

La costituzione come idea e come realtà storica (Appunti di Dottrina dello Stato)

di

Antonio Ignazio Arena*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'idea di costituzione: 2.1. La concezione ideale di costituzione. – 2.2. Il costituzionalismo metafisico. – 2.3. Sviluppo coerente delle premesse del costituzionalismo razionalista. – 2.4. Crisi del costituzionalismo metafisico. – 2.5. Costituzionalismo scettico. – 3. La costituzione come realtà: 3.1. La costituzione come realtà. Uno sguardo sul mondo antico. – 3.2. Le prime costituzioni moderne. – 3.3. Le costituzioni ottocentesche. – 3.4. Prima considerazione intermedia: il principio di soggezione al pubblico potere. – 3.5. Seconda considerazione intermedia: la divisione del lavoro. – 4. Riflessioni sulle forme di Stato: 4.1. La nascita delle costituzioni democratiche e l'impiego della locuzione "forma di Stato". – 4.2. La forma di Stato autocratica. – 4.3. La forma di Stato aristocratica. – 4.4. La forma di Stato democratica. – 4.5. Ulteriori considerazioni sulle forme di Stato.

1. Introduzione

In questo lavoro si svolgono alcune riflessioni nella prospettiva della dottrina dello Stato, disciplina che si pone al crocevia tra filosofia, storia e diritto costituzionale. Nella prima parte si riflette criticamente sulla costituzione come idea, e quindi sul problema della legittimazione meta-positiva del potere pubblico. Un problema del quale la dottrina dello Stato non può non tenere conto, se non al prezzo della sua incompletezza. Nella seconda parte si svolgono, invece, alcune considerazioni sulle costituzioni reali, mettendone in luce aspetti invarianti e diversità correlate alle differenti forme di Stato. A tacer d'altro, la vastità e la complessità dei temi affrontati è tale che non si potrebbe mai avere ragionevolmente la pretesa di affrontarli in modo esaustivo né si potrebbe immaginare di dar conto della sconfinata letteratura in materia. Quelle che seguono sono soltanto delle

* Dottore di ricerca in Scienze giuridiche – Diritto costituzionale - Università degli Studi di Messina.

(relativamente) brevi notazioni accompagnate da pochi essenziali riferimenti bibliografici.

2. L'idea di costituzione

2.1. La concezione ideale di costituzione

Non può esistere comunità politica senza diritto (*ubi societas ibi ius*). Se per costituzione intendiamo l'insieme delle norme fondamentali di una comunità politica, fin dall'alba dei tempi tutte le comunità politiche hanno avuto una costituzione. Una riflessione sul concetto di costituzione si è, però, sviluppata soltanto nel VI-V secolo a.C. Secondo un convincimento diffuso, essa è parte di quella più generale fioritura culturale che va sotto il nome di "nascita della filosofia". Possiamo quindi affermare che, almeno per quanto ne sappiamo, la costituzione come realtà precede la costituzione come concetto; e che la costituzione come concetto è figlia della filosofia (greca) antica. Anzi assume nella filosofia antica una posizione di assoluta centralità. La filosofia, almeno intesa alla maniera di Platone, è una dottrina della costituzione, poiché il fine ultimo del filosofare è addivenire alla verità sul modo giusto di vivere in società, delineare i contenuti della giusta costituzione.

La giusta costituzione è secondo Platone una idea. Appartiene cioè ad una dimensione diversa da quella sensibile. Le idee sono verità assolute, mediante le quali l'uomo può risolvere ogni dilemma sulla natura, sull'esistenza, sulla politica. Dalle idee differiscono radicalmente le opinioni. Queste ultime sono imperfette come imperfetto è il mondo sensibile al quale si riferiscono. La giustizia è quindi concepita come qualcosa di perfetto, eterno, immutabile. Chi conosce l'idea di giustizia possiede una verità assoluta e certa (*ἀλήθεια*) sulla cui base fondare la convivenza associata. Può così dire qual è la giusta costituzione, da intendersi come modello e criterio di giudizio di tutte le costituzioni esistenti. La giusta costituzione è, secondo Platone, aristocratica.

Il governo dei custodi è stato anche descritto come autocratico. Popper ha ritenuto che i custodi siano filosofi-guerrieri che comandano su una massa di non armati e

non educati¹. Strauss ha fatto notare la mancanza di qualsivoglia controllo da parte dei governati sui governanti, caratteristica della autocrazia². Tuttavia Platone disprezzava la tirannide non meno della democrazia. Voleva proporre una forma perfetta di aristocrazia, nella quale il governo fosse riservato alle persone davvero migliori per intelligenza e sensibilità. «Quando però, credo, uno che per natura è artigiano o un altro che per natura è uomo d'affari e che poi si eleva per ricchezza o per numero di seguaci o per vigore o per qualche altro simile motivo, tenta di assumere l'aspetto del guerriero; o un guerriero quello di un consigliere e guardiano, anche se non ne ha i requisiti e costoro si scambiano gli strumenti e gli uffici, o quando la stessa persona intraprende tutte queste cose insieme, allora, io credo, anche tu penserai che questo loro scambiarsi di posto e questo attendere a troppe cose sia una rovina per lo Stato»³.

Questa forma superiore di aristocrazia è contrapposta alla oligarchia (nella quale i migliori sono individuati per censo) e alla timocrazia (nella quale i migliori sono individuati sulla base degli onori militari). Scrive al riguardo Platone: «Nessuna delle odierne costituzioni politiche è degna di una natura filosofica»⁴. Due elementi sono strutturali nella concezione ideale di costituzione proposta da Platone: l'idea di costituzione è una verità assoluta «che sempre permane invariabilmente costante»⁵; la costituzione giusta è aristocratica. Questi elementi rimangono fermi anche nell'ultimo Platone e quindi (a dispetto del celebre quadro di Raffaello) in Aristotele («non sono le stesse le costituzioni, ma una soltanto è dappertutto la migliore per natura»⁶), l'identificazione dell'idea di costituzione con la verità assoluta – su nuove basi “teologiche” – si rinviene anche nei principali pensatori medievali, da Agostino a Tommaso (quest'ultimo è favorevole alla monarchia, nella quale il rapporto divinità-uomo è riprodotto in quello sovrano-sudditi).

¹ K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici. Platone totalitario*, trad. it. a cura di R. Povetto, D. Antiseri, Roma, 2003, 71 s.

² L. STRAUSS, *Una nuova interpretazione della filosofia politica di Platone*, trad. it. a cura di M. Farnesi Camellone, Macerata, 2016, 58.

³ PLATONE, *La Repubblica*, 434b (trad. it., a cura di F. Sartori, Roma-Bari, 2011, 264 s.).

⁴ *Ibidem*, 597b (trad. it., 413).

⁵ *Ibidem*, 584b (trad. it., 381).

⁶ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, 1135a (trad. it. a cura di C. Mazzarelli, Milano, 2011, 211).

Il primo degli elementi strutturali di una simile concezione ideale della costituzione, dal quale il secondo dipende, è criticato soltanto dagli scettici. Per questi ultimi non esistono verità assolute. Nessuno sa (nel senso che voleva Platone) cosa sia giusto o ingiusto e quale debba essere la costituzione. Le voci di Senofane, Gorgia, Pirrone, Timone sono rimaste, però, poco ascoltate. Né il mutamento di indirizzo della stessa Accademia riuscì a imprimere una svolta alla riflessione sulla costituzione.

Nel III secolo la dottrina delle idee di Platone era divenuta inaccettabile per gli stessi accademici che dunque identificavano la conoscenza con la sola conoscenza sensibile. Proprio il fondatore dell'Accademia aveva insegnato che la conoscenza sensibile è imperfetta, è opinione (δόξα). Pertanto il nuovo indirizzo degli accademici fu quello scettico. Esso viene reso dalla massima di Arcesilao: "Non so, neppure di non sapere". Tale massima testimonia la volontà dello scettico di non rinunciare al ragionamento. «Arcesilao» – ricorda Cicerone – «sosteneva l'impossibilità di qualsiasi conoscenza [assoluta], persino di quella che Socrate aveva riservato a se stesso, ossia "il sapere di non sapere nulla"»⁷.

Sempre al III secolo risale il Qohelet, che avrebbe potuto consentire un diverso sviluppo del pensiero cristiano medievale. L'autore mostra di considerare l'idea di giustizia fuori dalla portata dell'uomo⁸. La filosofia medievale, non solo in ambito cristiano, è tuttavia generalmente insensibile ai pochi timidi richiami alle ragioni del dubbio (si pensi a Gaunilone o ad Al Gazali).

Del concetto ideale di costituzione si prese gioco soprattutto Carneade. Invitato a parlare davanti al Senato romano, tenne un giorno un discorso a favore di una concezione ideale di costituzione e fu molto applaudito. Il giorno dopo mostrò chiaramente che tale concezione era priva di solido fondamento e che se i romani l'avessero seguita avrebbero dovuto liberare la Grecia conquistata (poiché la giusta costituzione deve riconoscere la libertà politica). «Carneade» – riferisce Cicerone – «allo scopo di confutare Platone e Aristotele, patrocinatori della giustizia, raccolse

⁷ M.T. CICERONE, *Accademia*, I, *Varrone*, XII, 45 (trad. it. in *Scritti scettici*, a cura di A. Russo, Torino, 1978, 448).

⁸ Cfr. QO, 1, 13; 3,16-17

nella discettazione della prima giornata tutte quelle argomentazioni che si adducevano in difesa della giustizia, per poterla, poi, abbattere, come in realtà fece»⁹. Il suo intento era «confutare il discorso di costoro» e «abbattere una giustizia che era priva di stabile fondamento, non perché egli pensasse che la giustizia dovesse essere biasimata, ma per mostrare che quanti la difendevano non sostenevano, a proposito della giustizia, alcuna dottrina stabile e sicura»¹⁰.

Gli scettici sono stati spesso accusati di trascurare i temi della giustizia lasciando l'uomo privo di criteri pratici. Una accusa ingenerosa, in quanto in genere essi ritenevano di dover ricercare la norma di comportamento non in una concezione ideale della costituzione, ma nella tradizione costituzionale della loro comunità, secondo criteri di ragionevolezza (come scrive Sesto, per Arcesilao «chi sospende il giudizio su tutte le cose regolerà le scelte e i rifiuti e, in genere, le proprie azioni secondo ciò che è ragionevole [εὐλογον]»¹¹). Gli scettici, insomma, non sono chiusi ai discorsi sui valori, non sono “maestri del sospetto”, atti a utilizzare la ragione per demolire le credenze o le tradizioni. Al contrario, usano la ragione per mostrare i limiti della stessa, mettere in risalto le ragioni del dubbio.

La concezione ideale di costituzione è dominante anche in epoca moderna. Lo sfondo del discorso sulla costituzione rimane costituito dalla convinzione di poter raggiungere la verità assoluta. La ragione dei moderni può tutto, quindi – con differenti giustificazioni metodologiche – può concepire una politica elaborata *more geometrico*. Quale debba essere la costituzione è anzi evidente. Tesi pericolosa perché «il ritornello dell'evidenza»¹² conduce all'intolleranza, direttamente o indirettamente (e cioè nel momento in cui le aspettative del detentore di verità assolute vengano disattese)¹³. Corollari di questa impostazione sono la convinzione che il comportamento umano sia prevedibile (di modo che la giusta costituzione si deve adattare a queste previsioni, talvolta è l'ultimo capitolo della storia

⁹ M.T. CICERONE, *Repubblica*, VI (trad. it. in *Scritti scettici*, cit., 374).

¹⁰ *Ibidem*, VII, 10 (trad. it., 375).

¹¹ SESTO EMPIRICO, *Contro i logici*, I, 158 (trad. it. in *Scritti scettici*, cit., 190 s.).

¹² P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2009, 99.

¹³ K.R. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, trad. it. a cura di G. Pancaldi, Bologna, 2009, 213 ss., 571 ss.

dell'umanità) e che i problemi di rilievo costituzionale vadano affrontati nel mondo delle idee, pensando alle entità collettive non come mere semplificazioni a scopo di teoria, ma come ad entità reali, "universali" *ante o*, almeno, *in rem*. La concezione ideale della costituzione riposa sulla sistematica rimozione del dubbio. Tale rimozione viene operata in due modi che corrispondono – secondo la magistrale lezione di Sternhell¹⁴ – a due diverse modernità (eterogenee al loro interno). Il primo modo è quello di Cartesio e della modernità razionalista: penso, dunque sono (e poiché la ragione viene da Dio, non mi posso ingannare). Il secondo è quello di Pascal, tenace oppositore della scienza (cui pure si era dedicato con profitto) e delle teorie dei diritti naturali, per il quale la verità è solo quella di fede e la fede è essenzialmente una questione di cuore.

La modernità razionalista partorisce una concezione ideale della costituzione basata sui diritti naturali. La costituzione «perfettamente giusta» è quella che riconosce i diritti naturali, che garantisce «la massima libertà» e «insieme la più rigorosa determinazione e assicurazione dei limiti di tale libertà, così che essa possa coesistere con la libertà degli altri»¹⁵, che verrebbe accettata ove si passasse consapevolmente dallo stato di natura allo stato civile. È una costituzione che può e deve essere deliberatamente creata («costituzione dello Stato ordinata secondo il concetto del diritto degli uomini, dunque opera degli uomini stessi»¹⁶); le cui clausole possono essere precisate come in un contratto. È Althusius il primo ad elaborare la dottrina del contratto sociale, la quale, a giudizio di von Gierke, «sucedette ovunque all'idea teocratica e per secoli dominò tirannicamente gli spiriti»¹⁷. I diritti che la costituzione deve riconoscere tutelano per un verso la struttura economica capitalistica e per un altro gettano le premesse per lo sviluppo di un costituzionalismo democratico perché costituiscono limiti al potere (la cui

¹⁴ Z. STERNHELL, *Contro l'illuminismo. Dal XVIII secolo alla guerra fredda*, trad. it. a cura di M. Giuffredi, I. La Fata, Milano, 2007, 135 ss.

¹⁵ I. KANT, *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, trad. it. a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, 2006, 34.

¹⁶ I. KANT, *Recensione di J.G. Herder. Idee per la filosofia della storia dell'umanità. Parti I e II*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., 71.

¹⁷ O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo alla storia della sistematica del diritto*, trad. it. a cura di A. Giolitti, Torino, 1943, 79.

legittimazione dipende da consenso reale, non virtuale; un potere che si pretende sempre meno accentrato, sempre più partecipato). Più tardi, questo che nella più comune impostazione è il solo costituzionalismo moderno, accoglierà nel suo seno anche argomenti di critica all'individualismo "borghese" e più nettamente sosterrà la tesi per la quale la costituzione giusta è democratica.

La modernità irrazionalista, dal canto suo, partorisce una concezione ideale della costituzione come carta dell'identità nazionale. Ai diritti naturali contrappone diritti artificiali, prodotto della storia, legati alle peculiarità di ciascun popolo. Per Herder, ad esempio, «una filosofia universale dell'uomo [...] un codice della ragione, dell'umanità»¹⁸ è semplicemente inconcepibile. Secondo il pastore luterano non si impara niente «dalla secca e fredda ragione», bisogna opporsi allo «scetticismo a ogni virtù», che mortifica, la storia, la religione, la morale di una civiltà¹⁹. La costituzione non è creazione o progetto, ma è già da sempre presente come iscritta nel codice genetico di ogni nazione. Burke, in particolare, contrappone al giudizio individuale l'intelligenza collettiva accumulata nei secoli: l'uomo non è un essere razionale, la società non è un insieme di individui ma un corpo. Questo corpo ha una costituzione, un insieme di caratteristiche strutturali congenite: «Che accadrebbe al mondo se l'esercizio di tutti i doveri morali, e la fondazione della società sussistessero solo se le loro ragioni fossero chiare e dimostrabili a ogni individuo?»²⁰. Non diversamente, Taine scrive che «l'invenzione improvvisata di una costituzione nuova, appropriata, stabile, è un'impresa che supera le forze dell'ingegno umano [...] la natura e la storia hanno già scelto per noi»²¹. Anche gli irrazionalisti, di fronte agli effetti perversi della industrializzazione, cominceranno a farsi alfieri della giustizia sociale, ma mai della democrazia (da Carlyle a Barrès e Corradini)²².

¹⁸ J.G. HERDER, *Ancora una filosofia della storia per l'educazione dell'umanità. Contributo a molti contributi del secolo*, trad. it. a cura di F. Venturi, Torino, 1971, 74.

¹⁹ *Ibidem*, 10.

²⁰ E. BURKE, *Difesa della società naturale*, trad. it. a cura di I. Cappiello, Macerata, 1993, 6.

²¹ H. TAINE, *Le origini della Francia contemporanea. L'antico regime*, trad. it. a cura di P. Bertolucci, Milano, 1986, 46 s.

²² Cfr. Z. STERNHELL, *Nascita dell'ideologia fascista*, trad. it. a cura di G. Mori, Milano, 2008, 22 ss.

Anche in epoca moderna, gli scettici hanno contestato le premesse della concezione ideale della costituzione. Hanno mostrato come la ragione non si possa applicare, con la stessa precisione ed efficacia, a tutti i problemi; hanno riconosciuto nella controllabilità delle teorie il presupposto indefettibile della argomentazione razionale (e già questo dovrebbe lasciare intendere che lo statuto epistemologico delle concezioni ideali della costituzione è piuttosto incerto: esse, come vedremo, possono essere controllate soltanto nelle premesse, accettate le quali residua soltanto un controllo della teoria in termini di coerenza logica, per così dire, dall'interno). Hanno contestato la personificazione delle entità collettive e criticato il ricorso alle profezie sociali²³ (sebbene i limiti delle scienze sociali descrittive, nell'operare previsioni o proibizioni, pure "condizionali", siano stati generalmente sottostimati). Occorre avvertire, però, che l'opposizione scettica al costituzionalismo metafisico è stata fin qui – se così si può sintetizzare – piuttosto priva di organicità.

2.2. Il costituzionalismo metafisico

La dicotomia razionalismo/irrazionalismo sembra essere troppo angusta a coloro che, da credenti, anche in epoca moderna hanno ritenuto di rifiutare l'uno e l'altro, fondando il discorso sulla giusta costituzione (come accadeva nel medioevo) sulla verità rivelata. Per costoro, giusta è la costituzione che si accorda con il diritto divino, il quale discende dalla interpretazione del testo sacro.

Nel XVII secolo, in un modo simile si orientava Filmer. Egli riteneva di poter desumere dall'Antico Testamento la legittimità della monarchia assoluta. A suo giudizio, il potere del re è la traduzione, su più vasta scala, del potere dei padri sui figli; un potere che sarebbe stato voluto direttamente da Dio: «La creazione ha fatto l'uomo principe della sua discendenza. In realtà non soltanto Adamo, ma anche i patriarchi posteriori ebbero, per diritto di paternità, autorità regia sui propri figli»²⁴. Il potere del re, ci dice Filmer, deve essere assoluto: il re è al di sopra della

²³ Cfr. K.R. POPPER, *Miseria dello storicismo*, trad. it. a cura di C. Montaleone, Milano, 2013, 25 ss.

²⁴ R. FILMER, *Patriarca o Il potere naturale dei re*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, 2010, 596.

legge. Il buon re è come il buon padre di famiglia e se rispetta la legge lo fa perché lo desidera, non perché vi è obbligato: «Non manca chi crede che le leggi furono inventate per limitare e moderare l'eccessivo potere dei re; ma il vero è che l'origine delle leggi risiede nell'intento di ridurre in ordine la moltitudine»²⁵. Solo il re legifera, mentre le camere, che si riuniscono per sua concessione, possono unicamente ratificare le sue decisioni o sottoporgli lagnanze («Un parlamento bene ordinato: non c'è nulla che meglio esprima la maestà del potere supremo di un re che questa assemblea, in cui tutto il suo popolo lo riconosce come signore sovrano, rivolgendosi a lui per mezzo di umili petizioni e suppliche e rafforzando col suo consenso e la sua approvazione tutte le leggi che il re ordina a sua richiesta e per suo consiglio e ministero»²⁶). I giudici possono amministrare la giustizia in nome del sovrano, ma egli ha sempre facoltà di sostituire la sua decisione alla loro. È coadiuvato da un consiglio che risponde *solo* a lui, non *anche* al parlamento (come invece nella monarchia costituzionale)²⁷. Il re non può essere deposto dai sudditi, né in alcun modo sottoposto a controlli. Non esistono diritti naturali, ma solo privilegi costituiti per volontà regia. «La tesi secondo cui i re rimangono soggetti alle censure dei sudditi e possono da essi esser deposti, discende necessariamente, secondo quanto dicono i suoi stessi sostenitori, da quella prima affermazione d'una supposta eguaglianza e libertà naturale degli uomini e del loro diritto a scegliere la forma di governo che preferiscono»²⁸; ma – osserva Filmer – «la Scrittura non è favorevole alla libertà del popolo» e «tutte le libertà rivendicate nel parlamento sono libertà concesse al popolo dalla grazia del re e non dalla natura»²⁹.

Filmer è convinto che tutto questo discenda dalle sacre scritture, che cita meticolosamente. Eppure egli è consapevole dell'ambiguità potenziale delle stesse, è avvertito del fatto che dalle scritture si potrebbe desumere – come fa Bellarmino – che il fondamento di ogni potere temporale è nel popolo e che gli uomini hanno diritti naturali, sono eguali fra loro perché eguali davanti alla divinità, e deposto un

²⁵ *Ibidem*, 638.

²⁶ *Ibidem*, 651, v. anche 657.

²⁷ *Ibidem*, part. 647 e 660.

²⁸ *Ibidem*, 592.

²⁹ *Ibidem*, 603 e 655.

re ingiusto hanno diritto di scegliere una nuova costituzione, monarchica, aristocratica o anche democratica. Questo uno dei passi di Bellarmino che l'autore del *Patriarca* cita e critica (tratto dal *De Laicis*, III, 6): «Dipende dal consenso della moltitudine il costituire sopra di sé un re, o un console, o altri magistrati, e, se v'è una causa giusta, la moltitudine può cambiare una monarchia in aristocrazia o in democrazia»³⁰. Filmer ritiene che queste posizioni siano figlie di una "scolastica papista", volta ad indebolire i sovrani nazionali per rafforzare il pontefice e indurre i sudditi alla disobbedienza. Tanto Filmer quanto Bellarmino sono ovviamente certi di possedere l'interpretazione vera delle scritture, ma dato il contenuto dei testi sacri la loro strumentalizzazione in via ermeneutica è operazione piuttosto agevole. Il problema dell'ambiguità politica dei testi sacri non è ormai superato, come si potrebbe pensare, ma ancora interessa il discorso sulla giusta costituzione. Ancora oggi abbiamo esempi di questa ambiguità. La dottrina sociale cattolica è adesso apertamente favorevole alla democrazia, ma per molto tempo non è stato così; tale orientamento democratico convive con un ordinamento canonico di stampo monarchico (sia pure *sui generis*). Inoltre il *favor* per la democrazia è subordinato al riconoscimento, da parte di quest'ultima, della verità (della legge morale obiettiva), perché se «per un tragico oscuramento della coscienza collettiva, lo scetticismo giungesse a porre in dubbio persino i principi fondamentali della legge morale, lo stesso ordinamento democratico sarebbe scosso nelle sue fondamenta, riducendosi a un puro meccanismo di regolazione empirica dei diversi e contrapposti interessi»³¹.

Monarchie assolute – del tipo immaginato da Filmer – sono ancora oggi esistenti: si pensi all'Arabia Saudita o agli Emirati Arabi Uniti. In quest'ultimo Paese, il Presidente della Federazione è per consuetudine l'Emiro di Abu Dhabi; vicepresidente e Primo ministro è invece l'Emiro di Dubai (entrambi sono formalmente designati da un Consiglio nel quale si riuniscono tutti gli Emiri, tali per successione dinastica). Ciascun Emiro si considera legittimato proprio sulla

³⁰ *Ibidem*, 595.

³¹ GIOVANNI PAOLO II, *Enc. Evangelium Vitae*, 70.

base del testo sacro ai mussulmani e investito del compito di rendere felice il suo popolo. L'Emiro di Dubai, Sheikh Mohammed, scrive che «*the role of government is to create the environment through which people can achieve their dreams and ambitions, and do it for themselves [...] In Islam, bringing happiness to humans is one of the greatest acts and the most gracious people are recognised as those who are most benefical to others*»³².

In occidente, in ambito accademico e politico, il tema della giusta costituzione è affrontato dai comunitaristi come Sandel sulla base di una certa interpretazione del cristianesimo, anche se le tesi vengono poi presentate così da poter essere condivise indipendentemente dall'orientamento religioso. Basta, però, prenderle in esame per notare come esse si presentino come altamente divisive. I comunitaristi muovono infatti da una definizione previa di vita buona e giudicano insoddisfacente una costituzione dei diritti, se questa si riduce a riconoscere e garantire soltanto i diritti dell'individuo, senza tenere conto della sua appartenenza comunitaria³³. Essi sostengono poi che non tutti i beni sociali sono suscettibili di essere scambiati secondo una logica di mercato, perché questo è incompatibile con il principio di eguaglianza e finirebbe per corrompere quei beni, privandoli del loro valore intrinseco³⁴. Ritengono poi che un uso distorto della scienza rischi di cancellare l'idea che le nostre caratteristiche naturali sono "doni". Benché tutto ciò venga sostenuto fundamentalmente in quanto l'ingiustizia si identifica con il «frantendere il posto dell'uomo nel creato, far confusione tra il suo ruolo e quello di Dio»³⁵, essi si sforzano di fornire argomentazioni "depurate" dall'elemento religioso.

Non solo il riferimento ai testi sacri è problematico per lo statuto altamente incerto della loro interpretazione in chiave politica; lo è anche per via della forte disomogeneità religiosa di molte società contemporanee. È fin troppo semplice

³² MOHAMMED BIN RASHID AL MAKTOUM, *Reflections on Happiness and Positivity*, Dubai, 2017, 8 s.

³³ M.J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1998, 175 ss.

³⁴ M.J. SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, trad. it. a cura di C. Del Bò, Milano, 2017, 16.

³⁵ M.J. SANDEL, *Contro la perfezione. L'etica nell'età dell'ingegneria genetica*, trad. it. a cura di S. Galli, Milano, 2008, 89.

ricordare che una concezione ideale della costituzione basata sulla religione rischia di condurre all'intolleranza e al fondamentalismo.

Si potrebbe obiettare che il percorso argomentativo non conti, ma sia importante soltanto un accordo sulle conclusioni. Dunque conclusioni alle quali si perviene per il tramite di un percorso argomentativo religiosamente strutturato potrebbero essere condivise da tutti. E questo – sembra suggerire a tratti Maritain – è quello che più interessa³⁶. Tuttavia una simile tesi non è condivisibile perché, se così si può dire, viziata per eccesso di pragmatismo. Se l'accordo sui contenuti della giusta costituzione è casuale, perché ciascuno è mosso da motivazioni differenti, l'accordo è fragile. Ma, anche se così non fosse in concreto, sul piano teorico ciò equivarrebbe a sancire l'inutilità delle argomentazioni, avvalorare i giudizi apodittici e abbracciare l'oscurantismo. Per questo, in epoca moderna, con alcune eccezioni, il costituzionalismo metafisico ha smesso di far affidamento sul diritto divino e si è concentrato invece sul diritto naturale. Questa transizione è ben osservabile nei celebri *Due trattati sul governo* di Locke.

Locke intende confutare la dottrina esposta da Filmer, che ai suoi tempi riscuoteva consensi. Per farlo, emancipa il discorso sulla giusta costituzione dall'interpretazione dei testi sacri. Dedica il primo trattato a mostrare come dagli stessi non si possano trarre argomenti a favore della monarchia assoluta e dopodiché spiega come, per capire quale debba essere la costituzione, occorra muovere da un ipotetico stato di natura: «Il principio fondamentale di sir Robert Filmer è che gli uomini non sono naturalmente liberi. Questo è il fondamento su cui la sua monarchia assoluta poggia [...] Ma se questo fondamento viene a mancare, tutta la sua costruzione cade con esso, e i governi devono tornare alla maniera antica, di essere costituiti col concorso e il consenso degli uomini (ἀνθρωπίνῃ κτίσει) facenti uso della ragione per unirsi insieme in società»³⁷. Si tratta di ricostruire, mediante un processo ipotetico, la transizione dallo stato di natura allo stato civile. La condizione degli uomini nello stato di natura dipende

³⁶ J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, trad. it. a cura di L. Frattini, Genova, 2003, 76 .

³⁷ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, 2010, 80.

dalla antropologia prescelta e l'opzione di Locke è risultata essere molto fortunata. Egli infatti mostra di considerare l'uomo come: libero (apparteniamo alla natura, ma – sostiene Locke – «nasciamo liberi in quanto nasciamo ragionevoli, anche se non abbiamo subito l'esercizio della libertà e della ragione»³⁸); aggressivo (anche nei confronti dei suoi simili) e possessivo, ma anche sensibile e capace di apprendimento e discernimento. Senza eccedere in pessimismo o in ottimismo (né con riferimento allo stato di natura, né con riguardo allo stato civile), Locke eleva queste qualità umane a diritti naturali: vita, salute, libertà, proprietà, legittima difesa, punizione proporzionale all'offesa.

Lo stato di natura presenta numerosi inconvenienti, il principale dei quali è che ciascuno è esecutore della legge di natura, ha il diritto infatti di farsi giustizia da sé³⁹. È facile quindi che la sua reazione ad una offesa subita sia più che proporzionale. Inoltre, per le più svariate ragioni, potrebbe facilmente anche violare la legge di natura impunemente. Pertanto occorre abbandonare lo stato di natura per lo stato civile, ma la costituzione deve dar vita a condizioni sociali ad esso preferibili. Deve quindi rimediare agli inconvenienti dello stato di natura, riconoscendo però tutti i diritti naturali che rappresentano dei limiti al potere. Limiti che, esercitato il potere costituente, divengono giuridici e costituzionali⁴⁰.

Il potere deve essere limitato anche attraverso la separazione del legislativo dall'esecutivo e la subordinazione del secondo al primo⁴¹. A tal riguardo, in ragione delle consuetudini affermatesi in Inghilterra, Locke si preoccupa di precisare che «il potere di radunare e sciogliere il legislativo, quando sia posto nell'esecutivo, non conferisce a questo una superiorità su di quello»⁴² e anzi fa riferimento alla responsabilità dell'esecutivo davanti al legislativo⁴³. Le leggi sono approvate nel rispetto dei diritti naturali dalla maggioranza: «Coloro che, uscendo dallo stato di natura, si riuniscono in una comunità si deve intendere che rimettano tutto il

³⁸ *Ibidem*, 269.

³⁹ *Ibidem*, 236.

⁴⁰ *Ibidem*, 324 ss.

⁴¹ *Ibidem*, 338 ss.

⁴² *Ibidem*, 346.

⁴³ *Ibidem*, 343.

potere, necessario agli scopi per cui si riuniscono in società, alla maggioranza nella comunità, a meno che abbiano espressamente convenuto un numero maggiore che la maggioranza»⁴⁴. La loro approvazione deve essere rimessa a rappresentanti eletti dal popolo (legislativo e popolo non si identificano). La costituzione è una creazione del popolo e il popolo può cambiarla, ma potrà dirsi giusta sempre solo in quanto riconosca i diritti naturali. Essa deve basarsi, in definitiva, sui principi della sovranità del parlamento e della *rule of law*.

Rawls fa notare come la costituzione giusta sia, secondo Locke, quella dello Stato liberale di diritto, nel quale il suffragio può essere limitato in base al censo: «Per come è descritta nel *Secondo trattato*, la dottrina del contratto sociale di Locke può giustificare o permettere ineguaglianze nei diritti e nelle libertà fondamentali»⁴⁵. Locke individua comunque dei limiti per il diritto di proprietà (la celebre “clausola” per la quale non ci si può appropriare dell’unica pozza d’acqua del deserto è un chiaro invito ad un mercato regolamentato). Locke ritiene poi che ciascuno debba avere ragionevoli possibilità, mediante il proprio lavoro, di raggiungere i requisiti di censo eventualmente previsti per partecipare alla vita politica⁴⁶ e che le istituzioni dovrebbero almeno garantire a ciascuno la libertà dal bisogno estremo, secondo una logica caritatevole⁴⁷.

Questa concezione ideale della costituzione è insoddisfacente per Rawls. Se Locke era preoccupato di togliere legittimazione allo Stato assoluto e difendere lo Stato liberale («limitare la forma che può assumere un regime legittimo, in modo da escludere la monarchia assoluta»⁴⁸), Rawls ha di mira la giustificazione dello Stato democratico (sociale), contro una concezione liberista o utilitarista della costituzione. Lo stato di natura è sostituito da una ipotetica posizione originaria nella quale ciascuno è coperto da un “velo di ignoranza” e non conosce le dotazioni naturali e sociali che avrà. Pertanto, secondo Rawls, sceglierà una costituzione incentrata sul principio di libertà e, nel rispetto di questo, sul principio di

⁴⁴ *Ibidem*, 300.

⁴⁵ J. RAWLS, *Lezioni di storia della filosofia politica*, trad. it. a cura di V. Ottonelli, Milano, 2012, 113.

⁴⁶ J. LOCKE, *op. cit.*, 253.

⁴⁷ J. RAWLS, *op. cit.*, 165.

⁴⁸ *Ibidem*, 116.

differenza⁴⁹: questi principi consentono di respingere la concezione utilitarista della costituzione, per la quale le individualità possono essere sacrificate per ottenere maggiori benefici per la società nel suo complesso, ma anche la concezione liberista, per la quale la redistribuzione della ricchezza è illegittima. Le diseguaglianze sono accettabili solo nella misura in cui apportino al contempo un miglioramento alla condizione di chi sta peggio (nel senso che i membri meno avvantaggiati della società, cioè che hanno minori dotazioni sociali e naturali, starebbero ancora peggio se tali diseguaglianze non esistessero)⁵⁰.

Il razionalismo di Rawls, procedendo oltre Locke, offre la giustificazione ad una costituzione che ha nella democrazia rappresentativa e sociale il suo elemento politico. Rawls ritiene che il potere legislativo verrà infatti assegnato a rappresentanti eletti («un corpo rappresentativo scelto per un periodo di tempo limitato dall'elettorato, e in ultima istanza responsabile verso di esso»⁵¹) e che a giudici indipendenti verrà affidato il compito di valutare la legittimità delle leggi rispetto alla costituzione⁵². I principi costituzionali esprimono inoltre una concezione della giustizia alla quale i cittadini possono aderire indipendentemente dalle differenti opinioni che hanno sulla vita buona: Rawls ritiene insomma che una simile costituzione possa essere ritenuta giusta da tutti, anche in un contesto sociale multiculturale. Proprio per questo motivo, come noto, Rawls discorre di un consenso “per intersezione” sui principi di giustizia e quindi sulla giusta costituzione: egli cioè fa affidamento sulla «capacità di ciascuna dottrina, religiosa o non religiosa, di comprendere e riconoscere che, a meno di non sostenere una democrazia costituzionale ragionevole, non vi è modo di assicurare la libertà ai propri sostenitori che sia coerente con le eguali libertà degli altri cittadini in quanto liberi, eguali e ragionevoli»⁵³.

⁴⁹ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it. a cura di U. Santini, S. Maffettone, Milano, 2010, 89 ss.

⁵⁰ *Ibidem*, 35.

⁵¹ *Ibidem*, 221.

⁵² J. RAWLS, *Giustizia come equità. Una riformulazione*, trad. it. a cura di G. Rigamonti, Milano, 2008, 162.

⁵³ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it. a cura di A. Ferrara, P. Palmiello, G. Rigamonti, C. Spinoglio, Torino, 2012, 426.

2.3. Sviluppo coerente delle premesse del costituzionalismo razionalista

Nella sua versione razionalista, il costituzionalismo metafisico sembra condurre ad un lieto fine. La ragione prescrive di riconoscere determinati diritti naturali e con ciò di adottare una costituzione liberal-democratica. Lungo la strada tracciata da Locke, Rawls fornisce una giustificazione razionale alle democrazie costituzionali esistenti.

Tuttavia dalle premesse di Locke e Rawls non seguono le conclusioni che essi vorrebbero. Bisogna anzitutto rilevare che la teoria di Locke difetta nel modo rapido in cui, dopo aver indicato gli inconvenienti dello stato di natura, concede che il rimedio debba essere per forza di cose il governo civile. Se la premessa del ragionamento è che tutti gli uomini possiedono diritti inviolabili, e tra questi anche quello di farsi giustizia da soli (purché proporzionalmente all'offesa ricevuta), occorre mostrare *come logicamente si possa addivenire al governo civile senza violare i diritti di nessuno* e «valutare se il rimedio non sia peggiore del male»⁵⁴. In altre parole, occorre spiegare come la nascita dello Stato possa essere intesa quale frutto di azioni spontanee di singole persone, dettate da interessi individuali.

Nozick si è occupato della questione e ha giustamente osservato come il monopolio della forza legittima sia inevitabile per rimediare agli inconvenienti dell'esercizio del diritto naturale di farsi giustizia da soli. Privare anche chi non è d'accordo di un simile diritto, sarebbe poi agire anche nel suo stesso interesse. Tuttavia (contro quanto Locke sembra presupporre) questo non basta a dimostrare che la privazione sia *giusta*.

Questa incongruenza logica viene superata da Nozick concependo, di fatto, l'estensione del sistema di giustizia offerto dallo Stato anche a chi ad esso non intende spontaneamente aderire come un risarcimento, atto a compensare la perdita non voluta del diritto da parte dell'indipendente («Quando si vieta a qualcuno un'azione [...] perché *potrebbe* causare danno a terzi e si tratta di un'azione particolarmente pericolosa quando la si compie, allora chi vieta al fine di

⁵⁴ R. NOZICK, *Anarchia, stato e utopia*, trad. it. a cura di G. Ferranti, Milano, 2008, 34.

guadagnare maggiore sicurezza per sé deve risarcire la persona che subisce il divieto per lo svantaggio cui viene sottoposta»⁵⁵).

Nozick non si accorge, però, che questo stesso meccanismo potrebbe condurre ad una estensione forzosa anche di altri servizi pubblici a coloro che non intendono pagare per essi (es. sanità), ciò che invece egli vorrebbe evitare⁵⁶. La sanità pubblica può nascere – a voler ragionare alla maniera di Nozick – per contrastare comportamenti che il singolo potrebbe tenere in danno di altri, oltretutto di se stesso, e l'estensione del servizio sanitario anche a lui potrebbe essere intesa come una compensazione rispetto alla perdita del diritto di decidere in maniera del tutto indipendente se e come preoccuparsi della sua salute.

Se davvero l'uomo possiede i diritti naturali menzionati nel *Secondo trattato* e l'espedito di Nozick non ci convince, il monopolio della forza legittima da parte dello Stato non è quindi pienamente giustificabile.

Tuttavia una simile incongruenza, si potrebbe dire, è superata dalla nuova versione del contrattualismo razionalista proposta da Rawls. Se non fosse che quest'ultima desta, a sua volta, una serie di interrogativi ai quali non è facile dare risposta.

Le persone nella posizione originaria si accordano anzitutto sul principio di libertà. Una volta raggiunto questo accordo non si vede perché *dovrebbero* anche accogliere il principio di differenza. Se i diritti di libertà costituiscono dei vincoli per chi detiene il potere pubblico e segnano il confine oltre il quale l'esercizio del potere è illegittimo, non c'è spazio per il principio di differenza. Quest'ultimo principio implica che lo Stato, per costituzione, debba perseguire certi scopi finali, conformando costantemente la società alla luce di un modello ideale. Il mezzo attraverso il quale ciò deve avvenire è la politica economica e, in particolare, la redistribuzione della ricchezza. Dal momento che la libertà sconvolge i modelli, per ottenere la distribuzione conforme al modello che tutti gli uomini sceglierebbero, le istituzioni devono continuamente intervenire per redistribuire la ricchezza. Rawls non spiega perché questo dovrebbe essere universalmente considerato giusto e non

⁵⁵ *Ibidem*, 99.

⁵⁶ *Ibidem*, 242 ss.

una violazione dei diritti di libertà (sottolinea soltanto che queste interferenze sarebbero prevedibili e non sarebbero insopportabili, «non più continue o regolari di quelle delle forme abituali di tassazione»⁵⁷).

La giustificazione del principio di differenza ruota poi intorno all'esistenza ipotetica di due gruppi (meglio e peggio dotati). Gli individui coperti dal velo di ignoranza si immaginano nel gruppo dei peggio dotati e scelgono quindi il principio di differenza in quanto questo massimizza la posizione che avrebbero ove appartenessero al gruppo nella peggiore situazione. Non si capisce perché allora non dovrebbero trovarsi d'accordo nello scegliere principi tali da massimizzare la posizione del singolo individuo che sta peggio (ne risulterebbe che le diseguaglianze sarebbero legittime solo nella misura in cui migliorino la posizione di colui che sta peggio nella società); né è chiaro perché dovrebbero tutti dare per scontato che il gruppo dei meglio dotati accetti il principio di differenza piuttosto che preferire una distribuzione della ricchezza basata sul solo principio di libertà e sulla dottrina del titolo valido⁵⁸. Rawls presuppone che sia la cooperazione a creare il problema di risorse che lo Stato ha il compito di dividere, ma non si capisce perché gli individui nella posizione originaria dovrebbero necessariamente considerare la cooperazione come un ostacolo tale da non consentire di sapere chi ha titolo a cosa⁵⁹.

Il modello di distribuzione immaginato da Rawls si scontra con la nostra ignoranza sul merito delle persone (a differenza di altri, Rawls non propone di distribuire secondo il merito, ma ritiene che nessuno meriti quel che ha)⁶⁰; è incentrato su una particolare concezione della eguaglianza, in virtù della quale le persone non meritano le loro dotazioni naturali e sociali. Questo è molto più che dire che potrebbe essere trovato un accordo razionale sulla necessità di assicurare condizioni di vita dignitose a chi fosse del tutto incapace di provvedere a se stesso. Ma se pure fossimo d'accordo con Rawls, ancora ciò non spiegherebbe perché nella

⁵⁷ J. RAWLS, *Giustizia come equità*, cit., 58.

⁵⁸ R. NOZICK, *op. cit.*, 204 ss.

⁵⁹ *Ibidem*, 195 ss.

⁶⁰ Cfr. F.A. VON HAYEK, *La società libera*, trad. it. a cura di M. Bianchi, L. Infantino, N. Iannello, Soveria Mannelli, 2011, 197 s.

posizione originaria non dovrebbe essere introdotta la distinzione tra merito e titolo valido. Si potrebbe dire che un uomo non merita le sue dotazioni naturali e sociali, ma ciò non significa che non abbia titolo ad esse o che quanto ha ricavato mettendole a frutto dovrebbe essergli tolto, in una certa misura, per offrire beni e servizi ad altri senza che egli lo desideri. Sarebbe come dire che, siccome a nostro parere non le merita, le capacità naturali e le risorse economiche di ciascun uomo non sono sue, ma appartengono alla comunità (in effetti, scrive Rawls, «il principio di differenza rappresenta [...] un accordo per considerare la distribuzione delle doti naturali [oltreché sociali] come un patrimonio per certi versi comune»⁶¹). Questo non si può conciliare con l'idea che ciascun uomo abbia diritti individuali per natura e che questi diritti costituiscano dei limiti al potere che la comunità può esercitare nei suoi confronti.

Rawls rifiuta l'utilitarismo in virtù del quale le individualità possono essere sacrificate in nome del benessere collettivo, poi però finisce per sposare una teoria che conduce agli stessi esiti organicistici. Che il principio di differenza debba essere accolto, sia pure subordinatamente al principio di libertà, è una affermazione non dimostrata sul piano strettamente logico.

Questo conduce Nozick a ritenere che, nel contesto teorico del razionalismo, la costituzione giusta non può che accogliere soltanto i diritti di libertà. In altre parole, il costituzionalismo razionalista non riesce a giustificare lo Stato sociale, ma può offrire giustificazione soltanto allo Stato liberale o Stato minimo («Lo Stato minimo è lo Stato più esteso che possa essere giustificato. Qualsiasi Stato più esteso viola i diritti delle persone»⁶²). Poniamo che abbia ragione. Questo consentirebbe di formulare subito una serie di argomenti *ab inconvenienti* contro il costituzionalismo razionalista. Infatti la costituzione giusta secondo Nozick non contemplerebbe diritti sociali (dalla garanzia universale del diritto alla salute fino all'obiettivo della piena occupazione). La giusta costituzione non dovrebbe ospitare il principio delle pari opportunità. Si dovrebbe infatti concludere che l'eguaglianza di opportunità si

⁶¹ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 111.

⁶² R. NOZICK, *op. cit.*, 163.

può realizzare o diminuendo le opportunità di chi sta meglio (così violandone i diritti) o aumentando le opportunità di chi sta peggio. In quest'ultimo caso servirebbero risorse che andrebbero prelevate da chi sta meglio, violandone i diritti⁶³. Per questo Nozick sostiene che la costituzione giusta concepisce i diritti come vincoli: i diritti particolari saturano lo spazio dei diritti e non lasciano spazio per diritti generali a trovarsi in una certa condizione materiale⁶⁴. È giusta poi, per Nozick, la costituzione che non incorpora alcun principio di natura etica, che prescinde completamente dalle tradizioni: lo Stato liberale è l'opposto non solo dello Stato sociale, ma anche dello Stato etico. Pertanto – sviluppando radicalmente questo assunto – la costituzione non si deve preoccupare di tutelare la famiglia né altri corpi intermedi, ma deve soltanto offrire riconoscimento ai diritti naturali degli individui.

Tornando a Rawls, questi non riesce neppure a fornire una solida giustificazione al carattere rappresentativo della democrazia. Egli semplicemente dà per scontato che, abbandonata la posizione originaria, gli individui si accorderebbero per eleggere propri rappresentanti. Così il problema posto da Rousseau, al pensiero del quale pure Rawls si è rifatto, è del tutto aggirato. Non esiste infatti, sul piano logico, motivo di preferire la democrazia rappresentativa alla democrazia diretta.

Rousseau, come noto, rifiuta l'idea che il potere esecutivo possa essere affidato al popolo, perché ritiene che una simile configurazione del governo si addica più ad un popolo di dei, che di uomini. Il ginevrino, ciò nondimeno, è convinto che le leggi debbano ottenere l'approvazione della maggioranza dell'intero corpo degli aventi diritto (a suo dire, la maggioranza riconosce infallibilmente la volontà generale) e che il potere di fare le leggi non possa essere delegato. Scrive Rousseau: «Il potere legislativo appartiene al popolo, e non può che appartenere ad esso. Al contrario [...] è facile vedere che il potere esecutivo non può appartenere al complesso dei cittadini che formano il corpo legislativo o sovrano; perché questo potere consiste soltanto in atti particolari che non sono di competenza della legge,

⁶³ *Ibidem*, 244 ss.

⁶⁴ *Ibidem*, 275 ss.

né, di conseguenza, del corpo sovrano, i cui atti non possono essere che leggi»⁶⁵. E ancora: «Dico dunque che la sovranità, non essendo altro che l'esercizio della volontà generale, non può non venire alienata; e che il corpo sovrano, non essendo altro che un ente collettivo, non può essere rappresentato che da se stesso: si può trasmettere il potere, ma non la volontà»⁶⁶.

Si possono portare molti argomenti contro questa tesi, ma rimane il fatto che – date le premesse del contrattualismo – essa non può essere confutata. Se il popolo è in grado di decidere del contenuto della costituzione, non si vede perché non dovrebbe essere in grado di decidere anche del contenuto delle leggi. Le difficoltà pratiche non sono considerate dai contrattualisti nel momento in cui si forma la costituzione e non si capisce allora perché dovrebbero esserlo in una fase successiva alla approvazione della stessa, e cioè al momento della formazione delle leggi. Qualsiasi cosa si possa dire contro la democrazia diretta nella teoria di Rousseau, proverebbe troppo per chi volesse rimanere fedele al razionalismo. Cioè dimostrerebbe che, anche al momento dell'esercizio del potere costituente, il popolo dovrebbe eleggere propri rappresentanti. E sarebbero solo questi a decidere della transizione dallo stato di natura a quello civile. Si potrebbe forse dire che il contrattualismo dev'essere inteso kantianamente: giusta è la costituzione che potrebbe essere considerata tale universalmente. Lo stesso allora dovrebbe valere per l'approvazione delle leggi. Di modo che non solo, nel quadro teorico del razionalismo, non trova giustificazione la democrazia sociale, ma neppure la democrazia rappresentativa. Se seguiamo i razionalisti, se rimaniamo fedeli alle premesse e al metodo da essi suggerito, il nostro approdo è la democrazia liberale, libertaria, diretta.

Soprattutto in Europa le costituzioni vigenti, come vedremo, non accolgono questa impostazione. La concezione ideale della costituzione del razionalismo è solo in parte sovrapponibile ad esse. Richiederebbe anzi una loro trasformazione che

⁶⁵ J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, trad. it. a cura di J. Bertolazzi, Milano, 2008, 133.

⁶⁶ *Ibidem*, 92.

potrebbe condurre ad una società fortemente individualista e, in quanto tale, per i motivi di cui subito si dirà, a forte rischio di deriva autoritaria.

Il razionalismo è una filosofia influente e il sistema politico di molti Paesi europei (e non solo) ne è fortemente condizionato. Se si esaminano gli scritti di sociologia dalla seconda metà del Novecento in poi, si vede infatti come – pur nella varietà di approcci – due sono i temi dominanti: viviamo in una società sempre più individualista, sempre più massificata. A seguire questi studi, l'uomo di oggi è per questo motivo insicuro e manipolato. Per Beck, «lo Stato, la scienza, l'economia non riescono più a produrre sicurezza»⁶⁷; Bauman ritiene che, nella società odierna, gli altri «anziché darci un senso di sicurezza e rassicurazione contro i pericoli sono fonti di una vaga e diffusa minaccia»⁶⁸; per Habermas, la trasformazione della sfera pubblica è tale che essa può divenire luogo del consenso coatto, della «acclamazione»⁶⁹; Breton sottolinea come la politica sia ormai dominata dalla preoccupazione della «elaborazione dell'immagine» e segua «le regole della demagogia classica»⁷⁰. Le formazioni sociali sono in crisi, le dinamiche di vita in comunità vedono la persona schiacciata tra potere pubblico e individualità. Già nel 1953, Nisbet denunciava «*the collapse of the rationalist view of man*» e rilevava che «*the present age is more individualistic than any other in European history*»⁷¹. Il progresso tecnologico apre nuove frontiere per i sostenitori della democrazia diretta, ma potrebbe condurre ad un sistema plebiscitario.

Si potrebbe certo affermare che se la ragione prescrive di vivere in una democrazia liberale, libertaria e diretta dovremmo accettarlo. Che, dopotutto, la deriva plebiscitaria non è inevitabile. Che i valori che ci appaiono sacrificati – si pensi alla solidarietà sociale, economica, politica – potrebbero essere rimessi ai singoli, al loro spirito generoso, alla loro impegno per la collettività. Tuttavia dobbiamo almeno considerare altrettanto possibile che il costituzionalismo razionalista favorisca la

⁶⁷ U. BECK, *Conditio Humana. Il rischio nell'età globale*, trad. it. a cura di C. Sandrelli, Roma-Bari, 2008, 77.

⁶⁸ Z. BAUMAN, *Paura liquida*, trad. it. a cura di M. Cupellaro, Roma-Bari, 2008, 87.

⁶⁹ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it. a cura di A. Illuminati, F. Masini, W. Peretta, Roma-Bari, 2005, 232.

⁷⁰ P. BRETON, *La parola manipolata*, trad. it. a cura di A. Gelardoni, Milano-Udine, 2010, 44.

⁷¹ R. NISBET, *The Quest for Community*, Wilmington, 2014, 17.

disintegrazione dei corpi intermedi e faccia riversare il desiderio di comunità sulla unica realtà collettiva sopravvissuta, lo Stato; questo, unitamente alla perdita di centralità della rappresentanza parlamentare, potrebbe portare all'autocrazia. Secondo una accreditata chiave di lettura, l'*appeal* delle ideologie autoritarie e totalitarie del Novecento risiedeva proprio nella loro promessa di integrazione comunitaria (nella «*capacity to provide a sense of moral coherence and communal membership to those who have become, to one degree or another, victims of the sense of exclusions from the ordinary channels of belonging in society*»⁷²). L'individualismo, nella misura in cui opera come fattore ideologico di disfacimento dei corpi intermedi (che limitano il potere pubblico)⁷³, nella misura in cui privi le formazioni sociali di "rilievo istituzionale"⁷⁴, rischia di risolversi nello statalismo.

2.4. Crisi del costituzionalismo metafisico

Se anche non fossimo d'accordo sulle incongruenze, gli inconvenienti, i rischi dell'approccio razionalista alla definizione della costituzione ideale, dovremmo almeno convenire sul fatto che essa viola la c.d. "legge di Hume". Quale sia l'esperimento mentale prescelto, la classica teoria dello stato di natura o la posizione originaria di Rawls, poco importa: in tutti i casi, da una qualche concezione della natura umana, quale si presume che sia, si passa a come dovrebbero configurarsi le relazioni tra i componenti della comunità.

Rawls prima descrive le condizioni in cui si trovano gli individui nella posizione originaria, per poi far seguire da queste premesse la deduzione dei principi di giustizia. Hume ci avverte però che, in primo luogo, le premesse potrebbero essere errate; che una volta accettate delle premesse, la concezione ideale della costituzione delineata può essere controllata esclusivamente sul piano logico; che non esiste modo di provare, sul piano logico, il salto dalla descrizione alla prescrizione. Se pure non ritenessimo arbitraria la definizione delle premesse, se pure giudicassimo immune da errori logici la teoria sviluppata a partire da queste

⁷² *Ibidem*, 31.

⁷³ *Ibidem*, 96.

⁷⁴ *Ibidem*, 53.

premesse, non avremmo modo di giustificare razionalmente il balzo dall'essere al dover essere. Non sappiamo se questo modo di procedere è corretto.

Il fatto che persone nella situazione immaginata da Rawls razionalmente si accorderebbero su determinati contenuti della costituzione ideale non dimostra affatto che la ragione umana sia in grado di definire i termini della giusta costituzione (quand'anche, come osserva Rawls, proprio per via della possibilità di controllare logicamente la teoria, non li si considerasse "verità necessarie"⁷⁵). Rawls deve presupporre – senza poter dimostrare – che la ragione possa prescrivere quale dovrebbe essere la costituzione.

Quel che Hume vuol dire è quanto già aveva insegnato Carneade: che non sappiamo, neppure di non sapere. La tesi di Hume non «impedisce», infatti, «che dei filosofi possano, se lo desiderano, arrivare con i loro ragionamenti fino al presunto stato di natura, purché ammettano che si tratta di una semplice finzione filosofica»⁷⁶. Egli stesso ha prospettato una versione delle tesi del contratto sociale e dell'origine divina del potere per la quale entrambe possono dirsi vere, ferme le loro premesse. Con riguardo al contrattualismo, scrive: «Non intendo escludere che il consenso popolare sia uno dei giusti fondamenti del governo»⁷⁷.

Nel Novecento la tesi humeana è stata invece intesa nel senso che le prescrizioni devono essere espunte dal dominio della scienza e della razionalità (come se Hume si fosse limitato a suggerire di considerare il senso di giustizia solamente come oggetto di descrizioni, riconoscendolo in questa prospettiva fondato non «sulle nostre idee, ma sulle nostre impressioni», impressioni che «non sono naturali per la mente dell'uomo, ma sorgono dall'artificio e dalle convenzioni umane»⁷⁸). Così, in particolare, si orientato Weber con la sua teoria della avallutatività.

Le tesi di Rawls, Nozick e Sandel – per citare soltanto gli autori ai quali abbiamo fatto fin qui maggior riferimento – appartengono tutte a quel movimento di

⁷⁵ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 41.

⁷⁶ D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, in *Opere*, I, trad. it. a cura di A. Carlini, E. Lecaldano, E. Mistretta, Roma-Bari, 2010, 524.

⁷⁷ D. HUME, *Il contratto originario*, in ID., *Libertà e moderazione. Scritti politici*, trad. it. a cura di S. Pupo, Soveria Mannelli, 2016, 253.

⁷⁸ D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, cit., 524.

“riabilitazione della ragione pratica” che, a partire dalla seconda metà del XX secolo, ha frontalmente contestato la tesi weberiana. La tesi di Hume e quella di Weber, però, non coincidono. Weber non è uno scettico. È certo che non si possano sviluppare teorie prescrittive dotate di validità epistemica, che ciascuno studioso debba rigorosamente distinguere «la constatazione di fatti empirici» dalla «presa di posizione pratica»⁷⁹. Chi dovesse seguire Weber, non dovrebbe dire di non sapere se è possibile delineare una concezione ideale della costituzione. Dovrebbe piuttosto risolutamente negare tale possibilità.

Weber ovviamente era ben consapevole che questa sua impostazione doveva conciliarsi con la naturale tendenza dell'uomo alla normatività, al giudizio di valore. Il giudizio di valore è allora confinato nella dimensione dell'irrazionale. Si potranno descrivere le costituzioni esistenti o esistite, ma non si potrà dire – in quanto uomini di scienza – come dovrebbero essere o come andrebbero cambiate per migliorare le condizioni di vita dei consociati e rendere le loro relazioni più giuste. Questo implica l'impossibilità di rispondere, per dirla con Tolstoj, «alla sola domanda importante per noi: che cosa dobbiamo fare? Come dobbiamo vivere?»⁸⁰. Le concezioni ideali della costituzione esisterebbero allora soltanto come scelte operate da singoli o gruppi, in potenziale dissidio tra loro. Scelte che non hanno fondamento in una conoscenza logico-empirica, ma che sono “extra-razionali”. Scrive Weber: «Tra i valori, cioè, si tratta ovunque e sempre, in ultima analisi, non già di semplici alternative, ma di una lotta mortale senza possibilità di conciliazione, come tra “dio” e il “demonio”»⁸¹. La validità di un ordinamento può quindi essere soltanto oggetto di considerazioni “empiriche”⁸².

L'impostazione weberiana viene seguita sia da Kelsen sia da Schmitt. Kelsen sostiene, per l'appunto, il carattere irrazionale dei giudizi di valore. Respinge ogni forma di costituzionalismo metafisico. Nessuna concezione ideale della

⁷⁹ M. WEBER, *L'avalutatività nelle scienze sociologiche ed economiche*, trad. it. a cura di M. Nocenzi, Milano-Udine, 2015, 38.

⁸⁰ Il passo è citato dallo stesso M. WEBER (*La scienza come professione*, trad. it. a cura di L. Pellicani, Roma, 1997, 25), che tuttavia spiega come la scienza, pur non potendo rispondere a questa domanda, possa essere utile all'uomo.

⁸¹ M. WEBER, *L'avalutatività nelle scienze sociologiche ed economiche*, cit., 48.

⁸² M. WEBER, *Economia e società*, I, trad. it. a cura di P. Rossi, Milano, 1961, 210.

costituzione è difendibile. Ci sono passi in cui il pensatore di Praga sembra meno drastico: «Nessun altro problema è stato tanto appassionatamente discusso quanto questo della giustizia [...] Tuttavia questa domanda, fino ad oggi, è rimasta senza risposta, forse perché si tratta di uno di quei quesiti per i quali vale la convinzione della saggezza rassegnata, che l'uomo non possa trovare mai una risposta definitiva»⁸³. Tuttavia non ci si deve ingannare. Per Kelsen, lo studio del diritto (costituzionale), se vuol essere "scientifico", deve rinunciare a qualsiasi definizione della giusta costituzione. Il diritto deve essere studiato per quello che è. Non ha senso discutere di validità delle norme prendendo come punto di riferimento criteri meta-positivi. E questo vale anche per le norme fondamentali della comunità politica. Scrive Kelsen: «Una teoria pura del diritto non si oppone affatto all'esigenza di un diritto giusto, allorché si dichiara incompetente a rispondere alla domanda se un dato diritto sia giusto o meno, ed in che cosa consista l'elemento essenziale della giustizia. Una teoria pura del diritto – una scienza – non può rispondere a questa domanda, perché ad essa non si può in alcun modo rispondere scientificamente»⁸⁴.

Kelsen critica duramente quanti presentano come oggettivi i propri giudizi soggettivi di valore. Questi giudizi possono essere condivisi a livello intersoggettivo, ma questo non vuol dire che possano considerarsi difendibili sul piano scientifico. Kelsen ritiene anche che le concezioni ideali della costituzione abbiano prevalentemente una funzione di giustificazione trascendente degli ordinamenti vigenti (più raramente, a suo dire, hanno operato in opposizione ad un determinato ordinamento positivo). Egli coglie molto bene il nesso tra concezioni ideali, antiche e moderne, della costituzione. Si veda quanto scrive con riferimento al giusnaturalismo (è forte la convergenza con quanto fin qui si è osservato): «La dottrina giusnaturalistica è caratterizzata da un dualismo fondamentale fra diritto positivo e diritto naturale. Al di sopra dell'imperfetto diritto positivo esiste un diritto naturale perfetto, perché assolutamente giusto; ed il

⁸³ H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, trad. it. a cura di G. Melloni, Bologna, 1955, 131 s.

⁸⁴ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it. a cura di S. Cotta, G. Treves, Milano, 1952, 6.

diritto positivo è giustificato solo in quanto corrisponde a quello naturale. Sotto questo rispetto, il dualismo fra diritto positivo e diritto naturale, così caratteristico della dottrina giusnaturalistica, rassomiglia al dualismo metafisico fra la realtà e l'idea platonica»⁸⁵. Occorre quindi abbandonare ogni discorso sulla costituzione ideale, per occuparsi della costituzione come realtà storica e concreta, aspetto saliente degli ordinamenti positivi. Essa, «in senso materiale» – scrive Kelsen – «consiste in quelle norme che regolano la creazione delle norme giuridiche generali, ed in particolare la creazione delle leggi formali [...] La costituzione materiale può determinare non soltanto gli organi ed il procedimento legislativo, ma anche, in una certa qual misura, il contenuto delle leggi future»⁸⁶.

La giustizia è, dunque, per Kelsen, un ideale irrazionale, inaccessibile alla conoscenza umana. Su questo punto, come si diceva, il pensiero di Kelsen e quello di Schmitt convergono. Mentre il primo guarda con sospetto alle “filosofie della giustizia” e ritiene che la dottrina pura non debba accogliere alcun ideale irrazionale, il secondo scorge nella teoria dell’avalutatività un potenziale “liberatorio” (di riaffermazione della «umana libertà di decisione» a fronte dello «incubo lasciatoci dalla rappresentazione weberiana del conflitto delle valutazioni»⁸⁷). Schmitt ritiene infatti che con la teoria dell’avalutatività la modernità razionalista si sia avvitata su se stessa. Ha infatti finito per consegnare all’altra modernità, quella irrazionalista, l’intero campo della prescrittività. Questo significa che il costituzionalismo metafisico può affermarsi su basi non razionali, a partire da una concezione dei valori più “autentica”, meno edulcorata dallo “scientismo liberale”. Poiché – si sostiene – non c’è nulla di oggettivo quando si tratta di giudizi di valore, si tratta più che altro di scegliere su quale valore fondare la concezione ideale della costituzione. Ogni costituzione vigente rispecchia una qualche decisione fondamentale sui valori. Scrive al riguardo Schmitt: «Prima di ogni normazione c’è una decisione politica fondamentale del titolare del potere

⁸⁵ *Ibidem*, 12.

⁸⁶ *Ibidem*, 126 s.

⁸⁷ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, trad. it. a cura di G. Gurisatti, Milano, 2008, 58.

costituente»⁸⁸. La pretesa che possa denominarsi “costituzione” solo quella in linea con gli assunti del costituzionalismo razionalista perde allora del tutto significato. «Per motivi politici è spesso indicata come “vera” o “pura” costituzione solo ciò che corrisponde ad un determinato ideale di costituzione. Il modo di esplicitarsi della lotta politica porta con sé che ogni partito in lotta riconosce come vera costituzione solo una costituzione che corrisponda alle sue richieste politiche»⁸⁹.

Nel Novecento, tutti gli irrazionalisti sanno di dover mobilitare il popolo e che il solo appello all'identità nazionale non basta. Così al nazionalismo si aggiunge la denuncia sociale. La costituzione giusta secondo i razionalisti non solo non è espressione dei valori nazionali, ma è niente altro che la costituzione della borghesia (e delle ingiustizie da questa perpetrate nei riguardi del popolo): «La borghesia liberale nella sua lotta contro la monarchia assoluta ha posto un determinato concetto ideale di costituzione e lo ha identificato *tout court* con il concetto di costituzione. Si parlò di “costituzione” solo quando furono soddisfatte le richieste della libertà borghese e alla borghesia fu assicurata un'influenza politica determinante»⁹⁰.

Differentemente da Kelsen, Schmitt non è preoccupato di salvaguardare la “purezza” della sua dottrina. Ritiene, invece, che inevitabilmente i giudizi soggettivi si saldino alle ricostruzioni degli ordinamenti vigenti. In Schmitt la distinzione tra “scientifico” e “non scientifico” perde di significato e tutto ciò che sulla costituzione si può dire diviene inseparabile dalla politica, dall'idea che si ha sulla giustizia (e questa idea è irrazionale). Non a caso, fascismo e nazismo erano ideologie concepite come al di là della dicotomia scienza/non scienza, come portatrici di valori da scegliere liberi dai vincoli del moralismo borghese e dalle pastoie del razionalismo.

Il fraintendimento della tesi humeana può condurre all'irrazionalismo. Di fraintendimento, però, si tratta: Hume infatti non voleva che il discorso sulla costituzione giusta smettesse di essere sviluppato nei termini del razionalismo, ma

⁸⁸ C. SCHMITT, *La dottrina della costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, 41.

⁸⁹ *Ibidem*, 58.

⁹⁰ *Ivi*.

che nel svilupparlo si fosse consapevoli del suo statuto logico incerto. Tuttavia gli uomini mal sopportano il dubbio e tendono a rimuoverlo. La tesi di Kelsen, quella di Schmitt e – dopo la tragedia della seconda guerra mondiale – il neogiusnaturalismo ne sono la prova.

2.5. *Costituzionalismo scettico*

Il costituzionalismo metafisico entra in crisi con la teoria dell'avalutatività, ma tende a rigenerarsi. In Germania, in particolare, dopo gli orrori del nazismo, la ricerca di un diritto superiore a quello positivo riprende ad aver credito, ma incontra obiezioni non diverse da quelle rivolte alle precedenti elaborazioni giusnaturalistiche.

Cerca di superarle specialmente Habermas. Egli ritiene che il contenuto della costituzione ideale possa essere definito nel contesto di una discussione condotta con il metodo della "pubblica argomentazione razionale"⁹¹. Il primo Habermas fa riferimento ad una situazione immaginaria, ad una discussione condotta solo in termini razionali, e questo lo conduce a considerare le società contemporanee come luoghi del consenso coatto, estorto tramite manipolazione: «All'opinione pubblica» – egli scrive – «subentra, all'interno di una sfera pubblica manipolata, un'atmosfera di disponibilità all'acclamazione»⁹². Più tardi Habermas riconoscerà che il metodo razionale deve essere impiegato solo nella sfera politico-istituzionale, nella quale le questioni di interesse collettivo sono discusse da coloro che ricoprono cariche pubbliche o che si candidano a ricoprire cariche pubbliche elettive⁹³. Riconoscerà anche che la deriva demagogica è possibile, ma non necessaria⁹⁴. Nonostante queste precisazioni, il riferimento alla razionalità della argomentazione comporta innegabilmente l'accordo su alcuni principi idonei a guidare la discussione. Tali

⁹¹ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it. a cura di A. Illuminati, F. Masini, W. Perretta, Roma-Bari, 2005, cit., 33.

⁹² *Ibidem*, 251.

⁹³ J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, trad. it. a cura di M. Carpitella, Roma-Bari, 2006, 33.

⁹⁴ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2018, part. 151 ss.

principi non possono essere trasposti automaticamente dall'etica alla politica⁹⁵. Tuttavia la struttura ideale del discorso etico influenza fortemente la concezione di costituzione giusta difesa da Habermas. Tale costituzione deve garantire le condizioni per lo svolgimento della discussione pubblica critica. Deve quindi essere democratica ed avere il suo perno nel reciproco riconoscimento della libertà e della eguaglianza di tutti i componenti della comunità. La sua visione della democrazia è procedurale, ma le procedure e gli assetti istituzionali non possono che nascere unitamente alla tutela delle libertà, e cioè al reciproco riconoscimento della libertà naturale (e della conseguente responsabilità di tutti coloro che prendono parte alla discussione pubblica)⁹⁶. Questo riconoscimento fa sì che la libertà, da dato naturale, divenga principio non solo etico, ma giuridico e costituzionale. Scrive Habermas: «I diritti umani, fondati nell'autonomia morale dei singoli, acquistano forma positiva solo attraverso l'autonomia politica dei cittadini»⁹⁷.

La teoria habermasiana si presenta, per questo aspetto, come una forma sofisticata di giusnaturalismo. Essa si struttura, infatti, a partire da una idea di riconoscimento tipica della filosofia idealistica tedesca. In Kant, l'altro è incarnazione della legge morale e come tale va rispettato: egli ci dice anzi che, a esser precisi, «l'oggetto del rispetto è dunque esclusivamente la legge, e precisamente quella legge che noi imponiamo *a noi stessi* e tuttavia come in sé necessaria [...] Ogni rispetto per una persona non è propriamente che rispetto per la legge [...] di cui tale persona ci offre l'esempio»⁹⁸; Fichte procede oltre individuando nell'incontro con l'altro la sorgente di un reciproco riconoscimento di libertà (Apel riprenderà questa tesi)⁹⁹; Hegel,

⁹⁵ *Ibidem*, 78 ss.

⁹⁶ J. HABERMAS, *La condizione intersoggettiva*, trad. it. a cura di M. Carpitella, Roma-Bari, 2007, 42.

⁹⁷ J. HABERMAS, *Fatti e norme*, cit., 111.

⁹⁸ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, 2010, 31.

⁹⁹ Cfr. A. HONNETH (*Riconoscimento. Storia di un'idea europea*, trad. it. a cura di F. Cuniberto, Milano, 2019, 115), per il quale in Fichte «il soggetto interpellato si vede costretto ad assumere, nei confronti del suo interlocutore, un atteggiamento di rispetto, perché solo così può dimostrare di aver compreso in modo adeguato la parola che gli è stata rivolta come un invito a reagire, e a reagire come un essere libero. Il rispetto, ossia il riconoscimento dell'altro come "essere libero", è dunque implicito secondo Fichte in ogni interazione linguistica, nella misura in cui essa possiede il carattere di un incoraggiamento o di un invito a una reazione spontanea, autodeterminata [...] Un secolo e mezzo più tardi questa stessa idea di Fichte troverà un seguito

però, intuisce come le condizioni economiche e sociali possano ostacolare questo riconoscimento reciproco¹⁰⁰. Di questa lezione, appresa e sviluppata da Marx e quindi dalla Scuola di Francoforte, Habermas fa tesoro nell'elaborare la sua concezione procedurale della democrazia. Per evitare lo scontro tra persone che hanno *modus vivendi* diversi, o addirittura contrapposti, è razionale secondo Habermas riconoscere come giusta la costituzione che consente a queste persone di vivere assieme e confrontarsi pacificamente: «La concorrenza tra immagini del mondo e dottrine religiose, che pretendono di spiegare la posizione dell'uomo nell'universo, non si può appianare a livello cognitivo. Ma non appena queste dissonanze cognitive penetrano fino alle fondamenta della convivenza normativamente regolata fra i cittadini dello Stato, la comunità politica viene segmentata, sul terreno di un instabile *modus vivendi*, in comunità religiose e comunità ideologiche inconciliabili. Senza il vincolo unificante di una solidarietà che non si può imporre con la legge, i cittadini non sentono di partecipare a pari diritto alla comune prassi di formazione dell'opinione e della volontà, nella quale essi sono *debitori l'un verso l'altro* di ragioni delle loro scelte politiche. Questa reciprocità delle attese civiche distingue la comunità liberale, integrata da una costituzione, da una comunità ideologicamente segmentata»¹⁰¹. In altre parole, la giusta costituzione è quella che favorisce le condizioni di un confronto pacifico tra persone che hanno concezioni del bene (e del giusto) differenti: implica quindi il vicendevole riconoscimento di libertà e di eguaglianza tra i componenti della comunità.

Non si può spiegare però perché questa idea di costituzione dovrebbe considerarsi come superiore rispetto a quelle che risulterebbero in accordo con le differenti dottrine comprensive difese dai componenti della comunità. Perché essi dovrebbero preferire una simile concezione ideale ad una costituzione che traduca

in area tedesca nei lavori di Karl-Otto Apel: anche l'etica del discorso elaborata in modo decisivo da Apel è fondata sull'idea che la comprensione intersoggettiva di un enunciato linguistico da parte degli interlocutori richiede, in ultima analisi, che i due soggetti si riconoscano reciprocamente come esseri liberi e "uguali"».

¹⁰⁰ Basti pensare a G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, trad. it. a cura di V. Cicero, Milano, 1995, 14.

¹⁰¹ J. HABERMAS, *Tra scienza e fede*, cit., 38 s.

in pieno la dottrina comprensiva da essi sposata non può essere dimostrato sul piano logico. Se le dottrine comprensive sono da concepirsi come egualmente fallibili e pertanto i loro sostenitori sono chiamati a concepirsi in un contesto sociale e costituzionale dialogico incentrato sul mutuo rispetto, non si capisce perché la concezione ideale di costituzione difesa da Habermas non dovrebbe essere trattata essa stessa al pari di quelle dottrine, come opinione fallibile al pari di tutte le altre. Sembra che in Habermas sia almeno avanzata la pretesa – tipica del razionalismo – che la concezione ideale della costituzione non possa essere trattata alla stessa stregua delle dottrine comprensive.

Dal punto di vista scettico, invece, deve essere trattata proprio in questo modo, così che il problema di quale concezione ideale della costituzione scegliere si ripresenta. Da ciò deriva che dobbiamo riconoscerci come egualmente ignoranti circa la definizione della giusta costituzione. Tutte le concezioni ideali della costituzione devono essere riguardate come opinioni. Questo non vuol dire che il discorso sulla costituzione ideale debba essere interrotto, al contrario implica che debba continuare.

Presupposti del costituzionalismo scettico sono dunque: 1) il riconoscimento dell'eguale fallibilità delle concezioni ideali della costituzione; 2) il riconoscimento dell'esigenza di proseguire il discorso sulle concezioni ideali della costituzione. Dobbiamo tenere assieme la consapevolezza di non sapere quale sia la costituzione giusta, di trovarci tutti nella stessa condizione di ignoranza al riguardo; e la coscienza di dover continuare a discutere criticamente di come debba essere la costituzione.

Alcuni pensatori hanno ritenuto di poter fondare sulle "ragioni del dubbio" una concezione ideale della costituzione. Hayek, ad esempio, sostiene che l'incertezza su quale sia la giusta costituzione è il principale motivo per limitare l'intervento delle istituzioni. Egli scrive: «Il valore della libertà individuale poggia soprattutto sul riconoscimento dell'inevitabile ignoranza di tutti noi nei confronti di un gran numero di fattori da cui dipende la realizzazione dei nostri scopi e del nostro

benessere»¹⁰². Così, però, Hayek ricade in quello che abbiamo denominato costituzionalismo metafisico.

Più esteso che in Hayek, il peso accordato all'argomento dell'ignoranza in Oekeshott, che sostiene semplicemente che nella prospettiva scettica il potere pubblico dovrebbe essere il più possibile ridotto, limitato («*governing is a specific and limited activity, namely the provision and custody of general rules of conduct, which are understood, not as plans for imposing substantive activities, but as instruments enabling people to pursue the activities of their own choice with the minimum frustration, and therefore something which it is appropriate to be conservative about*»)¹⁰³. Oekeshott non si preoccupa di sviluppare una concezione ideale della costituzione, ma di sottolineare che è inaccettabile qualsiasi costituzione che conferisca ad alcuni il potere di trasformare la società secondo un modello di giustizia: in questo senso le politiche della fede, cioè basate su verità assolute e modelli da realizzare, devono trovare un limite in una dottrina della moderazione e della prudenza di matrice scettica¹⁰⁴.

Neppure questa minima pretesa può essere avanzata, secondo quanto prima si è osservato. A nostro avviso, il discorso sulla costituzione ideale dovrebbe continuare a partire dalla consapevolezza che le premesse del ragionamento, di volta in volta individuate (interpretazione delle scritture sacre; stato di natura o posizione originaria; irrazionalità dei giudizi di valore) potrebbero essere sbagliate e verosimilmente saranno contestate. L'eguale fallibilità delle nostre opinioni non può essere usata come *escamotage* per reintrodurre verità assolute sulla giusta costituzione.

¹⁰² F.A. VON HAYEK, *La società libera*, cit., 97.

¹⁰³ M. OEKESHOTT, *On being Conservative*, in *Rationalism in Politics and Other Essays*, Londra, 1962, 168 ss.

¹⁰⁴ M. OEKESHOTT, *La politica moderna tra scetticismo e fede*, trad. it. a cura di A. Carrino, Soveria Mannelli, 2013, 160 ss.

3. *La costituzione come realtà*

3.1. *La costituzione come realtà. Uno sguardo sul mondo antico*

Ci siamo riconosciuti ignoranti circa quale debba essere la giusta costituzione, cioè sui criteri di giustizia che dovrebbero caratterizzarla. Non possiamo quindi accogliere alcuna definizione prescrittiva di costituzione, nessuna tesi (antica o moderna)¹⁰⁵ per la quale può dirsi costituzione solo quella che accolga certi principi o abbia determinati contenuti. Ciò nondimeno abbiamo ritenuto che il discorso sulla giusta costituzione non debba essere interrotto né abbandonato dallo studioso del diritto costituzionale. Deve invece proseguire, nella consapevolezza delle ragioni del dubbio e quindi con umiltà. Perciò noi abbiamo rifiutato sia le certezze del costituzionalismo giusnaturalista sia l'avalutatività del costituzionalismo giuspositivista.

Prendiamo adesso in esame le costituzioni reali, anziché quelle ideali. Esaminiamo non più le concezioni ideali, ma le concezioni reali di costituzione; cerchiamo di comprendere gli elementi di fondo degli assetti di potere pubblico considerati giusti nel corso della storia. Per ragioni di brevità, non entreremo nei dettagli, non faremo una ricostruzione particolareggiata degli ordinamenti che menzioneremo (e la cui conoscenza daremo per presupposta). Nel nostro *excursus* diacronico ricercheremo delle costanti, dei punti fermi della storia costituzionale, riferendoci consapevolmente a costituzioni per altri aspetti diversissime tra loro, perché collocate in epoche e luoghi assai differenti. Nel volgerci a questa indagine, useremo quindi un concetto sostanziale di costituzione, indipendentemente dalla esistenza, entro il singolo ordinamento, di una costituzione anche in senso formale, cioè di un documento costituzionale. Infatti, una costituzione in senso sostanziale v'è sempre, anche in assenza di una costituzione in senso formale: «Una

¹⁰⁵ Anche nel mondo antico, lo abbiamo visto, esisteva un costituzionalismo prescrittivo: per ulteriori approfondimenti v. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, 193 ss.

costituzione, in senso sostanziale, si rinviene necessariamente in qualsiasi ordinamento»¹⁰⁶.

Orbene, analizziamo dapprima le costituzioni antiche. Tutte sanciscono una distinzione tra governanti e governati e accolgono disequaglianze di carattere economico.

Quanto alla prima, basti ricordare come nei passi che precedono il celebre λογός τριπολιτικός Erodoto metta in evidenza i danni dell'anomia, descritta come una condizione di generale «tumulto» cui si deve in qualche modo porre rimedio¹⁰⁷. O, ancora, come per Polibio la distinzione tra governanti e governati sia «opera genuina della natura»¹⁰⁸.

Quanto alle seconde, soprattutto nell'antichità classica (città-stato greche e repubblica romana, in particolare) l'appartenenza di ceto è, non di rado, a fondamento di norme costituzionali. Ad essa è subordinata la partecipazione politica, *tout court* o solo limitatamente alla possibilità di ricoprire determinate cariche sociali. Talvolta procedimenti di scelta apparentemente molto inclusivi sono invece pensati così da consentire sistematicamente alle classi agiate di prevalere. Ad esempio, ad Atene la riforma di Solone esclude dalle magistrature i più poveri e a Roma il sistema delle centurie è pensato così da favorire i più abbienti¹⁰⁹.

Le costituzioni antiche sono poi tutte monarchiche o aristocratiche¹¹⁰. Sono segnate dalla disequaglianza non solo politica ed economica, ma anche culturale. Esse considerano la guerra un mezzo ordinario di risoluzione delle controversie tra popoli e da questo dipende in larga misura l'ordine sociale che la costituzione riflette: un ordine incentrato sulla rigida tipizzazione gerarchica dei ruoli. Anche la

¹⁰⁶ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Milano, 2012, 86.

¹⁰⁷ ERODOTO, *Storie*, III (trad. it. a cura di A. Izzo D'Accinni, Milano, 2004, II, 103).

¹⁰⁸ POLIBIO, *Storie*, VI (trad. it. a cura di M. Mari, Milano, 2006, III 273).

¹⁰⁹ Per riprendere due esempi riportati anche da MONTESQUIEU, nel *Libro secondo* della sua più celebre opera (cfr. *Lo spirito delle leggi*, trad. it. a cura di B. Boffito Serra, Milano, 2004, I, 157 s.).

¹¹⁰ Si ricordi la celebre affermazione di N. MACHIAVELLI (*Il principe*, Milano, 2001, 85): «Tutti gli stati, tutti e' domini che hanno avuto e hanno imperio sopra gli uomini sono stati e sono o repubbliche o principati», cioè aristocrazie o monarchie.

diseguaglianza tra l'uomo e la donna è riconducibile alla centralità della guerra nelle dinamiche istituzionali del mondo antico.

Le guerre sono spesso motivate religiosamente, anche se non nella antichità classica greca o romana. L'intolleranza religiosa (intra-confessionale e inter-confessionale) penetra negli assetti costituzionali con il diffondersi delle religioni monoteistiche e diviene così un elemento di struttura della storia costituzionale dei popoli. Non esita a scrivere Francesco Ruffini: «L'antichità classica non conobbe *intolleranza religiosa* per questa semplice e decisiva ragione, che essa non conobbe il concetto o principio correlativo od inverso, e cioè quello della *libertà religiosa*. I due concetti o principi nacquero, di un solo parto, solamente all'avvento del cristianesimo»¹¹¹. In altre parole, quando la religione smise di essere un aspetto della cultura nazionale, e di essere politeistica, per divenire questione di coscienza individuale e di verità universale, intransigentemente monoteistica.

Due principi destinati ad avere grande fortuna si riscontrano poi già nel costituzionalismo antico: il principio di maggioranza e il principio di separazione dei poteri. Non si tratta, infatti, di invenzioni moderne, se non nel senso di una loro riscoperta alla luce di finalità politiche differenti.

Il principio di maggioranza nasce nell'antica Grecia: quest'ultima «può dirsi a buon diritto la terra d'origine del principio maggioritario»¹¹². La decisione a maggioranza ha le sue radici negli antichi consigli dell'età arcaica. È molto importante ricordarlo, perché le dinamiche di questi antichi consessi illumina il fatto che ci si rimette alla maggioranza solo tra quanti si riconoscono come dotati in egual misura di dignità o onore.

La nozione di onore che caratterizza il mondo antico è fortemente escludente: «Perché qualcuno abbia onore, in questo senso, è essenziale che non l'abbiano tutti»¹¹³. Si decide a maggioranza entro consessi più o meno ristretti, tra pari. Questa è una caratteristica che riscontriamo anche nella tanto celebrata esperienza

¹¹¹ F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa. Lineamenti storici e sistematici*, Bologna, 2008, 29.

¹¹² E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 1976, 14.

¹¹³ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotta per il riconoscimento*, trad. it. a cura di G. Rigamonti, Milano, 2008, 11.

ateniese del V secolo a.C. (che, ai nostri occhi, è una esperienza aristocratica); nell'antica Roma, nei comuni e nei consessi ecclesiastici in epoca medievale, così ancora nella monarchia assoluta d'antico regime. In Francia, ad esempio, entro ciascuno degli Stati generali si vota a maggioranza. Il principio di maggioranza è accolto soltanto tra persone che appartengono allo stesso ceto: nobiltà e clero hanno dunque assemblee separate e non si immagina che possano mescolarsi al terzo stato poiché il peso, la dignità, delle opinioni di persone appartenenti a diversi ceti non può essere uguale.

Aggiungiamo, brevemente, che sempre nel mondo antico nascono le maggioranze speciali, non per rimediare agli inconvenienti della decisione a maggioranza – come poi in epoca moderna prevalentemente si penserà; esse servono ad evitare piuttosto i problemi scaturenti dalle decisioni all'unanimità. Quest'ultima, più antica della decisione a maggioranza, è tale da concedere a ciascuno degli aventi voce in capitolo un potere di veto. Già per gli antichi questo è difficilmente sostenibile. Lo diventa specialmente per talune decisioni della Chiesa e, in special modo, per l'elezione del pontefice: in assenza di un'autorità superiore alla quale rivolgersi, non resta che abbandonare l'unanimità – che conduce a laceranti dissidi – e abbracciare le maggioranze speciali¹¹⁴. In luogo dell'unanimità, maggioranze speciali sono quindi previste anche nei comuni italiani e della Francia meridionale. Altro principio che – come dicevamo – si rinviene già nelle costituzioni antiche è quello della separazione dei poteri, non nel senso proposto da talune zelanti schematizzazioni moderne, ma in quello della distribuzione e del controllo reciproco tra poteri. Lo si rinviene nelle costituzioni delle città-stato greche, non solo in Atene. Nell'antica Sparta il potere dei re è bilanciato dal consiglio e dall'eforato. Socle di Corinto poteva rivolgersi agli spartani dicendo: «Voi, o Spartani, abbattendo regimi di uguaglianza vi preparate a ricondurre nelle città le tirannidi, delle quali non c'è al mondo cosa più ingiusta né sanguinaria [...] mentre voi stessi non avete esperienza di tiranni ed anzi vigilate con la massima severità

¹¹⁴ Cfr., per tutti, M. SCHWARTZBERG, *Counting the Many. The Origins and Limits of Supermajority Rule*, New York-Cambridge, 2014, 49 ss.

perché non avvenga questo in Sparta»¹¹⁵. Molti altri esempi si potrebbero fare, con riferimento alla costituzione romana di epoca repubblicana o alla costituzione dei comuni medievali. Anche nell'antico regime troviamo meccanismi di controllo reciproco tra i poteri. Questo può sembrare strano perché la monarchia francese del XVI-XVII secolo è l'esempio più ricorrente di illimitatezza del potere, mentre il principio della separazione dei poteri evoca l'idea di un limite al potere pubblico. Ciò nondimeno, ad un attento esame, si può vedere che – per dirne una – i parlamenti frenano le prerogative del re e dei suoi funzionari: «Nell'ordinamento assolutistico non mancava la separazione dei poteri»¹¹⁶.

È chiaro che tanto il principio di maggioranza quanto il principio di separazione dei poteri hanno nel mondo antico vicende alterne e in non poche costituzioni essi non si rinvenivano o hanno scarso rilievo; lo è altrettanto che tali principi sono inseriti, quand'anche presenti, in sistemi costituzionali dalla connotazione politica monarchica o aristocratica.

3.2. Le prime costituzioni moderne

Abbiamo visto che nelle costituzioni antiche si ritrovano sempre due principi: un primo che implica la distinzione tra governanti e governati; un secondo che consente la diseguale distribuzione della ricchezza (in non pochi casi l'elemento economico ha rilievo in quanto è anche formalmente requisito cui si subordina la partecipazione politica). Abbiamo poi considerato come nelle costituzioni antiche la guerra sia concepita quale mezzo ordinario di risoluzione delle controversie tra i popoli (e come spesso tali guerre siano state motivate in termini religiosi: talvolta l'intolleranza religiosa è stata la vera causa del conflitto, in altri casi soltanto un pretesto); infine abbiamo rilevato che tutte le costituzioni antiche sono aristocratiche o monarchiche e che anche in alcune di esse operavano il principio di maggioranza ed il principio della separazione dei poteri.

¹¹⁵ ERODOTO, *Storie*, V (trad. it. cit. III, 99 e 101).

¹¹⁶ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, 128.

Veniamo ora all'epoca moderna, che si caratterizza per il graduale diffondersi dell'idea democratica di vita associata. Tra Cinquecento e Seicento nel mondo cristiano le guerre di religione cessano: «Lo Stato moderno era uscito dai disordini religiosi, e solo quando li ebbe superati potette raggiungere la sua piena forma ed espressione»¹¹⁷. Alcuni atti di grande importanza, come la Pace di Augusta del 1555 e quella di Vestfalia del 1648, sono spesso ricordati a questo proposito per segnare una svolta nella storia europea.

Storicamente la diversità (anzitutto religiosa) è lungamente avvertita come una minaccia e la pace con il diverso è considerata come una seconda scelta, rispetto alla prima consistente nella eliminazione del diverso. Tuttavia il frammentarsi dell'unità del mondo cristiano fa crescere il costo dell'intolleranza fino al punto da determinare (almeno al suo interno) la fine (sia pur con alcune eccezioni) dei conflitti confessionali. Ciò nondimeno le guerre seguitano a segnare la storia costituzionale europea: i conflitti tra gli Stati moderni trovano adesso più apertamente la loro motivazione nella economia. Tuttavia l'esigenza di motivare il conflitto in termini culturali continua ad essere avvertita e infatti ben presto la guerra viene condotta in nome dell'ideologia.

L'avvento delle prime costituzioni moderne – preparato dal rinascimento e dalla riforma protestante – ha inizio con le rivoluzioni inglese, americana e francese.

In Inghilterra il secolo delle rivoluzioni è il 1600. In questo periodo la forma di governo inglese si trasforma profondamente: si passa da una "monarchia assoluta" ad una "monarchia costituzionale" con la prima rivoluzione, la "grande", subito dopo l'effimera esperienza cromwelliana. Si viene a delineare una situazione istituzionale nella quale, sia pur per un breve lasso di tempo, la Camera dei pari ha un peso determinante in quanto tiene in equilibrio il rapporto tra Re e Camera dei comuni. La forma di Stato è in via di trasformazione: si può definire un sistema intermedio tra monarchia e aristocrazia. Il Governo è ancora del Re, ma progressivamente risponde sempre più al Parlamento (doppia fiducia). Ma di un

¹¹⁷ R. KOSELLECK, *Critica illuminista e crisi della società borghese*, trad. it. a cura di P. Schiera, Bologna, 1972, 17.

Governo davvero responsabile davanti alla Camera dei comuni non è possibile discutere, se non dopo la seconda rivoluzione, la “gloriosa”, del 1689. Ad essa si accompagnano atti di straordinaria importanza nella storia del costituzionalismo, come il celebre *Bill of Rights*. Si avvia a partire da questo momento un processo per il quale il Governo sarà sempre meno responsabile nei confronti della Corona, sempre più verso il Parlamento e precisamente verso la Camera dei comuni. La forma di Stato si può allora definire aristocratica e si consolida il riconoscimento di diritti cc.dd. “individuali”, per molti aspetti intesi quali espressione di una tradizione plurisecolare.

Certo, c'è differenza tra i privilegi accordati dalla *Magna Charta libertatum* del 1215 e i diritti riconosciuti a fine Seicento; epperò il modo in cui questi diritti vengono concepiti è tale da far risultare preminenti i profili di continuità su quelli di discontinuità. Nel *Bill of Rights*, «i limiti costituzionali della monarchia» erano concepiti e giustificati in quanto «radicati negli antichi diritti e libertà del popolo inglese»¹¹⁸. Nella aristocrazia moderna il riconoscimento dei diritti individuali diventa un chiaro limite per il potere. Ciò si verifica anche in ragione delle trasformazioni economiche, in particolare dello sviluppo dei commerci e – a partire dal Settecento – della industrializzazione. Il sodalizio tra antica nobiltà e nuovi ricchi consente la transizione dal dominio economico e politico dei nobili proprietari terrieri a quello dei grandi commercianti e industriali (abbiano essi o meno un titolo nobiliare). La tutela dei diritti individuali si afferma per il tramite della *rule of law*, della soggezione del potere al diritto (nel quale incominciano ad acquistare maggior peso gli atti parlamentari, venendosi a consolidare un altro principio fondamentale della moderna costituzione inglese, quello della *sovereignty of Parliament*).

Oltre oceano, quasi un secolo dopo, con la guerra d'indipendenza i coloni del nord America si emancipano dalla madrepatria in quanto non intendono più essere esclusi dai processi decisionali che li riguardano, soprattutto dal punto di vista

¹¹⁸ H. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II, *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, trad. it. a cura di D. Quaglioni, Bologna, 2014, 408.

economico (*no taxation without representation*). Come notava Tocqueville, la situazione sociale delle colonie era di «grandissima eguaglianza»¹¹⁹, tale quindi da consentire la nascita di una Costituzione incentrata su una ampia partecipazione. Nei neonati Stati Uniti d'America il numero dei soggetti abilitati a prendere parte alla vita politica – in rapporto alla popolazione complessiva – è molto più esteso di quanto non lo fosse nel Regno Unito. Ciò nondimeno, non pochi erano gli esclusi (basti pensare alle donne e ai neri, molti dei quali schiavi). I diritti vengono affermati come strettamente inerenti alla natura umana, non come prodotto della storia o della tradizione. Questo richiamo alla teoria dei diritti naturali è indispensabile per i coloni, dal momento che si tratta di conquistare l'indipendenza. Tali diritti (già enunciati nella Dichiarazione del 1776), poi scolpiti nei primi dieci emendamenti, sono (come ripetutamente sostenuto da Hamilton) implicitamente riconosciuti e garantiti dalla Costituzione del 1787: «La verità è che [...] la Costituzione è essa stessa, in ogni senso razionale, e per ogni scopo pratico, una Dichiarazione dei diritti»¹²⁰.

In Francia i troppo noti avvenimenti del sessennio rivoluzionario hanno origine al contempo economica e culturale. Sono da spiegare a partire dal malcontento sociale, ma anche dai fogli, dai circoli, dalle opere dei lumi.

Crolla una delle più antiche monarchie d'Europa. La *Dichiarazione* del 1789 contiene una delle più famose definizioni prescrittive di costituzione (art. 16). Molti rivoluzionari hanno aspirazioni genuinamente democratiche. Le costituzioni che si susseguono, con differenti fortune, a partire dal 1791 veicolano una concezione dei diritti come espressione della volontà del legislatore, non più monarca illuminato ma assemblea dei rappresentanti del popolo sovrano. Si afferma così una concezione giuspositivistica dei diritti, a dispetto dei richiami al loro carattere universale.

L'epilogo del sessennio rivoluzionario è il terrore e dopo il bonapartismo, cioè l'affermarsi di una costituzione autocratica: «Napoleone [...] intensifica l'idea

¹¹⁹ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. it. a cura di G. Candeloro, Milano, 2015, 57.

¹²⁰ A. HAMILTON, *Il Federalista n. 84*, in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista (Commento alla Costituzione degli Stati Uniti)*, trad. it. a cura di B.M. Tedeschini Lalli, Pisa, 1955, 592.

rivoluzionaria (ma – prima ancora – illuministica) del diritto come imprescindibile controllo sociale e cemento necessario del potere. La codificazione si addice al suo potere dispotico»¹²¹.

Da Napoleone in poi, con la parola monarchia è preferibile indicare solamente il fatto che il Capo dello Stato è scelto per successione dinastica (o pure con altre modalità, ma con un mandato a vita). Ci si riferisce cioè ad un aspetto della forma di governo, non anche alla forma di Stato. Dai primi dell'Ottocento il governo di "uno solo" (che ovviamente non è mai davvero uno solo) è meglio definibile come autocrazia, per evitare confusioni. Il primo "governo di uno solo" dell'epoca moderna è quello di Bonaparte.

Le tre rivoluzioni che abbiamo considerato, nel complesso, testimoniano l'emergere di idee democratiche (il che spiega perché, specie con riguardo alla seconda metà del XVIII secolo, si sia potuto discutere di una «era delle rivoluzioni democratiche»¹²²). Tuttavia non conducono alla affermazione di costituzioni democratiche. Nelle costituzioni inglese e americana possiamo scorgere il prototipo della moderna aristocrazia; in Francia si afferma alla fine la prima autocrazia moderna. In tutte queste nuove costituzioni la distinzione tra governanti e governati rimane ferma¹²³ e le diseguaglianze economiche non sono cancellate, ma ammesse su nuove basi e protette¹²⁴.

¹²¹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 143.

¹²² R.R. PALMER, *L'era delle rivoluzioni democratiche*, trad. it. a cura di A. Castelnuovo Tedesco, Milano, 1971, 14.

¹²³ Questo principio trova la sua razionalizzazione in T. HOBBS (*Leviatano*, trad. it. a cura di G. Micheli, Milano, 2012): «La sola via per erigere un potere comune che possa essere in grado di difendere gli uomini dall'aggressione straniera e dalle ingiurie reciproche, e con ciò di assicurarli in modo tale che con la propria industria e con i frutti della terra possano nutrirsi e vivere soddisfatti, è quella di conferire tutti i loro poteri e tutta la loro forza ad un uomo o ad un'assemblea di uomini che possa ridurre tutte le loro volontà, per mezzo della pluralità delle voci, ad una volontà sola».

¹²⁴ La necessità delle diseguaglianze è spiegata così da A. SMITH (*La ricchezza delle nazioni*, trad. it. a cura di A. e T. Bagiotti, Torino, 2013, 79, 88, 91): «Sembra che il grandissimo progresso della capacità produttiva del lavoro e la maggiore abilità, destrezza e avvedutezza con le quali esso è ovunque diretto o impiegato siano stati effetti della divisione del lavoro [...] È la grande moltiplicazione delle produzioni di tutte le differenti arti, in conseguenza della divisione del lavoro, a dar luogo, in una società ben governata, a quell'universale opulenza che si estende sino alle classi sociali più basse [...] Questa divisione del lavoro, da cui derivano tanti vantaggi, non è originariamente l'effetto di una saggezza umana che prevede e persegue quella generale

Proprio con Napoleone, la guerra viene ad essere poi giustificata ideologicamente. Il principio di maggioranza e il principio della separazione dei poteri trovano nuove declinazioni, coerenti con il diverso quadro istituzionale nel quale si inseriscono. Il sistema inglese si basa sempre più – come sottolinea Bagehot – sulla immedesimazione tra Governo e Parlamento¹²⁵ ed entro quest'ultimo il principio di maggioranza è ormai costantemente impiegato. In Francia il principio di maggioranza ha grande peso nelle costituzioni rivoluzionarie, ma l'instabilità costituzionale e la deriva autocratica lo travolgono. Negli Stati Uniti, si segnala la trasfigurazione delle maggioranze speciali: è nella Costituzione americana che esse iniziano infatti ad essere usate come rimedi rispetto alla tirannia della maggioranza. L'idea del controllo reciproco tra i poteri è presente in tutti e tre i contesti considerati, ma vedremo che è negli Stati Uniti che si svilupperà e in modo sorprendente.

3.3. Le costituzioni ottocentesche

Si è visto come con le rivoluzioni del Sei e Settecento non si affermino ancora le idee democratiche, che pure iniziano a diffondersi e a trasformare la realtà costituzionale.

Se prendiamo adesso in esame il periodo compreso tra la fine dell'età delle rivoluzioni e l'inizio del "secolo breve", il nostro discorso deve muoversi lungo due linee direttrici divergenti.

Negli Stati Uniti si afferma, per opera della giurisprudenza, il controllo di costituzionalità diffuso (*judicial review of legislation*): «La novità [...] riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno strato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione»¹²⁶. Si ricorda sempre, a tal proposito, la celebre sentenza della Corte suprema nel caso *Marbury v. Madison*. Questa sentenza del

opulenza che essa determina. È la conseguenza necessaria, sebbene assai lenta e graduale, di una certa propensione della natura umana [...] a trafficare, barattare, scambiare una cosa con un'altra».

¹²⁵ W. BAGEHOT, *La Costituzione inglese*, trad. it. a cura di S. Pastorino, Bologna, 1998, 52.

¹²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 39.

1803 si spiega anche in ragione del particolare contesto entro il quale i giudici statunitensi si trovavano ad operare (la loro indipendenza era minacciata dalla conflittualità politica tra federalisti e repubblicani)¹²⁷, ma esprime dei principi destinati a travalicare le contingenti situazioni che hanno spinto ad enunciarli. Il contenuto della storica pronuncia può essere riassunto così: il Congresso ha il potere di fare le leggi perché la Costituzione glielo attribuisce; non ha invece il potere di fare leggi in contrasto con la Costituzione; la legge è dunque soggetta alla Costituzione e i giudici – organi non politici, ma di garanzia – hanno il potere/dovere di applicarla solo se conforme a Costituzione; se invece la legge è incostituzionale, è nulla e quindi inidonea a produrre effetti: il giudice (qualsiasi giudice) applicherà dunque la Costituzione in luogo della legge invalida. Il controllo di costituzionalità è pensato come una conseguenza inevitabile della rigidità della costituzione: «Una Costituzione intesa come norma superiore alla legge, senza controllo di costituzionalità, è una contraddizione, un non senso»¹²⁸. Si realizza così un peculiare sistema di controllo del potere giudiziario sul potere legislativo.

In Europa le costituzioni sono, invece, generalmente concepite come atti equi-ordinati alla legge. Si assiste al passaggio «dalla fondazione contrattuale a quella legislativa della costituzione»¹²⁹.

In Inghilterra il costume e il dibattito pubblico costituiscono un limite all'azione del Parlamento e del Governo («Se il Governo vivrà o cadrà» – osserva Bagehot – «dipende dalla discussione pubblica e dalle divisioni del Parlamento. Ed è l'opinione pubblica, l'attitudine nascosta che pervade la società, ad esercitare una decisiva influenza su queste divisioni»¹³⁰). Benché la legge non possa essere

¹²⁷ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El trasfondo político y jurídico de la Marbury v. Madison decision*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 15/2011, 187 ss.

¹²⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 333.

¹²⁹ D. GRIMM, *Costituzione e legge fondamentale dall'Illuminismo a oggi*, in H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, trad. it. a cura di M. Ascheri, S. Rossi, Roma, 2008, 135.

¹³⁰ W. BAGEHOT, *La Costituzione inglese*, cit., 59.

dichiarata incostituzionale, la cultura giuridica d'oltremarina impedisce la deriva legalistica.

Tuttavia sul Continente la capacità dei costumi e della opinione pubblica di frenare l'azione degli organi politici è minore, la cultura giuridica sconfinava nella legolatria e si afferma il dominio della legge. Solo nei primi del Novecento si hanno i primi tentativi di assoggettare la legge ad un controllo di costituzionalità (sottraendolo, però, al giudice comune ed affidandolo ad un organo *ad hoc*).

Va detto che l'affermazione del principio di legalità è comunque una conquista per l'Europa continentale rispetto ad un passato in cui forse le più grandi ingiustizie potevano essere realizzate proprio dagli organi della amministrazione e della giurisdizione, in assenza della soggezione delle stesse alla legge. Tanto più importante è il principio di legalità in ragione della espansione che, nella seconda metà dell'Ottocento, hanno i compiti della amministrazione. In questo periodo, dunque, acquistano «maggior peso il Parlamento e la legge nei confronti dell'amministrazione pubblica [...] Si sviluppa il principio di legalità, per cui l'amministrazione pubblica è sottoposta (solo) alla legge. Il principio di legalità, in origine, ha questo significato: nei rapporti amministrazione-cittadino definisce e limita l'autorità della prima nei confronti del secondo [...] Più tardi, esso si imporrà anche ai rapporti amministrazione-governo dove, invece, legittimerà e delimiterà i poteri dell'amministrazione nei confronti del governo»¹³¹.

Le guerre continuano ad essere mezzi di risoluzione delle controversie e possono ora essere giustificate in nome del nazionalismo. La prima guerra mondiale, in particolare, «investe l'intero ordine giuridico scuotendolo violentemente»¹³², cambia il ruolo dello Stato, in quanto il pubblico potere è costretto ad un intervento senza precedenti in ambito economico. Le masse, incluse nel conflitto militare, non accettano più di essere escluse dalle dinamiche della partecipazione politica.

L'Ottocento è secolo di contestazioni e anche i due principi invariati delle realtà costituzionali non vanno esenti da critiche. Gli anarchici mettono in discussione la

¹³¹ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1998, 59 s.

¹³² P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., 229.

distinzione tra governanti e governati considerando il potere pubblico, in quanto tale, illegittimo; i socialisti si oppongono alle diseguaglianze di classe e si battono per una società egualitaria, infine senza classi. Scrive Maréchal: «Sempre e dovunque si cullarono gli uomini con belle parole [...] da tempo immemorabile la più avvilente, la più mostruosa ineguaglianza pesa insolentemente sul genere umano [...] Si ponga termine, infine, a questo enorme scandalo che i nostri nipoti non vorranno credere! Sparite infine abominevoli distinzioni di ricchi e poveri, di grandi e piccoli, di padroni e servi, di governanti e governati»¹³³.

L'azione di anarchici e socialisti ha una notevole influenza sulla storia costituzionale, tuttavia non scalfisce né il principio di autorità, per il quale occorre distinguere tra governanti e governati, né quello di divisione del lavoro, per il quale è giusta una diseguale distribuzione delle risorse tra i componenti della comunità. Le esperienze costituzionali nord americane ed europee sono quelle che presentano i maggiori elementi di novità rispetto al passato e nelle quali le idee democratiche operano per una estensione della partecipazione, un rafforzamento delle garanzie sociali, una più attenta limitazione del potere.

3.4. Prima considerazione intermedia: il principio di soggezione al pubblico potere

Possiamo fare a questo punto – interrompendo il nostro *excursus* sulla storia costituzionale – una prima considerazione intermedia. Ci sono due “costanti” nelle costituzioni, due principi che attraversano le epoche storiche e che sono sempre stati considerati giusti. Potremmo dire che tali principi rientrino nel diagramma di Venn delle norme costituzionali delle società.

Il primo è quello per il quale bisogna distinguere tra governanti e governati, nel senso che governanti e governati non possono coincidere (non tutti i membri della comunità eserciteranno il pubblico potere). Il secondo è quello della divisione del lavoro, con le conseguenti diseguaglianze economiche (i membri della comunità

¹³³ S. MARÉCHAL, *Manifesto degli eguali*, trad. it. a cura di G. Manacorda, in *Antologia del pensiero socialista*, I, a cura di A. Salzano, Roma-Bari, 1979, 11.

dovranno svolgere mansioni differenti, cui corrispondono posizioni sociali differenti).

La costituzione è sempre stata un *pactum subiectionis* e un *pactum inaequalitatis*, un patto che definisce cioè le condizioni della soggezione al potere pubblico e della diseguaglianza economica. Come *pactum subiectionis* la costituzione esclude l'anarchia o la coincidenza tra governati e governanti: vi sarà pertanto – in ogni momento considerato – una minoranza di componenti della comunità abilitata all'esercizio del potere pubblico, mentre la restante parte sarà soltanto destinataria degli atti del potere pubblico. Come *pactum inaequalitatis*, la costituzione, indipendentemente dal modo in cui definisce la relazione tra potere pubblico e sfera economica, riconosce che, per via della divisione del lavoro, anche la perfetta eguaglianza economica è esclusa.

La costituzione formale – ove presente – può essere più o meno “sincera” al riguardo. È in ogni caso importante richiamare l'attenzione sui principi di soggezione al potere pubblico e di divisione del lavoro, che riteniamo delle costanti delle costituzioni in senso sostanziale, perché altrimenti la comprensione del discorso sulle forme di Stato – che dovremo svolgere più avanti – rischia di essere piuttosto approssimativa.

Soffermiamoci allora anzitutto sul principio di soggezione. Esso è stato enunciato da Mosca in questi termini: «In tutte le società, a cominciare da quelle più mediocrementemente sviluppate e che sono appena arrivate ai primordi della civiltà, fino alle più colte e forti, esistono due classi di persone: quella dei governanti e l'altra dei governati»¹³⁴.

Questa affermazione deve essere sviluppata considerando in primo luogo come il potere dei governanti è sempre una forza qualificata dal diritto (e, proprio per questo, una forza considerata legittima): «La parola “Stato” viene di solito associata all'idea di una forza estranea alla volontà individuale, superiore ad essa e in grado non soltanto di rivolgerle dei comandi di imporne l'attuazione [...] Ove si consideri [...] il “modo” in cui si manifesta quella forza che si associa allo Stato [...] la forza

¹³⁴ G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, Roma-Bari, 1953, 78.

non è più soltanto forza: è forza “qualificata”, forza che [...] viene esercitata “in nome” di norme, che si impongono mediante lo Stato»¹³⁵. Tuttavia la semplice riunione in società non determina *ipso facto* la posizione del principio per il quale non tutti i componenti della società possono governare. Questo principio è stabilito nel momento in cui la società – riconosciutasi come *una* società – si organizza dandosi delle norme fondamentali. Da questo momento il potere pubblico è una «forza esercitata in nome del diritto»¹³⁶.

Dobbiamo chiederci: 1) come possa essere esercitato il potere (cioè mediante quali comportamenti) e 2) quali implicazioni porti con sé la definizione dello stesso come forza qualificata dal diritto.

1) Si può discutere di esercizio di potere pubblico in presenza di un comportamento imputabile ad un organo pubblico, cioè ad una persona che agisce per la comunità, nell'interesse della comunità. Ovviamente occorre inoltre distinguere i comportamenti che coloro che ricoprono cariche pubbliche pongono in essere nell'esercizio di pubbliche funzioni, da comportamenti tenuti da questi stessi soggetti come privati. In alcuni casi questa distinzione non è semplice, ma in tutti dipende dalla attribuzione di significato a livello sociale al comportamento considerato, cioè da un «riconoscimento collettivo»¹³⁷. Il potere pubblico può essere esercitato mediante comportamenti: comunicativi (manifestazioni di pensiero o volontà) o meramente esecutivi; pubblici (potenzialmente accessibili a/conoscibili da tutti) e riservati/segreti. Quando il potere è esercitato mediante comportamenti comunicativi pubblici, si può discutere di rappresentazione del pubblico potere¹³⁸. La rappresentazione è il momento culminante dell'esercizio del potere, la sua

¹³⁵ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, Torino, 2009, 2 s.

¹³⁶ *Ibidem*, 129.

¹³⁷ J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, trad. it. a cura di A. Bosco, Torino, 2006, 111.

¹³⁸ Il concetto di “rappresentazione” non deve essere confuso con quello di “rappresentanza”, che acquista rilievo quando si discute di “rappresentanza parlamentare” o “rappresentanza diplomatica”: è un concetto dinamico e «funzionale», da riferire all'azione di tutti gli organi pubblici: cfr. H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, trad. it. a cura di C. Tommasi, Milano, 2007, 8 e 19.

«manifestazione esteriore»¹³⁹, ma ciò non vuol significare che i comportamenti solitamente propedeutici o succedanei ad essa non abbiano rilievo.

2) Che il potere sia una forza qualificata dal diritto non vuol dire che esso si eserciti sempre in forme “tipiche”. Ci sono infatti casi di esercizio del potere in forma atipica. Tipico è, nell’uso che qui si fa della parola, il comportamento compiutamente disciplinato dal diritto scritto (il solo idoneo a fornire ad un comportamento il crisma della tipicità, vale a dire a disciplinarlo interamente, nella sua sfera soggettiva e oggettiva, spaziale e temporale). Quando il comportamento non è compiutamente disciplinato dal diritto scritto, benché da esso nominato, è atipico. Tra i casi di esercizio del potere in forma atipica, ricordiamo l’esternazione, definibile come la pubblica manifestazione di pensiero, imputabile ad organo pubblico, atipica, atta a concorrere alla formazione della coscienza collettiva (in democrazia, alla sfera pubblica). I comportamenti nei quali si estrinseca l’esercizio del potere, in quanto sono giuridicamente qualificati come tali, sono produttivi di effetti giuridici (secondo i casi, innovativi, conservativi o preclusivi)¹⁴⁰. Danno svolgimento alla realtà giuridica preesistente. L’esercizio del potere in forma atipica non è quindi privo di una norma che lo regoli, ma è privo in tutto o in parte di una norma scritta che lo regoli. Altro è invece dire che, in ragione anzitutto della forma di Stato, il diritto limiti e orienti l’attività del pubblico potere in misura maggiore o minore e in forme differenti.

Se il potere è una forza qualificata dal diritto, esso necessita sempre di consenso sociale diffuso. La sola forza, infatti, non è in grado di spiegare la vigenza di alcun ordinamento costituzionale. A questo aggiungiamo soltanto che l’unità costituisce il presupposto senza il quale non può aversi costituzione e quindi esercizio del potere pubblico. L’unità, cioè la nascita della comunità politica e il suo concepirsi come una comunità, è un fatto storico. Tale fatto precede ogni processo costituente e anche l’esercizio del potere costituente da parte di organi appositamente formati (come nel caso delle assemblee costituenti). Le costituzioni, fin dal loro momento

¹³⁹ M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 178.

¹⁴⁰ Si v. A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 488 ss.

genetico, sono costituzioni di una comunità. E ben può verificarsi che cambi anche radicalmente la costituzione senza che ciò incida sull'unità della comunità¹⁴¹.

3.5. Seconda considerazione intermedia: il principio di divisione del lavoro

Nel nostro diagramma di Venn delle norme costituzionali della società inseriamo – oltre al principio di soggezione al potere pubblico, che implica – in termini soggettivi – la distinzione tra governanti e governati – quello di divisione del lavoro. Esso caratterizza le costituzioni reali e porta con sé diseguaglianze economiche, cioè nella disponibilità delle risorse.

Che le diseguaglianze economiche derivino in ultima analisi dalla divisione del lavoro è un dato rilevato già dai pensatori antichi e sul quale in molti si sono soffermati anche in epoca moderna: è, insomma, largo il convincimento che la divisione del lavoro stia «a fondamento della distinzione sociale dei ceti»¹⁴². È interessante notare come Smith (un autore che non possiamo sospettare di eccessi di egualitarismo) nel prenderlo in esame constati come, in società, le diseguaglianze così prodotte siano generalmente superiori a quelle di capacità e talenti riscontrabili, per così dire, “in natura”, tra le persone («La differenza dei talenti naturali dei diversi uomini è in realtà molto minore di quanto si supponga [...] La differenza tra i caratteri più dissimili, per esempio tra un filosofo e un facchino, sembra sia imputabile non tanto alla natura quanto all'abitudine, al costume, all'educazione»¹⁴³).

Le diseguaglianze economiche possono essere maggiori o minori a seconda della società e dell'epoca storica considerata, quindi del tipo di economia. In un sistema capitalistico, incentrato su commercio, industria e (oggi, in misura viepiù

¹⁴¹ Come osservato da G. BALLADORE PALLIERI (*Dottrina dello Stato*, Padova, 1964, 259 s.), «per quanto grave sia una rivoluzione, per quanto sconvolga i pubblici poteri e gli stessi rapporti sociali tra i sudditi, se è davvero solo rivoluzione all'interno di uno Stato, lascia sempre inalterata una parte del diritto precedente [...] Per la gran massa la cittadinanza rimane sempre la medesima; egualmente avviene per il territorio [...] Le nuove norme si appellano alle stesse forze sociali che sorreggevano le altre».

¹⁴² K. MARX, *Il capitale*, trad. it. a cura di E. Sbardella, Roma, 2006, 274.

¹⁴³ A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, cit., 93 s.

crescente) finanza, c'è una tendenza molto forte all'accrescimento della disuguaglianza economica.

A scanso di equivoci, occorre precisare che l'atteggiarsi della sfera economica non può essere confuso con il diritto che la regola.

Il principio di divisione del lavoro non è per noi semplicemente un dato di fatto, ma è una norma costituzionale. Lo è però non nel senso che la costituzione espressamente prescriva la divisione del lavoro, ma in quanto essa non contrasta mai completamente le disuguaglianze economiche che ne conseguono. Ciò dimostra che le costituzioni reali non sono poste indipendentemente dalla divisione del lavoro, intesa alla stregua di un mero fatto, ma la assumono al loro interno come giusta (la divisione del lavoro è considerata indispensabile per il progresso della società, cioè per il miglioramento delle condizioni di vita di tutti i suoi componenti). La divisione del lavoro non è cioè né un elemento "naturale", biologico, né un mero fatto economico (in particolare essa «non ha origine nel commercio e nello scambio»¹⁴⁴); e neppure deve essere riguardata come una "necessità logica", quasi che il concetto stesso di società (e quindi di diritto e costituzione) necessariamente la implichi. La divisione del lavoro è un principio "artificiale" e tuttavia un aspetto invariante delle costituzioni reali. Essa è strettamente correlata al principio di soggezione al potere pubblico (in un certo senso, una prima divisione del lavoro è già nella distinzione tra governanti e governati; potrebbe anzi dirsi che precisamente in virtù del fatto che non tutti possono costantemente dedicarsi all'esercizio di pubbliche funzioni è stata posta la distinzione, di modo che coloro che non governano possano dedicarsi ad altre occupazioni)¹⁴⁵. In altre parole ancora, a noi pare che la divisione del lavoro sia stata giudicata giusta e questo (e non altro) spiega perché tutte le costituzioni che conosciamo siano strutturate intorno a questo principio.

¹⁴⁴ K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it. a cura di R. Vigevani, Torino, 2010, 346.

¹⁴⁵ Non prendiamo qui in esame, invece, l'eventuale nesso riscontrabile tra divisione del lavoro e distribuzione delle competenze pubbliche (divisione dei poteri).

A riprova di ciò può ricordarsi come, specie a partire dell'Ottocento, non siano mancate critiche al principio della divisione del lavoro, in quanto tale, come fonte delle ingiustizie sociali. Per rendersene conto è sufficiente sfogliare i manuali di economia politica dei primi del Novecento. In questi manuali si avverte preoccupazione per il possibile dilagare di una convinzione "socialmente pericolosa". Quella per cui esisterebbe un legame tra divisione del lavoro, da una parte, e riduzione dell'uomo alla condizione di una macchina, sfruttamento della gran massa dei lavoratori da parte di pochi, nonché delle donne e dei bambini, dall'altra. Si ammette, al riguardo, che «certo in queste censure havvi una parte di verità, nel senso che non occorre spingere troppo oltre la divisione del lavoro, e che l'operaio farà bene a conoscere l'intero mestiere, pur non esercitandone una parte»¹⁴⁶. Ciò nondimeno, si sostiene che la divisione del lavoro deve rimanere ferma e che la proposta di sostituire alla divisione la "rotazione" del lavoro, propria di un certo socialismo, è una idea «più elegante che seria. Anzi tutto non è vero che il cangiamento di occupazione produca riposo. Dopo un lavoro fisico alquanto gravoso, chi potrà sostenere che l'operaio si riposi con elucubrazioni mentali? Potrà essere di sollievo la lettura di un giornale; ma questo è svago, non lavoro. D'altro canto, il cangiare frequentemente occupazione, diminuirebbe la produttività dell'esercizio di ciascuna, e per la perdita di tempo delle successive messe in opera, e per la minore abilità che ne conseguirebbe. Infine, praticandosi un tale sistema, il lavoro verrebbe ad essere opera collettiva, mal si potrebbe distinguere gli sbagli dell'uno dai pregi dell'altro»¹⁴⁷).

Anche le società primitive ospitano nella loro costituzione il principio della divisione del lavoro: più complessa, però, si fa la società, più la divisione del lavoro si lega ad una differente distribuzione delle risorse e quindi delle posizioni sociali. Anche le costituzioni delle società primitive stabiliscono e legittimano – per quanto ne sappiamo – «una forma rudimentale di divisione del lavoro [...] Nelle forme più

¹⁴⁶ E. ARDUINO, *Elementi di economia politica*, Brescia, 1915, 138

¹⁴⁷ *Ibidem*, 142.

complesse di società la maggior suddivisione del lavoro implica una distinzione fra le occupazioni più onorifiche e quelle meno stimate»¹⁴⁸.

Sostenere che le costituzioni reali accolgono il principio della divisione del lavoro, chiaramente non esclude che alcune di queste abbiano avuto come fine quello di ridurre al minimo le diseguaglianze economiche. Implica soltanto che nessuna costituzione reale abbia mai stabilito una relazione tra potere pubblico e sfera economica tale da sancire l'aspirazione del potere pubblico ad una radicale eliminazione delle diseguaglianze economiche. Se si vuole, tutte le costituzioni che conosciamo hanno rispettato, almeno in una misura minima, l'autonomia della sfera economica, se assumiamo che la sfera economica tenda ad assumere la divisione del lavoro come suo principio organizzatore secondo un processo "a mano invisibile".

Il secolo breve offre l'esempio delle costituzioni comuniste che condussero alla affermazione di sistemi autocratici. Quelle costituzioni prevedevano la collettivizzazione dei mezzi di produzione per realizzare la "perfetta eguaglianza", ma non alteravano la vigenza del principio della divisione del lavoro. Il principio della divisione del lavoro determina il problema di come risolvere gli inconvenienti relativi al «godimento di quei beni che abbiamo acquisito con il nostro lavoro e la nostra buona sorte»¹⁴⁹ (beni che potrebbero esserci sottratti con la violenza), ciò che – nuovamente – «non si può fare altrimenti che mediante una convenzione tra tutti i membri della società»¹⁵⁰. Tuttavia tale problema non deve essere confuso con questi "rimedi", che possono essere i più vari di ordinamento in ordinamento.

4. Riflessioni sulle forme di Stato

4.1. La nascita delle costituzioni democratiche e l'impiego della locuzione "forma di Stato"

Dalla tragedia della prima e della seconda guerra mondiale, dagli orrori dei campi di sterminio, nasce la democrazia. Per la prima volta, nel corso del Novecento, si

¹⁴⁸ R.M. MACIVER, *Governo e società*, trad. it. a cura di L. Berti, Bologna, 1962, 127.

¹⁴⁹ D. HUME, *Trattato sulla natura umana*, cit., 515.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 517.

hanno costituzioni democratiche. L'idea democratica – lo abbiamo visto – è antica, ma si realizza soltanto nel secolo scorso. Infatti, difficilmente si può qualificare come democratico un ordinamento in cui – per fare gli esempi forse storicamente più rilevanti – il sesso o la appartenenza etnica sono fattori di esclusione dal godimento di diritti (anche) politici. Nel corso del Novecento tali discriminazioni vengono superate: il voto viene esteso alle donne (sempre più si acquisisce consapevolezza di come questa debba essere considerata una condizione imprescindibile per poter dire realizzata la democrazia¹⁵¹); le discriminazioni razziali sono superate finalmente dalle costituzioni europee nel secondo dopoguerra e, più tardi, anche negli Stati Uniti¹⁵².

La democrazia è una forma di Stato che si basa sul principio per il quale tutti i componenti della comunità politica hanno eguale dignità e quindi tutti devono poter partecipare alla vita pubblica, in particolare tutti devono poter eleggere i propri rappresentanti con voto libero ed eguale.

Quanto detto a proposito delle costanti delle costituzioni storicamente esistite è utile soprattutto per la comprensione delle costituzioni democratiche. Infatti, nelle costituzioni democratiche l'idea "fulcro" dell'eguale dignità di tutti i componenti della comunità non può che convivere con la loro eguale soggezione al potere pubblico (la democrazia non è anarchia) e con le diseguaglianze economiche (la democrazia non è il regno della "perfetta eguaglianza" vagheggiato in qualche scritto socialista), riconducibili in ultima analisi alla divisione del lavoro. Per quanto l'eguaglianza sia la "stella polare" di uno Stato democratico, quest'ultimo non si prefigge – come vedremo – di eliminare tutte le diseguaglianze economiche (e quindi culturali e politiche, nelle quali le prime tendono a convertirsi). Non si

¹⁵¹ Cfr. S. ROKKAN, *Cittadini, elezioni, partiti*, trad. it. a cura di A. Panebianco, Bologna, 1982, 232 ss.

¹⁵² «Io sogno il giorno in cui questo Paese si scuoterà e comprenderà il vero significato del suo credo, quel credo per cui il fatto che tutti gli uomini sono stati creati eguali è una verità che non ha bisogno di dimostrazioni. Io sogno il giorno in cui sulle rosse colline della Georgia i figli degli ex schiavi e quelli degli ex proprietari di schiavi potranno sedersi assieme al tavolo della fratellanza»: queste celebri parole di M.L. King [le riportiamo nella traduzione disponibile in G. GEROSA (a cura di), *M.L. King. Pro e contro*, Milano, 1972, 97] dovrebbero essere ricordate quando con troppa facilità si discute di "democrazia" con riferimento a contesti ed epoche nelle quali si perpetravano discriminazioni razziali (o di tipo simile).

deve pertanto mitizzare la democrazia, ma occorre tenere conto di come essa si realizzi storicamente senza modificare quei due elementi costanti, che abbiamo ritrovato tanto nelle costituzioni monarchiche/autocratiche quanto nelle costituzioni aristocratiche. L'instaurarsi dell'ordinamento democratico non li cancella, non perché siano incancellabili, ma perché neppure nei Paesi democratici essi vogliono essere cancellati. Anche in democrazia, si ritiene che il potere pubblico non debba essere esercitato da tutti e che le diseguaglianze economiche siano fisiologiche, cioè giuste, sia pure entro una certa misura.

La retorica democratica – più che la democrazia – ha conquistato il mondo. Oggi è difficile leggere in una costituzione in senso formale (documento costituzionale) che uno Stato non si qualifichi come una democrazia o non faccia riferimento a idee, concetti, espressioni tipiche del sentire democratico (l'art. 1 della Costituzione russa, per fare solo uno tra i molti possibili esempi, recita così: «La Federazione russa – la Russia – è uno stato federale democratico di diritto con forma di governo repubblicana»). Questo è un dato sul quale conviene riflettere, perché comporta l'impossibilità di accontentarsi della lettura del testo o dei testi. Ciò però non vuol dire che siamo autorizzati a confondere la dimensione sociale con la dimensione giuridica, il dover essere costituzionale – che è la realtà che ci interessa descrivere – con i discostamenti contingenti da tale realtà (per altro inevitabili, poiché la norma giuridica è per definizione violabile).

La locuzione “forma di Stato” è problematica: Rescigno ha addirittura proposto di abbandonarla («chi non vuol rischiare di essere frainteso farà bene a non usarla»¹⁵³). Del resto, secondo Kelsen, «il problema centrale della teoria politica è la classificazione dei governi. Da un punto di vista giuridico essa è la distinzione tra i diversi archetipi di costituzioni. Quindi il problema può essere presentato anche come il problema della distinzione fra le diverse forme di Stato»¹⁵⁴. Faremo quindi uso di questa locuzione, declinandola rispetto alla realtà costituzionale a noi contemporanea.

¹⁵³ G.U. RESCIGNO, voce *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur.*, XIV, 1989, 10.

¹⁵⁴ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., 288.

Una obiezione all'uso della locuzione potrebbe venire da quanti fanno uso della parola "Stato", nella espressione "forma di Stato", per indicare soltanto lo Stato nella accezione moderna. La categoria "forme di Stato" allora potrebbe essere superata. Il potere dello Stato moderno è eroso, rispetto al passato, dalla presenza di differenti livelli di governo del territorio. È divenuta di uso corrente l'espressione *multilevel constitutionalism*, per indicare come la costituzione sia oggi la risultante dell'intreccio tra poteri sovra-statali, statali e sub-statali. Rispetto ad una simile complessa questione, non può che dirsi qui che, in ogni caso, anche nel contesto odierno (globalizzato) lo Stato non ha perduto la sua centralità («lo Stato non è scomparso [...] al contrario, è vivo e vegeto»¹⁵⁵). Meglio potrebbe descriversi la situazione in cui molte democrazie, specialmente in Europa, si trovano (e l'importanza che in esse riveste una separazione non solo orizzontale, ma verticale dei poteri) discutendo di collocazione interlivello della costituzione dello Stato (laddove l'espressione "interlivello" rimanda alla centralità della relazione dello Stato con altri livelli di governo del territorio)¹⁵⁶. Ad ogni modo, nell'uso che ci pare preferibile della locuzione "forma di Stato", la parola "Stato" non è sinonimo di "Stato moderno", ma indica più genericamente la comunità politica considerata (è stato scritto che negare questa accezione ampia della parola "Stato" determinerebbe un «impoverimento analitico»¹⁵⁷). La forma dello Stato, cioè della comunità politica, può essere autocratica, aristocratica o democratica. Si tratta di capire quali sono le caratteristiche di ciascuna di queste forme.

¹⁵⁵ S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016, 40.

¹⁵⁶ Di "sistema costituzionale interlivello" ha scritto L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in AA.VV., *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, II, Milano, 2010, 121 ss. Ciò ha precise ricadute sul piano della tutela dei diritti: A. RUGGERI (*Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 s.) ha scritto di un "carattere intercostituzionale" della Costituzione, in quanto naturalmente, strutturalmente vocata all'apertura verso e alla integrazione con altre carte dei diritti.

¹⁵⁷ F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 803.

4.2. La forma di Stato autocratica

La forma di Stato esprime, come noto, una relazione tra autorità e libertà, tra istituzioni e società, tra sfera istituzionale e altre sfere della vita. Con questa ultima espressione ci riferiamo alla dimensione sociale, la quale ha come sue articolazioni: a) la sfera culturale, dei nuclei familiari, delle relazioni interpersonali, del costume, della religione, della morale, dell'istruzione; b) la sfera economica, della produzione, del lavoro, degli scambi; c) la sfera politica (anch'essa appartenente alla dimensione sociale), entro cui operano le forze politiche (se si tratta di un sistema contraddistinto dal pluralismo) o la forza politica (se il sistema è monopartitico).

La forma di Stato si definisce considerando la relazione tra istituzioni e società, cioè tra potere pubblico o sfera istituzionale, da una parte, ciascuna delle sfere della vita summenzionate, dall'altra. Si tratta cioè di prendere in esame quelle attività del pubblico potere che per costituzione gli organi pubblici pongono in essere entrando in relazione con la dimensione sociale.

Prendiamo dapprima in esame l'autocrazia¹⁵⁸. Essa ha bisogno di consenso, non diversamente dalle altre forme di Stato. Possiamo notare che questo discende da una delle costanti prima ricordate, perché il potere pubblico ha bisogno di consenso diffuso, anche quello esercitato dal governo più incline al ricorso alla violenza contro eventuali oppositori¹⁵⁹. Anche in una autocrazia, proprio per questo motivo, c'è attenzione da parte dei governanti per la cultura. Sia per la cultura intesa in una accezione assai lata, come sapere di sfondo della comunità civile (anzi, è facile che in una autocrazia si dia particolare risalto ad elementi del costume nazionale, specie se la sua coloritura ideologica è "nazionalista"); sia per la cultura in termini accademici e scientifici (basti pensare all'importanza generalmente accordata al progresso tecnologico). La promozione della cultura è propria anche dei Paesi

¹⁵⁸ Lo Stato totalitario del Novecento è una forma di autocrazia, «la dittatura totalitaria è un'autocrazia adattata alla società industriale del XX secolo»: C.J. FRIEDRICH, Z.K. BRZEZINSKI, *I caratteri del totalitarismo*, in AA.VV., *Il fascismo. Le interpretazioni dei contemporanei e degli storici*, a cura di R. De Felice, Roma-Bari, 1970, 526. L'autocrazia può del resto presentarsi in forme diverse nei differenti contesti storici.

¹⁵⁹ Cfr. I. KERSHAW, *Hitler e l'enigma del consenso*, trad. it. a cura di N. Antonacci, Roma-Bari, 2019, 113.

autocratici. Non v'è invece libertà della cultura. Di non molta libertà godono la ricerca e la didattica (anche laddove non si raggiungono gli estremi delle novecentesche "religioni del potere"¹⁶⁰). La sfera culturale è irreggimentata, sovente segnata da autorizzazioni e censure. Le diversità culturali sono generalmente soffocate.

Un Paese autocratico può essere animato da diverse ideologie (e perfino da quella liberista in ambito economico). Tuttavia pare che in ogni autocrazia prevalga l'esigenza di comprimere le libertà economiche nella misura indispensabile alla conservazione del regime¹⁶¹. L'autocrazia è caratterizzata da una attività di pianificazione dell'economia. La autonomia della sfera economica è compressa. La pianificazione si realizza con rilevante sacrificio delle libertà economiche (e non solo). La pianificazione, la funzionalizzazione dell'economia ai principi costituzionali, avviene sempre al prezzo delle libertà.

Nella sfera politica – in una autocrazia – non è ammesso il pluralismo: o si ha, anche dal punto di vista formale, la presenza di un unico partito considerato legittimo; oppure formalmente è ammessa la presenza di diversi partiti, ma di fatto il sistema politico è monopartitico. Questo partito ha una vocazione totalitaria, nel senso che tende a voler occupare – e talvolta occupa – per intero le istituzioni. È caratteristico della autocrazia che tendenzialmente il partito unico condizioni l'esercizio di tutte le pubbliche funzioni. In altre parole, l'autocrazia non conosce la distinzione tra organi politici e organi di garanzia. Tutti gli organi pubblici sono organi politici, rispondono alle direttive, alla ideologia del partito politico dominante, della forza politica egemone (si è scritto di «totale asservimento»¹⁶² degli organi della amministrazione e della giurisdizione)¹⁶³. Non c'è spazio per la

¹⁶⁰ Di «una vera religione del potere», condivisa da "bolsevisimo" e nazionalsocialismo, ha scritto F. FURET, *Il passato di un'illusione. L'idea comunista nel XX secolo*, Milano, 1995, 221 ss.

¹⁶¹ Con riferimento al XX secolo, si è sostenuto che elemento indefettibile della autocrazia (indipendentemente dalla ideologia dominante) sia «una direzione centralizzata dell'economia» (cfr. C.J. FRIEDRICH, Z.K. BRZEZINSKI, *op. cit.*, 530 ss.).

¹⁶² I. KERSHAW, *op. cit.*, 101.

¹⁶³ Le autocrazie novecentesche hanno mostrato a quali estremi possa arrivare l'asservimento dell'attività amministrativa e giudiziaria alla ideologia dominante: basti pensare all'interpretazione "secondo coscienza rivoluzionaria" dell'art. 58 del codice penale russo

libera critica dei governanti; al contrario il sistema è costruito a partire dall'idea di «un assoluto divario fra governanti e governati» e si considera quindi «assurdo sottoporre i primi, per presupposto qualitativamente superiori, ad una scelta o ad un controllo da parte dei secondi»¹⁶⁴). Fermi questi elementi comuni, la complessità delle strutture istituzionali delle autocrazie è notevolissima: infatti «le tipologie di questi regimi sono più ricche perché più ricca è la realtà di regimi non democratici, rispetto a quelli democratici»¹⁶⁵.

4.3. *La forma di Stato aristocratica*

Alcuni Paesi hanno una costituzione aristocratica. In questo caso è particolarmente forte l'esigenza di un approccio incentrato non semplicemente sulla costituzione formale. È difficile che un ordinamento si qualifichi come autocratico; ancor di più lo è che si qualifichi come aristocratico. Fino all'Ottocento, le costituzioni spesso stabilivano espressamente requisiti di censo ai quali subordinavano la partecipazione alla vita politica. Oggi questo è difficile che si verifichi¹⁶⁶. Ciò nondimeno agli aristocratici di oggi possono essere riferite per molti aspetti le parole rivolte da Chabod a quelli di fine XIX-inizio XX secolo: «Uomini il cui culto della libertà era veramente, profondamente religione. Ma uomini, anche, in cui la

descritta da A. SOLŽENITSYN, *Arcipelago Gulag 1918-1956. Saggio di inchiesta narrativa I-II*, trad. it. a cura di M. Olsufieva, Milano, 1974, 75 ss.

¹⁶⁴ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Introduzione al Diritto costituzionale comparato. Le "forme di Stato", le "forme di governo", le costituzioni moderne*, Milano, 1988, 92.

¹⁶⁵ S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010, 79.

¹⁶⁶ La qualificazione di un ordinamento come aristocratico può essere controversa e coinvolgere anche Paesi che tradizionalmente si definiscono democratici. Sappiamo, infatti, che in democrazia non tutte le disuguaglianze economiche devono essere cancellate. Ma è possibile qualificare democratico un ordinamento nel quale si rinviene una distribuzione della ricchezza talmente diseguale da superare di gran lunga quella propria, per fare un esempio, della Francia dell'antico regime? Riteniamo si possa rispondere di sì solo se si ritiene che questa disuguaglianza non sia incompatibile con la effettiva partecipazione di tutti i componenti della comunità politica alla dimensione culturale, economica e politica della convivenza associata [cfr. A. GORE, *Il mondo che viene. Sei sfide per il nostro futuro*, trad. it. a cura di D. Didero, Milano, 2013, 43), che scrive: «La ricchezza complessiva dei primi 400 americani – tutti miliardari – supera quella dei 150 milioni di loro concittadini che fanno parte del 50 per cento inferiore della popolazione. I cinque figli (più una nuora) di Sam e Bud Walton (i fondatori di Walmart) sono più ricchi dell'ultimo 30 per cento degli americani. In termini di reddito annuale, oggi l'1 per cento della popolazione statunitense incassa quasi il 25 per cento di tutto il reddito nazionale (solo un quarto di secolo fa era il 12 per cento)»].

libertà si riassume nei suoi aspetti morali e giuridici, senza che si scendesse molto a vedere quali basi di fatto occorressero perché la libertà di pensare e di agire potesse veramente essere di tutti e per tutti»¹⁶⁷.

Le costituzioni aristocratiche sono per lo più plutocratiche, cioè la minoranza abilitata a partecipare ai processi decisionali è individuata sulla base della ricchezza. Altre forme di aristocrazia non si riscontrano. La timocrazia, nella quale “i migliori” sono individuati sulla base degli onori militari, prende rapidamente le forme della autocrazia. Altre forme di aristocrazia, come quella tecnocratica, ancor meno frequentemente si affermano nella storia¹⁶⁸.

In una plutocrazia, non solo si promuove la cultura, ma anche la libertà della cultura. Non ci si preoccupa, però, che tutti possano – avendone la capacità – raggiungere i gradi più alti degli studi. Inoltre la libertà della cultura è garantita nella misura in cui sia strumentale alla concezione aristocratica della vita in comunità. Poiché oggi l'economia è economia di mercato, la plutocrazia ammette tanta libertà nella sfera culturale quanta è compatibile con le logiche di mercato. Tutte le idee e gli stili di vita sono ben accolte, purché non si tratti di idee e stili di vita che contestano la logica di mercato. I sistemi aristocratici si caratterizzano per un costante tentativo di indottrinamento della sfera culturale, in modo simile a quanto si rinviene nelle autocrazie. Si è scritto che «le oligarchie si avvalgono della potenza del denaro per comprare i mezzi di comunicazione di massa, collocarvi nei posti chiave i propri uomini, farli parlare con il linguaggio ad esse gradito, foraggiare certi partiti a scapito di altri, per condizionare gli elettori, i loro rappresentanti nei parlamenti, i programmi e le decisioni degli uomini di governo»¹⁶⁹.

In una plutocrazia, il mercato deve essere assolutamente libero. Oggi è il mercato – non il campo di battaglia – che seleziona i migliori. Essi si guadagnano – secondo

¹⁶⁷ F. CHABOD, *Storia della politica estera italiana*, I, *Le premesse*, Roma-Bari, 1951, 340.

¹⁶⁸ Tra i possibili esempi (per la verità, sempre problematici), secondo R. DAHL «il più efficace è quello della Repubblica di Venezia che durò, pur con alcuni cambiamenti, per circa otto secoli» (v. *Democrazia o tecnocrazia? Il controllo delle armi nucleari*, trad. it. a cura di E. Alessandrini, Bologna, 1987, 52).

¹⁶⁹ M.L. SALVADORI, *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Roma, 2015, 462.

questa mentalità – il godimento pieno ed effettivo di tutte le libertà consentite dal sistema (secondo Salvadori, «il neoliberalismo costituisce l'ideologia» delle aristocrazie contemporanee: una ideologia «che predica le pari opportunità per tutti ma le cui pratiche consentono a ristrettissime minoranze di impadronirsi in una maniera che non potrebbe essere più sproporzionata dei poteri decisionali e dei frutti della ricchezza»¹⁷⁰). Così la sfera economica domina sulle sfere culturale e politica. Se in autocrazia è la sfera politica che domina sulle altre, in aristocrazia è la sfera economica che domina sulle altre (vedremo che, in una democrazia, prevalenza ha invece la sfera culturale). Ovviamente il dominio della sfera economica consente di orientare anche l'esercizio del potere pubblico verso la conservazione dello *status quo*, così rendendo meno credibile il presupposto della mobilità economica che potrebbe essere richiamato per giustificare l'ordinamento costituzionale aristocratico: «*The political power purchased through wealth may allow economic elites to enact selfinterested policies that increase their wealth, and hence their political power. This dynamic creates a feedback loop of increasing inequality in both domains: the rich get richer; the powerful get more powerful*»¹⁷¹.

La sfera politica di una plutocrazia ammette il pluralismo, nella misura in cui i partiti siano espressione di una concezione della vita in linea con la costituzione e quindi con la logica di mercato. I partiti sono fazioni che si muovono entro la cornice delineata dalla costituzione. La plutocrazia può ammettere la distinzione tra organi politici e di garanzia, sebbene essa possa anche non aversi. Se presente, il controllo tra i poteri è maggiore e quindi l'aristocrazia si avvicina alla democrazia; se invece è assente, il controllo tra i poteri è minore, il sistema politico domina la sfera istituzionale nel suo intero e quindi l'aristocrazia si avvicina maggiormente alla autocrazia.

L'aristocrazia si giustifica sempre a partire dalla attribuzione a chi governa (pochi) di capacità superiori: per i suoi sostenitori, sarebbe quindi preferibile all'autocrazia, perché accoglierebbe in misura maggiore l'idea di un controllo tra i poteri, ma

¹⁷⁰ *Ibidem*, 489.

¹⁷¹ D.J. LAVINSON, *Looking for Power in Public Law*, in *Harvard Law Review*, 1/2016, 135.

anche alla democrazia perché i pochi possiederebbero qualità delle quali la massa sarebbe priva. Si ricordino le celebri parole attribuite a Megabizo: «In nessun modo è tollerabile che per sfuggire alla prepotenza di un tiranno si debba cadere sotto quella della plebe intemperante [...] è naturale che dagli uomini migliori vengano le decisioni migliori»¹⁷². Si direbbe, in termini moderni: “È naturale che dagli uomini che hanno compiuto grandi imprese in campo economico vengano le decisioni migliori per la comunità politica”.

4.4. La forma di Stato democratica

La democrazia, abbiamo visto, ha come sua idea cardine l'eguale dignità dei componenti della comunità politica. Il sistema istituzionale è costruito a partire da questa premessa e col fine di consentire a tutti i consociati l'effettiva partecipazione alla gestione della cosa pubblica. E, per ottenere questo obiettivo, deve rendersi effettiva anche la partecipazione alle altre sfere, diverse da quella politica, entro cui la convivenza sociale si articola. Le istituzioni democratiche necessitano di una società democratica e devono impegnarsi in una costante opera di trasformazione in senso democratico della società stessa.

La distinzione tra governanti e governati è sempre presente. Inoltre ci sono sempre persone escluse dalla partecipazione politica, in particolare dal diritto di voto. Quando in un Paese democratico il numero degli stranieri regolarmente residenti aumenta ma le leggi impediscono o ostacolano l'acquisizione della cittadinanza e quindi dei diritti politici, alla lunga si viene a creare una situazione difficilmente compatibile con la qualificazione democratica dell'ordinamento. Lo iato tra la comunità reale (popolazione) e comunità politica *de iure* (popolo) non può allargarsi troppo, fino al punto che una parte consistente della popolazione è esclusa dalla partecipazione politica pur facendo parte, di fatto, della comunità.

La sfera culturale in democrazia ha grande rilievo e in certo senso prevale rispetto alla sfera economica e a quella politica. Tanto che la democrazia è stata definita

¹⁷² ERODOTO, *Storie*, III (trad. it. cit., II, 107).

Stato di cultura¹⁷³ e la dottrina dello Stato (democratico) è stata ripensata come “Scienza della cultura”¹⁷⁴. Lo Stato democratico promuove la cultura e la libertà della cultura, senza vincoli ideologici di sorta. La libertà di manifestazione del pensiero è inviolabile. Questo può aprire le porte al relativismo. In democrazia tutte le opinioni vengono messe sullo stesso piano e si può sostenere che così facendo risulti perduto ogni legame tra libertà e “verità”. Le istituzioni democratiche tendono a riconoscere quanto più è possibile le diversità culturali, morali, religiose. Che questo debba tuttavia conciliarsi con il rispetto di alcune verità ritenute immodificabili, con tutti i problemi che ciò può comportare, è sempre stato rilevato. Scriveva Polibio: «Non si deve chiamare democrazia quel sistema nel quale la massa è padrona di fare tutto quel che vuole e ha in animo di fare; quello, invece, presso il quale vige la tradizione e la consuetudine di venerare gli dei, aver cura dei genitori, rispettare gli anziani, obbedire alle leggi, quando in tali comunità prevale l’opinione dei più, bisogna chiamarlo democrazia»¹⁷⁵. Tanta parte di questa morale (che convive con, e rafforza, l’ideale dell’eguale dignità di tutti i componenti della comunità politica) si forma spesso per via dell’esperienza, giudicata negativa, di ordinamenti autocratici o aristocratici: «E finché ancora sopravvivono alcuni di quelli che hanno sperimentato gli eccessi di potere, contenti del presente stato di cose attribuiscono il massimo valore all’uguaglianza e alla libertà di parola; ma quando subentrano i giovani e la democrazia viene a sua volta tramandata ai figli dei figli, allora, non tenendo più in gran conto, per abitudine, il valore dell’uguaglianza e della libertà di parola, desiderano avere più del popolo: sono soprattutto le persone eminenti per ricchezza che finiscono per avere questo atteggiamento»¹⁷⁶.

Il potere pubblico, in democrazia, si impegna a rendere effettiva la partecipazione di tutti alla sfera culturale, economica e politica. Pertanto il potere pubblico

¹⁷³ Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella costituzione italiana*, Napoli, 1961, 98.

¹⁷⁴ P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, trad. it. a cura di J. Luther, Roma, 2001, part. 71 ss.

¹⁷⁵ POLIBIO, *Storie*, VI (trad. it. cit., III, 271). L’Autore si riferisce ovviamente ad un ordinamento che noi non chiameremmo democratico, ma nel quale la partecipazione era più estesa che nelle aristocrazie o nelle monarchie.

¹⁷⁶ *Ibidem*, VI (trad. it. cit., III, 283).

interviene nella sfera economica, dal momento che le diseguaglianze economiche – che si convertono in diseguaglianze anche nella sfera della cultura e della politica – ostacolano una partecipazione effettiva («le disparità di reddito e di ricchezza hanno buone probabilità di generare altre diseguaglianze»¹⁷⁷). In democrazia vi deve essere programmazione dell'attività economica, nel lungo periodo; l'intervento pubblico è nel senso della redistribuzione della ricchezza e quindi del contrasto alle diseguaglianze, opera come fattore permanente di «modificazione della struttura sociale»¹⁷⁸. Si può dunque dire che «la democrazia richiede che la proprietà non abbia valenza politica»¹⁷⁹. Tuttavia la democrazia non vuole cancellare tutte le diseguaglianze.

L'intervento pubblico non è nemico della libertà del mercato, anzi è concepito per la libertà del mercato. Cioè per rendere il mercato effettivamente concorrenziale e quindi partecipabile. La lotta ai monopoli e agli oligopoli è uno dei tratti distintivi della democrazia. Le diseguaglianze economiche vengono contenute, non eliminate. La democrazia si propone di cancellare soltanto quelle diseguaglianze che siano incompatibili con l'effettiva partecipazione di ciascun componente della comunità all'organizzazione culturale, economica e (soprattutto) politica della comunità.

Quanto alla sfera politica, la democrazia si caratterizza per un sistema politico pluralista e rispetto al quale l'ordinamento non pone controlli di tipo ideologico (anche se non mancano delle eccezioni). Anche quando questi controlli vengano previsti, sono generalmente scarsamente effettivi. Senza consenso spontaneo, la democrazia (come qualsiasi altra forma di Stato) è destinata a crollare. In democrazia si deve realizzare la separazione tra organi politici e organi di garanzia. Se in una aristocrazia ciò può aversi, in una democrazia deve. La sfera istituzionale è segnata in profondità dall'equilibrio tra i poteri e questo implica che una parte degli organi pubblici sia separata dal sistema politico, inteso come sistema dei partiti. Nell'esercizio delle funzioni pubbliche loro assegnate, questi organi

¹⁷⁷ R. DAHL, *Sull'eguaglianza politica*, trad. it. a cura di A. Cesarini Patrono, Roma-Bari, 2007.

¹⁷⁸ A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 48.

¹⁷⁹ M. WALZER, *Sfere di giustizia*, trad. it. a cura di G. Rigamonti, Roma-Bari, 2008, 298.

inevitabilmente esprimeranno giudizi soggettivi di valore, ma saranno chiamati ad operare in modo imparziale anzitutto rispetto ai programmi e agli interessi di questo o quel partito. Al contrario, gli organi politici sono quelli nei quali soltanto i partiti si traducono; gli esponenti dei partiti, nel ricoprire cariche pubbliche politiche, determinano l'indirizzo politico in un contesto dialettico, caratterizzato da un confronto tra le ragioni della maggioranza (di chi sta al governo) e dell'opposizione (di chi al governo si oppone)¹⁸⁰. Poiché l'alternanza al governo è considerata un valore in democrazia, l'azione dell'esecutivo non potrà avere in questo contesto la stessa continuità che in contesti di tipo aristocratico o autocratico.

La responsabilità politica è una categoria fondamentale per la comprensione della democrazia («Nel sistema dell'ideologia democratica il problema della creazione dei capi sta al centro di considerazioni razionali. La direzione esercitata dai capi non rappresenta un valore assoluto, ma un valore del tutto relativo: il capo appare come "capo" soltanto per un certo tempo e secondo certi punti di vista; egli è, per il resto, uguale agli altri ed è soggetto alla critica»¹⁸¹). Essa assume talvolta forme "istituzionalizzate", ma è anzitutto responsabilità di fronte alla pubblica opinione. La sfera sociale, nel suo complesso, si caratterizza come una sfera pubblica critica, entro la quale le questioni di interesse collettivo devono essere discusse mediante il metodo della argomentazione democratica. Gli organi politici – se si considera la loro azione in rapporto alla sfera pubblica – non sono privi di "forza garantista", perché stimolano il discorso pubblico e danno risposta (gli elettori giudicheranno se in maniera soddisfacente o meno) agli interessi che emergono dal contesto sociale di riferimento.

¹⁸⁰ In una democrazia «dal complesso sistema delle libertà, delle norme programmatiche nonché dalle conseguenti regole organizzative emerge un quadro di società aperta nella quale la funzione di opposizione, nella coerenza dei valori fondanti, non può che essere garantita per lo svolgimento di ogni funzione di direzione politica dello Stato» (così A. SAITTA, *L'oscillazione del pendolo. Maggioranza e opposizioni nella democrazia costituzionale italiana*, Milano, 2004, 11).

¹⁸¹ H. KELSEN, *Democrazia e cultura*, cit., 97.

4.5. Ulteriori considerazioni sulle forme di Stato

Nel considerare le costituzioni reali abbiamo sottolineato che ciascuna forma di Stato ospita, in misura maggiore o minore, forme di controllo tra i poteri.

Il controllo tra i poteri è crescente man mano che si consideri la autocrazia, la aristocrazia e la democrazia. In una autocrazia la divisione dei poteri è minima. In una democrazia è massima.

Non diversamente, possiamo adesso aggiungere che il principio di maggioranza opera massimamente in democrazia; ha una operatività intermedia nel contesto aristocratico e minima in quello autocratico. In una democrazia, più spesso che nelle altre forme di Stato, le decisioni vengono prese a maggioranza e nel caso delle decisioni popolari il principio di maggioranza è impiegato in collegi più ampi (si tenga presente che dal nostro punto di vista il principio di maggioranza implica la votazione e quindi la libertà del voto, che non si riscontra su larga scala in una autocrazia, ove pure possono aversi plebisciti)¹⁸².

La tolleranza per le diversità e il riconoscimento del pluralismo è crescente nelle tre forme di Stato che abbiamo considerato (nell'ordine, autocratica, aristocratica e democratica). È minima, cioè, nel contesto di una autocrazia, massima in una democrazia.

Il ricorso alla guerra è minimo in democrazia. La vocazione pacifista di alcune costituzioni del secondo dopoguerra è particolarmente evidente (Italia, Germania, Giappone). Ciò dipende forse anche dal modo in cui coloro che ricoprono cariche politiche sono chiamati a rispondere delle loro scelte dinnanzi agli elettori. Questo non toglie che anche i Paesi democratici operino militarmente. Inutile dire che, all'opposto, la autocrazia si caratterizza per un più facile ricorso alla violenza, anzitutto per via della concentrazione del potere e dell'assenza di una sfera pubblica critica.

¹⁸² La democrazia si è sempre configurata come democrazia rappresentativa. L'idea di una democrazia diretta di tipo telematico rischia di condurre, ove tradotta in pratica, ad una autocrazia. La democrazia rappresentativa è sempre a rischio di deriva demagogica e quest'ultima diverrebbe inevitabile in presenza di consultazioni plebiscitarie anche con le nuove modalità offerte dal progresso tecnologico.

La distinzione classica (monarchia, aristocrazia, democrazia) conserva la sua vitalità. In termini “moderni” potrebbe essere così riproposta: autocrazia, plutocrazia e democrazia rappresentativa. La sostanza non cambia. Senz’altro possono proporsi altre utili classificazioni, ad esempio avendo riguardo alla misura dell’intervento pubblico nella sfera economica o al modo in cui si atteggia il controllo (orizzontale e verticale) tra i poteri. Tuttavia la più antica delle classificazioni ci sembra la più importante perché, in certo senso, assorbe tutte le altre. Dal nostro punto di vista, infatti, “Stato sociale” può essere tanto una democrazia quanto una autocrazia; “Stato di diritto”, “Stato costituzionale”, “Stato federale/regionale” può essere tanto una aristocrazia quanto una democrazia. Se diciamo, però, “Stato democratico” nel concetto è compreso che si deve trattare di un ordinamento caratterizzato dall’intervento del pubblico potere nella sfera economica per ridurre le diseguaglianze e da una forte divisione dei poteri in funzione del controllo reciproco...

La tripartizione monarchia-aristocrazia-democrazia nel mondo antico non era semplicemente quantitativa, ma anche qualitativa. Cioè per ciascuna forma, gli antichi distinguevano una variante “buona” ed una “cattiva” (degenerata)¹⁸³. Ciascuna forma di Stato può degenerare e se il processo degenerativo non si arresta la forma di Stato cambia. Tuttavia gli antichi non si accontentavano della semplice descrizione, pertanto sposavano una «classificazione a sei costituzioni (di cui tre buone e tre cattive)», che «deriva dall’incrociarsi di due criteri di classificazione, l’uno rispondente alla domanda “Chi governa?” e l’altro rispondente alla domanda “Come governa?” (e s’intende come governa colui o coloro rispettivamente designati dalla risposta alla domanda “Chi?”»¹⁸⁴.

Orbene, per distinguere le forme buone e le forme cattive abbiamo bisogno di giudicare a partire da una idea di giusta costituzione. Tale idea dovrebbe prescindere dal “chi” e basarsi soltanto sul “come”. Sulla base di quanto si è detto in precedenza, non possiamo seguire gli antichi su questa strada. Si vede allora

¹⁸³ F. LANCHESTER, voce *Stato (forme di)*, cit., 809.

¹⁸⁴ N. BOBBIO, *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Torino, 1976, 13.

come il discorso sulla costituzione come idea sia fittamente intrecciato a quello sulla costituzione come realtà.

Si potrebbe dire che se non distinguiamo tra forme buone e cattive, la nostra classificazione è meramente quantitativa. Non ci pare, però, che così stiano le cose. Abbiamo provato a mostrare come, al contrario, l'opzione per "il governo di uno", "di pochi" o "di tutti" si leghi ad un preciso conseguente assetto delle relazioni tra potere pubblico e società (che va ben oltre il dato, per così dire, "numerico").

C'è poi un altro aspetto per il quale sentiamo di allontanarci dall'impostazione più risalente. Quest'ultima, come noto, faceva passare in secondo piano la questione della relazione tra i poteri dello Stato, che oggi siamo soliti indicare con la locuzione "forma di governo". Si tratta di un aspetto unanimemente considerato di centrale rilievo. Non potremmo che essere d'accordo in proposito. Ciò nondimeno, una riflessione sulle forme di governo, entro le differenti forme di Stato, esula dagli intenti di questo scritto.

Tra le possibili obiezioni a quanto qui sostenuto, immaginiamo le seguenti:

- 1) Dobbiamo liberarci di vecchie categorie: non bisogna riportare la realtà di oggi a vecchie categorie, ma elaborarne per essa di nuove;
- 2) È inutile classificare, se non sappiamo ciò che è giusto;
- 3) La convinzione di sapere ciò che è giusto deve orientare lo studio delle forme di Stato perché ha avuto un effetto benefico dal punto di vista storico;
- 4) È inutile chiedersi cosa sia giusto, se poi la classificazione delle forme di Stato e lo studio delle costituzioni reali è indipendente dalla risposta a questa domanda.

Inutile dire che speriamo di aver già offerto argomenti contro queste obiezioni, ma può essere utile soffermarsi – sia pure molto sinteticamente – su di esse in conclusione.

- 1) La prima obiezione coglie nel segno solo quando le vecchie categorie sono inadeguate a comprendere la realtà o possono essere giudicate meno idonee rispetto ad altre nuove. Nel caso delle forme di Stato ciò, a nostro avviso, non succede (sebbene, come detto, non manchino differenze tra il nostro

approccio e quello più risalente). Bisogna fare attenzione a non fare come il marchese del Grillo che non riconoscendo il valore dei mobili antichi li spaccava e usava il legno per il camino.

- 2) La seconda obiezione implica che lo studio della costituzione come realtà non possa che servire (e seguire) la definizione della giusta costituzione. Se non sappiamo cos'è giusto – neppure dopo «la collera» per Auschwitz, neppure dopo aver sperimentato «l'inferno reale della malvagità umana»¹⁸⁵ – non solo la nostra azione, ma il nostro stesso impegno culturale potrebbe dirsi destituito di fondamento.

A questo punto è chiaro che, a parer nostro, le ragioni del dubbio conducono ad una cultura umile, non all'inerzia, non al vivere come le piante (secondo l'ingenerosa accusa di matrice aristotelica spesso rivolta agli scettici)¹⁸⁶. Aggiungiamo allora soltanto – e il fatto può essere significativo anche per il non credente – che non è detto che l'uomo debba trovare il fondamento del giusto e dell'ingiusto, del bene e del male, in se stesso, nelle dimostrazioni e nelle costruzioni della propria “ragione”.

A prescindere da quale sia la giusta costituzione, poi, lo studio delle costituzioni reali è un valore in sé perché è un contributo alla *vita memoriae*, alla storia. È cioè una testimonianza, per quanto imperfetta, da trasmettere alle generazioni future. Questo porta con sé non solo la consapevolezza che nei loro lineamenti fondamentali le vicende umane tutte si rassomigliano, ma anche – e pertanto abbiamo detto “valore in sé” – una speranza, la speranza che altri leggano, giudichino, critichino. È la speranza dell'avvenire.

- 3) La terza obiezione fa leva sull'effetto benefico che il costituzionalismo metafisico ha avuto dal punto di vista storico. Le rivoluzioni che hanno segnato la storia costituzionale – si potrebbe dire – non avrebbero mai potuto verificarsi a partire dalle ragioni del dubbio. È una tesi, questa, che

¹⁸⁵ T. W. ADORNO, *Dialettica negativa*, trad. it. a cura di P. Lauro, Torino, 2004, 325.

¹⁸⁶ L'accusa è ingenerosa anche verso le piante, le quali sono tuttavia più spesso usate in positivo come termine di paragone: basti pensare a GV, 15, 5 («Io sono la vite, voi i tralci»).

implica un giudizio non da poco su ciò che è stato determinante nel corso della storia. È come se si dicesse, molto del “buono” che c’è oggi nelle democrazie contemporanee (o più ampiamente, nelle costituzioni contemporanee) viene da (quelle che dal nostro punto di vista sono) presunzioni metafisiche. Sarebbe forse meglio sospendere il giudizio anche su questo. Il marinaio può anche credere che sia stato il legno della barca a trarlo in salvo nella tempesta, ma chi conosce il mare in genere crede che non sia il legno che salva...

- 4) La quarta obiezione non tiene conto che non abbiamo aderito al dogma dell’avalutatività. L’indagine sulla costituzione ideale deve continuare, non può non continuare. A nostro avviso, questa è la condizione dell’uomo. Non può smettere di interrogarsi su ciò che è giusto e su ciò che non lo è, è un essere normativo, ma al tempo stesso non ha certezze razionali in proposito. Rifugiarsi nella “pura descrizione” delle costituzioni reali è per noi una aspirazione illusoria. Inoltre questo implicherebbe consegnare ogni giudizio di valore al dominio dell’irrazionale, mentre la discussione razionale su ciò che è giusto deve continuare. Non perché, a parer nostro, possa condurre a certezze, ma proprio in quanto ci sembra (quasi preordinata a) produrre nell’uomo (che ama il sapere) la consapevolezza dei limiti della propria finita ragione.