

CAPITOLO PRIMO
PROFILO STORICO
DEL COSTITUZIONALISMO MODERNO *

SOMMARIO: 1. Il costituzionalismo come problema storico. – 2. Il costituzionalismo degli antichi e le origini dell'idea di *costituzione mista*. – 3. Prodromi del costituzionalismo tra Medioevo ed età moderna. – 4. Le origini del costituzionalismo moderno: l'Inghilterra. – 5. La divisione dei poteri. – 6. La rivoluzione delle colonie dell'America del nord e la formazione degli Stati Uniti. – 7. Le costituzioni rivoluzionarie in Francia. – 8. L'esperienza dello stato liberale: costituzionalismo, parlamentarismo, statualismo. – 9. Costituzionalismo e democrazia. – 10. Lo stato costituzionale. – 11. Il futuro del costituzionalismo. – Nota bibliografica.

1. *Il costituzionalismo come problema storico*

Il termine costituzionalismo indica la dottrina costituzionale che fece da sfondo alle grandi rivoluzioni borghesi del XVII e del XVIII secolo e ispirò radicali trasformazioni degli ordinamenti politici in Europa e nell'America del Nord, sviluppandosi, nell'età moderna, in concomitanza con il superamento delle forme tradizionali di dominio e con l'affermazione di limiti del potere sovrano (N. Matteucci, 1997, 127 ss.; H. Hofmann, 2009, 7 ss.). Secondo la prevalente ricostruzione storica, la limitazione del potere avrebbe costituito l'obiettivo primario dell'ideologia del costituzionalismo, la quale si è sviluppata pertanto nel solco delle grandi correnti del pensiero politico e filosofico dell'età moderna (individualismo, contrattualismo, giusnaturalismo). Il distacco del costituzionalismo moderno dai remoti antecedenti nell'ordine giuridico medievale si situerebbe storicamente, pertanto, nell'epoca nella quale un insieme di congegni di limitazione del potere (diritti individuali e divisione dei poteri in particolare, ma anche, nella elaborazione statunitense, limiti del principio di maggioranza) fu posto a fondamento di una visione radicalmente nuova, e dunque intrinsecamente prescrittiva, dell'ordine politico. Di qui alcune conseguenze di rilievo. Anzitutto, la forte carica ideologica del costituzionalismo ha fatto sì che il termine sia stato esteso, in un'accezione molto ampia e comprensiva, agli esiti degli eventi che, nel corso del

* Una prima versione di questo capitolo è stata pubblicata, con il titolo "Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo", in P. Carrozza-A. Di Giovine-G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Laterza, Roma-Bari 2009, 3 ss.

XX secolo, condussero all'abbattimento di regimi autoritari e totalitari in Europa e nell'America latina ed all'instaurazione di assetti istituzionali ispirati ai principi della democrazia liberale (C.J. Friedrich, 141 ss.; A. Di Giovine, 309 ss.). In secondo luogo, il costituzionalismo è stato spesso fatto coincidere con un insieme di tecniche di garanzia e di limitazione del potere, prescindendo dalla considerazione sia dei contenuti etici che lo hanno sostanziato che degli assetti del potere politico nei quali quelle tecniche e quei congegni si impiantavano.

Questa ricostruzione richiede di essere problematizzata. È certo difficile contestare il carattere prescrittivo dell'ideologia del costituzionalismo moderno, in quanto portatrice di un progetto fondativo di un nuovo ordine politico, e che tale ideologia abbia tratto origine da un intento di contrapposizione al sistema di autorità dell'*Ancien régime*, nel quale la tensione fra l'assolutismo monarchico e la struttura particolaristica della società aveva trovato invece assestamenti gradualisti ed elementi di equilibrio nella moltiplicazione delle fonti del diritto e grazie al ruolo dei tribunali e dell'interpretazione giudiziaria. E tuttavia occorre precisare che, pur nelle sue varieguate espressioni, l'ideologia del costituzionalismo si propone di fondare gli assetti politici su nuove basi di legittimazione, connesse con la definizione di equilibri costituzionali, che dovevano fare argine all'assolutezza del potere politico, preservando ampi spazi ad una società civile costituita su basi elitarie, ma bisognosa di liberare energie soprattutto sul terreno economico. In questo senso "limitazione" e "legittimazione" del potere risultano, nell'ideologia del costituzionalismo, aspetti complementari e strettamente collegati piuttosto che contrapposti (P. Ridola, 293 ss.).

Questa precisazione consente di cogliere la direzione di senso del tentativo di ricostruire storicamente lo sviluppo del costituzionalismo in un arco temporale esteso. Da un lato, si tenterà di individuare antecedenti anche remoti dell'ideologia del costituzionalismo moderno nelle teorie della "costituzione mista" e del "governo temperato", che, fin dal mondo antico, hanno accompagnato la riflessione sull'ordine politico della società (C.H. McIlwain, 11 ss.). Dall'altro, la ricostruzione storica del costituzionalismo si spingerà fino ai giorni nostri, ad abbracciare le esperienze dello stato costituzionale, e delle sue interdipendenze dai fenomeni sempre più accentuati di comunicazione e di recezione fra esperienze costituzionali differenti.

Questa prospettiva ricostruttiva coincide solo in parte con la lettura del costituzionalismo offerta dalla cultura costituzionale statunitense a partire dagli anni Trenta del XX secolo. Essa ritenne che il fulcro del costituzionalismo sia da ravvisare nella necessità di opporre alle passioni che dominano il governo degli uomini il freno della razionalità delle leggi, e che l'esistenza di una "legge superiore" alla volontà dei governanti costituisca la ragione profonda della legittimità dell'assetto della comunità politica (E.S. Corwin, 22; P. Costa, 8 ss.). Di qui la tesi che il costituzionalismo si identifichi con la necessità di contenere l'espansione del ruolo dei pubblici poteri nella vita umana e che esso sintetizzi il paradigma della sfida ai totalitarismi, il male estremo della politica del XX secolo (G. Sartori, 16 ss.). Un approccio, quello suggerito dalla dottrina statunitense, che risente peraltro in

modo troppo marcato di una concezione razionalista della superiorità della costituzione (L. Alexander-G. Postema, 16 ss.), e non dà risalto adeguato alla circostanza che, nell'esperienza dello stato costituzionale di democrazia pluralistica, le capacità di prestazione ed il rendimento delle dottrine del costituzionalismo passano attraverso la loro coniugazione con le dinamiche del pluralismo. Nello stato costituzionale, invero, la riformulazione di motivi conduttori del costituzionalismo moderno si è sviluppata in un contesto segnato non solo dal distacco dalla concettualizzazione giuspositivistica, ma dall'abbandono delle premesse di tipo razionale sulle quali era stata costruita la supremazia della costituzione (P. Ridola, 316 ss.). Se invero le costituzioni del pluralismo hanno accolto un impianto valutativo che, sebbene racchiuso in un testo, è pienamente comprensibile solo alla luce di una concezione che non pretende di separare il diritto dai suoi fondamenti etici (G. Zagrebelsky, 30 ss.; S. Pozzolo, 5 ss.; A.A. Cervati, 47 ss.), ciò affonda radici profonde nei caratteri delle società pluralistiche, che esprimono un universo di valori composito ed articolato. Ciò ha comportato non l'eclissi, ma la riscoperta del costituzionalismo (N. Matteucci, 1997, 161 ss.), a condizione di essere consapevoli che la forza normativa delle costituzioni del pluralismo non è più fondata su basi razionali, ma sulla «concordanza pratica» fra valori e identità molteplici, e dunque assiologicamente fondata, che esse riescono ad assicurare (K. Hesse, 20 ss.).

2. Il costituzionalismo degli antichi e le origini dell'idea di costituzione mista

La riflessione sul fondamento dell'ordine politico e sui limiti del potere non fu sconosciuta nel mondo antico, nel quale lo studio dei vari modelli di organizzazione della comunità politica fu indirizzato verso la ricerca della migliore forma di governo (N. Bobbio, 1976, 9 ss.). È fondamentale, sotto questo aspetto, il contributo di Aristotele, che, nei suoi due trattati sulla *Politica* e sulla *Costituzione degli Ateniesi*, mosse dall'osservazione e dalla comparazione dei differenti assetti costituzionali della Grecia del suo tempo (ca. 500 a.C.) per giungere a teorizzare i lineamenti della migliore costituzione possibile. Prima di Aristotele, la riflessione sull'ordinamento della *polis* era stata condizionata dall'idea che l'assetto della comunità politica fosse governato dal volere degli dei e che esso fosse pertanto sottratto a quello degli uomini. L'*eunomia*, intesa come il fine fondamentale di una costituzione, era pertanto un *telos* preconstituito e predeterminato in modo eteronomo, che l'uomo era solo chiamato a realizzare. Con le riforme di Solone, e poi soprattutto con le riforme di Clistene (508-507 a.C.), l'idea di una *polis* bene ordinata viene progressivamente disancorata da un fondamento trascendente e si apre alla partecipazione attiva dei cittadini. Questo mutamento di prospettiva spiega perché appunto nel pensiero aristotelico la riflessione sulle diverse forme di organizzazione del potere si intrecci con quella sull'ordinamento più giusto ed adeguato alle esigenze della *polis*. Il significato normativo racchiuso in questa idea di costituzione non ha niente a che vedere, pertanto, con i successivi sviluppi del-

l'idea della preminenza di una costituzione scritta, elaborata compiutamente nell'epoca del giuspositivismo. La *polis*, in quanto espressione più perfezionata di aggregato sociale, deve avere – questa è la premessa basilare della riflessione aristotelica – una costituzione ben ordinata, la quale permetta al cittadino di condurre un'esistenza orientata al perseguimento della felicità.

La costituzione ideale di Aristotele deve poter sviluppare la virtù civica dei governanti e dei governati. Ma mentre Platone, nella *Repubblica*, aveva disegnato un modello di ordinamento politico rigorosamente gerarchizzato e fondato su un sistema educativo di tipo repressivo, Aristotele muove dalla premessa che la naturale inclinazione degli uomini a deviare dalla virtù debba trovare rimedio in una *politeia*, in una costituzione ideale che riesca ad ottimizzare i vantaggi delle differenti forme di governo, ponendo argine alla loro degenerazione. Ne deriva una complessa classificazione delle forme di governo e delle rispettive degenerazioni, basata da un lato sul numero dei governati e dall'altro sui caratteri dell'esercizio del potere (monarchia/tirannide, aristocrazia/oligarchia, *politia*/democrazia): una classificazione, peraltro, che non condusse Aristotele ad additare in una di queste forme, isolata nella sua purezza, la migliore costituzione. L'esperienza della guerra del Peloponneso ed i travagli politici della *polis* ateniese suggerirono piuttosto di porre l'accento sull'esigenza della stabilità della comunità politica, che Aristotele sembrò far dipendere non tanto dal numero di coloro che detengono il potere, ma dalla conservazione della stratificazione sociale del popolo. Nessuna delle forme pure di governo riesce a corrispondere adeguatamente a questa esigenza, poiché un assetto costituzionale giusto e stabile deve riuscire a contenere i conflitti sociali nell'ambito di un sistema istituzionale basato sull'equilibrio.

Il contributo fondamentale del pensiero aristotelico all'elaborazione del costituzionalismo consiste pertanto nell'aver teorizzato un modello di “costituzione mista”, che si prefiggeva l'obiettivo di bilanciare i conflitti sociali e le disuguaglianze della *polis* e di neutralizzarli politicamente attraverso il ruolo stabilizzante degli strati intermedi. La «*politia*» era concepita da Aristotele come una forma temperata di democrazia, nella quale i cittadini possedevano eguali diritti, ma possibilità differenziate di partecipazione alla vita politica ed all'esercizio del potere. Ed invero gli elementi di moderazione di questo modello ideale di costituzione mista, che alla democrazia di assemblea praticata a lungo in Atene contrapponeva l'elezione delle cariche pubbliche, provenivano dal principio aristocratico, ritenuto più idoneo alla scelta di governanti virtuosi, esperti e capaci. Sotto questo profilo, la *politeia* di Aristotele va al cuore del discorso fondativo del costituzionalismo moderno, poiché tanto la cittadinanza attiva, derivata dal principio democratico, che l'istanza di limitazione del potere, derivata da quello aristocratico, erano assunte come costitutive di un assetto ben ordinato della comunità politica.

L'idea di “costituzione mista” venne ripresa più tardi, in età romana, da Polibio, il quale, nel VI libro delle *Storie*, sospinto dall'intento di spiegare le cause dell'ascesa della Repubblica romana, elaborò una teoria delle forme di governo che traeva ispirazione dalle risorse virtuose di stabilità e di elasticità dispiegate

dalla costituzione repubblicana. Anche il sistema delineato da Polibio, come già in Aristotele, risulta dalla combinazione di forme pure di governo (regno/tirannide; aristocrazia/oligarchia; democrazia/oclocrazia). Tuttavia Polibio inquadra questa tipologia in una peculiare articolazione circolare della storia costituzionale, caratterizzata dalla successione e dall'alternanza di tipi di costituzione positivi e degenerati, giungendo, sulla base dell'osservazione della costituzione repubblicana, alla conclusione che solo un sistema misto, che combinasse fra loro i vantaggi delle forme pure, poteva neutralizzare le spinte al perversimento dell'assetto costituzionale. Lo studio della costituzione repubblicana, ritenuta, con il suo intreccio di magistrature, poteri senatori, poteri tribunizi ed assemblee popolari, un archetipo di "costituzione mista", non condusse evidentemente lo storico alla tipizzazione, in chiave normativa, di una distinzione delle funzioni statali, ma a cogliere la funzione essenziale di questo sistema misto in un insieme di prassi costituzionali orientate a perseguire una condizione di equilibrio politico fra le diverse componenti della società. La tipizzazione di un modello di "costituzione mista" in Polibio possedeva, ad un tempo, solide basi empiriche e intenti teorici, i quali muovevano pertanto non da un presupposto normativistico, ma dall'osservazione della condizione storica della costituzione romana. Questa sensibilità per lo spessore storico dei modelli costituzionali si rinviene, infine, anche nel disegno di "costituzione mista" tratteggiato da Cicerone nel *De re publica*, con l'intento di suggerire rimedi costituzionali nella crisi della Repubblica. Se invero in Cicerone assume pregnante significato l'idea del *rem publicam constituere*, e dunque egli anticipa in qualche modo il moderno concetto normativo di costituzione, lo stato ideale di Cicerone si configura come un assetto organizzativo bilanciato dei poteri statali che ha una solida base storico-sociale, perché si prefigge la combinazione fra la *caritas*, la *libertas* ed il *consilium*, caratteri impersonati rispettivamente dal potere monarchico, dalla sovranità del popolo e dal potere degli ottimati.

L'idea di una "costituzione mista" fondata sulla limitazione dei poteri, elaborata nel mondo greco-romano, troverà sviluppo nel costituzionalismo moderno, sebbene in un quadro politico-sociale profondamente mutato, poiché la premessa di un potere "temperato" attraverso l'equilibrio fra i gruppi sociali ed il controllo reciproco delle istituzioni politiche, su cui quell'idea si fondava, avrebbe trovato applicazione ad un assetto della società non più articolato su basi gerarchiche, ma su eguali diritti di cittadinanza.

3. Prodromi del costituzionalismo tra Medioevo ed età moderna

Nell'età medievale il problema del potere e dei suoi limiti resta incapsulato in assetti politici caratterizzati dalla coesistenza di centri di potere con pretese di universalità, come l'Impero e il Papato, con la struttura particolaristica della società e l'organizzazione feudale. È in questa cornice che si profilano peraltro gli elementi, del tutto peculiari e non privi di ambiguità, di un "costituzionalismo medievale" (C.H. McIlwain, 76 ss.). Ne ritroviamo tracce significative, ad esem-

pio, negli statuti dei comuni, delle università, delle corporazioni, così come nel diritto canonico e nelle costituzioni degli ordini monastici. In queste esperienze si riscontrano, da un lato, la tendenza a dare forma scritta agli assetti costituzionali delle variegate componenti di una società ordinata e pluralistica, e dall'altro quella alla differenziazione e all'articolazione di procedimenti decisionali. Si tratta, come è evidente, di prodromi assai tenui di un sistema di regolazione di assetti di dominio, prodromi che solo come tali meritano di essere menzionati e che vanno peraltro rigorosamente ricondotti al contesto di società stratificate e gerarchizzate. Non è casuale che le radici medievali del costituzionalismo moderno siano state rinvenute per lo più nella storia costituzionale inglese, nella quale la tensione fra l'emersione di un potere statale unitario e la formazione di una giustizia reale centralizzata, da un lato, ed il tessuto sociale pluralistico dall'altro si profila in modo precoce e soprattutto libero dai lacci di vincoli universali. Già nel XIII secolo i giuristi di *common law* pervennero ad una complessa elaborazione dei limiti del potere regio, che utilizzava le risorse di un diritto consuetudinario a forte radicamento nella società per contrapporsi alla tradizione romanistica espressa dalla nota massima ulpiana «*quod principi placet legis habet vigor em*». Così, ad esempio, si deve a Bracton la formula, ripresa più tardi durante i conflitti costituzionali del XVII secolo, che il re è sottoposto non solo a Dio ed alle leggi che lo fanno sovrano, ma alla sua *curia*, nella quale i conti e i baroni sono a lui associati (C.H. McIlwain, 78 ss.). Si rinvengono qui i germi del principio rappresentativo e dell'idea di una sovranità essenzialmente spartita nel *King in Parliament*, sebbene occorra aggiungere che le stesse *leges*, alle quali il sovrano si riteneva soggetto, erano anzitutto quelle non scritte, approvate dall'uso e modificabili attraverso il *consensus utentium*.

Nell'Europa continentale, a cavallo fra Medioevo ed età moderna, ed in concomitanza con il progressivo declino dell'autorità imperiale, il tentativo di regolazione del potere politico diede luogo ad esperienze costituzionali, delle quali meritano di essere segnalati due aspetti. Il primo riguarda le remote origini del "principio federativo", in documenti costituzionali che definivano rapporti di associazione fra piccole unità territoriali, a base cittadina o monarchica (ad es., il *Rheinischer Bund* del 1254, lo *Schwäbischer Bund* del 1376), gli scopi e gli strumenti di un'organizzazione politica comune, e persino regole di successione dinastica. Particolare risalto assunse il principio federativo come forma consociativa di piccole repubbliche, come in Svizzera nel 1291 e più tardi, con l'Unione di Utrecht del 1579, che pose le basi in Olanda dell'ordinamento federativo delle Province Unite (S. Ortino, 61 ss.). Il rilievo di queste esperienze nella storia del costituzionalismo merita di essere segnalato: sebbene sviluppatasi ancora all'interno della polarizzazione fra Impero e stati territoriali, esse concorsero a delineare modelli costituzionali alternativi al nascente assolutismo monarchico. Non è casuale che all'interno di queste esperienze (di quella olandese segnatamente), sia maturata, ad opera dell'Althusius (*Politica methodice digesta*, 1603), ed in risposta alle coeve teoriche dell'accentramento assolutistico elaborate da Bodin, la fondazione teorica di un federalismo su base consociativa. Esso mirava al supera-

mento della contrapposizione fra sovrano e popolo, re e aristocrazia, *Reich* e ceti, per approdare ad un assetto politico anch'esso fortemente unitario, ma basato sull'accordo ordinato fra le diverse *consociationes* nelle quali è organizzato il corpo sociale (*O. von Gierke*, 177 ss.).

Il secondo aspetto riguarda la genesi del "principio rappresentativo" (*F. Bertolini*, 7 ss.; *G. Colavitti*, 21 ss.; *S. Rossi*, 13 ss.). Sotto questo profilo vanno menzionate le *leges fundamentales* che in Germania, a partire dal XVI secolo, regolarono i rapporti fra i signori territoriali ed i ceti (*Stände*) (*P. Schiera*, 83 ss.). Esse infatti non si limitarono a garantire a questi diritti e privilegi (*G. De Ruggiero*, 1 ss.), ma configurarono il legame con il principe come avente una base pattizia (ad es., il *Tübinger Vertrag* del 1514) e introdussero forme embrionali di rappresentanza e di partecipazione alle decisioni collettive (*H. Hofmann*, 1998, 286 ss.). Nello sforzo di circoscrivere su base pattizia il potere del sovrano a favore dei ceti si intravedono forme precostituzionali di limitazione del potere politico, sebbene nel quadro di una concezione del contratto sociale di tipo essenzialmente bilaterale, la quale non intacca la pienezza della legittimazione del potere del principe. Solo con l'affermazione dell'individualismo e con le elaborazioni sei-settecentesche del contrattualismo il paradigma del *contratto sociale* verrà ad assumere una valenza autenticamente fondativa della legittimazione di un ordine politico basato non su un'autorità altra rispetto al corpo sociale, ma sul patto fra individui liberi (*J.W. Gough*, 59 ss.).

Nell'età moderna due altre correnti di pensiero avranno ancora influenza decisiva nella storia del costituzionalismo (*H. Hofmann*, 1995, 3 ss., 23 ss.; *M. Dogliani*, 151 ss.; *G. Ferrara*, 18 ss.). In primo luogo, le teorie del diritto naturale, le quali muovevano dall'assunto che vi sia un diritto che trascende la dimensione della temporalità e della storia e che è antecedente ad ogni concreto ordinamento della comunità politica, del quale esso costituisce il metro della legittimità (*L. Strauss*, 90 ss.; *G. Fassò*, 93 ss.; *P. Piovani*, 15 ss.; *N. Bobbio*, 1972, 161 ss.). L'idea di costituzione come legge superiore rappresentò certo, rispetto a questo scenario, un passaggio ulteriore, che tuttavia affondava le radici nella percezione, debitrice nei confronti del giusnaturalismo, che vi siano leggi più fondamentali di altre, ciò che costituiva un'autentica sfida all'opinione tradizionale che il principe fosse, nell'esercizio del potere sovrano, *legibus solutus* (*E.S. Corwin*, 15 ss.; *N. Matteucci*, 1963, 1035 ss.; *H. Vorländer*, 31 ss.). Il giusnaturalismo contribuì dunque in modo decisivo a creare l'atmosfera culturale nella quale si sarebbe affermata l'idea che il sovrano è anch'egli soggetto al diritto. Queste premesse avrebbero condotto peraltro, già nell'Inghilterra medievale, ad isolare dall'attività di governo rimessa all'arbitrio del sovrano (*gubernaculum*), la sfera della *iurisdictio*, qualificata dalla soggezione del sovrano al diritto (*C.H. McIlwain*, 87 ss.).

L'altra corrente di pensiero mosse dalla riscoperta delle teorie della costituzione mista nel pensiero classico, per giungere a configurare il diritto dei ceti e della cittadinanza attiva a partecipare al processo politico. La riformulazione dell'idea della costituzione mista ebbe significative anticipazioni già nel basso Medioevo, ad es. in Tommaso d'Aquino, secondo il quale la migliore costituzione è quella che si fonda sulla collaborazione di nobiltà e popolo nell'elezione del monarca e

nel processo legislativo, o ancora nelle teorie conciliari, che intendevano limitare il potere assoluto del papa. Questo filone di pensiero trova sviluppo, nella prima età moderna, nell'ammirazione per l'eforato spartano ed il tribunato romano nel pensiero politico delle chiese riformate, così come nel pensiero dei monarcocomachi inglesi impegnati nella lotta contro l'assolutismo dei sovrani cattolici. Ed infine il modello della costituzione mista riscosse una significativa fortuna nelle repubbliche italiane nell'età del Rinascimento. Questo modello, così come si era realizzato attraverso un complesso intreccio di magistrature nell'antica Roma per fare contrasto «all'ambizione e all'insolenza degli uomini», venne additato dal Machiavelli come rimedio ai conflitti fra aristocrazia e popolo che minavano la stabilità della Repubblica fiorentina. E la risorsa delle repubbliche consisteva appunto, nel pensiero del Segretario fiorentino, nell'essere «corpi misti», nei quali la concorrenza fra i gruppi sociali in conflitto era istituzionalizzata attraverso il controllo reciproco degli organi di governo (*Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, III, I). Nel filone repubblicano del pensiero politico del Rinascimento si delineava pertanto *in nuce* la concezione di un assetto di governo fondato su *checks and balances* funzionali alla regolazione del conflitto sociale repubblicano, che avrebbe influenzato il pensiero politico e costituzionale inglese che precedette la Gloriosa Rivoluzione, e soprattutto le idee costituzionali della rivoluzione americana (Q. Skinner, 7 ss., 79 ss.; J.G.A. Pocock, 581 ss.).

4. Le origini del costituzionalismo moderno: l'Inghilterra

Gli inglesi non hanno posseduto, come è noto, una costituzione scritta, e tuttavia essi hanno profondamente radicata in una storia secolare la convinzione che i limiti del potere politico e la salvaguardia dei diritti individuali abbiano avuto fondamento nella loro costituzione. Quando nel Nord America, in Francia ed in altri paesi (in Polonia, ad es.) fecero la loro comparsa carte costituzionali e dichiarazioni dei diritti, in Inghilterra, da oltre un secolo, si erano affermati un regime di monarchia limitata, una rappresentanza parlamentare su base non cetuale ed un procedimento legislativo formalizzato, ed erano già state poste, pertanto, le basi del moderno costituzionalismo. Si può aggiungere che importanti documenti costituzionali, alcuni dei quali risalenti già al Medioevo, come la *Magna Charta* del 1215, ed altri alla fase più accesa delle lotte contro i conati assolutistici dei sovrani inglesi, come la *Petition of Rights* del 1628, costituirono un primo esempio di codificazione dei diritti individuali, sebbene con un ambito di efficacia circoscritto all'aristocrazia, al clero, alle città, e dunque coerente con la struttura particolaristica della società.

La costituzione inglese è stata il prodotto di un lungo e graduale processo evolutivo, fondato sulla trasmissione da una generazione all'altra di antiche consuetudini. Non è casuale che l'unico esempio di costituzione scritta conosciuto nella storia inglese sia stato l'*Instrument of government*, che nel 1653 pose le basi della dittatura di Cromwell, e che il pensiero costituzionale inglese (con Edmund

Burke in particolare) abbia poi contrapposto con orgoglio le risorse di un processo costituente pluralistico ed evolutivo agli eccessi tenuti a battesimo dalle costituenti rivoluzionarie in Francia. Né va trascurato che, nel corso del lungo conflitto tra il re ed il parlamento, che nel XVII secolo pose con forza nella storia inglese il problema della sovranità, gli Stuart vennero spesso accusati di aver violato «*the ancient constitution of the government of this Kingdom*», che, benché non racchiusa in un documento scritto, aveva una forza normativa che trascendeva la volontà del sovrano e poteva essere fatta valere anche contro quest'ultimo. In questa *ancient constitution*, radicata nel *common law* e frutto di «lungo studio ed esperienza», erano ravvisate la fonte della limitazione del potere monarchico e la base di un ordinamento giuridico formatosi nella società e non imposto dall'autorità del sovrano (si v. i *reports* di Edward Coke, in N. Matteucci, 1962, 54 ss.).

Il contrasto fra re e parlamento riguardava anzitutto, come si è detto, il problema della sovranità, e sfociò in una dottrina costituzionale avente ad oggetto non soltanto il problema dei limiti del potere politico, ma anche quello della sua legittimazione. Il conflitto fra il parlamento e gli Stuart rafforzò le idee basilari della spettanza della sovranità al *King in Parliament* e dell'equilibrio fra il sovrano ed i corpi rappresentativi. Attraverso questa concezione, che voleva fare argine ai pericoli dell'assolutismo monarchico ed a quelli di una sovranità illimitata delle assemblee parlamentari, la *ancient constitution* inglese assorbiva ad un tempo la tradizione del governo misto e l'influenza del diritto naturale, che il *common law* aveva in definitiva rielaborato come un diritto storico modellatosi, secondo le circostanze, sulle esigenze del tessuto pluralistico della società inglese (N. Matteucci, 1976, 53 ss.). Il retroterra culturale del costituzionalismo inglese è refrattario, pertanto, all'affermazione di concezioni unilaterali della sovranità, poiché al rifiuto di sbocchi radicalmente rivoluzionari dei processi di trasformazione costituzionale si congiunse quello di una sovranità indivisa come attributo essenziale del potere politico.

Nella fase storica convulsa che precede la *glorious revolution* del 1688-89, l'idea, risalente a Bracton ed ai giuristi medievali, della supremazia della *iurisdic-tio* sul governo e la teoria del governo misto, elaborata a partire dall'età dei Tudor nel XVI secolo, procedono di pari passo (C.H. McIlwain, 76 ss.; N. Matteucci, 1962, 1 ss.). Ne derivò una dottrina costituzionale che era imperniata sulla collaborazione fra il re, i *Lords* ed i Comuni, in un quadro che, in aderenza con gli assetti della società inglese dell'epoca, riservava ancora alla *House of Lords* la funzione di ago della bilancia. La rivoluzione parlamentare del 1688 avrebbe agito in una duplice direzione, nel senso di stabilizzare gli equilibri costituzionali derivanti dal nuovo titolo di legittimazione del potere monarchico e nel contempo, in coerenza con l'ascesa della borghesia, nel senso di rafforzare la posizione della Camera dei Comuni. L'influenza delle teorie del contratto sociale e del giusnaturalismo non condusse all'approdo di un costituzionalismo radicale, che rimase progetto rivoluzionario di minoranze, come nel pensiero dei *Levellers* (C. Hill, 97 ss.), ma contribuì a rafforzare una tradizione costituzionale già plasmata, conferendole il fondamento di una più estesa base sociale di consenso. Nel *Secondo*

trattato sul governo di John Locke, elaborato nell'atmosfera politico-sociale della Rivoluzione, la tradizionale componente storico-evolutiva del costituzionalismo inglese si fonde con quella contrattualistica, che condusse a concepire la costituzione come un patto fondativo, il potere sovrano come legittimato unicamente dal consenso della base sociale, e le antiche libertà ereditate dalla tradizione non come privilegi derivanti dall'appartenenza a cerchie sociali ristrette, ma come diritti dell'individuo. I basilari diritti alla vita, alla libertà ed alla proprietà, sebbene tematizzati nel linguaggio giusnaturalista, venivano collocati non in uno stato di natura antecedente al contratto sociale, ma nell'ordinamento dello stato, che è, da un lato, legittimato dal contratto fra individui, e dall'altro rinviene nella protezione di tali diritti la propria esclusiva ragion d'essere.

Con la Rivoluzione del 1688, peraltro, l'antica tradizione costituzionale inglese non può dirsi abbandonata. Certo, la caduta degli Stuart sembrò sfociare in una nuova forma di sovranità assoluta, quella di un parlamento cui tutto era consentito. E tuttavia non bisogna sottovalutare che proprio l'affermazione della sovranità parlamentare fece riscoprire le risorse della *ancient constitution*, e che le antiche libertà inglesi e la collocazione della sovranità parlamentare all'interno di un sistema costituzionale pluralistico di collaborazione fra le diverse componenti della società, portarono ad identificare nel *common law*, ed in una normatività profondamente radicata nella società, la difesa contro i rischi di nuove forme collettive di tirannide e, nel pensiero di Blackstone, il fondamento di un vero e proprio diritto di resistenza (N. Matteucci, 1962, 166 ss.; A. Buratti, 102 ss.).

Non meraviglia che l'esperienza inglese sia stata assunta da Montesquieu, in polemica con quelle dell'assolutismo monarchico affermatesi nell'Europa continentale, come il paradigma di una concezione della divisione dei poteri che affidava ad un assetto fondato sull'equilibrio e sulla moderazione la funzione di fare argine ai rischi del dispotismo. Egli additava infatti ad esempio la «costituzione d'Inghilterra» come modello di quei «governi moderati» nei quali si trova la libertà politica, in quanto i poteri, per funzionare, sono «costretti a farlo di concerto» (*Esprit des lois*, libro XI, capo VI).

5. La divisione dei poteri

Dalle origini della forma di governo parlamentare in Inghilterra ha avuto inizio l'elaborazione teorica del principio della "divisione dei poteri", che occupa una posizione centrale nella storia del costituzionalismo moderno (M. Galizia, 1974, 2371 ss.). Già presente nel pensiero politico classico ed in quello medievale, l'idea della divisione dei poteri ha tratto impulso, da un lato, dalla polemica contro l'assolutismo monarchico, e dall'altro dalla considerazione del complesso equilibrio fra re, Lords e Comuni delineatosi nell'assetto di governo inglese. In questo frangente storico, l'elaborazione del principio si deve soprattutto a Locke e a Montesquieu (M. Troper, 113 ss.). Ai due pensatori vengono ricollegate comunemente due accezioni differenti di esso. In Locke sarebbe prevalsa l'idea del-

la “separazione” dei poteri, che avrebbe poi trovato sviluppo nella *dualist democracy* statunitense (B. Ackerman, 3 ss.). In Montesquieu quella del “coordinamento” fra i poteri in funzione di controllo reciproco, ispirata dall’ammirazione per la costituzione inglese, da un lato, e dall’altro dall’obiettivo di difendere gli ordini privilegiati dell’*Ancien régime* dal progressivo assorbimento negli assetti dello stato assoluto: «perché non si possa abusare del potere bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere» (*Esprit des lois*, XI, 4).

Di questa ricostruzione vanno segnalati peraltro alcuni profili problematici. In primo luogo, nel *Secondo trattato sul governo*, Locke collocò il principio della separazione in un quadro che presupponeva una gerarchia dei poteri e configurava il legislativo come il potere supremo dello stato, perché esso ha la sua base nel consenso della società e peraltro rinviene nei beni essenziali del contratto sociale il proprio limite, facendo sì che non trasmodi in un potere assoluto ed arbitrario (XI, 134-142). E tuttavia nella concezione lockiana la tradizione costituzionale inglese aveva lasciato tracce persistenti, anzitutto per il risalto attribuito alla prerogativa regia (XIV, 159-168), che innestava elementi di raccordo sul tronco di un assetto solo tendenziale di separazione (S. Cotta, 202 ss.). In secondo luogo, per l’ampiezza, che richiama la sfera dell’antico *gubernaculum* medievale, con la quale venne delineata la funzione di governo, configurata in modo sostanzialmente unitario, sebbene scissa nei due aspetti del potere esecutivo (attinente agli affari e alla sicurezza interni) e del potere federativo (attinente ai rapporti con gli altri stati e alla sicurezza esterna) (XII, 143-148).

Al paragone con quella lockiana, la concezione del Montesquieu si caratterizza non tanto (o non soltanto) per il risalto del profilo del «concerto» fra i tre poteri (legislativo, esecutivo e giudiziario) della sua tripartizione, la quale rifletteva un’istanza di equilibrio all’interno di un tessuto pluralistico essenzialmente ordinato (M. Galizia, 1951, 354 ss.). In Montesquieu è avvertita anzitutto la consapevolezza del legame fra il potere legislativo e le dinamiche della rappresentanza politica: tale potere non si confa ad un principe o a un magistrato, ma ad un «corpo» di rappresentanti, il cui vantaggio consiste nella circostanza che costoro «sono capaci di discutere gli affari», ed è tanto maggiore se essi non sono vincolati da mandati imperativi, ciò che esporrebbe al rischio che «la forza della nazione potrebbe essere arrestata da un capriccio» (*Esprit des lois*, XI, 6). Inoltre, la teoria del Montesquieu individuava uno spazio proprio del potere giudiziario, una sfera del *juger* distinta sia da quella del fare le leggi o del modificarle sia dalla sfera dell’*exécuter*: un potere indipendente che, sebbene «così terribile tra gli uomini», non essendo «legato né a un certo stato né a una certa professione, diventa, per così dire, invisibile e nullo» (*Esprit des lois*, XI, 6). Il giudiziario non ha invece, nella teorizzazione del Locke, una collocazione autonoma: il che corrisponde da un lato agli sviluppi costituzionali inglesi che egli conosceva (in quanto il *common law* era rimasto stretto fra le spinte assolutistiche dei Tudor e degli Stuart e l’affermazione della sovranità parlamentare), e dall’altro alla premessa contrattualistica dalla quale egli muoveva. Diversamente, per Montesquieu la libertà politica deriva dalla condizione paritetica dei tre poteri e non dalla loro gerarchia, e rispetto alla necessità

di assicurare la libertà del corpo politico, tutti e tre i poteri sono allo stesso modo necessari. Vi era certo, in questa concezione, un'attenzione marcata alle articolazioni della società, che i distinti poteri rispecchiavano, rispetto allo schema del contratto sociale. Ma vi era anche il tema del rifiuto del dispotismo, che è dominante in Montesquieu: giacché, riconducendo i poteri ad un'*unicapuisseance*, «*tout serait perdu*» ed è aperta la strada al dispotismo (S. Cotta, 206 ss.).

6. La rivoluzione delle colonie dell'America del Nord e la formazione degli Stati Uniti

L'idea di costituzione come legge superiore è la cifra fondamentale per la comprensione dell'esperienza costituzionale statunitense e della sua genesi. Tale esperienza ebbe origine, come è noto, dalla ribellione delle colonie inglesi contro la madrepatria, e ciò spiega perché essa si sia ispirata a linee guida che esprimevano una radicale contrapposizione alla tradizione costituzionale inglese (repubblicanesimo, costituzione scritta, separazione dei poteri e governo presidenziale, federalismo). E tuttavia, il problema della continuità con quella tradizione merita di essere considerato al di fuori di schematismi. Nel motivo conduttore della costituzione come legge *paramount* contro il dispotismo si sono avvertiti la riscoperta del senso della precedenza della *lex* sulla *voluntas* e della supremazia di leggi fondamentali sul potere politico, che avevano radici robuste, come si è accennato, nell'Inghilterra medievale (C.H. McIlwain, 159 s.; N. Matteucci, 1987, 15 ss.), e gli echi delle battaglie di Sir Edward Coke per affermare la supremazia del *common law* nei confronti della Corona come del parlamento inglese. Occorre aggiungere peraltro che, nel costituzionalismo statunitense, l'idea di una legge superiore sarebbe stata innestata sul tronco di un'esperienza con forti venature democratiche e comunitarie, nella cui costruzione i coloni inglesi portavano la voce di gruppi sociali minoritari nella loro terra d'origine, l'eredità del pensiero dei radicali e dei livellatori così come quella delle minoranze protestanti, e segnatamente puritane. E tutto ciò condusse alla riformulazione della teoria del governo limitato, come è dimostrato da uno dei primi documenti costituzionali della rivoluzione americana, il *Bill of Rights* della Virginia del 1776, che qualificò i diritti individuali come «*basis and foundation of government*». L'idea del "governo costituzionale", che si affermò nell'esperienza statunitense, costituì pertanto una ripresa del tema risalente del governo limitato dalla legge, sebbene proiettato sugli spazi ampi della federazione e reso funzionale alle esigenze di stabilizzazione di un patto costituzionale sulle cui basi essa nasceva (H. Arendt, 157 ss.). Si comprende allora l'enfasi dei *founding fathers* della Costituzione statunitense nel sottolineare, da un lato, le risorse virtuose di una grande repubblica federale, in grado di stemperare i conflitti e neutralizzare le dinamiche maggioritarie (*Federalist*, n. 11), e dall'altro, quelle di una costituzione rigida, che è tale in quanto «prevede specifiche limitazioni del potere legislativo» e affida al giudiziario il compito di mantenere «il corpo legislativo nei limiti imposti al suo potere» (*Federalist*, n. 78).