

## PREMESSA

Com'è noto, di libertà si può discutere fondamentalmente secondo due grandi prospettive. Per riassumere in estrema sintesi, si può dire che se ne può discutere al singolare, o al plurale. Di libertà, al singolare, discutono di norma i filosofi, sul piano etico, o anche sul piano più specificamente politico, indagando sul posto che la libertà occupa nella costruzione di un certo ordine collettivo politicamente significativo. Di libertà, al plurale, *come diritti*, discutono per parte loro i giuristi, indagando sul posto che le posizioni giuridiche soggettive dei cittadini occupano all'interno di un certo ordinamento positivo, ed in particolare sulle garanzie effettive che tale ordinamento è capace di offrire. È evidente che per discutere di libertà al singolare sarebbe necessario confrontarsi con una tradizione filosofica di vastissime proporzioni, e prendere così le mosse da tempi storici assai remoti, per giungere poi al giusnaturalismo moderno, ed infine quanto meno alle dottrine liberali ottocentesche ed alle diverse correnti della filosofia politica del nostro secolo. Non è certo questa la nostra intenzione. D'altra parte, una semplice storia della dogmatica giuridica delle libertà, che ha il suo inizio – come vedremo – nella seconda metà del XIX secolo, appare, dal nostro punto di vista, troppo stretta, troppo poco significativa. Non di rado, infatti, nelle trattazioni specialistiche dei giuristi ciò che va perduto è il fatto che le libertà non sono mai il risultato automatico dei meccanismi di garanzia formalmente previsti dall'ordinamento, anche quando questi sono fissati prescrittivamente al massimo livello, nella Costituzione. Ognuno di tali meccanismi – pensiamo alla rigidità costituzionale ed al controllo di costituzionalità, o anche alle norme che regolano il delicato momento del processo – vive infatti in un determinato contesto storico-sociale e storico-politico, che condiziona in modo decisivo la sua effettività pratica.

In particolare, ogni tempo storico produce la propria *cultura delle*

*libertà*, privilegiando un aspetto rispetto ad un altro, o ponendo le libertà nel loro complesso più o meno al centro della esperienza complessiva. In ultima analisi, è proprio questa cultura, dei consociati, e degli stessi poteri pubblici, che rende operative, o al contrario inefficaci, le scelte positivamente compiute dall'ordinamento a tutela delle libertà, e con esse quei meccanismi di garanzia di cui sopra parlavamo.

Dunque, al di là, e prima, del dato giuridico-formale, della dogmatica giuridica delle libertà, della analisi del diritto positivo vigente in materia di libertà, esiste il momento qualificante e condizionante di quella *cultura delle libertà* che in una situazione storica concreta si è capaci di produrre, con l'azione dei consociati e degli stessi poteri pubblici.

Per questo motivo la nostra trattazione, pur svolgendosi per intero al di fuori dell'ambito proprio della libertà al singolare, filosoficamente intesa, e pur dedicandosi dunque esclusivamente alle libertà al plurale, positivamente riconosciute e garantite da un certo ordinamento, di queste seconde esamina soprattutto il dato preliminare più generale, ovvero la cultura che complessivamente ispira la loro sistemazione in senso giuridico-positivo.

Dovremo quindi procedere nel seguente modo: dovremo prima di tutto chiederci come la nostra cultura politica e giuridica – quella che comunemente adoperiamo, e che si è variamente stratificata nel corso dell'intera età moderna – abbia giustificato ed affermato le libertà (I); dovremo poi chiederci, passando dai modelli astratti alla storia, come le grandi rivoluzioni di fine Settecento, essenzialmente francese ed americana, abbiano costruito una certa cultura, e certe dottrine, delle libertà (II); dovremo poi ancora, e finalmente, giungere ai nostri giuristi, per mostrare in quale contesto storico-culturale, nel corso dell'Ottocento, si affermi una trattazione specialistica e formalizzata delle libertà, come parte rilevante della dottrina dello Stato liberale di diritto (III); infine, dopo le rivoluzioni e l'età liberale non mancherà un terzo tempo, il Novecento, fino ad avvicinarci al nostro più immediato presente (IV).

In tutto questo discutere di teoria e storia delle libertà, siamo animati da una domanda di fondo che è bene subito confessare, e che riteniamo a tutt'oggi per niente marginale: *quale posto* occupano le libertà nella nostra tradizione culturale?

## CAPITOLO PRIMO

### LE TRE FONDAZIONI TEORICHE DELLE LIBERTÀ

SOMMARIO: 1. Il modello storicistico. – 2. Il modello individualistico. – 3. Il modello statualistico.

Vi sono tre modi per fondare le libertà sul piano teorico-dottrinale, e dunque per propugnare il loro riconoscimento, e le opportune forme di garanzia, da parte dell'ordinamento. In sintesi, si può dire che l'approccio alla problematica delle libertà può essere di tipo *storicistico*, *individualistico*, o *statualistico*.

Come vedremo nei capitoli successivi, nel concreto della vicenda che si sviluppa a partire dalle rivoluzioni di fine Settecento, ciascuno dei tre modelli tende a non rimanere isolato rispetto agli altri. Anzi, si può precisare che ciascuno di essi tende a combinarsi con uno degli altri due, e che ciò di regola avviene espungendo dalla combinazione il terzo modello, che non diviene in tal modo irrilevante, ma piuttosto oggetto di un preciso e costante riferimento polemico: avremo così una dottrina individualistica e statualistica delle libertà, costruita in funzione antistoricistica (nella rivoluzione francese); una dottrina individualistica e storicistica, costruita in funzione antistatualistica (nella rivoluzione americana); ed infine una dottrina storicistica e statualistica, costruita in funzione antiindividualistica (nei giuristi dello Stato di diritto del XIX secolo).

Capire queste combinazioni significa per noi capire come si sia andata sviluppando, dall'età delle rivoluzioni fino alle soglie del nostro immediato presente, quella cultura delle libertà cui facevamo riferimento in premessa. Ma prima di studiare le nostre combinazioni dobbiamo, per evidenti ragioni logiche, studiare i singoli elementi che le compongono. A questi è dedicato questo capitolo, iniziando dal modello storicistico.

## 1. IL MODELLO STORICISTICO

Pensare storicisticamente le libertà significa radicarle nella storia, ed in questo modo sottrarle il più possibile alle invadenze arbitrarie dei poteri costituiti. In questo senso, l'approccio storicistico tende inevitabilmente a privilegiare le libertà civili, cosiddette 'negative', ovvero quelle libertà che si traducono in capacità di agire in assenza d'impedimenti o di costrizioni, all'interno di una sfera sicuramente delimitata, e sicuramente autonoma, prima di tutto nei confronti del potere politico. Si pensa qui soprattutto alla libertà personale, ed alla proprietà privata, con i relativi poteri di disposizione del proprietario. Non a caso il Paese in cui più forte è da sempre la cultura storicistica delle libertà è anche il Paese in cui più forte è la tradizione di centralità delle libertà civili, cosiddette 'negative': ci riferiamo ovviamente all'Inghilterra, ed al celebre binomio *liberty and property*. In questa linea, ciò che si pone in primo piano è la forza cogente dei *diritti quesiti*, ovvero di quei diritti che il tempo e l'uso – appunto la 'storia' – ha confermato in modo tale da renderli indisponibili da parte delle volontà contingenti dei detentori del potere politico.

Per questo motivo, la spiegazione storicistica delle libertà privilegia i tempi storici lunghi, ed in particolare tende a mantenere un rapporto aperto e problematico tra età medievale ed età moderna; tende cioè a non esaurire il tempo storico delle libertà all'interno dell'età che comunemente si fa iniziare – appunto come età moderna – con il giu-snaturalismo seicentesco e con gli Stati assoluti, e che culmina poi con le rivoluzioni e con le dichiarazioni dei diritti, per distendersi infine nelle strutture dello Stato di diritto postrivoluzionario.

Nella ricostruzione storicistica, limitarsi a questo tempo storico, tra Seicento ed Ottocento, significa implicitamente circoscrivere la dottrina e la pratica delle libertà in un orizzonte delimitato, che è quello della *costruzione dello Stato moderno*, tra Stato assoluto e Stato di diritto, ovvero nell'orizzonte di un soggetto politico che crescentemente si pone come titolare monopolista delle funzioni d'*imperium* e della capacità di normazione, e che come tale pretende di definire, in modo più o meno autoritativo, più o meno rivoluzionario, le libertà, circoscrivendole e tutelandole con strumenti normativi diversi.

Il fascino del medioevo, per il pensiero storicista, è dato proprio

dal fatto che un soggetto politico di questo genere è in quella epoca assente: da questo punto di vista, è proprio nel medioevo, e non dopo, che dunque si costruisce la *tradizione europea della necessaria limitazione del potere politico d'imperium*. Se così è, si tratta ora di vedere più da vicino come il nostro approccio storicistico consenta d'individuare nel medioevo vere e proprie *situazioni di libertà* giuridicamente protette: cosa che può sfuggire a chi è abituato – come tutti noi in effetti siamo – a pensare alle libertà ed alla loro tutela esclusivamente nei termini moderni di una norma di garanzia generale ed astratta, di chiara natura pubblicistica, se non proprio proveniente dallo Stato e dalla sua autorità.

Che nel medioevo manchi un potere pubblico rigidamente istituzionalizzato, che su un certo territorio ad esso sottoposto sia capace di esercitare in modo monopolistico le funzioni d'*imperium* e di normazione, è cosa che già abbiamo sottolineato. Da ciò consegue ulteriormente che lo stesso *imperium*, che all'incirca possiamo rappresentare come potere d'imporsi nelle controversie come terzo neutrale autoritativamente capace di far eseguire la sentenza, come potere d'imporre tributi di vario genere e natura, ed infine come potere di chiedere il sacrificio della vita con la chiamata alle armi, è frantumato e diviso tra una grande quantità di soggetti, lungo la scala gerarchica che va dai signori feudali di più alto rango fino ai singoli cavalieri armati, quindi fino a zone di esplicazione dello stesso *imperium* estremamente limitate e circoscritte.

Tutti questi soggetti sono legati da un rapporto di scambio, che è fondamentalmente *il rapporto di fedeltà e protezione*. Ebbene, ciò che la ricostruzione storicistica sottolinea con forza è la *dimensione contrattuale di reciprocità* che è insita in tale rapporto. Chi dunque è obbligato dalla propria nascita e dalla propria condizione ad essere fedele ad un certo signore sa che questo è a sua volta obbligato a proteggere lui medesimo, i suoi beni, e la sua famiglia.

Certo, del contratto in senso moderno manca in questi casi l'aspetto della sicurezza dell'adempimento normativamente prefissata e determinata: in altre parole manca, per coloro che occupano i gradini più bassi della scala gerarchica, la possibilità di ricorrere, sulla base di una norma certa e conosciuta, ad un terzo neutrale, che giudichi come il signore ha esercitato i suoi poteri d'*imperium*, come il signore ha adempiuto ai suoi doveri di protezione. D'altra parte, ciò che la rico-

struzione storicistica sottolinea è il fatto che tutto ciò non implica di per sé *assenza di diritto*. Non si deve infatti commettere l'errore di cercare 'diritto' nel medioevo utilizzando le categorie del diritto moderno; così facendo è fin troppo facile concludere per l'assenza di 'diritto' nel medioevo, appunto perché in tal modo non si ricerca affatto il diritto proprio e specifico del medioevo, ma lo stesso diritto moderno, ovvero qualcosa che si è affermato ben più tardi.

Se invece accettiamo d'immergerci davvero e completamente in una realtà diversa dalla nostra, ci accorgiamo che il medioevo aveva indubbiamente *il proprio modo* di garantire *jura e libertates*, diritti e libertà. Si sarà così capaci d'individuare, non certo un'improbabile norma generale ed astratta di garanzia, ma piuttosto la presenza di un diritto oggettivo, radicato dalla consuetudine e dal tempo nelle cose, che assegna a ciascuno il proprio posto, ovvero i propri diritti ed i propri doveri, ad iniziare da coloro che più sono dominanti, che più stanno in alto nella scala gerarchica.

Si tratta di un diritto sostanzialmente *non voluto*, che nessun potere è stato capace di definire e di sistematizzare in forma scritta. Se dunque è vero che i dominanti possono più facilmente, rispetto al diritto moderno, infrangere le regole esistenti – ma non bisogna dimenticare il timore, in questo mondo medievale, di divenire in tal modo tiranni, provocando così la sgradevole conseguenza dell'esercizio di un legittimo diritto di resistenza –, è anche vero che più difficilmente, sempre rispetto al diritto moderno, gli stessi dominanti possono autoritativamente definire in modo sistematico il catalogo dei diritti e delle libertà, in una situazione in cui nessuno ha il potere supremo d'interpretare i voleri del 'popolo', o della 'nazione', ed in cui anzi ognuno rivendica a sé la propria sfera di autonomia, i propri diritti quesiti, confermati e stabilizzati dall'uso e dal tempo, appunto dalla forza normativa della consuetudine.

A ciò si deve aggiungere il fatto che, a partire all'incirca dal XIII secolo, questa complessa realtà tende in qualche misura a razionalizzarsi, a disporsi un po' dovunque in Europa per ambiti territoriali di dominio più vasti e semplificati, all'interno dei quali i signori territoriali pongono per iscritto, con veri e propri *contratti di dominazione* (*Herrschaftsverträge*) (KERN, 1919; BRUNNER, 1954; OESTREICH, 1966; KLEINHEYER, 1975), le norme che sono destinate a regolare, anche sotto il profilo dei diritti e delle libertà, i rapporti con i ceti, ovvero

con le forze corporativamente organizzate sul territorio, con i più risalenti ambiti di potere feudali, ma anche con le forze agenti nella nuova dimensione urbana e cittadina, che inizia intanto a distaccarsi dalla campagna e dal contado tradizionalmente prevalenti nel corso del medioevo.

Una certa storiografia ritiene che con questo nuovo assetto politico si sia di fronte ad una vera e propria prima fase della storia dello Stato moderno, che comporterebbe già ora una certa dialettica – appunto moderna – tra dominio politico e territorio, quest'ultimo ora, e sempre più, inteso come realtà politica sinteticamente unificata in modo crescente sotto il dominio del signore. Si deve però essere piuttosto cauti a questo riguardo. Infatti, proprio la vicenda che a noi interessa, dei diritti e delle libertà, dimostra per lo meno parzialmente il contrario, ovvero la permanenza di un modo tipicamente medievale di organizzazione dei rapporti politici.

Intanto, non si deve commettere l'errore di proiettare verso il futuro – con il senno di poi, potremmo dire – una delle più rilevanti novità contenute nei contratti di dominazione, che è certamente quella della nascita di assemblee rappresentative dei ceti che affiancano il signore nella gestione del potere. In primo luogo, non si può certamente parlare, in questa epoca, ed ancora per lungo tempo, di una vera e propria attivazione di libertà politiche di partecipazione, dette anche libertà 'positive', in senso moderno. Non si può infatti neppure lontanamente paragonare ciò che accade in Europa a partire dal XIII secolo con i ben più tardi ideali politici, rivoluzionari e democratici, della autodeterminazione di un certo popolo o di una certa nazione. Quando i rappresentanti dei ceti siedono insieme, accanto al signore, essi non rappresentano infatti alcun 'popolo', o alcuna 'nazione', per la buona ragione che in questi secoli non esiste affatto un soggetto collettivo di questo genere che in quanto tale possa volere, e chiedere, ed ottenere, di essere rappresentato. I rappresentanti dei ceti, inoltre, non pretendono di dire, insieme al signore, quale sia la legge del territorio; finché si rimane nella esperienza medievale, nessuno, né i primi, né il secondo, ha questo potere di definizione, poiché il diritto – come già abbiamo visto – è in sostanza *jus involontarium*, che si impone nelle cose, e non è dunque voluto da alcun potere costituito.

Ma allora, se così è, in cosa consiste il nostro contratto di dominazione? Non nella concessione, o nella imposizione dal basso, di libertà

politiche in senso moderno, di rappresentanza del 'popolo', o della 'nazione'; non nella anticipazione storica della formula della monarchia costituzionale, nella quale monarca e rappresentanze collaborano nella formazione della legge; e dunque, in cosa altro? È presto detto: i contratti di dominazione servono a rafforzare le rispettive sfere di dominio, quella del signore, e quelle dei ceti. Il primo, per parte sua, riunendo attorno a sé le rappresentanze dei ceti, non fa altro che ribadirsi come vertice della organizzazione dei rapporti politici per un certo territorio; infatti, quelle rappresentanze non sono altro che la riformulazione istituzionale dell'antica pratica medievale del *consilium* e dell'*auxilium*, secondo la quale chi è politicamente sottoposto ha, tra i propri doveri di fedeltà, anche quello di prestare consiglio ed aiuto al proprio dominante: come vediamo, qualcosa di ben diverso, se non di opposto, rispetto ad una pratica elettorale e rappresentativa moderna fondata sul diritto originario della nazione, o del popolo, di costruire l'ordine politico complessivo.

Nello stesso tempo, però, poiché i rapporti politici medievali sono di regola contrattuali, anche i ceti pensano di poter guadagnare qualcosa dalla operazione che li conduce ad esprimere delle assemblee rappresentative istituzionalizzate. Si tratta di un qualcosa che è apprezzabile soprattutto nella linea tradizionale medievale della custodia gelosa dei diritti radicati nel tempo, in particolare dei diritti di natura patrimoniale, dei beni: dunque qualcosa che ha certamente a che fare, per ragionare in termini moderni, più con le libertà 'negative', o civili, che con quelle 'positive', o politiche.

Più in particolare, i contratti di dominazione di cui stiamo trattando dispongono non di rado la necessità del consenso delle assemblee rappresentative per l'imposizione di tributi straordinari, che eccedono le normali esazioni che il signore opera in quanto vertice politico di un certo territorio; e più in genere, offrono garanzie di vario tipo a tutela del possesso dei beni confermato dal tempo e dalla consuetudine. In questo modo i ceti, cui si aggiungono ora anche le città con i loro ordinamenti, hanno maggiore possibilità, sulla base delle regole fissate nel contratto di dominazione, di difendere i loro patrimoni, e le loro rispettive sfere di dominio, eventualmente qualificando come tiranno quel signore che abbia violato quelle medesime regole.

Come vediamo, si rimane dunque all'interno di un quadro tipicamente medievale di organizzazione dei rapporti politici, che attraverso

i contratti di dominazione si proroga nel tempo, e nella interpretazione storicistica resiste perfino all'opera accentratrice dello Stato assoluto, giungendo in sostanza fino alle soglie delle rivoluzioni di fine Settecento.

Ora, noi crediamo che di tale quadro sia possibile dare una valutazione complessiva, nello stesso tempo tornando alla questione da cui eravamo partiti, che è pur sempre quella della rilevanza culturale di un approccio storicistico alla problematica delle libertà. Chi crede in tale approccio, normalmente sottolinea il fatto che proprio nel medioevo sono le radici profonde – nei termini che abbiamo visto – della *libertà come autonomia e come sicurezza*, come tutela dei propri diritti e dei propri beni. Vi sono tuttavia alcuni dati difficilmente eludibili, che separano il modello medievale delle libertà da quello moderno.

In primo luogo, ben raramente la pratica medievale riconosce *jura e libertates* agli individui in quanto tali, come è invece caratteristica fondamentale del diritto moderno, dalle dichiarazioni rivoluzionarie dei diritti in poi: diritti e libertà hanno nel medioevo una strutturazione corporativa, sono patrimonio del feudo, del luogo, della valle, della città, del borgo, delle comunità, ed appartengono quindi agli individui solo in quanto questi siano a loro volta ben radicati in quei territori, in quelle comunità.

In secondo luogo, ciò che più appare confortante da un punto di vista rigorosamente storicistico, ovvero la radicazione dei diritti nella storia e nelle cose con la conseguente loro indisponibilità da parte dei detentori del potere politico, ha un indubitabile sgradevolissimo rovescio della medaglia dal diverso punto di vista proprio delle ideologie che sorreggono la costruzione del diritto moderno. Infatti, una situazione storica come quella medievale è, nella ottica del diritto moderno, una situazione in cui tutti i soggetti, proprio perché hanno diritti fondati nella storia e nel decorso del tempo, sono dominati da una sorta di *ordine naturale delle cose* che assegna a ciascuno il proprio posto, e con esso il proprio bagaglio di diritti, sulla base della nascita, del ceto, della appartenenza ad un luogo concreto, ad una terra. Ora, niente più di tutto ciò fa a pugno con la concezione moderna della libertà come *libertà di volere*, come libertà cosiddetta 'positiva'. A questa dimensione della libertà, irrinunciabile nel diritto moderno, si oppone in modo inconciliabile il mondo medievale, che, nel momento stesso in cui affida i diritti e le libertà alla saldezza dell'ordine naturale

delle cose storicamente fondato, impedisce agli uomini di fruire della *essenziale libertà di volere un ordine diverso*. È la assenza di questa libertà, che in radice è la progenitrice delle libertà politiche, cosiddette 'positive', che fa sentire a noi moderni il medioevo come cosa lontana.

Dobbiamo per questo motivo concludere nel senso di una sostanziale irrilevanza dell'approccio storicistico nella formazione della cultura e delle dottrine delle libertà in età moderna? Certamente no, per diversi motivi. Intanto, come vedremo nei capitoli successivi, il modello storicistico, una volta affrancato dalle immagini più radicalmente confliggenti con l'universo politico e culturale moderno, ed opportunamente combinato con altri elementi teorici, tornerà più volte utile nella costruzione concettuale dei diritti e delle libertà dal Settecento in poi. Ma soprattutto non dobbiamo poi dimenticare che uno dei Paesi-chiave per la storia del costituzionalismo moderno, ovvero l'Inghilterra, ha in buona parte fondato la dottrina della sua identità storico-politica proprio sull'immagine della *continuità tra libertà medievali e moderne*.

Se, infatti, interroghiamo i sostenitori del modello storicistico sul punto specifico del contributo dell'Inghilterra alla storia del costituzionalismo moderno, ci accorgiamo subito che nella prospettiva storicistica questo Paese assume un ruolo emblematico ed assolutamente centrale. Si ritiene, infatti, che la storia costituzionale inglese dimostri come sia possibile una transizione dall'assetto medievale a quello moderno delle libertà, graduale e relativamente indolore, che prescinde dalla presenza di un potere politico sovrano altamente concentrato, capace in quanto tale di definire autoritativamente le sfere di libertà individuale, prima dei sudditi, e poi dei cittadini.

Ecco dunque che non poche trattazioni (MCILWAIN, 1940; POUND, 1957; ULLMANN, 1966; SHARPE, 1976) sottolineano come vi sia, in materia di libertà, e di loro tutela, una precisa linea di continuità, dalla *Magna Charta* del 1215 alla *Petition of Rights* del 1628, all'*Habeas Corpus Act* del 1679, al *Bill of Rights* del 1689, fino poi – come vedremo nel capitolo successivo – ad aspetti non secondari del costituzionalismo dell'età delle rivoluzioni.

In particolare, il primo di questi atti, la *Magna Charta*, è solo in apparenza uno dei tanti contratti di dominazione che si affermano in Europa – come abbiamo visto – nel XIII secolo. Con l'art. 39 della *Charta* si dispone: "Gli uomini liberi non possono essere catturati o

imprigionati, privati dei loro averi, messi fuori legge, esiliati o danneggiati in alcun modo, se non da un tribunale legale dei loro pari e secondo le leggi del paese”. Certo, anche in un articolo di questo genere non è difficile cogliere la struttura corporativa della società medievale inglese ed europea: dalla nozione, tutta da precisare, di ‘uomini liberi’, al giudizio ‘dei pari’, fondato su una concezione generale della giustizia che certamente presuppone una divisione della società per ordini e per ceti. Ma, pur ammettendo tutto questo, i sostenitori del modello storicistico, ed in particolare della tradizione costituzionale inglese, mettono in rilievo altre caratteristiche della *Magna Charta*.

Intanto, la maggiore accentuazione, rispetto ad altri contratti di dominazione del tempo, dell’aspetto della *libertà personale*. Lo stesso art. 39 può effettivamente, da questo punto di vista, essere letto come l’anticipazione storica di una delle principali dimensioni della libertà in senso moderno, che è *la libertà come sicurezza* dei propri beni, ma anche della propria persona, soprattutto contro l’arresto arbitrario: è qui, esattamente in questo punto, l’origine, nella prospettiva storicistica, delle regole che compongono il *due process of law*, ovvero di quelle regole che sole possono consentire la legittima sottrazione della libertà ad un individuo. In questo modo, nelle immagini correnti, il modello inglese si emancipa di più, rispetto al resto d’Europa, da quelle *libertates* medievali – che già abbiamo visto –, che essenzialmente tendevano ad esaurirsi nell’aspetto patrimoniale del possesso garantito dei beni confermato dall’uso e dal tempo.

Ma, soprattutto, ciò che sottolineano i sostenitori del modello inglese è il riferimento, pure contenuto nell’art. 39, alle *laws of the land* alle leggi del Paese. Queste sono, nel caso inglese, cosa ben diversa dall’*ordine naturale delle cose*, staticamente inteso, che già conosciamo. Infatti, il contesto storico specifico inglese introduce un elemento nuovo, che è quello, essenzialmente dinamico, della *giurisprudenza*. È quest’ultima, nelle tradizionali ricostruzioni della storia nazionale e costituzionale inglese, il vero fattore di unità; sono i giudici, e non i principi ed i legislatori, a costruire il diritto comune inglese – la celebre *common law* –, le leggi del Paese. Ed è la giurisprudenza, ancora, lo strumento principale di elaborazione delle regole di tutela delle libertà, che accompagna nel tempo, dal medioevo all’età moderna, la loro graduale evoluzione da regole puramente privatistiche di garanzia del *dominium*, dei beni, a *regole quasi-costituzionali*

di tutela delle sfere personali, nel senso moderno delle libertà cosiddette ‘negative’.

Nella ricostruzione storicistica del modello inglese, una tale evoluzione culmina nel Seicento, con le grandi figure di Edward Coke (1552-1634), e di John Locke (1632-1704), e con la nota *Glorious Revolution* del 1689. È qui che si va formando in modo più compiuto la convinzione per cui la materia delle libertà, in quanto elaborata dalla giurisprudenza, ed espressa in regole di *common law*, è sostanzialmente indisponibile da parte di un potere politico, che in Inghilterra ben più che altrove – pensiamo alla Francia – stenta ad assumere le forme dello Stato assoluto. È opportuno precisare infatti che la *sovranità parlamentare*, destinata a consolidarsi a partire dalla *Glorious Revolution* grazie ad un drastico ridimensionamento della prerogativa regia (KEIR, 1953), non degenera mai in sovranità illimitata. Questa involuzione è impedita sia da una certa permanenza del principio dei *checks and balances*, che esige la partecipazione all’attività legislativa dei tre rami del Parlamento – Re, *Commons* e *Lords* –, sia dalla radicata convinzione che esista un nocciolo duro di libertà fondamentali indisponibile da parte del potere politico (GOUGH, 1955). L’idea che gli atti irragionevoli e arbitrari del legislatore non possano ledere i diritti quesiti degli *Englishmen* è così forte che, come vedremo, i coloni americani vi faranno appello per rivendicare la salvaguardia delle proprie libertà e proprietà contro lo stesso Parlamento inglese. Non sorprende allora che un’autorevole tradizione storiografica faccia risalire a Coke le origini del moderno sindacato di costituzionalità (MATTEUCCI, 1976) inteso, in senso essenzialmente garantistico, come primato delle regole di tutela costituzionale delle libertà – il cosiddetto *higher law* – sulle volontà contingenti dei detentori del potere politico. Sebbene in realtà questo sindacato di costituzionalità non abbia preso piede in Inghilterra e la riferibilità a Coke della dottrina dello *higher law* appaia contestabile, resta comunque tutto il peso di una tradizione di *fundamental law* che ha trovato alimento tanto nella teoria politica quanto nel costume giurisprudenziale britannici (STONER Jr., 1992).

In sintesi, è dunque il modello inglese che più consente di emancipare l’approccio storicistico dalla opprimente immagine medievale, intollerabile per i moderni, dell’immutabile ordine naturale delle cose. Il caso inglese consente infatti di radicare le libertà nei tempi lunghi della storia, sottraendole quindi alle pericolose definizioni del legisla-

tore, nello stesso tempo però accreditando la fortunata immagine di una loro progressiva evoluzione, contro l'immobilismo medievale, che le consegna forti ed intatte ai tempi nuovi della *civil society* borghese, già così presenti nelle pagine di Locke.

Il giusnaturalismo di Locke – così interpretato – e degli inglesi è perciò ben diverso dal giusnaturalismo di cui discuteremo tra poco, quando affronteremo il nostro secondo modello, quello individualistico. Al giusnaturalismo lockiano così ricostruito manca infatti ogni carica polemica contro il passato medievale, che anzi viene recepito, ed adattato ai tempi nuovi. La nuova società civile liberale è in questo senso nient'altro che la generalizzazione, opportunamente corretta ed emendata, della antica autonomia medievale dei diritti e delle libertà. Ed anzi si afferma a chiare lettere (ULLMANN, 1966) che il progetto giusnaturalistico seicentesco e settecentesco di affermazione dei diritti individuali è sostanzialmente riuscito nel suo versante garantistico solo laddove, come in Inghilterra, ha potuto beneficiare di un'ininterrotta tradizione medievale di tutela giurisprudenziale e consuetudinaria dei diritti medesimi.

Tuttavia, un punto rimane da chiarire, che viene alla luce guardando più complessivamente alla forma di governo, e di Stato, che s'impone nella tradizione costituzionale britannica. Si tratta della celebre formula del *King in Parliament* ovvero della composizione bilanciata, nel Parlamento, dei tre ordini politici del Regno, la Monarchia, i *Lords*, ed i Comuni. È questa la classica strutturazione liberale del *governo moderato*, che è tale, e quindi non dispotico, perché bilancia in sé le forze politiche e sociali, impedendo a ciascuna di esse di essere *pienamente costituente*, di definire quindi da sola i caratteri del modello politico.

In questo contesto istituzionale, lo scopo principale, ed anzi esclusivo, dell'associazione politica, del complesso intersecarsi bilanciato dei poteri pubblici, è quello d'impedire sopraffazioni, di difendere le posizioni acquisite da ognuno. Ciò che manca completamente è la possibilità di ritornare ad uno stato di natura radicalmente inteso, nel quale gli individui possano progettare *ex novo* la forma politica, sulla base di un accordo contrattuale delle volontà. Una possibilità di questo genere ripugna al costituzionalismo inglese, che diffida per sua natura della *concezione radicale* del potere costituente.

Ed infatti, anche quando si ammetterà con Locke il diritto di resi-

stenza del popolo, nel caso di tirannia e di dissoluzione del governo, lo si concepirà come uno strumento di *restaurazione* della legalità infranta, e non come uno strumento di *progettazione* di un nuovo e migliore ordine politico: anche il popolo che si ribella nient'altro è che *una forza della storia*, che riconduce i governanti entro l'orbita necessaria del governo moderato e bilanciato.

È possibile allora giungere ad una conclusione, relativa al modello storicistico in genere, e più in particolare al costituzionalismo inglese. Caratteristica principale dell'uno e dell'altro è il posto assolutamente privilegiato che in essi occupano le libertà civili, cosiddette 'negative', patrimoniali e personali, ovvero *la libertà come sicurezza*. Ciò non significa che in un tale contesto non si sviluppino anche le libertà politiche, cosiddette 'positive': non bisogna mai a questo proposito dimenticare che l'Inghilterra sviluppa una pratica elettiva parlamentare molto prima di ogni altro Paese europeo. Tuttavia, non v'è dubbio che le libertà politiche siano in questo modello *accessorie* rispetto a quelle civili: la partecipazione alla formazione della legge è del tutto funzionale al controllo, all'equilibrio delle forze, alla tutela dei diritti acquisiti. Più difficile è reperire nel modello inglese *il momento costituente*, inteso come potestà assoluta del popolo, o della nazione, di progettare un ordine costituzionale dipendente dalla volontà dei consociati. A ciò si oppone la dimensione irrinunciabile del *governo moderato o bilanciato* come forma che la storia ha prodotto, e che l'uomo non può sovvertire, se non sovvertendo *ogni tipo* di ordine politico e sociale. Con ciò, sono individuati i confini ultimi di possibile espansione del modello storicistico delle libertà. Per procedere oltre, ed in direzione diversa, è necessario uscire da quel modello, ed entrare nella sfera delle dottrine individualistiche delle libertà.

## 2. IL MODELLO INDIVIDUALISTICO

Cultura individualistica e cultura storicistica delle libertà si scontrano preliminarmente su un punto, relativo al *rapporto da instaurare con il passato medievale*. È qui, a nostro avviso, la grande discriminante tra i due modelli. Infatti, mentre la cultura storicistica delle libertà ricerca nel medioevo la grande tradizione europea del governo modera-

to e limitato, e quindi in vario modo sospinge il costituzionalismo moderno che voglia farsi protettore di quelle libertà a confrontarsi con il lascito medievale, la cultura individualistica tende invece a chiudere seccamente il conto con il passato, a costruirsi in polemica con esso, a porre il rapporto tra moderno e medievale in termini di *frattura epocale*. In altre parole, l'epoca moderna, dal giusnaturalismo seicentesco alle dichiarazioni rivoluzionarie dei diritti, ed oltre, verso lo Stato di diritto e lo Stato democratico, è l'età dei diritti individuali, e del progressivo perfezionamento della loro tutela, *proprio perché* è l'età della progressiva distruzione del medioevo, e dell'ordine feudale e cetuale del governo e della società.

Due sono le linee lungo le quali si sviluppa questo tipo di riflessione, che fonda la teoria e la pratica delle libertà e dei diritti in senso moderno sulla radicale opposizione al medioevo.

In primo luogo, tale opposizione si sostanzia nella secca antitesi tra *ordine cetuale* ed *ordine individuale* del diritto. Per ordine cetuale del diritto s'intende quel tipo specifico di ordine, caratteristico del medioevo, nel quale i diritti ed i doveri sono attribuiti ai soggetti a seconda della loro appartenenza di ceto. Avremo così, non solo l'impossibilità logica, oltre che storica, dei diritti dell'uomo, o del cittadino, o della persona, astrattamente intesi, ma anche un diritto che concretamente impone regimi giuridici diversi a seconda dell'appartenenza di ceto: una proprietà dei nobili, una dei borghesi-cittadini, ed una dei contadini; un testamento dei primi, dei secondi, e dei terzi, tra loro diversi; e così via, per tutte le forme giuridiche che i soggetti utilizzano nella loro vita di relazione giuridicamente significativa.

La lotta per il diritto moderno è così rappresentata come la lotta per il progressivo ordinarsi del diritto in senso individuale, ed anticetuale. La storia di tale lotta inizia con le prime intuizioni dei filosofi del giusnaturalismo, e segna una prima sostanziale vittoria con le dichiarazioni rivoluzionarie dei diritti, in particolare con quella francese del 1789 (BOBBIO, 1989). Quest'ultima, con il suo riferire in astratto i diritti all'uomo ed al cittadino, non sarebbe stata possibile se prima di essa il giusnaturalismo non avesse iniziato a pensare quei medesimi diritti mediante l'artificio logico ed argomentativo dello *stato di natura*, dunque prescindendo dalla loro attribuzione secondo lo schema ordinativo di tipo cetuale che dominava la società europea prerivoluzionaria. Così, il giusnaturalismo viene violentemente staccato dalle

radici medievali – che, come ricorderemo, erano ben presenti, nella ricostruzione storicistica, in uno dei suoi massimi interpreti, ovvero in John Locke –, ed altrettanto imperiosamente proiettato verso il futuro, verso le dichiarazioni rivoluzionarie dei diritti.

Nell'approccio individualistico alla problematica delle libertà non ci si preoccupa più di tanto del fatto che la prediletta età moderna, dal Seicento in poi, sia anche l'età in cui si costruisce la più formidabile concentrazione di potere che la storia abbia conosciuto, prima sotto forma di Stato assoluto, e poi sotto l'egida del legislatore rivoluzionario interprete della volontà generale. Certo, uno dei compiti fondamentali delle costituzioni moderne sarà proprio quello – come vedremo più avanti – di garantire i diritti e le libertà dall'esercizio arbitrario del potere pubblico-statale. Ma rimane d'altra parte certo ed indubitabile il fatto che una cultura rigorosamente individualistica delle libertà non può non attribuire proprio a quello sforzo di concentrazione che sopra ricordavamo il merito storico di essere stato strumento di progressiva distruzione della vecchia società cetuale dei privilegi. È infatti proprio lo sforzo di concentrazione dell'*imperium* che sottrae progressivamente ai ceti, ed in particolare alla nobiltà, l'esercizio delle funzioni politiche di giudice, di esattore, di amministratore, ed in tal modo libera l'individuo dalle antiche soggezioni, rendendolo così in quanto tale, come individuo, titolare di diritti. In questo senso, *il primo e più elementare diritto dell'individuo* è in questa linea quello di ruscare ogni autorità diversa da quella della legge dello Stato, ormai unico titolare monopolista dell'*imperium* e della capacità di normazione e di coazione.

Così stando le cose, è evidente che il Paese-guida nella costruzione dei diritti e delle libertà in senso moderno non può certo più essere l'Inghilterra. Ciò che nell'approccio storicistico appariva un pregio, un dato positivo irrinunciabile, ovvero la mancanza da parte del potere politico della possibilità di codificare autoritativamente le posizioni giuridiche soggettive degli individui, prima sudditi e poi cittadini, appare ora come un difetto difficilmente perdonabile. Nell'approccio individualistico l'Inghilterra non ha avuto una vera esperienza storica di Stato assoluto, né una vera rivoluzione con relative dichiarazioni dei diritti, semplicemente perché essa non ha mai avuto la forza d'imporre *la nuova dimensione moderna individualistica* al vecchio ordine feudale e cetuale. La Francia diviene così il Paese-guida, poiché è in

Francia, prima con lo Stato assoluto, e poi con la rivoluzione, che si è più tipicamente e nettamente costruito il diritto moderno a base individualistica, quello civile dei codici, e quello pubblico-costituzionale delle dichiarazioni dei diritti.

Certo, anche l'approccio storicistico – come abbiamo visto – si riconduce in ultima analisi alla necessità di tutelare nel miglior modo le sfere private individuali, secondo il celebre binomio *liberty and property*. Ma esso afferma questo primato dell'individuo *esclusivamente* in direzione del potere politico statale. Nell'approccio individualistico, invece, modellato più sul caso francese che su quello inglese, quel medesimo primato è diretto prima di tutto verso i poteri dei ceti, verso il signore-giudice, il signore-esattore, il signore-amministratore. In sintesi: l'approccio storicistico sostiene in primo luogo una dottrina ed una pratica del *governo limitato*, quello individualistico sostiene in primo luogo *una rivoluzione sociale* che elimini i privilegi e l'ordine cetuale che li sostiene. Ed ancora: dal punto di vista storicistico il difetto principale del modello individualistico è quello di ammettere troppo la necessità di uno strumento collettivo – lo Stato, la volontà generale, o altro – che elimini il vecchio ordine giuridico e sociale; dal punto di vista individualistico il difetto principale del modello storicistico è quello di essere troppo timido e moderato nell'estendere i valori nuovi dell'individualismo liberale e borghese anche alla dimensione sociale della lotta al privilegio.

Ma, come già abbiamo detto, *due sono le linee* lungo le quali il modello individualistico costruisce la dottrina dei diritti e delle libertà in senso moderno, in opposizione al medioevo. Se la prima è la linea – già vista – della antitesi tra ordine cetuale ed ordine individuale, la seconda è la linea, necessaria nell'orizzonte individualistico, che comunemente viene definita *contrattualistica*. Di questa dobbiamo ora occuparci.

Si ricorderà a questo proposito come il modello storicistico fosse totalmente avverso ad una prospettiva contrattualistica. Quel modello prevede infatti la possibilità, di fronte ad un governo dissolto, o divenuto tirannico, che la sovranità ritorni al popolo. Ma quest'ultimo – come già abbiamo osservato – non agisce in questo caso contrattualisticamente, come complesso d'individui che liberamente decide sull'adozione di una nuova e migliore forma politica di associazione; anch'esso è, piuttosto, forza e strumento della storia, che con il suo in-

tervento, e la sua resistenza, riconduce il governo su quel binario, del tutto necessario, del governo moderato e bilanciato, che l'esperienza storica concreta, tra medioevo ed età moderna, aveva prudentemente e gradualmente costruito.

Ben diversamente stanno le cose nell'approccio individualistico. In questo caso, l'associazione politica esiste, non già come prodotto degli aggiustamenti prudenziali della storia – ivi compreso il ruolo restaurativo del popolo –, ma semplicemente perché gli individui *l'hanno voluta e costruita*. Non è un caso che chi sceglie decisamente il modello individualistico faccia iniziare la sua trattazione, più che da Locke, ancora interpretabile – ma non necessariamente, come vedremo – in chiave storicistica e medievistica, da Thomas Hobbes (1588-1679) (BOBBIO, 1979), certamente più netto e deciso di ogni altro pensatore del Seicento nel sottolineare *la natura artificiale*, dipendente dalle volontà dei consociati, del potere politico.

In tal modo, le dottrine individualistiche confermano – come già nel caso della antitesi tra ordine cetuale ed ordine individuale – la loro radicale opposizione al passato medievale. Infatti, nella logica individualistica, l'antico ordine naturale delle cose, che a ciascuno assegna i propri diritti ed i propri doveri, non può essere riformato, o fatto evolvere gradualmente, così come suggerisce l'esempio storico inglese: esso deve essere abbattuto, per poter costruire *ex novo*, per poter edificare un nuovo ordine politico che si fondi così sulle volontà degli individui, sul consenso dei consociati. La liberazione dell'individuo dalla soggezione ai poteri feudali e signorili comprende anche la sua liberazione da un ordine politico complessivo che prima trascendeva la sua volontà, che ora egli non è più costretto a subire, che può e deve essere reinventato a partire dalle volontà individuali, con lo strumento del *contratto sociale*.

Anche il contrattualismo, per altro, come l'individualismo in genere, ha un lato decisamente statualistico. Già abbiamo visto come i sostenitori dell'approccio individualistico non possano non apprezzare la concentrazione d'*imperium* propria dello Stato moderno, quale strumento di distruzione del vecchio ordine cetuale.

Bisogna ora aggiungere che anche il contratto sociale, come strumento di edificazione della società politica, contiene in sé un ineludibile apprezzamento positivo per il maggiore livello di civiltà e di sicurezza che si riesce a conseguire proprio accettando consensualmente di

abbandonare lo stato di natura. Se gli individui accettano volontariamente di uscire dallo stato di natura, e di rinunciare quindi ad alcuni loro diritti – quanto meno al potere di farsi giustizia da soli, riconoscendo un terzo neutrale dotato di potere di coazione nei confronti delle parti in lite –, è perché pensano che solo con la presenza di una comune autorità legittima essi tutelano meglio i loro diritti. L'associazione politica, lo Stato, è dunque elemento di assoluto rilievo, senza il quale – come appare particolarmente chiaro con Hobbes – gli uomini sarebbero destinati alla guerra civile, e dunque sarebbero di fatto privi di diritti, posto che l'attribuzione degli stessi diritti agli individui presuppone una situazione di possesso sufficientemente stabilizzata e garantita nel tempo e nello spazio, che non può essere facile preda delle coalizioni di forze di volta in volta prevalenti nei fatti.

Come vediamo, comunque si guardi alle dottrine individualistiche, si finisce sempre per ritrovare sulla propria via l'ingombrante presenza – ingombrante, naturalmente, da un punto di vista storicistico – della sovranità statale, come strumento positivo di lotta al privilegio ed all'ordine cereale, o come strumento di più salda garanzia dei diritti e delle libertà. Si sarebbe a questo punto tentati di dire; se si rifiuta di fondare i diritti e le libertà nella storia, si deve pure appoggiare la loro esistenza su qualcos'altro; e questo qualcos'altro non può che essere l'autorità dello Stato sovrano. Stiamo forse già scivolando verso il nostro terzo modello, quello statualistico?

La risposta è per lo meno in parte negativa. In realtà, esistono ottimi motivi per distinguere l'approccio rigorosamente individualistico dall'approccio rigorosamente statualistico, che tratteremo tra poco. In particolare, vi sono *due necessari aspetti* della cultura individualistica delle libertà che non sono ammissibili nell'ottica statualistica, e che contribuiscono quindi non poco a differenziare la prima dalla seconda.

Il primo di questi aspetti si racchiude nella formula liberal-individualistica della *presunzione di libertà*, che troverà una solenne codificazione nell'art. 5 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789: "Tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito, e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina". Ciò che equivale a dire che solo la massima fonte di diritto, la legge, con i suoi classici caratteri di generalità e di astrattezza, espressione della volontà generale, può vietare ed impedire, costringere ed ordinare, in una parola limitare i diritti e le libertà dei cittadini.