

CAPITOLO I

**LA RICERCA DI UN
"ORDINE NORMATIVO COSTITUZIONALE"**

SOMMARIO:

Sez. I – IL FENOMENO GIURIDICO – 1. Nozioni preliminari. – 2. L'ordinamento giuridico e la norma giuridica.

Sez. II – POTERE COSTITUENTE. FORME DI STATO. FORME DI GOVERNO. VERSO LA CENTRALITÀ DEL RUOLO DI UN ORGANO: IL PARLAMENTO – A – Potere costituente. forme di Stato. – 1. La Rivoluzione inglese. – 2. Alcuni snodi ricostruttivi nella speculazione teorica dell'epoca. – 3. La Rivoluzione americana. – 4. La Rivoluzione francese. – 5. Stato liberale e Stato sociale. – 6. Stati unitari e Stati compositi. – **B – Rapporti fra forme di Stato e forme di governo.** – 1. Forme di governo. – 2. La razionalizzazione del parlamentarismo. – 3. Il presidenzialismo. – 4. Il semipresidenzialismo. – 5. Forme di governo neoparlamentare e direttoriale.

Sez. I

IL FENOMENO GIURIDICO

1. *Nozioni preliminari*

È inevitabile, per intraprendere un percorso di studi consapevole, dar conto di alcune nozioni preliminari indispensabili per poter analizzare i fenomeni giuridici. E cioè rapportare il diritto con l'organizzazione sociale e con le esigenze che quest'ultima esprime.

È considerazione semplice quella secondo cui la produzione del diritto è collegata alla socialità, cioè alla esistenza di un gruppo sociale e, quindi, ad una pluralità soggettiva che deve necessariamente governare i rapporti fra i componenti del gruppo ricorrendo all'elaborazione di regole.

Il fenomeno giuridico è, così, individuabile alla stregua di alcuni elementi caratterizzanti: il corpo sociale, la regola giuridica, i rapporti giuridici che sorgono e sono governati dalle regole stesse, un centro di autorità che è chiamato ad applicare la regola giuridica e fare in modo che quella regola sia rispettata. Compare, così, un elemento del fenomeno giuridico individuato come *sanzione*, e cioè come reazione che reca svantaggio al componente del gruppo che non abbia rispettato la regola da quest'ultimo prodotta.

È evidente che in queste nozioni essenziali per approcciare il diritto ed il concetto di regola giuridica, la componente sociale costituisce il punto di partenza nel senso che sarà quel corpo sociale a cercare di individuare regole coerenti con le proprie esigenze ed in grado di disciplinare i rapporti intersoggettivi.

Ne consegue che il diritto, sulla base di questa così seppur sintetica rappresentazione, si mostra come un dato *oggettivo* e come il complesso delle regole che, ciascuna e tutte insieme, esistono in un certo momento storico e con riferimento ad un determinato gruppo sociale. Ma vi è anche, nel contempo, una componente *soggettiva* da intendersi come proiezione della regola giuridica nel mondo del partecipante al gruppo, ossia del soggetto.

Il diritto soggettivo è, allora, la possibilità per ciascuno dei componenti del gruppo di utilizzare la regola perché sia rispettata una posizione. Si tratterà in tal caso di una posizione di vantaggio, derivante da una coerenza del contenuto della regola con l'interesse di quel soggetto.

Il sistema degli interessi comincia, così, a mostrare la sua notevole rilevanza per comprendere i contenuti delle regole giuridiche ed i rapporti soggettivi.

È inevitabile, infatti, che gli interessi dei componenti di un gruppo sociale siano, tra loro, in parte, equivalenti e, in parte, confliggenti.

Così, nello schema dei rapporti molteplici che si possono cominciare ad intravedere tra i componenti del gruppo sociale, in quanto individui, e tra ciascun componente con il gruppo, si potranno determinare forme di convergenza, ma anche di contrasto.

Si può pensare, per cogliere il dato in via esemplificativa, ad un istituto, che nelle diverse epoche storiche ha manifestato tutta la difficoltà di un eguale inquadramento perché ha risentito in maniera forte degli assetti sociali ed economici e del contrasto di interessi, e cioè la proprietà. È facile cogliere quanto diversa sia la posizione di chi è proprietario di un bene, e chiede la tutela dello stesso attraverso regole che ne impediscano il godimento a chi proprietario non è. Ovviamente, al contrario, è compren-

sibile che i soggetti esclusi avanzino richieste, nelle maniere più disparate, perché si abbia un accesso a quel bene.

Il variegato mondo degli interessi presenta delle sfumature che è necessario cogliere per comprendere il sistema delle regole: esso rappresenta l'elemento guida per un'osservazione via via sempre più ampia considerando le vicende della storia, degli assetti sociali ed economici, delle complessità collegate alla emersione delle classi sociali anche più deboli.

Per racchiudere in momenti di seppur minima classificazione questo dato, si può, allora, dire che gli interessi sono certamente, ed innanzitutto, *individuali*, e cioè quelli di ciascun soggetto, con la possibile coincidenza od opposizione con quelli di altri soggetti. Possono essere, poi, *collettivi* nel momento in cui quella coincidenza si è in qualche maniera consolidata, giacché una pluralità di soggetti si viene a trovare in una determinata situazione di condivisione di interessi. E vi può essere anche l'ipotesi nella quale gli interessi non sono di porzioni aggregabili del corpo sociale, ma, in qualche maniera, corrispondenti a quanto chiede, senza significative distinzioni, il corpo sociale nella sua interezza. La condivisione generale di alcuni interessi consente, allora, di qualificare questi ultimi come generali e veri e propri *valori*, ossia come insieme di elementi che contraddistinguono una data comunità e ne rappresentano il fondamento comune, il sostrato condiviso.

Da questo punto di vista, per ogni ordinamento che intenda disciplinare i rapporti tra i consociati sorge innanzitutto la necessità di tradurre in regole scritte, ossia di "positivizzare", questi interessi generali-valori.

Non è difficile cogliere, in questo processo di elaborazione di una serie di regole che corrispondano a interessi generali-valori, un momento alto della produzione giuridica perché si tratterà di individuare quanto è comune ad un gruppo sociale e quanto, essendo comune, lo *distingue ed identifica*.

Naturalmente, e con altrettanta evidenza, anche gli interessi generali-valori subiscono le influenze del tempo e dello spazio. Ne discende che gruppi sociali in spazi diversi potranno elaborare regole differenti per identificarli. E lo stesso potrà accadere con il trascorrere del tempo in quanto è possibile che in un gruppo sociale, pur nello stesso spazio e con la stessa identità soggettiva, col tempo essi si modifichino.

Come è relativo il "giuridico", nel senso che non esiste una disciplina che è sempre giuridica per tutti e in tutti i momenti temporalmente distinti, allo stesso modo è relativo il valore condiviso, in quanto ciò che in un certo momento storico è sentito come interesse di tutti può non esserlo più con l'evoluzione del tempo.

Si può ritornare su quello che si diceva prima sulla proprietà privata perché ne è un indice significativo. Come è noto, in alcuni momenti storici e, ovviamente, per alcuni gruppi sociali, il diritto di proprietà si è proposto come uno dei principi fondamentali dell'aggregazione. Esso è stato, così, collocato accanto alle libertà ed, anzi, è stato utilizzato per costruire il sistema delle libertà.

Nell'evoluzione temporale e, soprattutto, nella diversità spaziale, tale visione ha subito delle modificazioni e, in alcuni contesti, la proprietà si è trasformata in un disvalore subendo, quindi, un cambiamento di struttura talmente incisivo da essere il contrario rispetto al precedente.

2. *L'ordinamento giuridico e la norma giuridica*

Possiamo acquisire un dato.

Le norme giuridiche sono le regole che esprimono il diritto e che disciplinano situazioni e rapporti.

Vi è una intuitiva percezione del fenomeno della produzione delle norme giuridiche. Non è preventivamente ipotizzabile quante regole giuridiche vi debbano essere e si può soltanto affermare che una realtà normale è che le regole siano molteplici e più o meno numerose in relazione agli interessi da considerare e disciplinare e in relazione, di conseguenza, alla complessità del gruppo sociale.

La pluralità delle regole giuridiche, che significa quantità ma anche qualità non eguali, impone che si ricerchi un modo per organizzarle. Vi è, insomma, una esigenza di determinare l'ordine tra le tante e diverse regole.

Si mostra, così, la nozione di ordinamento giuridico come complesso di norme che devono rispondere ad un criterio di organizzazione.

Si deve, a questo punto, anticipare nozioni che saranno successivamente considerate.

Le norme costituiscono il prodotto delle fonti del diritto.

Queste ultime sono, pertanto, atti o fatti idonei a produrre norme.

Fonti atto, quando vi è la manifestazione di volontà di un organo alla quale la norma si collega.

Fonti fatto, quando la norma può discendere da un fatto (ad esempio, comportamento tenuto nel tempo) senza, però, che vi sia la specifica volontà di produrre la norma.

Naturalmente, fonti atto e fonti fatto possono essere numerose e ciascun ordinamento prevederà le proprie fonti.

Occorre un primo riferimento per inquadrare un tale fenomeno.

La costruzione gerarchica dell'ordinamento giuridico, che ha trovato sistemazione nella riflessione di un importante giurista – Hans Kelsen – è, così, un aiuto per cogliere una prima organizzazione in questo, altrimenti magmatico, scenario in cui è necessario cominciare a stabilire rapporti e criteri ai quali ispirarsi.

La gerarchia delle norme come connotato di un ordinamento giuridico dà, infatti, una risposta all'esigenza che le regole siano collegate fra loro in un sistema.

È una maniera per stabilire l'ordine in quanto, in questo modo, si introduce un criterio (quello gerarchico, appunto) per stabilire l'appartenenza o meno a quell'ordinamento di ciascuna regola. Attraverso di esso, dunque, si identifica il sistema e si ottiene il riconoscimento della regola. Lo snodo per applicare il criterio di gerarchia è la *validità*: essa sta ad indicare la corrispondenza, o meno, di ciascuna regola ad un riferimento condizionante. Per cogliere, così, il rapporto tra validità e gerarchia, va considerato che le norme giuridiche sono posizionate su livelli differenziati, nel senso che il livello superiore condiziona il livello inferiore. L'espressione "condiziona", qui utilizzata, segnala che la norma subordinata dovrà rispettare quella sovraordinata sia per il contenuto, sia per i modi nei quali deve essere posta in essere.

È del tutto evidente che, in un sistema di gerarchia così pensato, i livelli possono essere molteplici e si tratterà di collocare in ciascuno le singole regole in modo da costruire una scala di forza che sarà maggiore per il livello più alto.

Ciascun livello conterrà, a questo punto, regole che condizionano quelle del livello inferiore e che sono, a loro volta, condizionate da quello superiore. Il "condizionamento", che, si è detto, è, da un punto di vista tecnico, la validità, comporta che, laddove non sia rispettata la gerarchia, si determina un vizio dell'atto e, quindi, della regola (appunto, invalida) e, pertanto, si dovrà pervenire ad una eliminazione di quella regola da quel sistema.

La costruzione dell'ordinamento come gerarchia delle norme fornisce, tra le tantissime sollecitazioni di riflessione, per lo meno le seguenti. Innanzitutto, c'è un meccanismo di chiusura perché effettivamente, attraverso la validità, si riesce a trovare il collegamento tra norma e norma e a stabilire una chiusura del sistema. Un determinato ordinamento sarà costituito solo dalle norme valide secondo quel criterio indicato.

Ancora, si coglie che, necessariamente, tra livello e livello, vi deve essere una differente qualità della regola giuridica. Se quella del livello in-

feriore deve applicare e rispettare quella del livello superiore, ci sarà inevitabilmente una differenza quanto ad ampiezza della disciplina, nel senso che il livello superiore recherà una disciplina più generale rispetto a quella applicativa. Ed allora risulta abbastanza agevole dedurre che, in questa progressione, i contenuti saranno, verso l'alto, sempre più generali e meno puntuali ma più vincolanti, con la conseguenza che, più si sale, minore sarà la specificazione del contenuto perché più generale sarà la norma che dovrà ricevere applicazione, maggiore possibilità di sviluppare la disciplina risulterà per il corrispondente livello subordinato, ovviamente nei limiti posti dalla norma superiore.

Se si vuole esemplificare, seguendo, però, soltanto parzialmente la costruzione di Kelsen, e indicando con il tipo di regola il corrispondente livello, si può indicare una costruzione di questo genere: il livello più alto è quello delle norme costituzionali (prodotte dalla fonte atto-Costituzione); quello immediatamente subordinato è delle norme legislative (prodotte dalla fonte atto-legge); ancora subordinato alla legge è quello delle norme regolamentari (prodotte dalla fonte atto-regolamento); per arrivare, nel livello ancora inferiore, all'atto dell'amministrazione e alla sentenza del giudice.

Tutte queste regole – costituzionali, legislative, regolamentari e provvedimenti (ma, sul punto, sarà necessario procedere ad ulteriori precisazioni) – sono tenute insieme attraverso la validità, in modo tale che la prima, la regola costituzionale, condiziona tutte le altre e, così via, di livello in livello.

La costruzione che precede può rappresentare una prima base per osservare il modo in cui i sistemi giuridici si sono venuti strutturando.

Ed esclusivamente a tal fine ad essa si è compiuto un rapido cenno.

Sez. II

POTERE COSTITUENTE. FORME DI STATO.
FORME DI GOVERNO.
VERSO LA CENTRALITÀ DEL RUOLO DI UN ORGANO:
IL PARLAMENTO

A – Potere costituente. Forme di Stato

1. La Rivoluzione inglese

Ragionare nei termini appena indicati, e cioè presupporre, in una scala gerarchica, una norma (quella costituzionale) che si impone su tutte le altre, comporta il problema di comprendere l'origine di una tale norma per cogliere la ragione di siffatta, particolare, valenza. Questo significa porsi di fronte ad un tema di enorme rilevanza per il diritto costituzionale: quello di risalire ai caratteri del potere costituente, cioè di quel potere che elabora ed impone le norme superiori, di livello costituzionale. Potere costituente da distinguere anche dal potere di revisione costituzionale, cioè da quel potere "costituito" che, come si vedrà meglio, può modificare le norme costituzionali per adattare alle evoluzioni intervenute, ma dovrà, comunque, rispettare limiti dal primo imposti.

È problema antico quello di riconoscere ad alcune regole una maggiore vincolatività e, quindi, una superiorità rispetto a tutte le altre. Ma è problema più moderno individuare e caratterizzare un vero e proprio potere e, quindi, cogliere il manifestarsi di un processo volitivo che ha portato all'elaborazione di norme superiori trasfuse in Carte costituzionali. Lo studio del potere costituente, così inteso, si incrocia con esperienze storiche che hanno caratterizzato in maniera non eguale gli Stati del 1700 e del 1800, ma che, pur nella diversità, sottopongono all'attenzione dell'osservatore elementi comuni e da valorizzare.

È da segnalare che sono grandi eventi rivoluzionari a proporre alcune indicazioni in funzione ricostruttiva.

Va, così, innanzitutto, ricordata la gloriosa Rivoluzione inglese del 1689, che ha portato all'emanazione di un atto noto come Bill of Rights.

Tale atto siglava una modificazione di straordinaria valenza negli assetti organizzativi fino ad allora esistenti nell'ordinamento giuridico-Stato: il Sovrano inglese deve confrontarsi con l'organo rappresentativo-Parlamento che rivendica una posizione ed un ruolo.

Il Parlamento inglese che, comunque, in questo preciso momento storico, non è rappresentativo dell'intera popolazione, infatti, non riconosce più un'autorità del Sovrano di tipo assoluto e richiede che il Re riceva una legittimazione dal voto parlamentare, in quanto solo così egli può operare con l'organizzazione governativa di cui dispone. È la necessità del "Re in Parlamento", che comporta, naturalmente, l'incisione su uno schema consolidato ed affermato nel periodo precedente, e cioè l'investitura del Re soltanto per effetto dinastico. Il "Re in Parlamento" significa la rottura del tipo di potere, perché esso non promana più soltanto dall'alto, ma è ascendente dall'organo rappresentativo al Sovrano.

La Rivoluzione inglese, pertanto, segnala una importante modificazione senza, peraltro, comportare effetti traumatici nell'ordinamento, giacché si assiste ad un graduale passaggio da un sistema di potere ad un altro. Si tratta, però, dell'avvio di un'esperienza che, in maniera diversa, finirà per coinvolgere Stati differenti.

Basta tener conto dei contenuti della Bill of Rights del 1689 quando si impongono limiti ben precisi al potere regio, fino a quel momento pressoché totale.

Per la prima volta, infatti, si sancì che il preteso potere dell'autorità reale di sospendere le leggi o l'esecuzione delle leggi, senza il consenso del Parlamento, è illegale; che il preteso potere regio di dispensare dalle leggi o dall'esecuzione delle leggi, come è stato usurpato ed esercitato in passato, è illegale; che una esazione di danaro per la corona o al suo uso, sotto pretesto di prerogativa, senza il consenso del Parlamento, per un tempo più lungo o in maniera diversa da quella che è o sarà consentita dal Parlamento, è illegale; che è un diritto dei sudditi presentare petizioni al re, e che gli imprigionamenti e i processi a causa di queste petizioni sono illegali; che la leva o il mantenimento di un'armata nel regno, in tempo di pace, senza il consenso del Parlamento, sono contrari alla legge; che i sudditi protestanti possono avere per loro difesa delle armi conformi alla loro condizione e permesse dalla legge; che le elezioni dei membri del Parlamento devono essere libere; che la libertà di parola, di discussione o di procedura in seno al Parlamento, non può essere intralciata o messa in

discussione in nessuna corte o altro luogo fuorché il Parlamento stesso; che la lista dei giurati scelti deve essere stesa in buona e dovuta forma; che i giurati i quali, nei processi di alto tradimento, decidono sulla sorte delle persone, devono essere liberi proprietari; che per rimediare a tutti i torti, e per il miglioramento, il rafforzamento, la difesa delle leggi, il Parlamento dovrà essere frequentemente riunito (si noti che fino ad allora era atto di prerogativa regia la convocazione delle due camere del Parlamento inglese).

2. Alcuni snodi ricostruttivi nella speculazione teorica dell'epoca

In questo periodo di tempo, contemporaneo e successivo alla Rivoluzione inglese, peraltro, la speculazione teorica consegue la massima espansione per sostenere le nuove acquisizioni e fornire una base alle nuove esperienze statuali.

Si ricordano alcuni passi particolarmente significativi tratti da opere di grandi pensatori di quel periodo.

Innanzitutto vi è il problema di trovare una razionale giustificazione al passaggio dallo stato di natura ad una società organizzata.

John Locke (1632-1704 – “Due trattati sul governo”) scrive:

«Poiché, come abbiamo dimostrato, gli uomini sono per natura tutti liberi, uguali e indipendenti, nessuno può essere sottratto a questo stato e sottoposto al potere politico di un altro senza il suo consenso. L'unico motivo per cui si può rinunciare alla propria libertà naturale e ci si può sottomettere ai vincoli della società civile, è dato dall'accordo con altri uomini, di associarsi e riunirsi in una comunità per convivere comodamente, sicuramente e pacificamente, nel godimento indisturbato dei propri beni, e con una maggiore difesa contro gli estranei. Un accordo del genere è alla portata di qualsiasi gruppo di uomini, poiché non compromette la libertà altrui, rimanendo gli altri nella stessa libertà dello stato di natura. Quando un gruppo di uomini ha deciso di formare un'unica comunità o governo, diviene, nell'atto stesso, incorporato, e costituisce un unico corpo politico, in cui la maggioranza ha diritto di agire anche in nome della minoranza».

Emergono, così, il concetto del corpo politico e di meccanismi di decisione di tale aggregazione. Viene subito colto il problema del modo in cui la pluralità (dei soggetti) può ottenere una decisione unica.

«Poiché le deliberazioni della comunità sono frutto del consenso degli

individui che ne fanno parte, e poiché un solo corpo deve agire in un solo modo, è necessario che il corpo si indirizzi dove lo porta la forza maggiore, cioè il consenso della maggioranza; altrimenti è impossibile che esso deliberi, o continui a formare un unico corpo, un'unica comunità, come il consenso unanime dei suoi componenti aveva convenuto che fosse; e quindi ognuno è vincolato, in base a quel consenso, ad obbedire alla maggioranza».

«E così ognuno, accettando con altri di formare un unico corpo politico, sotto un solo governo, si sottopone, rispetto a ciascun membro di quella società, all'obbligo di attenersi alla decisione della maggioranza e di obbedirvi; altrimenti questo contratto originario, che l'ha unito ad altri nella stessa società, non significherebbe nulla e non sarebbe un contratto, se egli rimanesse libero e sciolto da ogni vincolo diverso da quello che lo condizionava quando era ancora allo stato di natura».

Naturalmente, c'è da spiegare come sia possibile che l'individuo da libero decisore, se è solo, sia condizionato dalla maggioranza, se associato.

«Se l'uomo allo stato di natura è libero come abbiamo detto, se è padrone assoluto della propria persona e dei propri averi, pari al più potente e soggetto a nessuno, perché desidera separarsi da questa libertà, e da questo impero, e sottoporsi al dominio e al controllo di qualsiasi altro potere? La risposta a questa domanda è ovvia: sebbene allo stato di natura, egli goda di tale diritto, tuttavia questo godimento è molto incerto e costantemente esposto alla violazione altrui. È quindi logico che egli desideri partecipare ad una società in cui altri siano già riuniti o abbiano intenzione ad unirsi, per la sicurezza reciproca delle loro vite, libertà ed averi, che io definisco genericamente proprietà».

Ovviamente, come si è anticipato, in questo momento storico la proprietà svolge un ruolo fondamentale come fattore di aggregazione. Ed infatti: *«Quindi lo scopo ultimo e principale dell'associazione di uomini in società politiche e della loro sottomissione ad un governo, è il mantenimento della proprietà, che nello stato di natura è molto deficiente e precario».*

Di grande rilevanza, per capire esigenze che sono già chiare e rimangono nel tempo sì da essere ancora attuali, i principi che in tal modo emergono. È necessario che vi sia in una società politica *«una legge stabilita, fissa, conosciuta, ammessa, per comune consenso, come norma del diritto e del torto, e misura comune per decidere ogni contrasto sorto tra loro. In realtà, benché la legge di natura risulti evidente e intellegibile ad ogni creatura razionale, gli uomini, tuttavia, influenzati dai propri interessi, e nello stesso tempo ignoranti, perché non l'hanno studiata, non*

sono disposti a riconoscerla come legge la cui applicazione è obbligatoria anche nei loro casi particolari».

Si coglie nell'aggettivazione adoperata per qualificare la legge regolatrice dei rapporti (*stabilita, fissa, conosciuta, ammessa per comune consenso*) il tratto essenziale della disciplina legale. La legge è il frutto della volontà del corpo politico, deve presentare una sua stabilità per la certezza delle situazioni, vi devono essere idonei modi perché ciascuno la conosca per rispettarla, deve, infine, avere il necessario riconoscimento da parte dei destinatari, il che implica che occorre predisporre modalità per approvarla in grado di ottenere questo risultato.

La struttura del corpo politico mostra i tratti dell'organizzazione necessari per fornire risposta alle esigenze di un diritto certo ed applicabile. John Locke nota, così, che «..., nello stato di natura manca un giudice noto e imparziale, munito dell'autorità di decidere ogni diverbio in base alla legge stabilita. Infatti, essendo ognuno in quello stato sia giudice, sia esecutore della legge di natura, ed essendo gli uomini parziali riguardo a se stessi, si lasciano trascinare dalla passione e dalla vendetta giudicando con eccessivo calore i fatti propri, e con negligenza e trascuratezza i problemi degli altri». Ed ancora che: «..., nello stato di natura spesso manca un potere che appoggi e sostenga la sentenza quando è giusta, e le dia debita esecuzione. Coloro che offendono ingiustamente, raramente si astengono, quando si presenti l'occasione di usare la forza, dal menar per buona la loro ingiustizia: tale resistenza mette frequentemente in pericolo coloro che tentino di applicare la punizione».

«Quindi gli uomini, nonostante tutti i privilegi dello stato di natura, tutto sommato si trovano, permanendovi, in una condizione precaria, e desiderano presto entrare in società. È questo che li fa rinunciare tanto volentieri al diritto di punire, affinché sia esercitato solo da colui a cui abbiano dato l'incarico, in base alle norme convenute dalla comunità, o da un suo rappresentante. Da tutto ciò ha origine il diritto e il potere sia legislativo che esecutivo, come pure i governi e le società stesse».

Il passaggio illustra molto bene cosa si chiede ad un giudice, quale è la ragione della sua previsione in un sistema politico, quali devono essere le sue caratteristiche.

Innanzitutto queste ultime.

Un giudice «*noto ed imparziale*» coglie un tratto essenziale, e cioè la necessaria posizione di terzietà. Solo questa caratteristica rende un'autorità qualificabile come giudice e, come tale, dotato della capacità di decidere una controversia.

Ma il giudice deve compiere la sua opera applicando la legge. Egli, dunque, è ad essa sottoposto e da essa distinto.

Allo stesso modo, emerge che Egli deve emettere, sulla base della legge, una sentenza giusta. Solo così la sua decisione, riconosciuta dal corpo sociale, potrà essere applicata anche con la forza.

L'organizzazione del corpo politico prende forma distinguendosi le funzioni ed i titolari delle stesse (Governo, legislatore, giudice), i principi su cui basarsi, le finalità da perseguire. Si deve governare: *«in base a leggi fisse e stabilite, promulgate e note al popolo, e non in base a decreti occasionali, valendosi di giudici onesti e imparziali, che decidano le controversie secondo quelle leggi, impiegando all'interno la forza della comunità solo per applicare tali leggi, e, all'esterno, per prevenire o riparare torti esterni, garantendo la comunità da incursioni e invasioni. Tutto ciò deve mirare solo al fine di garantire la pace, la sicurezza ed il benessere pubblico».*

Emerge, seppur nei limiti di una rappresentanza politica collegata ad una classe sociale – quella borghese – il principio di uguaglianza e, quindi, l'esigenza che le leggi non creino privilegi, ma assicurino un trattamento eguale e lo facciano predisponendo regole generali valide per tutti. Di talché si deve governare *«... in base a leggi stabilite e promulgate, che non possano mutare a seconda dei casi, ma abbiano una sola norma per il ricco e per il povero, per il favorito a corte e per il contadino all'aratro. In secondo luogo, queste leggi non devono mirare ad altro che non sia il bene del popolo. In terzo luogo, esso non deve imporre tasse sulla proprietà del popolo, senza il suo consenso, o quello dei suoi deputati. Questo riguarda particolarmente solo quei governi il cui potere legislativo è sempre vigente, almeno nel caso che il popolo non abbia una parte del potere legislativo riservata ai suoi deputati, da lui ogni tanto eletti. In quarto luogo, il potere legislativo non deve, né può, passare la prerogativa di fare le leggi ad altri, o affidarla a chi non sia stato designato dal popolo».*

Si chiarisce, sempre più e meglio, il collegamento tra le libertà dell'individuo e l'organizzazione politica.

Montesquieu (1689-1755 – “Lo spirito delle leggi”), così, con precisione, evidenzia: *«CHE COS'È LA LIBERTÀ. È vero che nella democrazia il popolo sembra fare ciò che vuole: ma la libertà politica non consiste affatto nel fare ciò che si vuole. In uno Stato, cioè in una società regolata da leggi, la libertà consiste unicamente nel poter fare ciò che si deve volere e nel non essere costretti a fare ciò che non si deve volere. Occorre avere*

ben presente che cosa sia l'indipendenza e che cosa sia la libertà. La libertà è il diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono: infatti, se un cittadino potesse fare ciò che esse proibiscono, non avrebbe più libertà, poiché anche gli altri acquisterebbero un tale potere». E precisa: «Tuttavia un'esperienza di secoli mostra come qualsiasi uomo che si trovi ad avere il potere, sia portato ad abusarne, finché non gli vengano posti dei limiti. Chi lo direbbe! Persino la virtù ha bisogno di limiti».

La teoria dell'organizzazione di un corpo politico fondata su una necessaria distinzione delle funzioni e dei poteri che le esercitano deriva da una esigenza di garanzia e di tutela delle libertà. La chiarezza di Montesquieu è, al riguardo esemplare *«DELLA COSTITUZIONE INGLESE. Vi sono in ogni Stato tre specie di poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti, ed il potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto civile. Grazie al primo, il principe o il magistrato fa delle leggi per un certo tempo o per sempre e emenda o abroga quelle che sono già fatte. Grazie al secondo, fa la pace o la guerra, invia o riceve ambasciate, organizza la difesa, previene le invasioni. Grazie al terzo, punisce i delitti, o giudica le controversie dei privati. Chiameremo quest'ultimo potere giudiziario e l'altro semplicemente potere esecutivo dello Stato».*

«Quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura, il potere legislativo è unito al potere esecutivo, non esiste libertà; perché si può temere che lo stesso monarca o lo stesso senato facciano delle leggi tiranniche per eseguirle tirannicamente. E non vi è libertà neppure quando il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo. Se fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e sulla libertà dei cittadini sarebbe arbitrario: poiché il giudice sarebbe il legislatore. Se fosse unito al potere esecutivo, il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore».

«Poiché, in uno Stato libero, ogni uomo presumibilmente dotato di uno spirito libero deve governarsi da sé, bisognerebbe che tutto il popolo esercitasse il potere legislativo. Ma essendo ciò impossibile nei grandi Stati e soggetto a molti inconvenienti nei piccoli, occorre che il popolo faccia per mezzo dei suoi rappresentanti tutto ciò che non può fare da sé».

«Il grande vantaggio dei rappresentanti sta nel fatto che essi sono capaci di discutere i problemi di interesse pubblico. Il popolo non è per nulla adatto ad un tal compito, ed è questo uno dei grandi inconvenienti della democrazia. Non è necessario che i rappresentanti ricevano istruzioni particolari su ogni questione».

Nelle riportate parole del grande pensatore si è riassunto lo schema liberale di Governo che segna la frattura del monopolio del potere del sovrano. Ma vi è anche un altro grande tema che caratterizza questo periodo di enormi cambiamenti strutturali: quello della rappresentanza politica.

Montesquieu, come si trae dalle parole riportate, con assoluto pragmatismo, esplicita che l'ideale sarebbe che il potere legislativo, per il grande rilievo che ha, fosse esercitato dall'intero popolo. Questo garantirebbe la coincidenza della decisione con la volontà di tutti. Ma riconosce che ciò è impossibile o molto difficile. Di qui la necessità di rappresentanti politici che decidono in luogo del popolo, ma perché da quest'ultimo scelti.

Vi è un altro importante elemento da evidenziare e che sarà al centro della discussione politica nella Francia rivoluzionaria. Il rappresentante politico deve decidere senza ricevere istruzioni sulle singole questioni da parte degli elettori. Sarà uno degli elementi che caratterizzerà il mandato parlamentare, riconoscendosi agli eletti la libertà di decidere e votare secondo la loro volontà una volta appartenenti all'organo parlamentare.

L'indagine approfondita sul corpo politico ad opera di Jean-Jacques Rousseau (1712-1778 – “Il contratto sociale”) spiega, in modo ancora più preciso, la forza che tiene insieme i vari individui, le relazioni tra i diritti e gli interessi, la natura della coesione. Egli, così chiarisce: *«Trovare una forma di associazione che difenda e protegga con tutta la forza comune la persona e i beni di ciascun associato, e per la quale ciascuno, unendosi a tutti, non obbedisca tuttavia che a se stesso, e resti libero come prima. Questo è il problema fondamentale di cui il contratto sociale dà la soluzione».*

«Queste clausole, bene intese, si riducono tutte a una sola: cioè l'alienazione totale di ciascun associato con tutti i suoi diritti a tutta la comunità. Infatti, innanzi tutto, poiché ciascuno si dà tutto intero, la condizione è uguale per tutti, ed, essendo la condizione uguale per tutti, nessuno ha interesse a renderla onerosa per gli altri».

«Inoltre, essendo l'alienazione fatta senza riserve, l'unione è la più perfetta possibile, e non resta ad alcun associato niente da rivendicare; infatti, se restasse qualche diritto ai singoli, non essendovi nessun superiore comune che possa far da arbitro tra loro e la collettività, ciascuno, essendo in qualche caso il proprio giudice, pretenderebbe ben presto di esserlo sempre; lo stato di natura si perpetuerebbe, e l'associazione diverrebbe necessariamente tirannica e vana».

«Infine, chi si dà a tutti non si dà a nessuno; e siccome non vi è associato sul quale ciascuno non acquisti un diritto pari a quello che gli cede

su di sé, tutti guadagnano l'equivalente di quello che perdono, e una maggiore forza per conservare quello che hanno».

«Se dunque si esclude dal patto sociale ciò che non gli è essenziale, si troverà che esso si riduce ai termini seguenti: Ciascuno di noi mette in comune la sua persona e ogni suo potere sotto la suprema direzione della volontà generale; e riceviamo in quanto corpo ciascun membro come parte indivisibile del tutto».

«Infatti, ogni individuo può, come uomo, avere una volontà particolare contraria o diversa dalla volontà generale che egli ha come cittadino: il suo interesse particolare può parlargli in modo tutto diverso dall'interesse comune; la sua esistenza assoluta, e naturalmente indipendente, può fargli considerare ciò che egli deve alla causa comune come un contributo gratuito, la cui perdita sarebbe agli altri meno nociva di quanto il pagamento non sia gravoso per lui; e considerando la persona morale che costituisce lo Stato come un ente di ragione, dato che non è un uomo, egli godrebbe dei diritti del cittadino senza voler adempiere i doveri di suddito; ingiustizia, il cui sviluppo causerebbe la rovina del corpo politico».

«Perché dunque questo patto sociale non sia una formula vana, esso implica tacitamente questa obbligazione, che sola può dare forza a tutte le altre: che chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale, vi sarà costretto da tutto il corpo».

Il ruolo della legge nella costruzione del corpo politico rimane essenziale e se ne sottolinea sempre meglio la funzione di fondamentale decisione da assumersi nel rispetto dell'eguaglianza dei consociati. Si correla al rispetto dell'eguaglianza il suo contenuto che deve essere generale ed astratto.

Scrive Rousseau: *«Con il patto sociale abbiamo dato esistenza e vita al corpo politico: si tratta adesso di imprimergli il movimento e di dargli la volontà con la legislazione».*

«Ma che cosa è dunque una legge?».

«Quando dico che l'oggetto delle leggi è sempre generale, intendo dire che la legge considera i sudditi come corpo collettivo e le azioni come astratte, mai un uomo come individuo né un'azione particolare. Così la legge potrà stabilire che vi siano privilegi, ma non può darne nominativamente a nessuno; la legge può costituire diverse classi di cittadini, stabilire anche i requisiti che daranno diritto a queste classi, ma non può nominare i tali o i tal'altri per esservi ammessi; essa può stabilire un governo regio e una successione ereditaria, ma non può eleggere un re, né nominare una famiglia reale; in una parola, ogni funzione che si riferisca a un oggetto individuale non appartiene al potere legislativo».

«In base a questo concetto si vede subito che non occorre domandare ancora a chi spetti fare le leggi, poiché esse sono atti della volontà generale; né se il principe sia al di sopra della legge, poiché egli è membro dello Stato; né se la legge possa essere ingiusta, poiché nessuno è ingiusto verso se stesso; né in qual modo si possa essere liberi e insieme soggetti alle leggi, poiché esse non sono che registri della nostra volontà».

«Si vede anche che, dovendo la legge riunire in sé l'universalità della volontà e l'universalità dell'oggetto, ciò che un uomo, chiunque egli sia, comandi di testa sua non è una legge: e neppure quello che ordini il corpo sovrano su di un oggetto particolare è una legge, ma un decreto; non è infatti un atto di sovranità, ma di magistratura».

Ritorna, inevitabilmente, il tema della rappresentanza politica perché si tratta di cogliere il miglior modo per pervenire alla decisione. La difficoltà del tema si dimostra con tutta la sua evidenza se si considera la diversa posizione di Rousseau sulla rappresentanza: *«Le leggi non sono propriamente che le condizioni dell'associazione civile. Il popolo, soggetto alle leggi, ne deve essere l'autore; solo a coloro che si associano spetta di regolare le condizioni della società. Ma come le regoleranno?».*

«La sovranità non può essere rappresentata».

«Il popolo inglese crede di essere libero, ma si sbaglia di grosso; lo è soltanto durante l'elezione dei membri del parlamento; appena questi sono eletti, esso diventa schiavo, non è più niente. Nei brevi momenti della sua libertà, l'uso che ne fa merita di fargliela perdere».

«L'idea dei rappresentanti è moderna: essa ci deriva dal governo feudale, da questo iniquo e assurdo governo, nel quale la specie umana è degradata e il nome di uomo è disonorato».

«È chiaro che, nel potere legislativo, il popolo non può essere rappresentato; ma può e deve esserlo nel potere esecutivo, che non è che la forza applicata alla legge».

3. La Rivoluzione americana

Circa un secolo dopo gli eventi inglesi, saranno le rivoluzioni nelle Colonie inglesi in America e la Rivoluzione francese del 1789 a definire in maniera efficace il sorgere di un potere costituente, da intendersi come fondazione di regole nuove, e il passaggio da una esperienza statale ad un'altra.

Per le Colonie inglesi in America, il fenomeno trae origine dall'esi-

genza di affrancarsi dall'egemonia della madre-patria e, in particolare, di sottrarsi ad una imposizione tributaria che era decisa altrove.

Nell'esperienza di tali realtà, che poi costituiranno gli Stati Uniti d'America, il bisogno di affermare un ruolo di indipendenza rispetto alla terra d'origine e, nel contempo, di rivendicare, fortemente, diritti propri che richiedono tutela, sarà l'impulso primigenio per l'elaborazione delle prime Costituzioni. Se ne colgono i contenuti: anche in questo caso diritti di libertà e modelli organizzativi in funzione di processi decisionali correlati alle esigenze di un corpo sociale distribuito in vari Stati nel territorio americano.

L'esperienza costituzionale americana presenta, pertanto, una matrice originaria che deriva dal rapporto tra le Colonie e la madre patria Inghilterra: questo comporta che non si possa cogliere nell'assetto coloniale una struttura unitaria preesistente già organizzata. Prevale l'esigenza federativa e, quindi, la caratteristica contrattuale che, poi, porterà all'unione giuridica di realtà anche territorialmente differenziate.

La Dichiarazione d'indipendenza ben esprime il fermento di popoli che aspirano a un Governo da essi voluto in funzione di uguaglianza e di tutela dei diritti. È dato leggere *«Noi consideriamo verità di per sé evidenti che tutti gli uomini sono stati creati eguali, che il Creatore li ha dotati di alcuni diritti inalienabili; tra i quali la vita, la libertà e il perseguimento della felicità. Che per assicurare tali diritti, fra gli uomini vengono istituiti governi il cui giusto potere deriva dal consenso dei governati. Che ogni qualvolta una forma di governo diviene negatrice di tali fini, è nel diritto del popolo modificarla e abolirla e costituire un nuovo governo ponendolo sulle fondamenta di quei principi e organizzandone i poteri in quelle forme che possono apparire le più idonee ad assicurargli sicurezza e benessere»*. Ed ancora, si conclude *«Noi pertanto, Rappresentanti degli Stati Uniti d'America, riuniti in Congresso generale, appellandoci al Supremo Giudice dell'Universo per la rettitudine delle nostre intenzioni, nel nome e per l'autorità del buon popolo di queste Colonie, solennemente rendiamo di pubblica ragione e dichiariamo: che queste Colonie Unite sono, e per diritto devono essere, stati liberi e indipendenti; che esse sono sciolte da ogni sudditanza alla Corona britannica, e che ogni legame politico tra esse e lo Stato di Gran Bretagna è, e deve essere, del tutto sciolto; e che, come Stati liberi e indipendenti, essi hanno pieno potere di far guerra, concludere pace, contrarre alleanze, stabilire commercio e compilare tutti gli altri atti e le cose che gli stati indipendenti possono a buon diritto fare. E in appoggio a questa dichiara-*

zione, con salda fede nella protezione della Divina Provvidenza, reciprocamente impegniamo le nostre vite, i nostri beni e il nostro sacro onore».

4. La Rivoluzione francese

Diversa strutturalmente è la Rivoluzione alla quale si ascrive in maniera più chiara l'emersione di un potere costituente come contrapposizione al precedente regime, e cioè la Rivoluzione francese del 1789.

Intanto perché, in modo differente da quanto notato per le Colonie inglesi, vi è un'esperienza statale in Francia già definitasi nel tempo e vi è la Nazione francese, quale unità di un popolo organizzato che ha già tratti identificativi.

Diversa rispetto alla Rivoluzione inglese, perché quella francese, come è noto, è caratterizzata dalla violenta trasformazione del regime e, di conseguenza, dalla frattura netta rispetto agli schemi organizzatori statali preesistenti.

Il popolo francese riesce, attraverso il movimento rivoluzionario e, quindi, con la forza e la violenza, ad imporsi come titolare di un potere che è quello di dettare norme costituzionali antitetiche rispetto alle regole precedenti.

È in questo momento che il potere costituente assume i suoi tratti di maggiore evidenza, perché vi è la sostituzione di regime sulla base di nuovi riferimenti che rappresentano quanto condiviso dal popolo francese, protagonista della Rivoluzione.

La libertà, l'uguaglianza e la proprietà rappresentano i termini di riferimento e su di essi vengono costruite le nuove regole contrapposte, così, a quelle proprie del regime del Re e alle pretese del Clero, e formalizzate nella "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" del 1789.

Alcuni contenuti di tale Dichiarazione vanno ricordati:

Art. 1 – Gli uomini nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull'utilità comune.

Art. 2 – Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione.

Art. 6 – La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono

ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti.

Art. 16 – Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una Costituzione.

Art. 17 – La proprietà essendo un diritto inviolabile e sacro, nessuno può esserne privato, salvo quando la necessità pubblica, legalmente constatata, lo esiga in maniera evidente, e previo un giusto e preventivo indennizzo.

Nella Rivoluzione francese il ruolo protagonista della borghesia è netto. È la reazione violenta di una classe che, in quel determinato periodo, non vedeva riconosciuta una posizione coerente al contributo economico che offriva. Inevitabile che il fattore economico prevalga, così come è inevitabile che i proclamati principi di libertà e di uguaglianza risentano del fattore economico.

La borghesia rompe il potere concentrato nel sovrano e pretende di assumere la decisione politica. Una decisione affidata al rappresentante politico scelto con elezione.

A questo punto va considerato un aspetto essenziale.

Nel momento stesso in cui si afferma e si consolida, nell'esperienza dello Stato liberale, la rappresentanza politica come meccanismo idoneo a caratterizzare il potere, essa si propone come limitata in quanto non tutto il corpo sociale ha rappresentanti: inevitabilmente la classe che si è impadronita del potere – la borghesia, appunto – costruisce la rappresentanza tutelando i propri interessi con la limitazione del diritto di voto. Ecco perché si è di fronte ad una rappresentanza limitata ad una classe, con la conseguenza che l'organo che ne è espressione, il Parlamento, nel mentre assume a snodo del sistema, tenderà a produrre regole che definiscono i diritti e l'uguaglianza soprattutto in funzione di questa classe dominante.

Pur con questi evidenti limiti che comportano una parziale realizzazione delle finalità di tutela dei diritti e di garanzia dell'uguaglianza, lo schema di funzionamento che caratterizza lo Stato liberale si propone come meccanismo concettualmente valido, e, pertanto, destinato a durare nel tempo.

Esso colloca al centro del sistema un organo, il Parlamento, che, ricevendo la sua legittimazione dal corpo elettorale attraverso il voto, riesce a trasferire con sufficiente fedeltà la volontà di quest'ultimo in prodotti normativi (le leggi). Vi è in tal modo una presunzione di coerenza tra que-

sti prodotti normativi (leggi) e la volontà del corpo elettorale che si manifesta, nell'impossibilità di proporsi direttamente, attraverso l'organo eletto.

Parlamento (come *organo*) e legge (come *atto*), così, si raccordano attraverso la rappresentanza e la legge si pone come l'atto normativo del livello alto. È l'affermazione del *principio di legalità*, e cioè la necessità di una previa disciplina da parte della legge, che caratterizza questo schema ordinamentale e, conferendo alla legge una tale centralità, consente di pervenire ad una formula organizzativa statale strutturata sulla legge medesima. È di questo periodo, pertanto, accanto alla già osservata rottura del potere dall'alto, anche la rottura del potere concentrato esclusivamente nelle mani del sovrano. Esso è, dunque, qualitativamente diverso e va necessariamente diviso e distribuito perché, in questa maniera, si corrisponde ad un'esigenza di *garanzia*. L'elaborazione di Montesquieu, che, come è noto, ha prospettato la divisione dei poteri tra legislativo – esecutivo – giurisdizionale, è l'impianto teorico che supporta l'intera organizzazione. La legge, secondo tale ricostruzione, non può essere applicata da chi la elabora. Sicché il potere esecutivo, cioè quello governativo ed organizzativo, chiamato ad emanare i provvedimenti applicativi della legge, ed il potere giurisdizionale, al quale compete di giudicare secondo la legge, devono essere diversi dal produttore delle regole (legislative) e diversi tra loro.

Il principio di legalità permea, dunque, la forma di Stato liberale, nella quale si impone un istituto destinato poi a successivi, importanti, sviluppi, e cioè la riserva di legge. Con la riserva di legge, infatti, alcune materie vengono affidate esclusivamente alla disciplina della legge ed in tal modo si esclude in queste materie l'intervento dell'altro atto normativo che non deriva dalla competenza parlamentare ma da quella governativa, e cioè il regolamento.

La riserva di legge tutela gli interessi che, per i parlamenti liberal-borghesi dell'epoca sono i diritti di libertà personale (*habeas corpus*) e di proprietà (rivendicazioni tipiche della borghesia postrivoluzionaria). Questa matrice di garanzia e di tutela della riserva, pur in un significato molto diverso e in un quadro ordinamentale totalmente mutato, permane fino ai nostri giorni.

5. Stato liberale e Stato sociale

Il potere costituente nelle sue varie forme (Rivoluzione inglese, americana, francese) si è espresso ed affermato come manifestazione di vo-