

L'IRCO CERVO

PRIMA RIVISTA ELETTRONICA ITALIANA DI METODOLOGIA GIURIDICA - TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E DOTTRINA DELLO STATO
FIRST ITALIAN DIGITAL JOURNAL OF LEGAL METHODOLOGY · GENERAL THEORY OF LAW AND DOCTRINE OF THE STATE

La scomparsa della sovranità. Sul costituzionalismo come ideologia e mitologia¹

Omar Chessa

Università degli Studi di Sassari

Abstract: The Disappearance of Sovereignty. On Constitutionalism as Ideology and Mythology

The essay examines the relationship between “sovereignty” and “constitutionalism”, trying to show why the two concept are not inconsistent and to demythologize the way the second one is seen and portrayed by the majoritarian legal and political culture.

Keywords: Sovereignty, Constitutionalism, Constitution, Separation of Powers, Rule of Law.

Sommario: 1. Le tesi di fondo. – 2. Il carattere assoluto della sovranità legislativa nella monarchia costituzionale. – 3. *Gubernaculum et iurisdictio*. – 4. Dalla sovranità monarchica alla sovranità aristocratica. – 5. Il costituzionalismo come *rule of law*. – 6. Il costituzionalismo come divisione/separazione dei poteri. – 7. Sovranità legislativa, *judicial review of legislation* e principi supremi. – 8. Costituzionalismo e sovranità. – 9. Il caso del costituzionalismo britannico. – 10. Costituzionalismo e diritti fondamentali. – 11. Il mito del progresso.

1. Le tesi di fondo

Nella letteratura giuspolitica degli ultimi venti anni va per la maggiore la tesi secondo cui “da un punto di vista filosofico, la sovranità è, ed è sempre stata, incompatibile col *rule of law* e con lo stesso diritto costituzionale”, da cui discende inoltre il corollario che “la sovranità e il governo costituzionale sono reciprocamente esclusivi”².

¹ Questo saggio sarà pubblicato anche nel *Liberamicorum* in onore di Agostino Carrino, in formato cartaceo e con un titolo parzialmente diverso.

² P. Eleftheriadis, “Law and Sovereignty”, in *Law and Philosophy*, 29 (2010) n. 5, pp. 538 e 539 (traduzione mia). Essendo una tesi particolarmente diffusa, Eleftheriadis non è il solo a proporla.

La tesi proposta da questo mio breve saggio, invece, si muove in direzione opposta e si articola nelle seguenti proposizioni:

a) il costituzionalismo, inteso come limitazione giuridica del potere, come “tecnica giuridica della libertà”³, è formula fuorviante, che appartiene più alla mitologia che alla fenomenologia giuspolitica.

b) il costituzionalismo è un’*ideologia*, cioè un insieme di enunciati la cui funzione storica è stata quella di giustificare il transito a regimi politici i cui caratteri costituzionali non corrispondevano ai principi del costituzionalismo se non in modo parziale e assai limitato.

c) Le istanze ideali e le soluzioni tecniche offerte dal costituzionalismo corrispondono nella sostanza a quelle che già potevano rinvenirsi in fasi storiche “pre-costituzionalistiche”, per così dire, o in pensatori comunemente ascritti tra i “nemici” del costituzionalismo. Difatti, dentro la distinzione tra *sovranità* e *governo*, che ricorre costantemente nella storia del pensiero giuspolitico dal diritto romano fino a Rousseau (comprendendo Bodin e Hobbes), è possibile tenere concetti spesso ricondotti al costituzionalismo, come la divisione/separazione dei poteri e il *rule of law*.

d) La contrapposizione concettuale tra costituzionalismo e sovranità, in nome dei diritti fondamentali e del controllo giudiziale di costituzionalità delle leggi, è un *adagio* di recente formazione, non solo estraneo alle esperienze costituzionali che, nella ricostruzione storica prevalente, hanno caratterizzato la stagione del costituzionalismo, ma anche – a ben guardare – sprovvisto di conferme e agganci solidi nelle prassi giuridico-positive del presente.

e) In conclusione, alla dogmatica legata alle formule di Stato, popolo e sovranità, si sarebbe sostituita una “dogmatica del costituzionalismo”, non meno ideologica di quanto sia considerata (a torto) la precedente⁴.

Sono asserzioni dall’effetto indubbiamente urticante, che alla sensibilità maggioritaria degli studiosi (e non solo) appariranno subito come un’eresia inaccettabile e pericolosa, da scacciare con una pronta reazione di rifiuto. La speranza dello scrivente è che l’irritazione del lettore sia attenuata, se non proprio del tutto eliminata, dalle argomentazioni che saranno offerte nelle pagine seguenti.

L’elenco completo dei suoi sostenitori sarebbe, però, troppo lungo. Nel corso del saggio darò conto di alcuni. Per quanto riguarda l’Italia, va ricordato soprattutto Nicola Matteucci.

³ N. Matteucci, “Costituzionalismo”, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Utet, Torino, 1983, p. 24.

⁴ Specialmente se – come fece N. Matteucci, “Positivismo giuridico e costituzionalismo”, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, (1963) n. 3, pp. 992-993, nt. 6 – alle teorizzazioni dei concetti di “popolo”, “sovranità” e “Stato”, ritenuti “metafisicizzanti”, si contrappone polemicamente un’idea di costituzione come atto che sta “al di sopra di tutti [...] e il cui fondamento non può non essere diverso dalla volontà e dal potere”: idea, a ben vedere, non meno “metafisicizzante” dell’approccio criticato.

2. Il carattere assoluto della sovranità legislativa nella monarchia costituzionale

Per il “costituzionalismo” (liberale) la sovranità si può limitare e dividere, sino al punto di espungere dall’assetto costituzionale un potere propriamente definibile come “sovrano”. Si ripete sempre che nella storia delle idee e delle pratiche politico-costituzionali il costituzionalismo seguirebbe alla fase dell’assolutismo, sebbene si aggiunga che le sue radici siano già nel medioevo: è una narrazione storica trionfale, che celebra le *magnifiche sorti umane e progressive* e che perciò condanna l’epoca delle sovranità assolute – ivi comprese le sovranità assolute connesse alla “libertà degli antichi” – come un errore da non ripetere.

Ma si deve squarciare il velo dell’ideologia e della mitologia. La logica istituzionale della monarchia costituzionale (e parlamentare) ottocentesca era quella di separare il potere esecutivo della Corona da quello legislativo, affidando quest’ultimo a un organo complesso, composto dallo stesso monarca e dalle camere. Sulla scia di una tradizione consolidata si può descrivere questo passaggio come quello che dalla sovranità assoluta condusse alla sovranità limitata. Però va precisato che la limitazione concerneva solamente il governo regio, che infatti era sottoposto alla legge scaturente dal concorso tra re e camere e quindi soggetto al controllo giudiziale di legalità. Quanto alla sovranità legislativa, era condivisa tra corona e parlamento, nel senso che per l’approvazione della legge era necessario il consenso di tre organi: il re, la camera alta e la camera bassa, secondo il principio che in Inghilterra prese il nome di *King in Parliament* e che a giudizio di Sartori agiva come fattore di limitazione intrinseca della funzione legislativa⁵. Tuttavia, che più organi partecipassero con uguale titolo all’esercizio del potere di legiferare non cancellava il fatto che esso rimanesse onnipotente sotto il profilo sostanziale, potendo assumere qualsiasi contenuto normativo senza limitazioni giuridiche di sorta: di sovranità (legislativa) limitata poteva perciò parlarsi soltanto in senso procedimentale.

3. *Gubernaculum et iurisdictio*

Questa ricostruzione è confermata dalla distinzione d’origine medievale tra “*gubernaculum et iurisdictio*”, assunta da tempo quale nucleo generatore del costituzionalismo garantista⁶. Infatti, riguarda una divisione di compiti e soggettività che è tutta interna alle magistrature ed estranea alla sovranità propriamente intesa. Non è casuale che tutti gli esempi storici di *gubernaculum* lo identifichino col potere regio e che negli argomenti sviluppati con riferimento alla fase moderna sia sempre inteso come “potere esecutivo”.

Ad esempio, si osserva che la limitazione giuridica delle prerogative regie

⁵ G. Sartori, “Costituzione”, in Id., *Elementi di teoria politica*, il Mulino, Bologna, 1987, pp. 13-14.

⁶ C.H. MacIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), trad. it., *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990, *passim*.

sostanzianti il *gubernaculum* si realizza compiutamente allorquando “i rappresentanti in Parlamento del popolo inglese” giungono a esercitare “un controllo legale e politico sul governo, sufficiente a proteggere [i] diritti dagli abusi regali”⁷. Il concetto è ribadito subito dopo, dove si precisa che “il processo di rafforzamento e di garanzia dei diritti individuali contro l’arbitrio governativo fu completo soltanto quando [...] fu aggiunto il positivo controllo politico del governo da esercitarsi da parte dei rappresentanti del popolo in Parlamento. In questo momento la responsabilità giuridica fu rafforzata dalla responsabilità politica; e il popolo ebbe così il potere di licenziare un ministro perché ne disapprovava la politica”⁸. Che il *gubernaculum* equivalga solamente a “governo in senso stretto è inoltre provato dai numerosi passi nei quali si afferma che la separazione con la *iurisdictio* richiede “tribunali liberi dal potere esecutivo” e che si regge “sull’indispensabilità dei limiti legali al potere esecutivo e sul controllo di tali limiti mercé tribunali indipendenti”⁹. Insomma, il *gubernaculum* non è la sovranità legislativa.

A ben vedere, la separazione tra *gubernaculum et iurisdictio* si realizza allorquando si compie una traslazione della sovranità legislativa dal monarca all’assemblea aristocratica (solo parzialmente elettiva): nel momento in cui il re perde la titolarità esclusiva del potere legislativo sovrano ma conserva il potere di esprimere il “governo” (cioè il *gubernaculum*) si crea la condizione affinché la *iurisdictio* (in origine una parte del “governo” in senso lato) possa controllare gli atti governativi regi in base alla legge sovrana. Si trattava, evidentemente, di una condizione che non poteva realizzarsi fintantoché il re avesse sommato al potere di nominare i *Publicque Ministers*¹⁰ l’esclusività del potere legislativo sovrano: essendo l’atto regio espressione di “sovranità” oltre che di “governo”, era impensabile che un giudice potesse sindacarne il contenuto.

4. Dalla sovranità monarchica alla sovranità aristocratica

Fu dunque il passaggio dalla sovranità monarchica alla sovranità aristocratica a produrre la separazione tra *gubernaculum* e *iurisdictio* e non certo l’esigenza di tutela dei diritti (salvo di quelli connessi alla condizione aristocratica: tutelati, per l’appunto, mediante la partecipazione “aristocratica” all’esercizio del potere legislativo, i cui atti, per il tramite della *iurisdictio*, s’imponivano al *gubernaculum* regio, ormai spodestato dalla titolarità esclusiva della sovranità legislativa). Quella che una pubblicistica influente descrive da secoli come una lotta contro l’assolutismo in nome dei principi di libertà e limitazione del potere, cioè del *costituzionalismo*, fu invero la lotta per sostituire la sovranità di “un solo uomo” con la sovranità di “pochi uomini”: un fenomeno che non era certo nuovo nella storia, in cui si assiste

⁷ C.H. MacIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, cit., p. 153.

⁸ *Ivi*, p. 153.

⁹ *Ivi*, p. 156.

¹⁰ Per dirlo con la terminologia di T. Hobbes, *Leviathan*, 1651, trad. it.. *Leviatano*, Bur, Milano, 2011, p. 254.

costantemente, dacché esistono le società umane politicamente organizzate, al continuo scambio tra le diverse sovranità di uno solo, dei pochi e dei molti (le tre forme di sovranità, secondo una tradizione che muove dai tempi antichi fino a Bodin, Hobbes, Locke, Rousseau).

Ovviamente con ciò non si vuole sminuire il fatto che tra le decine di migliaia di persone che, in tutta l'Europa del 1848, parteciparono alla "Primavera dei Popoli", moltissime fossero animate da un genuino sentimento di giustizia e dall'intento di realizzare una società di persone libere e uguali. Fu anche grazie alla loro mobilitazione che in molti Paesi i monarchi concessero la costituzione rassegnandosi a dover condividere la sovranità legislativa con assemblee elettive: il transito dalla sovranità monarchica alla sovranità aristocratica elettiva fu, senza dubbio, un avanzamento di civiltà. Ma deve essere chiaro che le rivoluzioni politiche mirano sempre a un cambio di sovranità e non già al risultato di una "limitazione giuridica del potere". Non esiste pertanto la differenza, tra una tradizione (francese) della "monarchia assoluta", caratterizzata dalla pienezza della sovranità, e una tradizione (inglese) della "monarchia limitata", in cui sarebbe assente la sovranità piena¹¹: quella cui si riferiscono le opere medievali inglesi di Henry de Bracton e John Fortescue è in realtà una situazione costituzionale di "sovranità aristocratica", in cui la fonte normativa apicale è lo *statute* approvato dal *King in Parliament*¹².

5. Il costituzionalismo come *rule of law*

Un altro cardine del costituzionalismo è il *rule of law*, tanto che spesso sono identificati. Tuttavia, quand'anche il costituzionalismo fosse antitetico alla sovranità, lo stesso non potrebbe dirsi del *rule of law*: qui non vale la proprietà transitiva. Difatti, non solo questo principio è compatibile con la presenza di un potere sovrano (a condizione che questo sia inteso, classicamente, come potere legislativo sovrano), ma inoltre è indifferente al fatto che esso sia di uno (monarchia), di pochi (aristocrazia) o di molti (democrazia). E ciò per la semplice ragione che il *rule of law* ha a che fare non già coll'organizzazione e i compiti della sovranità, bensì col "governo in senso lato", inteso quale dimensione del potere pubblico comprensiva di tutto ciò che è distinto dalla funzione legislativa ultima.

Una costante del pensiero giuspolitico è l'idea che la legislazione sovrana vincoli tutti i *Publique Ministers* non meno dei comuni cittadini/sudditi; e che le magistrature debbano esercitare le competenze pubbliche (normative, amministrative, giudiziali, ecc.) nel rispetto (e su autorizzazione) del potere legislativo

¹¹ Come invece era affermato da N. Matteucci, *Costituzionalismo*, cit., pp. 256-257.

¹² E non la consuetudine immemorabile, come invece era asserito da N. Matteucci, *ivi*, p. 257, visto che la volontà della *Crown* e delle *Houses* poteva sempre modificare la norma consuetudinaria e considerato che comunque la consuetudine era tale in quanto dichiarata dalle corti di giustizia, al vertice delle quali stava il *King in Parliament* quale *Higher Court* (su cui si veda C.H. MacIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy. An Historical Essay*, Yale University Press, New Haven, 1910, *passim*).

sovrano, sicché chiunque sia colpito da atti di magistratura adottati in dispregio delle normazione sovrana ben potrebbe eccepirne l'invalidità (come, ad esempio, è detto molto chiaramente da Thomas Hobbes). Può obiettarsi che ciò in realtà varrebbe solo da una certa fase storica in poi, precisamente a partire dall'emersione e affermazione della distinzione tra "*gubernaculum et iurisdictio*", come argomenta MacIlwain. Ma sul punto bisogna fare chiarezza. Come già si è accennato, il *gubernaculum* e la *iurisdictio* indicano articolazioni e funzioni interne all'ambito delle magistrature, cioè dei *Publique Ministers* e quindi del "governo" in senso lato. Pertanto non riguardano la sovranità legislativa, che infatti è estranea sia al *gubernaculum* che alla *iurisdictio*, ponendosi al di sopra dell'uno e dell'altra. Non era un caso che la possibilità del controllo giurisdizionale sugli atti del *gubernaculum* regio acquistasse particolare evidenza in Inghilterra in correlazione all'affermazione della sovranità aristocratica del *King in Parliament* in luogo della sovranità monarchica (cioè del solo *King*): per effetto di questa traslazione del potere legislativo ultimo gli atti imputabili solamente alla Corona dovevano considerarsi manifestazione di *gubernaculum* e non già di sovranità, di talché erano anch'essi sottoposti alle norme sovrane sancite dagli *statutes* approvati col concorso delle *Houses*.

Al contrario, negli Stati retti da forme monarchiche di sovranità legislativa, come tradizionalmente fu per tanti secoli la Francia – stando alla ricostruzione offerta da Bodin – era più difficile da apprezzare la differenza tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, sebbene fosse anche qui presente nei suoi lineamenti essenziali. Per un verso il re esercitava il potere legislativo ultimo e nominava le magistrature (apicali) di governo, ma per l'altro verso restava comunque fermo che gli atti di *gubernaculum* dei *Publique Ministers* fossero soggetti alla normazione sovrana e quindi potenzialmente invalidabili da pronunce giudiziali. Il *rule of law* vigea, dunque, anche nel quadro di uno Stato monarchico (caratterizzato dalla "sovranità di uno solo").

Un altro filone di pensiero tende a identificare il *rule of law*, e quindi il costituzionalismo (o perlomeno le sue istanze ideali), con la prevalenza del diritto giurisprudenziale sul diritto legislativo, cioè – per dirlo con terminologia anglosassone – del *common law* sullo *statute law*. Il costituzionalismo liberale, nella sua ispirazione più autentica, sarebbe perciò contrario al "legicentrismo"¹³. Non è questa la sede per criticare sul piano assiologico-normativo le teorie sull'ordine spontaneo del diritto¹⁴. Qui osservo solo che esse hanno contribuito a ingenerare un equivoco grave, soprattutto circa la natura del sistema giuridico-costituzionale britannico, il quale troppo spesso è descritto come se postulasse la superiorità del *common law* sullo *statute law*: superiorità che confermerebbe l'adesione profonda degli inglesi

¹³ È doveroso ricordare, per questo indirizzo di pensiero, i nomi di B. Leoni, *Freedom and the Law*, trad. it. *La libertà e la legge*, liberilibri, Macerata, 1995, pp. 97-99, e F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano, 1994, spec. pp. 93-180.

¹⁴ Rinvio alle osservazioni critiche che, con riguardo al pensiero di Hayek, svolgo in O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 206-216, spec. pp. 214-215.

agli ideali del *rule of law* e del costituzionalismo, nonché il loro rifiuto del modello hobbesiano.

In realtà, per capire la logica istituzionale del sistema britannico bisogna prendere le mosse dal pensiero di Thomas Hobbes, il quale non considerava il *common law* “un cumulo di finzioni”¹⁵; cioè, non negava l’esistenza e la legittimità del diritto giurisprudenziale, che infatti ricollegava alla legge naturale, cioè a quel diritto naturale di ragione che è incorporato nella “legge civile” e che è riassumibile “da questa sola sentenza, approvata da tutto il mondo, *Non fare ad altri quello che tu pensi sia irragionevole che altri facciano a te stesso*”¹⁶. Piuttosto, riteneva che il diritto dei giudici, pur pienamente vincolante, fosse però subordinato al diritto legislativo. Nella visione hobbesiana lo *statute law* e il *common law* sono entrambi fattori costitutivi dell’ordinamento giuridico, ma con la netta sovra-ordinazione del primo sul secondo: una posizione che era, sì, agli antipodi rispetto a quella espressa da Edward Coke nel *Bonham’s case*, ma che è quella su cui si basa da secoli l’ordinamento del Regno Unito, dove ancora oggi la sovranità legislativa del *Parliament* sta a significare proprio questo: che l’ultima parola spetta alla legge parlamentare e non alla sentenza giudiziale¹⁷.

6. Il costituzionalismo come divisione/separazione dei poteri

Un’altra declinazione notissima del costituzionalismo è il principio della divisione/separazione dei poteri o delle funzioni.

Dentro questa formula, però, ritroviamo almeno due distinte logiche istituzionali: la prima possiamo definirla come divisione/separazione *funzionale*, cui però corrisponde una connessione *organica*; la seconda come divisione/separazione *organica*, che si associa però a una connessione *funzionale*. La prima è tipica dei governi parlamentari contemporanei, dove tra parlamento e governo, nonostante le divisioni funzionali, esiste il forte collegamento politico-istituzionale espresso dal rapporto fiduciario. La seconda, invece, appartiene tipicamente al modello presidenziale statunitense, dove alla rigida separazione organica tra Presidente, Camera dei rappresentanti e Senato fa da contraltare un robusto collegamento funzionale, specialmente del potere legislativo (il cui esercizio, infatti, richiede la sostanziale compartecipazione di tutti e tre gli organi): è un sistema di *checks and balances*, nel quale *separated institutions competing for shared powers*¹⁸.

¹⁵ Secondo il giudizio che invece gli attribuisce M. Barberis, “Possono governare, le leggi? Il dilemma del rule of law”, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L’ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 19-20.

¹⁶ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., p. 287.

¹⁷ Per queste ragioni reputo che sia una rappresentazione distorta del mondo giuridico inglese quella di chi asserisce che “il *rule of law* è ideale originario del mondo di *common law*, relativo a un diritto positivo diverso dalla legislazione e ritenuto in grado di limitarne l’arbitrio” (M. Barberis, *Possono governare, le leggi?*, cit., p. 21).

¹⁸ C.O. Jones, “The Separated Presidency: Making It Work in Contemporary Politics”, in A. King (a cura di), *The new American Political System*, American Enterprise Institute, Washington

Ciò che accomuna i due modelli è la separazione sia organica che funzionale del potere giudiziario rispetto a tutti gli altri, sicché alla fine il principio di divisione/separazione si riduce alla distinzione tra *legis-latio* e *legis-executio*, tra produzione (legislativa) e applicazione (giudiziale) del diritto¹⁹. La questione, allora, è se questa distinzione sia tipica ed esclusiva del costituzionalismo, per come inteso finora, o se invece non appartenga anche a fasi storiche “pre-costituzionalistiche” e a scrittori comunemente ritenuti “pre-costituzionalisti”, se non addirittura “anti-costituzionalisti”. Non c’è dubbio che anche il diritto pubblico romano conoscesse la differenza organica e funzionale tra produrre e applicare il diritto²⁰. Così come è indubbio che essa fosse alla base pure del pensiero di Bodin, Hobbes e Rousseau, i quali infatti, sulla scia della tradizione romanistica, postulavano la distinzione fondamentale tra sovranità e magistrature di governo (in senso lato), ossia tra potere legislativo ultimo e *Publique Ministers*²¹.

Per quanto riguarda infine il *checks and balances*, che si realizza allorché più organi reciprocamente indipendenti partecipano all’esercizio della medesima funzione limitandosi reciprocamente, è vero che storicamente ha trovato applicazione anche nei confronti del potere legislativo ultimo, come nel caso dell’esperienza britannica del *King in Parliament* prima dei *Parliament Acts* del 1911 e del 1949 (che hanno spostato a favore della *House of Commons* il baricentro del potere legislativo, marginalizzando la *House of Lords*). Sennonché la compartecipazione del re e delle due camere all’esercizio della funzione legislativa non metteva affatto in discussione il carattere assoluto e indivisibile della sovranità (legislativa), la quale infatti non subiva alcun limite di contenuto né risultava scomposta in più competenze spettanti a diversi organi, sicché rimaneva ancora valida la grande lezione di Bodin e Hobbes, per i quali il potere sovrano è sempre assoluto e indivisibile.

DC, 1990, p. 3, che integra, così, la nota formula di R.E. Neudstadt, *Presidential Power and the Modern Presidents. The Politics of Leadership from Roosevelt to Reagan*, The Free Press, New York-Toronto, 1990, p. 29, “separated institution sharing powers”.

¹⁹ Potrebbe eccipirsi che la distinzione è tra produzione normativa in genere e applicazione giudiziale, ma in tanto la produzione di norme diverse da quelle legislative può vincolare la giurisdizione e costituire oggetto di applicazione giudiziale in quanto sia lo stesso potere legislativo ad avere autorizzato altre competenze normative: è quanto si evince dal *rule of law*, il quale esclude che i giudici siano tenuti ad applicare un diritto proveniente da organi diversi da quello legislativo, a meno che non sia questo a prevederlo. Peraltro, è la stessa separatezza organico-funzionale della *legis-executio* giudiziale a garantire la distinzione tra *legis-latio* e *legis-executio* amministrativa.

²⁰ Non entro nella questione se applicare il diritto equivalga, a sua volta, a produrne dell’altro, come teorizzato da H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, trad. it., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, pp. 264 ss. Certo è che rimane comunque ferma la distinzione soggettiva tra chi produce la norma di grado superiore e chi produce quella di grado inferiore, sicché il principio di divisione/separazione sussiste perlomeno sul piano *organico* se non anche *funzionale*.

²¹ Per svolgimenti più approfonditi rinvio a O. Chessa, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Mimesis, Milano-Udine, 2019, pp. 217 ss.

7. Sovranità legislativa, *judicial review of legislation* e principi supremi

Posto che la nascita del costituzionalismo quale ideale regolativo e pratica politico-istituzionale è legata alla limitazione del *gubernaculum*, cioè del “governo”, e non della sovranità, cioè del potere legislativo ultimo, resta allora da capire se queste idee e prassi abbiano conosciuto un’evoluzione ulteriore, miranti a subordinare pure il legislatore a limiti giuridici.

In via preliminare va precisato che qualsiasi costituzione ‘in senso sostanziale’, anche quella non informata agli ideali del costituzionalismo liberale, determina una limitazione giuridica del potere sovrano sotto il profilo procedimentale. La norma (messa per iscritto o seguita convenzionalmente) che individua il potere legislativo per ciò stesso ne vincola l’esercizio a protocolli procedurali più o meno articolati e complessi. Gli apparati amministrativi e giudiziari sono, sì, soggetti alla volontà legislativa sovrana, ma devono poterne riconoscere gli atti secondo determinati contrassegni formali e procedimentali, in difetto dei quali non potrà dirsi che una volontà si sia formata. Sicché ogni attività di esecuzione e applicazione delle norme legislative incorpora fisiologicamente un controllo sui vizi formali dell’atto legislativo.

Sotto questo profilo non pare esserci differenza alcuna tra il concetto “sostanziale” o “materiale” di costituzione, come regola della produzione legislativa²², e quello ‘ideale’ proposto dalla tradizione liberal-costituzionale. La differenza invece comincia ad apprezzarsi allorché al controllo formale se ne aggiunga uno sui vizi sostanziali, implicante uno scrutinio sul contenuto normativo delle scelte legislative alla luce di norme costituzionali sostanziali, e dei diritti in particolare. Ma va detto, in primo luogo, che il *substantial constitutional review* non c’è in tutti gli ordinamenti dei quali si afferma la sicura appartenenza al tipo del costituzionalismo liberale (e democratico), come è provato dal caso del Regno Unito e di altri Paesi del *Commonwealth*; e, in secondo luogo, che negli ordinamenti nei quali invece è presente, come quello statunitense, germanico, italiano, spagnolo, francese, ecc., è dubbio che il controllo sostanziale di costituzionalità degli atti legislativi possa veramente riguardare la legislazione propriamente sovrana, la quale negli Stati provvisti di costituzione rigida non è quella avente rango ordinario, bensì quella dotata di forma e forza costituzionale.

Dunque, non c’è una vera contrapposizione tra l’idea della sovranità legislativa, da una parte, e il modello del costituzionalismo rigido e del *judicial review of legislation*, dall’altro. È vero che in diversi ordinamenti i tribunali costituzionali hanno asserito l’intangibilità dei principi costituzionali fondamentali o supremi anche da parte delle leggi costituzionali, come ha fatto la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 1146 del 1988, indicando nel “contenuto essenziale dei principi supremi” un limite al potere di revisione costituzionale e ponendo perciò un nucleo

²² Proposto – com’è noto – da H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 232.

duro di norme costituzionali al di là della gittata del potere legislativo sovrano. Ma questa tesi dev'essere riconsiderata.

Anzitutto va detto che, diversamente dai tribunali costituzionali dei paesi europei, la Corte Suprema americana non ha mai ritenuto che esistessero limiti invalicabili dalla revisione costituzionale: del resto, nel dibattito statunitense è diffusa l'idea che la pratica del *judicial review of legislation* sia afflitta da una “*counter-majoritarian difficulty*”²³ ed è, perciò, contestata per il solo fatto di assumere per oggetto la legislazione ordinaria, con la conseguenza che nessuno si sognerebbe di sostenere che possa sindacare persino gli esiti della legislazione costituzionale. In secondo luogo, bisogna chiedersi se il potere giudiziale di far valere i principi supremi abbia una realistica probabilità di esercizio effettivo. Non è mai accaduto, almeno in Italia, che una legge costituzionale sia stata dichiarata incostituzionale per violazione di principi supremi: se ciò accadesse, si aprirebbe una crisi istituzionale dall'esito incerto, la cui definizione dipenderebbe non da pronunciamenti di tribunali ma da mobilitazioni politiche e sociali del più vario tipo. Non sarebbe, insomma, una questione circoscritta a considerazioni di validità giuridica, bensì dipendente da condizioni di fatto: “il ‘colpo di Stato’ o la ‘rivoluzione’ vittoriosa creano nuovo diritto e perciò innovano all'ordinamento costituzionale, a dispetto di ogni limite legale”²⁴.

8. Costituzionalismo e sovranità

Ma l'approccio che da qualche anno riscuote il più largo consenso nella letteratura giuspolitica è di segno diverso, poiché il solo nesso tra costituzione e sovranità che i più sono disposti a riconoscere è di tipo disgiuntivo, come se l'una escludesse l'altra e il concetto di costituzione fosse antitetico a quello di sovranità.

Non c'è dubbio che la gran parte degli studiosi operanti in questo torno di tempo nel campo del diritto pubblico, della storia del diritto, della filosofia giuridica, della scienza politica, ecc., si riconoscano negli ideali del costituzionalismo garantista e che perciò tendano a identificare la costituzione con ciò che è coerente con essi, ossia a “vedere una costituzione” solo dove è presente la “garanzia dei diritti” e la “separazione dei poteri”: due obiettivi considerati incompatibili con la pienezza e assoluta del potere sovrano. Di qui la conclusione secondo cui o c'è la costituzione o c'è la sovranità²⁵.

²³ Ricostruisco questo dibattito in O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano, 2014, pp. 103-276; e, più sinteticamente in Id., “I fondamenti teorici della giustizia costituzionale. La difficoltà contromaggioritaria”, in G. Scaccia (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, Convegno internazionale in memoria di Carlo Mezzanotte, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 9-40.

²⁴ V. Crisafulli, “Costituzione”, in *Enc. Nov.*, Treccani, Roma, 1975.

²⁵ Tra i molti che sostengono questa tesi nel dibattito italiano si vedano almeno A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 85 ss.; G. Silvestri, “La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto”, in *Riv. dir. cost.*, (1996)

Diverso è l'approccio di chi non nega l'esistenza della sovranità in nome della costituzione, ma definisce la prima come potere/autorità assolutamente priva di limiti giuridici²⁶. È un uso linguistico radicatosi anche grazie al lavoro di pulizia concettuale svolto dalla filosofia di impostazione analitica. Sennonché quest'ultimo approccio, per i vincoli di metodo che esso stesso si è dato, non può andare oltre il suggerimento di una convenzione linguistica. Non può, avanzare la pretesa di dire cosa sia la sovranità *in sé*, perché ciò equivarrebbe a fare della metafisica, sconfessando la premessa metodologica antimetafisica. La filosofia analitica può soltanto offrire una definizione stipulativa, il cui pregio sarebbe quello di eludere gli inconvenienti di un linguaggio giuspolitico semanticamente indeterminato.

Va da sé, però, che dietro la decisione di accogliere convenzionalmente un certo significato in luogo di altri c'è un che di arbitrario. In questo caso, però, al fine di fugare il sospetto di arbitrarità si portano ragioni basate su un'analisi concettuale: in particolare, si osserva che se esistono poteri pubblici regolati giuridicamente, ossia fondati e limitati dal diritto, allora deve postularsi che essi derivino infine da un potere che, a sua volta, non deriva dal diritto e che per questa ragione deve intendersi come "sovrano" in senso proprio. Insomma, dalla definizione storicamente risalente e unanimemente condivisa della sovranità come potere supremo è tratta concettualmente la conclusione che esso deve essere altresì svincolato dal diritto. È uno schema di ragionamenti che per il tramite della "storia dei concetti" è fatti risalire sino agli autori "assolutisti" e paradigmatici del Moderno, Bodin e Hobbes, aderendo nella sostanza all'interpretazione che del pensiero di questi Autori (soprattutto di Hobbes) fu proposta nella prima metà del Novecento da Carl Schmitt: a ben vedere, è proprio il pensiero decisionista a radicare definitivamente l'idea (o il luogo comune) che la sovranità sia sempre stata intesa (e che sempre debba intendersi) come un potere disgiunto da vincoli giuridico-costituzionali preesistenti, cioè come una forza pienamente *costituente* e mai *costituita*. L'analisi concettuale della filosofia analitica accoglie in premessa, senza avvedersene, l'interpretazione storica e il modello di ragionamento che già era in Schmitt.

In un libro recente ho provato a mostrare perché Hobbes e Bodin non siano assimilabili al decisionismo schmittiano. È vero che intendevano la sovranità come potere legislativo ultimo, provvisto dell'ultima parola e quindi supremo, ma allo stesso tempo precisavano che il suo esercizio era comunque basato su una *lex imperii* (Bodin) o *Fundamentall Law* (Hobbes), da cui trarre i criteri (formali) per il suo riconoscimento²⁷. Anche il potere legislativo supremo esige una *rule of recognition*, senza la quale non sarebbe possibile individuare gli atti sovrani e

n. 1, pp. 52 ss. L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997, *passim*; M. Fioravanti, *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 1999, pp. 71 ss.

²⁶ R. Guastini, *Distinguendo ancora*, Marcial Pons, Madrid-Barcellona-Buenos Aires-São Paulo, 2013, p. 208.

²⁷ Esamino il concetto hobbesiano di *Fundamentall Law* in O. Chessa, *Dentro il Leviatano*, cit., pp. 125 ss.

distinguerli da quelli che sovrani non sono²⁸. Questa “norma di riconoscimento”, a sua volta, non è scontato che derivi da una decisione costituente o dall’atto di volontà di un potere originario assoluto, il quale, a ben vedere, se anche ci fosse, sarebbe pur esso riconosciuto sulla base di una *rule of recognition*²⁹.

9. Il caso del costituzionalismo britannico

Il discorso sulla *rule of recognition* conduce di filato all’esperienza britannica della *Sovereignty of Parliament*, che è quella che in modo più nitido avvalorava la teoria hobbesiana, nonostante si dica spesso il contrario, a partire da Carl Schmitt in poi³⁰.

Difatti, uno dei nodi lasciati irrisolti dalle impostazioni che celebrano il “costituzionalismo” è proprio il caso del Regno Unito (e prima ancora della Gran Bretagna e dell’Inghilterra). Da un lato localizzano l’origine del costituzionalismo liberal-garantista nell’Inghilterra prima medievale – la Magna Charta, la distinzione tra *gubernaculum et iurisdictio* – e poi di fine Seicento, a partire dalla *Glorious Revolution* del 1689. Dall’altro lato, però, non riescono a dare conto del fatto che il Regno Unito è oggi, tra quelli occidentali, il sistema costituzionale più lontano dagli assunti del costituzionalismo (per come questo è descritto). Peraltro, per giudizio unanime degli studiosi, ivi compresi quelli invaghiti del “costituzionalismo”, l’assetto costituzionale britannico è quello che nei secoli è cambiato di meno. Sicché neanche potrebbe dirsi che la sua evoluzione abbia tradito l’originaria ispirazione “costituzionalistica”, mutando in senso “anti-costituzionalistico”.

Basti pensare che al Regno Unito ha sempre fatto difetto uno degli assunti basilari del costituzionalismo, cioè una costituzione scritta monodocumentale; che l’ordine costituzionale britannico non solo non ha mai negato il principio di sovranità, ma si è sempre basato su di esso; che la prevalenza indiscussa dello *statute law* sul *common law*, cioè del diritto legislativo sul diritto giurisprudenziale, è un dato costante, mai smentito dalle prassi giudiziali³¹; che la separazione dei poteri è sempre intesa come divisione del “governo” dalla “sovranità” e come separazione competenzaale tra le diverse “magistrature” (ad esempio, dell’esecutivo dal giudiziario), in perfetta linea di continuità storica con gli assunti basilari del pensiero di coloro

²⁸ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, trad. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1991, *passim*.

²⁹ Basti pensare che l’esercizio del potere costituente nell’Italia del 1946-1948 fu preceduto dai (e si svolse sulla base dei) decreti luogotenenziali nn. 151/1944 e 98/1946, i quali indissero sia il referendum istituzionale del 1946 che le contestuali elezioni dell’Assemblea Costituente.

³⁰ Scriveva infatti C. Schmitt, *Sul Leviatano*, il Mulino, Bologna, 2011, p. 119, che “l’importante concezione hobbesiana dello Stato – una concezione in anticipo rispetto al suo tempo – non si è attuata in Inghilterra, né presso il popolo inglese, bensì invece nelle potenze dell’Europa continentale [...] il popolo inglese ha preso una decisione contraria a questo tipo di Stato”. Un giudizio palesemente erroneo, a mio avviso.

³¹ L’opinione isolatissima di Edward Coke del 1610 rimase sempre tale, nonostante la letteratura “costituzionalistica” ne abbia oltremodo sopravvalutato la reale importanza.

che sono sempre stati annoverati tra i “nemici del costituzionalismo”, ossia di Bodin, Hobbes, Rousseau e, prima ancora, del diritto pubblico romano.

Queste circostanze o vengono bellamente ignorate o si tenta di neutralizzarne la portata, osservando come la pratica politica e giuridica inglese si regga da secoli sul *rule of law*, inteso quasi come sinonimo di “costituzionalismo”. In realtà, se con questo principio s’intende la sottoposizione di ogni magistratura (sia di governo che giudiziale) al diritto, tanto di quello legislativo del sovrano quanto di quello sub-legislativo autorizzato dal sovrano, allora non si sta dicendo nulla di nuovo rispetto a quanto si può trarre dalla lettura di Bodin, Hobbes e Rousseau³².

Un altro modo di esorcizzare “l’anomalia inglese” è fare leva su una presunta stravaganza dei giuristi britannici, i quali per una sorta di pervicace anticonformismo si ostinerebbero a descrivere il loro sistema giuridico in termini non coerenti col “costituzionalismo”: è una curiosa e, a tratti, spiritosa linea argomentativa, peraltro avanzata anche da influentissimi scienziati della politica come Giovanni Sartori, il quale pone l’accento sull’“isolazionismo polemico degli studiosi britannici”³³. Ma va da sé che la prassi giuridica del sistema inglese si svolge proprio come gli “studiosi britannici” la descrivono, sicché e banalizzante, e anche irrispettoso per certi versi, rappresentare le loro tesi come se sortissero da una sorta di stamberia insulare.

10. Costituzionalismo e diritti fondamentali

Un’altra declinazione del costituzionalismo lo identifica con la tutela dei diritti fondamentali, i quali, infatti, sono riguardati come il *telos* cui è preordinato lo strumentario istituzionale esaminato nelle pagine precedenti: a che servirebbero la divisione e separazione dei poteri, il *rule of law* (o “Stato di diritto” o “*Rechtsstaat*”), il *judicial review*, ecc., se non a garantire i diritti inviolabili e, in particolare, le libertà individuali?

Nella narrazione che va per la maggiore si suggerisce la tesi che vi siano due costituzionalismi: il primo è un costituzionalismo ancora incompiuto, imperfetto, perché privo del *judicial review of legislation*, cioè di garanzie dei diritti opponibili al potere legislativo; il secondo un costituzionalismo compiutamente realizzato, che affida la protezione ultima delle libertà a una corte (o a tutte le corti), le cui decisioni avrebbero la forza d’imporsi anche nei confronti del legislatore. Il nucleo essenziale di questa tesi è stato esaminato, e criticato, nei paragrafi precedenti: in particolare, non convince l’idea che la piena realizzazione del costituzionalismo mandi veramente in soffitta l’ipotesi di un potere legislativo sovrano, il quale invece muta

³² Per Hobbes, ad esempio, i *Publique Ministers*, ossia il complesso delle magistrature, il governo in senso lato, sono soggetti alla legge sovrana come ogni altro suddito, sicché l’individuo privato può agire nei confronti degli atti pubblici *contra legem*; lo stesso concetto è in Rousseau, laddove pone la differenza tra “legge” (espressione di volontà generale sovrana) e “decreto” (espressione di volontà particolare governativa), sottolineando la preminenza della prima sul secondo.

³³ G. Sartori, *Costituzione*, cit. p. 26.

semplicemente di grado, collocandosi sul piano della legislazione costituzionale in luogo di quella ordinaria.

Può dirsi che questo *upgrade* della sovranità legislativa segni comunque un progresso. Chi scrive in passato ha offerto argomenti per sciogliere la *countermajoritarian difficulty* in favore del sindacato giudiziale (incidentale e concreto) di costituzionalità delle leggi, ritenendo che sotto questo profilo il processo giurisdizionale sia preferibile al procedimento legislativo ordinario, perché in grado di assicurare una più accurata, precisa e puntuale garanzia delle norme costituzionali³⁴. Ma non bisogna farsi troppe illusioni. La garanzia ultima della costituzionalità delle norme vigenti è offerta dalla giustizia costituzionale solo nominalmente e, comunque, a determinate condizioni, il cui venir meno mette irrimediabilmente fuorigioco il ruolo protettivo dei tribunali costituzionali, come di ogni altra istituzione di garanzia (e non solo): il *judicial review* può ben poco se viene a mancare la lealtà costituzionale delle forze politiche e sociali, dalle quali dipende, infatti, la gran parte dei processi “autorizzativi” diffusi che installano e fortificano un assetto costituzionale³⁵.

11. Il mito del progresso

Il costituzionalismo come “scienza della fondazione e della limitazione del potere (attraverso il diritto)”³⁶ è antico quanto l’uomo e quanto le società umane organizzate politicamente. Non compare nella storia umana a partire da un certo momento³⁷. La quantità e qualità del limite è variabile secondo i tempi e i luoghi, ma la dimensione della fondazione e del limite giuridico al potere – il *rule of law*, per sintetizzare con un principio di conio anglosassone – non era certo ignota al diritto romano e a tutte le esperienze costituzionali (antiche medievali e moderne) basate sulla distinzione tra “sovranità” e “governo”.

Lo stesso si dica della c.d. “teoria dei diritti fondamentali”, che è spesso descritta come una conquista della modernità, poi perfezionata nella fase contemporanea delle democrazie costituzionali o “Stati costituzionali”: non va sottaciuto che molti fanno risalire alla cultura giuridica medievale la sensibilità per gli *iura*, in contrapposizione alla propensione assolutistica moderna per la *lex*; e altri ancora all’avvento del cristianesimo.

³⁴ O. Chessa, *I giudici del diritto*, cit., pp. 248 ss.

³⁵ Mi sembra che questo sia il nocciolo di verità contenuto nella teoria mortatiana della costituzione in senso materiale, che può essere letta, quindi, come parte integrante di una teoria complessiva dell’“autorizzazione” quale fondamento dello Stato e della sua sovranità rappresentativa: una teoria che, sulla scia del pensiero hobbesiano, provo a sviluppare in O. Chessa, *Dentro il Leviatano*, cit., pp. 93-114, pp. 140-146.

³⁶ M. Luciani, “Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico”, in *Giur. cost.*, I, (2006), pp. 1652.

³⁷ Per M. Luciani, *ivi*, p. 1652, questo momento è il Seicento, con l’opera di Thomas Hobbes; per altri, invece, è il secolo successivo, col costituzionalismo rivoluzionario in America e in Francia; per altri ancora va retrodatato al medioevo, e così via...

È una narrazione che risente moltissimo del mito delle “magnifiche sorti umane e progressive”, come se prima dell’età moderna (o medievale o cristiana) gli esseri umani avessero ancora una percezione imperfetta di quali fossero i principi basilari di giustizia o non avessero ancora messo bene a punto gli strumenti atti a realizzarli o tutelarli. Ma per capire che nulla di nuovo è apparso in età moderna basti ricordare la formula del giurista romano Celso: *Ius est ars boni et aequi*; o alla formula di Ulpiano: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”³⁸; o ancora, si pensi a Hobbes, uno dei padri della sovranità moderna, il quale nel *Leviathan* afferma che le leggi naturali e le leggi civili “si contengono reciprocamente”, poiché “la legge di natura è [...] una parte della legge civile in tutti gli stati del mondo, e reciprocamente, la legge civile è una parte dei dettami di natura”, sicché “legge civile e legge naturale non sono generi differenti, ma parti differenti della legge, di cui una parte, quella scritta, è chiamata civile e l’altra, quella non scritta, naturale”³⁹; e aggiunge altresì che le leggi di natura sono inscritte nella ragione di tutti gli uomini e ricavabili tutte “da questa sola sentenza, approvata da tutto il mondo, *Non fare ad altri quello che tu pensi sia irragionevole che altri facciano a te stesso*”⁴⁰: una massima che riassume e contiene *in nuce* l’intero sistema dei diritti fondamentali. Si prenda, ad esempio, la massima tipicamente “liberale”: *la libertà di ciascuno finisce dove inizia quella altrui*⁴¹; o la definizione del “primo principio di giustizia” di John Rawls, secondo cui “ogni persona ha lo stesso titolo indefettibile a uno schema pienamente adeguato di uguali libertà di base compatibile con un identico schema di libertà per tutti gli altri”⁴²; oppure la definizione del diritto fondamentale *to equal concern and respect*, teorizzato da Ronald Dworkin come matrice di ogni altro diritto fondamentale⁴³.

Quello che noi contemporanei, e prima ancora moderni, consideriamo progresso morale è solo un sottoprodotto del progresso tecnologico. Gli uomini non sono diventati più buoni e più giusti. E non è vero che l’idea di legge naturale sia cambiata nel tempo. Gli stessi precetti ritornano incessantemente nelle diverse epoche storiche. Sono soltanto mutate le circostanze fattuali concrete della loro applicazione.

Riflettiamo un attimo sul progresso tecnologico. L’avanzamento delle scoperte scientifiche e delle sue ricadute tecniche ha reso la nostra vita più confortevole e facile di un tempo. Ha ridotto l’attrito dell’esistenza con la realtà fisica, influenzando

³⁸ “La giustizia consiste nella costante e perpetua volontà di attribuire a ciascuno il suo diritto. Le regole del diritto sono queste: vivere onestamente, non recare danno ad altri, attribuire a ciascuno il suo”.

³⁹ T. Hobbes, *Leviatano*, cit., pp. 282-283.

⁴⁰ *Ivi*, p. 287.

⁴¹ Che compare, pur con formulazioni testuali diverse, praticamente in tutti gli scrittori di orientamento liberale.

⁴² J. Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, trad. it. *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 49.

⁴³ R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, trad. it. *Giustizia per i ricci*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 14.

gradualmente sul modo di percepirlo e quindi sulla capacità di reggerlo, sopportarlo, tollerarlo. La vita di una persona comune di questa parte di mondo, nel tempo presente, è straordinariamente più comoda e confortevole di quella del più potente monarca di qualche secolo fa, sempre in questa parte di mondo. Viviamo in abitazioni perfettamente riscaldate, azioniamo una leva e in pochi secondi abbiamo a disposizione acqua calda corrente, pigiamo un interruttore e abbiamo luce ed energia elettrica spendibile per mille usi, in meno di un'ora percorriamo oltre cento chilometri con la nostra automobile e centinaia di chilometri in treno, in dodici ore di volo raggiungiamo l'altra parte dell'oceano. Tramite il *web* abbiamo accesso immediato a migliaia di volumi e pubblicazioni e informazioni. Il più potente monarca o imperatore di tre secoli fa non viveva in abitazioni perfettamente riscaldate, non aveva acqua calda corrente in pochi secondi, non aveva luce ed energia elettrica; per raggiungere una località distante duecento chilometri aveva bisogno di più giorni di viaggio. E la sua biblioteca era molto meno fornita di quella ora accessibile per ciascun individuo comune.

Per molti nostri contemporanei non poter fare una doccia calda al giorno, o addirittura più docce calde al giorno, è vissuto come la negazione di elementari diritti o principi di giustizia. La visione di un bimbo scalzo oggi offende il nostro senso morale e siamo indotti a pensare che sia violata la dignità umana. Ma qualche secolo fa pochi facevano una doccia calda al giorno e pochissimi potevano permettersi calzature, così come oggi pochissimi possono permettersi uno yacht, senza che tale privazione sia percepita come una violazione della legge naturale.

Repetita iuvant, non sono mutati i precetti basilari del diritto naturale, ma è cambiata la nostra percezione di ciò che ne costituisce violazione. E questa percezione è mutata per effetto del progresso tecnologico, il quale da un lato ha fortificato la nostra capacità di conseguire obiettivi e di realizzare desideri, ma dall'altro ci ha reso più sensibili e vulnerabili rispetto agli urti con la durezza della realtà fisica e sociale, abbassando la soglia fisiologica di tolleranza di ciò che ci rappresentiamo come offesa alla nostra persona e dignità.

In conclusione, se per "costituzionalismo" intendiamo l'idea che alle persone debba essere riconosciuto eguale valore e dignità, che nei rapporti interpersonali debba valere il principio di reciprocità, che l'esercizio del potere che puntualmente e concretamente incide sulle sfere di vita individuale debba esercitarsi secondo diritto, allora non esiste una data di nascita e un periodo di sviluppo del "costituzionalismo", ma sono esistite fasi storiche e ambiti geografici in cui l'osservanza di quei principi è stata più ferma e intensa, e tempi e luoghi in cui è apparsa meno pronta e sentita, forse più secondo un andamento storico circolare, ciclico, che non secondo uno sviluppo temporale di tipo lineare e progressivo (la Modernità)⁴⁴.

⁴⁴ Le obiezioni potrebbero essere numerose: ad esempio, i romani e i popoli antichi conoscevano la schiavitù, noi invece no. Ma quando si parla della storia romana, e antica in genere, si tende a mettere tutto nello stesso mucchio per formulare giudizi in blocco, come se non si trattasse di numerosissimi secoli, certo non tutti omogenei sotto il profilo del rispetto dei principi del "costituzionalismo". Quanto a noi moderni e contemporanei, viventi una fase storica la cui durata è ancora molto inferiore a quella connotata genericamente come antica, abbiamo conosciuto la schiavitù nelle

Non c'è una “fine della storia”; ma forse dobbiamo prendere atto che neanche c'è stato un “inizio”: perlomeno non della “storia del costituzionalismo”, che infatti non si capisce quando sia incominciata, se nella modernità rivoluzionaria di fine Settecento o se nella precedente fase medievale, in correlazione all'asserita condizione pluralistica del suo ordine politico-giuridico; o forse ancora prima, nel diritto pubblico romano⁴⁵. Il che lascia supporre, fondatamente, che il nucleo assiologico di ciò che prende il nome di “costituzionalismo” sia un'aspirazione costante della storia umana, che ciclicamente riesce a emergere e informare gli assetti umani.

colonie degli Stati europei liberal-costituzionali (si pensi solo al Congo Belga), negli USA prima della Guerra di Secessione; e forse la conosciamo nuovamente anche noi contemporanei, seppure nelle forme più raffinate e giuridicamente “mediate” dello scambio contrattuale, e in taluni casi persino in forme ben più sfacciatamente brutali (si pensi allo sfruttamento etnico del lavoro di migranti nella produzione agricola di alcune zone del Meridione d'Italia). Certo, la riduzione in schiavitù è un reato, ma quanto parte del lavoro prestato nei nostri sistemi produttivi è, di fatto, sostanzialmente schiavistico?

⁴⁵ Ad esempio, U. Vincenti, *La Costituzione di Roma antica*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 43, descrive il regime romano repubblicano come un “un modello di equilibrio tra una ricca pluralità di organi costituzionali secondo un sistema di distribuzione analogo a quello dei *checks and balances* che il costituzionalismo moderno cercherà di realizzare ispirandosi o, talora, direttamente emulando il modello romano”.