

## PREFAZIONE

Il filo conduttore di questo volume è rappresentato dalla convinzione che, oggigiorno, la riflessione giusfilosofica non possa più ignorare le novità apportate dal costituzionalismo, inteso come fenomeno giuridico e politico. Questa consapevolezza si basa su almeno due ragioni. La prima consiste in un modo particolare di concepire la filosofia del diritto, in quanto discorso che insiste sull'opportunità di un concetto di diritto vincolato alla realtà giuridica. E questo perché, al contempo, la filosofia del diritto ha la responsabilità di trascendere il discorso meramente teorico, spiegando come gli individui vivono concretamente la realtà giuridica, e mostrandone altresì il significato e le esigenze. Questa realtà giuridica è quella costituita, quantomeno nel nostro ambito culturale di riferimento, dal modello costituzionale. La seconda consiste nel fatto che il contesto del costituzionalismo costituisce un ottimo scenario per ripensare i problemi essenziali, ormai classici, su cui si è concentrata la filosofia del diritto all'interno della propria evoluzione: la distinzione/relazione tra il descrittivo e il prescrittivo, il nesso tra diritto e potere, il rapporto tra diritto e morale, le circostanze della produzione, dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto, solo per segnalare alcuni fra i temi più rilevanti.

Di fatto, il costituzionalismo ci invita a ripensare il significato di diverse strutture e spiegazioni politico-giuridiche. E questo a partire dallo stesso concetto di Stato di diritto, che si presenta oggi nella forma di uno Stato costituzionale. Indubbiamente, non ci troviamo di fronte a due modelli radicalmente diversi. O meglio ancora: il secondo è il risultato di una trasformazione che ha interessato il primo, in quanto conseguenza della nuova operatività e della nuova potenzialità della costituzione, la cui preminenza si irradia in tutto l'ordinamento, presentando al contempo la tenden-

za a limitare il complesso delle decisioni politiche consentite in democrazia. Questa espansione implica, da una parte, un arricchimento della natura normativa delle argomentazioni giuridiche, che eccedono ora in gran parte l'aspetto meramente formale e procedurale, presentando viceversa un'evidente dimensione materiale o sostanziale (morale, in definitiva). Quest'ultima dimensione finisce per condizionare il resto del discorso sulla validità e l'appartenenza al diritto. D'altra parte, sottende una riformulazione degli schemi di produzione normativa con una correlativa alterazione del rapporto tra legge e costituzione, legislatore e giudice.

In definitiva, ci troviamo di fronte a un discorso caratterizzato dalla preminenza della costituzione. Ma, com'è noto, la costituzione per il costituzionalismo non si limita ad essere il riferimento normativo superiore; essa è piuttosto la costituzione dei diritti: i diritti e le libertà sono gli autentici protagonisti del discorso. Questa preminenza implica che la potenzialità critica all'origine della sua giuridificazione si trasferisca all'interno del sistema, articolando una strategia di limiti e freni che evidenzia il carattere problematico, complesso e conflittuale del modello costituzionale. D'altra parte, implica anche che, se ai diritti viene ascritta una vocazione concettuale di universalità, tale tensione presuppone una dinamica che tende a trascendere gli angusti limiti fissati dallo Stato e dalla sovranità; limiti che contraddistinguono il discorso costituzionalista. Per questo motivo, le esigenze e le potenzialità dei diritti rappresentano uno dei principali argomenti che sorreggono il progetto cosmopolita.

Questa riflessione rappresenta il filo conduttore della presente raccolta. Mentre li rivedevo, confesso che ho avuto modo di individuare dei nessi che non avevo notato in precedenza, quando mi sono trovato a scriverli per la prima volta, probabilmente perché immerso nel vortice degli impegni accademici quotidiani. Solo adesso mi rendo conto di come rientrino in un progetto di studio e di ricerca sul significato del giuridico, e della filosofia del diritto, sviluppatosi nel corso del tempo.

I diversi capitoli traggono la propria origine da riflessioni che hanno visto la luce, progressivamente, durante un arco temporale di quasi quindici anni. In questo senso, sono espressione di una linea di ricerca che comprende anche altri materiali non inclusi nel

libro. D'altra parte, mi preme precisare che gli studi contenuti nella presente raccolta si presentano nella loro versione originaria, che è stata di regola mantenuta salvo nei casi in cui sono state introdotte alcune modifiche per evitare delle ripetizioni. Analogamente, i riferimenti bibliografici sono gli stessi, ad eccezione di alcune aggiunte che si è ritenuto imprescindibile apportare. La convinzione che i testi presentino una propria unità interna si accompagna alla consapevolezza che i dibattiti e i temi trattati hanno continuato ad ampliarsi e ad arricchirsi grazie alla riflessione dottrinale degli ultimi anni.

Desidero terminare questa prefazione ringraziando Michele Zezza per la meticolosa attenzione che ha dedicato al lavoro di traduzione. Un ringraziamento speciale va poi alla professoressa Marina Lalatta Costerbosa per aver avuto l'idea di pubblicare questa raccolta di saggi, accolta generosamente dai professori Andrea Bixio, Pietro Rescigno e Francesco Riccobono nella collana da loro diretta. A Marina Lalatta Costerbosa e a Francesco Riccobono va infine la mia profonda riconoscenza per l'amicizia che mi regalano: un sentimento di affetto che mi dimostra ormai da molto tempo come la collaborazione accademica sia di gran lunga più piacevole e feconda quando riposa su una sincera relazione umana.

Majadahonda, dal *confinamiento*, aprile 2020



## 1.

# **LO STATO COSTITUZIONALE. APPUNTI PER UNA COMPrensIONE DEL SUO SIGNIFICATO STORICO**

SOMMARIO: 1. Un concetto storico. – 2. La costituzione dello Stato costituzionale. – 3. Stato costituzionale e democrazia. – 4. Oltre lo Stato.

Le strutture politiche acquisiscono il proprio significato all'interno della storia. Il riconoscimento di questo aspetto deriva dal fatto che tali strutture sono il risultato di decisioni umane sulle modalità di esercizio del potere e sull'articolazione dei modelli sociali. Di qui la necessità di adottare una prospettiva storica, che si presenta come un utile strumento per analizzare il significato dei concetti attraverso i quali si costruisce il discorso giuridico-politico.

Nelle riflessioni che seguono intendo concentrarmi su uno degli aspetti che ci permettono di comprendere lo Stato costituzionale come una realtà storica. Non mi prefiggo di offrire un quadro completo di tutti i fattori che hanno determinato la sua evoluzione e delle fasi attraverso le quali è passato. Al contrario, evidenzierò alcuni punti che consentono di sviluppare una riflessione orientata a restituire un significato esaustivo dello Stato costituzionale.

L'indagine relativa al concetto di Stato costituzionale in quanto modello storico offre diverse prospettive di analisi. In questa occasione proporrò un'approssimazione suddivisa in quattro parti o fasi. Innanzitutto, svilupperò una riflessione sul significato storico dello Stato in quanto forma moderna di organizzazione del potere politico (1) In seguito, mi soffermerò su alcuni dei principali tratti distintivi dell'idea di costituzione implicita nel concetto di Stato

costituzionale (2) Di qui, passerò a enucleare i caratteri più importanti dello Stato costituzionale, portando come esempio qualche conflitto che si può determinare al suo interno (3) Infine, tratterò quella che considero una linea di sviluppo auspicabile per lo Stato costituzionale, in una prospettiva tesa a superare le frontiere statali (4).

### 1. *Un concetto storico*

Norberto Bobbio ha evidenziato che le fonti per lo studio dello Stato, nella sua genesi ed evoluzione, possono essere determinate a loro volta dallo studio della storia delle istituzioni politiche, o dallo studio delle dottrine politiche<sup>1</sup>. Da questo punto di vista, l'analisi della nascita e dello sviluppo dello Stato può incentrarsi sullo studio dell'architettura istituzionale di quella forma di esercizio del potere politico che identifichiamo con lo Stato; ma, al contempo, può essere costituita dall'articolazione, dall'evoluzione e dalla trasformazione di determinate dottrine o ideologie collegate a questa architettura. E questo perché "lo Stato è tanto un'idea quanto una realtà politica"<sup>2</sup>. Queste due possibilità, peraltro, non sembrano incompatibili; anzi, l'utilizzo congiunto di queste strategie risulta di grande utilità, poiché la dimensione istituzionale è sempre il riflesso di determinate concezioni dottrinali che si propongono di spiegare la *ratio* della struttura istituzionale di riferimento.

Quanto detto, a mio avviso, ci permette di comprendere adeguatamente il senso della prospettiva che vede nello Stato un concetto storico. Al riguardo, mi preme sottolineare che assumo il valore della prospettiva storica come metodo di conoscenza di determinati concetti, soprattutto nell'ambito delle scienze sociali, e in particolare nell'ambito del diritto e della politica<sup>3</sup>. Ad esempio, nell'am-

<sup>1</sup> Cfr. N. Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, p. 43.

<sup>2</sup> I. Sotelo, "Estado moderno", in E. Díaz, A. Ruiz Miguel (a cura di), *Filosofía política II. Teoría del Estado*, Trotta-CSIC, Madrid, 1996, p. 26.

<sup>3</sup> Ovviamente il punto di vista storico non è l'unico al quale si può ricorrere per identificare l'origine dei concetti. Con riferimento al problema dello Stato, Adolfo

bito della filosofia del diritto, il ricorso alla storia costituisce uno strumento – non esclusivo né escludente – di grande utilità<sup>4</sup>. La riflessione sul diritto, pertanto, non presenta alcuna somiglianza con la generazione spontanea; al contrario, essa si presenta come il risultato di situazioni e contesti storici, o quantomeno ne risulta condizionata. Felipe González Vicén ha evidenziato che la stessa nozione di “filosofia del diritto”, intesa come un tipo particolare di riflessione sul diritto, è in realtà un “concetto storico”. I concetti storici acquisiscono una propria specificità in relazione ai concetti formali, i quali si possono considerare il “risultato di un processo di astrazione che porta ad eliminare progressivamente i tratti distintivi di ogni concretizzazione storica, fino ad arrivare a una definizione *nominaliter* che, proprio per la sua mancanza di contenuto, può predicarsi di una quantità relativamente ampia di fenomeni storici”<sup>5</sup>. D'altra parte, i concetti storici si caratterizzano per la loro connessione ineliminabile con una struttura storica: “l'aspetto essenziale dei concetti storici consiste nella [...] loro concretezza, nel fatto di essere concetti con un contenuto determinato, che affonda le proprie radici in legami storici oggettivi”<sup>6</sup>.

Ebbene, lo stesso González Vicén adduceva come esempio di concetto storico quello dello Stato. Un altro esempio di concetto storico, su cui ha richiamato in particolare l'attenzione Gregorio Peces-Barba, è costituito dalla nozione di diritto fondamen-

Posada ricorda la possibilità del punto di vista razionale: “tutto dipenderà dal proposito e dal criterio metodologico con i quali si intende costruire la teoria dello Stato. Se ciò che si vuole *sapere* è quando si è costituito, o è sorto, di fatto, lo Stato sulla terra, nell'evoluzione *reale* dell'umanità, attraverso la storia, o per opera della ricerca storica, si pone una questione *essenzialmente* diversa da quella connessa allo sforzo del *filosofo* che pretende di giungere al *fondamento* dello Stato, per determinare *perché lo Stato esista*” (A. Posada, *Tratado de Derecho Político*, a cura e con introduzione di J.L. Monereo, Comares, Granada, 2003, p. 104, corsivo nel testo).

<sup>4</sup> Cfr. A.E. Pérez Luño, “La storia della filosofia del diritto e il suo significato attuale”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1, V, 2016, pp. 165-186. Mi sia permesso rinviare a F.J. Ansuátegui Roig, “Storia e pluralità nella comprensione moderna del Diritto”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, 1, VI, 2017, pp. 79-96.

<sup>5</sup> F. González Vicén, “La filosofía del Derecho como concepto histórico”, in Id., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, San Cristóbal de La Laguna, 1979, p. 208.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

tale<sup>7</sup>. Di fatto, la stessa idea secondo la quale gli individui sono portatori di valori morali, che devono essere riconosciuti e che costituiscono il fulcro dell'articolazione di un determinato modello di convivenza, si forgia all'interno della fase storica della transizione verso la modernità. Da questo punto di vista, è opportuno riconoscere, come segnala Bobbio, che la questione dell'esistenza dello Stato in determinati momenti storici dipende in ultima istanza dalla definizione che ne offriamo, e in definitiva dal suo grado di ampiezza: "La scelta di una definizione dipende da criteri di opportunità e non di verità. Si sa che quanto più numerose sono le connotazioni di un concetto tanto più si restringe il campo da esso denotato, cioè la sua estensione, [...] il problema reale di cui deve preoccuparsi chi ha interesse a capire il fenomeno dell'ordinamento politico non è dunque se lo Stato esista solo dall'Età moderna in poi, ma se vi siano analogie e differenze fra il cosiddetto Stato moderno e gli ordinamenti precedenti, se siano da mettere in evidenza più le une che le altre, qualunque sia poi il nome che voglia darsi ai diversi ordinamenti"<sup>8</sup>. Non vi è dubbio, pertanto, che la prospettiva storica implichi una posizione convenzionalista, diametralmente opposta rispetto all'attribuzione di significato, ai termini che impieghiamo all'interno del discorso.

Ora, tornando al tema di cui ci stiamo occupando, prescindendo dal dato, generalmente accettato all'interno del dibattito giuridico-politico, per cui Machiavelli è stato il primo autore a riconoscere l'autonomia del concetto di Stato<sup>9</sup>, quanto mi preme evidenziare, seguendo in questo anche Bobbio, è che il riferimento all'idea

<sup>7</sup> Cfr. G. Peces-Barba, "Sulla funzione della storia nel concetto di diritti fondamentali [1986-1987]", in Id., *Etica pubblica e diritti fondamentali*, FrancoAngeli, Milano, 2016, pp. 35-73. Al riguardo si possono anche vedere E. Fernández García, "Los derechos humanos y la historia", in AA.VV., *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, e F.J. Ansuátegui Roig, "Historia de los derechos", in R. Soriano, C. Alarcón, J. Mora (a cura di), *Diccionario crítico de los derechos humanos I*, Universidad Internacional de Andalucía, Sevilla, 2000.

<sup>8</sup> N. Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, cit., p. 59.

<sup>9</sup> "Tutti gli stati, tutti e dominii che hanno avuto e hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati" (N. Machiavelli, *Il Principe*, Mursia, Milano, 1969, p. 7).



di Stato “andò incontro alla necessità di trovare un nome nuovo per una realtà nuova”<sup>10</sup>. Nella modernità<sup>11</sup>, la configurazione storica dello Stato come forma di organizzazione del potere politico implica, dal punto di vista istituzionale, un processo di unificazione e razionalizzazione dell’esercizio del potere, di monopolizzazione di determinate competenze; tutti questi fenomeni, inoltre, si collocano all’interno di un processo di secolarizzazione. Con “unificazione” mi riferisco al processo di riconoscimento o di concentrazione del potere in un’unica mano: quella del soggetto al quale, a partire da tale momento, si potrà attribuire la sovranità. In questo senso – e questo sarebbe un punto in cui la connessione tra la prospettiva istituzionale e quella dottrinale emerge in tutta la sua evidenza – la costruzione storica dello Stato, quantomeno nelle sue origini, si basa sugli apporti derivanti dalla contemporanea elaborazione del concetto di sovranità. Stabilito questo, la moderna costruzione dello Stato implica un processo di unificazione del potere politico in netto contrasto con la pluriarchia medievale o, se si preferisce (in un senso più ampio), premoderna.

Inoltre, la razionalizzazione dell’esercizio del potere presuppone un determinato discorso relativo ai modi con cui esso si sviluppa. In questo senso, lo Stato esercita il proprio potere attraverso delle regole, ossia mediante dei criteri di regolazione del comportamento che, secondo un modello che culmina nella proposta di Jean-Jacques Rousseau, devono essere generali e astratti. Ci troviamo, in questo modo, di fronte all’origine del legame moderno tra Stato e diritto (o quantomeno tra lo Stato e una visione moderna del diritto). Attualmente, siamo al cospetto di realtà normative che contribuiscono a mettere in discussione – o almeno a chiarire il significato di – questo legame<sup>12</sup>. Ad ogni modo, credo che an-

<sup>10</sup> N. Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, cit., p. 57.

<sup>11</sup> Cfr. I. Sotelo, “Estado moderno”, cit., pp. 28-31; G. Peces-Barba, “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales”, in AA.VV., *Historia de los derechos fundamentales* (I: “Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII”), a cura di G. Peces-Barba, E. Fernández, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, pp. 34 e ss.

<sup>12</sup> Cfr. A.E. Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Real Academia Sevillana de Jurisprudencia y Legislación, Sevilla, 1993, pp. 76 e ss.

cor oggi la realtà del diritto sia difficilmente comprensibile escludendo qualsiasi riferimento al contesto statale.

Questo breve richiamo al nesso tra diritto e Stato induce a soffermarsi sui processi di monopolizzazione già identificati in precedenza. Nel suo momento originario, lo Stato moderno si ricollega a certi processi di monopolizzazione che si mostrano – anche in questo caso – in contrasto con il contesto medievale. Lo Stato monopolizza l'esercizio del potere politico all'interno di un territorio determinato e in relazione alla popolazione che si trova al suo interno. Tale monopolizzazione presuppone una determinata opzione sull'esercizio della forza, per cui lo Stato appare l'unico soggetto legittimato ad esercitare la forza – o la violenza – all'interno del proprio territorio, secondo i criteri stabiliti dalle norme giuridiche. Al contempo, lo Stato concentra la capacità di costruire e articolare una forza militare con funzioni interne ed esterne. Altri processi di monopolizzazione, come quello relativo all'emissione di moneta, contribuiscono a rendere evidente il protagonismo dello Stato nell'architettura socio-politica della modernità. Quanto preme sottolineare ora è l'importanza di una dimensione essenziale all'interno di questo processo di attribuzione di competenze esclusive a questa forma di esercizio del potere politico: mi riferisco al monopolio nella produzione di norme giuridiche. Lo Stato è l'unica istanza che produce norme giuridiche, vincolanti e dotate di una vocazione di efficacia generale, costruendo così un sistema giuridico che include criteri di comportamento già esistenti attraverso meccanismi di riconoscimento, o delega la produzione di norme ad altre istanze. La medesima esclusività riguarda anche la capacità, che si esprime attraverso l'esercizio del potere giudiziario, di dirimere conflitti intersoggettivi relativi all'interpretazione e all'applicazione di norme.

Questo quadro, qui sinteticamente richiamato, va completato con un riferimento indispensabile per comprendere quelle concezioni che possono esser viste come anticipatrici dello Stato costituzionale: il riferimento alla natura strumentale e artificiale dello Stato e del diritto. È in questo senso che García Pelayo considera lo Stato “un'impresa razionale”: “questo Stato risponde all'idea di impresa, dal momento che consiste in una proiezione razionale sul futuro, alla cui realizzazione cooperano cose e uomini, riducendo

la pluralità di sforzi e ricorsi a una convergenza di risultati, e sottomettendosi a tal fine a un'organizzazione funzionale tanto più perfetta quanto più impersonale" <sup>13</sup>. Sembra evidente che questi due aspetti – la strumentalità e l'artificialità – sono il risultato del riconoscimento del valore intrinseco dell'individuo. In realtà, l'individualismo costituisce la base intellettuale e morale dello Stato costituzionale e del suo nucleo assiologico, che trova espressione appunto nei diritti umani. Mi riferisco a un modo di vedere lo Stato, e più in generale le strutture politico-sociali, in base al quale l'individuo costituisce il centro di riferimento nella costruzione di un determinato modello di convivenza. In questo modo, si pongono le basi di ciò che finirà per essere una comprensione dell'insieme sociale incentrata sui diritti. Lo Stato, e di conseguenza anche il suo sistema giuridico, non hanno altre finalità al di fuori dell'individuo; l'organizzazione giuridico-politica dev'essere orientata ad assicurare la soddisfazione delle esigenze vincolate a tali diritti e ai valori e principi morali su cui si fondano. È proprio su questo punto che possiamo osservare il contrasto tra una proposta classica, come ad esempio quella di Aristotele <sup>14</sup>, in cui la *polis* si pone come logicamente anteriore al soggetto, e la proposta della modernità dove, come già segnalato, emerge con evidenza la natura artificiale e strumentale dell'organizzazione politica. È questo il caso, in particolare, delle dottrine contrattualiste, nelle quali il patto o contratto sociale occupa una posizione privilegiata in quanto espressione dell'accordo di volontà individuali, che costituiscono in buona misura il fondamento dottrinale di una costruzione in cui l'individuo precede lo Stato, e non viceversa. Ci troviamo nuovamente di fronte a un buon esempio di compenetrazione tra la dimensione istituzionale e quella dottrinale a cui facevo riferimento in precedenza.

<sup>13</sup> M. García Pelayo, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, p. 155.

<sup>14</sup> Cfr. Aristotele, *Politica*, 1253a. Sul tema cfr. C.N. Johnson, *Aristotle's Theory of the State*, MacMillan, Hong Kong, 1990, pp. 5-10.

## 2. La costituzione dello Stato costituzionale

Venendo ora al concetto di costituzione, possiamo cominciare a chiederci fino a che punto condivida con quello di Stato il suo carattere storico. Si dà una differenza rispetto alla riflessione sviluppata in precedenza. La dottrina ha elaborato un discorso sui tratti strutturali della costituzione all'interno di contesti storici in relazione ai quali difficilmente si può parlare di "Stato". Un buon esempio è rappresentato dagli studi realizzati da Charles McIlwain<sup>15</sup> o da Maurizio Fioravanti<sup>16</sup>, per citare due autori particolarmente noti. Si parla di costituzione in scenari in cui il discorso sullo Stato non si è ancora sviluppato in termini generali. Al contrario – e si tratta di un aspetto comune ai due concetti che stiamo analizzando – assistiamo in entrambi i casi a un'evoluzione dei suoi caratteri all'interno della storia.

Nonostante l'obiettivo principale della nostra riflessione sia identificare il modello di costituzione presente nel costituzionalismo contemporaneo, può essere interessante soffermarci, seppur brevemente, sui modelli storici di costituzione e sulla loro evoluzione.

Maurizio Fioravanti si è soffermato su tre modelli di costituzione, risultato di un processo evolutivo verificatosi nel corso della storia: la costituzione degli antichi, la costituzione medievale e la costituzione dei moderni. La prima, la costituzione degli antichi, s'incentra sulla ricerca della forma di governo ideale; una forma di governo che ad Atene, con Clistene ma soprattutto con Pericle, presenta un carattere essenzialmente democratico. La forma democratica di governo, ad Atene, implica la supremazia dell'assemblea dei cittadini ogniqualvolta si adottino decisioni collettive; il riconoscimento del diritto di parola e di proposta nell'assemblea dei cittadini ateniesi senza discriminazione (*isegoria*); il riconoscimento del diritto di tutti ad accedere alle alte cariche e alle alte magistrature; l'alternanza annuale dei governanti o l'ob-

<sup>15</sup> Cfr. C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di N. Matteucci, trad. di V. de Caprariis, Il Mulino, Bologna, 1990.

<sup>16</sup> Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 1999.

bligo di rendiconto. Ci troviamo, pertanto, di fronte a un modello in cui l'idea di democrazia appare incentrato sull'idea di uguaglianza (*isonomia*).

È probabile che, già nel pensiero di Platone e di Aristotele, vi sia un nesso tra la nozione di *politeia* (costituzione) e quella di stabilità che si trova all'origine dell'idea di *patrios politeia*, della costituzione degli antenati, e che potrebbe considerarsi un antecedente remoto dell'idea di costituzione mista che, come vedremo, si sviluppa nel costituzionalismo medievale<sup>17</sup>. Al riguardo, credo che l'idea di associare la costituzione (che, ovviamente, nello scenario degli antichi non si riferisce al testo, dotato in quanto tale di determinate caratteristiche formali) al concetto di equilibrio sia probabilmente un lascito della concezione classica: la troviamo in particolare in Aristotele, e successivamente in Polibio e Cicerone.

Ora, Fioravanti caratterizza la costituzione degli antichi secondo alcuni parametri<sup>18</sup>. La costituzione degli antichi si differenzia dalla costituzione dei moderni per il fatto che nel primo caso non esiste un centro di imputazione della sovranità, un potere sovrano a cui imporre dei limiti (come vedremo, la tensione tra la costituzione e la sovranità caratterizza in modo evidente il costituzionalismo contemporaneo). La costituzione degli antichi non è vista come una norma – così come la concepiamo oggi – orientata a regolare determinate istituzioni, ma si presenta come un ideale da perseguire, ossia come un progetto di unificazione sociale e politica. Stando così le cose, sorge spontanea una riflessione sull'inopportunità di interpretare questa concezione della costituzione alla luce del rapporto tra diritto e potere, nel momento in cui la costituzione non potrebbe considerarsi come il risultato di un'imposizione, in fin dei conti. Questo probabilmente perché la costituzione degli antichi non è tanto una realtà specificamente giuridica quanto piuttosto culturale, politica e morale.

A differenza della costituzione degli antichi, che s'identifica con un ordine politico ideale, la costituzione medievale s'identifica con un modello concreto di strutturazione giuridica della società. Men-

<sup>17</sup> Si veda al riguardo R. Ruiz Ruiz, *Los orígenes del republicanismo clásico*. Patrios Politeia y Res Publica, Dykinson, Madrid, 2006.

<sup>18</sup> Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., pp. 11-28.

tre presso gli antichi la costituzione si configura come un ideale regolativo privo di una dimensione strettamente giuridica, la costituzione medievale rappresenta il riflesso di un ordine di convivenza determinato all'interno del diritto. Per fare un esempio, nell'ambito delle libertà e dei privilegi corporativi e lavorativi su cui si è concentrata la dottrina nel ricercare gli antecedenti remoti dei diritti fondamentali, emerge come la costituzione si limiti a ratificare e preservare la situazione effettiva di riconoscimento di tali privilegi. L'aspetto interessante, al riguardo, è che questo processo passa attraverso il diritto. Da questo punto di vista, "l'età medievale può essere descritta come l'età in cui il discorso sulla costituzione cessa di appartenere in via esclusiva al campo politico e morale, quello del perfezionamento dell'uomo attraverso l'esperienza della comune cittadinanza politica, e inizia a entrare nel mondo del diritto, a divenire discorso giuridico, che nasce dalla pratica sociale. Per questo, discutere della costituzione medievale, significa discutere di regole, limiti, patti, contratti, equilibri"<sup>19</sup>.

A partire dall'opera di autori come Giovanni di Salisbury, Tommaso d'Aquino, Henri Bracton, Marsilio da Padova, François Hotman, Johannes Althusius, John Fortescue o Edward Coke<sup>20</sup>, ha inizio un ampio e complesso periodo in cui si assiste a un recupero dell'idea di costituzione mista come spazio di convergenza dei diversi fattori in tensione sul piano politico, antitetico rispetto a qualsiasi pretesa assolutista, e a una rivendicazione della capacità della costituzione di essere una garanzia di stabilità per un determinato modello politico. Si tratta, in definitiva, della costituzione mista che costituisce una delle principali rivendicazioni di fronte al potere assoluto della monarchia all'interno dei processi rivoluzionari dell'Inghilterra del XVII secolo<sup>21</sup>.

In questo senso, il modello di costituzione legata al contesto dello Stato costituzionale è identificabile con la costituzione dei

<sup>19</sup> Ivi, p. 34.

<sup>20</sup> Cfr. N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Il Mulino, Bologna, 1976 (rist. 2016).

<sup>21</sup> Cfr. J. Dorado Porras, *La lucha por la Constitución. Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.