

Capitolo II

Famiglie giuridiche e forme di Stato: diversità e convergenze

SOMMARIO: PREMessa. – SEZIONE I. LE FAMIGLIE GIURIDICHE: 1. Definizione e tipologie classificatorie. – 2. Razza, ideologia, tradizioni, religione, strutture giuridiche: alla base delle classificazioni di tipo assoluto. – 3. Il tempo e lo spazio: le famiglie giuridiche secondo le classificazioni relativistiche. – 4. Classificazioni *fuzzy* delle famiglie giuridiche. – 5. Famiglie giuridiche vs forme di Stato: la convergenza tra diritto comparato e diritto costituzionale comparato. – SEZIONE II. LE FORME DI STATO: 1. Il concetto di forma di Stato e i criteri di classificazione. – 1.1. Definizioni e criteri classificatori. – 1.2. Fenomenologie contemporanee. – 2. Una forma di Stato storica: lo Stato assoluto come prima forma di Stato moderno; dall'assolutismo allo Stato di polizia. – 3. Le forme di Stato originate dalla rivoluzione borghese (e derivate dal costituzionalismo). – 3.1. “*La richesse et les lumières*”: il ruolo della borghesia e l'oligarchia censitaria nello Stato liberale. – 3.2. Lo Stato di democrazia pluralista e lo Stato sociale. – 3.2.1. Democrazia rappresentativa, democrazia diretta e democrazia partecipativa: l'espressione del principio democratico. – 3.2.2. Federalismo, regionalismo: la prevalenza del tipo di Stato “istituzionalmente decentrato” (rinvio). – 4. Un ibrido: l'incorporazione delle culture autoctone nell'ambito delle forme di Stato con separazione di poteri (il *Caring State*). – 5. Dittature. – 6. La forma di Stato totalitaria. – 7. Il nazionalismo socialista arabo. – 8. La forma di Stato socialista e la nuova forma di Stato cinese. – 8.1. La forma di Stato socialista classica. – 8.2. La forma di Stato cinese socialista-liberista. – 9. Il fattore religioso nella classificazione delle forme di Stato. – 9.1. Religione e Stato. – 9.2. La forma di Stato teocratica e la teocrazia costituzionale. – 9.3. Le esperienze di Afghanistan e Iran; il Califato. – 10. Globalizzazione e metamorfosi delle forme di Stato contemporanee.

Premessa

Le carte costituzionali – sia quando ci sia rottura con il precedente ordinamento, sia nel caso in cui ne rappresentino un'evoluzione – riflettono (in tutto o in parte) i tratti caratterizzanti il sistema giuridico nel cui contesto si pongono come parametro supremo di riferimento. Le idee e i valori che ispirano l'avvento di una costituzione mutano rispetto al vecchio regime; tuttavia, la costituzione nuova deve necessariamente inserirsi in un quadro giuridico di rapporti, vincoli, facoltà, libertà, obbligazioni, ecc., che in genere sopravvivono alla nascita della nuova costituzione. La costituzione disegna i rapporti tra autorità e libertà; detta gli aspetti organizzativi fondamentali dell'assetto delle autorità pubbliche e formula i principi e i criteri a salvaguardia delle libertà dei singoli¹. Per il resto, si innesta

¹ V. cap. IV.

in un contesto giuridico che è tutt'altro che *tabula rasa*. La costituzione nuova deve fare i conti con il sistema giuridico preesistente: questo in parte resisterà all'avvento del nuovo ordine costituzionale (nella misura in cui risulterà compatibile con esso); in parte andrà incontro a cessazioni per incompatibilità o quanto meno a re-interpretazioni.

Questa constatazione sollecita a valutare, in primo luogo, gli elementi di ogni sistema giuridico che maggiormente – per loro stessa natura – offrono importanti riferimenti per una classificazione delle costituzioni: in particolare le forme di Stato, vale a dire quell'insieme di principi, istituti e disposizioni di rango e di rilievo costituzionale che qualificano il rapporto tra governanti e governati². Ma, soprattutto, ci induce a prestare attenzione anche al quadro di riferimento nel quale la costituzione si colloca. Ci si riferisce – oltre che ai dati storico-politici ed economici – anche agli elementi giuridici in senso largo, alla cultura giuridica dominante, alla tradizione giuridica, al ruolo del diritto in quella società, ai fattori di relazione tra la realtà civile, politica ed economica e l'impianto di regole giuridiche che la disciplina, e così di seguito. In sintesi, si tratta di prestare attenzione al sistema giuridico in senso ampio nel quale la costituzione è posta.

Gli elementi determinanti individuati da L. Constantinesco per classificare le famiglie giuridiche sono quelli più spesso utilizzati nelle proposte tipologiche più moderne³. Molti di tali elementi sono relativi al diritto pubblico/costituzionale, e sono stati individuati nei seguenti: a) la concezione e il ruolo del diritto nell'ambito dell'ordinamento considerato; b) l'ideologia e la dottrina, ufficiali o no, che incidono sul diritto e ne determinano i rapporti con il potere; c) i rapporti tra il dato (la realtà socio-economico-politico-storica) e il costruito (l'edificio giuridico che loro si sovrappone); d) la costituzione economica vigente nell'ordinamento giuridico. Essa domina i problemi della proprietà, della libera circolazione dei beni, dell'autonomia dei privati, della libera iniziativa economica, dei contratti e delle obbligazioni; e) la concezione e il ruolo dello Stato. Questo elemento si integra con il successivo; vale a dire, f) l'idea dominante relativa alle funzioni dello Stato, alle sue relazioni con il diritto, al principio di unità e pluralità del potere, al rapporto fra autorità e libertà fondamentali; in definitiva, la forma di Stato; g) il sistema delle fonti del diritto; h) l'interpretazione delle leggi e del diritto, la posizione del giudice e il suo ruolo nell'interpretazione; i) le nozioni e le categorie giuridiche fondamentali, come quelle che distinguono gli ordinamenti di *civil law* da quelli di *common law*.

Ciò giustifica la intersezione, che spesso anche se non sempre si realizza, tra le due categorie: famiglie giuridiche, da una parte, e forme di Stato, dall'altra. Prenderemo in esame, nella sezione I, le teorie sulla base delle quali si sono distinti i sistemi giuridici secondo una classificazione degli stessi in famiglie giuridiche; di seguito, nella sezione II, le forme di Stato.

² Sez. II di questo capitolo.

³ *Supra*, cap. I, § 7.

Sezione I – Le famiglie giuridiche

1. Definizione e tipologie classificatorie

Per “famiglia giuridica” si intende una classe omogenea entro cui raggruppare per finalità euristiche ordinamenti giuridici che presentano rilevanti tratti comuni. L’espressione “sistema giuridico” può definire l’ordinamento giuridico in senso stretto (che spesso nel moderno diritto occidentale si identifica con lo Stato), oppure l’ordinamento giuridico in senso lato, comprensivo cioè di quei fattori che “fanno sistema” con l’impianto più propriamente normativo e interagiscono/interferiscono con il medesimo (fattori sociali, politici, economici, storici, culturali, religiosi, ecc.)⁴. In queste pagine utilizzeremo questa espressione nel suo significato più ampio⁵. Alcuni elementi che queste classificazioni fanno emergere, in quanto caratterizzano determinati ordinamenti giuridici, presentano punti di convergenza con quelli degli ordinamenti costituzionali in senso stretto.

Le classificazioni delle famiglie giuridiche sinora operate dalla dottrina possono essere distinte a seconda degli elementi determinanti utilizzati per raggruppare i diversi ordinamenti giuridici: a) le classificazioni che assumono un parametro come assoluto ed esclusivo; b) le classificazioni che introducono il parametro della relatività, ma che conservano come attributo del parametro stesso il carattere della esclusività; c) le classificazioni che, pur essendo inquadrabili tra quelle di tipo relativistico, contemplano i criteri della prevalenza e della non esclusività.

Nel primo caso ci troviamo di fronte a classificazioni che costruiscono classi rigide, cristallizzate, impermeabili; nel secondo caso, le classificazioni mostrano sensibilità verso i fattori di contesto che interagiscono con l’ordinamento giuridico, ma non rinunciano al tentativo di elaborare classi tendenzialmente esaustive ed esclusive; nel terzo e ultimo caso, il raggruppamento degli ordinamenti giuridici in famiglie risponde a un parametro duttile: si scelgono i tratti più significativi e se ne verifica la loro posizione nei diversi ordinamenti; gli ordinamenti nei quali essi appaiono ricevere una posizione prevalente, vengono apparentati in famiglie giuridiche dai contorni “sottili”, vale a dire senza pretesa di esclusività⁶.

La globalizzazione dei fenomeni sociali, economici e politici ha contaminato anche i fenomeni giuridici. Infatti, la velocità con cui si registrano i trapianti giuridici e si diffonde la circolazione di modelli legali rende sempre più permeabili le pareti che separano i vari sistemi giuridici. Sicché le classificazioni sono costrette a ricorrere a parametri in grado di catturare fenomeni dotati di crescente flessibilità e dinamicità che determinano il carattere “misto” di numerosi ordinamenti giuridici. Per quanto le classificazioni nel campo del diritto comparato vadano smarrendo ogni velleità assiologica, tuttavia conservano una loro significativa utilità scientifica, offrendo al ricercatore una mappa dei fenomeni giuridici

⁴ Cfr. A. DE PRADA GARCÍA (ed.), monografico di *La Albolafia* “Entre filosofía, política y religión”, n. 4, 2015.

⁵ Sulle famiglie giuridiche e loro classificazioni v. la manualistica (specie di diritto privato) citata nella bibliografia di base. In particolare, in spagnolo, C. SIRVENT GUTIÉRREZ, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, 15ª ed., Porrúa, México, 2012.

⁶ V. cap. I, § 7.

che lo orienta nell'affollato e confuso intrecciarsi dell'esperienza giuridica.

La teoria delle famiglie giuridiche è stata elaborata grazie all'opera di comparatisti quali David, Arminjon, Nolde, Wolff, Zweigert, Kötz e altri, allo scopo di offrire una classificazione degli ordinamenti giuridici vigenti mediante un loro raggruppamento, appunto, per "famiglie". Alla base di questa teoria vi è l'esigenza di dare ordine a una quantità notevole di esperienze giuridiche tra loro assai diversificate e pur tuttavia portatrici dei caratteri rinvenibili in più d'una di esse. Evidentemente, una classificazione valida aiuta significativamente l'opera della ricerca comparatistica. Prova ne sia che il dibattito tra sistemologi non si occupa tanto dell'utilità di classificare gli ordinamenti giuridici in famiglie⁷, quanto piuttosto dei criteri in base ai quali si potrebbe ascrivere questo o quell'ordinamento a questa o a quell'altra famiglia giuridica.

2. Razza, ideologia, tradizioni, religione, strutture giuridiche: alla base delle classificazioni di tipo assoluto

Le teorie che sinteticamente illustreremo in questo paragrafo hanno in comune il fatto di muovere dalla determinazione di un parametro assoluto sulla base del quale procedere alla classificazione. Il tentativo svolto dagli studiosi che le propongono è stato quello di determinare un criterio o un insieme di criteri utili a distinguere, e dunque classificare, gli ordinamenti giuridici. L'assunto di queste teorie – che, al tempo stesso, ne rappresenta il tallone di Achille – è quello di stabilire un criterio (o un insieme di criteri) di classificazione determinato e assoluto; come se la realtà giuridica fosse semplificabile e riconducibile a parametri certi e determinati, che una volta dati si mantengono fermi e a carattere esclusivo.

Adhémar Esmein, nel 1900, distingueva gli ordinamenti giuridici in cinque gruppi: romanistico, germanistico, anglosassone, slavo e islamico. La finalità era quella di classificare la legislazione e i costumi giuridici di popoli differenti sulla base del criterio della originalità dell'ordinamento giuridico e della sua storia. Circa vent'anni dopo, Henri Lévi-Ullmann, basando la sua classificazione sul diverso valore delle fonti del diritto all'interno dell'ordinamento, distingueva un gruppo continentale, un gruppo dei paesi anglofoni e un gruppo dei paesi islamici. Un approccio antropologico, invece, si rinviene nel tentativo operato all'inizio del 1900 da Georges Sauser-Hall di distinguere gli ordinamenti giuridici sulla base della razza umana, ancorandosi all'assunto che l'evoluzione giuridica di un ordinamento presenta peculiarità proprie in relazione alle caratteristiche culturali di ciascuna razza. Distingueva quindi una famiglia giuridica indo-europea, una semitica, una mongola e una dei popoli ancora primitivi. All'interno della prima famiglia, proponeva ulteriori sottogruppi: induista, iraniano, celtico, greco-latino, germanico, anglosassone e lettone-slavo, con un approccio molto vicino alla linguistica evolutivista e comparata⁸.

Negli anni '50, contestano il ricorso a criteri esterni di classificazione Pierre Arminjon, Boris Nolde e Martin Wolff i quali, al contrario, prospettano una classificazione basata sui

⁷ Salvo alcune voci isolate che la mettono in dubbio: cfr. M. LUPOLI, *Sistemi giuridici comparati*, Esi, Napoli, 2001, p. 107 ss.

⁸ G. SAUSER-HALL, *Function et méthode du droit comparé: Leçon inaugurale, faite le 23 octobre 1912*, Kundig, Genève, 1913.

caratteri intrinseci agli ordinamenti giuridici. Secondo questa prospettiva devono essere tralasciati fattori non direttamente qualificabili come giuridici, quali la razza o la geografia, e si deve guardare ai tratti propri di ciascun ordinamento che si evincono da uno studio condotto con gli strumenti propri delle scienze giuridiche. Conseguentemente, giungono a prospettare una classificazione in sette gruppi: francese, germanico, scandinavo, inglese, russo, islamico e induista⁹.

La posizione di René David è nota in tutto il mondo. Egli critica le dottrine precedenti per il fatto che non offrono criteri classificatori veramente persuasivi. Gli unici elementi che a suo avviso possono essere utilizzati per una classificazione in famiglie giuridiche sono il criterio ideologico e quello tecnico-giuridico. Il primo criterio tiene conto del fattore religioso e filosofico proprio di ogni ordinamento, oltre che della struttura sociale, politica ed economica; il secondo guarda ad aspetti più tipicamente giuridici. David considera il primo criterio come quello determinante. Secondo la sua opinione il fattore tecnico-giuridico incide solo marginalmente sulla classificazione; ben più ampio significato assumono elementi quale la visione filosofica dominante o la concezione di giustizia radicata in quell'ordinamento. Sulla base di questo ordine di idee, distingue in un primo tempo cinque famiglie giuridiche (diritti occidentali, diritti sovietici, diritto musulmano, diritto induista e diritto cinese); successivamente restringe le classi a quattro: la famiglia romano-germanica, la famiglia di *common law*, la famiglia dei paesi socialisti, e raggruppa sotto l'etichetta "altri sistemi" gli ordinamenti di diritto musulmano, di diritto induista, di diritto dell'estremo Oriente, nonché quelli in via di sviluppo del continente africano¹⁰.

3. Il tempo e lo spazio: le famiglie giuridiche secondo le classificazioni relativistiche

Più recentemente (e cioè negli anni '80 del secolo scorso), Konrad Zweigert e Hein Kötz hanno rilevato che nella identificazione dei diversi ordinamenti nel mondo contemporaneo devono tenersi presente due principi: il principio della relatività per materie e il principio della relatività temporale.

In base al primo, la validità delle classificazioni in famiglie non può che essere riferita alle diverse branche del diritto. Per cui, se si guarda al diritto privato, un dato ordinamento può essere inserito in una data famiglia giuridica; mentre se la prospettiva si riferisce al diritto costituzionale, la collocazione classificatoria potrebbe essere diversa. Il principio della relatività temporale, per parte sua, implica la necessità di considerare il contesto storico; per cui un certo ordinamento potrebbe mutare la sua collocazione da questa a quella famiglia in relazione al tempo e alle circostanze storiche che lo attraversano. In altri termini, Zweigert e Kötz affermano la necessità di relativizzare ogni classificazione in famiglie giuridiche, svuotandole di pretese assolutistiche e assiologiche.

Quanto poi alla classificazione, essi ritengono che si debba far leva sugli "stili giuridici" di ciascun ordinamento e che lo studio del diritto comparato avrebbe come oggetto

⁹ P. ARMINJON, B.B. NOLDE, M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, cit., I, p. 49 ss.

¹⁰ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., p. 15 ss.

precipuo proprio l'individuazione dello stile giuridico di questo o quell'ordinamento. Il concetto di "stile", mutuato dalle scienze linguistiche e dalle arti figurative, trasposto sul terreno giuridico si concretizza attraverso alcuni fattori rilevabili in ciascun ordinamento; l'analisi di questi elementi e il riconoscimento dei loro tratti peculiari consente di determinare lo stile giuridico proprio di quell'ordinamento.

I fattori determinanti, secondo Zweigert e Kötz, sono cinque: l'origine storica e l'evoluzione di un ordinamento giuridico; il predominante e caratteristico modo di pensare dei giuristi; gli istituti giuridici particolarmente caratterizzanti; le fonti del diritto e la loro interpretazione; i fattori ideologici. Sulla base di tali elementi, viene prospettata una classificazione in otto famiglie giuridiche: 1) famiglia romanistica, 2) famiglia germanica, 3) famiglia scandinava, 4) famiglia di *common law*, 5) famiglia socialista, 6) famiglia dell'estremo Oriente, 7) famiglia islamica, 8) famiglia induista. A queste famiglie andrebbero poi aggiunti diversi sistemi ibridi, non classificabili, quali Québec, Louisiana, Scozia, Israele, ecc.¹¹.

4. Classificazioni fuzzy delle famiglie giuridiche

Ugo Mattei, intorno alla metà degli anni '90, disegna una nuova ipotesi di classificazione per famiglie giuridiche sulla base delle recenti acquisizioni della scienza del diritto comparato. Egli muove dall'assunto per cui ogni organizzazione sociale, ancorché primitiva, è una organizzazione giuridica. Il carattere della giuridicità infatti prescinde dall'esistenza della scrittura, dall'esistenza del legislatore, del giudice o del giurista. Inoltre sottolinea la necessità di abbandonare una visione eurocentrica degli ordinamenti; di riconoscere la diversità tra le organizzazioni sociali senza alcun predominio delle concezioni occidentali; di abbandonare una concezione unitaria di regola giuridica, come da tempo Rodolfo Sacco ha suggerito.

L'ipotesi che Mattei propone, dunque, prevede che i sistemi giuridici possano essere raggruppati, in base al criterio di prevalenza (*fuzzy*), in tre principali famiglie giuridiche: 1) la famiglia a egemonia professionale (*rule of professional law*); 2) la famiglia a egemonia politica (*rule of political law*); 3) la famiglia a egemonia tradizionale (*rule of traditional law*). Si tratta di una tripartizione non rigida, basata su un giudizio complessivo di "prevalenza" o di "egemonia"; in altre parole, i caratteri propri di ciascun ordinamento potrebbero essere ricondotti a più d'una famiglia, ma si sceglie il carattere o i caratteri in esso predominanti per determinare la collocazione classificatoria.

La prima famiglia, fondata sul *rule of professional law*, esprime la tradizione giuridica occidentale e include i due tradizionali gruppi di *civil law* e *common law*. La tradizione giuridica occidentale presenta una matrice unitaria fondata su due caratteri di base: a) la componente tecnico-giuridica si distingue dalla componente politica; b) la struttura concettuale del diritto è largamente secolarizzata. In altre parole, il diritto è concepito come un

¹¹ K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Grundlagen*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1971, trad. it. della 3^a ed. (Tübingen, 1984), *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 76 ss., trad. sp. *Introducción al derecho comparado*, Oxford U.P., México, 2002. Sulla convivenza, anche in India, di un diritto anglo-indù accanto a un diritto anglo-musulmano v. A. BORRONI, M. SEGHESSO, *Comparing Hybrid Legal Systems in India: Similarities in Diversity*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2016, p. 543 ss.

corpo autonomo rispetto alla religione, alla morale, alle regole sociali; esso è funzionale all'organizzazione sociale e alla risoluzione delle controversie; queste ultime sono composte sulla base di regole preesistenti, generali e astratte; sia i governanti che i governati sono soggetti alla legge.

La famiglia a egemonia politica (*rule of political law*) rappresenta una classe destinata a raggruppare temporaneamente quegli ordinamenti giuridici che conoscono una fase di evoluzione e/o transizione. Si tratta di ordinamenti nei quali il momento politico e quello giuridico non sono separati; non occupano, cioè, sfere autonome. Le scelte politiche restano nelle mani del potere politico e le soluzioni tecnico-giuridiche risentono dell'influenza del potere politico. Gli ordinamenti appartenenti a questa famiglia appaiono protesi verso il conseguimento di un obiettivo politico, dunque sono in fase di transizione; la loro stessa classificazione è pertanto segnata da questa condizione temporale.

Infine, la famiglia a egemonia tradizionale (*rule of traditional law*) ricomprende tutti quegli ordinamenti giuridici nei quali non vi è separazione tra diritto e tradizione religiosa o filosofica. Si tratta prevalentemente di ordinamenti appartenenti all'area orientale, nei quali, accanto a una organizzazione sociale giuridicamente strutturata, esiste una rilevantissima sfera di rapporti giuridici governata da regole diverse da quelle giuridiche¹².

La ricchezza degli elementi messi in luce dai sistemologi del diritto comparato mostra quanto sia rilevante il dato offerto dal pluralismo dei modelli giuridici; pur tuttavia il tentativo di offrire delle classificazioni – ancorché lacunose – sembra tutt'oggi ancora rilevante. Esse naturalmente non hanno valore in sé stesse, ma in quanto funzionali ad accrescere le conoscenze comparatistiche. Ove si rilevassero inutili sotto questo profilo, perderebbero la loro ragion d'essere.

5. Famiglie giuridiche vs forme di Stato: la convergenza tra diritto comparato e diritto costituzionale comparato

Le classificazioni in famiglie giuridiche hanno generalmente un valore relativo alla finalità conoscitiva che si persegue. Ad esempio, la distinzione tra *common law* e *civil law* perde la sua piena potenzialità esplicativa se la si impiega nel campo del diritto pubblico comparato. Si tratta di una distinzione, messa a fuoco negli studi di diritto civile comparato, che offre numerose chiavi di lettura per l'inquadramento di questioni comparatistiche; sul piano del diritto pubblico comparato, essa offre principalmente spunti utili nell'analisi delle fonti del diritto, ma non ha la stessa utilità in relazione ad altre aree di indagine. Il percorso di ibridazione avviato da tempo tra i modelli di *civil law* e di *common law* assume un significato di portata diversa nella sfera del diritto civile comparato, dove serve a inquadrare molti istituti privatistici, e in quella del diritto pubblico, ove in genere ci si limita a registrare, da una parte, la crescita di ruolo e spazio della legislazione negli ordinamenti di matrice anglosassone e, dall'altra, una evoluzione del valore della giurisprudenza negli ordinamenti continentali¹³.

¹² U. MATTEI, P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, cit., p. 56 ss.

¹³ V. cap. V, sez. III, § 3.

Zweigert e Kötz, come si è visto, opportunamente richiamano la necessità di tener conto nella sistemologia comparatistica di un principio di relatività per materie. Nel campo del diritto pubblico comparato, dunque, può risultare maggiormente proficua una classificazione degli ordinamenti giuridici in base alla forma di Stato, cioè in base agli elementi giuridici che qualificano il rapporto tra governanti e governati, tra autorità e libertà, se si ha di mira la conoscenza e la classificazione degli ordinamenti costituzionali contemporanei alla luce dei recenti processi di circolazione dei modelli costituzionali e delle dinamiche di rinverimento o marginalizzazione di caratteri tradizionali (religiosi e/o filosofici). A quest'ultimo riguardo basti pensare, da un lato, ai paesi di credo islamico, dove il fattore religioso è in forte ascesa; e, dall'altro, a quelli di cultura orientale, come Cina e Giappone, dove le concezioni tradizionali lasciano più o meno gradualmente il passo di fronte al fattore giuridico-politico.

Il concetto di famiglia giuridica non serve a spiegare tutte le realtà e, in particolare, non spiega la classe delle liberal-democrazie, che comprende sia il *common law* che il *civil law*, ma anche altre famiglie¹⁴. Sembra condivisibile la critica di Ancel, secondo cui non si può raggruppare una famiglia "di diritto occidentale", a livello di diritto comparato generale, perché troppe differenze sarebbero relegate nell'ombra. Ma questo non vale per la comparazione costituzionalistica, dove le similitudini trasversali alle famiglie superano e offuscano altre più radicali differenze, in relazione alle tassonomie proposte e agli elementi determinanti rinvenuti. Ciò significa che uno studioso che voglia approfondire i rapporti tra autorità e libertà – nel che sta l'elemento determinante del concetto di "forma di Stato" – può tenere a lato (se non serenamente ignorare) la distinzione tra diritto codificato e diritto giurisprudenziale, concentrandosi sull'esito delle rispettive produzioni di norme, ovvero la disciplina dei diritti e dei rapporti tra società e potere, prescindendo dalla loro origine (legislatore o giudici, formazione accademica, ecc.)¹⁵. Nondimeno, l'appartenenza all'una o all'altra famiglia è importante negli studi costituzionalistici storici, come pure in quelli dedicati allo sviluppo o alla tutela giurisdizionale dei diritti. Lo è pure quando, utilizzando il concetto di forma di Stato, si debba considerare la propensione a recepire le categorie liberal-democratiche da parte di ordinamenti la cui ideologia o cultura vi sono estranee. (Es.: forma di Stato teocratica/famiglie genericamente "orientali" o diritto africano o simili, secondo le classificazioni.)

C'è da ricordare poi il ruolo unificante delle costituzioni e del diritto internazionale o transnazionale, che ancor più sfuma le differenze, non solo tra quelle che per molti ancor oggi rappresentano le famiglie per antonomasia – *common law* e *civil law* – ma anche rispetto ad altre classi: si pensi ad es. a quelle che Mattei raggruppa nel "*political law*", o de Vergottini (classificando le forme di Stato) nello "Stato in via di transizione" o "della modernizzazione" (o altre definizioni). La globalizzazione (anche) giuridica tende a unifor-

¹⁴ Sull'avvicinamento tra le due famiglie cfr. V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2014. V. anche nt. 8 al cap. V, sez. I.

¹⁵ Nondimeno, l'appartenenza all'una o all'altra famiglia è importante negli studi costituzionalistici storici, come pure in quelli dedicati allo sviluppo o alla tutela giurisdizionale dei diritti e in generale delle relazioni della società col potere. Lo è pure quando, utilizzando il concetto di forma di Stato, si debba considerare la propensione a recepire le categorie liberal-democratiche da parte di ordinamenti la cui ideologia o cultura vi sono estranee. (Es.: forma di Stato teocratica/famiglie genericamente "orientali", o diritto africano o simili, secondo le classificazioni.)

mare il diritto soprattutto sui “piani alti”; lo studio del diritto comparato non può però ignorare il diritto vivente, limitandosi a registrare i cambiamenti formali delle costituzioni e la loro tendenziale omologazione o appiattimento sugli stereotipi delle liberal-democrazie. Il concetto di famiglia giuridica – specie se ancorato, come in molte proposte, non solo al modo di produrre il diritto, ma anche all’ideologia, al ruolo della religione, alla cultura, ecc. – offre la cornice indispensabile per circoscrivere le aree di microcomparazione, e per analizzare nel profondo l’effettività delle norme nel caso di comparazione macro¹⁶.

L’uso del concetto di famiglia giuridica si riflette in primo luogo sull’attività di ricerca costituzionalistica, soprattutto nella cernita degli ordinamenti che si vogliono indagare. Uno studio sul diritto di accesso agli atti che si articoli sulla base della distinzione *common law/civil law* non ha molto senso: salvo che sia dedicato solo agli aspetti processuali, probabilmente non darà esiti significativi. Assai peggio, però, una ricerca che pretenda di applicare concettologie liberal-democratiche a istituti di ordinamenti che appartengono a famiglie diverse (ad es., l’idea di “diritti umani”), non solo si rivelerà eurocentrica, ma in essa l’ideologia prevarrà sulla scientificità: il concetto di famiglia giuridica, e con esso la comprensione delle strutture profonde degli ordinamenti, mette in guardia da facili e acritici entusiasmi verso la possibilità di esportazioni e recezioni, e storicisticamente denuncia i rischi di simili operazioni.

Ciò naturalmente vale anche per i formanti dinamici (quanto meno quello normativo), ogni qualvolta sia in discussione l’importazione di istituti da ordinamenti ascrivibili a famiglie diverse, o, nel caso dei giudici, la motivazione (ricorrendo al diritto comparato) di una regola giuridica e la sua giustificazione. Il fenomeno oggi è per lo più unidirezionale, nel senso che generalmente sono gli ordinamenti a base tradizionale o “orientali” a imitare gli istituti occidentali. A questo riguardo, appare emblematico il caso della Cina: sul piano dell’ordinamento costituzionale, questo paese ha formalmente recepito concetti e principi propri della tradizione occidentale, come quelli di “diritti umani” e di “*rule of law*”, per poi svuotarli di qualsiasi valore sostanziale¹⁷. Sembra dunque enfatico parlare di *cross-fertilization*, se non per aree (addirittura più piccole delle famiglie) limitate. Ad es., è frequente che ordinamenti *civilian* – come quelli latinoamericani – importino istituti tipici della *common law* senza neppure porsi il problema della compatibilità. (I casi più conosciuti riguardano l’efficacia del precedente nella giurisprudenza.) Viceversa, in campo giurisprudenziale il dialogo ha maggiori caratteristiche di bi- (o pluri)direzionalità¹⁸.

¹⁶ V. cap. I, § 5.

¹⁷ V. sez. II, *passim*; cap. III, sez. II; cap. IV, § 3.

¹⁸ Vedi E. CUKANI, M. DICOSOLA, M. NICOLINI, G. POGGESCHI, *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per una costruzione di un “itinerario” geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Esi, Napoli, 2015.

Sezione II – *Le forme di Stato*

1. *Il concetto di forma di Stato e i criteri di classificazione*

1.1. Definizioni e criteri classificatori. – Come ricorda opportunamente B. Marquardt, «El ser humano ha vivido la mayor parte de su historia sin el Estado. Por lo menos el 99.5 por ciento de la misma»¹⁹. Quando si usa la parola “Stato”, le si dà sempre una connotazione moderna, identificandolo nel modello forgiato – sulla base dell’esperienza maturata in Europa dopo la pace di Westfalia (1648) – da G. Jellinek, quale ente dotato, da un popolo sedentario, di potere sovrano e originario, ovvero il dominio di un territorio da parte di un popolo²⁰. Che l’Europa abbia inventato lo Stato²¹ è revocato in dubbio da pochi, almeno nel senso che vi si dà oggi²². Anche il concetto di “forma di Stato” deve dunque poggiare sul senso comune attribuito comunemente alla parola “Stato”, nonostante il suo eurocentrismo e l’inconsistente rilievo dato alla frattura tra strutture sociali sedimentate e persistenti (come quelle tribali), e “forma” dello Stato che (in parte) le raccoglie. Emblematico appare il caso della Libia, formalmente uno Stato, di fatto l’unione di più tribù all’interno di confini tracciati artificialmente dal colonialismo, con un governo sul territorio che sino all’intervento occidentale per abbattere Gheddafi tale era, in assenza dell’elemento “popolo”, solo perché si basava sul compromesso e soprattutto la forza.

Con l’espressione “forma di Stato” si indica comunque l’insieme dei principi e delle regole fondamentali che, all’interno dell’ordinamento statale, disciplinano i rapporti tra lo Stato-autorità (vale a dire l’apparato di organi e soggetti pubblici cui l’ordinamento assegna il legittimo uso del potere di coercizione) e la comunità dei cittadini, intesi singolarmente o nelle diverse forme in cui si esprime la società civile²³.

¹⁹ V. l’eccellente opera in 3 volumi di B. MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, I, *Sociedades preestatales y reinos dinásticos*, Temis, Bogotá, 2012, p. 19.

²⁰ I tre elementi – popolo, territorio, governo – sono identificati da G. JELLINEK in *Allgemeine Staatslehre* (1905), 7ª ed., Gentner, Bad Homburg vor der Höhe, 1960, p. 433, trad. sp. *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, trad. it. *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1949, e su essi si basa la nota teoria sociologica di M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Mohr, Tübingen, 1922, trad. sp. *Economía y Sociedad. Esbozo de una sociología comprensiva*, 17ª ed. della 2ª ed. tedesca, Fondo de Cultura Económica, México, 2008, p. 1047 ss., trad. it. *Economia e società*, 4 voll., Comunità, Milano, 1981, nonché, quasi all’unanimità, l’intera dottrina.

²¹ W. REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Beck, München, 2007, p. 15.

²² V. però B. MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, I, *Sociedades preestatales y reinos dinásticos*, cit., p. 7, dove ricorda che «resultaría difícil comprobar que el sistema de dominio del Rey francés Luis XIV (1643 – 1715) fue más desarrollado que el del Emperador de China Kangxi (1662 – 1722)». V. anche dello stesso A. il vol. III, *El Estado de la modernidad temprana en Asia, África y las Américas*, Temis, Bogotá, 2014, p. 7. Nonché ad es., per una collocazione anteriore a Westfalia (è cioè nel XIII secolo in Sicilia con Ferdinando II), A. NAVAS CASTILLO, F. NAVAS CASTILLO, *El Estado constitucional*, Dykinson, Madrid, 2009; adesivamente (con ulteriori esempi dei secoli antecedenti), V. GARCÍA TOMA, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 4ª ed., Adrus, Lima, 2014, p. 58 ss.

²³ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., I, Cedam, Padova, 1975, p. 135, notava che la forma di Stato caratterizza «il rapporto fra chi detiene il potere e coloro che ne rimangono assoggettati, e quindi il vario modo di realizzarsi della correlazione fra autorità e libertà». Sulle forme di Stato: C. PINELLI, *Forme di Stato e*

La correlazione fra autorità e libertà, o se si preferisce fra governanti e governati, si è manifestata nel corso della storia in modo diverso e articolato a seconda del regime politico vigente, delle finalità di carattere generale che lo Stato si prefiggeva, nonché della “costituzione materiale”, vale a dire dell’insieme dei principi e dei valori dominanti che contrassegnano, in un dato momento storico, l’ordinamento statale.

Nello studio sulla forma di Stato, dunque, ciò che interessa è guardare a quel complesso di principi e regole fondamentali che reggono i rapporti tra le autorità statali dotate di potestà di imperio (cioè, di esercitare legittimamente la coercizione) e la comunità dei cittadini, la società civile, nelle sue diverse articolazioni (dal singolo individuo alle formazioni sociali). A seconda di come tali rapporti si strutturano, diversi saranno i fondamentali caratteri dello Stato, così come diverse saranno, di epoca in epoca, le finalità che l’ordinamento statale intende perseguire. Ci troviamo dunque di fronte a un concetto complesso e articolato, correlato ad altri fondamentali concetti, quali “regime politico”, “costituzione materiale”²⁴, e via di seguito, che impone sul piano metodologico di procedere necessariamente attraverso l’individuazione di formule sintetiche idonee a consentire una classificazione.

Per costruire una classificazione remunerativa sul piano euristico, è necessario ricorrere a modelli²⁵. Tali modelli non hanno finalità descrittive delle diverse esperienze storiche, risultando queste ultime assai più articolate e variegate; non avrebbe utilità in senso scientifico procedere a una classificazione sulla base della mera descrizione di una pluralità di sistemi costituzionali così come si danno nel concreto²⁶. Quanto alle forme di Stato, è necessario ordinare secondo criteri predeterminati i modelli che la dottrina ha individuato. I criteri che possono essere utilizzati sono diversi; secondo l’orientamento che si preferisce seguire, è opportuno combinare criteri basati sull’evoluzione storica e, al contempo, sulle caratteristiche costituzionalmente rilevanti del rapporto tra governanti e governati.

Le forme di Stato, dunque, possono essere ordinate sulla base della combinazione dei seguenti criteri: a) la relazione tra economia e diritto; b) le finalità che si propone lo Stato (esplicite per es. nello Stato socialista, implicite in quello liberal-democratico); c) il quadro dei principi, giuridici e non, che ispirano il rapporto tra Stato e società civile, tra sfera pubblica e privata; d) la determinazione del titolare del potere politico e delle modalità di legittimazione; e) l’affermazione o meno dei diritti di libertà e la previsione costituzionale delle garanzie della loro effettività; f) l’esistenza o meno di una costituzione e di un quadro di limiti posti ai go-

forme di governo, Jovene, Napoli, 2009; M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2016; C. TILLY (ed.), *The Formation of National States in Western Europe*, Princeton U.P., Princeton, 1974, trad. it. *La formazione degli stati nazionali nell’Europa occidentale*, il Mulino, Bologna, 1984; G. BURDEAU, *L’État*, Seuil, Paris, 1970, rist. 2009; P. LAUVAUX, *Les Grandes Démocraties contemporaines*, 3ª ed., Puf, Paris, 2004; J. CHEVALLIER, *L’État de droit*, Montchrestien, Paris, 1992.

²⁴ V. cap IV, § 1.

²⁵ V. cap. I, § 8.

²⁶ Piuttosto, i modelli giuridici rappresentano costruzioni artificiali destinate, attraverso opportune classificazioni, ad agevolare lo studio e la conoscenza di quei fenomeni della realtà giuridica che si presentano costituiti da una pluralità di elementi e condizionati da fattori complessi. Diversa è invece l’idea dei cosiddetti modelli costituzionali, vale dire quelle forme esemplari che si danno nella esperienza costituzionale comparata e che, per ragioni di differente natura, conoscono un processo di circolazione che non di rado finisce per qualificarli come modelli dominanti. *Supra*, cap. I, § 8.

vernanti nei riguardi dei governati²⁷. Si possono poi raggruppare secondo criteri diacronici o sincronici. Il punto di vista spaziale e quello temporale spesso non coincidono affatto.

La difficoltà di incasellare in classi rigide l'evoluzione delle forme di Stato è dimostrata dalle differenti categorizzazioni suggerite da storici, politologi e giuristi. Per qualcuno, lo Stato di polizia va ascritto alla tipologia dello Stato assoluto; per altri, rappresenta la prima forma di Stato di diritto. Alcuni autori considerano lo Stato sociale una forma evolutiva dello Stato democratico; altri lo etichettano come "categoria inutile"²⁸. Qualche studioso distingue lo "Stato costituzionale" da quello "democratico di diritto", qualcun altro invece lo riconduce a una sua evoluzione contingente. E così via. Ciò dipende, appunto, dall'individuazione degli elementi che di volta in volta si prendono in esame. In una sistemazione diacronica delle forme di Stato, tutto si complica perché, di solito (cioè a meno di eventi rivoluzionari), i vari fattori che si considerano prevalenti in ciascuna fase storica non compaiono tutti in un colpo, ma sono frutto di evoluzioni e stratificazioni; in più, non compaiono sempre, tutti, nello stesso posto. Può essere che un nuovo ordine si instauri in un paese (la Francia, l'Inghilterra, la Germania, ecc.), ma che in altri luoghi si affermi più tardi, in virtù della circolazione dei modelli, o non si affermi del tutto. Qualsiasi classificazione diacronica non può non tenere in conto anche il criterio spaziale, e viceversa. Inoltre, spesso, un nuovo ordine artificiale – come la stessa idea di "Stato" – può essere imposto da fuori (con il colonialismo o altre forme di conquista) su strutture a base tribale, per cui si registra una vistosa dissociazione tra queste ultime e la forma dell'organizzazione del potere.

Dipende, inoltre, da quanto si vuole semplificare la classificazione: può essere dicotomica ("forma di Stato democratica" e "tutte le altre"), o più articolata. Ad es., A. Di Giovine le classifica «grosso modo, in tre grandi categorie: gli Stati a democrazia matura, gli Stati a democrazia imperfetta, gli Stati non democratici»²⁹. I nomi dati alle classificazioni delle forme di Stato "non democratiche" sono vari: per alcuni la classe generale, comprensiva di tutte le forme non democratiche, è quella degli Stati autocratici, mentre lo Stato autoritario – sub-partizione dello Stato autocratico – raffigurerebbe un'esperienza storica limitata al periodo tra le due guerre mondiali; lo Stato autoritario però, nella sua versione "totalitaria", sarebbe rappresentato solo dall'ordinamento nazional-socialista tedesco, restandone escluso quello fascista, al quale difetterebbero taluni elementi caratteristici della classe. A loro volta la dittatura e altri modi di esercizio autoritario del potere dovrebbero

²⁷ Cfr. M. VOLPI, *Le forme di Stato*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 5ª ed., Giappichelli, Torino, 2016, p. 255 ss. (il quale però non considera i due primi elementi elencati in testo).

²⁸ M.S. GIANNINI, *Stato sociale: una nozione inutile*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, I, Giuffrè, Milano, 1977, p. 139 ss.

²⁹ «Nella prima categoria vanno fatti rientrare i paesi che soddisfano appieno i parametri di quella che Dahl ha definito poliarchia (effettivo godimento da parte dei cittadini delle libertà costituzionali, pluralismo partitico e dell'informazione, elezioni libere e competitive, indipendenza e autonomia del potere giudiziario ...); nella seconda categoria si può collocare il gruppo di paesi che sono stati definiti come democrazie illiberali (Zakaria) o regimi ibridi (Diamond), paesi nei quali si assiste alla nascita di un nuovo tipo di regime autoritario, che combina pratiche elettorali (spesso non limpide) e un limitato pluralismo – c.d. democrazia di facciata – a una continua violazione dei diritti umani e a un monopolio del potere politico nelle mani di ristrette oligarchie o addirittura di un uomo solo; fra gli Stati non democratici vanno infine annoverati i regimi a partito unico, le dittature militari, i regimi personali, quelli comunisti, le monarchie assolute e i regimi teocratici»: così A. DI GIOVINE, voce *Forme di Stato*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di Diritto pubblico comparato*, cit., p. 147.

essere inquadrati nella forma di Stato autocratica, ma non in quella totalitaria³⁰. Buona parte di queste partizioni assumono a metro di misura la maggiore o minore lontananza con la “democrazia” odierna, unica misura di paragone.

Ciò rende complicato anche distinguere le classificazioni storiche da quelle contemporanee. Ad es. (per usare terminologie diffuse e affermate), mentre lo Stato assoluto, nella sua configurazione classica, è una categoria esaurita, lo Stato autocratico permea tutta la storia dell’umanità sin dall’antichità, almeno nella sua versione “dittatura”. Pure la classificazione qui proposta è perciò meramente indicativa, *fuzzy*, ancorata non solo agli elementi appena sopra elencati, ma anche ad altri che possono essere considerati essenziali nella categorizzazione storica, secondo il grado di prevalenza.

Quanto va chiarito è che mettere in una sola classe residuale tutti gli ordinamenti che non conoscono la separazione dei poteri significa utilizzare quest’unico elemento per classificare le forme di Stato, e accantonarne altri, che non sono meno significativi: in particolare, la relazione tra società e istituzioni (e dunque il legame tra il potere e la sua base), e le finalità (assai distinte nello Stato socialista, in quello totalitario, nelle autocrazie nazionaliste, nelle dittature). La distinzione delle forme di Stato non corre *solo* sul filo della divisione dei poteri, ma *anche* di questi elementi, che inducono a considerare forme di Stato a sé stanti varie fenomenologie che condividono un elemento comune importante (la concentrazione del potere), ma si discostano fra loro se si considerano ulteriori elementi classificatori.

Tra essi, particolarmente significativi sono l’organizzazione in base a elementi territoriali percepiti come appartenenti a una comunità stanziata nel territorio denominato “Stato”, e la condivisione di culture unificanti. Il concetto di “Stato” in senso occidentale può essere percepito come una sovrastruttura mai veramente assorbita e metabolizzata (come nel caso della Libia, dell’Iraq o di altre regioni del vicino o del medio Oriente). Ciò spiega ampiamente la dissociazione tra struttura formale e struttura materiale della forma di Stato, ma soprattutto spiega che l’autocrazia che permea alcuni Stati va interpretata (e classificata) in modo radicalmente diverso da altre forme di autocrazia, giustificate in base alle finalità (es.: forma di Stato socialista, forma di Stato totalitaria), oppure a esigenze contingenti (dittature).

La forma di Stato con divisione dei poteri, dalla quale di solito muovono tutte le classificazioni delle forme di Stato, è l’esito di un’evoluzione i cui elementi principali sono di volta in volta lo Stato (e non la tribalità) e l’adesione o meno a teorie sottostanti (come l’illuminismo e il costituzionalismo). Questo approccio peraltro è ampiamente giustificato dalla *vis expansiva* che hanno avuto sia il concetto di “Stato”, sia, più tardi, le teorie che lo supportano.

C’è ampia discrezionalità nel creare classi e nel dar loro un nome: sicuramente, la forma di Stato che si può definire “autocratica” ricomprende esperienze storiche che hanno delineato e delineano un rapporto tra governanti e governati ispirato a criteri contrapposti a quelli fondanti lo Stato democratico; anzi, il nome è corretto ed evocativo di un elemento significativo, che non può essere ignorato: la concentrazione del potere. Per le ulteriori partizioni, è però preferibile distinguere tra esperienze totalitarie ed esperienze autocratiche residuali – incluse quelle autoritarie in senso stretto – tra le quali spicca la dittatura; inoltre, restano comunque fuori da una partizione dicotomica e generica la forma di Stato

³⁰ Cfr. M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, cit., p. 27 e, per l’esclusione del fascismo dal totalitarismo, *Id.*, *Le forme di Stato*, cit., p. 270. V. anche *infra*, cap. VIII, § 3.2.

socialista (dalla quale però va distinta la nuova forma di Stato cinese), come pure quella teocratica, presentando esse caratteristiche loro proprie, a prescindere dal rifiuto del modello democratico tradizionale. Così pure è da mettere in un insieme a sé stante la categoria delle autocrazie nazionaliste. In embrione, date le loro caratteristiche relative al rapporto tra potere e società, sono da tenere presenti tra le forme di Stato a poteri divisi anche alcuni esperimenti di “*Caring State*”, pur se *in itinere*.

Ricondurre tutte le esperienze diverse da quelle forgiate dal costituzionalismo occidentale a un *unicum* è frutto di una visione eurocentrica e assolutistica. Non si può, insomma, costringere tutte le varianti delle “forme di Stato” senza divisione del potere in subpartizioni, o nella mera formula delle “forme di governo” di una generica forma di Stato chiamata di volta in volta autoritaria o autocratica. Le forme di governo infatti, come vedremo³¹, sono determinate dalle relazioni tra gli organi che si dividono il potere. Nei casi appena elencati e che ora approfondiremo, dove il potere è concentrato, si tratta invece di distinguere anche in base al rapporto tra istituzioni e società, e in base alle funzioni assolute, il che riguarda la forma di Stato.

La concentrazione del potere è un fenomeno diffuso, non solo nell’antichità e sino all’elaborazione della divisione operata da Montesquieu, ma anche in epoca contemporanea. Parte degli ordinamenti giuridici del mondo si regge infatti ancora oggi (e specialmente si è retta sino agli anni ’80) con sistemi di potere che poco hanno a che vedere con la sua divisione. In particolare, nel tempo e nello spazio la versione di concentrazione del potere più diffusa e immarcescibile è la dittatura (che pure conosce numerose varianti)³².

1.2. Fenomenologie contemporanee. – Nell’era contemporanea, durante il XX secolo si sviluppano alcune esperienze di Stati in aperta contrapposizione agli ideali e ai valori dello Stato liberale. Forme di Stato autocratico si affermano in Europa in risposta alla crisi dello Stato liberale; in particolare, le esperienze più rilevanti sono rappresentate da alcuni regimi che si sono imposti tra le due guerre mondiali: il regime dell’Italia fascista (1922-1945) e il regime della Germania nazionalsocialista (1933-1945) (ai quali vanno aggiunti il regime franchista in Spagna e, per certi aspetti, anche quello di Salazar in Portogallo)³³. A esse si contrappone la forma di Stato socialista a seguito della Rivoluzione russa del 1917. La concentrazione del potere assume poi anche altre forme.

Lo Stato totalitario – come peraltro le dittature – presenta come base sociale di riferimento la piccola borghesia (ma anche quella alta e, di volta in volta, latifondisti, la casta militare); si ispira a una ideologia illiberale e non pluralistica e, sul piano istituzionale, dà vita a un sistema di potere autoritario. In conseguenza della natura non pluralistica del sistema (o regime), la direzione politica del paese è saldamente posta nelle mani del capo del Governo, comunque denominato. Il Parlamento (o altri tipi di assemblea rappresentati-

³¹ Cap. VIII.

³² V. *infra*, § 5, e cap. VIII, § 3.1.

³³ F. FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, A.M. HESPANHA, *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Klostermann, Frankfurt a.M., 2008; C. MOLINERO, *La anatomía del franquismo: de la supervivencia a la agonía, 1945-1977*, Crítica, Barcelona, 2008; J. TUSSEL, *Spain, from Dictatorship to Democracy: 1939 to the Present*, Blackwell, Malden, 2007; A.C. PINTO, *Salazar’s Dictatorship and European Fascism: Problems of Interpretation*, Columbia U.P., New York, 1995.

va della società) si colloca in una posizione subordinata all'esecutivo, quando addirittura non viene abolito o sospeso: è il Governo che, in tali regimi, rappresenta il partito al potere, e dunque è il Governo (o comunque la giunta militare) che legifera tramite decreti con forza di legge o regolamenti nelle materie a esso riservate. La costituzione preesistente all'avvento del regime resta a volte formalmente in vigore, ma è, di fatto, gradualmente superata da un insieme di leggi e di convenzioni che, nella versione totalitaria, scaturiscono dalla progressiva integrazione tra Stato e partito unico. C'è una forte concentrazione del potere nell'apparato centrale dello Stato: le autonomie territoriali vengono soppresse oppure sono presiedute da organi monocratici non elettivi, affidati a funzionari statali. In questo quadro il principio dello Stato di diritto è del tutto assente, i diritti politici sono negati, le opposizioni repressi, i diritti civili fortemente limitati³⁴.

Anch'essa in reazione alla crisi dello Stato liberale, la Rivoluzione russa del 1917, e la successiva costituzione dell'Unione delle Repubbliche socialiste sovietiche (URSS) del 1922, hanno dato origine allo Stato socialista che, dopo la seconda guerra mondiale, si è diffuso in diversi paesi dell'Europa centro-orientale, in Asia (Repubblica popolare cinese del 1949), e a Cuba (Rivoluzione castrista del 1959). La caduta dei regimi comunisti in Europa e il disfacimento dell'URSS, agli inizi degli anni '90, seppure abbiano messo in luce tutti i limiti della forma di Stato socialista, non ne hanno determinato l'estinzione; infatti, il modello è ancora diffuso in alcuni Stati asiatici (Cina, anche se con importanti varianti, Vietnam, Cambogia, Corea del Nord, Laos), oltre che nella Repubblica di Cuba.

Così pure, in conflitto con la forma di Stato liberal-democratica si trova la forma di Stato teocratica, ma anch'essa ha connotati assai peculiari, come pure tali connotati presentano le autocrazie nazionaliste (specie arabe). Cosicché, come categoria residuale di forma di Stato si pone solo la dittatura, mero esercizio di potere basato sulla forza.

In sintesi, dopo quelle esaurite, le forme di Stato che considereremo sono: quella liberale, evolutasi nella democratico-pluralista (o liberal-democratica, o che dir si voglia – la parola “democratica” è quella più in voga nel linguaggio comune ma anche in quello scientifico non solo giuridico³⁵ –), con la variante del “*Caring State*”; quella autocratica/autoritaria in senso stretto (dittature); quella totalitaria; le autocrazie nazionaliste (contrassegnate, come vedremo, da un particolare rapporto tra base sociale e autorità, oltre che da finalità distinte da quelle che si propongono altre forme di Stato); quella socialista classica e quella cinese; quella teocratica.

³⁴ V. ad es. M. GOBBO, voce *Stato autocratico*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., p. 243 s.: «si può pertanto definire “autocratico” quel modello, considerato sia sotto il profilo delle forme di Stato che delle forme di governo, nel quale il potere a) non è legittimato da un rapporto di rappresentanza politica; b) è solitamente concentrato o confuso in capo a un unico soggetto istituzionale, sia esso una persona fisica, un organo o un partito politico; c) anche laddove acquisito in modo legittimo, viene successivamente imposto nei confronti dei governati. In altre parole, per autocrazia intendiamo il *genus* che ricomprende, oltre all'autoritarismo (nel quale, per certi versi, si identifica) diverse *species* distinte, quali la dittatura e il totalitarismo».

³⁵ Per l'uso di definizioni classificatorie onnicomprensive, si vedano ad es. (con approccio interdisciplinare al tema) A. LIJPHART, *Democracies*, Yale U.P., New Haven, 1984, trad. it. *Le democrazie contemporanee*, il Mulino, Bologna, 1988; P. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Puf, Paris, 2004. In chiave critica: L. PEGORARO, *Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo*, in *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, p. 249 ss. e in *Rev. latino-am. est. const.*, n. 16, 2014.

2. Una forma di Stato storica: lo Stato assoluto come prima forma di Stato moderno; dall'assolutismo allo Stato di polizia

L'analisi convenzionale delle forme assunte dal potere politico dimostra che lo Stato in senso proprio appare sullo scenario europeo solo con la nascita degli Stati-nazione, a partire dalla seconda metà del XIV secolo. È da questo momento che possono delinearsi le diverse forme di Stato che nel tempo si sono succedute³⁶.

Nella fase storica precedente, l'ordinamento feudale che pervade l'Europa a partire dal IX secolo riflette la struttura sociale dell'epoca: comunità di ridotte dimensioni, tendenzialmente isolate l'una dall'altra, basate su un'economia agricola autosufficiente e su un mercato di scambio in natura. Non c'è lo Stato perché non c'è un potere politico in senso proprio. L'autorità è incarnata dal signore (o Re) in quanto proprietario della terra su cui si svolge la vita della comunità contadina; l'ordinamento che viene instaurato non persegue finalità pubbliche, ma piuttosto si concretizza nella salvaguardia della proprietà terriera del Signore, nella difesa armata verso l'esterno a tutela della sicurezza dei membri della comunità e nella disciplina dei rapporti di tipo privatistico-contrattuale che si instaurano tra il Re e i feudatari, nonché tra questi e i sudditi. Si tratta in buona sostanza di un "ordinamento giuridico a regime patrimoniale" privo del carattere della politicità: esso non si prefigge la cura degli interessi generali della comunità³⁷. In un sistema siffatto, il criterio prevalente che reggeva i rapporti giuridici tra privati, e dunque le loro obbligazioni e le loro pretese, era il principio della personalità del diritto. Ciascun individuo regolava i propri rapporti giuridici sulla base delle regole della propria *natio*, la comunità di appartenenza.

Questo criterio andò col tempo adeguandosi al sorgere dei nuovi ceti, specie con la ripresa dei commerci e la nascita delle città: i mercanti si fanno portatori di un diritto consuetudinario (*lex mercatoria*) che travalica i territori e si configura tendenzialmente come un diritto universale, affiancando il *jus commune* (il diritto romano reinterpretato) e il *jus proprium* (il diritto dei regni, dei comuni, delle corporazioni). Dunque la pluralità degli ordinamenti si registra a diversi livelli dell'organizzazione della società feudale; pluralità che, tuttavia, si traduce in una frammentazione dei centri di potere.

A partire dalla seconda metà del XIV secolo, si affaccia sullo scenario europeo una nuova forma di organizzazione sociale che si contrappone alla frammentazione della società feudale: sotto la spinta dei Re si avvia un processo di unificazione di ampi territori sotto il dominio di un'unica autorità sovrana. Si tratta dei primi Stati-nazione che si formano in Inghilterra, in Francia e in Spagna. Questo modello di organizzazione si contrappone, in una prima fase, a quelle forme di organizzazione della società di dimensione territoriale minore: le Repubbliche olandesi, la Repubblica veneziana, i principati, ducati e vescovati italiani, i regni e i principati tedeschi. Nel XVI secolo potevano ancora annoverarsi

³⁶ Per una critica a questa interpretazione, nonché alla stessa natura "assoluta" dello Stato-nazione, v. B. MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, II, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, Temis, Bogotá, 2013, p. 21 ss., che dubita della validità dei modelli proposti dalla "línea de los autócratas" quali Machiavelli, Bodin, Hobbes, e suggerisce più originali chiavi interpretative quali la "civilización agraria", l'introduzione delle armi da fuoco, la "estructuración integradora de la nobleza", il "temor a amenazas militares externas", "la implosión del sistema dinástico en Europa" (p. 29 ss.).

³⁷ C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Cedam, Padova, 1973, p. 9 ss.

in Europa circa 500 unità minori, a fronte di poche decine di Stati³⁸.

Al termine della guerra dei trenta anni (1648), gli Stati europei stipulano la pace di Westfalia; atto con il quale per la prima volta si riconoscono reciprocamente quali enti indipendenti gli uni dagli altri ed equiordinati, ponendo con ciò le basi del diritto internazionale pubblico. Inoltre, con tale trattato si afferma l'idea di un'organizzazione della convivenza sociale secondo il modello dello Stato-nazione.

La forma di Stato che si delinea in questa prima fase storica è quella dello Stato assoluto, il quale si caratterizza per i seguenti elementi: anzitutto, la rivendicazione dell'indipendenza verso autorità esterne allo Stato (gli altri Stati, il Papa, l'Imperatore), si traduce – sul versante interno – nell'affermazione di un potere assoluto accentrato nelle mani del Re: la sua autorità è di origine divina e si trasmette per via ereditaria; egli è titolare del potere esecutivo e del potere legislativo. Le assemblee rappresentative di origine medievale svolgono una funzione meramente consultiva; i loro membri non hanno un ruolo assimilabile alla rappresentanza politica; piuttosto, essi esprimono interessi corporativi sulla base di un mandato vincolante. I giudici, nominati dal Re, amministrano la giustizia in nome del sovrano assicurando – almeno per alcune materie – uniformità di giustizia in tutto il territorio dello Stato³⁹.

Tuttavia, la pretesa esclusività della produzione normativa e dell'amministrazione della giustizia da parte del Re incontra diverse resistenze a livello locale: in molti luoghi è ancora radicata la forza del diritto consuetudinario e alcune questioni restano affidate alla giustizia amministrata dagli organi rappresentativi dei ceti e delle corporazioni. Dunque, seppure assoggettati al principio di autorità del sovrano, permangono diversi ordinamenti minori di tipo corporativo di origine medievale.

In questo scenario, gradualmente lo Stato va assumendo la conformazione di un ente impersonale, che fa capo al sovrano ma è distinto dalla sua persona. Il Re, o meglio la Corona, è investita di un potere assoluto, perpetuo e indivisibile, che Jean Bodin qualifica come "sovranità" (1576). Dunque la Corona, organo dello Stato, si distingue dalla persona del Re. Essa risponde alle leggi sulla successione che, insieme alle leggi naturali e di origine divina, assicurano la continuità del trono. Leggi cui la stessa persona del Re non può sottrarsi, mentre per il resto è *legibus solutus* (da cui l'espressione "assoluto"). Lo Stato assoluto, infatti, non può in alcun modo essere qualificato come "Stato costituzionale" per il fatto che, salvo che per i vincoli di successione, nonché di origine naturale e divina, il Re non conosce limiti al suo potere. Nell'arco di tempo che vede l'evolversi dello Stato assoluto, possono distinguersi due fasi: quella dell'assolutismo empirico e quella dell'assolutismo illuminato⁴⁰.

L'assolutismo empirico (XVI-XVIII secolo) è caratterizzato da una permanente so-

³⁸ Sulle diffuse eccezioni allo Stato-nazione cfr. B. MARQUARDT, *Historia mundial del Estado*, II, *El Estado judicial de la paz interna en Europa (siglos XVI-XVIII)*, cit., spec. pp. 47 ss., 113 ss., 266 ss.

³⁹ Una sintesi in A. RAMOS TAVARES, voce *Stato assoluto*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., p. 243; H. PIRENNE, *Histoire de l'Europe. Des invasions au XVI siècle*, Alcan-Nse, Paris-Bruxelles, 1936, trad. it. *Storia d'Europa dalle invasioni barbariche al XVI secolo*, Sansoni, Firenze, 1956; P. ANDERSON, *Lineages of the Absolutist State*, Verso Books, London-New York, 1979, trad. it. *Lo Stato assoluto. Origini e sviluppo delle monarchie assolute europee*, Il Saggiatore, Milano, 2014; R. MOUSNIER, *La costituzione nello Stato assoluto. Diritto, società, istituzioni in Francia dal Cinquecento al Settecento*, Esi, Napoli, 2002; H. MÖLLER, *Stato assoluto o stato nazionale: la Germania dal 1763 al 1815*, il Mulino, Bologna, 2000.

⁴⁰ C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, cit., p. 16.

vrapposizione tra finalità pubblicistiche e finalità privatistiche dello Stato; lo Stato appare ancora come un'entità patrimoniale ("Stato patrimoniale"), nella quale non esistono diritti ma pretese di tipo privatistico-patrimoniale in capo a chi vanta titoli di proprietà⁴¹.

Dalla fine del XVIII secolo, si apre la fase da alcuni denominata dell'assolutismo illuminato (in particolare in Austria e in Prussia), nel corso della quale si afferma una concezione politico-pubblicistica dello Stato, e che pone al centro un diverso rapporto tra monarca e apparato statale. Beni e attività pubbliche sono così riferiti allo Stato, quale entità impersonale, soggetto artificiale, virtualmente perpetuo, al quale viene imputato l'intero complesso delle funzioni pubbliche. Tali funzioni sono preordinate alla realizzazione di interessi pubblici, primo fra tutti il benessere dei sudditi: è il c.d. Stato di polizia, dal termine greco *pólis*.

Per il perseguimento di tali finalità pubblicistiche, lo Stato deve darsi un apparato di organi e strutture che traduca nel concreto gli intendimenti del sovrano: lo "Stato-apparato", che è distinto dalla comunità dei sudditi e, in relazione a essi, si articola in tre grandi branche: un corpo amministrativo-burocratico (funzionari pubblici stipendiati); un esercito permanente (soldati di professione integrati di volta in volta da coscritti); un sistema articolato e territorialmente esteso di esazione dei tributi, necessari a finanziare i costi dell'apparato preposto al conseguimento dei pubblici interessi⁴².

Il processo di transizione che porterà all'affermazione dello Stato liberale ha diverse delle sue ragioni nelle vicende economiche e sociali degli Stati. Con lo Stato assoluto, il commercio e i mercati avevano assunto una dimensione nazionale che progressivamente si era andata sostituendo alle unità economiche locali e autosufficienti. Le nuove politiche mercantilistiche degli Stati e il loro intervento nell'attività economica favorivano il profitto degli individui e lo sviluppo di una borghesia capitalistica. L'affermarsi della borghesia come classe sociale portò con sé l'idea che la differenza tra gli individui non fosse dettata dallo *status* (l'appartenenza o meno al ceto aristocratico) ma, data per assunta l'eguaglianza giuridica, la differenza veniva fatta derivare dalla condizione economica: il possesso o meno di capitali. Le relazioni nella società borghese, dunque, registrano una crescente competizione e contrapposizione tra interessi economici, insieme a una graduale ma incessante tendenza all'egemonia della stessa borghesia.

Per altro verso, l'aristocrazia governante dello Stato assoluto si trova a fronteggiare una crisi finanziaria senza precedenti: il costo dell'apparato burocratico e militare, da un lato, e la resistenza sempre più marcata della borghesia ad accettare imposizioni tributarie senza ottenere in cambio una adeguata tutela dei propri interessi economici e una partecipazione alle decisioni di governo, dall'altro, condussero alla crisi definitiva.

La Rivoluzione americana del 1776 e quella francese del 1789 aprirono una fase storica che determinò il radicamento in Europa occidentale e negli Stati Uniti della forma di Stato liberale; fase storica che si protrasse fino alla seconda metà del XIX secolo. Naturalmente, i tratti storici, politici, economici e sociali che caratterizzarono questo processo si differen-

⁴¹ Vedasi sinteticamente A. RAMOS TAVARES, voci *Stato patrimoniale* e *Stato di polizia*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., p. 165 ss.

⁴² Cfr. P. ANDERSON, *Lineages of the Absolutist State*, cit.; G. SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Giappichelli, Torino, 1962; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna, 1985; J.H. SHENNAN, *The Origins of the Modern European State: 1450-1725*, Hutchinson & Co., London, 1974.

ziarono tra Stato e Stato: le vicende dello Stato liberale nel Regno Unito, in Francia, in Germania e in Italia furono assai differenti tra loro sia sotto il profilo temporale che strutturale. Tuttavia, deve registrarsi in questa fase l'affermazione del modello statale come forma di organizzazione ordinata della convivenza tra individui, a conclusione di un processo avviatosi con l'avvento dello Stato assoluto.

3. *Le forme di Stato originate dalla rivoluzione borghese (e derivate dal costituzionalismo)*

3.1. “La richesse et les lumières”: il ruolo della borghesia e l'oligarchia censitaria nello Stato liberale. – «Il principio di ogni sovranità risiede essenzialmente nella Nazione. Nessun corpo o individuo può esercitare un'autorità che non emani espressamente da essa». Con queste parole l'art. 3 della Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789 assegna la titolarità della sovranità alla nazione in luogo della Corona⁴³.

Tra le caratteristiche dello Stato liberale, uno dei tratti distintivi sta nell'idea della nazione come entità unitaria e indivisibile, che si pone in una dimensione trascendente quella dei singoli individui. Essa rappresenta un complesso di ideali e valori sociali comune non certo all'intero popolo, ma a una parte significativa di esso⁴⁴. È la borghesia, la classe dominante di questo periodo storico, che si riconosce pienamente nella nazione in quanto il concetto che la esprime ne riflette i valori, gli ideali e, in ultima analisi, gli interessi propri. Interessi che si fanno coincidere con l'interesse generale della nazione⁴⁵.

Appare del tutto naturale, di conseguenza, che la sovranità venga imputata alla nazione. Trattandosi tuttavia di una entità astratta, materialmente inesistente, la nazione deve essere attrezzata affinché la sovranità possa tradursi in concreti atti di governo. Le articolazioni operative della nazione vengono dunque individuate negli organi dello Stato.

In alcuni ordinamenti, quali ad esempio la Germania e l'Italia, lo Stato assume una posizione centrale nell'organizzazione della cosa pubblica: viene dotato di personalità giuridica e si afferma l'idea che il diritto tragga origine dallo Stato (c.d. diritto oggettivo). In essi, la sovranità nazionale finisce per coincidere con la sovranità dello Stato. In altri ordi-

⁴³ Vedine una trattazione nel classico B. DE JOUVENEL, *De la souveraineté*, Génin, Paris, 1955, trad. it. *La sovranità*, Giuffrè, Milano, 1971, e le aspre critiche di L. DUGUIT (che definisce la sovranità un'“entità metafisica”), in *Leçons de droit public général faites à la Faculté de Droit de l'Université égyptienne (pendant les mois de janvier, février et mars 1926)*, Boccard, Paris, 1926.

⁴⁴ Cfr. F. CHABOD, *L'idea di nazione*, Laterza, Roma-Bari, 1961; F. GOIO, *Teorie della nazione*, in *Quad. sc. pol.*, n. 2, 1994, p. 181 ss.; V. CRISAFULLI, D. NOCILLA, voce *Nazione*, in *Enc. dir.*, XXVII, p. 787 ss., estr. Giuffrè, Milano, 1977.

⁴⁵ G. DE ROSA, *La crisi dello stato liberale in Italia*, Studium, Brescia, 1955; P. LUCAS VERDÚ, *Estado liberal de derecho y estado social de derecho*, Un. de Salamanca, Salamanca, 1955; G. MOSCA, *Il tramonto dello Stato liberale* (a cura di A. LOMBARDO), Bonanno, Catania, 1971; PAPA BENEDICTUS (XVI), J. HABERMAS, *Etica, religione e stato liberale*, Morcelliana, Brescia, 2005; M. SUÁREZ CORTINA, *La crisis del Estado liberal en la Europa del sur*, Ayuntamiento de Santander, Santander, 2000; L. SOLARTE PAZOS, *Las Evaluaciones de Políticas Públicas en el Estado liberal*, Programa Editorial Un. del Valle, Cali, Colombia, 2004; F. ARIEL DEL VAL, *La crisis de la legitimidad del estado liberal y la teoría sociológica*, Tercer Mundo, Bogotá, 1984. Limitatamente all'Italia, A.A. MOLA, *Giovanni Giolitti. Grandezza e decadenza dello Stato liberale. Con documenti inediti*, L'Arciere, Cuneo, 1978. V. anche *infra*, cap. IX, sez. I, § 1.

namenti, quali la Gran Bretagna e la Francia, all'interno dell'organizzazione dello Stato assume una posizione centrale il Parlamento, espressione della classe dominante, titolare della funzione legislativa. La legge è considerata la fonte del diritto per eccellenza; espressione della volontà generale, essa incarna e realizza gli interessi della nazione attraverso norme che si impongono all'osservanza di tutti. L'onnipotenza della legge fa del Parlamento – l'organo che elabora le leggi – la massima espressione della sovranità nazionale; da qui l'affermazione della sovranità del Parlamento.

Sia nell'una che nell'altra forma espressiva della sovranità della nazione, il dato emergente e che caratterizza la concezione liberale dello Stato è l'esigenza di una giustificazione o di una legittimazione del pubblico potere; viene respinta ogni forma di giustificazione trascendente della sovranità.

Nello Stato liberale si registra una separazione tra la sfera pubblica o del pubblico potere e la sfera privata, area riservata all'autonomia dei singoli. Nella sfera pubblica, gli organi del pubblico potere esercitano legittimamente e legalmente la forza di imperio per assicurare il mantenimento dell'ordine contro i pericoli interni ed esterni allo Stato. La sfera privata rappresenta invece una dimensione nella quale l'individuo è sovrano. La visione individualistica e razionalistica dominante concepisce l'uomo come un soggetto a sé, meritevole di tutela in quanto individuo e indipendentemente dalle sue relazioni sociali; egli agisce in una sfera privata, rispetto alla quale lo Stato deve astenersi da ogni interferenza. Lo Stato liberale non persegue direttamente il bene dei singoli, ma lascia che siano essi stessi a soddisfare i propri bisogni attraverso l'esercizio delle libertà e dell'autonomia.

Sul piano economico, i diritti di proprietà e le obbligazioni nascenti dai contratti rappresentano una sfera di azione nella quale si confrontano e contrappongono gli interessi economici dei singoli. Rispetto a essi lo Stato assicura le regole per l'ordinato svolgimento dei rapporti economici e sociali, confidando nell'efficienza propria delle corrette relazioni economiche in un contesto di mercato libero. In tal senso si suole dire che lo Stato liberale è uno Stato "non interventista"; vale a dire uno Stato che predilige azioni volte ad assicurare il corretto svolgimento delle dinamiche sociali e economiche, senza determinarne gli esiti; oppure azioni di tipo sussidiario nei confronti degli interessi economici prevalenti. In ogni caso, nel rispetto della libertà individuale.

Lo Stato, dunque, tendenzialmente "lascia fare" ma, all'occorrenza, non tralascia di intervenire attraverso l'uso legale della forza (uso del quale ha il monopolio), quando ciò sia necessario per contenere le forme più esasperate di protesta sociale, quando si tratti di limitare i diritti dei singoli in nome dell'interesse generale, quando si intendano rafforzare gli interessi economici della nazione anche attraverso politiche di espansione coloniale. L'interesse generale coincide, in questa epoca storica, con l'interesse della classe borghese⁴⁶.

Sul piano più strettamente istituzionale, lo Stato liberale si caratterizza per almeno cinque tratti distintivi: la costituzione, la sua soggezione al diritto, il riconoscimento dei diritti di libertà, la separazione dei poteri e la rappresentanza politica.

La costituzione rappresenta, nella visione dello Stato liberale, la fondamentale garanzia

⁴⁶ V. G. BOGNETTI, *Lo stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, Giuffrè, Milano, 1998, e, per le premesse storiche, B. GROETHUYSEN, *Origines de l'esprit bourgeois en France*, I, *L'église et la bourgeoisie*, Gallimard, Paris, 1927, trad. it. *Le origini dello spirito borghese in Francia*, Einaudi, Torino, 1949, e Il Saggiatore, Milano, 1964.

dei diritti di libertà e la consacrazione del principio della separazione dei poteri. (Secondo l'articolo 16 della dichiarazione del 1789, la società nella quale manchino questi due pilastri dell'ordinamento deve ritenersi priva di costituzione.) In essa si trovano sanciti gli elementi fondamentali dell'ordinamento statale: in quanto massima espressione della volontà generale, la costituzione rappresenta la "legge superiore". Essa infatti scaturisce da un fatto costituente imputabile direttamente al popolo e pertanto si impone anche sulla legge ordinaria (costituzione nordamericana del 1787; costituzioni rivoluzionarie francesi).

L'esigenza del liberalismo di riconoscere la fonte di legittimazione del potere statale comporta come conseguenza l'assoggettamento dello Stato medesimo al diritto e l'inaffidabilità di ogni condotta arbitraria da parte dei pubblici poteri. È il concetto di "Stato di diritto" che, affermandosi per la prima volta con la Rivoluzione francese, implica anzitutto due condizioni. La prima è che ogni limitazione delle libertà e della autonomia individuale non può derivare se non dalla legge; essa, in quanto espressione diretta della volontà generale, è l'unica fonte legittimata a porre limitazioni alla sfera privata degli individui. La seconda sta nella possibilità di sottoporre gli atti delle pubbliche autorità al controllo dei giudici affinché se ne verifichi la conformità alla legge e la non arbitrarietà (principio di legalità). Si tratta di due garanzie che l'ordinamento pone a tutela delle libertà nei confronti dell'autorità; o, se si vuole, a tutela dei governati verso i governanti. Lo Stato di diritto implica che i poteri pubblici siano assoggettati al diritto (insieme di regole astratte e generali predeterminate), e l'affermazione del primato della legge e delle garanzie giurisdizionali dei diritti di libertà, la conformità degli atti dei pubblici poteri al principio di legalità⁴⁷.

Nello Stato liberale la legge, fonte del diritto per eccellenza, determina quali sono i diritti e gli obblighi dei cittadini. Il superamento dell'idea di una legittimazione trascendente i pubblici poteri assegna agli individui la titolarità di diritti in condizioni di uguaglianza di fronte alla legge. Con l'avvento, poi, delle costituzioni rigide, i diritti di libertà vengono riconosciuti a livello costituzionale. Si tratta dei diritti più direttamente funzionali agli interessi della borghesia capitalistica: le cosiddette "libertà negative o dallo Stato". Il paradigma di questi diritti di libertà è dato infatti dal diritto di proprietà: esso si traduce essenzialmente nella potestà di escludere altri dal godimento del bene di proprietà. I diritti di libertà si basano dunque, in questa fase storica, sul riconoscimento da parte dell'ordinamento di una sfera privata dell'individuo, che non deve essere oggetto di ingerenza da parte di alcuno, comprese le pubbliche autorità⁴⁸. In tal senso, anche l'iniziativa economica e capitalistica appartiene alla sfera dell'autonomia individuale, e dunque tendenzialmente non è suscettibile di essere ostacolata dai pubblici poteri. Non tutti i cittadini, tuttavia, godono di questi diritti di libertà con la stessa ampiezza di riconoscimento; gli individui appartenenti alle classi subalterne frequentemente non sono nella condizione materiale per godere pienamente dei diritti di libertà loro formalmente riconosciuti.

La cultura dei diritti di libertà è più solida in quei paesi che affondano le loro radici

⁴⁷ Nel Regno Unito, con l'affermazione del principio del rule of law [A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 8ª ed., Macmillan, London, 1915, trad. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale. Le basi del costituzionalismo inglese*, il Mulino, Bologna, 2003, p. 179 ss. dell'ed. italiana] si volle stabilire il primato della legge ordinaria sull'arbitrio, la sovranità del Parlamento, la soggezione dei pubblici poteri alla legge, l'uguaglianza di tutti di fronte alla legge e alle Corti e la tutela giurisdizionale dei diritti.

⁴⁸ V. cap. VI.

nella tradizione storica (Regno Unito), oppure negli eventi rivoluzionari (Francia e Stati Uniti) che hanno portato alla formazione degli Stati: in questi ordinamenti essi sono riconosciuti come “diritti naturali”, preesistenti rispetto allo Stato⁴⁹. È diversa la prospettiva di quegli ordinamenti dove invece i diritti sono concepiti come “diritti pubblici soggettivi”, ammessi dallo Stato come forma di autolimitazione dello stesso e di riconoscimento da parte dei pubblici poteri di situazioni giuridiche soggettive in capo agli individui. Sicché, i diritti di libertà avrebbero ragion d’essere solo in quanto previsti dall’ordinamento statale.

In luogo dell’accentramento del potere politico, nello Stato liberale si afferma il principio della separazione poteri, in base al quale lo Stato articola le sue funzioni lungo tre direttrici primarie: il potere legislativo, il potere esecutivo e il potere giudiziario. L’affermazione di tale principio riflette la volontà della classe borghese di infrangere la struttura monolitica del potere assoluto ereditata dai regimi precedenti. Ferma restando la sovranità della nazione, il principio della separazione dei poteri garantisce un’articolazione nell’esercizio delle funzioni primarie dello Stato tra più organi: la funzione legislativa al Parlamento, all’interno del quale la borghesia ha una posizione dominante; la funzione esecutiva al Governo, i cui ministri sono espressione del Re; la funzione giurisdizionale alle Corti, tendenzialmente indipendenti dagli altri poteri e soggette solo alla legge⁵⁰.

In tale quadro le relazioni tra gli organi titolari dei suddetti poteri sono ispirate a criteri di indipendenza e, al contempo, di bilanciamento e condizionamento reciproco. Seppure in una prima fase l’idea della separazione fosse intesa in maniera rigida, ben presto si riconosce come tra i tre poteri vi fossero delle naturali interferenze funzionali: l’osmosi fra essi assicurava infatti forme di collaborazione insieme a meccanismi di condizionamento e controllo reciproco. Dinamiche che nell’esperienza degli Stati Uniti si traducono nei ben noti meccanismi di *checks and balances*.

La separazione dei poteri, in definitiva, assicura un governo moderato fondato sulla dissociazione del potere sovrano e la distribuzione dei poteri tra le diverse classi sociali antagoniste (aristocrazia e borghesia); garantisce la stabilità del sistema e di conseguenza la libertà dell’individuo.

La rappresentanza politica costituisce un altro dei pilastri fondamentali dello Stato liberale. Per il suo tramite si rende praticabile la partecipazione su vasta scala al governo della cosa pubblica; partecipazione che tuttavia resta riservata soltanto ad alcune classi sociali⁵¹.

La nazione non può esercitare la sovranità se non tramite rappresentanti; poiché il fine ultimo della nazione è la realizzazione di interessi generali, i rappresentanti attraverso i quali tale fine è perseguito svolgono funzioni di natura politica. La scelta dei rappresentanti avviene tramite le elezioni, un procedimento destinato a selezionare i migliori (“*eligere*”); gli eletti, in ragione della rappresentanza politica di cui vengono investiti, sono chiamati a curare gli interessi generali. Vigè il principio del divieto del mandato imperati-

⁴⁹ R.R. PALMER, *The Age of the Democratic Revolutions: A Political History of Europe and America 1760-1800*, 2 voll., Princeton U.P., Princeton, 1959-1964, trad. it. *L’era delle rivoluzioni democratiche*, Rizzoli, Milano, 1971.

⁵⁰ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1979; M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l’histoire constitutionnelle française*, Lgdj, Paris, 1980; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1994; R. ESTRADA MICHEL (ed.), *La división del poder público. Temas constitucionales*, Porrúa, México, 2007.

⁵¹ Un esaustivo approfondimento nel n. 3, 2004 di *Fundamentos*, dedicato a “La representación política”.

vo, introdotto dalla costituzione francese del 1791 e tutt'oggi vigente negli ordinamenti costituzionali contemporanei. In virtù di tale principio gli eletti non sono vincolati al mandato degli elettori; essi rappresentano la nazione e pertanto non possono agire per la soddisfazione di interessi particolari⁵².

La rappresentanza politica che si afferma negli ordinamenti liberali è tuttavia una rappresentanza limitata: il suffragio è ristretto, fondato sul censo o sul reddito degli elettori; la maggioranza del popolo è esclusa dal diritto di voto (ne sono escluse anzitutto le donne); i rappresentanti sono i "notabili", coloro cioè che sono ritenuti i più capaci e meritevoli; in ragione di tali virtù a essi è conferito un mandato fiduciario a farsi liberamente interpreti del bene comune e dell'interesse generale; esprimono la volontà politica generale, come detto, senza vincolo di mandato⁵³.

È del tutto evidente che lo Stato liberale è uno Stato oligarchico, fondato sul censo, rappresentativo di una realtà omogenea e sostanzialmente monoclasse⁵⁴.

3.2. Lo Stato di democrazia pluralista e lo Stato sociale. – Le contraddizioni insite nello Stato liberale indussero un mutamento graduale dei rapporti tra governanti e governati fino a determinare l'avvento dello Stato di democrazia pluralista⁵⁵.

In particolare, i fattori che maggiormente incisero su questa evoluzione sono da ricondurre, anzitutto, all'assetto socio-economico. Lo Stato liberale, nell'assicurare le libertà dei singoli, aveva particolarmente cura, come si è visto, degli interessi della borghesia capitalistica; sicché, l'azione positiva dello Stato nell'economia era tutta rivolta a garantire il più ampio svolgimento delle libertà economiche a favore di coloro che detenevano le risorse e, al tempo stesso, a promuovere le condizioni idonee a ottenere il massimo profitto dall'esercizio di tali libertà. Solo le forze economicamente dominanti erano poste effettivamente in condizione di esercitare le libertà proclamate dallo Stato liberale; gran parte della popolazione, esclusa dal circuito economico vantaggioso, finiva per essere altresì estranea rispetto alle dinamiche democratiche. Infatti, anche il godimento dei diritti politici restava appannaggio della classe dominante; eppure, quei ceti popolari che restavano ai margini dei processi democratici avevano dato un contributo rilevante ai moti del 1789 in Francia.

Queste contraddizioni portarono ben presto le classi subalterne, e in particolare la classe proletaria, a prendere coscienza delle diseguaglianze sociali ed economiche; di fronte ai privilegi dell'aristocrazia e della borghesia capitalistica, le associazioni operaie intrapresero un percorso di rivendicazione dei propri diritti in vista della attuazione piena del principio democratico, sia sul piano politico che economico. Naturalmente il processo di trasformazione fu graduale e tutt'altro che agevole.

Una prima fase di superamento del liberismo economico e politico è segnata dalle esperienze di "neoliberalismo". Ferma restando la struttura economica dello Stato liberale, in particolare per quanto riguarda il primato della proprietà, si mettono in campo politiche volte a sviluppare interventi assistenziali a favore dei ceti subalterni; si avviano politiche salariali a

⁵² V. anche cap. IX, sez. I, § 4.

⁵³ Su tutte queste teorie v. il n. 1, 1998 di *Fundamentos*, su "Soberanía y Constitución".

⁵⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, il Mulino, Bologna, 1989, p. 26 ss.

⁵⁵ Le linee salienti dell'evoluzione sono magistralmente tracciate da B. MARQUARDT, *Historia mundial del Estado. El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2014)*, Ecoe, Bogotá, 2014.

favore degli operai, si interviene per migliorare le condizioni di lavoro, si organizzano forme di assistenza sociale; in tal modo si tenta di attenuare il malcontento sociale e di neutralizzare quelle spinte volte a sovvertire l'assetto socio-economico instaurato dallo Stato liberale.

Ciò non basta, evidentemente, a bilanciare le contraddizioni che lo sviluppo del capitalismo ha iniettato nella società civile; l'insicurezza sociale e le continue crisi economiche inducono lo Stato ad avviare un processo di trasformazione che, nel dare piena attuazione all'ideologia democratica, introduca istituti e misure di inclusione di quei ceti sociali tenuti ai margini del sistema liberale. Muove da questi elementi dunque lo sviluppo dello Stato democratico-pluralistico che si affermerà in particolare nel corso del XX secolo.

Il principio democratico trova la sua piena espressione nel riconoscimento non solo del valore della persona umana ma anche della sua dignità; sicché tutte le persone, indipendentemente dalla loro condizione sociale o economica, hanno diritto a una vita dignitosa. Il riconoscimento della dignità della persona comporta che essa non venga intesa come semplice individuo, soggetto racchiuso nella sfera dei suoi interessi privati; piuttosto, la persona acquista rilievo proprio perché parte di una rete di relazioni con altre persone con le quali dà vita a forme di aggregazione sociale, dalle più elementari alle più complesse. È in questa dimensione collettiva che il principio personalistico si interseca con il principio solidaristico e il principio di eguaglianza⁵⁶.

Muta, dunque, il rapporto tra autorità e libertà: mentre nello Stato liberale l'idea di libertà dell'individuo comportava principalmente l'esclusione dello Stato dalla sfera privata, nello Stato democratico-pluralistico la libertà si esplica principalmente nella partecipazione della persona alla vita politica dello Stato. Rispetto allo Stato liberale, nello Stato democratico la distanza tra Stato apparato e società civile e politica tende ad attenuarsi. Specialmente perché la comunità dei cittadini si presenta non più frammentata, ma organizzata in gruppi che sono portatori di interessi diversi e contrapposti, nonché di visioni politiche diversificate⁵⁷. È l'epoca, questa, che vede soprattutto in Europa nascere i moderni partiti di massa: questi diventano la struttura organizzativa di base sia della borghesia che delle classi operaie e contadina e assumono sempre più un ruolo di interlocutori dei pubblici poteri⁵⁸.

L'azione delle nuove forze politiche e sociali spinge lo Stato ad avviare iniziative volte a regolamentare l'economia di mercato: viene tutelata la libertà di concorrenza, ma al tempo

⁵⁶ Cfr. L. BOURGEOIS, *La Solidarité*, Colin, Paris, 1896; M.C. BLAIS, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Galimard, Paris, 2007, trad. it. *La solidarietà. Storia di un'idea*, Giuffrè, Milano, 2012; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967; C. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *El principio de solidaridad en la Constitución española*, Ratio Legis, Salamanca, 2012; B. PEZZINI, C. SACCHETTO (eds), *Il dovere di solidarietà*, Giuffrè, Milano, 2005; D. SELBOURNE, *The Principle of Duty*, Abacus, London, 1997; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, n. 1, 1996, p. 10 ss. Sul principio d'eguaglianza v. il cap. VI, sez. I, § 9.

⁵⁷ Sullo Stato democratico-sociale v. nell'immensa bibliografia P. LUCAS VERDÚ, *Estado liberal de Derecho y Estado social de Derecho*, Acta Salmanticensis, Salamanca, 1955; E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat im Wandel*, Kohlhammer, Stuttgart, 1964, trad. it. *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973; P. FLORA, A.J. HEIDENHEIMER (eds), *The Development of Welfare State in Europe and America*, Transaction, New Brunswick, 1998; A. GUTMANN (ed.), *Democracy and the Welfare State*, Princeton U.P., Princeton, 1988; P. SPICKER, *The Welfare State: A General Theory*, Sage, London, 2000; R. LISTER, *Building a Citizens Welfare State*, John Bailie memorial lecture, CTPI, Edinburgh, 2000; E. HUBER, J.D. STEPHENS, *Development and Crisis of the Welfare State: Parties and Policies in Global Markets*, Un. of Chicago Press, Chicago, 2010; F.G. CASTLES, S. LEIBFRIED, J. LEWIS, H. OBINGER, C. PIERSON (eds), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford U.P., Oxford, 2012.

⁵⁸ V. cap. IX, sez. I, § 6.

stesso si vuole che l'iniziativa economica privata non contrasti con i primari interessi sociali e garantisca il rispetto della dignità della persona umana. Attraverso politiche mirate, dunque, lo Stato si prefigge la redistribuzione della ricchezza in modo da realizzare l'egualianza sostanziale, la giustizia sociale, l'inclusione nel circuito virtuoso dei vantaggi economici e sociali anche di quelle classi più deboli ed emarginate. Sotto questo profilo lo Stato democratico viene qualificato come Stato sociale o Stato del benessere (*Welfare State*).

Lo Stato sociale rappresenta quel volto dello Stato democratico che si mostra attento alle categorie sociali economicamente più deboli; questa attenzione si manifesta attraverso una ripartizione del prodotto derivante dai beni economici diversa rispetto a quella che scaturiva, nello Stato liberale, dai meccanismi del liberismo economico. Il principale strumento giuridico attraverso il quale lo Stato sociale realizza questa redistribuzione della ricchezza prodotta è il sistema tributario. Attraverso esso si impongono tributi secondo criteri di progressività e proporzionalità, in modo da assicurare una redistribuzione coattiva di una parte della ricchezza prodotta nel paese. È evidente che nelle fasi di crisi economica, e dunque di contenimento della ricchezza prodotta, le finalità dello Stato sociale subiscono una frustrazione direttamente proporzionale al calo della ricchezza stessa.

Le politiche dello Stato sociale hanno portato a importanti novità anche sul piano delle dinamiche istituzionali dello Stato democratico; basti pensare che le istituzioni democratiche rappresentative, cui è demandata la gestione delle imponenti risorse finanziarie che derivano dal prelievo fiscale, nel determinare le politiche da mettere in atto sono sempre più esposte alle iniziative di coalizioni di interessi e gruppi di pressione che interagiscono nei processi decisionali democratici; diretta conseguenza degli interventi dello Stato sul terreno economico e sociale è anche una ipertrofica produzione legislativa⁵⁹.

Lo Stato democratico pluralistico, non diversamente dallo Stato liberale, presenta un sistema delle fonti del diritto che vede al vertice la costituzione. Si tratta dunque di uno Stato costituzionale che pone nella carta fondamentale i principi e i valori intorno ai quali la plurale compagine sociale si riconosce. Le disposizioni costituzionali consacrano i tratti fondamentali dell'ordinamento destinati ad assicurare la convivenza tra gruppi sociali diversi e interessi contrastanti. A differenza dello Stato liberale, le costituzioni degli Stati di democrazia pluralistica tendenzialmente sono rivolte a garantire la piena attuazione del principio democratico in tutte le sue componenti.

In queste costituzioni sono più ampie le parti che riconoscono e tutelano i diritti e le libertà fondamentali; sono altresì più articolate e complesse le parti volte a disciplinare i rapporti tra i pubblici poteri e l'esercizio delle rispettive funzioni; si consolida il carattere della rigidità costituzionale, e quindi il primato sulle altre fonti del diritto, attraverso la previsione di un procedimento aggravato per la revisione costituzionale. Se è vero che la costituzione reca il patto tra le forze politiche e sociali che hanno fondato il nuovo ordinamento, allora quel patto deve essere sottratto alla disponibilità di una maggioranza parlamentare semplice⁶⁰.

La stessa concezione dello Stato di diritto conosce una certa evoluzione nella transizione verso lo Stato democratico. Tale principio esprime una legalità non più soltanto in senso formale, ma anche in senso sostanziale: l'esercizio della potestà amministrativa deve

⁵⁹ A. ARDIGÒ, *La crisi del Welfare State: elementi per un'analisi sistemica*, in *La Ricerca Sociale*, n. 27, 1981, p. 7 ss.

⁶⁰ *Infra*, cap. IV, § 10.

fare i conti con una legislazione sempre più penetrante riguardo non solo alla forma di esercizio di tale potestà, ma anche e soprattutto con riferimento all'oggetto e alle finalità degli atti della pubblica amministrazione.

Il principio dello Stato di diritto, inoltre, deve essere letto e interpretato anche in relazione al crescente ruolo che la giustizia costituzionale è venuta assumendo negli Stati di democrazia pluralistica. Di fronte a una legislazione ipertrofica e al tempo stesso eterogenea, espressione di una azione politica compromissoria, l'unità e la coerenza dell'ordinamento giuridico non possono che trovare nei principi supremi sanciti dalla costituzione il punto di ancoraggio. Si comprende dunque quale ruolo relevantissimo si è man mano assegnato alle Corti costituzionali quali custodi della legalità costituzionale.

3.2.1. Democrazia rappresentativa, democrazia diretta e democrazia partecipativa: l'espressione del principio democratico. – L'avvento del suffragio universale e l'affermazione del principio d'eguaglianza rappresentano uno degli spartiacque più rilevanti tra lo Stato liberale e lo Stato democratico pluralistico. Quest'ultimo diventa a tutti gli effetti uno Stato fondato sulla democrazia rappresentativa; attraverso gli organi e gli istituti della rappresentanza politica, il popolo esercita la sovranità.

Dunque, quella democrazia che nello Stato liberale aveva mantenuto un carattere prevalentemente ideologico e monoclasse, per effetto del suffragio universale e del diritto di voto uguale si traduce in una architettura istituzionale complessa che agisce materialmente nella vita dello Stato attraverso i suoi organi, dando voce a una realtà pluralista e pluriclasse. Il suffragio universale implica che i governati esprimano il loro consenso verso i governanti e che, di converso, questi raccolgano con la loro azione di governo il consenso dei governati. La rappresentanza politica, pertanto, deve essere modulata in modo che assicuri il rapporto con gli elettori (sistema dei partiti) e, al tempo stesso, l'esercizio efficace del potere politico (governabilità).

Rispetto al principio della rappresentanza politica derivato dallo Stato liberale, quello che si afferma nello Stato democratico e pluralistico tende a includere una pluralità di classi e di gruppi sociali prima tenuti ai margini del sistema; il sistema elettorale mette in competizione la pluralità degli interessi in campo e assicura la prevalenza legittima degli uni sugli altri. I rappresentanti in Parlamento restano pur sempre investiti della funzione di rappresentanza della nazione, ma questa volta la nazione esprime la volontà e gli interessi di una compagine sociale ben più articolata e complessa⁶¹.

Anche negli ordinamenti costituzionali degli Stati di democrazia pluralistica vige il divieto del mandato imperativo. Una volta eletti, i rappresentanti politici sono chiamati a esprimere l'interesse della nazione piuttosto che interessi particolaristici, né tanto meno sono tenuti a dare esecuzione materiale alle indicazioni ricevute dagli elettori; l'interesse della nazione non è individuato in maniera aprioristica, bensì attraverso l'opera di una fitta rete di organismi intermedi tra i cittadini e lo Stato, in primo luogo i partiti, che assicurano forme diversificate di partecipazione politica degli elettori.

Espressione del principio democratico sono altresì le forme e gli istituti della democrazia diretta. La democrazia rappresentativa, tipica delle società complesse e pluralistiche

⁶¹ *Infra*, cap. IX, sez. I, § 4.

che si sono andate configurando con lo Stato democratico, si fonda sull'assunto della separazione tra chi governa e chi è governato, fermo restando che i primi governano con il consenso dei secondi. La democrazia diretta, al contrario, costituisce una forma di esercizio del potere politico che assegna direttamente ai governati l'azione di governo⁶².

Gli ordinamenti costituzionali democratici prediligono soluzioni di democrazia rappresentativa, anche in considerazione delle difficoltà pratiche di attivare meccanismi di democrazia diretta. Tuttavia, per controbilanciare le criticità che i sistemi rappresentativi hanno messo in evidenza (specie per quanto riguarda la sfiducia del corpo elettorale nei confronti degli organi di governo e dei partiti), sono stati previsti, accanto ai prevalenti meccanismi di democrazia rappresentativa, alcuni istituti di democrazia diretta volti a consentire al popolo l'esercizio diretto di funzioni e di poteri decisionali, i cui effetti si producono in via immediata nell'ordinamento giuridico.

Sono da ricondurre, infine, al principio democratico anche le forme di democrazia partecipativa che, soprattutto a partire dagli ultimi decenni dello scorso secolo, si sono andate diffondendo nei sistemi democratici a integrazione del circuito politico-rappresentativo.

Il fenomeno partecipativo è espressione del dialogo tra le istituzioni e la società civile che ha ricercato momenti diversi da quelli assicurati dal sistema dei partiti, soprattutto in quei casi in cui i partiti hanno finito per confondersi con l'apparato istituzionale. Si sono quindi avviate pratiche di consultazione tra gli organi costituzionali e i soggetti rappresentativi della società civile interessati dalle particolari misure in discussione. Tali pratiche sono risultate non solo rilevanti in quanto espressione di un rafforzamento del principio democratico, ma anche utili sotto il profilo della qualità delle regole oggetto di consultazione: pareri e informazioni provenienti dai destinatari delle disposizioni consentono agli organi normatori una valutazione *ex ante* della efficacia della normativa⁶³.

3.2.2. Federalismo, regionalismo: la prevalenza del tipo di Stato "istituzionalmente decentrato" (rinvio). – Negli odierni Stati di democrazia pluralista i principi della rappresentanza politica e della separazione dei poteri hanno conosciuto una evoluzione con l'affermarsi

⁶² V. per ora L. VOLPE, *Potere diretto e potere rappresentativo*, Cacucci, Bari, 1992, e *infra*, cap. IX, sez. I, §§ 3, 4, 7.

⁶³ Le pratiche che si sono andate sviluppando e che hanno reso sempre più diffusa la democrazia partecipativa, sino a configurare una sorta di neocorporativismo, variano anzitutto in base ai soggetti partecipanti: associazioni sindacali e datoriali, categorie del mondo del lavoro e della produzione, categorie professionali, gruppi di interesse, lobbies, gruppi di pressione; ma anche enti territoriali di diverso tipo, ecc. Possono altresì variare a seconda delle procedure di partecipazione, le quali possono essere del tutto informali, svolgersi secondo modalità normativamente proceduralizzate, o secondo prassi più o meno consolidate. In generale, le istituzioni di governo consultano determinati soggetti della società civile in vista della assunzione di misure normative; le consultazioni sono principalmente rivolte ad acquisire informazioni, ad appurare le reali esigenze degli interessati, a valutare in prospettiva l'efficacia della normativa che si intende adottare. Tali consultazioni possono scaturire dall'autonoma iniziativa delle istituzioni di governo (si pensi alle hearings parlamentari, ai tavoli di concertazione Governo-parti sociali), oppure essere previste come obbligatorie ancorché non vincolanti. Il dato più rilevante, tuttavia, sta nel fatto che non di rado a causa della rappresentatività dei soggetti partecipanti o della loro capacità di pressione e di orientamento dell'opinione pubblica, questi riescano a influire sulla determinazione dei contenuti di quelle misure che le istituzioni di governo si apprestano ad adottare. Sempre più frequentemente i tavoli di consultazione divengono tavoli di concertazione e di negoziazione delle normative che successivamente gli organi costituzionali approveranno (E. DE MARCO, *La negoziazione legislativa*, Cedam, Padova, 1984, pp. 38 ss., 131 ss.).

di un sistema basato su diversi livelli di governo. Si tratta di quella evoluzione che ha visto gli Stati nazionali europei distribuire gradualmente i poteri amministrativi a organi e uffici dislocati sul territorio, ma gerarchicamente subordinati all'apparato centrale. Si è trattato in un primo tempo di un mero "decentramento burocratico", vale a dire di una delega della funzione amministrativa a organi periferici che restavano in ogni caso privi di effettivi poteri decisionali.

Successivamente, con il radicarsi dell'idea di una rappresentanza politica piena, i soggetti decentrati sul territorio dello Stato hanno visto crescere via via le funzioni loro delegate fino ad assumere un sempre più marcato carattere di politicità, divenendo poi espressione democratica del corpo elettorale stanziato in quel territorio. Soprattutto a partire dal secondo dopoguerra, si sono andate sviluppando forme di autonomia territoriale caratterizzate dalla distribuzione del potere politico sul territorio, a favore di enti locali dotati di poteri di governo e anche di funzioni normative. Di ciò si tratterà più ampiamente in apposito capitolo⁶⁴.

4. *Un ibrido: l'incorporazione delle culture autoctone nell'ambito della forma di Stato con separazione dei poteri (il Caring State)*

Distinta dalla democrazia tradizionale, ma ancora più lontana dalle forme di Stato autocratiche, merita di essere segnalata anche l'ipotesi recentemente avanzata in dottrina secondo la quale – con riferimento ad alcune esperienze costituzionali che incorporano talune "tradizioni controegemoniche", con particolare riferimento all'area latinoamericana – sarebbe possibile scorporare dall'alveo dello Stato sociale di diritto (o *Welfare State*, anche se i concetti non coincidono del tutto) il c.d. *Caring State*. Esso viene identificato dall'incorporazione di valori comunitari tradizionali a livello costituzionale e nel programma politico, come si registra ad es. in Sudafrica, Ecuador, Bolivia, Buthan, Madagascar⁶⁵. La capacità assorbente delle classificazioni tradizionali delle forme di Stato non verrebbe meno con riferimento a recenti esperienze definite come "*nuevo constitucionalismo andino*",

⁶⁴ V. cap. VII.

⁶⁵ L'individuazione del *Caring State* quale forma di Stato a sé stante è di S. BAGNI, *Dal Welfare State al Caring State?*, in ID. (ed.), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto, Bologna, 2013, p. 19 ss., e in *Ann. italo-iberoam. dir. cost.*, Esi, Napoli, 2014, p. 325 ss. Sui prodromi, e le caratteristiche peculiari dell'evoluzione dello Stato costituzionale in America latina, v. almeno, oltre alla bibliografia citata *sub* cap. III, sez. I, nt. 18, B. MARQUARDT, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010)*, *Historia constitucional comparada*, 2 voll., I, *Metodología y 1810-1880*, y II, *1880-2010*, Un. Nacional de Colombia-Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Bogotá, 2011; ID., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la Revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Ibañez, Bogotá, 2016; M. CARMAGNANI, *L'altro Occidente. L'America Latina dall'invasione europea al nuovo millennio*, Einaudi, Torino, 2003; B. DE SOUSA SANTOS, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010; A.C. WOLKMER, I. FERNANDES, M. LIXA (eds), *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*, Cenejus Nepe-Un. Fed. Santa Catarina, Aguacalientes-Florianópolis, 2015. Sulle peculiarità dell'esperienza latinoamericana e la sua configurabilità quale famiglia a sé stante cfr. anche G. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*", in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2, 2011, p. 163 ss.; J. CARPIZO, *Derecho constitucional latinoamericano y comparado*, in *Bol. mex. der. comp.*, n. 114, 2005, p. 949 ss.; S. LANNI, voce *Sistema giuridico latinoamericano*, in *Dig. priv.*, Sez. civ., Agg., Utet, Torino, 2016, p. 711 ss. Al "diritto dell'America meridionale" dedica un capitolo apposito M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, cit., p. 175 ss.

dove i termini di raffronto permangono quelli dell'autorità politica e della libertà dei singoli e dei gruppi; mutano però significativamente i contenuti dei principi e delle regole che li disciplinano⁶⁶. Un esempio significativo è dato dal preambolo della costituzione boliviana: «Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos».

In una prospettiva di studio delle forme di Stato basata su criteri di prevalenza, il *Caring State* sembra collocarsi, dalla prospettiva formale (salvo l'accentuazione delle modalità partecipative), nell'alveo dello Stato democratico-pluralista; da quella sostanziale, si propone viceversa quale esperienza nuova, non riconducibile ad alcuna forma di Stato tradizionale.

5. Dittature

«Per “dittatura” si intende tradizionalmente un regime di stampo autocratico, nel quale si ha concentrazione di funzioni in un unico soggetto per un periodo di tempo limitato, allo scopo di fronteggiare una situazione eccezionale. In altre parole, la dittatura non rappresenterebbe una forma di Stato o di governo a sé stante, ma costituirebbe piuttosto una reazione che qualsiasi modello può assumere di fronte a una condizione di crisi»⁶⁷.

L'origine storica del concetto di dittatura va fatta risalire all'antica Roma. Il *dictator* (V-III secolo a.C.) era un magistrato straordinario nominato da un console per fare fronte a situazioni di emergenza quali una guerra (*dictator rei publicae gerendae causa*) o una sommossa interna (*dictator seditionis sedandae causa*). Trattandosi di situazioni eccezionali, venivano conferiti al *dictator* poteri straordinari e temporalmente limitati. Veniva meno la distinzione tra *imperium domi* (il comando sovrano esercitato all'interno delle mura della città) e *imperium militiae* (il comando fuori delle mura), e soprattutto cadevano i limiti che in genere accompagnavano il potere d'imperio nelle condizioni di governo ordinarie: erano sospese le garanzie costituzionali ordinarie. Il dittatore esercitava i poteri

⁶⁶ R. VICIANO PASTOR (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; S. BALDIN, M. ZAGO (eds), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Filodiritto, Bologna, 2014; R. GARGARELLA, C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Cepal, Santiago de Chile, 2009. Sulla costituzione ecuatoriana nel contesto andino v. R. ÁVILA SANTAMARÍA, J.C. TRUJILLO VÁSQUEZ, *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y del derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008. Sulla controversa esperienza venezuelana, R. VICIANO PASTOR, R. MARTÍNEZ DALMAU, *Cambio político y proceso constituyente en Venezuela (1998-2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Possono fare da sfondo due pubblicazioni: C. LANDA ARROYO, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, Pucp Fondo editorial, Lima, 1994, e il più recente M. CARBONELL, J. CARPISO, D. ZOVATTO (eds), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, Unam-Iij, México, 2009; bibliografia anche *supra*, nt. 65 di questo §, e *infra*, nt. 11 al cap. III, sez. I, § 2.

⁶⁷ M. GOBBO, voce *Dittatura*, in L. PEGORARO (ed.), *Glossario di diritto pubblico comparato*, cit., p. 113. Sulla dittatura, C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, 1921, trad. it. *La dittatura*, Settimo sigillo, Roma, 2006. Per l'America latina, D. VALADÉS, *La dictatura constitucional en América Latina*, Unam, México, 1974.

pieni per il tempo necessario a porre rimedio alla situazione eccezionale, comunque per non oltre sei mesi, e non oltre la durata in carica del console che lo aveva nominato. Il *dictator* rappresentava un'istituzione pienamente legittima, prevista dall'ordinamento costituzionale e dotato di poteri straordinari giustificati dallo stato di necessità⁶⁸. La dittatura, pertanto, deve intendersi come una magistratura monocratica dotata di poteri straordinari, legittimi e limitati nel tempo⁶⁹.

Nel linguaggio comune, si parla però di dittatura anche con riferimento al fascismo italiano, al nazismo tedesco, allo stalinismo, al franchismo, fino al regime dei colonnelli greci e del generale Pinochet in Cile; per non dire poi delle "dittature" africane e asiatiche. In realtà, al di là della espressione che le accomuna, queste esperienze non sono riconducibili nell'alveo dei caratteri della dittatura legittima e temporanea nota all'esperienza dell'antica Roma⁷⁰.

Carl Schmitt, muovendo dagli scritti di J. Bodin, prospetta una distinzione concettuale tra la perpetuità del potere sovrano e la temporaneità del potere dittatoriale⁷¹. La dittatura tradizionale assegna al dittatore funzioni commissariali: le garanzie costituzionali sono temporaneamente sospese per difendere la sopravvivenza della costituzione stessa. La dittatura "commissariale", dunque, trova nella stessa costituzione la sua legittimazione. Diversa è invece la dittatura "sovrana": secondo Schmitt questa dittatura si prefigge di rimuovere e sostituire l'ordinamento costituzionale vigente. Essa non intende porre rimedio a una crisi temporanea, ma si prefigge di dar vita a un nuovo ordine costituzionale: «Il dittatore commissario è costituito, il dittatore sovrano è costituente. Il primo è investito del proprio potere dall'autorità costituita; il secondo è il prodotto di un'auto-investitura»⁷². Le dittature tendono però spesso a protrarsi oltre il periodo di emergenza, ad assumere un carattere relativamente stabile, di solito auto-legittimandosi con la scusa che l'emergenza continua. La distinzione ancorata alla legittimazione e alla temporaneità va perciò attenuata: infatti, a) per lo più chi la instaura tende a giustificare l'assunzione del potere in base a qualche clausola del diritto vigente; b) a volte, l'individuazione del carattere di una dittatura può essere fatta solo *ex post facto*, proprio perché lo stato emergenziale si protrae nel tempo al di là del permanere delle condizioni di necessità che lo giustificano. Cioché, ancorché motivate dall'esigenza di salvaguardare la costituzione vigente, proprio l'effettività e il fattore tempo ne trasformano la natura da "commissariale" a "sovrana"⁷³.

⁶⁸ Lo stato di necessità rappresenta un fatto normativo, idoneo a determinare la sospensione di una situazione giuridica o a porre in essere una nuova situazione giuridica. Sulla necessità come fonte del diritto, v. S. ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), ora in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1950; T. PERASSI, *Necessità e stato di necessità nella teoria dommatica della produzione giuridica* (1917), ora in ID., *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 191 ss.; N. BOBBIO, voce *Fatto normativo*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 988 ss.

⁶⁹ N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Giappichelli, Torino, 1976, p. 202.

⁷⁰ G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, II, 6ª ed., Cedam, Padova, 2004, p. 292 ss. echeggiando Schmitt, distingue tra dittatura commissariale, dittatura costituente e dittatura rivoluzionaria.

⁷¹ Cfr. C. SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, cit.

⁷² N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, cit., p. 207.

⁷³ Cfr. il bel saggio di F. RIMOLI, *Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituente*, in *links. Zeitschrift für deutsche Literatur- und Kulturwissenschaft*, Istituti Editoriali e Poligrafici Internazionali, Pisa-Roma, http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/eccezione_trasformazione/index.html.