

Sintesi del testo di Maurizio Fioravanti

Costituzione

Edito da Il Mulino, 1999

CAPITOLO I: La Costituzione e gli antichi.

L'autore compie un'indagine in merito all'evoluzione del significato del termine Costituzione dal IV secolo a.C. fino ad oggi. Nel IV secolo a.C. si può ritenere già esistente una vera e propria dottrina politica espressa da pensatori come Platone ed Aristotele. In questo periodo si verifica la trasformazione della *polis* da luogo di esercizio dei diritti politici di cittadinanza in luogo a prevalente caratterizzazione economica e di scambio. La economicizzazione della *polis* determina il sorgere di un aspro conflitto tra ricchi e poveri che sollecita la nascita di una dottrina politica impegnata nella ricerca di ideali collettivi tali da superare le divisioni sociali. La paura di non riuscire a superare il conflitto sociale cioè il timore per la *stasis* induce a riflettere sulle forme organizzative e sui caratteri di fondo delle strutture istituzionali al fine di migliorarle e salvare la *polis*. E' necessario cioè cambiare l'ordine esistente minacciato dalle divisioni sociali con il buon ordine della collettività cioè l'*eunomia*. Il buon ordine della collettività consiste in una struttura istituzionale tale da garantire la pace sociale. La dottrina politica nel IV sec.a.C. dunque cerca di elaborare un sistema di organizzazione e di controllo delle diverse componenti della società tale da garantire a tutti la pacifica appartenenza alla *polis*. Tale dottrina effettua la ricerca della forma di governo ideale tenendo conto di ciò che era avvenuto in Grecia nel passato. Nel V sec.a.c. ad Atene si era affermata la forma di governo democratico che si caratterizzava per il primato assoluto dell'assemblea di tutti i cittadini nell'assunzione delle decisioni rilevanti per la collettività, per il diritto di parola e di proposta entro l'assemblea attribuito ad ogni cittadino, per l'estrazione a sorte delle cariche pubbliche e delle magistrature, per l'alternanza annuale dei governanti, per l'obbligo di rendiconto pubblico da parte degli stessi governanti. La democrazia, dunque, si basava sull'uguaglianza. La dottrina politica del IV secolo a.C. deve verificare se il concetto di democrazia cui è sotteso quello di uguaglianza teorizzato nel V sec.a.C. era ancora attuale e poteva servire a superare il conflitto sociale e a creare il buon ordine collettivo. In questo contesto la dottrina politica del IV secolo a.C. comincia a parlare di *politeia* cioè di costituzione. *Politeia* è per Fioravanti lo strumento concettuale di cui si serve il pensiero politico del IV sec.a.C. per enucleare il problema della ricerca della forma di governo adeguata per superare il conflitto sociale.

Aristotele usando una metafora, nella *Politica*, afferma che il coro può essere comico o tragico pur essendo composto dagli stessi elementi e al tempo stesso resta comico o tragico pur cambiando i propri elementi. Il coro cioè non si esaurisce nella somma dei suoi componenti perché ha un'identità più profonda che è rappresentata e racchiusa nelle regole della sua organizzazione. La *politeia* è per Aristotele come l'insieme delle regole di organizzazione del coro cioè l'essenza che garantisce l'unione di una collettività. In questo senso, dunque, per Aristotele la *politeia* altro non è che la

Costituzione. Fissato il concetto di *politeia* intesa come costituzione è necessario verificare se quella di natura democratica vigente nel V sec.a.C. aveva ancora un senso.

Platone esprime un giudizio storico costituzionale negativo nei confronti della democrazia del V sec.a.C. perché è un regime politico, una forma di governo, che non si basa su una *politeia* cioè su una costituzione, un'insieme di regole stabili. In essa, infatti, c'è un'anarchia piacevole e varia perché si tratta di una forma di governo provvisoria che necessariamente evolverà nella tirannide generata dalla estensione eccessiva dell'uguaglianza. Tali osservazioni di Platone confermate anche da altri passi della sua opera dimostrano che nel IV secolo a.C. è forte l'esigenza di stabilità e, pertanto, viene respinta la forma di governo democratico che per sua essenza è la più instabile. Ciò trova conferma anche negli scritti di Platone dedicati all'origine della Costituzione. Per Platone una vera e propria costituzione ovvero una buona costituzione politica deve essere strutturata come la costituzione dei padri. La *patrios politeia* cioè la costituzione degli antenati per Platone non nasce dall'imposizione di un principio politico vincente ma dal pacifico e progressivo comporsi di una pluralità di forze e tendenze. La buona costituzione, dunque, non deve avere origine dai vincitori cioè non deve essere una costituzione che abbia origine violenta e unilaterale ma deve avere un'origine compositiva e plurale. Ciò conferma che per Platone la costituzione democratica non rappresenta una buona costituzione in quanto esprime solo le istanze dei poveri che, vincendo, hanno conquistato il potere e, quindi, hanno soppresso una parte dei loro avversari imponendo la loro costituzione. Ma parimenti non sono buone costituzioni quella aristocratica e quella regia che sono nate nella stessa maniera cioè a seguito dell'impossessamento da parte dei vincitori della vita dello Stato. La buona costituzione, dunque, deve nascere dalla conciliazione delle diverse istanze dei vincitori e dei vinti e, quindi, deve essere una costituzione mista perché solo così può essere stabile.

Anche *Aristotele* auspica il ritorno alla costituzione dei padri e aggiunge che il recupero dell'unità della *polis* impone il superamento della sua economicizzazione che ha messo i ricchi contro i poveri. La economicizzazione della *polis*, infatti, secondo Aristotele ha funzionalizzato la forma di governo della *polis* a interessi particolari e determinati facendole perdere l'unità. Pertanto, per Aristotele è necessario rivalorizzare e rilanciare il significato politico ed etico della convivenza civile che deve rappresentare innanzitutto un progetto di perfezionamento morale oltre che materiale. In quest'opera di rivalorizzazione si deve, poi, inserire il recupero della costituzione dei padri soprattutto attraverso l'applicazione delle leggi di Solone del 594-593 a.C. che condensano in sé quella costituzione. Solone, infatti, fu un grande legislatore e l'arbitro del conflitto sociale tra ricchi e poveri e creò una costituzione media in cui tutti potevano riconoscersi a condizione di moderare le proprie pretese. Solone non si pose come *leader* dei ricchi oppure dei poveri mantenendo, così, una posizione mediana che gli consentì di creare una costituzione davvero stabile. Anche per Aristotele come per Platone la successiva costituzione democratica del V sec.a.C. nel momento in cui ha deviato dal modello delle leggi di Solone ha rotto l'equilibrio. Infatti, rincorrendo l'uguaglianza assoluta si è ammalata di demagogia ed ha espresso instabilità ed insicurezza degenerando nella tirannide.

La costituzione ideale è definita da Aristotele con il termine *politia* ad indicare una forma costituzionale che promuove e realizza il giusto equilibrio tra l'oligarchia e la democrazia, due estremi negativi che, tuttavia, incontrandosi producono un risultato positivo. La *politia* ripudia il metodo democratico della estrazione a sorte delle cariche pubbliche ma anche quello elettivo censitario delle oligarchie. Alle cariche pubbliche si accede attraverso l'elezione dei migliori ma sulla base di un censo basso. La *politia* si può sviluppare solo in un contesto sociale caratterizzato da una forte ceto medio cioè da un'ampia schiera di cittadini dotati di un possesso moderato che consenta di mediare nel conflitto sociale. Infatti dove il ceto medio è numeroso non si producono fazioni e dissidi tra i cittadini e, quindi, si può avere una costituzione stabile.

Ricapitolando sia Platone, sia Aristotele cioè gli esponenti della dottrina politica del IV sec.a.C., sostengono che il regime politico ideale è quello che non nasce dalla violenza e viene imposto dai vincitori ai vinti ma nasce da una mediazione delle tendenze e degli interessi della società. Per Aristotele questo regime è la *politia* e si fonda su un insieme di regole stabili in cui consiste la costituzione ideale che si identifica con la costituzione dei padri .

Queste teorie politiche, a seguito della sottomissione della Grecia a Roma nel III sec.a.C. vengono riprese da Polibio. Anche Polibio di fronte alla decadenza politica di Roma cerca la costituzione migliore che è la *politeia*, cioè la costituzione mista, modello di equilibrio tra democrazia ed aristocrazia. Tuttavia, egli sostiene che la costituzione mista non deve rispecchiare l'equilibrio tra ricchi e poveri, bensì l'equilibrio tra i centri di potere. In tal modo il discorso sulla costituzione mista non ha più un carattere spiccatamente sociale come in Grecia ma si traduce in una teoria delle magistrature e dell'equilibrio dei poteri in un contesto, come quello di Roma repubblicana, dove è necessario mantenere l'equilibrio tra i consoli, la componente regia, il Senato, gli aristocratici ed il popolo. Con Polibio, dunque, si registra un forte slittamento di piano della dottrina politica greca del IV sec.a.C. Infatti, Aristotele e Platone auspicavano innanzitutto un equilibrio sociale prima ancora che istituzionale. Invece, Polibio ritiene necessaria la creazione di un meccanismo produttivo di limitazioni dei poteri che non compete certamente ai cittadini nell'ambito della società. Quindi non siamo più in presenza di una teoria dell'equilibrio sociale ma di una teoria del disciplinamento del potere. La crisi della repubblica romana fece ritornare in auge la teoria politica di Aristotele perché il mero equilibrio dei poteri realizzato dalla repubblica non fu più efficace. La nuova tendenza fu portata avanti da *Marco Tullio Cicerone* che scrisse nel momento in cui imperversava il conflitto tra patrizi e plebei e si sentiva l'esigenza della conciliazione . Cicerone, quindi, teorizzò la *res publica* come *res* che è del popolo; tuttavia il popolo è solo la moltitudine di individui riunita sulla base di un consenso sul diritto e di una comunanza d'interessi. Pertanto, è chiaro che anche per Cicerone come per la dottrina politica greca del IV sec.a.C. una forte *res publica* esige la presenza di un contesto sociale pacificato e fondato sull'equilibrio e il consenso. La *res publica* in altri termini può nascere solo se esiste il consenso, l'impegno di tutti , della classe dirigente e del popolo ed ha bisogno per non degenerare, della Costituzione mista , un insieme di regole che Cicerone chiama *status civitatis*. Questo insieme di regole che sono l'essenza della *res publica* si basa sull'*aequabilitas* che è la proiezione sul piano politico dell'equità e della moderazione cui tutti i componenti della collettività a qualsiasi classe sociale appartengono sono chiamati.

Ciò detto ricapitoliamo i caratteri tipici della costituzione ideale per la dottrina politica degli antichi. La costituzione è intesa come criterio di ordine e di misura dei conflitti sociali e politici. Non è una norma come per i moderni ma è un'esigenza da soddisfare, un'ideale da perseguire nei momenti di crisi. Essa rappresenta un progetto di conciliazione sociale e politica e, quindi, non può nascere da una concessione unilaterale dei vincitori ai vinti ma, come la costituzione dei padri, deve nascere dall'accordo e dalla mediazione. Gli antichi suggeriscono ai moderni che una comunità politica può avere una costituzione, una regola che ne garantisca l'unità e la stabilità solo se in essa non prevale un unico principio in modo assoluto ma si combinano interessi e principi diversi.

CAPITOLO II: La costituzione medievale

Generalmente si ritiene che il medioevo sia stato caratterizzato, dal punto di vista politico, da una visione teocratica del potere, in base alla quale il potere politico discende da Dio e giunge agli uomini in virtù di un investitura divina. Tenuto conto di ciò, si afferma che durante il medioevo il problema della definizione di una costituzione ideale non si pone perché viene meno la consapevolezza, viva nel mondo antico e nell'esperienza della *polis* e della *res publica*, della necessità di una legge fondamentale che regoli la vita di una comunità di uomini chiamati a partecipare alla gestione del potere.

Fioravanti, invece, non condivide questa tesi e sostiene che anche nel medioevo si è sviluppata una peculiare concezione di costituzione.

Durante il medioevo, che va dal V secolo fino al XV secolo, non si manifestano forme tipiche di esercizio del potere ma solo poteri connessi al possesso della terra, oppure poteri universalistici ma dotati di scarsa effettività come quelli dell'imperatore; e nel XI secolo si ha l'affermazione degli ordinamenti cittadini che si dotano di forme di governo anche largamente partecipate. Si tratta in generale di forme di esercizio dei poteri pubblici molto diversi perciò non è possibile ridurre la varia realtà politica medievale nella figura del potere teocratico cioè che ha origine da Dio perché la realtà è molto più articolata. A questo punto per capire cosa si intendeva nel medioevo per costituzione bisogna partire dal presupposto della complessità del potere politico, scoprendo cosa hanno in comune poteri diversi come quello dell'imperatore o della Chiesa a vocazione universalistica e quello del feudatario o quello di coloro che avevano il potere nelle città. Si tratta di poteri non sovrani cioè di poteri che non pretendono di imporsi in modo assoluto verso i soggetti, i beni, le forze e gli ordini. Infatti, le scarse norme che essi esprimono riguardano solo una parte marginale della vita concreta, mentre la parte più rilevante che riguarda l'economia e il patrimonio è regolata dalla consuetudine. Ciò implica che i poteri pubblici medievali sono intrinsecamente limitati perché hanno ad oggetto solo una parte della vita quotidiana.

Soprattutto nei primi anni del medioevo, infatti, gli uomini anziché aspirare alla rivitalizzazione dell'unità della comunità politica preferivano rifugiarsi all'interno di ordinamenti particolari, spesso territorialmente circoscritti, fatti soprattutto di consuetudini. Pertanto, l'insieme delle più rilevanti relazioni economiche, sociali e politiche finivano per sfuggire alla capacità di normazione dei rappresentanti del potere e per soggiacere solo alle consuetudini. Accadeva, dunque, che i pubblici poteri non erano in grado per la loro intrinseca limitatezza di creare un ordine giuridico generale, una costituzione. Invece, le consuetudini diverse e varie che regolavano la vita quotidiana finivano per assurgere esse stesse ad ordine giuridico caratterizzato, però, da frammentazione e particolarismo e, quindi, disordinato. I pubblici poteri, in altri termini, si trovarono di fronte una costituzione inteso come ordine giuridico, di origine consuetudinaria, frammentario e disordinato che dovevano necessariamente accettare essendo intrinsecamente limitati cioè impossibilitati a modificarlo.

Questa situazione consente di comprendere la differenza tra la costituzione degli antichi e quella medievale. Come si è detto in precedenza, la costituzione degli antichi è un

ordine politico ideale da realizzare per restituire pace alla comunità nella quale c'è conflitto sociale. La costituzione medievale, invece, è un ordine giuridico dato, già esistente da preservare e difendere. Pertanto, la riflessione della dottrina politica medievale si sviluppa a partire dalla fine del XI secolo al culmine dell'età medievale quando esiste un ordine giuridico sentito come vincolante ed ha ad oggetto la ricerca del modo per difendere e tutelare quest'ordine dalla minaccia dell'arbitrio cioè di ogni possibile pretesa di dominio sulla complessità del reale giuridicamente ordinata. Per questo nel medioevo il discorso sulla costituzione cessa di appartenere all'ambito della politica e della morale e diventa un discorso giuridico. In altri termini, la costituzione comincia ad essere intesa come norma giuridica che nasce dalla pratica sociale.

Il primo autore che dedicò la propria riflessione alla costituzione fu **Giovanni di Salisbury** verso la fine del XII sec.. Partendo dal presupposto che la costituzione è un ordine giuridico dato di natura consuetudinaria, l'autore dà una definizione di re, principe e tiranno. Il principe è colui che pur essendo *legibus solutus*, nell'esercitare il potere deve rispettare una norma fondamentale: l'equità. Infatti, se egli non rispetta tale legge diventa tiranno perché non sa più, non vuole più mantenere unita la comunità a lui affidata. Il principe, dunque, si configura come una sorta di giudice supremo chiamato non a scegliere o indirizzare ma a giudicare secondo equità cioè secondo una regola già esistente nella realtà. Se poi non applica tale regole diventa tiranno.

Dopo Giovanni da Salisbury un altro intervento sul tema della costituzione è di **San Tommaso** che ripete che il principe è *legibus solutus* solo nel senso che non può essere costretto per legge all'osservanza della legge. Cioché egli deve spontaneamente osservare la legge interpretarla e attuarla. San Tommaso, quindi, riprende la tesi di Giovanni da Salisbury e la inserisce in un discorso più ampio sulle forme di governo richiamando la lezione Aristotelica. San Tommaso afferma che un principe giusto si può configurare solo all'interno della forma di governo monarchica perché essa è la forma di governo ideale adatta a mantenere l'unità e la pace nel popolo. Anch'essa può sfociare nella tirannia ma sicuramente questa possibilità è più remota che nel caso della democrazia intesa come pura potenza del popolo. Infatti, San Tommaso nota che nella democrazia dove il potere è di tutti è più facile che qualcuno non lo eserciti con equità creando fazioni, cioè, poi, il capo di una fazione si avvia a diventare tiranno e distruggerà l'ordine giuridico dato. Nella monarchia, invece, il fatto che il potere è in mano ad un solo soggetto consente di limitarlo nel caso venga esercitato in maniera iniqua e, quindi, in maniera tirannica. La limitazione si concretizza nel diritto di resistenza riconosciuto al popolo; tale diritto non è diritto alla rivoluzione e diritto a mutare il regime ma serve in via preventiva ad evitare la tirannia stessa. Così San Tommaso precisa che la città ha un *optima politia* cioè una ideale forma di governo quando sa legare al governo di uno solo anche il ruolo e le virtù dei migliori, quando cioè accanto al monarca dà spazio anche alla componente aristocratica e a quella democratica: cioè mista. Tuttavia la costituzione mista di San Tommaso è diversa da quella degli antichi. Con San Tommaso la costituzione mista non conduce all'equilibrio sociale ma ad un potere monarchico, cioè di un solo soggetto, coordinato con l'elemento aristocratico e con quello democratico.

Nel medioevo, dunque, la costituzione è l'ordine giuridico dato consistente in un insieme di regole consuetudinarie che disciplinano le relazioni quotidiane. Tali regole limitano la

potestas del principe il quale, infatti, non può decidere da solo ma necessita sempre della collaborazione di tutti e deve agire sempre con equità. Queste regole rappresentano la base del nascente diritto pubblico.

San Tommaso rappresentò la sua teoria attraverso la metafora organicistica per cui tutte le parti del corpo umano vivono in armonia con le altre solo se c'è il cuore come unico motore. In tal modo si esalta la centralità del ruolo del principe e al tempo stesso si sottolinea come il suo ruolo dipenda dall'organismo stesso; infatti, l'esistenza del cuore non ha senso in assenza di un organismo da animare.

Nel XIII secolo cominciò ad affermarsi la tesi secondo la quale il principe è superiore a ciascun componente della comunità singolarmente preso ma non alla comunità nel suo complesso. Si affermò in tal modo la supremazia della comunità politica e, quindi, la necessità di concentrarsi soprattutto sulle regole della organizzazione della comunità cioè sulla costituzione. La comunità medievale, infatti, chiedeva essa stessa di conoscere le regole che governano il rapporto tra le sue componenti ed il principe. Questa tendenza era particolarmente sentita in Inghilterra dove è possibile reperire già nel XIII secolo la **Magna Charta** che i magnati del regno, i signori feudali, il clero, chiesero e ottennero nel 1215 al re Giovanni. Il rapporto tra il re e la comunità politica era disciplinato attraverso una sorta di contratto sottoscritto da tutte le parti chiamate ad esercitare il potere e avente ad oggetto l'insieme dei diritti per tradizione spettanti al clero, ai vassalli del sovrano a tutti gli uomini liberi, ai mercanti, alla comunità della città di Londra. Attraverso la Carta tutti i protagonisti del potere cercano la rassicurazione di quale sia il proprio ruolo e ribadiscono l'esistenza di un ordine comune, di una vera e propria legge del paese. Nella Carta si riscontra una limitazione dei poteri del re i cui atti sono in alcuni casi sottoposti all'approvazione del *consilium regni* composto dai vescovi, dai conti e dai baroni maggiori. In tal modo questi ultimi rivendicano un ruolo di compartecipi nella politica del Paese. Quindi il *consilium regni* significa limitazione dei poteri del re, ma significa soprattutto che i soggetti impegnati nella stipula della Magna Charta sentono di rappresentare un ordine giuridico unitario.

Da questa consapevolezza emerge la necessità di raccogliere e conoscere compiutamente le norme consuetudinarie che costituiscono questo ordine così **Henry Bracton** raccolse la normativa Inglese ed elaborò una nozione di legge. La legge è la solenne conferma di una consuetudine, cioè di un diritto già esistente da lungo tempo nella comunità politica. Affinchè la consuetudine si tramuti in legge è necessario che essa trovi il consenso del re e dell'intera comunità. La legge, dunque, è la risultante della collaborazione del re, dell'aristocrazia e del popolo e deve essere espressione dell'ordinamento concreto della comunità politica nella sua interezza. Naturalmente se la legge nasce dalla consuetudine affermata ed accettata dal re e dall'intera comunità può essere mutata solo con lo stesso procedimento. Nemmeno il re può unilateralmente modificare la legge che si pone al di sopra del re stesso, nel senso che è il frutto di un impegno che egli ha assunto con la comunità al quale non può venir meno. La legge fondamentale del paese, dunque, è per Bracton l'insieme delle consuetudini solennemente approvate, dotate del consenso del re e della comunità politica.

Col passar del tempo in Inghilterra il *consilium regni* si materializzò in una istituzione costituita dal parlamento inglese in cui accanto al re erano rappresentate tutte le

istituzioni politiche e le realtà territoriali del regno. In realtà ciò non accade solo in Inghilterra ma un po' dappertutto in Europa cominciò a formarsi il diritto pubblico come insieme di norme che traducono in forma scritta le consuetudini della comunità politica.

La nascita della costituzione medievale, vale a dire della legge fondamentale così come finora definita, è fortemente influenzata anche dal fenomeno dei Comuni formati per progressiva aggregazione di famiglie signorili, di altri ceti popolari, di corporazioni. I comuni rappresentano anch'essi delle comunità politiche che, come tali, esprimono un diritto pubblico e, quindi, un ordine giuridico cioè una costituzione.

Marsilio da Padova si occupò in particolare dei comuni per indagare in merito alla forma di governo in essi attuata. Come è accaduto con San Tommaso anche Marsilio da Padova fa propria la teoria organicistica affermando, quindi, che il governante anche nei comuni è il motore della stessa comunità esattamente come il cuore nel corpo umano. Tuttavia, Marsilio da Padova ha il merito di precisare che il governante è parte della comunità politica cioè è necessariamente e inscindibilmente inserito nella stessa ed obbligato ad una posizione di preminenza perché ha il compito di rapportare e commisurare tutte le altre parti. Marsilio da Padova aggiunge che la posizione particolare del governante nella comunità politica, tuttavia, non gli deriva per natura e in maniera necessaria ma gli proviene dalla comunità stessa. La causa efficiente del potere del governante, dunque, è la legge che traduce la consuetudine che a sua volta è espressione del popolo nella sua interezza oppure di una parte prevalente di esso. La novità, dunque, sta nel fatto che la legge può essere anche espressione solo di una parte della comunità, purchè tale parte sia prevalente da un punto di vista sia qualitativo, che quantitativo. Pertanto, da questa parte della comunità sono espunti le donne i fanciulli gli stranieri. Per Marsilio da Padova il governante è investito del suo potere da tutta o da una parte della comunità politica e quindi, sia nei comuni, sia nelle altre realtà territoriali è elettivo. Non bisogna però pensare con questo che Marsilio da Padova sia il teorizzatore della sovranità popolare perché nel suo pensiero la comunità politica, i cittadini non hanno consapevolezza di costituire un corpo sovrano ma si ritengono solo un gruppo di individui. Essi eleggono il governante solo per assicurarsi che lui li tenga uniti in nome della legge fondamentale.

Come si è detto in precedenza, il medioevo riprende il concetto aristotelico della costituzione mista che rappresenta la medietà cioè nasce dal coordinamento delle istanze delle varie componenti sociali e, quindi, è strumento di pacificazione sociale e che, per ciò stesso, è stabile e durevole dal momento che non è concessa, ottriata, da un vincitore ai vinti, ma nasce da un consenso raggiunto progressivamente nei secoli e, perciò, è la costituzione dei padri, confermata dal tempo. Nel medioevo, come si è visto, la costituzione mista è quella che pone il re accanto al resto della comunità politica e che, a differenza degli antichi, non è un'ideale da perseguire ma uno strumento per preservare una realtà consuetudinaria già esistente. Si può dire, dunque, che mentre la costituzione mista degli antichi rappresenta l'idea base per legittimare forti poteri pubblici la costituzione mista del medioevo è la realtà preesistente richiamata per limitare i poteri forti. Durante i secoli XVI e XVII questa funzione della costituzione medievale si è ulteriormente affermata. Ciò è accaduto, per esempio, in Francia dove vi furono nel XVI sec. le guerre di religione tra cattolici e protestanti. In questo contesto dove era necessario preservare l'ordine giuridico dato, Hotman sostiene

che per superare il conflitto è necessario tornare alla costituzione storica purtroppo dimenticata in cui il re è limitato dalla comunità nel suo complesso e dalle consuetudini che in essa si sono affermate. Pertanto, era auspicabile che il re interagisse con gli stati generali rappresentativi dell'intera comunità che sono i veri custodi dell'ordine giuridico, definito *politia* e inteso come insieme di istituzioni e consuetudini confermate nel tempo. Anche Hotman dunque esalta le virtù della costituzione mista medievale, rappresentate dall'essere comunemente accettata nella comunità perché antica, e dall'essere mista perché esprime le istanze di tutti.

Hotman per la prima volta usa il concetto medievale di costituzione contro il re cioè disvela la funzione di questa costituzione che, come si è detto, è quella di limitare i poteri politici forti. La costituzione medievale per la prima volta è concretamente usata per esercitare il diritto di resistenza. Hotman poi aggiunge che se non si riesce a frenare il re con la costituzione mista, è necessario che il popolo intervenga radicalmente, riprendendo in mano tutto il potere perché il popolo esiste prima del re e, quindi, può fare a meno di lui. Si tratta decisamente di una svolta rispetto al pensiero di Marsilio da Padova che, come si è detto, non aveva ancora teorizzato la sovranità popolare. Si parla, infatti, per la prima volta, di un corpo che può fare a meno del cuore. **Stephanus Junius Brutus** nel 1579 scrive che siccome il popolo elegge e istituisce il re è superiore al re ed è solo il pilota di una nave che appartiene al popolo. Il popolo a sua volta non è una generica e disordinata accolta di uomini ma un complesso di ceti, città, ordini e province rappresentati dagli stati generali. Il popolo, dunque, comincia ad acquisire consapevolezza della sua identità e della sua autonomia rispetto al re che, non a caso, è chiamato a giurare per primo la fedeltà al popolo impegnandosi ad obbedirgli. Ne consegue che ai singoli individui è vietato resistere al re ma ciò non è vietato al popolo nel suo complesso. La resistenza, dunque, non deve essere disordinata ma operata da tutto il popolo che così diventa l'incarnazione della costituzione mista medievale. Nello stesso senso si muove **Althusius** che in un'opera del 1603 ripete le medesime osservazioni di Brutus aggiungendo, tuttavia, che esiste un patto precedente, composto di molteplici accordi tra le componenti del popolo, definito *universalis consociatio* che precede il patto tra quest'ultimo e il re. Questo patto per l'autore è la costituzione, la legge fondamentale della comunità politica che deve essere difesa e che, come si è visto in precedenza, esprime le consuetudini affermate nella comunità stessa e ne fonda l'unità. La costituzione medievale, dunque, è mista perché nasce dall'accordo, dalla mediazione delle istanze dei vari gruppi che compongono la comunità politica e non discende dall'alto.

Come si è visto in precedenza il concetto di costituzione mista in Inghilterra era stato introdotto da Bracton e fu poi ripreso da Fortescue secondo cui la costituzione inglese esprime il *dominium politicum et regale* cioè associa il principio monarchico della unicità del governo a quello della supremazia della comunità politica. Anche Smith segue questa linea ed indica nel Parlamento il luogo dove risiede il potere del regno d'Inghilterra, dove si incontrano tutte le realtà che compongono il regno.

Anche in Inghilterra, come abbiamo visto accadere in Francia con i conflitti religiosi, scoppiò il conflitto costituzionale e i legisti della prima metà del seicento come quelli francesi del cinquecento usarono nella loro battaglia per la resistenza al sovrano l'arma della costituzione antica.

Tuttavia, in Inghilterra il concetto medievale di costituzione mista vive la sua ultima stagione alla fine del seicento quando **Withelock**, magistrato e storico, condanna dai banchi del Parlamento il re accusandolo di sovvertire la legge d'Inghilterra, imponendo tributi senza il consenso del Parlamento. Con l'atto del re viene sovvertito l'ordine generale. Anche **Coke** promuove la difesa dalle minacce dell'assolutismo della costituzione antica intesa non come astratta norma superiore alla legge del parlamento ma come insieme di leggi radicate nella storia che compongono il *common law*. Egli, dunque, dà della costituzione una visione non astratta e formale ma concreta e normativa.

Lo scontro tra re e parlamento in Inghilterra scoppia definitivamente nel 1642 quando il parlamento presenta al re le cosiddette diciannove proposizioni che sovvertono l'antica costituzione e soprattutto il suo carattere misto. Infatti, si intende sottrarre al re tutto il potere di governo che si trasferisce al parlamento. In tal modo si sventava il pericolo dell'assolutismo ma si apriva la porta alla parlamentarizzazione del governo, venendo meno, dunque, l'equilibrio della costituzione mista. Vi furono alcuni tentativi di mediazione operati da **Hunton** che cercò di dimostrare che l'antica costituzione mista si era tradotta nel governo parlamentare. Un anonimo, invece, lamentava il fatto che le due parti in conflitto considerassero ormai i loro reciproci rapporti come qualcosa da regolare su un piano solo contrattuale, dimenticando di appartenere alla stessa costituzione politica, alla stessa storia: vennero meno così le basi storiche della costituzione mista e scoppiò la rivoluzione per l'affermazione della sovranità del popolo. La costituzione del 1653 **Instrument of government** non prese atto di ciò ma fu il frutto della dittatura militare; infatti affidava al Lord protettore un forte e distinto potere esecutivo esercitabile solo attraverso il parlamento ma che comprendeva la titolarità di un vero e proprio potere di veto nei confronti delle leggi del parlamento stesso.

CAPITOLO III: La costituzione dei moderni

Nel medioevo il concetto di costituzione e, in particolare, di costituzione mista serve per temperare il potere del monarca. In particolare, il concetto di costituzione mista è utilizzato con questa funzione nella realtà francese delle guerre di religione e nel contesto inglese caratterizzato dal conflitto tra re e parlamento. Dalla crisi della costituzione medievale nascono le dottrine della sovranità che per molti aspetti si collocano alle origini della costituzione dei moderni.

Le dottrine della sovranità videro come massimo fautore **Thomas Hobbes** il quale sostenne che la costituzione mista, lungi dall'essere il rimedio al problema dei conflitti religiosi in Francia e istituzionali in Inghilterra, ne rappresentava la causa. Infatti, il concetto di costituzione mista non aveva fatto affrontare un fondamentale problema: quello della titolarità effettiva della *potestas*.

In Francia le dottrine della sovranità emersero, innanzitutto, dall'opera di **Jean Bodin** pubblicata nel 1576 dove per la prima volta si parla appunto di sovranità. Bodin afferma che il re non è sovrano perché è titolare di molteplici poteri ma perché i suoi poteri sono dotati di sovranità. La sovranità, quindi, non è una prerogativa del re bensì dei poteri che egli esercita e che sono, perciò, perpetui ed assoluti. Il potere è perpetuo se non è revocabile perché non deriva da altro potere cioè non è esercitato sulla base di una delega ricevuta da altri. Il re, dunque, a differenza di quanto si affermava nel medioevo da Parte di Marsilio da Padova, non deriva il suo potere dalla comunità perché altrimenti non può dirsi sovrano. Il potere sovrano è in altri termini un potere originario e deve essere concepito come un potere diverso da tutti gli altri, un potere che sia sottratto alla infinita catena medievale dei poteri derivati sempre più o meno revocabili. In tal modo evidentemente si rompe con la tradizione medievale perché si afferma che nella comunità politica il potere del re non può e non deve essere uguale a quello degli altri soggetti .

Il potere sovrano oltre ad essere perpetuo è anche assoluto cioè sciolto ma non privo di limiti; infatti esistono almeno due limiti. Il primo è rappresentato dalle regole che disciplinano la successione al trono e la gestione dei beni del demanio pubblico. Il secondo limite è rappresentato da una serie di regole che costituiscono un diritto radicato nelle cose e nei beni che regola l'appartenenza di questi ai sudditi. Si tratta del diritto privato che non è disponibile per il re il quale, anzi, quando ha a che fare con cose e beni deve soggiacervi esattamente come un privato. Il potere è assoluto perché in una comunità politica vi sono prerogative che appartengono solo al re rispetto alle quali, avendo il re un potere originario, non è possibile patteggiare o contrattare con altri poteri. Il potere del re è assoluto, dunque, perché è indivisibile e inalienabile con la comunità . Bodin naturalmente cerca di circoscrivere l'ambito di tale potere sovrano cioè di definire le prerogative che appartengono al solo re perché ineriscono al suo potere assoluto ed indivisibile: queste prerogative sono il potere di dare e annullare le leggi, il potere di dichiarare guerra e concludere la pace, il potere di decidere in ultima istanza sulle controversie tra i sudditi il potere di nominare i magistrati e infine il potere d'imporre tributi. Per Bodin, dunque, le forme di governo possibili sono tre: la monarchia che si ha quando i poteri sovrani sono nella titolarità del re, l'aristocrazia

quando tali poteri sono nella titolarità di un ceto ristretto riunito in assemblea, e la democrazia quando, invece, la stessa assemblea tende ad esprimere la volontà della maggioranza dei consociati. Non è possibile per Bodin una forma di governo che associ il re all'aristocrazia e al popolo in una combinazione equilibrata ed armoniosa. Infatti la forma di governo da preferire è quella della monarchia dove, fermo restando il potere sovrano del re che costituisce il regime, è necessario definire il governo cioè il ruolo di tutti coloro che, comunque, sono dotati di poteri di rilevanza pubblica (parlamenti ecc.). Sarebbe per Bodin assurdo un regime monarchico sovrano ed assoluto che pretende di governare da solo, isolatamente.

Seguendo questa tesi la costituzione mista medievale viene ridotta a strumento di organizzazione del governo. Mentre nel medioevo il regime era misto e nasceva dalla combinazione e dall'accordo di re e comunità politica che condividevano la sovranità ora per Bodin il regime è monarchico cioè la sovranità appartiene al re che la esercita in modo temperato cioè con la collaborazione della comunità. Questa idea esprime l'esigenza di individuare un nocciolo durissimo nucleo del potere politico che è alla base della nascita delle costituzioni moderne.

Solo con **Hobbes** si affronta seriamente il problema nodale del fondamento della sovranità. Hobbes scrive all'indomani della condanna a morte del re e dell'abolizione della camera dei Lords e ritiene che a ciò si sia giunti perché per troppo tempo era stata propugnata la costituzione mista intesa come ordine giuridico radicato nella storia. Ciò aveva solo determinato la scissione di tre fazioni che parimenti aspiravano al potere sovrano. Per evitare tutto ciò uno solo deve essere il punto di riferimento del potere sovrano che ne sia irrevocabilmente titolare. L'individuazione del sovrano, dunque, rappresenta una necessità imprescindibile ed è la legge fondamentale cioè quella legge che se abolita fa crollare letteralmente lo Stato. Al posto di una pluralità di consuetudini elevate a leggi e chiamate a definire il ruolo delle componenti della comunità politica interviene, dunque, una sola legge fondamentale che impone di rispettare colui che è titolare del potere sovrano. Hobbes quindi congela la costituzione mista e pensa ad una altra costituzione che non è più quella degli antichi o dei padri ma quella dei moderni e nasce dalla decisione originaria degli individui di uscire dallo stato di natura e di costituirsi in associazione politica, attribuendo al monarca il potere sovrano cioè perpetuo e assoluto. Sono, quindi, gli stessi individui a scegliere di uscire dallo stato di natura e creare un potere sovrano che, tuttavia, a questo punto, non è originario e, quindi, non è sovrano. Hobbes, dunque, deve superare questo paradosso per evitare che la stessa volontà individuale che secondo lui è alla base del potere sovrano non serva anche a sovvertire tale potere magari attraverso l'opposizione al sovrano stesso. A questo fine Hobbes introduce gli strumenti dell'autorizzazione e della rappresentanza. L'autorizzazione è lo strumento con il quale ciascun individuo, singolarmente preso, decide di istituire il potere sovrano cedendo al suo titolare il proprio diritto di governare e autorizzandolo a farlo. Il sovrano, ricevuta l'autorizzazione dagli individui, è tranquillo perché ciascun individuo si è impegnato a rispettare il suo potere anche nei confronti degli altri individui con i quali ha deciso di abbandonare lo stato di natura. Con l'autorizzazione gli individui mettono in moto il meccanismo della rappresentanza che li conduce a divenire popolo perché tutti e ciascuno sono rappresentati dallo stesso potere sovrano e vedono in esso unificate le propria volontà. Anche la rappresentanza serve a

prevenire il rischio di opposizioni perché opporsi al potere sovrano significa indebolire la sua capacità di rappresentare il popolo.

Il potere sovrano di Hobbes, dunque, è particolare perché non è originario ma proviene dagli individui ma non per questo è meno sovrano cioè perpetuo ovvero irrevocabile ed assoluto cioè indivisibile.

La necessità di un potere sovrano, dunque, era definitivamente affermata; tuttavia molti temevano la assolutezza di tale potere. Questo timore spinse Rousseau a scrivere il Contratto sociale dove attribuì la titolarità della sovranità al popolo. Ciò determinò la reazione del procuratore generale di Ginevra il quale pose al bando l'opera Rousseauiana. Infatti, il Procuratore sentì di dover difendere la costituzione che egli ancora considerava in termini medievali di costituzione mista, di accordo che in modo stabile impegna i governanti e i governati fissando i doveri degli uni e degli altri. Invece, Rousseau mette in luce un carattere fondamentale della sovranità: il suo tradursi in una volontà libera che può ridefinire le forme di governo e anche i rapporti politici e sociali. Rousseau muoveva dall'idea che l'unico patto ammissibile fosse quello che si determinava tra gli individui che con esso danno vita ad un corpo politico cioè al popolo. Con il patto i cittadini rinunciano alla libertà naturale e acquistano la libertà civile cioè la garanzia di essere governati da una legge generale che viene dal popolo stesso. A questo punto era necessaria, tuttavia, la presenza di un sovrano che impedisse che tale legge sfuggisse alle mani del popolo sovrano. Da qui la necessità di limitare il potere dei governanti che potrebbero approfittare e staccarsi dal popolo sovrano per mettere la legge al servizio di volontà ed interessi particolari. Il popolo, dunque, deve essere in condizione di riprendersi ciò che ha delegato ai governanti cioè la sovranità; perciò per Rousseau i governanti non sono rappresentanti ma solo commissari cioè non possono impegnare in modo definitivo la volontà popolare. Per Rousseau la costituzione, dunque, è dalla parte della sovranità cioè è l'unica legge fondamentale che impone di preservare l'integrità del potere sovrano.

Il **costituzionalismo** è una corrente dottrinale che nel XVII secolo ha promosso il concetto di costituzione intesa come insieme di limiti e garanzie. Come si è visto in precedenza, nella costituzione moderna teorizzata da Hobbes e Rousseau non era possibile dividere il potere sovrano cioè individuare una pluralità di poteri pubblici in condizione di equilibrio e di limitazione reciproca; inoltre non era possibile individuare un limite legale all'estensione dei poteri del sovrano. I costituzionalisti intendono sostenere e promuovere queste operazioni dimostrando che esse sono compatibili con la costituzione dei moderni. Si trattava cioè di dimostrare che è possibile un potere sovrano divisibile e limitabile.

In Inghilterra contestualmente ad Hobbes si sviluppa l'opera di Harrington il quale senza riprendere il tema della costituzione medievale non intende però assolutizzare il potere sovrano e, ripristina il concetto di equilibrio. Egli sostiene che l'equilibrio deve permeare di sé la società e si esprime nell'equa distribuzione dei beni; pertanto la prima legge fondamentale per una società è la legge agraria. La seconda legge fondamentale è quella elettorale che provvede ad ordinare il vasto popolo degli individui proprietari in modo da creare una repubblica stabile e moderata, dove c'è un senato che esprime l'aristocrazia e una camera da cui sono esclusi solo i salariati, i nullatenenti e i mendicanti. Il senato ha il potere di iniziativa legislativa e la camera

delibera. Harrington cerca un potere sovrano che appartiene ai cittadini proprietari elettori, che attraverso la costituzione fatta di due leggi fondamentali, si struttura in maniera moderata. Egli ritiene necessario, dunque, un governo misto per dare solidità alla repubblica e guarda come modello ideale di repubblica con governo misto alla repubblica romana conosciuta attraverso le opere di Machiavelli. Una repubblica divenuta forte proprio grazie ad un governo misto e che consentiva agli inglesi di ritenere che la repubblica è la forma di governo ideale. Nella repubblica, infatti, è garantita la rappresentanza dell'aristocrazia e del popolo in armonia l'una con l'altra perché in essa si realizzava il principio della civile equalità. Pertanto, come la stabilità della società è garantita dall'equilibrio tra le istanze dei cittadini allo stesso modo a livello istituzionale la stabilità politica è garantita dalla presenza di organi politici che rappresentino le varie componenti della società e, quindi, di un parlamento bicamerale. Nasce così il bilanciamento dei poteri che è fondamentale nelle costituzioni moderne. Con il passar del tempo l'Inghilterra continuò a caratterizzarsi per la centralità del parlamento che si combinava con il bilanciamento dei poteri non solo nei rapporti interni al parlamento (cioè tra le due camere) ma anche nei rapporti del parlamento con la monarchia che, nel 1660, fu restaurata. Accadde infatti che con il **Bill of rights** si intervenne a regolare il rapporto tra la monarchia titolare del potere esecutivo ed il parlamento titolare del potere legislativo. In questo periodo la compresenza del parlamento e del re imponeva di individuare la forma di governo effettivamente adottata. Ciò fece Locke che era convinto che gli uomini nello stato di natura erano già capaci di istituire una condizione di consapevolezza del valore dei propri beni e della propria persona. Però gli uomini non avevano la regola fissa che consentisse loro di preservare nel tempo questa loro consapevolezza; per questo decisero di uscire dallo stato di natura e creare la società politica. Essi, cioè, crearono delle istituzioni politiche che li aiutavano a preservare i beni, le cose e le persone attraverso regole valide in generale (si tratta di organi che esercitano il potere legislativo) fatte eseguire da un potere esecutivo. Si vede, dunque, che per Locke il potere legislativo è limitato dalla preesistenza di diritti relativi a cose o persone già esistenti nello stato di natura. Il potere legislativo poi non può essere esercitato in maniera continuativa ma ad intervalli di tempo e soprattutto non può essere in mano ad un'unica assemblea. L'assemblea legislativa deve sciogliersi dopo aver fatto la legge altrimenti pretende di esercitare un potere costante e stabile come quello esecutivo e comandare quotidianamente sugli uomini.

Locke per la prima volta ha teorizzato il potere moderato, affermando che il potere legislativo e quello esecutivo non possono concentrarsi in un unico organo istituzionale. Solo così, con la separazione dei poteri si garantisce la tutela dei diritti degli individui. Per Locke con la formula del potere moderato sono compatibili tutte le forme di governo che non confondono il potere esecutivo con quello legislativo, come la tradizionale forma di governo inglese che oppone la centralità del parlamento all'ipotesi della monarchia assoluta. La costituzione, dunque, serve a conservare un rapporto equilibrato tra esecutivo e legislativo. E' evidente che nell'opera di Locke non c'è l'affermazione della superiorità della sovranità del popolo che non è considerato come la fonte primaria della costituzione ma solo come il punto cui si ritorna quando la costituzione non è più in grado di garantire l'equilibrio tra legislativo ed esecutivo. Il ritorno al popolo beninteso non è considerato come ritorno alla fonte della costituzione ma come un evento che denuncia la crisi della costituzione e che andrebbe in ogni modo evitato e

Locke lo definisce con l'espressione *appello al cielo*. Il pensiero di Locke fu ripreso innanzitutto da **Bolingbroke** che definiva la costituzione inglese come un'insieme di leggi, istituzioni e consuetudini derivate da principi di ragione immutabili e diretti a certi fini di pubblico bene altrettanto immutabili che costituiscono il complesso del sistema secondo il quale la comunità ha convenuto e accettato di essere governata. Il governo, naturalmente, deve ispirarsi alla costituzione e, quindi, deve essere subordinato ad essa. Bolingbroke con questa affermazione intende prendere una posizione chiara in merito all'evoluzione del governo inglese che, nel 1734, anno in cui ha scritto la sua opera più importante, andava verso il governo parlamentare. Egli sostiene che il governo parlamentare è contrario alla costituzione perché viola il principio fondamentale della separazione tra potere esecutivo e legislativo già considerato essenza della costituzione da Locke.

Anche grazie all'opera di questo autore nel XVIII secolo si diffuse l'idea che la costituzione inglese fosse la costituzione per eccellenza perché più di ogni altra era capace di impedire l'assolutizzazione del potere e di distinguere e separare il potere esecutivo da quello legislativo attraverso i pesi e contrappesi cioè i *checks and balances*. Infatti il parlamento fa le leggi conscio del potere di veto del re e, insieme al governo, esercita il potere esecutivo conscio della necessità del consenso del parlamento per gli impegni finanziari. In tal modo ciascun organo istituzionale agisce nel proprio ambito sotto la vigilanza e il controllo degli altri organi, attraverso un sistema di vigilanza e limitazione reciproca che garantisce l'equilibrio.

Questa costruzione fu ripresa e sostenuta da **Montesquieu** nello *Spirito delle leggi* del 1748. Anche questo autore affronta il tema dell'alternativa tra potere assoluto e moderato. Sia la democrazia, che la monarchia possono degenerare in potere assoluto e dispotico attraverso la concentrazione del potere in un solo organo che è il popolo oppure il re. Il regime moderato, invece, è quello caratterizzato dalla presenza di regole che tengano distinti i poteri e per Montesquieu si identifica nella costituzione Inglese. Egli immagina un parlamento elettivo che rappresenti tutte le classi sociali produttive nonché l'aristocrazia titolare del potere legislativo e un monarca che esercita il potere esecutivo di cui è titolare. Le relazioni tra potere legislativo ed esecutivo si muovono nel senso della reciproca limitazione e non della compartecipazione. Pertanto, il potere legislativo può controllare quello esecutivo ma non ingerirsi nel suo esercizio. Tutto ciò è il presupposto non solo per la salvaguardia del sistema istituzionale ma anche per la tutela dei diritti degli individui.

Anche **Blackstone** sottolinea il nesso esistente tra costituzione moderata e diritti degli individui. Nonostante tale autore avesse in passato celebrato e promosso il recupero della centralità del parlamento descritto come autorità suprema assoluta e non contestata egli, in realtà, intendeva difendere la tradizione dalla tendenza forte a rimettere tutto il sistema istituzionale in discussione. A tale scopo egli criticava anche la concezione del diritto di resistenza popolare elaborata da Locke che poteva essere la base per sovvertire la tradizionale centralità del parlamento inglese nel quale sono da sempre rappresentati popolo e aristocrazia. Blackstone, quindi, con parole forti difende la sovranità parlamentare per frenare la smania di potere del popolo e difendere la costituzione moderata fondata sulla separazione dei poteri. Egli perciò difendeva anche la monarchia in quanto titolare del potere esecutivo, e in più faceva riferimento alla

tutela dei diritti degli individui sostenendo che la costituzione non è solo un insieme vuoto di pesi e contrappesi istituzionali, ma uno strumento utile a garantire la forma di governo, tale da realizzare la migliore condizione per gli uomini. Egli afferma che gli inglesi sono l'unica popolazione che ha conservato intatti i diritti inviolabili proprio perché hanno sempre avuto una costituzione moderata. Ecco perché tale costituzione non andava abbandonata a cuor leggero ma andava difesa strenuamente.

Il costituzionalismo del 1700 fa i conti con la rivoluzione francese. L'enciclopedia afferma l'idea dominante (che non consiste nell'affermazione della sovranità popolare) in base alla quale la costituzione è il frutto di un contratto tra popolo o nazione e principe dove, sia il popolo, sia la nazione si impegnano ad esercitare i propri poteri, limitandosi reciprocamente. Pertanto, non solo il principe ma anche il popolo non poteva disporre unilateralmente del contratto mediante l'esercizio del diritto di resistenza. Quindi, anche in Diderot autore dell'enciclopedia come negli autori finora analizzati emerge la base del costituzionalismo del 700 che è costituita dall'intento di frenare la sovranità popolare in quanto strumento di rottura unilaterale del contratto. Il concetto di costituzione affermatosi nel costituzionalismo inglese del 1700 cominciò a mostrare segni di cedimento in Inghilterra alla fine del secolo, quando Burke pose per primo la questione politica del governo, sostenendo che la scelta dei ministri deve essere messa nelle mani degli elettori sotto la guida dei partiti. Burke intendeva operare un correttivo al sistema istituzionale esistente e non voleva ancora affermare la sovranità popolare. Però il varco era aperto sicché Bentham giunse poi ad attaccare frontalmente la costituzione inglese. Egli ne criticò l'eccellenza e disse che la differenza tra il governo libero e quello dispotico non aveva a che fare con la divisione dei poteri e la loro reciproca limitazione ma con il modo di partecipazione al potere legislativo, con i frequenti e facili cambiamenti di condizione tra governanti e governati, con la responsabilità dei governanti di fronte agli elettori e al paese, con il modo di organizzazione delle libertà politiche. La costituzione diventa per Bentham una realtà fittizia che non serve, se il potere legislativo è del popolo, in quanto in tale condizione le leggi non possono non perseguire un fine di pubblico interesse.

Alla fine del XVIII secolo, dunque, da una parte vi era il costituzionalismo che promuoveva la separazione dei poteri e la limitazione degli stessi, da un'altra parte vi era la pretesa di mettere in discussione la forma politica e la tradizione da parte del popolo sostenuto soprattutto dalle teorie di Rousseau. La tradizione costituzionalistica condannava l'idea nascente della sovranità popolare che rompeva l'ordine costituzionale e dissolveva il vincolo di obbedienza politica nei confronti dei poteri costituiti. Per converso i sostenitori della sovranità popolare ritenevano necessario riformare le istituzioni e consideravano la costituzione una finzione costruita solo per mantenere in vita poteri come quelli del re e dell'aristocrazia parlamentare inglese svincolati da qualsiasi controllo popolare. Nel conflitto tra costituzionalismo e sovranità popolare intervengono le rivoluzioni di fine settecento, quella americana e francese, dove fu rilanciata l'idea del **potere costituente**, un potere che si connette ai diritti naturali dell'uomo cioè che è innato nell'umanità ed è inteso come strumento per spazzare via la tradizione. Il potere costituente, infatti, servì ai coloni americani ed al popolo francese per rivedere il rapporto tra tradizione costituzionalistica e sovranità popolare.

Il potere costituente consentiva alla sovranità popolare di tramutarsi in costituzione è cioè il punto in cui le distinte tradizioni della sovranità e della costituzione si incontrano e si esprime in maniera diversa nei vari contesti rivoluzionari. In America esso si manifestò attraverso l'opposizione della costituzione dei coloni alla legge del parlamento inglese in materia di tributi, cosicché nel 1765 si stabilisce che l'atto impositivo di tributi da parte del parlamento inglese è illegale, incostituzionale ingiusto. Inoltre, la dottrina politica rappresentata da Otis e poi da Jefferson sostiene la superiorità della costituzione rispetto alla legge inglese a partire da una duplice base: quella tradizionale della costituzione inglese e dei diritti inviolabili degli inglesi e quella del potere costituente e dei diritti naturali degli individui. La costituzione per gli americani è l'atto che il popolo sovrano può e deve imporre con il suo potere costituente in tutte le situazioni di tirannia cioè in tutti i casi in cui i diritti degli individui vengono degradati, tutto ciò senza dimenticare il richiamo al garantismo tipico della costituzione inglese. Nella Dichiarazione di indipendenza tutto ciò viene chiaramente recepito. Infatti, si afferma il potere del popolo di abolire il governo ingiusto cioè che non salvaguarda i diritti degli uomini e si considera la rivoluzione come una necessità cui si era giunti dopo aver cercato di evitare la rottura. La costituzione del 1787 ha esattamente questo duplice fondamento: il potere costituente di origine giusnaturalistica e la tradizione della costituzione inglese. È una costituzione democratica basata sul potere costituente del popolo che si contrapponeva alla tradizione dell'onnipotenza del parlamento inglese, fondata sul fatto che esso era ritenuto espressione necessaria di tutte le forze e di tutte le realtà. La costituzione democratica, quindi, serviva a contrapporsi espressamente e limitare la tradizionale costituzione mista inglese che rappresentava per gli americani una forma di assolutismo. Fu pertanto una costituzione democratica che voleva istituire un governo limitato cioè comprensivo di poteri che risultano essere tutti intrinsecamente limitati proprio perché non originari ma derivati dal potere costituente che li ha previsti in costituzione.

La teorizzazione di questa costituzione si trova nell'opera di Hamilton e di Madison che, soffermandosi anche sul tema della forma di governo ideale, sostengono che il regime repubblicano è quello da preferire in quanto ricusa il determinarsi dell'opzione democratica al di fuori della costituzione. Si promuoveva, dunque, una costituzione repubblicana democratica per ciò che riguardava il suo fondamento ma moderata e bilanciata per l'articolazione dei poteri previsti dalla costituzione. La costituzione deve contrastare la tendenza del potere legislativo ad assorbire gli altri due poteri cioè l'esecutivo ed il giudiziario e imporre la subordinazione alle leggi ma non la dipendenza assoluta dall'autorità legislativa. In questa logica si inserisce anche il ruolo dei giudici che hanno il potere di controllare la conformità delle leggi alla costituzione facendo sì che nel tempo il popolo non tenda a far prevalere la propria legge sulla costituzione. Il controllo di costituzionalità è essenziale e indispensabile per far sì che uno dei poteri, quello legislativo, non aspiri a rappresentare l'intero spazio della costituzione, identificandosi con il popolo.

Tutto ciò trova conferma nell'opera di Paine il quale sostiene che una costituzione non è l'atto del governo ma del popolo che costituisce un governo e il governo senza costituzione è potere senza diritto. Tuttavia, l'autore scriveva a cavallo tra la rivoluzione americana e quella francese perciò giungeva ad una conclusione innovativa: egli affermava che se la costituzione era suprema perché voluta dal popolo sovrano non

si poteva impedire al popolo stesso di rivederla continuamente e periodicamente. Così alla costituzione voluta dal popolo per limitare i poteri si sovrapponeva l'immagine del popolo sovrano che agisce per il tramite della sua costituzione perché deve distruggere l'antico regime .

Queste idee erano, dunque, pericolose. Solo che mentre in America esse non condussero alla definitiva affermazione della sovranità popolare ciò accadde, invece, in Francia dove il popolo non era solo incaricato di cambiare l'assetto istituzionale con il potere costituente ma era proprio il sovrano. Per questo l'abate di Sieyès nel suo saggio sul terzo stato mette in rilievo il fatto che la costituzione contiene i limiti ai poteri costituiti ma sostiene anche che la costituzione non può limitare lo stesso potere costituente da cui scaturisce. Gli eventi della rivoluzione francese conducevano verso la creazione di una costituzione fondata sulla permanente forza sovrana del popolo che veniva definito con il termine di nazione. All'abate di Sieyès, infatti, si deve la prima teorizzazione del concetto di nazione intesa come popolo sovrano soggetto della costituzione. Conseguentemente si pose in termini nuovi anche il problema della rappresentanza politica. Laddove il popolo sovrano non era solo l'origine della costituzione esso doveva necessariamente essere titolare di uno dei poteri costituiti che non poteva che essere il potere legislativo. Per Sieyès, dunque, l'organo legislativo era costituito da soggetti che rappresentavano il popolo perché dal popolo avevano ricevuto un mandato e la rappresentanza politica era legittima perché attraverso essa il popolo non rinunciava definitivamente alla propria sovranità.

La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 contiene tutte le istanze finora analizzate. Infatti, essa si pone come una vera e propria costituzione che intende stabilire limiti legali all'esercizio della potestà legislativa ma, nel contempo, contiene anche un programma politico consistente nell'individuare nel legislatore il soggetto che con la legge che è espressione della volontà popolare rappresenta la nazione sovrana. Nella Dichiarazione, dunque, si fondono la tradizione costituzionalista epurata dalla teoria della separazione dei poteri con la sovranità popolare.

Nella costituzione francese del 1791 i tempi erano maturati per dare centralità assoluta al potere legislativo, nonostante si attribuisse al re un importante potere di veto sospensivo da esercitare solo nella sua tradizionale qualità di rappresentante dell'unità nazionale . Il re, poi, come organo del potere esecutivo era completamente sottoposto al potere legislativo perché la costituzione affermava che il governo doveva essere condotto avanti dalla stessa assemblea legislativa . Lo stesso vale per i giudici e i tribunali che, in base alla costituzione, non poteva ingerirsi nel potere legislativo o sospendere l'esecuzione delle leggi. La Costituzione, poi, individuava la figura dei cittadini attivi cui era riservato il diritto al voto. Tali cittadini erano individuati in base al censo piuttosto modesto e non eleggevano direttamente i deputati cosicché era chiaro il timore nutrito verso il suffragio universale e diretto. Si trattava di una costituzione non perfettamente democratica, perciò si sentì ben presto l'esigenza di trasformarla per renderla effettivamente democratica eliminando il re e introducendo il suffragio universale e diretto.

Ciò accadde con la Costituzione giacobina del 1793. In questa costituzione che iniziava con una nuova dichiarazione dei diritti non si parlava più di nazione ma di popolo inteso

come universalità di cittadini francesi viventi. Si introducevano, poi, nuovi diritti di solidarietà, di istruzione di assistenza e al lavoro e, soprattutto, si ponevano le basi per un integrale demolizione della rappresentanza politica. Infatti, si tendeva a ridurre notevolmente il ruolo del parlamento e a rafforzare gli strumenti di democrazia diretta. Nonostante ciò la nuova costituzione continua quella precedente perché resta una costituzione monista che tende, cioè, a rappresentare il soggetto sovrano, nazione o popolo, in uno dei poteri della costituzione cioè quello legislativo. Il potere legislativo esercitato in nome del popolo teneva sotto controllo gli altri due poteri in modo tale da impedire che la volontà generale contenuta nella legge potesse essere tradita dai giudici o dal governo.

La costituzione del 1793 non entrò mai in vigore e fu seguita da quella del 1795 dominata dalla necessità di riflettere criticamente sui risultati raggiunti con la rivoluzione che cercava di imporsi un limite attraverso la costituzione. Ancora una volta intervenne Sieyès il quale chiarì che la costituzione doveva avere il compito di organizzare la macchina politica cioè il concorso dei poteri costituiti, definendone compiti e funzioni. Così in questa nuova costituzione si abbandonò il suffragio universale e diretto e si tornò a legare il diritto al voto al censo, si creò un organo legislativo bicamerale e si nominò un direttorio cui la costituzione affidava un vero e proprio potere esecutivo. Questa costituzione tendeva, dunque, a rimuovere il modello monistico della suprema potestà legislativa ma non certo a favore di un autentico bilanciamento dei poteri. La centralità del potere legislativo, infatti, rimaneva un punto forte ma veniva costituzionalmente disciplinata. Si rivendicava in questo modo il valore normativo e prescrittivo della costituzione che doveva regolare anche il potere legislativo.

La Francia, dunque, a differenza dell'America non poteva ripetere l'esperienza inglese del bilanciamento dei poteri perché è caratterizzata da una rivoluzione che tende a demolire l'antico regime e non semplicemente a limitare le pretese esorbitanti di un legislatore, come è accaduto in America. La rivoluzione francese aveva avuto bisogno di essere rappresentativa di una volontà generale e forte espressa attraverso la legge.

Gli eventi francesi e la dottrina politica rivoluzionaria furono criticati innanzitutto da **Burke** che contesta il concetto stesso di rivoluzione adottato in Francia. Egli sostiene che la rivoluzione vera è quella fatta in America dove non si pretendeva di creare una costituzione dal nulla ma di preservare la tradizione e l'antica costituzione dal controllo del legislatore inglese. Per Burke quindi la rivoluzione è qualcosa che serve a dare certezza e garanzia e la costituzione deve essere il frutto di un impegno, di un patto o contratto tra gli individui che si materializza in un progressivo consolidarsi di una condizione di equilibrio tra gli interessi sociali. Non è, invece, un progetto nuovo che non da garanzia alcuna di stabilità. La rivoluzione francese, poi, ha messo a repentaglio i diritti degli uomini perché aveva posto il potere nelle mani di un assemblea che lo esercitava in maniera dispotica intendendo il proprio potere di normazione come qualcosa di indefinito e illimitato. Burke sostiene che l'esempio da imitare è ancora una volta quello inglese in cui l'autorità legislativa ha sempre un limite, deve sempre agire per il bene dei cittadini e aggiunge che se i francesi hanno pensato di poter esercitare il potere costituente mettendo a repentaglio i diritti di ognuno è perché hanno messo in discussione l'autorità politica. Essi hanno ecceduto nel contrattualismo cioè hanno

ritenuto che alla base dell'autorità politica vi fosse un accordo societario simile a quello che si stipula per il commercio di una qualsiasi merce. La costituzione inglese, quindi, è la migliore perché garantisce a pieno i diritti e perché pone a fondamento dell'autorità politica la storia. Per Burke dunque i francesi hanno commesso l'errore di seguire Rousseau dimenticando Montesquieu. Tuttavia, è evidente che Burke ragionava partendo da presupposti di stampo costituzionalistico.

Invece Kant affrontò il discorso legandosi di meno alla tradizione dell'Inghilterra. Secondo Kant è necessario distinguere tra forma di stato e di governo. La forma di stato attiene al soggetto cui è attribuito il potere sovrano di fare le leggi. La forma di governo riguarda il rapporto concreto tra il potere legislativo sovrano e gli altri poteri. Secondo Kant il terreno per lo sviluppo della costituzione ideale è quello del rapporto tra i poteri. La costituzione del futuro per lui è quella repubblicana perché tende a separare tra legislativo ed esecutivo ed è costituita da un insieme di principi. Innanzitutto, c'è il principio in base al quale ognuno deve essere libero di perseguire la propria felicità senza limitare l'uguale ricerca altrui. La legge provvede a determinare il punto in cui finisce la libertà di ciascuno e agisce garantendo la libertà a tutti.

Il secondo principio è quello di uguaglianza cioè di uguale sottomissione di tutti alla stessa legge. Infatti solo la legge può esercitare coazione in modo uguale su tutti. Quando questi due principi sono minacciati si instaura il dispotismo.

Kant ritiene che una monarchia o un'aristocrazia non devono necessariamente essere dispotiche perché sono forme di stato che possono tranquillamente conciliarsi con la forma di governo repubblicana cioè basata sulla separazione dei poteri tale da garantire la libertà e l'uguaglianza. A proposito della democrazia come forma di Stato Kant dice che se essa è intesa in senso giacobino che accentra nei rappresentati o mandatari del popolo sovrano ogni potere legislativo ed esecutivo allora è incompatibile con la separazione dei poteri cioè con la costituzione repubblicana e non garantisce libertà e uguaglianza. Se, invece, la democrazia è tale per cui garantisce ai singoli cittadini una certa indipendenza civile che li rende padroni di sé stessi allora a questi cittadini e non al popolo nel suo complesso si poteva affidare la scelta di una adeguata rappresentanza politica tale da separare i poteri e garantire libertà ed uguaglianza. Perciò Kant respingeva il concetto giacobino di popolo sovrano che ledeva il principio di separazione dei poteri perché avrebbe condotto all'affermazione di un solo potere di origine popolare. Kant getta le basi per rivedere il concetto di sovranità popolare in modo da superare il radicalismo rivoluzionario.

Constant effettuò questa operazione e cercò di inserire il nuovo concetto di sovranità popolare in una costituzione repubblicana basata cioè sulla separazione dei poteri. Nel periodo della restaurazione a partire dalla carta costituzionale del 1814 si ha il ritorno della monarchia e l'introduzione della camera dei pari congiunta all'elettorato della camera dei deputati estremamente ristretto. Constant come Kant sostiene che ciò che importa è la forma di governo e non quella di stato quindi anche se quest'ultima è cambiata il dibattito sulla forma di governo continua. Constant nel 1815 scrive un'opera dove propugna la tesi della sovranità limitata. La sovranità popolare è ammissibile ma solo come supremazia della volontà generale su tutte le volontà particolari cioè come formula che giustifica la supremazia della legge generale e astratta che per Constant

come per Kant è la sola garanzia dei diritti di libertà e uguaglianza. Il popolo sovrano si deve identificare con il legislatore e si deve trasfondere nella legge generale ed astratta. La sovranità popolare poi non è illimitata perché è funzionale ai diritti degli individui che sono la libertà individuale, la libertà di opinione, il libero godimento della proprietà, la garanzia contro l'arbitrio. Constant non prevede la possibilità di opporre la costituzione alla legge in nome dei diritti, perciò non si parla di controllo di costituzionalità. Infatti, i diritti appartengono alla legge e non alla costituzione che si deve occupare di altro cioè della costruzione della forma di governo.

Negli Stati Uniti d'America invece nello stesso periodo era attuale il problema del controllo di costituzionalità. De Tocqueville dopo un viaggio di studi negli Stati Uniti scrisse che lì la costituzione comandava ai legislatori e ai semplici cittadini indicando all'opinione pubblica europea una situazione in cui la democrazia non aveva rinunciato a porsi dei limiti come contrappeso ai poteri delle assemblee legislative. De Tocqueville disse chiaramente che in America il contrappeso del controllo di costituzionalità era nelle mani dell'aristocrazia. A differenza di Constant, poi, l'autore ritiene che la società del suo tempo è destinata irreversibilmente ad evolversi in senso democratico. Contro questa tendenza era necessario che gli individui riscoprissero il significato costituzionale della pratica associativa. Le associazioni dei cittadini avrebbero formato uno strato sociale che per la sua forza economica e la sua consapevolezza politica era indipendente dal potere politico e non assimilabile a questo.

Dopo la rivoluzione il costituzionalismo ha un solo nemico che in Burke si chiama potere costituente, per Kant e Constant si chiama sovranità popolare e per De Tocqueville l'espansione del principio democratico. Tutti questi autori contrappongono la sovranità popolare che espande oltre misura il potere del popolo alla costituzione intesa come ideale politico.

Il costituzionalismo prende atto dei risultati della rivoluzione cioè la definizione della supremazia della legge e il principio di uguaglianza cercando di coordinarli con la imposizione di limiti e nel corso del XIX secolo cominciò a farsi forte la preoccupazione per la stabilità dell'obbligazione politica che poteva essere messa in crisi dall'idea rivoluzionaria secondo cui il fondamento dell'autorità politica era un contratto stipulato dai cittadini con i governanti revocabile in ogni momento. I poteri costituiti che per la rivoluzione potevano essere messi in discussione in ogni momento dal popolo sovrano dovevano essere dotati di una maggiore stabilità. Nacque così un pensiero controrivoluzionario espresso innanzitutto da De Maistre che sostenne che il grande torto della rivoluzione era la separazione tra sovranità e società che aveva ridotto la prima a mero risultato della volontà degli individui e aveva ridotto la seconda in una mera moltitudine di individui. Ciò avrebbe determinato disordine e instabilità. Era necessario cercare un'idea cardine su cui far leva per individuare uno stabile nucleo fondamentale dell'esperienza politica postrivoluzionaria. L'idea venne da Hegel e fu quella del costituzionalismo statale. Hegel affermava che i tedeschi definivano costituzione il risultato di una serie di contratti, di patti radicati nel tempo e di natura consuetudinaria. Per Hegel tutto ciò creava un catasto dei diritti costituzionali più diversi acquistati alla maniera del diritto privato cioè per via della prassi. La Germania era così condannata a decadere politicamente perché mancava di un'unitaria identità nazionale. La Germania insomma non aveva una costituzione statale. Hegel aggiunge che

la Francia ha distrutto la sua costituzione già nell'antico regime perché non è stata in grado di disciplinare le spinte particolaristiche della propria nobiltà. Tuttavia, lo stato francese non è stato distrutto e va in cerca di una costituzione mentre la Germania ha una costituzione fatta di tradizioni e consuetudini particolari ma non ha uno stato. Per Hegel, dunque, è importante la dimensione dello Stato e la Germania deve costruire un diritto pubblico statale, una costituzione statale. La costituzione statale è una norma di diritto pubblico che è chiamata a imporsi sulla tradizionale struttura privatistica della costituzione feudale ed è pensata per combattere ogni tipo di privatismo, soprattutto quello che deriva da una concezione generale della costituzione che in essa vede una pura norma di garanzia delle proprietà e dei diritti degli individui. Per Hegel dunque lo stato va inteso come strumento di tutela dei diritti degli individui e non in senso politico. La costituzione dello stato combatte il privatismo dei ceti ed il privatismo degli individui preservando l'unità dello stato, valorizzando i poteri portatori del valore dell'universalità come il monarca, i corpi e le assemblee rappresentative che hanno il compito di introdurre il senso dello stato e del governo nella cura degli interessi delle comunità, e la burocrazia cioè l'insieme dei funzionari esecutivi che mantengono fermo l'interesse dello stato. Hegel sostiene, dunque, la sovranità dello Stato opponendola agli antichi diritti di ceto ma anche allo stesso monarca e al popolo. La costituzione per Hegel non viene fatta dalla volontà di un soggetto che potrebbe in ogni momento revocarla ma è qualcosa che deve necessariamente esistere in quanto nucleo stabile della convivenza civile e per questo sottratta ad ogni volontà particolare.

Hegel è il padre di un nuovo concetto di costituzione che per lui non è più una norma di organizzazione del potere bensì un ordine fondamentale della convivenza civile costruito a partire dalla volontà particolare delle forze sociali ma in modo tale da esprimere lo stato nel suo complesso e rappresentarne la sovranità. In Germania la sovranità dello stato servì ad evitare i due estremi della sovranità del monarca e di quella popolare arrivando poi a considerare il monarca e le assemblee come organi dello Stato inteso come persona portatori della volontà dello Stato stesso. Nell'esperienza costituzionale della Prussia, invece, maturò un'altra concezione della sovranità statale. Lo stato è sovrano in quanto ordinamento originario che si esprime attraverso alcune istituzioni essenziali quali la monarchia, la burocrazia e l'esercito. La costituzione si sovrapponeva a questo stato non essendo per esso indispensabile; pertanto era necessario rispettarla solo se costituita da norme espresse ed univoche. Questa fu la base del governo Prussiano dal 1862 al 1866. Bismarck espresse chiaramente questa idea di priorità dello stato sulla costituzione affermando che lo stato, in nome dell'interesse nazionale, è la casa solidamente costruita e la costituzione è l'arredamento, un di più che ci si può permettere solo perché la casa già esiste.

Tutte le costituzioni liberali del XIX secolo in Europa erano lontane dall'idea invalsa in Prussia e si confacevano molto di più all'idea tedesca di sovranità dello stato che riconduceva le rappresentanze popolari e il monarca alla dimensione istituzionale dei poteri dello Stato, limitati dal diritto pubblico statale. In tal modo le assemblee rappresentative erano organi dello stato e non erano depositarie della sovranità popolare e lo stesso monarca era organo dello stato e non poteva più pretendere di rappresentare e personificare l'intero stato. La sovranità dello stato, dunque, impediva la sovranità popolare e quella monarchica e si traduceva in costituzioni statale trasformando le sovranità politiche del monarca e del popolo in poteri giuridicamente

regolati. Nacque lo Stato di diritto teorizzato da **Jellinek**. Questo autore riteneva che le dottrine politiche di Hobbes e di Rousseau in realtà erano equivalenti perché tendevano a legittimare poteri assoluti. Jellinek riteneva si dovesse combattere qualsiasi forma di sovranità assoluta, sia del popolo, sia del monarca ed approdare alla sovranità dello Stato ed al suo diritto. Per Jellinek poi la sovranità dello Stato è lo strumento ideale per garantire i diritti degli individui perché consente di negare le sovranità politiche che storicamente hanno indebolito i diritti stessi. Infatti la sovranità del monarca li ha trasformati in concessioni e la sovranità del popolo li ha proclamati ma poi li ha lasciati privi di una seria garanzia. Invece, nello stato di diritto i diritti sono garantiti dalla legge dello Stato sovrano. Per Jellinek, dunque, la costituzione dello stato comprende i principi giuridici in cui è contenuta la determinazione di quali siano gli organi supremi dello Stato, il modo della loro formazione, i loro rapporti reciproci e la loro sfera d'azione e, infine, la posizione del singolo di fronte allo Stato. Il rapporto tra stato e costituzione è essenziale in quanto il primo non può esistere senza la seconda e viceversa.

Anche in Italia lo stato di diritto tedesco fu recepito favorendo un'interpretazione moderata dello statuto Albertino del 1848 e della Carta costituzionale del Piemonte sabauda che nel 1861 era diventata carta dello Stato unitario. **Orlando** fu il primo a teorizzare lo Stato di diritto affermando che esso non tollerava il dominio unilaterale del monarca sulla costituzione e sul governo e si contrapponeva anche al dominio della volontà popolare per mezzo delle assemblee popolari. Anche in Francia fu possibile una lettura della realtà costituzionale ispirata allo stato di diritto. Ciò accadde attraverso le istituzioni della terza repubblica costruite sulla base di tre leggi costituzionali del 24 , del 25 febbraio e del 16 luglio 1875 che affermavano un dominio assoluto del parlamento e in particolare della camera eletta a suffragio universale a fronte di un presidente della repubblica sostanzialmente privato, nei suoi confronti, del potere di scioglimento. Il parlamento era titolare esclusivo del potere legislativo e di imporre i tributi, era padrone del governo e protagonista esclusivo della revisione costituzionale. **Carrè de Malberg** fu il massimo studioso di diritto pubblico in Francia tra Otto e Novecento. Sostenendo la dottrina tedesca dello stato di diritto cercò di trovare una giustificazione alla limitazione del potere del parlamento e del popolo sovrano. Secondo Carrè de Malberg era necessario considerare anche il potere legislativo come semplice organo dello Stato regolato dalla costituzione statale e svincolato dalla tradizione politica democratica che prendeva le mosse dalla rivoluzione.

Anche in Francia come in Germania ed in Italia il diritto pubblico si andava costruendo su base statale con un'opposizione sempre più chiara e netta al principio della sovranità popolare. Anche in Inghilterra il diritto pubblico costituzionale si affermò fuori da ogni riferimento al principio democratico sostenuto da Bentham. Nel XIX secolo solo **Stuart Mill** cerca di valorizzare sul piano costituzionale l'estensione del suffragio universale individuando nel parlamento il luogo in cui il popolo sovrano si raffigura nella sua complessità fornendo la base per l'assunzione di ogni decisione di rilevanza pubblica. A fronte di questa posizione isolata si pone la dottrina di **Dicey** che descrive il parlamento inglese nella sua struttura costituita da tre rami che fa sì che la legge sia espressione di tre volontà: quella del re, quella del popolo e quella dell'aristocrazia.. Questo parlamento non pretende di rappresentare il popolo sovrano e di aver ricevuto da questo popolo un mandato; pertanto non può costituire una vera minaccia per la supremazia

della legge del paese. Il parlamento non è un soggetto a sé stante dotato di una volontà politica autonoma. La sovranità del parlamento inglese, dunque, non ha nulla a che vedere con il primato del popolo sovrano e serve proprio per negare che prima del parlamento esistesse un patto fondamentale, un potere costituente che ha definito i contorni di tutti i poteri anche dello stesso parlamento. Il parlamento per gli inglesi è sovrano perché non nasce da una legge costituzionale cioè perché non è un'autorità derivata. Per questo stesso motivo la legge parlamentare non può essere modificata o abrogata da un'altra autorità perché altrimenti sarebbe necessario individuare un potere superiore al parlamento che abbia il potere di farlo. Dicey poi collega strettamente il parlamento alla celebre *rule of law* cioè alla garanzia della sicurezza in ordine alla libertà personale e alla proprietà. Per assicurare questa garanzia si ricorre innanzitutto alla riserva di giurisdizione per cui i diritti sono considerati materia che deve trovare la migliore disciplina possibile in sede giurisdizionale cioè in giudizio e non in una legge generale e astratta del parlamento. Perciò il parlamento inglese non vuole essere un parlamento politico.

Tutto il diritto pubblico europeo tra Otto e Novecento, dunque, si oppone al principio democratico della sovranità popolare. Le costituzioni del tempo possono essere statali oppure, come in Inghilterra, parlamentari ma non democratiche perché tutte escludono di essere generate da un potere costituente del popolo.

In Europa a partire dal 1920 comincia a realizzarsi un importante cambiamento. Si apre una fase di fondazione di repubbliche come quella tedesca di Weimar instaurata con la costituzione del 1919. Queste repubbliche furono poi superate con regimi totalitari, successivamente seguiti da regimi democratici ispirati al senso sociale. In questo periodo la costituzione non può essere solo statale né solo parlamentare, ma ha dovuto rappresentare grandi discontinuità ed essere atto di fondazione di nuovi regimi, legittimandoli. Perciò nella costituzione sono state inserite le grandi scelte del potere costituente enunciate in principi relativi a diritti fondamentali e di uguaglianza. La costituzione quindi è tornata ad avere un contenuto politico e democratico.

La costituzione di Weimar è il paradigma delle costituzioni democratiche del 1900. Innanzitutto essa riconosce l'esistenza di un potere costituente posto all'origine della costituzione stessa che è esercitato dal popolo. Il popolo sovrano, dunque, fa delle scelte trascritte nella costituzione sul piano normativo con disposizioni che riguardano i diritti dei cittadini. Questi principi compongono un nucleo fondamentale irrinunciabile della costituzione. Quindi non si tratta più di una costituzione che regola solo i poteri ma vuole soprattutto esprimere principi essenziali posti alla base della convivenza civile. Ne consegue che la Costituzione deve individuare anche gli strumenti per tutelare tali diritti. Tra questi strumenti vi è il principio di inviolabilità dei diritti fondamentali e il principio di uguaglianza. Nella costituzione di Weimar si ritenne che il parlamento con le leggi dovesse occuparsi di attuare la costituzione e garantire i diritti fondamentali; però nello stesso tempo si diffidò della centralità politica e istituzionale che in tal modo si riconosceva all'organo legislativo. Perciò si ritenne di inserire un contrappeso che si ottenne con la figura del presidente eletto direttamente dal popolo e dotato di poteri di grande rilievo tutti da riconnettere alla sua funzione principale di rappresentanza dell'unità del popolo.

La costituzione di Weimar suscitò subito dei commenti. **Schmitt** ad esempio affermò che una costituzione è democratica se è capace di rappresentare il soggetto costituente che le ha dato vita cioè il popolo sovrano. Egli cerca di recuperare la dottrina politica della rivoluzione francese dopo che per lungo tempo essa era stata ripudiata. Per lui se la costituzione esiste e funziona è perché contiene un irrinunciabile elemento politico che consiste nell'essere espressione del popolo sovrano. Da ciò scaturisce la necessità della separazione e dell'equilibrio dei poteri, della tutela giurisdizionale dei diritti, di un metodo parlamentare di assunzione delle decisioni politiche. La costituzione statale tedesca e quella parlamentare inglese avevano perso di vista quest'idea e avevano eliminato qualsiasi riferimento al popolo sovrano e al principio democratico. Quando in Germania cominciò a dilagare il fenomeno della crisi della rappresentanza politica e dei partiti e quindi del parlamento Schmitt ritenne che non poteva andare in crisi l'intero sistema istituzionale ma che nella costituzione di Weimar il principio democratico fosse ugualmente garantito dalla presenza del presidente eletto dal popolo e garante dell'unità del popolo, essenziale per la sopravvivenza della costituzione. Schmitt, partito dall'apologia del potere costituente del popolo sovrano, dunque, arriva all'apologia del principio della continuità dello Stato ritenendo possibile in situazioni di crisi l'accantonamento della costituzione storicamente sostenuta dal costituzionalismo liberale a favore di un'altra costituzione che era la rappresentazione per mezzo del presidente dell'unità e continuità dello Stato tedesco e del suo popolo. Per Schmitt anche questa costituzione è democratica perché esprime l'esistenza politica del popolo tedesco cioè del soggetto costituente che aveva generato la costituzione.

In posizione opposta a Schmitt si pose **Kelsen** che affermò che la costituzione democratica è un tipo storico di costituzione che dalla rivoluzione francese in poi si è assunto il compito di demolire ogni potere privo di fondamento normativo cioè di una formale attribuzione di potere da parte delle norme costituzionali. Tale costituzione deve essere repubblicana ed escludere così poteri autocratici che si autolegittimano. Il regime politico, dunque, è democratico se non sovradetermina alcun potere riconducendo tutti i poteri alla costituzione. Il primo avversario della costituzione democratica è il principio monarchico che manteneva al re poteri rilevanti perché il re tende ad affermare un potere per sé stante.

Per Kelsen poi la costituzione democratica deve essere pluralistica; egli non intende il popolo sovrano come soggetto o come persona che ha dato vita alla costituzione, come una vera e propria astrazione inaccettabile. Al contrario le costituzioni veramente democratiche non devono derivare dalla volontà del popolo sovrano così inteso ma devono essere senza autore, in modo da non poter essere considerate monopolio di qualcuno. La Costituzione democratica non ha padroni e nega a tutti la possibilità di dettare in modo autoritativo la sua interpretazione autentica. Per Kelsen la costituzione democratica è svincolata dal potere costituente ed è descritta come il frutto di un processo storico sociale dove una gran quantità di soggetti ricercano regole sociali comuni. La costituzione non è figlia di un potere o di un soggetto che esprime una volontà ma di un processo capace di mediare, di comporre le diverse istanze della comunità.

Per Kelsen la costituzione democratica oltre ad essere repubblicana e pluralista è anche parlamentare perché solo il parlamentarismo può comporre le diverse istanze ed

interessi sociali. Nel parlamento gli artefici del dialogo che porta alla composizione degli opposti interessi sono i partiti politici che, per avere effettivamente questa funzione rappresentativa, devono accedere al parlamento con metodo proporzionale. Infatti, il maggioritario taglierebbe fuori fette sociali che non sarebbero rappresentate.

In Kelsen, tuttavia, la centralità del parlamento non degenera in sovranità perché la legge che esso emana mantiene la sua posizione di supremazia nel sistema delle fonti del diritto e la sua validità finché corrisponde alla costituzione. Il controllo di costituzionalità delle leggi, dunque, è uno strumento prezioso per garantire che il parlamento non divenga sovrano. La legge del parlamento non è più inattuabile perché espressione della volontà del popolo sovrano ma deve essere conforme alla costituzione pluralista altrimenti è disapplicata.

Per Kelsen se il parlamento come luogo della mediazione non funziona più a causa della crisi dei partiti è necessario riscrivere le regole e non affermare la continuità dello stato come diceva Schmitt. Il fallimento della mediazione parlamentare infatti era il fallimento della democrazia e quindi della costituzione .

Dalle opere di Schmitt e di Kelsen scaturirono due diverse concezioni delle costituzioni democratiche che hanno dominato il novecento. Quale di queste concezioni è prevalsa? La prevalenza dell'una o dell'altra è stata fortemente influenzata dal contesto storico particolare dei vari paesi d'Europa. In linea di massima è stata recepita da Schmitt l'idea che la costituzione è democratica perché è voluta dal popolo sovrano e da Kelsen l'idea che la costituzione è democratica perché non consente a nessuno di occupare l'intero spazio di azione entro cui si muovono le forze sociali e politiche perché spinge queste ultime al dialogo. In concreto, poi, ciascuna costituzione europea della seconda metà del novecento ha costruito un nuovo modello di costituzione democratica. Infatti, il potere costituente ha finito col perdere la sua originaria aggressività nei confronti della costituzione positivamente vigente, associandosi al concetto di legalità costituzionale che limita la potestà dello stesso legislatore. Anche il modello Kelseniano è stato parzialmente mutato perché era eccessivamente incline a far coincidere democrazia e relativismo e a considerare buona ogni soluzione legislativa purché assunta rispettando la regola generale del compromesso.

I regimi europei della seconda metà del novecento aspiravano ad essere democrazie costituzionali cioè dotate di una precisa identità perché dotate di una costituzione in cui si esprimono i principi fondamentali che caratterizzano il regime politico. La legalità che queste democrazie esprimono è diversa da quella della rivoluzione francese che consentiva al popolo sovrano di sovvertire l'ordine ma anche da quella di estrazione Kelseniana che si basava su un continuo accordo e compromesso tra forze sociali. Tali costituzioni poi rappresentano il compromesso utile a superare la frattura tra democrazia e costituzionalismo . Infatti, la democrazia costituzionale aspira ad un giusto equilibrio tra il principio democratico e il ruolo del legislatore e del governo e l'idea dei limiti della politica da fissare con la forza normativa della costituzione. Essa però è instabile.