto che è assai difficile da definire come da tradurre: governo della legge o regola del diritto? L'espressione si afferma nell'Inghilterra del Seicento, ma riprende largamente motivi medievali, per affermare l'eguaglianza dei cittadini inglesi di fronte alla legge e per combattere ogni arbitrio del governo, che ledesse i loro diritti legali. Alla base del *rule of law* c'è un'esperienza culturale e politica del diritto, che è tipica dell'Inghilterra. Mentre la cultura tedesca e quella continentale erano condotte dai propri presupposti teoretici a unificare Stato e diritto (ordinamento giuridico), quella inglese ha ignorato il concetto di Stato, usando piuttosto quello di «governo» che è comprensivo delle tre classiche funzioni, o almeno dell'esecutiva e della legislativa. Dall'altro lato ha sempre affermato l'autonomia del diritto accanto o sopra il governo, o la necessità di subordinare il governo al diritto.

Questo è stato reso possibile non solo per l'indipendenza dei giudici dal potere politico, ma soprattutto per il particolare carattere del diritto inglese, il quale ancor oggi vede, accanto a norme di produzione legislativa-parlamentare, la *common law*, un diritto di cui i giudici sono conservatori e depositari: essi, infatti, continuano a giudicare o rifacendosi ai precedenti giudiziari, o interpretando le leggi del Parlamento nello spirito e secondo i principi generali del diritto immanenti nella *common law*. L'affermarsi, nel Settecento, dell'onnipotenza parlamentare ha portato a restringere la supremazia della *common law*, che, all'inizio del Seicento, consentiva ai giudici di dichiarare nulle e prive di efficacia le leggi del Parlamento, che andassero contro il diritto e la ragione. Tuttavia esso dimostra ancora una sua efficacia nell'autolimitazione che fa il Parlamento della sua onnipotenza.

E maggior teorico del *rule of law* è A. V. Dicey: in *The Law of the Constitution* (1885), polemizzando contro il diritto e i tribunali amministrativi francesi, mostra come questo principio fondamentale della Costituzione inglese implichi l'esclusione di ogni potere discrezionale o arbitrario e, per questo, l'eguaglianza dei cittadini col governo di fronte a tribunali ordinari, escludendo così drasticamente la possibilità di un diritto e di tribunali amministrativi di tipo francese. Inoltre egli fa una interessante affermazione teorica: le leggi costituzionali inglesi, quelle norme che in altri paesi sono contenute in una Costituzione scritta, non sono la fonte, ma la conseguenza dei diritti soggettivi degli individui, come vengono definiti e garantiti dalle Corti giudiziarie: la Costituzione deriva dalle norme ordinarie del paese. Tuttavia, nel Novecento, con l'estendersi delle attività economiche e sociali dei governi laburisti, ci si rese conto che il principio del *rule of law*, quale lo aveva formulato il Dicey, non era di fatto osservato, proprio perché inapplicabile a società sviluppate; e così, nonostante la sua battaglia per il *rule of law*, il Dicey contribuì a ritardare lo sviluppo di istituzioni che potessero sottoporre la macchina burocratica a un effettivo controllo.

VII. IL GOVERNO LIMITATO NELL'ANTICHITÀ E NEL MEDIOEVO. – La riduzione del c. al principio della separazione dei poteri si rivela, come si è visto, inadeguata e fuorviante: inadeguata, quando si voglia comprendere la reale dinamica politica delle nostre istituzioni parlamentari; fuorviante, allorché si cerchi nuovi principi costituzionali capaci di impedire l'arbitrio della maggioranza governativa. Infatti la separazione dei poteri è stata pensata e articolata per una società ancora aristocratica e con un re-

gime politico monarchico; oggi, invece, viviamo in società democratiche a suffragio universale, quasi sempre repubblicane o dove la monarchia non conserva più gli antichi poteri. La formazione dell'indirizzo politico dello Stato nasce non più dalla collaborazione di diversi organi istituzionali, che rappresentano i diversi interessi delle classi sociali, ma attraverso l'aggregazione della domanda politica realizzata dai partiti. Così l'attuale divisione di organi può ostacolare o rallentare la volontà di un partito forte o di una maggioranza stabile, ma è del tutto insufficiente a garantire sia i diritti delle minoranze, sia i cittadini dall'abuso di potere, nella misura in cui questi organi possono essere in mano allo stesso partito. D'altro canto l'estrema complessità della vita moderna, che richiede al governo rapidi e tempestivi interventi nell'economia e nella società, può trovare in una eccessiva divisione del potere un ostacolo all'espletamento delle sue legittime e indispensabili funzioni.

Non solo: questa riduzione del c. alla separazione dei poteri è incompleta sul piano storico, dato che coglie soltanto un aspetto del c., lo Stato misto, e ne sottolinea poi la versione più moderna, e cioè la divisione dei poteri. Ad es. i Greci, quando con Platone e con Aristotele ponevano il criterio di distinzione fra le forme rette di governo e quelle degenerate nella supremazia della legge, avanzavano un altro tema del c., che, nella storia del pensiero politico occidentale, avrà un'importanza non minore dell'ideale dello Stato misto, che risale anch'esso al mondo classico. Platone nelle *Leggi*, in polemica contro le forme degenerate di democrazia, scrive: «Secondo le leggi antiche il popolo non era il padrone, ma in un certo modo era volontariamente servo delle leggi»; e ripeteva Aristotele nella *Politica* che vi è una democrazia dove è sovrana la legge e una dove, invece, è sovrana la massa: «Questo avviene quando l'autorità suprema appartiene alle deliberazioni delle assemblee popolari, anziché alla legge. E ciò accade per opera dei demagoghi. Negli Stati democratici infatti, in cui è sovrana la legge, non vi sono demagoghi, e alle più alte cariche stanno i migliori fra i cittadini: dove invece le leggi non sono sovrane, ivi sorgono i demagoghi. Un popolo siffatto, appunto quale monarca, cerca di governare da solo, col non sottostare alla legge; e diviene dispotico: una simile democrazia corrisponde a ciò che fra le monarchie è la tirannide».

In termini moderni, per i Greci era costituzionale quella forma di governo – monarchia, aristocrazia, democrazia – in cui il potere non fosse *legibus solutus*, ma fosse invece limitato dalla legge.

Al principio del governo limitato, piuttosto che a

quello del governo misto, alla sovranità delle leggi, piuttosto che alla separazione dei poteri, si è ispirato il maggiore storico e teorico del c. europeo, l'americano Charles Howard McIlwain. In un saggio scritto l'indomani dello scoppio della seconda guerra mondiale, McIlwain, avvertendo ormai indilazionabile la scelta «tra le ordinate procedure del diritto e i sistemi fondati sulla forza, che appaiono assai più rapidi ed efficienti», così definisce il c.: «Giova insistere sul fatto che il più antico, il più persistente e più duraturo dei caratteri essenziali del vero c. resta ancora quello che era all'inizio, la limitazione del governo mercé il diritto»; o, più sinteticamente: «Ogni governo costituzionale è per definizione un governo limitato». Un'eguale osservazione possiamo leggere nelle pagine di un altro costituzionalista americano, Edward Corwin, il quale, riallacciandosi ad Aristotele, scrive: «L'antitesi tra l'impulso dell'umano governante e la razionalità della legge costituisce, in realtà, uno dei fondamenti su cui si basa la dottrina americana in materia di separazione dei poteri e, conseguentemente, l'intero sistema americano del diritto costituzionale».

Aveva certamente ragione McIlwain, quando affermava che il principio della limitazione del governo mercé il diritto era il carattere più antico e più autentico del c.; e da questa tesi egli deriva una rivalutazione del pensiero politico medievale, che a molti potrà apparire sconcertante. Scrive infatti McIlwain: «Chi tenta di riferire il termine "medievale" a qualcosa di reazionario, come certa gente senza cervello ha oggi preso l'abitudine di fare, dovrebbe prima ben meditare (i testi). L'assolutismo politico è frutto dei tempi moderni; il Medioevo non voleva saperne». Nel Medioevo, infatti, troviamo non solo le più chiare apologie del governo limitato, ma, in armonia a queste, la più esplicita rivendicazione del primato della funzione giudiziaria. Infatti la base sacrale del potere del Re consiste unicamente nel dover rendere ai sudditi «un'equa e retta giustizia», perché «il compito di giudicare appartiene a Dio, non all'uomo»; e, in tal senso, il Re, sommo giudice, era soltanto un ministro e servo di Dio. Come scriveva un vescovo del sec. IX, Giona di Orléans: «Perciò è posto su questo trono di Re, per pronunciare giudizi giusti, in modo che provveda personalmente e ricerchi con attenzione che nessuno nel giudizio si discosti dalla verità e dall'equità».

Il Re, dunque, era la fontana della giustizia, il supremo giudice del suo popolo, la persona in cui i diritti dei sudditi potevano trovare la loro naturale tutela e necessaria garanzia. Ma la coscienza di questa altissima funzione, che rende addirittura il Re vica-

rio di Dio, si accompagna alla consapevolezza della profonda differenza fra il Re e il tiranno, tra il servo di Dio e il ministro del diavolo. Basti pensare all'ampio e duraturo riconoscimento che otterrà, per tutto il Medioevo, la famosa affermazione di Isidoro di Siviglia, un vescovo vissuto tra il VI e il VII secolo: «I Re sono così chiamati dalla funzione del reggere. Infatti come il sacerdote è così chiamato dal santificare, così il Re dal reggere: ma non regge chi non corregge. Pertanto agendo rettamente conserverà il nome di Re, peccando lo perderà. Donde anche presso gli antichi c'era questo detto: "Sarai Re se ti comporterai con giustizia, altrimenti non lo sarai"». Il criterio per distinguere la correttezza del comportamento del Re era, infatti, il suo rispetto della legge. Ad es., Giovanni di Salisbury, nel sec. XII, scrive nel *Policraticus*: «Fra un tiranno e un principe c'è questa sola o meglio essenziale differenza, che questo ubbidisce alla legge, e secondo il suo comando governa il popolo, del quale si considera servitore. Infatti l'autorità del principe deriva dall'autorità del diritto; e, in verità, più del potere è importante sottomettere alle leggi il supremo potere; così che il principe non pensi che gli sia lecito ciò che si discosta dall'equità e dalla giustizia».

Taluno potrà osservare, e non senza ragione, che le affermazioni ora riportate, molto comuni e assai frequenti nella cultura medievale, appartengono tutte alla sfera teologica o morale, non a quella politica o giuridica. Infatti si tratta soprattutto di severi e autorevoli ammonimenti, rivolti dai chierici ai principi, con l'intento di ricordar loro i doveri morali e religiosi che hanno nei confronti del vero sovrano, e cioè Dio, prima ancora che nei riguardi del loro popolo. E nella storia medievale non sono infrequenti i contrasti fra i principi etici o religiosi e la realtà del potere di fatto esercitato. L'osservazione è senz'altro giusta e pertinente: tuttavia proprio questi principi etici vengono accolti in Inghilterra, sin dal sec. XIII, per descrivere sia la particolare natura del diritto inglese, così diverso da quello romano, sia per differenziare il sistema di governo britannico da quello francese. Si prenda, ad es., Henry de Bracton, un giudice della Corte del Re, che scrisse nella prima metà del sec. XIII un monumentale trattato dal titolo *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, che ben presto diventò un testo classico su cui si formeranno i legisti inglesi sino a tutto il Seicento. Ebbene Bracton afferma che «non vi è Re là dove comanda la volontà e non la legge», o che «il Re non ha altro potere sulla terra se non quello che gli conferisce il diritto», o, ancora, che «il suo è il potere del diritto, non dell'ingiustizia». Ed è interessante raffrontare questo principio, che

Bracton ha ribadito nei più disparati punti del suo trattato, con le affermazioni dei glossatori bolognesi, ben conosciute dal nostro legista inglese. Bracton aveva chiaramente affermato che «il Re è sottoposto alla legge, perché è la legge a fare il Re», mentre un secolo prima a Roncaglia l'arcivescovo di Milano rivolgendosi a Federico Barbarossa, dietro suggerimento dei maestri bolognesi, disse: «Tua voluntas ius est», la tua volontà è diritto, ponendo così l'imperatore al di sopra della legge, giusta l'affermazione del Digesto: «Ciò che piacque al principe ha vigore di legge».

Si tratta, come si vede, di due concezioni sulla natura del potere radicalmente diverse, perché l'una pone l'accento sulla legge, da cui il potere del Re è limitato, l'altra sulla volontà del Re, creatrice della legge. Sono due concezioni giuridiche dalle quali si svilupperanno due diverse forme di Stato, che oggi chiamiamo con i nomi di monarchia limitata e di monarchia assoluta. Un giurista francese, Adhémar Esmein, spiega l'affermazione dell'assolutismo nella Francia cinquecentesca proprio con la fortuna che avrà nella sua terra l'opera dei glossatori bolognesi, e del più grande di loro, Accursio, in cui è ripresa la famosa massima, tolta da Ulpiano, del principe *legibus solutus*.

Questa differenza fra la monarchia «limitata» inglese e la monarchia «assoluta» francese era già evidente all'ultimo grande costituzionalista dell'Inghilterra medievale: sir John Fortescue. Egli proveniva dallo stesso ceto di Bracton, quello dei legisti, di coloro cioè che elaborarono il sistema giuridico inglese della *common law*; e a questa conoscenza del diritto e della Costituzione inglese unì una notevole esperienza politica, per aver partecipato alla Guerra delle Due Rose, al seguito dei Lancaster, e per aver seguito Edoardo, principe di Galles, in esilio a Parigi. Tutte le opere di Fortescue battono e ribattono su una distinzione: quella fra la monarchia assoluta e la monarchia limitata, o, per usare le sue espressioni, fra il *dominium regale* e il *dominium politicum et regale*; e dietro a queste definizioni è assai facile per il lettore scoprire la Francia e l'Inghilterra. Il criterio di distinzione fra i due sistemi di governo viene così delineato in *De Laudibus Legum Angliae*: «Il primo Re – e cioè quello francese – può governare il suo popolo con quelle leggi che egli stesso fa, e quindi può imporre ai suoi sudditi, senza il loro consenso, quelle tasse e quelle altre imposizioni che egli stesso vuole. Il secondo Re – e cioè quello inglese – non può governare il suo popolo con leggi diverse da quelle a cui questo consente, e quindi non può imporre ai suoi sudditi alcuna imposizione senza il loro consenso».

Ci si può ora domandare cosa sia mai, per gli Inglesi, questa legge, così spesso invocata e proclamata, che il Re non può assolutamente mutare, pena degenerare in tiranno. Non è certo la legge nel senso moderno della parola, e cioè il comando del legislatore, proprio perché al Medioevo era in gran parte ignota la riduzione del diritto a un mero comando: infatti la legge non era creata, ma dichiarata, non era fatta, ma ricordata; e, infine, le leggi, come dichiarazioni da parte di organi *ad hoc* (il Re da solo o il Re in Parlamento), erano pochissime. Nel Medioevo la parola legge ha un significato assai più vasto: ad es., per Fortescue, rientrano nelle leggi, innanzi tutto, la legge di natura «che è la madre di tutte le leggi umane», in secondo luogo le antichissime consuetudini dell'Inghilterra, ottime perché più antiche delle leggi di Roma, e infine le leggi in senso stretto, gli Statuti approvati «con il consenso di tutto il Regno», presente nel Parlamento. Ma, se guardiamo attentamente, la vera legge è la seconda, e cioè la consuetudine, la quale nella misura in cui ha resistito per un lungo decorso di tempo, ottenendo il consenso di diverse generazioni, dimostra di essere giusta, e alla quale pertanto i diversi Statuti del Parlamento, meramente dichiarativi del diritto, si devono adeguare. Insomma il valore delle leggi consuetudinarie riposa sul fatto che, come scrisse Glanvill, un legista del sec. XII, sono i *mores a populo conservati*, i costumi conservati dal popolo; o, come ripeté più tardi Bracton, che esse sono *approbatae consensu utentium*, sono approvate dal consenso di chi le usa.

Da questa cultura politico-giuridica matura il principio del *rule of law*, del governo limitato o della supremazia del diritto, un diritto che non è l'espressione della puntuale volontà del legislatore, ma che è soprattutto consuetudine, la consuetudine dei diritti legali dei cittadini inglesi. Il tema del governo limitato, della supremazia del diritto è l'altro grande motivo della storia del c., più antico e più moderno del tema del governo misto e della separazione dei poteri: non si tratta di dividere il potere, ma di limitarlo, contrapponendo alla demonicità della politica la razionalità del diritto.

VIII. IL GOVERNO LIMITATO DEI MODERNI. – La supremazia della legge è un tema comune al governo limitato medievale e alle moderne democrazie costituzionali; tuttavia non dobbiamo perdere di vista le profonde differenze tra la vita giuridica medievale, oggi ancor viva e presente nei paesi di *common law*, e il diritto delle moderne democrazie del continente: là il diritto era una spontanea e libera espressione della società in un processo secolare, in

cui non poteva intervenire l'arbitrio creatore del legislatore; oggi il diritto è l'espressione della puntuale e consapevole volontà sovrana del popolo, resa esplicita attraverso un organo *ad hoc*, e cioè un'Assemblea rappresentativa. Ieri il diritto era parte integrante della spontanea vita sociale, oggi è uno strumento con cui lo Stato democratico interviene nella società per mantenere la pace sociale e per prevenire i bisogni futuri. Insomma, ieri il diritto era quasi un fatto naturale e spontaneo, oggi è una creazione cosciente, ieri il diritto era anche giustizia, oggi è soprattutto comando della maggioranza. Una differenza, come si vede, enorme; tuttavia il mondo moderno ha sentito il bisogno di mantenere, o di ritornare al principio medievale della supremazia della legge, reinterprelandolo in forma più adeguata alle esigenze dei nuovi tempi.

Il principio della supremazia della legge, l'affermazione che ogni potere politico deve essere legalmente limitato, è il maggior contributo del Medioevo alla storia del costituzionalismo. Tuttavia, nel Medioevo, resta ancora un mero principio, e spesso poco efficace, nella misura in cui manca un istituto legittimato a controllare, in base al diritto, l'esercizio del potere politico e a garantire ai cittadini il rispetto della legge da parte degli organi di governo. La scoperta e la concreta realizzazione di questi mezzi è propria, invece, del c. moderno: in particolare degli Inglesi in quel secolo di transizione che fu il XVII, quando le Corti giudiziarie proclamavano la superiorità delle leggi fondamentali su quelle del Parlamento, e degli Americani, alla fine del sec. XVIII, quando iniziarono la codificazione del diritto costituzionale e si diedero quella moderna forma di governo democratico, sotto il quale ancora vivono.

Sarà opportuno delineare sinteticamente i tre principali caratteri, per mezzo dei quali si è oggi realizzato il principio del governo limitato, in modo da rendere più evidente ciò che lo differenzia dall'eredità medievale. Il principio del governo limitato è attuato oggi, in primo luogo, per mezzo di una costituzione scritta, che contiene una serie di norme giuridiche fra loro organicamente collegate: esse non solo regolano il funzionamento degli organi dello Stato, ma soprattutto consacrano i diritti dei cittadini, posti come limiti del potere dello Stato. Tale costituzione trae la sua legittimità da due elementi: sia dal contenuto stesso delle sue norme, che si impongono per la loro intrinseca razionalità e giustizia, sia per la sua fonte formale, e cioè per emanare dalla diretta volontà sovrana del popolo, attraverso un'assemblea costituente e/o un referendum. Se nel Sei-Settecento, nell'età del giusnaturalismo,

era prevalente il primo elemento, oggi, con la riduzione del diritto a mero comando, è prevalente il secondo. In secondo luogo, la moderna costituzione ha un carattere rigido e inelastico, nel senso che le sue norme non possono essere né modificate, né interpretate dalla normale volontà legislativa, perché sono gerarchicamente superiori alle norme ordinarie, dato che il potere costituente è superiore al potere legislativo. Pertanto, per modificare la costituzione, è necessaria una particolare procedura, la quale richiede una maggioranza qualificata. Infine c'è un terzo carattere: questo il più importante di tutti, perché rende efficace la supremazia della legge o meglio della costituzione. Si tratta del potere giudiziario nel suo complesso, come in America, o di un organo *ad hoc*, come in Italia, insomma di una Corte giudiziaria, la quale oltre a dirimere gli eventuali conflitti fra i diversi organi dello Stato, controlla la giustizia della legge, e cioè la sua conformità alle norme fondamentali. L'esistenza di questo organo è essenziale, perché altrimenti, contro la violazione della costituzione da parte del governo-maggioranza, non ci sarebbe alcun rimedio, se non un astratto diritto alla rivoluzione o un'ipotetica possibilità di ricorrere alla forza.

Convieni sostare ancora un momento su questa nuova definizione del c., non troppo frequente nella nostra letteratura politica, che si basa sulla contrapposizione fra diritto e potere, razionalità e forza. Essa parte dalla netta distinzione fra costituzione e governo. La costituzione, proprio perché è antecedente e superiore al governo, può limitarne il potere; e, qualora venga violata, il governo diventa anticostituzionale, arbitrario, insomma illegittimo. Il concetto di governo limitato è diverso da quello di separazione dei poteri. Come si è visto, oggi il principio della separazione dei poteri si riduce a mere regole procedurali, attraverso le quali si esprime in modo legittimo il potere della maggioranza. Ma, qualora le regole vengano rispettate e ci sia concordia fra i vari organi dello Stato, la volontà della maggioranza in Parlamento è onnipotente, e non ci sono leggi che possano limitarla. Mentre lo Statuto Albertino attuava soltanto questo aspetto del c., la Carta fondamentale della nostra Repubblica realizza anche l'altro, quello del potere limitato dalla legge, nella misura in cui non stabilisce soltanto delle regole procedurali alla formazione della volontà legislativa, ma le impone anche limiti legali ben precisati nella Costituzione, e li rende efficaci attraverso un organo non politico, che ha la funzione giudiziaria di controllare se la volontà della maggioranza, quale si esprime in una legge, sia o

no conforme alla Costituzione, e, nel caso che non lo sia, di dichiarare nulla e priva di efficacia tale legge.

Così, in un sistema politico rappresentativo, che realizzi il principio del governo limitato, la funzione giudiziaria finisce per acquistare un peso assai maggiore nella realizzazione dell'equilibrio costituzionale, che non in uno fondato sulla mera separazione dei poteri. Ritorna così l'altro grande tema di Montesquieu, che si accompagna a quello della divisione del potere politico fra gli Stati del regno: e cioè l'indipendenza della magistratura che, solo nel governo limitato, può trovare una vera attuazione, proprio perché il primato del diritto, o della *iurisdictio*, sul potere impone il rafforzamento di quella funzione che ha, appunto, il compito di custodire il diritto.

Questo spostarsi dell'equilibrio costituzionale dal legislativo al giudiziario, questo nuovo rapporto fra il potere e il diritto, segna certo una rottura con la nostra tradizione politica più recente; una rottura che non è ancora pienamente chiara ed evidente alla nostra cultura politica. Questo era necessario, proprio per l'avvento della democrazia. Nel passato, infatti, si trovò una garanzia contro il potere arbitrario soprattutto nei corpi rappresentativi, che controllavano il governo. Oggi, invece, i corpi rappresentativi esercitano una funzione di controllo assai minore, proprio perché il popolo elegge attraverso i deputati il governo: le assemblee sono, così, parte integrante del governo. Per trovare una nuova garanzia contro il potere arbitrario, per tutelare i diritti dei cittadini, bisogna rivolgersi dunque alla funzione giudiziaria, sola in grado di attuare la supremazia della legge sul governo.

È proprio nella prospettiva di porre ulteriori limiti al potere di governo che la tematica costituzionalistica ha preso nuovo vigore nell'ambito del *Welfare State*, o stato assistenziale (v. STATO DEL BENESSERE). Si guarda allo Stato, che gestisce l'economia della grande famiglia pubblica: tenendo presente il rapporto fra imposte e spese, fra entrate ed uscite, si vuole una costituzione fiscale, per impedire un eccessivo prelievo pubblico sul reddito, per avere un bilancio in equilibrio, per combattere l'inflazione, una costituzione fiscale che prescriva spesso in queste materie la necessità di maggioranze qualificate.

IX. COSTITUZIONALISMO E DEMOCRAZIA POLITICA. —

A prima vista sembrerebbe che non si possa identificare il c. con la democrazia, anche se poi è difficile immaginare in concreto una democrazia non costituzionale. Il pensiero democratico, infatti, ha

avuto un solo problema essenziale: mostrare come la sovranità sia un diritto inalienabile e imprescrittibile del popolo, e, di conseguenza, ha cercato o favorito le forme di convivenza in cui al popolo non è data soltanto la mera titolarità, ma anche il concreto esercizio del potere sovrano: impossibile in un grande Stato, la democrazia diretta, vagheggiata da Rousseau, si è estrinsecata in particolari istituti, come le autonomie locali, l'iniziativa legislativa popolare e il referendum. Se i democratici hanno guardato alla fonte del potere sovrano, i costituzionalisti hanno posto l'accento piuttosto sul problema dei limiti e dei modi di esercizio di questo potere, che non possiamo aggiungere «sovrano», proprio perché una sovranità limitata è quasi una contraddizione in termini.

Così, se la democrazia è il governo della maggioranza, si potrebbe paradossalmente dire che questa forma di c. attua il governo della minoranza. Per fare una legge bastano 51 voti contro 49; e, in democrazia, la minoranza ha il dovere di inchinarsi alla volontà della maggioranza. Ma in un sistema costituzionale, in cui viga il principio del governo limitato, ci sono delle norme, appunto quelle della Costituzione, che una semplice maggioranza di 51 voti non può mutare, e ne occorrono invece 67 su 100; e in certi Stati ci sono addirittura delle norme, quelle che consacrano i diritti dell'uomo e del cittadino, che nessuna maggioranza può abrogare. Questa volta sembra che sia la volontà della maggioranza ad essere costretta ad inchinarsi alla volontà della minoranza; ma, se si tiene presente che con la Costituzione il popolo sovrano intende porre dei limiti al potere che, con le elezioni, normalmente delega ai suoi rappresentanti, si vedrà come questa sia soltanto un'apparente limitazione del principio democratico. Si tratta piuttosto di una limitazione funzionale alla stessa esistenza della democrazia, come ha rilevato Luigi Einaudi in un saggio del gennaio del 1945: «Questi freni hanno per iscopo di limitare la libertà di legiferare e di operare dei ceti politici governanti scelti dalla maggioranza degli elettori. In apparenza è violato il principio democratico che dà il potere alla maggioranza; in realtà, limitandone i poteri, i freni tutelano la maggioranza contro la tirannia di chi altrimenti agirebbe in suo nome e, così facendo, implicitamente tutelano la maggioranza».

Un'altra differenza si può cogliere movendo da un diverso punto di vista, laddove si cerchi di precisare il contenuto della parola libertà, così insistente sia nelle pagine dei costituzionalisti che in quelle dei democratici. Per i primi la parola libertà ha un significato essenzialmente giuridico; e sarebbe per-

tanto più opportuno parlare di libertà al plurale, che sono soprattutto libertà giuridicamente protette contro il potere della maggioranza. Per i democratici, invece, la libertà è, in primo luogo, un valore etico: è una libertà al singolare, che si attua soltanto attraverso lo Stato, e cioè attraverso la diretta partecipazione alla cosa pubblica. In altri termini: i costituzionalisti rivendicano per l'individuo un'ampia sfera di liceità, e conseguentemente impongono allo Stato di non impedire l'esercizio di questi diritti; i democratici, invece, vogliono la diretta partecipazione di tutta la comunità al formarsi della volontà dello Stato, in modo che questa coincida con la stessa volontà del popolo. Così, nell'ubbidire allo Stato, i cittadini ubbidiscono soltanto a se stessi: è questa la mistica della volontà generale che ci viene dalla tradizione giacobina francese.

Si tratta, dunque, di dottrine diverse, facilmente separabili su un piano meramente concettuale; ma non sono dottrine contraddittorie perché, anche se nel passato si sono dati regimi costituzionali non democratici, oggi non conosciamo altra forma possibile di democrazia se non quella costituzionale. Infatti la libertà positiva di partecipare alla formazione della volontà dello Stato, ha, come sua necessaria condizione, la libertà negativa, e cioè il non impedimento da parte dello Stato dei diritti di libertà di parola, di stampa, di associazione, di religione, ecc., perché altrimenti verrebbero meno le stesse condizioni di un'autonoma partecipazione alla formazione della volontà dello Stato, come succede nei regimi totalitari, dove i gruppi al potere organizzano dall'alto, con una lista unica, la presenza delle masse nello Stato. E ancora: la democrazia è stata definita come il governo della maggioranza; ma, se questa maggioranza avesse un potere assoluto e illimitato, essa potrebbe sovvertire le regole del gioco e distruggere così le basi stesse della democrazia; cosa sempre possibile se teniamo presente che, in un grande Stato, lo stesso istituto della rappresentanza, limitando il principio democratico, porta con sé il pericolo che la volontà della maggioranza dei deputati non coincida sempre con la volontà della maggioranza degli elettori. Pertanto, oggi, il c. non è altro che il modo concreto attraverso il quale si attua e si realizza un sistema democratico rappresentativo.

Tuttavia l'uso di questa nuova angolazione, con cui esaminare i moderni sistemi rappresentativi che attuano il principio del governo limitato, implica il ridimensionamento o l'eliminazione di due concetti chiave che ancora dominano fortemente la cultura politica europea. Alludiamo ai concetti di sovranità e di popolo, e, di conseguenza di quello di Stato,

nell'ambito dei quali il c. non può svilupparsi. Una sovranità divisa verticalmente, come nei sistemi federali, o limitata, attraverso procedure che garantiscono la supremazia della costituzione, è una contraddizione in termini, qualora definiamo la sovranità nei termini tradizionali, come *summa legibusque soluta potestas*. Infatti questa definizione ancora identifica potere e diritto o concepisce la sovranità in termini di forza, anche se di una forza che non può agire se non in modo giuridico. Anche il concetto di popolo, proprio di gran parte della tradizione democratica, si rivela un'astrazione fuorviante, dato che di fatto la volontà del popolo si esprime attraverso i PARTITI (v.), i quali appunto hanno funzione di aggregare e di trasmettere la domanda politica e di tradurla in un indirizzo politico. Pertanto in un sistema rappresentativo avremo un complesso processo di formazione di volontà politica, che parte dai cittadini e che attraverso i partiti e le assemblee culmina nell'azione di governo, limitata dalla legge costituzionale. Risulta, così, più corretto e utile definire questi sistemi politici, come sistemi costituzional-pluralistici.

[NICOLA MATTEUCCI]

BIBLIOGRAFIA. — H. ARENDT, *Sulla rivoluzione* (1963), Comunità, Milano 1983; F. BATTAGLIA, *Le Carte dei diritti*, ediz. aggiornata da A. BARBERA, N. MATTEUCCI, Laruffa, Reggio Calabria 1998; O. BRUNNER, *Per una nuova storia costituzionale e sociale* (1968), Vita e Pensiero, Milano 1970; J. M. BUCHANAN, R. E. WAGNER, *Democracy in deficit*, Academic Press, New York 1977; ID., *Freedome in Constitutional Contract*, Texas University Press, College Station 1977; P. COLOMBO, *Governo e costituzione durante la Rivoluzione francese*, Giuffrè, Milano 1993; E. S. CORWIN, *L'idea di «legge superiore» e il diritto costituzionale americano* (1928-1929), Neri Pozza, Venezia s.d.; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Giuffrè, Milano 1979; C. J. FRIEDRICH, *Governo costituzionale e democrazia* (1937), Neri Pozza, Venezia s.d.; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia (1848-1948)*, Laterza, Roma-Bari 1989; F. A. VON HAYEK, *La società libera* (1960), Vallecchi, Firenze 1969; F. A. HERMENS, *La democrazia rappresentativa* (1958), Vallecchi, Firenze 1968; K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, University of Chicago Press, Chicago 1965; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà - Storia del costituzionalismo moderno*, UTET, Torino 1976; ID., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Il Mulino, Bologna 1993²; C. H. MCILWAIN, *Constitutionalism and the Changing*

World, Cambridge University Press, Londra 1939; ID., *Costituzionalismo antico e moderno* (1940), Neri Pozza, Venezia 1956; P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Il Mulino, Bologna 1992; C. SCHMITT, *Il custode della costituzione* (1931), Giuffrè, Milano 1981; P. L. VERDU, *La lucha por el Estado de derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bologna 1975; M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford University Press, Londra 1967; K. C. WHEARE, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, Londra 1951; F. D. WORMUTH, *The Origins of Modern Constitutionalism*, Harper, New York 1949.

Costituzione.

I. I PRESUPPOSTI DELLE COSTITUZIONI CONTEMPORANEE. – Ogni ordinamento statale ha sempre avuto un proprio complesso di principi organizzativi che lo caratterizza e lo distingue da altri, ma soltanto in tempi relativamente recenti si è diffusa e consolidata la convinzione che questi principi debbano essere tendenzialmente concentrati in un documento formale definito c. Le prime c. sono state introdotte nel quadro di un processo di limitazione e frammentazione del potere assoluto quale si era affermato nelle monarchie europee. Per questo ancora oggi il concetto stesso di c. è spesso considerato coincidente con quello di potere politico ripartito fra più organi costituzionali in modo da riconoscere ai cittadini, oltre che una serie di diritti fondamentali, idonee garanzie da abusi operati dai titolari degli organi del potere politico.

Nel corso del Novecento a questa concezione della c. come garanzia delle libertà fondamentali non è stata data particolare importanza nell'esperienza costituzionale di numerosi paesi, quali quelli a regime comunista, nazifascista e quelli di recente indipendenza, i quali pur non rinnegandola apertamente l'hanno profondamente corretta introducendo il principio che detta garanzia fosse assicurata solo a chi condivideva l'ideologia professata dai capi e dalle forze politiche al potere. Sullo scorcio del secolo scorso, tuttavia, e agli inizi di quello attuale, a seguito dei grandi mutamenti intervenuti nel mondo ex comunista e in parte anche in quello dei paesi neoindipendenti, è tornata largamente a imporsi la concezione garantista delle costituzioni. L'esperienza costituzionale del Novecento ha d'altra canto fortemente sottolineato il ruolo di altre funzioni della c., tutte già presenti anche nelle c. liberali. Una è la funzione propriamente «costitutiva» del documento costituzionale: la c. attesta nella comunità internazionale il sorgere di un nuovo componente che

si afferma come soggetto di pieno diritto della medesima. Ciò spiega come dopo l'indipendenza tutti i nuovi Stati si affrettino a presentarsi in modo formalmente ineccepibile sulla scena internazionale in quanto dotati di una propria c. Intimamente connessa alla funzione costitutiva vi è quella di *stabilizzazione e razionalizzazione* di un determinato assetto del potere. La c. è un punto fermo, una base coerente e razionale per i titolari del potere politico che mirano per suo tramite a dare stabilità e continuità alla loro concezione della vita associata.

Contestualmente alla c. vengono allora poste molteplici garanzie a difesa dell'ideologia dominante e degli istituti costituzionali fondamentali, tramite diverse modalità, che vanno dal divieto di revisione costituzionale, alle garanzie offerte da sanzioni penali, a un sistema organico di controlli giurisdizionali, alla organizzazione dell'amministrazione militare e civile.

Accanto alla funzione costitutiva legittimante un nuovo Stato, la c. può avere la funzione più limitata di *legittimazione* di un nuovo titolare del potere politico. Ciò spiega come, specialmente negli Stati nuovi, ad ogni sovvertimento interno conseguente colpi di Stato segua l'adozione di una nuova c. che non sempre ha contenuti profondamente diversi da quella precedente che è stata abrogata.

La c. ha poi una funzione di *propaganda* e di *educazione politica*. Ciò è facilmente riscontrabile nelle c. ad alto contenuto ideologico – quali quelle francesi rivoluzionarie, quelle socialiste, quelle delle repubbliche islamiche – in cui il testo contiene non soltanto norme organizzative ma soprattutto principi di indirizzo e impulsi di attivazione delle masse.

Se quelle premesse sono le funzioni costanti cui adempiono le c., profondamente variati ne possono essere i contenuti, in quanto in concreto la concezione che sta alla base di ogni forma di Stato o regime politico finisce per influenzare in modo determinante il testo costituzionale.

II. INSUFFICIENZA DEL CONCETTO FORMALE DI COSTITUZIONE. – Secondo la dottrina giuridica per c. si intendono i *principi che stanno alla base del sistema normativo* di ogni ordinamento, con riferimento a un numero svariato di enti, quali gli Stati, le organizzazioni internazionali, la comunità internazionale. Qualsiasi ente, pubblico o privato, ha i propri principi base indispensabili, e quindi una propria c., ma soltanto gli enti cosiddetti *originari* (cioè autolegittimanti) si considerano portatori di una c. che vale ed opera anche per tutti gli enti cosiddetti *derivati* che si giustificano sulla base di questa, essendo