



AA.VV.

ITINERARI GIURIDICI

Per il quarantennale
della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 2007

ISBN 88-14-13443-X

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2007

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 Varese - Via F. Guicciardini 66

INDICE

RITA TRANQUILLI LEALI, <i>Presentazione</i>	IX
PIERO ANTONIO BONNET, <i>Introduzione</i>	XI
PIA ACCONCI, <i>Le violazioni delle norme internazionali sui diritti dell'uomo derivanti da attività di imprese multinazionali. Possibili forme di prevenzione, repressione e riparazione</i>	1
MASSIMO BASILAVECCHIA, <i>La nullità degli atti impositivi; considerazioni su principio di legalità e funzione impositiva</i>	31
PAOLA BELLOCCHI, <i>La tutela dei lavoratori economicamente dipendenti</i>	45
FRANCESCO BERTOLINI, <i>Riordino della legislazione e testo unico quale atto fonte di un nuovo « testo » di disposizioni in vigore</i>	73
PIERO ANTONIO BONNET, <i>Veritas et non auctoritas facit legem. Tipicità e atipicità del diritto ecclesiale</i>	107
ROBERTO CARLEO, <i>Vizio di nomina di un arbitro ed « estinzione » del mandato collettivo conferito al collegio arbitrale</i>	183
MARIA FLORIANA CURSI, <i>Dal danno aquiliano al danno extracontrattuale: le radici romanistiche</i>	215
VITTORIO M. DE SANCTIS, <i>Il Diritto d'Autore come Diritto fondamentale</i>	259
GIORGIO DI CARLO, <i>Tutela differenziata del rapporto di lavoro e riforma del diritto fallimentare</i>	275
TIZIANA DI IORIO, <i>La pubblicazione degli atti nel processo matrimoniale canonico</i>	289
ENZO DI SALVATORE, <i>Appunti per uno studio sulla libertà nella tradizione costituzionale europea</i>	335
MAURIZIO DONATO, <i>Per un pugno di dollari. Imperialismo, capitale transnazionale, dominio valutario</i>	401
MARIA GABRIELLA ESPOSITO, <i>La filosofia dell'esperienza comune di G. Capograssi</i>	429
MERCURIO GALASSO, <i>Le indagini del difensore penale</i>	443
ALESSANDRA GIANELLI, <i>Il divieto di tortura nel diritto internazionale: profili generali</i>	479

EDUARDO GIANFRANCESCO, <i>Le regioni italiane e la giurisdizione</i>	501
LUCA LOSCHIAVO, <i>Intorno al privilegio della praescriptio centum annorum</i> .	533
STELIO MANGIAMELI, <i>La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo</i>	555
ANTONIO MARCHESI, <i>Le norme internazionali sulla tortura e il caso israeliano</i> .	575
GIUSEPPE MONTANARA, <i>Le fattispecie di « insider trading » alla luce delle recepite direttive comunitarie (legge 18 aprile 2005, n. 62) e della normativa sulla tutela del risparmio (legge 28 dicembre 2005, n. 262): prime considerazioni e spunti di riflessione</i>	593
MARIO MOSCHELLA, <i>Il ritorno alla mediazione</i>	617
SANDRO PELILLO, <i>La pubblica amministrazione e l'uso del territorio tra poteri ablatori ed attività sostanzialmente espropriativa: riflessioni sulla tutela giurisdizionale</i>	647
ELISABETTA G. ROSAFIO, <i>Considerazioni sull'art. 450 e sull'art. 454 c. nav.</i> ...	737
PIERO SANDULLI, <i>Il procedimento di conciliazione nel rito societario</i>	785
GUIDO SARACENI, <i>Cyborg. I nuovi corpi ridestano antiche paure</i>	825
GINO SCACCIA, <i>I modelli di costituzione nella fase di avvio al dibattito costituyente</i>	839
MASSIMO SICLARI, <i>Le « zone d'ombra » nei giudizi di legittimità costituzionale sollevati in via incidentale</i>	865
RITA TRANQUILLI LEALI, <i>Rilievi critici e ricostruttivi sulla nuova disciplina in materia di proprietà ed uso degli aeroporti</i>	887
VITTORIO VALENTINI, <i>Il giovane Mommsen a Teramo</i>	921
FRANCESCO ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, <i>Rinnovamento teologico e « aggiornamento » conciliare (1959-1973). Parabola di una discontinuità cattolica</i>	929

ENZO DI SALVATORE
APPUNTI PER UNO STUDIO SULLA LIBERTÀ
NELLA TRADIZIONE COSTITUZIONALE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Le radici della libertà. — 2. (*Segue*): brevi considerazioni sulla tesi di F.A. v. Hayek. Il pluralismo politico-giuridico e le libertà medievali. — 3. Il liberalismo « costruttivistico » dell'Europa continentale. — 4. (*Segue*): sfera pubblica e sfera privata. I caratteri dello Stato liberale. — 5. (*Segue*): alcune considerazioni sui caratteri dello Stato liberale: l'esempio della « divisione dei poteri » e la teoria politica di Montesquieu. — 6. (*Segue*): « separazione dei poteri » e « Stato di diritto ». — 7. (*Segue*): « divisione » e « separazione » dei poteri nell'esempio costituzionale italiano: lo Statuto albertino. — 8. (*Segue*): « divisione » e « separazione » dei poteri nell'esempio costituzionale tedesco: le *landständische Verfassungen*, la *Reichsverfassung* del 1871 e la dottrina giuspubblicistica. — 9. La crisi dello Stato « monoclasse », « borghese » e « liberale ». — 10. Lo Stato costituzionale del XX secolo. — 11. Lo Stato del XXI secolo: la libertà nei processi di internazionalizzazione ed europeizzazione dei fenomeni politici e sociali. — 12. Conclusioni.

1. *Le radici della libertà.*

Secondo un'autorevole ricostruzione, nella sua prima e rudimentale veste il "liberalismo" (1) muoverebbe i propri passi nella Grecia del periodo classico ed attraverserebbe finanche l'età me-

(1) In proposito, oltre agli scritti di volta in volta citati nel corso del presente lavoro, v. almeno: U. SPIRITO, *Liberalismo*, in *Enc. it.*, XXI, Roma, 1949 (1934), 36 ss.; N. MATTEUCCI, *Liberalismo*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. BOBBIO e N. MATTEUCCI, Torino, 1976, 529 ss.; Id., *Il liberalismo*, Bologna, 2005; F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, in *Enc. Novecento*, III, Roma, 1978, 982 ss.; più di recente P.P. PORTINARO, *Profilo del liberalismo*, in appendice a B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2001, 39 ss.; M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, 1999; Id., *Liberalismo, costituzionalismo, pluralismo*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2006, 77 ss.

dievale (2). In tale ultima fase, esso non incarnerebbe ancora un movimento di pensiero, una teoria filosofica, politica o economica, né un principio di organizzazione della società, ma si tradurrebbe solo in un mero godimento pratico della libertà (3), reso possibile dal pluralismo politico e giuridico dell'esperienza medievale, quale conseguenza dell'incapacità di ricondurre ad unità — dopo il dissolvimento della struttura "statuale" romana — l'esercizio del po-

(2) Così F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, cit., 982; è appena il caso di precisare, però, che se si conviene che il *liberalismo* si prefigga di « dissolvere il potere in rapporti giuridici e (di) eliminare il dominio personale, sostituendolo con il dominio della legge sotto il quale tutti i rapporti sono regolati » (F. NEUMANN, *Premesse a uno studio sul potere politico*, in Id., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, trad. it., Bologna, 1994 (1973), 11 ss., 16) non può neppure ritenersi che la storia della Grecia dell'età classica sia stata attraversata da un « movimento di pensiero » — e cioè da una teoria politica volta ad opporre la libertà all'autorità — qualificabile come *liberalismo*. Come precisa, infatti, P.P. PORTINARO, *Profilo*, cit., 55 s., « Libero è nel mondo antico colui che ha uno *status* distinto dallo schiavo » e « il non-schiavo è libero non solo e non tanto nel senso che ha facoltà di fare o non fare ma anche e soprattutto nel senso che dispone di reali poteri ». Si tratta di « un'accezione positiva di libertà come appartenenza che conferisce riconoscimento e sicurezza e che abilita all'esercizio dei diritti politici. In questo contesto libertà è un concetto politico, che non può essere pensato al di fuori della cittadinanza. L'uomo greco o romano è libero nella *polis* non dalla *polis*, nella *respublica* non dalla *respublica* »; del resto, la nota distinzione tracciata da B. CONSTANT — *libertà degli antichi e libertà dei moderni; libertà politica e libertà individuale* — muove esattamente da tale consapevolezza: cfr. B. CONSTANT, *La libertà degli antichi*, cit., 15 s.; in argomento v. almeno J.E.E. DALBERG-ACTON, *La storia della libertà nell'antichità*, in *Storia della libertà*, a cura di E. CAPOZZI, trad. it., Roma, 1999, 49 ss.; A. BRUNIALTI, *La libertà nello Stato moderno*, in *Biblioteca di scienze politiche*, a cura di A. BRUNIALTI, Torino, 1890, VII ss., XXXII ss.; F. NEUMANN, *Il concetto di libertà politica*, in Id., *Lo stato democratico*, cit., 33 ss., 68 s.; L.T. HOBHOUSE, *Liberalism*, London-Oxford-New York, 1964, 10 ss.; D. HELD, *Modelli di democrazia*, trad. it., Bologna, 1997, 27 ss.; M.I. FINLEY, *La democrazia degli antichi e dei moderni*, trad. it., II ed., Roma-Bari, 2005, 55; istruttivo, spec. nei capp. II e III, anche Id., *L'economia degli antichi e dei moderni*, trad. it., Milano, 1995 (Roma-Bari, 1974); M. BARBERIS, *Libertà*, cit., 23 ss.; Id., *Liberalismo*, cit., 78; in ordine alla « tradizione greco-romana » della libertà v. ora le belle pagine di P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in *I diritti costituzionali*, a cura di R. NANIA e P. RIDOLA, I, 2^a ed. riv. ampl., Torino, 2006, 3 ss., 23 ss.; più in generale, cfr. utilmente anche G. POMA, *Le istituzioni della Grecia in età classica*, Bologna, 2003, 57 ss.

(3) Così M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, 1999, 34; v. anche quanto precisato alla nota precedente.

tere politico (4). In tale contesto, la libertà possederebbe un proprio spazio di *effettività* all'interno di un sistema giuridico sorto spontaneamente e caratterizzato dall'assenza in sé di « ogni vocazione totalizzante del potere politico » (5). La nascita dello Stato assoluto in età moderna avrebbe, però, spezzato progressivamente ogni legame tra *mores* ed *ordo* (6), soffocando irrimediabilmente il pluralismo giuridico medievale: i nuovi problemi che emergono in seno alla società del tardo medioevo reclamano presto un esercizio unitario del potere, che sia affidato alla guida di un unico Signore. Il quale — nonostante tale processo di trasformazione politica non sia avvenuto ovunque con i medesimi esiti (7) — può ora finalmente ricucire la sovranità frantumata e ricondurla incontestabilmente nelle proprie mani, divenendo, in tal modo, *supremus* ossia assoluto (8). Secondo tale ricostruzione, tuttavia, solo nei « paesi del continente » la riconduzione al centro del potere politico avrebbe trascinato con sé anche la distruzione delle libertà medievali, mentre in Inghilterra il sistema delle libertà avrebbe continuato ad essere vitale in considerazione del fatto che in tale esperienza alla centralizzazione del potere si sarebbe opposta « la tradizione profondamente radicata di un *common law* concepito non come il prodotto della volontà di qualcuno, ma piuttosto come una

(4) Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari, 1995, 42.

(5) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 41.

(6) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 87 ss.

(7) L'assolutezza del potere trova, infatti, nell'esperienza storica francese la sua più alta ed esemplare espressione, in quanto, come osserva G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, trad. it., Milano, 1949, 53, « la Francia venne durevolmente preservata da quel frazionamento, in cui la Germania era allora già irrimediabilmente caduta ». Secondo tale A., lo stesso può esser detto dell'esperienza storica inglese, ove pur non pervenendosi ad un frazionamento del potere fra differenti Stati, « i poteri subordinati — creati oppure riconosciuti dalla Corona — si lasciarono agevolmente incorporare nella struttura dello Stato » (p. 52). A tal proposito, v. però anche G. TABACCO-G.G. MERLO, *Medioevo*, Bologna, 1989, 561 ss.; più estesamente, sull'esperienza costituzionale francese, v. P. SUEUR, *Histoire du droit public français XV-XVIII siècle. La constitution monarchique*, I, Paris, 1989, spec. 71 ss.; da ultimo, per una rilettura dell'assolutismo che imperò in Francia tra il XVI e il XVIII secolo, v. F. COSANDEY-R. DESCIMON, *L'absolutisme en France. Histoire et historiographie*, Paris, 2002.

(8) G. JELLINEK, *La dottrina generale*, cit., 53: « (...) il concetto della sovranità del re, in origine relativo e comparativo, si trasforma in assoluto; e alla fine, dal *superior* sorge il *supremus* ».

barriera ad ogni potere, incluso quello del re » (9). Questo dovrebbe spiegare come mai, nei Paesi di *civil law*, si sarebbe legittimata, negli anni a venire, la formazione di una dottrina del liberalismo di matrice razionalistica o costruttivistica, volta, cioè, alla ricostruzione della società « secondo i principi della ragione » (10).

2. (Segue): *brevi considerazioni sulla tesi di F.A. v. Hayek. Il pluralismo politico-giuridico e le libertà medievali.*

Come ha scritto Jacques Le Goff, « il feudalesimo è il trionfo della regionalizzazione, della dispersione locale dei poteri » (11), che si fonda su due elementi essenziali: la terra e i rapporti personali (12). I rapporti feudali sono di tipo gerarchico, ma i piani di tale gerarchia non convergono, né comunicano verticalmente tra loro (13). La gerarchia sociale dell'età medievale comporta, infatti, che fra i sudditi che costituiscono la classe più bassa della società e il monarca si insinui il filtro del potere del vassallo e del Signore che ha investito quest'ultimo del feudo, promettendogli protezione

(9) F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, cit., 982; Id., *Legge, legislazione e libertà*, trad. it., Milano, 1994, 110; è questa, com'è noto, l'idea per cui ogni regola del diritto è in condizione di vincolare l'esercizio del potere (*Rule of Law*): a tal riguardo v. C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it., Bologna, 1990; cfr. da ultimo anche M. BARBERIS, *Libertà*, cit., 53; sul punto, e, più in generale, sulle diverse esperienze storiche dello « Stato di diritto », v. ora l'approfondito saggio di D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 17 ss.

(10) F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, cit., 982.

(11) J. LE GOFF, *Il medioevo. Alle origini dell'identità europea*, trad. it., VI ed., Roma-Bari, 2002, 28.

(12) J. LE GOFF, *Il medioevo*, cit., 30; v. anche A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto nella storia d'Europa*, Padova, 1995, per il quale gli elementi essenziali del feudo sarebbero dati dal vassallaggio e dal beneficio; sul modello feudale classico di derivazione francese e sulla distinzione di questo da altri modelli « atipici » v., però, A. JA. GUREVIČ, *Le origini del feudalesimo*, trad. it., Roma-Bari, 1990, 7 ss.

(13) Se di comunicazione vuol parlarsi, questa dev'essere considerata come di tipo indiretto, in quanto « il legame vassallitico fa premio sulla subordinazione politica al sovrano e perché "il vassallo del mio vassallo non è mio vassallo" (...) ». Altro è invece constatare come « l'esistenza di una rete a maglie sempre più fitte portò col tempo a situazioni in cui un vassallo era legato contemporaneamente a più di un signore »: così A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto*, cit., 125.

in cambio della propria fedeltà (14). In tale fase storica (900-1250 d.C.), l'intero sistema finisce allora per essere ancorato alla dualità del potere politico, espresso, per un verso, da quello regio e, per altro verso, da quello signorile (15), e il pluralismo politico (sociale) (16) e giuridico (17) giungono a toccare solo l'ambito dell'esercizio del potere signorile e non già quello di pertinenza regia (18).

È esattamente muovendo da tale premessa che risulta possibile precisare la ricostruzione proposta da *Friedrich A. von Hayek*, il cui ragionamento, tutto volto a dimostrare come la dottrina del liberalismo affondi le proprie radici nell'età medievale, non può essere inteso nel senso di ritenere che sussista una equazione tra la libertà medievale e la libertà moderna.

Ad una più attenta riflessione, infatti, si scorge come le libertà medievali altro non sono che un insieme di *privilegi* reso possibile non tanto da un pluralismo politico-giuridico maturo e coscientemente "voluto", quanto da un sistema diffusamente incapace di concentrare in sé ogni decisione politica. È una libertà di fatto il cui esercizio risulta, in ultima analisi, possibile solo perché connesso alla sfera di autonomia politica e giuridica dischiusa dal si-

(14) J. LE GOFF, *Il Medioevo*, cit., 31; cfr. anche A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto*, cit., 34, ove si sottolinea come « nonostante l'esistenza della rete dei rapporti feudali, intessuta a maglie via via sempre più strette su quattro o cinque livelli — dal sovrano ai principi territoriali, ai conti, ai signori locali di castello, ai singoli cavalieri e *milites* di ogni signoria — la realtà istituzionale d'Europa nei secoli dal IX all'XI non si esaurisce certamente nel solo feudo (...). Un'altra istituzione deve essere posta in rilievo, solo in parte lambita dai rapporti di natura feudale: la signoria rurale, che fu la vera struttura di base dell'economia e del diritto delle campagne in questi secoli ».

(15) G. JELLINEK, *La dottrina generale*, cit., 53.

(16) A. JA. GUREVIČ, *Le origini del feudalesimo*, cit., 13 (« pluristrutturalità sociale della società altomedievale »).

(17) La frantumazione del potere unitario rende possibile il fiorire del pluralismo politico locale e questo, a sua volta, giustifica la formazione progressiva del diritto consuetudinario, il quale — nonostante tale processo avvenga su basi localistiche — finirebbe, secondo alcuni, per manifestarsi diffusamente con connotati *sostanzialmente* comuni, in ragione del fatto che la medesima società del tempo fosse « prevalentemente rurale (...), unificata dalla comune struttura delle istituzioni ecclesiastiche e dai valori della medesima fede religiosa »: così, ancora, A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto*, cit., 158 s.

(18) Sul punto, e sulla tesi opposta affacciata da *Jean de Blanot* nella seconda metà del 1200, v., però, R.C. V. CAENEGEM, *I sistemi giuridici europei*, trad. it., Bologna, 2003, 26 s.

stema feudale dell'età medievale. « Qui » — scrive *Guido De Ruggiero* — « essa ci appare come frazionata e quasi sparpagliata in una miriade di libertà particolari, ciascuna delle quali è chiusa in un involucro, che la cela ma insieme la protegge: come tale, noi la conosciamo sotto il nome di *privilegio*. Dove la forza dello stato è ridotta a una mera parvenza, la libertà non può sussistere che a questo titolo » (19). Ma varrebbe la pena chiedersi chi godesse *effettivamente* di siffatti privilegi (20). Perché se il sostantivo per certo allude ad un coacervo di diritti e di doveri esercitati autonomamente rispetto al sistema politico complessivamente inteso — di modo che la libertà stessa sembra allora più propriamente presentare i tratti dell'autonomia — appare anche vero che la cerchia dei soggetti titolari dei privilegi medesimi, durante l'alto medioevo, fosse alquanto ristretta e destinata ad essere ampliata solo successivamente con l'affermazione di una società urbanizzata, il cui centro vitale avrebbe ruotato attorno alla città (21).

(19) G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, Roma-Bari, 2003, 1.

(20) Entro la società civile dell'alto medioevo, la condizione giuridica del suddito non appare riconducibile ad uno *status* giuridico unitario: si ponga mente, ad esempio, all'esistenza, ad un tempo, di liberi, da un lato, e servi, dall'altro. Quel che occorre sottolineare, tuttavia, è che in ogni caso — a dispetto di quanto il sostantivo *libero* potrebbe suggerire — le differenze attinenti allo *status* giuridico del suddito non toccano, in via di principio, il vincolo di dipendenza che lega lo stesso al Signore: cfr. A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto*, cit., 142 ss. e 146, ove, peraltro, si precisa come la « categoria » degli uomini liberi fosse profondamente stratificata, dovendosi, nella sua fascia alta, ricomprendere anche le aristocrazie; v. anche M. BLOCH, *La società feudale*, trad. it., 6ª ed., Torino, 1949, 288 ss.

(21) Cfr. ancora A. PADOA-SCHIOPPA, *Il diritto*, cit., 208, il quale non a caso può sottolineare come, in tale passaggio storico, « le libertà cittadine hanno un doppio volto, verso l'esterno e verso l'interno. Questo secondo fronte consiste in un fascio di nuove regole giuridiche, che si imposero nei confronti di tutti gli abitanti, indipendentemente dal loro status giuridico e sociale: all'interno della città la strutturazione per ceti dell'ordinamento giuridico è stata superata »; cfr. anche F. ERCOLE, *La lotta delle classi alla fine del medio evo*, in *Politica*, 1921, ora in *Id., Dal Comune al principato. Saggi sulla storia del diritto pubblico del rinascimento italiano*, Firenze, 1929, 1 ss.: « La vittoria dei Comuni autonomi e democratici sull'Impero e sulla gerarchia feudale fu insieme vittoria della borghesia cittadina sull'aristocrazia terriera »; è appena il caso di precisare come il presente scritto — lungi dal prefiggersi ogni ricostruzione sistematica della problematica in discorso — non considera compiutamente il rapporto tra *libertà feudali* e *libertà cetuali*: per il quale si rinvia alla sintesi di M. BARBERIS, *Libertà*, cit., 50 ss.

La ricostruzione appare tanto più probabile se si tiene conto, appunto, che il sistema feudale si caratterizzasse sostanzialmente per la dualità del potere esercitato, e dal quale ne veniva che ogni rapporto di tensione relativo ad un atto di esercizio del potere si manifestasse unicamente tra il Sovrano, da un lato, e i Signori locali, dall'altro. Come ha sottolineato *Walter Ullmann*, ciò non era rivolto a porre in discussione il fondamento teocratico dell'investitura monarchica, ma unicamente il piano della regalità feudale, poiché esso faceva leva sul rapporto sinallagmatico che caratterizzava il vincolo feudale e che poneva i contraenti su posizioni di assoluta parità (22). Appare chiaro, pertanto, come l'esercizio del potere di governo avesse in sé l'attitudine a vincolare tanto il Re quanto i vassalli e come, per conseguenza, ogni atto adottato senza il consenso di questi ultimi fosse in condizione di provocare la rottura del *Pactum* stesso (23). È evidente che tutto questo finiva, in ultima analisi, per toccare esattamente il sistema di libertà/privilegi intorno al quale le signorie locali avevano organizzato il proprio potere, alimentando la convinzione che ogni atto di resistenza fosse legittimo in quanto strettamente connesso ai diritti che discendevano dal possesso della terra. Le vicende storiche che conducono alla emanazione della *Magna Charta Libertatum* nel 1215 ne sono un chiaro esempio. I provvedimenti unilaterali di espropriazione adottati da Giovanni innescano lo scontro con i Baroni del Regno (24), i quali, nel tenace tentativo di difendere il sistema di pri-

(22) W. ULLMANN, *Principi di governo e politica nel medioevo*, trad. it., Bologna, 1972, 193 ss.; ma in senso diverso E. BENVENISTE, *Vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, *Economia, parentela, società*, trad. it., Torino, 1976, 88.

(23) W. ULLMANN, *Principi di governo*, cit., 195 s.

(24) Sul punto, però, v. quanto scrive G.M. TREVELYAN, *Storia d'Inghilterra*, trad. it., IV ed., Milano, 1993, 159, secondo cui « la resistenza feudale dei baroni alle eccessive pretese della Corona si mutò a poco a poco in resistenza di ordine costituzionale, che coinvolse tutti gli altri strati di cittadini liberi », sul presupposto, forse, che « quanto il re riusciva ad estorcere esosamente ai baroni, in gran parte veniva poi da questi estorto alle classi inferiori » (p. 161); ed ancora: « i baroni non erano abbastanza forti per ribellarsi contro il figlio di Enrico II senza l'aiuto degli altri ceti che Giovanni aveva oppresso e isolato. I londinesi aprirono le porte all'esercito dei baroni e presero parte allo schieramento in ordine di battaglia. Il clero diede il suo appoggio morale e politico. I *liberi homines*, che sommariamente comprendevano tutte le classi al di sopra dei servi della gleba neppure considerati, li sostennero con la loro solidarietà passiva; era inutile

vilegi che derivava loro dal patto feudale, denunciano la violazione del *vinculum juris* e l'abuso della funzione regia (25). Per tale ragione, e non per altre, l'idea per cui l'Inghilterra dell'età moderna, diversamente dai Paesi dell'Europa continentale, seppe preservare la libertà — ed edificare successivamente « sulle "libertà" medievali il moderno concetto di libertà nella legge » — arrestando lo sviluppo dell'assolutismo attraverso « la tradizione profondamente radicata di un *common law* concepito non come il prodotto della volontà di qualcuno, ma piuttosto come una barriera ad ogni potere, incluso quello del re » (26), finisce per essere una semplificazione eccessiva. Se è vero, infatti, che, prima di tale epoca, una comune concezione della "libertà" aveva animato l'esperienza inglese ed anche quella continentale (27), e se è vero che, anche in virtù delle elaborazioni offerte dalla filosofia razionalistica (Descartes) e delle idee diffuse dai pensatori dell'illuminismo francese (soprattutto Voltaire e Rousseau), il tramonto dello Stato assoluto diede vita ad un « liberalismo continentale di tipo costruttivistico » (28), non meno vero è che la preservazione delle "libertà" e l'inibizione degli sviluppi dell'assolutismo in Inghilterra dovettero in parte il pro-

per Giovanni fare leva in massa di tutte le forze di uomini liberi con l'assise delle armi, come avrebbe fatto Enrico II contro una ribellione di feudatari. Per la prima volta il popolo inglese si schierava a fianco dei baroni contro la Corona (p. 162 s.); una siffatta interpretazione, però, è chiaramente respinta da F. MARENCO, *Uno storico fra letteratura e ideologia*, ivi, VII; v. comunque anche W. STUBB, *The Constitutional History of England in its origin and development*, I, 6th edition, London-Edinburgh-New York, M DCCC XCVII, 583: « *The Great Charter is then the act of the united nation, the church, the barons, and the commons, for the first time thoroughly at one. It is in form only the act of the king: in substance and historical position it is the first effort of a corporate life that has reached full consciousness, resolved to act for itself and able to carry out the resolution* », nonché E. FISCHER, *Storia della Costituzione inglese*, I, trad. it., Milano, 1866, 21 ss., spec. 147 ss.

(25) W. ULLMANN, *Principi di governo*, cit., 207.

(26) F.A. v. HAYEK, *Legge, legislazione*, cit., 109 s.

(27) Secondo F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, cit., 983, « tale concezione aveva un saldo fondamento nella credenza in una legge esistente al di fuori e al di sopra dei governi: idea che sul continente era concepita come legge di natura, e che in Inghilterra era presente come *common law*, ossia non come prodotto di un legislatore, bensì quale risultato della continua ricerca di una giustizia impersonale ».

(28) F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, cit., 982.

prio tributo (29) all'aver voluto affidare ad un testo scritto la garanzia della "libertà" (30). Oltre la già menzionata *Magna Charta* del 1215, potrebbero qui citarsi anche il *Petition of Rights* del 1628 (31) o il *Bill of Rights* del 1689 (32): l'adozione di tali atti muoveva chiaramente dalla convinzione che il tentativo di usurpazione da parte del Re delle prerogative godute dal Parlamento (*recitius*: della Camera dei Lords e della Camera dei Comuni) — che si configurava, ad un tempo, come lesione delle libertà tradizionali e come rottura dell'equilibrio costituzionale tra la Corona e il Parlamento (33) — potesse trovare rimedio, a torto o a ragione (34), solo consacrando per iscritto la garanzia della relativa inviolabilità.

(29) Sul « perché le monarchie limitate del medio evo generalmente tramutassero in monarchie assolute » e sul « perché la sola monarchia inglese non patisse cosiffatto trasmutamento » v. T.B. MACAULAY, *Storia d'Inghilterra*, I, trad. it., Firenze, 1885, 49 ss.; interessanti spunti anche in F. CHABOD, *Lo Stato del Rinascimento: fra « patriottismo » e nuove strutture permanenti*, in A. CARACCIOLIO, *La formazione dello Stato moderno*, rist. 2ª ed., Bologna, 1972, 17 ss., 26 s.

(30) « Se c'erano degli abusi, erano nel mancato rispetto dei diritti, non nel loro conferimento »: così M. KISHLANSKY, *L'età degli Stuart. L'Inghilterra dal 1603 al 1714*, trad. it., Bologna, 1999, 136.

(31) Sulle vicende che condussero all'approvazione dell'atto v., per tutti, M. KISHLANSKY, *L'età degli Stuart*, cit., 122 ss., spec. 150 ss.; cfr. anche quanto premette E. FISCHER, *Storia della Costituzione inglese*, cit., 31: « Secondo l'idea degli Stuart, l'istituzione divina della dignità reale significava, che la volontà o il capriccio del re doveva far legge, e che tutti i diritti del popolo erano concessioni, e potevano essere dal re revocati ».

(32) V. ancora M. KISHLANSKY, *L'età degli Stuart*, cit., 337 ss., 361 ss., 374.

(33) A tal riguardo v. le limpide pagine di T.B. MACAULAY, *Storia d'Inghilterra*, cit., 36 s.: « Di tutte coteste Costituzioni affini, la inglese venne fin d'allora giudicata la migliore. Non è dubbio che le prerogative del sovrano fossero estese (...). Ma il suo potere, quantunque ingente, era limitato da tre grandi principii costituzionali (...). Primamente, il re non poteva fare legge alcuna senza il consenso del Parlamento. In secondo luogo, non poteva imporre tasse senza il consenso del Parlamento. Da ultimo, egli era tenuto a condurre l'amministrazione esecutiva secondo le leggi del paese, della violazione delle quali dovevano rispondere al popolo i consiglieri e gli agenti del principe ».

(34) L'adozione del documento non assolveva, evidentemente, ad una funzione « costitutiva » delle prerogative e dei diritti in esso richiamati; quel che appariva necessario era unicamente circondare dette prerogative e detti diritti di una garanzia efficace; quanto poi lo fosse veramente è questione che non contraddice la tesi qui sostenuta; ad ogni modo, se è vero che in alcuni casi — come ad es. è accaduto con il *Petition of Rights* del 1628 — alla violazione dell'atto da parte del Re si contrapponeva « l'onnipotenza del Parlamento », in altre ipotesi si riteneva, invece, che alla violazione dell'atto dovesse seguire un ulteriore docu-

3. Il liberalismo « costruttivistico » dell'Europa continentale.

Nei Paesi dell'Europa continentale (35), la "libertà" inizierebbe ad affermarsi a partire dalla Rivoluzione francese, raggiungendo l'apice del proprio fulgore nel corso del secolo successivo, allorquando, per le « strettissime connessioni con il costituzionalismo » (36), essa venne irradiandosi in molte delle Carte costituzionali allora adottate. L'affermazione, tuttavia, avrebbe pregio solo se ed in quanto si consideri lo sviluppo del *liberalismo* dal punto di vista storico e non anche dal punto di vista filosofico-politico. Questo perché, come si è sottolineato, mentre « storicamente lo Stato liberale nasce da una continua e progressiva erosione del potere assoluto del re (...), razionalmente, invece, lo Stato liberale viene giustificato dai teorici giusnaturalisti come il risultato di un accordo fra individui inizialmente liberi (nello stato di natura), i quali decidono di entrare in società politica per tutelare meglio la loro libertà » (37). In altri termini, mentre la concezione giusnaturalista e contrattualista della libertà precederebbe e non seguirebbe la for-

mento (di garanzia): v. E. FISCHER, *Storia della Costituzione inglese*, cit., 151: « Queste precauzioni non ottennero meglio il loro scopo, e pare sia occorso un caso straordinario per decidere la conferma dell'antico diritto, e la sua sanzione con que' mezzi penali che furono iscritti nel famoso atto d'*habeas corpus*. Essendo, sotto Carlo II, arrestato per ordine del Consiglio privato e per un discorso sedizioso tenuto a guildhall, certo jenks, demagogo di Londra, i giudici di pace, nella sessione trimestrale, non vollero rilasciarlo, allegando che era stato arrestato per ordine emanato da una Corte superiore di giustizia, né acconsentire a porlo sotto giudizio, perché il suo nome non figurava sul registro dei carcerati. Il lord cancelliere, adducendo a pretesto le vacanze, rifiutò di emettere un *writ d'habeas corpus* in suo favore; il presidente del Banco del re fece delle difficoltà. Sia poi stato questo caso o altro, che determinò d'adottar l'atto d'*habeas corpus*, il fatto sta che si terminò col riconoscere la necessità di assicurare la realizzazione della Magna Charta con una sanzione penale, e addì 27 maggio 1679 passò al Parlamento l'atto dichiaratorio, celebre col nome di atto d'*habeas corpus*: il suo titolo preciso è: *An act for better securing the liberty of the subject, and for prevention of imprisonments beyond the sea* ».

(35) Sugli sviluppi determinatisi in Inghilterra, soprattutto a partire dalla Gloriosa Rivoluzione del 1688, cfr. ancora N. MATTEUCCI, *Liberalismo*, cit., 529; più diffusamente G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo*, cit., 97 ss., 148 ss.

(36) N. MATTEUCCI, *Liberalismo*, cit., 539, Id., *Costituzionalismo*, ivi, 262 ss., 264, ove, con efficacia, si sottolinea che il costituzionalismo « è la tecnica della libertà ».

(37) G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, 2004, 5.

mazione dello Stato, quella storicamente invertevasi risulterebbe essere un *posterius* e non un *prius* (38), essendo essa unicamente il risultato di una conquista gradualmente affermata contro un dato sistema politico e giuridico. La precisazione appare doverosa, poiché, diversamente, non si comprenderebbe come mai la concezione liberale messa a punto nel corso dell'Ottocento sia sensibilmente differente da quella originata nel corso della Rivoluzione francese. Per tale motivo, benché le interconnessioni siano del tutto inevitabili, i due piani andrebbero mantenuti distinti:

1) Lo scoppio della Rivoluzione francese e il dilagare delle idee illuministe mutano irreversibilmente il sistema politico-giuridico preesistente: da quel momento in poi i principi propugnati dalla Rivoluzione — *liberté, égalité, fraternité* — avrebbero dovuto incarnare un paradigma politico-giuridico di tipo universale da utilizzare per rifondare interamente lo Stato (39). La *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 28 agosto 1789 (40), nell'affermare che « i rappresentanti del Popolo francese, costituiti in assemblea nazionale (...) hanno deciso di esporre, in una solenne dichiarazione, i diritti naturali, inalienabili e sacri dell'uomo » (Preambolo); che « gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti » (art. 1); che « il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo » (art. 2); che « l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo non ha confini se non quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento dei medesimi diritti » (art. 4); che « la legge è espressione della volontà generale » (art. 5); che « ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata, non ha una Costituzione » (art. 16); che « la proprietà è un diritto inviolabile e sacro » e che « nessuno può esserne privato » (art. 17) prova come il liberalismo di tale prima fase sia largamente

(38) V. N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 1986, 10 s., cit. da G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 6.

(39) Cfr. ad es. M.A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione*, Milano, 1966, 13 ss. e *passim*.

(40) Il presente lavoro tiene conto della versione italiana del documento riprodotta in G.G. FLORIDIA-R. ORRÙ-L.G. SCIANNELLA-A. CIAMMARICONI, *Lex facit regem Rex facit legem. Antologia di documenti di storia costituzionale*, Acquaviva picena (AP), 2005, 127 s.; sulla Dichiarazione v. le osservazioni di L. T. HOBHOUSE, *Liberalism*, cit., 30 ss.

influenzato dagli indirizzi dottrinali del giusnaturalismo e del contrattualismo (41);

2) Nello Stato assoluto francese, ove l'ordine sociale si poneva quale « prodotto dell'ordine divino » (42), il potere pubblico si concentrava formalmente e sostanzialmente nelle mani del monarca e della nobiltà (43). Benché la società civile risultasse suddivisa in tre distinti ordini (Nobiltà, Clero, Terzo Stato) e benché il Terzo Stato rappresentasse il 98% della popolazione, il sistema era essenzialmente *elitario* (44). La progressiva industrializzazione del Paese, accompagnata da una grave crisi economica, rese, però, impellente una riforma del sistema amministrativo e finanziario del Regno e conobbe una rapida ascesa della borghesia (45), in quanto,

(41) G. FORNERO, *Liberalismo*, in *Dizionario di filosofia*, a cura di N. ABBAGNANO, 3^a ed. agg. ampl., Torino, 1998, 631 ss., il quale non a caso individua due distinte fasi storiche di vita del liberalismo, e cioè una « fase settecentesca, caratterizzata dall'individualismo » e una « fase ottocentesca, caratterizzata dallo statalismo »; nella prima fase, secondo l'A., determinante fu l'apporto delle dottrine del giusnaturalismo e del contrattualismo; in tal senso, del resto, deporrebbe anche la *Dichiarazione dei diritti della Virginia* del 12 giugno 1776; è appena il caso di ricordare, però, che per G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Un contributo alla moderna storia costituzionale*, trad. it., Roma-Bari, 2002, il documento francese non andrebbe ricondotto alle « dottrine del contratto sociale » (7 ss.), bensì ai « *Bill of Rights* » degli Stati nordamericani (11 ss.) e in particolare alla *Dichiarazione della Virginia* (17 ss.); ed anche più oltre, 47 ss., ove si nega recisamente che la moderna concezione del diritto pubblico soggettivo sia stata storicamente influenzata dalle idee giusnaturaliste; sulla questione v. anche i cenni di F. RUFFINI, *I diritti di libertà*, II ed., Firenze, 1946, 28 ss.

(42) F. FURET-D. RICHET, *La rivoluzione francese*, I, trad. it., Roma-Bari, 2000, 18.

(43) F. FURET-D. RICHET, *La rivoluzione francese*, cit., 41 ss.

(44) F. FURET-D. RICHET, *La rivoluzione francese*, cit., 18 ss.; cfr. anche l'interessante quadro descritto da V. MEAUX, *La rivoluzione e l'impero 1789-1815*, trad. it., Milano, 1872, 25 ss.; pagine assai belle sulla struttura della società nell'*Ancien Régime* sono state scritte da N. ELIAS, *La società di corte*, trad. it., Bologna, 1980.

(45) Cfr. ancora F. FURET-D. RICHET, *La rivoluzione francese*, cit., 13, il quale osserva che « la crisi finanziaria dell'*Ancien Régime* assume così le sue vere dimensioni di crisi di una società »; v. anche oltre 14 ss., 45 ss.; è appena il caso di osservare come già nel 1828 Guizot insistesse sul fatto che la crisi del sistema fosse da ricondurre all'esistenza di un insanabile divario tra la « *société en progrès* » e « *un gouvernement essentiellement stationnaire* » (p. 124); l'illustre storico riteneva, infatti, che « *ce qui fait la vie sociale, c'est la sécurité et le progrès. Tout*

in tale fase, i salariati — cioè i liberi « venditori » della propria forza-lavoro — « *n'avaient pas encore la notion de l'identité de leurs intérêts* » (46). Appare comprensibile, pertanto, come, nonostante la Dichiarazione adottata nel 1789 si sia richiamata a più riprese ai diritti naturali dell'uomo ed abbia tentato di ancorare formalmente il nuovo Stato a basi contrattualistiche, la Rivoluzione francese abbia finito, nei fatti, per consacrare la vittoria della classe *bourgeoise* (47): da quel momento in poi, gli ideali propugnati da detta classe — al di là del tentativo di restaurazione dell'antico ordine operato dal Congresso di Vienna — sarebbero dilagati in tutta Europa ed avrebbero influenzato largamente le sorti del costituzionalismo liberale, gettando finanche le fondamenta del futuro Statonazione (48).

systeme qui ne procure pas l'ordre dans le présent, et le mouvement vers l'avenir, est vicieux et bientôt abandonné » (p. 85) (le pagine citate tra parentesi sono tratte da una edizione apparsa in Germania agli inizi del novecento: F. GUIZOT, *Histoire de la civilisation en Europe*, Bielefeld und Leipzig 1914).

(46) H.J. LASKI, *Le libéralisme européen du moyen âge à nos jours*, trad. franc., Paris, 1950, 229.

(47) A tal riguardo, però, v. le perplessità sollevate da F. FURET-D. RICHET, *La rivoluzione francese*, cit., IX; v. anche F. FURET, *Il catechismo rivoluzionario*, in *Critica della rivoluzione francese*, trad. it., 5^a ed., Roma-Bari, 1998, 93 ss., in accesa polemica con le tesi espresse sul punto da C. MAZAURO, *Sur la Révolution française*, Paris, 1970, e da A. SOBOUL, *La civilisation et la Révolution française. La crise de l'Ancien Régime*, I, Paris, 1970.

(48) Cfr. ancora M.A. CATTANEO, *Illuminismo*, cit., 129 ss., 165 ss.; C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, trad. it., Milano, 1984, 171 ss., nel far risalire direttamente il contenuto tipico dello Stato di diritto *bourgeois* — e cioè: il principio di divisione (la libertà del singolo di fronte allo Stato: « libertà del singolo in linea di principio illimitata, potere dello Stato in linea di principio limitato ») e il principio di organizzazione (« il potere statale (in linea di principio limitato) è diviso ed è racchiuso in un sistema di competenze circoscritte ») — alla Dichiarazione dei diritti del 1789 (e anche a quella della Virginia del 1776); e nel ricollegare quest'ultima alle Carte costituzionali successive, e in particolare a quelle adottate nel corso dell'ottocento, sembra, invece, svalutare la circostanza che le Costituzioni successive, influenzate dagli ideali propugnati dalla classe *bourgeoise*, finirono per perdere ogni carattere di pretesa « universalità »: v. ad esempio la Carta costituzionale francese del 4 giugno 1814, la Costituzione francese del 14 agosto 1830 o anche quella belga del 7 febbraio 1831 (ripubblicate ora in G.G. FLORIDIA-R. ORRÒ-L.G. SCIANNELLA-A. CIAMMARICONI, *Lex facit regem Rex facit legem*, cit., 329 ss.); sul punto considerazioni illuminanti sono state svolte da P. VIRGA, *Origine, contenuto e valore delle dichiarazioni costituzionali*, in *Rass. dir.*

4. (Segue): *sfera pubblica e sfera privata. I caratteri dello Stato liberale.*

Si è soliti ritenere che la teoria politica del liberalismo abbia saputo esprimere una propria concezione del diritto e dello Stato e che tale concezione abbia tratto alimento dalla necessità di dover anzitutto separare, e mai più confondere, la sfera di attività privata da quella pubblica (49). Tale separazione, è evidente, si pone come il presupposto logico e necessario della costruzione del modello di Stato borghese e, pertanto, i caratteri tipici di questo acquistano *teoricamente* significazione solo se posti in connessione con la distinzione concettuale medesima; che, appunto perché concettuale, non implica un'assenza di relazione, ma imprime a questa unicamente una data direzione.

Dal punto di vista economico, ciò vuol dire che il mercato deve soggiacere unicamente ai principi della libera concorrenza. Il sistema, in cui la produzione delle merci si pone come « soggettivamente anarchica ed oggettivamente armonica » (50), è in condizione di auto-regolarsi e di funzionare nel migliore dei modi possibili solo a patto che nessun elemento extra-economico interferisca nei rapporti di scambio (51). In tale contesto, oltretutto predisporre un certo numero di servizi ritenuti essenziali (52), lo Stato è tenuto a stabilire unicamente le « condizioni tecnico-giuridiche della sua costituzione economica di base » (53), ovvero — entro una conce-

pubbl., 1948, 241 ss., che, tra l'altro, osserva: « Fu specialmente con la Costituzione monarchica francese del 1814 e con la Costituzione belga del 1831 da essa derivata, che si maturarono tre fenomeni che eserciteranno una influenza decisiva sulla evoluzione delle dichiarazioni costituzionali: a) l'inserimento delle dichiarazioni entro il testo costituzionale (...); b) la subiettivizzazione delle dichiarazioni in singoli diritti costituzionalmente garantiti (...); c) la positivizzazione delle dichiarazioni (...) ».

(49) Su tale « dicotomia » cfr. E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat und Gesellschaft*, in *Staatslexikon Recht - Wirtschaft - Gesellschaft*, V, 7. Aufl., Freiburg-Basel-Wien, 1995, 228 ss.; F. ERMACORA, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1970, 331 ss.

(50) J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it., 8ª ed., Roma-Bari, 2001, 107.

(51) J. HABERMAS, *Storia e critica*, cit., 99.

(52) F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, cit., 991.

(53) J. HABERMAS, *Storia e critica*, cit., 100.

zione di giustizia meramente commutativa (54) — le « norme og-

(54) J. ISENSEE, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin, 1968, invero, ha tentato di porre in luce come dietro il principio di sussidiarietà si collochino tre grandi filoni di pensiero, e cioè: quello della *neuscholastische Naturrechtslehre* (21 ss.), quello del *Föderalismus* « organico » (35 ss.; su tale concezione sia consentito il rinvio a E. DI SALVATORE, *Constantin Frantz e la dottrina del « Federalismo organico »*, in *Teoria del Diritto e dello Stato*, 1, 2004, 134 ss.) e quello che congiunge il *Frühliberalismus* tedesco (I. Kant e W. v. Humboldt) con la moderna *Staatsrechtslehre* del XIX secolo (spec. 67 ss.). Secondo tale illustre dottrina, nella prospettiva della liberale *Staatsrechtslehre* la *Staatlichkeit* si sarebbe posta come legittima e giustificata solo in quanto sussidiaria; tale conclusione poggerebbe sui seguenti presupposti: a) al centro del pensiero liberale si colloca la *freie Individualität*, nei cui riguardi lo Stato — « *Gegenspieler des einzelnen* » — è mera razionale costruzione, in quanto ad esso mancano i caratteri della individualità (45 s.); b) tra l'individuo e lo Stato si collocano gli *Intermediäre Gebilde*. Ciò, comunque, non scalfisce il sostanziale dualismo che separa e pone in un rapporto giuridico solo l'individuo e lo Stato, poiché i *Gebilde* (che perseguono « *particuläre individuelle Ziele in sozialer Standardisierung* ») rappresentano pur sempre solo la somma degli individui; di modo che, da un lato, vi è « la più alta individualità » e, dall'altro, « la più alta generalità » (p. 46). In tale contesto, configurandosi il rapporto tra l'individuo e lo Stato più propriamente come rapporto tra *Gesellschaft* e Stato, il principio di sussidiarietà non si configurerebbe come un criterio di regolazione delle competenze (« *Zuständigkeitsregulativ* ») all'interno dello Stato e tra i suoi livelli di governo, quanto, invece, quale « *Freiheitssnorm gegen dem Staat* »: lo Stato e la società civile non sono « realtà » che si pongono l'una accanto all'altra (in modo tale da dar vita ad un rapporto di cooperazione) né l'una nell'altra (in modo da configurare un rapporto di integrazione), bensì l'una di fronte all'altra; c) lo Stato non è un'associazione, ma una persona giuridica, il cui compito non è quello di garantire l'integrazione dei cittadini, ma solo di colui che è completamente diverso (p. 46, ed ivi il richiamo a C. SCHMITT, *Politische Teleologie*, 2. Aufl., München, 1934; è fin troppo noto, però, come l'illustre studioso citato da Isensee avversasse tale idea, tanto da giungere a conclusioni opposte: v. ad es. C. SCHMITT, *Il concetto di politico*, in *Le categorie del 'politico'*, trad. it., Bologna, 1998, 127 s., nt. 30, ove, evidenziando le contraddizioni insite nella dottrina del pluralismo, l'A. conclude: « può qui servire da banco di prova il principio di sussidiarietà, per il fatto che esso presuppone un'unità finale (e non una molteplicità finale) della società e che proprio questa unità diventa problematica se si pone in questione la concreta omogeneità dei diversi titolari dell'aiuto finale »); d) lo Stato si configura solo come un *Instrumentwert* e non come *Selbstzweck*. Nella concezione della statualità liberale, per conseguenza, il principio di sussidiarietà non è impiegato allo scopo di conseguire un « giusto » ordinamento, ma unicamente al fine di ristabilire un ordinamento che sia « giusto » (nella dottrina italiana tale tesi sembra condivisa anche da A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2001, 59 ss., 62, per il quale:

gettive di condotta lecita » (55).

Dal punto di vista costituzionale, invece, ciò richiede che lo Stato si configuri ora quale mezzo, cioè quale strumento di garan-

« Secondo la versione liberale della sussidiarietà, i diretti interventi dello Stato in economia si giustificano solo se il mercato non è in grado di operare efficientemente »; la ricostruzione effettuata da *Isensee*, per quanto suggestiva, non sembra, però, del tutto convincente; nella concezione liberale classica lo Stato, infatti, è tenuto ad assumere un ruolo meramente negativo e le sue funzioni sono circoscritte unicamente alla posizione delle regole del gioco, ossia alla emanazione di norme generali ed astratte. Ciò vale a *fortiori* anche per la concezione portata avanti dal *Frühliberalismus* di *Kant* e di *Humboldt*, per la quale lo Stato è tenuto a non immischiarsi nella gestione degli affari privati, dovendo esso solo dettare « le condizioni formali per la libera esplicazione delle energie individuali » (in tal senso G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 102); in tale prospettiva, l'intervento dello Stato è postulato come necessario solo se ed in quanto rivolto a garantire la « sicurezza » della libertà dei cittadini (tra loro e contro i nemici esterni): cfr. W. v. HUMBOLDT, *Idee per un saggio sui limiti della attività dello Stato*, in *Antologia degli scritti politici di Wilhelm von Humboldt*, Bologna, 1961, 53 ss., 75 (« lo Stato deve astenersi da ogni cura per il benessere positivo dei cittadini, e non compiere alcun passo che non sia necessario alla loro sicurezza reciproca e nei confronti dei nemici esterni. Esso non deve limitare la loro libertà per nessun altro scopo »), 80, 104, e soprattutto 111 s.: (« lo Stato deve assolutamente astenersi da ogni tentativo di agire direttamente o indirettamente sui costumi e sul carattere della nazione, salvo che ciò sia inevitabile, quale conseguenza naturale e spontanea di disposizioni altrimenti necessarie; e che tutto ciò che può favorire quest'intento, specialmente ogni particolare sorveglianza sulla educazione, istituzioni religiose, leggi sanitarie, ecc., esula completamente dalla sua sfera di attività » (corsivi testuali); il criterio della « necessità » invocato da tale autore, come si vede, non è inteso, pertanto, quale parametro di divisione razionale delle funzioni tra lo Stato e l'individuo (il minimo allo Stato e il massimo all'individuo) (cfr., invece, J. ISENSEE, *op. cit.*, 50: « Diese Aufteilung folgt nicht einer apriorischen Teleologie, sondern einem rationalen Verteilungsmaßstab »); per conseguenza non può neppure concludersi che tale criterio « enthält neben dem Übermaßverbot zugleich auch den (...) Gedanken der Subsidiarität » (p. 51); una differente prospettiva sarebbe stata assunta solo nel corso del XX secolo: sul punto chiaramente F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, cit., 992: « Perché il sistema della libera impresa funzioni in modo da arrecare dei vantaggi non è sufficiente che le leggi soddisfino i criteri di carattere negativo sopra illustrati, occorre anche che il loro contenuto positivo sia tale da far funzionare il meccanismo di mercato in modo soddisfacente. A questo scopo sono necessarie norme che favoriscano il mantenersi della concorrenza e ostacolino, nei limiti del possibile, lo sviluppo di posizioni di monopolio. Questi problemi furono alquanto trascurati dalla dottrina liberale del sec. XIX e sono stati esaminati in modo sistematico soltanto di recente da alcuni dei gruppi "neoliberali" ».

(55) F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, cit., 989.

zia dell'individuo e della società, e non già come un fine in sé (56). Per tale motivo: è uno Stato che ha una Costituzione scritta ovvero una Costituzione che, a garanzia delle prerogative dell'individuo, si prefigge di limitare il potere (57); è uno Stato che si qualifica come « Stato di diritto », ossia prescrive che il potere pubblico sia sottomesso alla sola autorità del « diritto », cioè « ad un insieme di regole astratte e generali predeterminate » (58); è uno Stato in cui le relative funzioni non sono confuse nelle mani di un unico soggetto, ma esercitate da organi indipendenti (c.d. « separazione dei poteri ») (59); è uno Stato che riconosce e garantisce i diritti fondamentali e le libertà « giuridiche » dei cittadini; è uno Stato in cui trova realizzazione il principio della rappresentanza politica (60).

5. (Segue): *alcune considerazioni sui caratteri dello Stato liberale: l'esempio della « divisione dei poteri » e la teoria politica di Montesquieu.*

« Il liberalismo » — come ha ricordato *Nicola Matteucci* — « si presenta nei vari paesi in tempi storici assai diversi, a seconda del loro stadio di sviluppo, per cui è difficile individuare sul piano sincronico il momento liberale che unifichi storie diverse » (61).

(56) Alla riflessione filosofico-politica, però, non sarebbe stata del tutto estranea una diversa concezione del ruolo dello Stato: al riguardo, e in particolare sull'influenza esercitata dal pensiero hegeliano sulle idee di *S. Spaventa*, v. C. GHISALBERTI, *Silvio Spaventa teorico dello Stato liberale*, in *Id.*, *Stato e Costituzione nel risorgimento*, Milano, 1972, 249 ss.

(57) Significativa, al riguardo, la sottolineatura di P.P. PORTINARO, *Stato*, Bologna, 1999, 111, il quale dopo aver ricordato che a partire dalla Rivoluzione francese l'ordinamento costituzionale dello Stato viene finalizzato alle esigenze della società civile, afferma: « lo Stato non è bensì ha una Costituzione ».

(58) M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e di governo*, II ed., Torino, 2004, 37: « in senso stretto (esso è inteso) come Stato fondato sul riconoscimento di un corpo di principi (supremazia della legge, legalità in senso formale, separazione dei poteri) e sulla garanzia giurisdizionale dei diritti ».

(59) J. HABERMAS, *Storia e critica*, loc. cit.: « Limitazione delle competenze e legalismo sono quindi i criteri dello Stato di diritto borghese; amministrazione "razionale" e magistratura "indipendente" ne sono la premessa organizzativa ».

(60) Su tali caratteri cfr., per tutti, M. VOLPI, *Libertà e autorità*, cit., 31 ss.

(61) N. METTEUCCI, *Liberalismo*, cit., 529.

Dal punto di vista costituzionale ciò vuol dire che le caratteristiche che solitamente si ascrivono allo Stato liberale non hanno avuto ovunque, e con riguardo ad un dato periodo storico, il medesimo significato giuridico.

In tale sede non può procedersi ad un'analisi esaustiva dello svolgimento pratico di ciascuna di dette caratteristiche e tentare di ricostruire in modo sistematico la problematica in discorso. Un esempio tra i tanti, tuttavia, varrà a chiarire la tesi che qui si intende sostenere.

Tra le caratteristiche attribuite unanimemente allo Stato liberale vi è appunto quella della c.d. « separazione dei poteri ». Com'è noto, tale idea venne sviluppata compiutamente (62) per primo da Montesquieu ne « *L'esprit des Lois* » (63), attraverso una riflessione condotta sull'esempio della « Costituzione dell'Inghilterra » (64) e su quello del « governo dei re di Roma » (65). Secondo il pensatore francese, *distribuzione* dei poteri (66) e *libertà* (67) costituiscono un binomio inscindibile, in quanto il potere, cioè la sua organizzazione, appare servente alla realizzazione della libertà medesima (68). « Quando nella stessa persona o nello stesso corpo di magistratura il

(62) È altrettanto noto, però, come tale idea già ricorresse — seppure con impostazione differente — in J. LOCKE, *Il secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile* (1690), trad. it., IV ed., Milano, 2004, capp. XI ss., spec. XIII; sul pensiero di Locke — e sul significato espresso dalla « teoria dei poteri » (*legislativo, esecutivo e federativo*) da egli elaborata — cfr., tra i tanti, J.-J. CHEVALLIER, *Storia del pensiero politico*, II, *L'età moderna*, trad. it., Bologna, 1989, 243 ss., 270 ss.; G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 49 ss., 64 ss.; più specificamente, con riguardo alla concezione della libertà, v. la sintesi di M. BARBERIS, *Libertà*, cit., 73 ss.

(63) C.-L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, trad. it., 4^a ed., Milano, 1999, I, Libro XI, 307 ss.

(64) Libro XI, Cap. 6, 309-310.

(65) Libro XI, Capp. 12-15, 323-328.

(66) Si utilizza, in tale contesto, il sostantivo « divisione » o « distribuzione » dei poteri, in luogo della locuzione « separazione dei poteri »: per tale ragione v. più oltre *sub* nt. 99.

(67) Sulla concezione « pre-liberale della libertà » di Montesquieu — ovvero come « libertà sicurezza » — v. ancora M. BARBERIS, *Libertà*, cit., 77 ss.; Id., *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, 83 ss., 92 s., al quale si rinvia anche per un approfondimento della diversa « concezione liberale della libertà » portata avanti successivamente da E.-J. Sieyès e B. Constant (risp. 98 ss. e 105 s.).

(68) Libro XI, Cap. 7, 320.

potere legislativo è unito al potere esecutivo » — scrive *Montesquieu* — « non vi è libertà »; così come « non vi è nemmeno libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e dall'esecutivo » (69). La realizzazione della libertà, insomma, richiede che il potere sia distribuito. Ed essendo il potere giudiziario « in qualche senso nullo » (70), la questione tocca, in realtà, la sfera di azione degli altri due poteri, e cioè di quello legislativo, organizzato nel corpo dei « nobili » e in quello « che sarà scelto per rappresentare il popolo », e di quello esecutivo (71), che deve concentrarsi « nelle mani d'un monarca perché questa parte del governo, che ha bisogno quasi sempre d'una azione istantanea, è amministrata meglio da uno che da parecchi » (72). Ciò posto, occorre pur sempre comprendere in che modo debbano essere ricomposti, rispettivamente, i rapporti tra i due corpi del potere legislativo e quelli tra il potere legislativo e il potere esecutivo; in entrambi i casi, esprimendo ciascun « soggetto » della relazione (Re, corpo dei nobili e corpo dei rappresentanti del popolo) un proprio peculiare interesse, si tratterà di creare un « potere regolatore per temperarli » (73). Nel primo caso, assegnando al corpo dei rappresentanti del popolo la « *facoltà di statuire* » e al corpo dei nobili quella « *d'impedire* »; nel secondo caso, vietando che il corpo legislativo complessivamente inteso possa usurpare le funzioni dell'esecutivo, ma ammettendo che, al contrario, questo abbia « il diritto di bloccare le iniziative del potere legislativo » (74); ed ancora, escludendo che l'esecutivo possa prender parte all'esercizio del potere giudiziario. Quanto a quest'ultimo, « sebbene, in generale (...) non

(69) Libro XI, Cap. 6, 310.

(70) Libro XI, Cap. 6, 314; v. anche 317: « Ma i giudici della nazione sono soltanto, come abbiamo detto, la bocca che pronuncia le parole della legge: essere inanimati, che non possono regolarne né la forza né la severità ».

(71) Cfr. S. KORIOTH, « *Monarchisches Prinzip* » und Gewaltenteilung — Unvereinbar?, in *Der Staat*, 1998, 27 ss., 33: « Nur hier, bei der besonderen Stellung der Judikative, gebraucht Montesquieu den Begriff der "séparation", der Trennung, oder besser Abspaltung dieser Gewalt in personeller, organisatorischer und funktioneller Hinsicht von den beiden anderen Gewalten. Wegen dieser vollen Unabhängigkeit und wegen der Nichtbeteiligung an politischen Festlegungen, die Exe-cutive und der Legislative überlassen sind, ist die Rechtsprechung "en quelque façon nulle" ».

(72) Libro VI, Cap. 6, 314.

(73) Libro XI, Cap. 6, loc. cit.

(74) Libro XI, Cap. 6, 315.

debba essere unito a nessuna parte di quello legislativo » (75), esso deve incontrare alcune specifiche limitazioni (*rectius*: eccezioni): qualora si tratti di giudicare un componente del corpo dei rappresentanti del popolo, esso sarà giudicato dinanzi alla « parte legislativa dei nobili, la quale non ha né i suoi interessi, né le sue stesse passioni » (76); qualora, invece, si tratterà di giudicare un membro del corpo dei nobili, poiché « i grandi sono sempre esposti all'invidia; e se fossero giudicati dal popolo, potrebbero trovarsi in pericolo e non godrebbero del privilegio che, in uno Stato libero, ha l'ultimo dei cittadini, d'essere giudicato dai suoi pari », occorre che il giudizio sia riservato al corpo dei nobili stesso (77). Per quanto concerne, invece, il Re, egli non potrebbe essere giudicato dal corpo legislativo, in quanto, se così fosse, « lo Stato non sarebbe più una monarchia, ma una repubblica non libera ». In tal caso, « siccome chi eseguisce non può eseguire male senza avere cattivi consiglieri, che odiano le leggi come ministri, quantunque esse li favoriscano come uomini, questi consiglieri possono essere ricercati e puniti » (78).

In un articolo del 1933, *Charles Eisenmann* ha largamente provato come il sistema allestito da *Montesquieu* non riposi affatto sulla c.d. « separazione dei poteri », ma al contrario, sull'equilibrio tra gli stessi (79). Questa interpretazione è stata ripresa ed approfondita successivamente da *Louis Althusser*, il quale ha giustamente posto in luce come il problema di *Montesquieu* sia essenzialmente di tipo politico, e cioè, in prima battuta, estraneo alla « definizione della legalità e delle sue sfere » (80). Per *Montesquieu* non si darebbe a priori un governo che sia di per sé *ontologicamente* moderato o *ontologicamente* dispotico. Respingendo la nota distinzione tracciata da Aristotele (monarchia, aristocrazia e repubblica) (81), egli è fermamente convinto, al contrario, che ogni regime possa

(75) Libro XI, Cap. 6, 316.

(76) Libro XI, Cap. 6, 317.

(77) Libro XI, Cap. 6, 316.

(78) Libro XI, Cap. 6, loc. cit.

(79) C. EISENMANN, *L'« Esprit des lois » et la séparation des pouvoirs*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, 1933, 165 ss.

(80) L. ALTHUSSER, *Montesquieu. La politica e la storia*, trad. it., Roma, 1969, 93 ss.

(81) Cfr. sul punto G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 75 ss., 79 s.

configurarsi come moderato solo a patto che in esso « il potere arresti il potere » (82); la qual cosa, almeno per ragioni storiche contingenti (83), credeva che trovasse mirabilmente realizzazione nel governo misto inglese, poiché, in tale esperienza, l'equilibrio politico, generato per impedimento, ossia per « neutralizzazione » (84), si poneva come unico vero potere che tutti gli altri arrestava (85).

Ebbene, se, come si è detto più sopra, per *Montesquieu* solo l'equilibrio tra i poteri sembra garantire "spontaneamente" il godimento della libertà, resta pur sempre da capire di quale libertà egli parli. Perché, come ha osservato ancora *Althusser*, la libertà garantita dal sistema teorizzato sembrerebbe essere, a ben vedere, la libertà delle forze « realmente esistenti della sua epoca » (86) e, dunque, non la libertà giuridica astrattamente intesa; non « la libertà comune » — che come scrive lo stesso *Montesquieu* — « sarebbe

(82) Libro XI, Cap. 6, 309.

(83) A tal riguardo cfr. ancora L. ALTHUSSER, *Montesquieu*, cit., 99 s.; il quale, dopo aver ricordato come, in realtà, *Montesquieu* abbia affermato che « il principio dei rappresentanti d'una nazione in una monarchia (...) fa parte proprio delle origini del governo "gotico, la migliore specie di governo che gli uomini abbiano potuto immaginare" (SL, XI, 8) », conclude problematicamente: « Questa scelta politica può restare velata per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto per il modo di pensare di *Montesquieu*, per la purezza e l'astrazione giuridiche delle sue analisi politiche (...) il giurisprudenzialismo di *Montesquieu* esprime anch'esso, a suo modo, il partito preso dal nostro autore. Ma questa scelta può anche venire dissimulata dalla storia: quella che ci separa da *Montesquieu*, e quella che *Montesquieu* ha vissuto. Per capire a fondo questa scelta bisogna coglierla nelle sue interne ragioni e nell'ambito della storia vissuta da *Montesquieu*: in quella che credeva di vivere e che tuttavia si giocava anch'essa sopra di lui ».

(84) Utilizza tale espressione P. MANENT, *Storia intellettuale del liberalismo. Dieci lezioni: da Machiavelli a Tocqueville*, trad. it., Roma, 2003, 154: « (...) è la stessa organizzazione politica che neutralizza il potere del potere ».

(85) Da tale punto di vista, la tesi di *Montesquieu* presenta notevoli punti di contatto con la c.d. "dottrina dell'equilibrio", che si sviluppa in Europa in seguito alla formazione degli Stati nazionali; cfr. F. CHABOD, *Il principio dell'equilibrio nella storia d'Europa*, in *Idea di Europa e politica dell'equilibrio*, Bologna, 1995, 3 ss., il quale, dopo aver osservato come « nonostante i tentativi, effettuati a varie riprese, di convertirlo in principio giuridico, il concetto di equilibrio rimaneva sempre concetto puramente politico, quindi sensibile come nessun altro al vario susseguirsi delle vicende storiche », sottolinea come, nella seconda metà del secolo XVIII, diffusa fosse la convinzione che il mantenimento dell'equilibrio europeo sapesse tutelare « la libertà politica e la floridezza economica e coloniale inglese ».

(86) L. ALTHUSSER, *Montesquieu*, cit., 98.

la loro schiavitù » (87); non la libertà che abolisce le classi sociali e tutti eguaglia, ma: la diversa libertà del suddito, del nobile e del monarca, che l'ordine "spontaneo" generato dall'equilibrio dell'organizzazione politica saprebbe garantire (88).

6. (Segue): « *separazione dei poteri* » e « *Stato di diritto* ».

Si è già detto più sopra di come la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 avesse espressamente sancito che « Ogni società nella quale la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri fissata non ha una Costituzione ». Si è anche sottolineato come nel corso dell'Ottocento tale concezione sia stata espressamente posta a base della costruzione dello Stato liberale. Di modo che sarebbe quasi logico concludere che nei Paesi dell'Europa continentale la rifondazione della società in chiave costruttivistica abbia, in qualche modo, saputo far tesoro della lezione di Montesquieu (89). Tale assunto, però, non appare credibile fino in fondo.

Lo specifico svolgimento del principio nelle Carte costituzionali degli Stati liberali ottocenteschi, infatti, fu *anche* — se non soprattutto — conseguenza (diretta o indiretta; concomitante o escludente) dell'elaborazione di altre tesi che al riguardo vennero formulate (90); come ad es. quelle di Immanuel Kant, che, com'è noto,

(87) Libro XI, Cap. 6, 313.

(88) A differenti conclusioni — se ben inteso — perviene, invece, G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (separazione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 670 ss., 672: « se si pensa però che il principio della separazione dei poteri è considerato da Montesquieu essenziale alla conservazione della libertà (e proprietà) in "ogni" Stato che non sia tirannico, e che tutto il sistema ruota intorno alla determinazione funzionale della legislazione, dell'esecuzione e della giurisdizione, si arriva alla conclusione che nella nuova teoria rimane ben poco dell'antico principio del *regimen mixtum* ».

(89) Sull'influenza che seppe esercitare la tesi di Montesquieu sulla redazione della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* v. S. KORIOTH, « *Monarchisches Prinzip* », cit., 36, ed ivi letteratura citata.

(90) Sulla diversa concezione che dell'organizzazione del potere (« separazione dei poteri ») ebbero ad es. E.-J. Sieyès e B. Constant, e sulla concreta influenza da essa esercitata, v. M. BARBERIS, *Divisione dei poteri*, cit., 94 ss. e 100 ss.

giunse a collocarsi in tutt'altra prospettiva rispetto a quella indicata da Montesquieu (91).

Per il filosofo prussiano — come non si è mancato di osservare — « la costituzione basata sui principi (...) della libertà, dell'eguaglianza e dell'indipendenza, è una costituzione *repubblicana*, che in quanto tale, si oppone radicalmente a quella dispotica »; per conseguenza, « nel regime repubblicano (...) il vero potere sovrano è il legislativo, al quale l'esecutivo è sottomesso » (92). Detto altrimenti, in Kant, diversamente che in Montesquieu, il regime è capace di opporsi alle derive assolutistiche del potere solo se sia « repubblicano » (93) ovvero solo se si tratti di un regime (*rectius*: di

(91) Cfr. I. KANT, *La metafisica dei costumi*, Parte I, *La dottrina del diritto*, trad. it. (1916), 2ª ed., Torino (s. d.), 145 ss., 148: « Ogni Stato contiene in sé tre poteri, vale a dire l'unità della volontà generale si decompone in tre persone (*trias politica*): il potere sovrano (la sovranità), che risiede nella persona del legislatore; il potere esecutivo nella persona che governa (conformemente alla legge); e il potere giudiziario (che assegna a ciascuno secondo la legge) nella persona del giudice (*potestas legislativa, rectoria et judiciaria*). Somigliano alle tre proposizioni di un sillogismo pratico: alla proposizione maggiore corrisponde il potere che contiene la legge della volontà, alla minore quello che contiene il comando di comportarsi secondo la legge, vale a dire il principio della sussunzione delle azioni sotto di essa legge; infine alla conclusione corrisponde la sentenza, che decide che cosa è diritto nel caso in cui si tratta ».

(92) G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 111 s.

(93) I. KANT, *Per la pace perpetua*, trad. it., 8ª ed., Milano, 2002, 54 ss., ove, com'è noto, si ritiene che il conseguimento della pace perpetua tra i popoli presupponga che ciascun Stato si dia una « Costituzione civile repubblicana »: « La costituzione fondata in primo luogo secondo i principi della libertà dei membri di una società (in quanto uomini), in secondo luogo secondo i principi della dipendenza di tutti da un'unica legislazione comune (in quanto sudditi), in terzo luogo secondo la legge della loro eguaglianza (in quanto cittadini) — l'unica costituzione che deriva dall'idea del contratto originario, su cui deve fondarsi ogni legislazione giuridica di popolo — è quella repubblicana » (p. 54); e più oltre: « Perché non si confonda (come di solito succede) la costituzione repubblicana con quella democratica, bisogna tenere presente le osservazioni seguenti. Le forme di uno Stato (*civitas*) possono essere suddivise o secondo la differenza delle persone che detengono il potere statale supremo, o secondo il modo in cui il popolo è governato dalla sua autorità suprema, qualunque essa sia. La prima si chiama propriamente la forma del dominio (*forma imperii*) e sono solo tre quelle possibili, a seconda cioè che a detenere il potere sia uno solo, o alcuni uniti tra loro, o tutti insieme (*autocrazia, aristocrazia e democrazia*, potere del principe, potere della nobiltà e potere del popolo). La seconda è la forma del governo (*forma regiminis*) e riguarda il tipo di uso, fondato sulla costituzione (l'atto della volontà

un governo rappresentativo) (94) che, organizzato intorno alla « separazione » dei poteri (95), accettati di porre al centro del sistema il corpo legislativo e la legge (96), intesa quale strumento di garanzia delle libertà (97). Sarebbe ragionevole concludere, pertanto, che è anche a siffatta concezione, e non solo a quella di Montesquieu, che molte delle Costituzioni ottocentesche finirono allora per guardare (98); così

generale attraverso il quale una massa diventa popolo), che lo Stato fa della pienezza del suo potere: è sotto questo aspetto è *repubblicano* o *dispotico* » (p. 57); sul punto cfr. G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 113: « (il regime repubblicano) non è inteso da Kant come una delle forme tradizionali di Stato, ma come un insieme di principi e di regole che caratterizzano il buon governo, il quale può essere quindi anche monarchico »; in tal senso già N. BOBBIO, *Kant e le due libertà*, in *Da Hobbes a Marx*, Napoli, 1965, ora in *Teoria generale della politica*, Torino, 1999, 40 ss., 47 ss.

(94) I. KANT, *Per la pace perpetua*, cit., 59.

(95) I. KANT, *Per la pace perpetua*, loc. cit.: « Il *repubblicanesimo* è il principio politico della separazione del potere esecutivo (il governo) dal potere legislativo; il *dispotismo* è il principio politico dell'autonoma esecuzione, da parte dello Stato, di leggi che lo Stato stesso ha promulgato, quindi è la volontà pubblica che viene esercitata dal sovrano come sua volontà privata »; cfr. anche Id., *La metafisica dei costumi*, cit., 152, ove si chiarisce: « I tre poteri dello Stato sono, dunque, in primo luogo coordinati fra loro come altrettante persone morali (*potes-tes coo-ordinatae*), vale a dire che uno è il complemento necessario degli altri due per la compiutezza (*complementum ad sufficientiam*) della costituzione dello Stato; ma in secondo luogo essi sono anche l'un l'altro *subordinati* (*subordinatae*), così che uno non può usurpare nello stesso tempo le funzioni dell'altro, al quale esso porge la mano, ma ha il suo proprio principio, vale a dire che esso comanda in qualità di persona particolare, pure sotto la condizione di rispettare la volontà di una persona superiore; in terzo luogo essi si uniscono l'uno all'altro per rendere a ogni suddito ciò che gli è dovuto »; ed anche più oltre 184 ss.

(96) I. KANT, *La metafisica dei costumi*, cit., 186 ss., spéc. 188: « La sola costituzione permanente è quella in cui la legge è sovrana e non dipende da nessuna persona particolare: è questo lo scopo ultimo di ogni diritto pubblico, il solo Stato in cui possa essere attribuito *perentoriamente* a ognuno il suo; mentre, finché queste forme di governo saranno rappresentate, quanto alla lettera, da altrettante persone morali diverse, rivestite dal potere supremo, non vi può essere che un diritto interno *provvisorio*, ma non uno Stato di società civile assolutamente giuridico ».

(97) I. KANT, *Sul detto comune: Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, in *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, 2003, 123 ss., 136 ss.; Id., *Per la pace perpetua*, cit., 53 ss.; Id., *La metafisica dei costumi*, cit., 149, 188; in dottrina cfr. ancora G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 112.

(98) Con riferimento all'esperienza costituzionale francese v. N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit., 265.

come sarebbe ragionevole concludere che fu *sostanzialmente* questa, e non quella di *Montesquieu*, la concezione che imperò nella giuspubblicistica della seconda metà dell'Ottocento, per la quale: lo Stato liberale è uno « Stato di diritto », in quanto in esso la tutela della libertà *deve* concretarsi per mezzo della garanzia giuridica formale della legge, ossia imbrigliando il potere in un insieme di norme generali ed astratte, e non attraverso l'equilibrio spontaneamente generatosi tra i poteri esistenti. Per tale ragione occorre che i poteri siano « separati » e non « divisi » (99). Ma è evidente che anche tale conclusione non avrebbe pregio se non si procedesse alla verifica di quale sia stato, nella *Verfassungsrealität* e nelle idee dell'epoca, il grado effettivo di aderenza alla concezione medesima.

7. (Segue): « *divisione* » e « *separazione* » dei poteri nell'esempio costituzionale dello Statuto albertino.

La rivoluzione francese, come si è detto, fu una rivoluzione essenzialmente "borghese", i cui ideali esercitarono una profonda influenza sulle sorti del costituzionalismo europeo di fine Settecento (100). In Italia, il successivo regime napoleonico, pur connotato da una tendenza all'accentramento e all'autoritarismo, non fece altro che sistemare e razionalizzare « il primato borghese nella società (...) con una legislazione adeguata e soprattutto con una organizzazione amministrativa efficiente e funzionale » (101). Quando Napoleone cadde e il Congresso di Vienna tentò di restaurare l'ordine violato nulla fu più lo stesso, perché uno iato incolmabile si

(99) Come ha avuto modo di sottolineare di recente M. BARBERIS, *Divisione dei poteri*, cit., 83 ss., l'espressione « divisione dei poteri » (o anche « distribuzione dei poteri ») meglio si presta a chiarire il pensiero di *Montesquieu*, soprattutto rispetto alla differente idea sviluppata dalla dottrina ottocentesca, che attribuiva alla separazione dei poteri « un senso molto più forte (...): senso per il quale ogni funzione statale deve essere esercitata da organi specializzati e reciprocamente indipendenti »; su tale idea v. già M. TROPER, *Per una teoria giuridica dello Stato*, trad. it., Napoli, 1998, 221 ss., cit. da M. BARBERIS, *op. cit.*, 83, nt. 1.

(100) Sul punto, e nello specifico sull'influenza esercitata dalla Costituzione francese dell'anno III (1795) in Europa e in Italia, cfr. per tutti C. GHISALBERTI, *Dall'antico Regime al 1848. Le origini dell'Italia moderna*, 6ª ed., Roma-Bari, 1999, 50 ss., 61 ss.

(101) C. GHISALBERTI, *Dall'antico Regime al 1848*, cit., 149.

insinuò tra la legittimità formale dei sovrani ricondotti sul trono e la società civile ormai ostile a qualsiasi visione assolutistica dello Stato (102). Di modo che, negli Stati italiani, divenne arduo respingere *in toto* l'esperienza costituzionale giacobina e le riforme imposte da Napoleone (103); e il tentativo iniziale di instaurazione della « monarchia amministrativa », che avrebbe voluto assegnare alla borghesia una partecipazione alla gestione del potere di tipo essenzialmente *tecnico*, ben presto naufragò, aprendo alla *monarchia costituzionale* — non potendo, la classe borghese, accettare di giocare un « ruolo subalterno » rispetto a quello svolto dalle antiche dinastie (104) — e preparando il terreno sul quale si sarebbe sviluppata la successiva *monarchia parlamentare* (105).

Muovendo da tale premessa può correttamente intendersi anche il significato che avrebbe dovuto esprimere il sistema di orga-

(102) « La parola legittimità, quindi, pronunciata dal Talleyrand durante i lavori dell'areopago europeo, servì, all'antico seguace della Rivoluzione e servitore di Napoleone, come arma con cui riconquistare alla Francia abbattuta, e quasi interamente ristretta ai confini del 1792, una grande posizione, e di guadagnarle delle aderenze fedeli. La teoria della legittimità, però, non aveva nulla di comune con quella delle nazionalità. Era la legittimità dei re e non dei popoli che invocava Talleyrand a Vienna. Né le cose potevano svolgersi in maniera diversa senza correre il pericolo di evocare tra gli atterriti plenipotenziari di Vienna i principi dell'89, che riconoscevano ad ogni popolo il diritto di vivere liberamente »: così G. GIGLI, *Il Congresso di Vienna (1814-1815)*, Firenze, 1938, 9.

(103) Sul quadro istituzionale italiano che precede il Congresso di Vienna v. da ultimo M. MERIGGI, *Gli stati italiani prima dell'Unità. Una storia istituzionale*, Bologna, 2002, 17-110.

(104) C. GHISALBERTI, *Dall'antico Regime al 1848*, cit., 153: « Non era, infatti, pensabile che quella borghesia, nostalgica più che mai del perduto ruolo egemone esercitato sulla vita pubblica ai tempi in cui le costituzioni "giacobine" prima e gli statuti napoleonici poi ne avevano fatto l'effettiva classe dirigente dei diversi Stati, potesse definitivamente accettare di svolgere un ruolo subalterno negli ordinamenti, lasciando ogni capacità e ogni potere decisivo alle dinastie sulla base di un assetto politico riflettente da presso quello dell'assolutismo dinastico dell'*ancien régime* »; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Statuto albertino*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 981 ss., 981 s.: « Si può quindi comprendere come l'assolutismo così rigidamente di nuovo instaurato nell'intera penisola italiana (...) dovesse apparire ormai insopportabile ai ceti più evoluti della popolazione, che per circa un ventennio erano vissuti nel vivace clima di rinnovamento politico e civile determinato dalle vicende post-rivoluzionarie della Francia ».

(105) Sui caratteri della c.d. « monarchia costituzionale » v., per tutti, M. VOLPI, *Libertà e autorità*, cit., 95 ss.

nizzazione del potere prescelto formalmente da Carlo Alberto; il quale, il 4 marzo del 1848, concedeva al Regno di Sardegna una « Legge fondamentale, perpetua e irrevocabile della Monarchia » denominata « Statuto » (106). Dalle scarse previsioni del testo costituzionale — il quale, pur affermando che « lo Stato è retto da un Governo Monarchico rappresentativo » (art. 2), non chiariva espressamente in che modo dovessero ricomporsi i rapporti tra l'Esecutivo e il Legislativo e quelli intercorrenti tra il Monarca e i Ministri — si sarebbe anche potuto dedurre che il sistema intendesse accostarsi, con tutte le correzioni del caso, al disegno tracciato da *Montesquieu*, in quanto, nell'assegnare l'esercizio della funzione legislativa in modo congiunto alle due Camere (l'una elettiva e l'altra di nomina regia) e al Re (107) e nell'attribuire l'esercizio della funzione esecutiva al Re e ai « suoi ministri » (108), lo Statuto sembrava con ciò voler prefigurare un necessario « equilibrio tra i poteri » (109). Ma tale modello costituzionale, sostenuto dalla con-

(106) Nel Preambolo si legge: « Perciò di Nostra certa scienza, Regia autorità, avuto il parere del Nostro Consiglio, abbiamo ordinato ed ordiniamo, in forza di Statuto e Legge fondamentale, perpetua e irrevocabile della Monarchia, quanto segue (...) »; sulla scelta di qualificare l'atto come « Statuto » — in omaggio alla tradizione municipale italiana — v. da ultimo P. COLOMBO, *Storia costituzionale della monarchia italiana*, Roma-Bari, 2001, 14, nt. 22.

(107) Art. 3: « Il potere legislativo sarà collettivamente esercitato dal Re e da due Camere: il Senato e quella dei Deputati »; art. 7: « Il Re solo sanziona le leggi »; art. 10: « La proposizione delle leggi apparterrà al Re ed a ciascuna delle due Camere ».

(108) Art. 5: « Al Re solo appartiene il potere esecutivo »; art. 65: « Il Re nomina e revoca i suoi Ministri ».

(109) Tale convinzione, del resto, ricorre anche nelle discussioni in seno al Consiglio di Conferenza: cfr. ad es. il processo verbale della seduta del 3 febbraio 1848 (riprodotto ora in *Lo Statuto albertino illustrato dai lavori preparatori*, a cura di L. CIAURRO, Roma, 1996, 113 ss., 120): « Quali che siano gli inconvenienti della tripla divisione dei poteri, questa forma ha però il grande vantaggio di stabilire tra essi un equilibrio, di prestare forza all'ordine pubblico e di aiutare il Governo con i suoi lumi e con la sua saggezza. Il Ministro opinerebbe dunque per una Camera dei Pari di nomina reale sulle basi di quella di Francia »; v. anche il processo verbale del 7 febbraio 1848 (ivi, 123 ss., 125), ove il Conte Galina afferma « di non condividere affatto l'opinione di coloro che pensano che i Governi possano costituirsi come una famiglia. Nella famiglia, dice, è l'autorità e il potere paterno che regola tutte le cose; nei Governi misti, al contrario, è il bilanciamento dei poteri che regola la cosa pubblica. Ma egli pensa che Sua Maestà potrebbe adottare parecchie misure in questo verso, che non ledano in niente

vinzione che il Re, contro la nota formula del *Thiers*, dovesse « regnare e governare, sia pure sottoponendosi a taluni limiti e controlli », non seppe trarre conforto dalla prassi (110); la quale, al contrario, avviando da subito il sistema lungo la strada della *monarchia parlamentare* e consentendo che l'ago della bilancia si spostasse presto in favore della Camera dei Deputati (111), parve con ciò confermare l'idea che il Parlamento e la legge *dovessero*, nel gioco tra i poteri, trovare collocazione privilegiata in seno alla compagine statale. Senonché anche tale idea finì per svilupparsi in forme dissonanti rispetto alla riflessione *aprioristica* svolta per l'innanzi da *Kant*. E questo non già perché la supremazia della Camera dei Deputati, che nel tempo venne degenerando nell'«onnipotenza» complessiva dell'organo, fu il risultato della convinzione, manifestata da talune dottrine inglesi e dalle scuole radicali francesi, che nel Parlamento trovasse espressione la sovranità popolare (112) e che la

i grandi principi d'ordine della Monarchia, perfezionando le istituzioni già iniziate e potendo soddisfare i desideri della popolazione»; v. anche più oltre (p. 134) l'opinione del Primo Segretario di Stato per i Lavori Pubblici: « Fin d'ora si possono scegliere e proclamare queste basi; una commissione in seguito può far maturare i dettagli. C'è, a suo avviso, un punto principale e decisivo: è il bilanciamento dei poteri. Due Camere sono necessarie per ciò. Una Camera dei Pari, di nomina reale, sulle basi di quella di Francia e così senza trasmissione ereditaria e che riunisca tutti i notabili dello Stato, dove sederebbero gli uomini più degni della stima e della fiducia del Re e del paese; sembra l'istituzione più propria per assicurare e per illuminare il potere reale ».

(110) P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Statuto albertino*, cit., 995.

(111) A. MARONGIU, *Parlamento (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 724 ss., 748 ss.; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Statuto albertino*, cit., 994 ss.; N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit., 265; G. REBUFFA, *Lo Statuto albertino*, Bologna, 2003, spec. 61 e 69 s., il quale, peraltro, nel definire tale sistema come « tendenzialmente parlamentare », ricorda « che la fiducia delle Camere era la regola, ma poteva essere fatta (e fu fatta) oggetto di eccezioni; e che la guida del gabinetto (ma non della coalizione) da parte del primo ministro era la regola, ma sempre con qualche eccezione. Gli esempi sono stati fatti molte volte. Qui basta ricordare, per le eccezioni alla prima regola, che l'entrata dell'Italia nella prima guerra mondiale avvenne senza il consenso parlamentare, anzi con gli oppositori della guerra probabilmente in maggioranza; essendovi inoltre, in quel momento, un gabinetto dimissionario, che aveva quindi soltanto la fiducia del re Vittorio Emanuele III. Quanto alle eccezioni alla seconda regola basterà ricordare che la posizione di supremazia del presidente del Consiglio ebbe difficoltà ad essere confermata da norme giuridiche precise, almeno fino al decreto regio del 1901 ».

(112) V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in *Arch.*

legge incarnasse la « volontà generale » (113), ma perché le lacune del sistema dischiuse dallo Statuto albertino resero possibile, nei fatti e al di là di ogni *ratio*, la subordinazione dell'azione del Governo alla volontà della Camera elettiva e la prevalenza di quest'ultima « nel contesto degli organi costituzionali » (114).

8. (Segue): « *divisione* » e « *separazione* » dei poteri nell'esempio costituzionale tedesco: le *landständischen Verfassungen*, la *Reichsverfassung* del 1871 e la dottrina giuspubblicistica.

La Rivoluzione francese ha *indirettamente* inciso anche sugli assetti politici e giuridici della Germania (115). *Silvain Schirmann* ha, invero, osservato come essa non sia riuscita a spazzare via il « particolarismo tedesco » e non abbia saputo ricompattare una società fortemente frammentata, conferendole una impronta marcatamente « francese » (116); ma la conclusione non appare credibile fino in fondo (117) perché non può certo negarsi che quegli ideali di libertà e di eguaglianza seppero scolpirsi per sempre nel cuore degli uomini (118); tant'è che nel 1815, quando, dopo la caduta di

giur., 1886, 521 ss., 540 ss., 572; Id., *Principii di diritto costituzionale*, 5^a ed. riv. e ampl., Firenze, 1921, 144.

(113) V.E. ORLANDO, *Studii giuridici*, cit., 543.

(114) G. MARANINI, *Storia del potere in Italia 1848-1967*, Milano, 1995, 105 ss., 111; la questione del contenimento dell'azione (arbitraria) del Parlamento fu da Orlando posta come individuazione dei limiti giuridici all'azione dell'organo; la cui mancanza si sarebbe configurata come negazione dello « Stato di diritto che non ammette poteri assoluti »: V.E. ORLANDO, *Studii giuridici*, cit., 574, ed anche 549 ss.; Id., *Principii*, cit., 140 ss.

(115) Cfr. per tutti H. BOLDT, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Von 1806 bis zur Gegenwart*, Band 2, 2. Aufl., München, 1993, 55 ss.

(116) S. SCHIRMANN, *L'eredità del passato: l'evoluzione del mondo germanico dall'epoca romana all'unità*, in R. POIDEVIN-S. SCHIRMANN, *Storia della Germania. Dal medioevo alla caduta del muro*, trad. it., III ed., Milano, 2001, 56 ss.

(117) S. SCHIRMANN, *L'eredità del passato*, cit., 57: « La Rivoluzione francese non riesce a provocare in Germania un movimento capace di spezzare le catene che imbrigliano la libertà ».

(118) Sul punto chiaramente H. BOLDT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., 56, il quale, tra l'altro, osserva: « *Nicht nur in der Verkündung von Freiheit und Gleichheit, in der Entfeudalisierung und der Einführung der Gewerbefreiheit sind die Franzosen vorangegangen, sondern auch mit dem Aufbau einer modernen*

Napoleone, il Congresso di Vienna osò restituire alla Germania il volto dell'assolutismo monarchico, il tentativo fallì.

Nonostante il *Deutsche Bundesakte* prescrivesse, infatti, che tutti gli Stati della Federazione dovessero darsi una « *Landständische Verfassung* » (119) e benché il successivo *Wiener Schlußakte* precisasse che « poiché la Federazione tedesca, ad eccezione delle città libere, si compone di sovrani, il potere complessivo dello Stato, quale concetto fondamentale che ne deriva, deve restare unito nel vertice dello Stato, e il sovrano, attraverso una *landständische Verfassung*, può restare legato alla collaborazione dei ceti solo nell'esercizio di determinati diritti » (120), le Costituzioni ap-

bürokratischen Staatsorganisation, der administrativen Neugliederung des Landes, der Einrichtung eines Staatsrats und der Gendarmerie, mit der Heeresform und der Schaffung einer leistungsfähigen Beamtenschaft wie schließlich auch mit der Einführung einer neuen Rechtsordnung, die auf den Prinzipien der individuellen Freiheit und Gleichheit sowie des Privateigentums beruhte »; in particolare, sulle trasformazioni territoriali occorre a partire dal 1801 cfr. utilmente anche L. PALMA, *Le Costituzioni dei popoli liberi*, in *Biblioteca di Scienze politiche e amministrative*, diretta da A. BRUNIALTI, II, Torino, 1894, 292 s.; sulla formazione dei c.d. « Statimodello », così come sulla limitata stagione costituzionale inaugurata dagli Stati aderenti alla Confederazione renana, v., invece, H. MÖLLER, *Stato assoluto o stato nazionale. La Germania dal 1763 al 1815*, trad. it., Bologna, 2000, 675 ss., 697 ss.

(119) Art. XIII DBA: « *In allen Bundesstaaten wird eine landständische Verfassung stattfinden* » (cfr. G. DÜRIG-W. RUDOLF, *Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte*, München-Berlin, 1967, 11 ss.). L'espressione « *Landständische Verfassung* », invero, risultava laconica ed ambigua. Nella Conferenza di Karlsbad del 1819, Friedrich von Gentz presentò uno scritto redatto per conto di Metternich dal titolo « *Über den Unterschied zwischen den landständischen und Repräsentativ-Verfassungen* », con il quale ebbe a precisare che per « *landständische Verfassungen* » dovessero intendersi quelle Costituzioni in cui fossero rappresentate le corporazioni esistenti (aristocrazia, clero, università e città): cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts. Die Verfassungsentwicklung vom Alten Deutschen Reich zur wiedervereinigten Bundesrepublik Deutschland*, V, München, 2000, 211; su tale ambiguità v. anche G. ONCKEN, *L'epoca dell'Imperatore Guglielmo I*, I, trad. it., Milano, 1897.

(120) Art. 57 WSA: « *Da der deutsche Bund, mit Ausnahme der freien Städte, aus souverainen Fürsten besteht, so muß dem hierdurch gegebenen Grundbegriffe zufolge, die gesamte Staats-Gewalt in dem Oberhaupte des Staates vereinigt bleiben, und der Souverain kann durch eine landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden werden* » (v. ancora G. DÜRIG-W. RUDOLF, *Texte*, cit., 21 ss.).

provate nella prima metà del XIX secolo finirono per disattendere nella sostanza l'ordine costituzionale imposto dal Congresso (121).

Vero è che le Costituzioni dichiaravano espressamente che il Re « concentra tutti i diritti del potere sovrano » (122); che « compendia tutti i diritti della sovranità » (123); che « esercita tutti i diritti inerenti ai poteri pubblici » (124); e vero è anche che forse occorrerebbe considerare più a fondo la specifica « struttura » delle Costituzioni alla luce dei differenti ambiti territoriali (125) e delle diverse fasi storiche in cui vennero approvate (126); ma, al di là di questo, resta un fatto indubbio che dette Costituzioni pervennero — pressoché tutte — all'adozione di una forma di governo « monarchico-costituzionale » (127); e che, pur respingendosi l'idea per cui la legittimazione del potere potesse ricollegarsi, direttamente o indirettamente, alla volontà popolare, l'esercizio del potere statale risultò infine organizzato nel rispetto delle condizioni sociali effettivamente esistenti. Per tale motivo deve credersi che l'assetto complessivo dei poteri disciplinato dalle *landständische Verfassungen*, attraverso un sistema bicamerale volto a consentire la rappresentanza dei ceti (*Stände*) e della borghesia (128), rispecchiasse, in ul-

(121) La locuzione « *soll stattfinden* », contenuta nel *Kompromißentwurf* prussiano del maggio 1815, venne infine sostituita con l'espressione « *wird stattfinden* », e ciò proprio allo scopo di sottolineare che per gli Stati della Federazione l'adozione di una *landständische Verfassung* si configurasse come un preciso *Bundespflicht*: sul punto cfr. ancora K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., 209 s.; la versione italiana del documento può essere letta in G. ONCKEN, *L'epoca dell'Imperatore Guglielmo I*, cit., 46 s.

(122) Art. 1, Titolo II, Cost. Baviera del 26 maggio 1818 (la versione utilizzata è quella tradotta in italiano e pubblicata in *Biblioteca di Scienze politiche e amministrative*, cit., 796).

(123) Art. 4, Capitolo II, Cost. Württemberg del 25 settembre 1819 (*Biblioteca di Scienze politiche*, cit., 827).

(124) Art. 4, Titolo I, Cost. Sassonia del 4 settembre 1831 (*Biblioteca di Scienze politiche*, cit., 809).

(125) Sul punto v. D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866. Von Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Frankfurt a.M., 1988, 110 ss.

(126) Così, ad es., K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., 214 ss., suddivide in tre fasi storiche « *die Epoche des Konstitutionalismus in den deutschen Ländern* ».

(127) K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., 213.

(128) Sul punto D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., 123 ss.; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Staatsrechtslehre*

tima analisi, esattamente l'equilibrio postulato da *Montesquieu* (129).

Eppure, se da quanto si è detto appare lecito dedurre che il sistema costituzionale degli Stati tedeschi presentasse notevoli punti di contatto con l'organizzazione dei poteri allestito dallo Statuto albertino o da altre Carte costituzionali dell'epoca (130), non ci si può esimere dall'osservare che mentre nel sistema italiano l'organizzazione dei poteri conobbe presto uno spostamento dell'equilibrio in favore del Parlamento (*rectius*: della Camera dei deputati) e della legge, in quello tedesco una evoluzione siffatta — e con essa quella della libertà — incontrò un ostacolo insormontabile nella lotta che, sul terreno politico, imperversò tra due differenti e irriducibili visioni del "mondo": le idee del 1789, ma anche Napoleone e la Lega renana, da un lato; Federico II Grande, la Prussia, l'assolutismo illuminato, lo Stato burocratico e militare, dall'altro (131). Lotta politica, questa, che raggiunse il suo culmine nella metà del XIX secolo, allorché la borghesia tedesca, nella convinzione che per l'emancipazione della propria classe occorresse « saldare insieme l'idea della libertà e quella della patria » (132), tentò di mutare le sorti della Germania intera, convocando un'As-

und Verwaltungswissenschaft 1800-1914, 2, München, 1992, 102 ss., spec. 112 s.; K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., 233.

(129) In tal senso chiaramente anche S. KORIOTH, « *Monarchisches Prinzip* », cit., 38 ss., 39: « *Unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung können diese Verfassungen, die für den Konstitutionalismus des 19. Jb. formprägend wurden, dem Montesquieschen Entwurf staatlicher Machteverteilung zugeordnet werden* ».

(130) Si tenga anche conto che tanto le Costituzioni tedesche approvate nella prima metà del XIX secolo quanto lo Statuto albertino del 1848 sarebbero stati influenzati in particolare modo dalla Carta costituzionale francese del 1814: in tal senso, con riferimento allo Statuto albertino, v. soprattutto E. CROSA, *La concessione dello Statuto. Carlo Alberto e il ministro Borelli « redattore » dello Statuto (con lettere inedite di Carlo Alberto)*, Torino, 1936, 68: « Lo Statuto si rifaceva alla Carta francese del 1814 (...). Se alcune formule ed istituti furono tratti dalla costituzione francese del '30 e da quella belga non è a questi atti che lo Statuto si ispira »; cui *adde*, da ultimo, P. COLOMBO, *Storia costituzionale*, cit., 17; con riguardo alle Costituzioni tedesche v. invece D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., 114; K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., 215; S. KORIOTH, « *Monarchisches Prinzip* », cit., 38.

(131) F. MEINECKE, *Cosmopolitismo e Stato Nazionale. Studi sulla genesi dello Stato Nazionale tedesco*, II, trad. it., Perugia-Venezia, 1930, spec. 143 ss.

(132) G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo*, loc. cit.

semblea costituente nella Chiesa di S. Paolo a Francoforte (133): nel marzo del 1849 Federico Guglielmo IV rifiutava la Corona che l'Assemblea gli offriva. E ciò non solo nel timore che l'accettazione del titolo di *Kaiser* potesse scatenare una reazione violenta da parte dell'Austria, ma anche — e soprattutto — in ragione del fatto che mai avrebbe potuto consentire che quella Corona gli fosse elargita da un'Assemblea priva di mandato politico, fuori dalla legalità costituzionale dell'ordinamento vigente (134); in breve: da un'Assemblea « rivoluzionaria » (135). L'evoluzione del costituzionalismo liberale e le pretese della classe borghese vennero, così, sostanzialmente ricondotte entro le previsioni delle *Landständische Verfassungen* (136); mentre la concezione *volontaristica* dell'idea di nazione,

(133) Significativo, sul punto, quanto riferisce F. MEINECKE, *Cosmopolitismo e Stato Nazionale*, cit., 152: « Non posso immaginare » disse Bismarck il 21 aprile 1849 alla Dieta prussiana « che in Prussia ed in Germania possano coesistere due costituzioni ».

(134) Lo ricorda anche O. v. BISMARCK, *Pensieri e ricordi*, I, trad. it., Milano, 1938, 56: « Quando il 3 aprile 1849 il Re rifiutò la corona imperiale, traendo però dalla decisione dell'assemblea di Francoforte un "diritto" di cui sapeva apprezzare l'importanza, egli venne principalmente indotto al rifiuto dalle origini rivoluzionarie, od almeno parlamentari, dell'offerta, e dalla mancanza di un mandato politico del parlamento di Francoforte che non aveva il consenso delle dinastie »; sul punto, sebbene con sfumature diverse, cfr. K. OBERMANN, *Deutschland von 1815 bis 1849 (Von der Gründung des Deutschen Bundes bis zur bürgerlich-demokratischen Revolution)*, 4. überarb. Aufl., Berlin, 1976, 385 ss., spec. 390 ss.; D. GRIMM, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., 204 ss.; K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., 260; cui adde G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo*, cit., 265; da ultimo, J. BREULLY, *La formazione*, cit., 48.

(135) G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo*, cit., 266.

(136) ... ed anche, occorre aggiungere, entro le previsioni dell'Unione doganale del 1834; sulla *Zollverein*, in generale, v. per tutti L. PALMA, *Le Costituzioni dei popoli liberi*, cit., 301, e, più estesamente, E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830 bis 1850*, II, zweite verb. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1968, 282 ss.; per una ricostruzione storica di ampio respiro v., invece, G. ONCKEN, *L'epoca di Guglielmo I*, cit., 1 ss.; è appena il caso di osservare che la successiva *Reichsverfassung*, ad integrazione di quanto posto dal Trattato istitutivo della *Zollverein*, avrebbe dettato unicamente una disciplina delle « dogane e commercio » (art. 33 ss.), prevedendo che essa non trovasse applicazione alle città anseatiche di Brema e di Amburgo (art. 34); in argomento v. P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, I, 5. Aufl., Tübingen 1911 (rist. Aalen 1964), 38 ss.; v. utilmente anche i cenni dedicati da C.F. FERRARIS, *La Costituzione dell'Impero germanico*, in *Arch. giur.*, 1872, 282 ss., 300 ss.

che si appoggiava sul trinomio mazziniano di *libertà politica, indipendenza e unità* (137), sarebbe stata presto oscurata da quella a base *naturalistica* (138).

Estromessa l'Austria dal *Deutsche Bund* (139) e sconfitta la

(137) F. CHABOD, *L'idea di nazione*, 7^a ed., Roma-Bari, 1995, 58 s.; sulle idee del Mazzini, ed in particolare sulle diverse concezioni espresse prima e dopo il 1835, v. A. CAMPI, *Nazione*, Bologna, 2004, 142 ss. (v. anche nt. successiva).

(138) A tal proposito v. ancora F. CHABOD, *L'idea di nazione*, cit., 68 ss., per il quale « due sono i modi di intendere la nazione: quello *naturalistico*, che fatalmente sbocca nel razzismo, e quello *volontaristico* » (p. 68). Secondo l'illustre storico, se « sin dall'inizio in terra di Germania la valutazione *etnica* (cioè *naturalistica*) si fa avvertire », « il pensiero italiano svolge invece l'idea di nazione su basi decisamente volontaristiche » (p. 70); a tal fine lo studioso si richiama soprattutto agli scritti di Giuseppe Mazzini e di Pasquale Stanislao Mancini; al riguardo v., però, le limpide pagine di W.J. MOMMSEN, *Le trasformazioni dell'idea di nazione nella scienza storica tedesca del XIX e XX secolo*, in AA.VV., *Problemi e metodi*, cit., 5 ss., il quale, ponendo in luce come gli storici nazional-liberali — ma, più in generale, il liberalismo tedesco del *Vormärz* — si ricollegassero al « concetto moderno ed emancipatore di nazione e nazionalità, nella formulazione classica data da Mazzini » (pp. 9 e 26) (dunque: proprio alla concezione che Chabod chiama *volontaristica*!), osserva: « Questa concezione idealistico-borghese della storia, intesa come il graduale affermarsi di uno stato nazionale concepito in forme costituzionali e di stampo liberale, propria di questa generazione di storici tedeschi, andò ampiamente perduta nell'epoca successiva. Il concetto di nazionalità, che originariamente possedeva una carica fondamentalmente emancipatoria, fu ora riformato sempre più in senso real-politico. La sconfitta del 1848-49 e la fondazione del Reich, con la "rivoluzione dall'alto" di Bismarck, furono esperienze traumatiche per gli storici liberali, che li indussero a riesaminare le loro posizioni fondamentali » (p. 11); sulla concezione *volontaristica* e *naturalistica* della nazione cfr. da ultimo anche F. COLAO, *L'« idea di nazione » nei giuristi italiani tra ottocento e novecento*, in *Quad. fior.*, I, 2001, 255 ss., 270 s.; per una diversa impostazione della problematica, che, però, sembra sottovalutare la carica cosmopolitica della concezione illuminista e del primo romanticismo della nazione, cfr. E. J. HOBBSAWM, *Nazioni e nazionalismi. Programma, mito, realtà*, Torino, 2002, 19 ss.; sul punto, in riferimento al rapporto tra « spirito patriottico » e « cosmopolitismo », oltre al volume già citato di F. Meinecke, v. ora anche A. CAMPI, *Nazione*, cit., 130 ss., ed anche 140 ss., ed ivi la critica alla distinzione tracciata da Chabod.

(139) Nel luglio del 1866, a causa della sconfitta subita dall'Austria a *Sadowa*, venne firmato l'armistizio di *Nikolsburg*: cfr. al riguardo G. ONCKEN, *L'epoca di Guglielmo I*, cit., 711 ss., 730; interessanti notizie sugli accadimenti che condussero alla sottoscrizione dell'armistizio possono essere lette in O.V. BISMARCK, *Pensieri*, cit., I, 387 ss.

Francia nella guerra del 1870-71 (140), la Germania conseguì finalmente l'unità nazionale. Sebbene l'Impero venisse qualificato formalmente come « Federazione perpetua » (141), la *Reichsverfassung* del 1871 diede vita ad un vero e proprio *Bundesstaat* (142), organizzando la struttura del nuovo Stato intorno a due principi fondamentali: quello *dinastico* (o *monarchico*) e quello *democratico* (143). Era questo il significato che avrebbe dovuto esprimere la previsione di due distinti organi federali: da un lato, il *Bundesrat*, composto da « rappresentanti di ciascuno Stato facente parte della Federazione » (144), i quali agivano in nome e per conto del governo dello Stato di appartenenza (145); dall'altro, il *Reichstag*, composto da rappresentanti eletti « a suffragio universale e diretto e a scrutinio segreto » (146), che agivano senza vincolo di mandato (147).

(140) A seguito della vittoria ottenuta dalla Prussia contro la Francia, il 18 gennaio del 1871 *Bismarck* poté convocare i sovrani tedeschi nella *Sala degli specchi* della *Reggia di Versailles* e proclamare *Guglielmo I* « Imperatore tedesco » (*Deutscher Kaiser*): cfr. ancora O.V. BISMARCK, *Pensieri*, cit., II, 17 ss., 33 s.

(141) Cfr. il Preambolo della *Reichsverfassung* del 1871 (RV), ove si parla espressamente di « *ewigen Bund* » (G. DÜRIG-W. RUDOLF, *Texte*, cit., 110).

(142) Secondo quanto riteneva la dottrina dominante dell'epoca, l'Impero aveva assunto i tratti del *Bundesstaat* e, per conseguenza, la sovranità non spettava più unicamente agli Stati membri, ma anche al *Reich* ovvero, come alcuni sostenevano, unicamente a quest'ultimo, essendo quella degli Stati membri soltanto « mediata »: in tal senso ad es. P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., 55 ss., 59: « *Das Wesen des Reichs besteht in einer Mediatisierung der Staaten, nicht in ihrer Unterdrückung oder Auflösung; der Gliedstaat ist nach unten Herr, nach oben Untertan* ».

(143) Cfr. C. SCHMITT, *Staatsstreichpläne Bismarcks und Verfassungslehre* (1929), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, 2. Aufl., Berlin, 1973, 29 ss., 30, il quale osserva: « *Denn hier tritt besonders auffällig zutage, daß Bismarcks Reich und Verfassung auf eine doppelte Grundlage gestellt war: die Solidarität der Bundesfürsten und die nationale Homogenität des in sich einigen deutschen Volkes* ».

(144) Art. 6 RV (il presente lavoro tiene conto della traduzione italiana pubblicata in *Le Costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, a cura di F. LANCHESTER, Milano, 2002, 159 ss.).

(145) Al riguardo sia permesso rinviare a E. DI SALVATORE, *Il Bundesrat tedesco nell'evoluzione dello Stato federale*, in AA.VV., *Un Senato delle autonomie per l'Italia federale*, Napoli, 2003, 159 ss., 161.

(146) Art. 20 RV.

(147) Art. 29 RV.

In ragione di ciò, si sarebbe portati a credere che il sistema dischiuso dalla Costituzione intendesse soddisfare tanto gli interessi *dinastici*, quanto quelli della *borghesia* e del *popolo* (148), corrispondendo — in tale ultimo caso — non solo agli ideali del costituzionalismo liberale, ma anche alle esigenze della democrazia. Per più motivi, però, tale lettura deve essere respinta.

Con riguardo agli ideali del costituzionalismo liberale può osservarsi, infatti, che il suffragio universale, nel disegno cesaristico di *Bismarck* (149), tendesse a configurarsi anzitutto quale strumento idoneo ad indebolire la rappresentanza politica della *borghesia* (150); senza contare, inoltre, che l'indirizzo politico si concen-

(148) Lo stesso C. SCHMITT, *Staatsstreichpläne Bismarcks*, cit., 31, del resto osserva come la costruzione del II Reich fu il frutto di un compromesso tra due opposti ed inconciliabili principi; di modo che « *die Verdoppelung der Grundlage konnte eine Stärkung und Festigung der deutschen Einheit, aber auch das Gegenteil sein* ».

(149) M. WEBER, *Diritto elettorale e democrazia in Germania*, in *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania e altri scritti politici*, trad. it., Torino, 1982, 8: « Com'è noto, l'attuale sistema d'elezione del Reichstag è stato esaltato da Bismarck nel suo famoso ultimatum al parlamento di Francoforte esclusivamente per demagogia, e precisamente sia per ragioni di politica estera, sia per scopi di politica interna, vale a dire per la lotta del suo cesarismo contro la borghesia allora indocile, e per tutti questi motivi è stato da Bismarck introdotto passando sopra i gravi dubbi dei liberali di quel tempo »; uno spunto in tal senso può essere colto anche in G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo*, cit., 260; alla questione alcune interessanti pagine sono dedicate da I. CERVELLI, *Unificazione nazionale e pensiero storico-politico*, in AA.VV., *Problemi e metodi*, cit., 89 ss.; M. STÜRMER, *L'impero inquieto. La Germania dal 1866 al 1918*, trad. it., Bologna, 1993, 244.

(150) M. WEBER, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, in *Parlamento e governo*, cit., 64 ss., 71: « Giacché proprio questa nullità politica del parlamento e dei politici di partito egli (Bismarck) aveva voluto e intenzionalmente promosso »; la problematica, ad ogni modo, appare particolarmente complessa e meritevole di ulteriore approfondimento, in quanto: in primo luogo, partecipazione della borghesia alla gestione del potere non significava necessariamente realizzazione dei principi del liberalismo sul piano politico (v. a tal riguardo quanto scrive M. STÜRMER, *op. cit.*, 232 ss., 237, con riferimento al primo periodo della fondazione del Reich: « I liberali borghesi, che avevano aspettato fino al 1866, volevano adesso completare le vittorie di Bismarck nella politica interna. Ma sarebbero state, queste, vittorie del liberalismo? Della borghesia, senza dubbio; dei liberali, era un fatto che restava aperto »); e, in secondo luogo, non ogni realizzazione dei principi del liberalismo sul piano politico costituiva un vero e

trava *formalmente* e *sostanzialmente* nelle mani del *Kaiser* e del Cancelliere (151), non essendo quest'ultimo in alcun modo responsabile né di fronte al *Reichstag* né di fronte al *Bundesrath* (ma solo dinanzi all'Imperatore) (152).

Quanto alle "esigenze" della democrazia, invece, non bisogna dimenticare che nel sistema costituzionale del II *Reich* la « separazione » tra potere legislativo e potere esecutivo avveniva *verticalmente*, poiché mentre l'attività legislativa era congiuntamente esercitata dal *Reichstag* e dal *Bundesrath* (153), quella amministrativa era sostanzialmente rimessa nelle mani di ogni Stato membro (154). A conti fatti ciò significava che l'elemento *dinastico*, presente tanto nella fase legislativa, quanto in quella esecutiva, finisse per avere un peso preponderante rispetto a quello *democratico*. Chi si soffermasse, poi, ad analizzare più a fondo la *Verfassungsrealität* dell'epoca, non mancherebbe di registrare come il principio democratico venne infine progressivamente svuotato di contenuto da quello *dinastico*, e come quest'ultimo fu a sua volta utilizzato allo scopo di rafforzare la posizione della Prussia entro lo Stato federale (155).

In tale sede non può indagarsi il significato effettivamente espresso da ogni "elemento" del c.d. Stato liberale; né appare pos-

proprio successo in tal senso (v. ancora M. STÜRMER, *op. cit.*, 238 s., ed ivi la vicenda relativa alla approvazione della legge sulla stampa).

(151) Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare ancora a E. DI SALVATORE, *Il Bundesrat tedesco*, cit., 164 ss.

(152) Artt. 15 e 17 RV; è appena il caso di osservare come solo successivamente — nell'estremo tentativo di salvare le sorti dell'Impero — una legge di modifica costituzionale (28 ottobre 1918) avrebbe previsto che il Cancelliere dovesse conseguire la fiducia del *Reichstag* e che, nell'esercizio delle proprie funzioni fosse responsabile dinanzi al *Bundesrath* e al *Reichstag*; sul punto v. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, cit., 399; incomprensibile, pertanto, l'affermazione di P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., I, 100: « Eine parlamentarische Verantwortlichkeit besteht für die Reichsregierung einzig und allein dem Reichstage gegenüber ».

(153) Art. 5 RV.

(154) Artt. 7, 19, ed anche 2 e 4 RV.

(155) Del resto occorre ricordare che, secondo quanto disponeva l'art. 6 RV, all'interno del *Bundesrath* la Prussia contava 17 voti; ciò comportava che essa avesse un vero e proprio diritto di veto in ordine alle modifiche costituzionali che si fossero volute effettuare, posto che le modifiche costituzionali si sarebbero considerate come respinte quando nel seno del *Bundesrath* 14 voti si fossero pronunciati contro (art. 78 RV).

sibile verificare compiutamente quale sia stata, nella prassi, la relazione instauratasi tra lo Stato federale e gli Stati membri, connotati pur sempre da una maggiore apertura al costituzionalismo liberale (156). Per tale ragione, il giudizio sullo Stato federale non può essere radicale, assoluto, conclusivo. Eppure l'analisi fin qui condotta sembra provare come sia del tutto problematico sostenere che il *Reich* del 1871 abbia assegnato al Parlamento un ruolo centrale all'interno del sistema federale; che nella legge dell'Impero si sia realizzata la libertà *politica* della borghesia; che in esso abbia saputo trovare concretazione il modello della « separazione dei poteri » ventilato da *Kant*. Problematico, del resto, sarebbe anche sostenere che l'unità nazionale sia stata conseguita allo scopo di veicolare gli ideali del costituzionalismo liberale e non, nella prospettiva *volontaristica* di cui si è detto, al solo fine di legittimare la costruzione del *Machtstaat*, di uno Stato, cioè, che fosse "forte" sul piano interno ed anche sul piano internazionale (157). Da tale punto di vista, pertanto, dovrebbe ammettersi che la realizzazione dell'unità medesima abbia sancito, nei fatti e nel diritto, la vittoria dell'assolutismo illuminato dello « Stato prussiano retto in forme

(156) Relativamente all'esperienza costituzionale tedesca del periodo storico che qui interessa, una ricerca in chiave storico-giuridica sul problema dei diritti fondamentali è condotta, ad es., da G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, trad. it., Roma-Bari, 2004, 92 ss.; sul punto v. anche G. JELLINEK, *La dichiarazione*, cit., 3 ss., il quale, senza fornire però alcuna dimostrazione al riguardo, dopo aver ritenuto che « la Costituzione imperiale poté fare a meno di un (...) catalogo (dei diritti), visto che i diritti fondamentali erano già inclusi nella maggior parte delle Costituzioni degli Stati membri », sostiene che « i principi più importanti, affermati a Francoforte, furono poi recepiti, come già osservato, da una serie di leggi dell'Impero (...) ». La verità è che oggi, nell'Impero tedesco, la quota di diritti pubblici spettante all'individuo è assai più vasta che in altri Stati nei quali i diritti fondamentali sono catalogati come norme costituzionali » (p. 5); a tal proposito v. anche M. STÜRMER, *L'impero inquieto*, cit., 235 s., ove si riferisce che, nel momento in cui la questione si pose in seno al *Reichstag*, « il leader del Centro Windthorst (...) richiese di fissare alla costituzione del *Reich* dei diritti fondamentali contro la minaccia dell'"onnipotenza dello Stato" (...) ». Heinrich von Treitschke, uno dei potenti oratori dello schieramento nazional-liberale e come storico di gran lunga un uomo della *Realpolitik*, fece piazza pulita della proposta per la difesa delle chiese e delle minoranze sostenendo la tesi che non vi era bisogno di diritti incorporati e che la garanzia della libertà stava nello stesso *Reichstag*, « delle cui decisioni *Kaiser* e *Reich* non possono non curarsi ».

(157) Sul punto la sintesi di F. VEGAS, *Le grandi linee della politica internazionale, da Sedan a oggi*, Torino, 1962, 5 ss.

autoritarie » (158) sull'« idea emancipatoria di nazione del liberalismo classico » (159).

A riprova di ciò basterebbe riflettere non solo intorno alle tesi che parte degli storici (ad es. *Ernst Moritz Arndt* (160), *Leopold von Ranke* (161) *Max Lenz*, *Eric Marcks* (162) e soprattutto *Heinrich von Treitschke* (163), degli economisti (ad es. *Friedrich List*) (164) e dei giuristi (ad es. *Friedrich Carl von Savigny*) (165) si trovarono ad espri-

(158) W.J. MOMMSEN, *Le trasformazioni dell'idea di nazione*, cit., 11.

(159) W.J. MOMMSEN, *Le trasformazioni dell'idea di nazione*, cit., 13.

(160) Sul quale v. A. CAMPI, *Nazione*, cit., 136 s.

(161) Cfr. W.J. MOMMSEN, *Le trasformazioni dell'idea di nazione*, cit., 6 ss.

(162) W.J. MOMMSEN, *Le trasformazioni dell'idea di nazione*, cit., 15 ss.

(163) Cfr. W.J. MOMMSEN, *Le trasformazioni dell'idea di nazione*, cit., 13.

« Dopo il 1871 egli si trasformò da accanito e deciso oppositore di Bismarck in suo seguace senza compromessi. (...) il cambiamento della posizione politica di Treitschke ebbe dirette conseguenze sul suo concetto di nazionalità, che si orientò sempre più decisamente verso il concreto impero bismarckiano »; v. anche A. CAMPI, *Nazione*, cit., 139: « Ma è probabilmente l'opera di Heinrich von Treitschke (1834-1896) quella che meglio illustra lo sviluppo che si determina nel concetto di "nazione romantica" (sempre più intesa in senso organico-naturalistico) nel momento in cui quest'ultima si congiunge stabilmente con la dottrina dello Stato e con il principio di potenza »; di H.v. Treitschke tra le opere disponibili in traduzione italiana v. *La politica*, Bari, 1918, vol. I, 15 ss., 28 (« lo Stato è la volontà totale di un popolo »), 60; vol. II, 68 ss.

(164) Cfr. E.J. HOBBSAWM, *Nazioni e nazionalismi*, cit., 34 ss.; A. CAMPI, *Nazione*, cit., 138 s.

(165) Sul punto cfr. F. GRELLE, *L'archeologia dello stato in Savigny e Mommsen*, in AA.VV., *Problemi e metodi*, cit., 133 ss.; è appena il caso di precisare, però, come sia del tutto problematico qualificare l'opera di Savigny in termini esclusivamente o prettamente "romantici". Benché, infatti, il tentativo di legare assieme il diritto civile giustiniano e il diritto locale vigente nei vari Stati tedeschi contenesse in sé una polemica di sapore ideologico, essendo indirizzato a resistere contro l'ingerenza (attuale) dello straniero (*rectius*: dei francesi!) e a negare, con ciò anche validità cosmopolitica agli ideali della Rivoluzione del 1789, deve osservarsi come la nozione di *Volksgeist* (il cui contenuto, secondo il giudizio di R. STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Halle (Saale) 1926, 113, si « discioglierrebbe » « in das Gebiet einer sozialen Mythologie ») non fosse realmente intrisa di elementi "idealistici" (cfr. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, Berlin, 1947, 260; v. anche nt. 163); essa, inoltre, appare anche differente da quella che avrebbe elaborato successivamente la dottrina nazionalista del III Reich; la qual cosa risulterebbe finanche evidente dal peculiare rapporto che, secondo alcuni, correrebbe tra « metodo », « scienza » e « sistema ». Se nel pensiero di Savigny la scienza è, infatti, chiamata a rendere una interpretazione « oggettiva » dell'esperienza storica determinatasi nella vita del popolo, di modo che

mere prima ancora che l'unità nazionale fosse conseguita (166), ma

l'attività interpretativa si ancori più propriamente alla verifica della sussistenza di una perfetta simmetria tra la disposizione normativa e il diritto popolare, nel pensiero di W. SAUER, *Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften*, Stuttgart, 1940 (Neudr. 1970), 1, la scienza, che è parte della vita di un popolo, è chiamata, invece, a riconoscere e tutelare i valori culturali del popolo stesso (« *die Wissenschaft im Leben eines Volkes ein unentbehrliches Glied seiner Kultur, ja deren eigenes Wesenselement ist; die Wissenschaft ist berufen (...) die kulturellen Werte eines Volkes zu erkennen, festzuhalten, mitzuteilen, zu überliefern* »); entro tale concezione, il sistema non si configurerebbe, pertanto, quale mero risultato di una connessione armonica degli istituti giuridici, ma quale mezzo volto a preservare — ideologicamente — detti valori (« *Das formal-logische System ist eigentlich nur ein Mittel für jene organisch-zielstrebige Gestaltung von Lebensinhalten zu kulturellen Werten; so zeigt sich auch hier der Grundgedanke unserer Methodenlehre: aus dem Leben durch Urteile zu Werten* ») (p. 173); sull'opera di Savigny v. comunque K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, trad. it., Milano, 1966, 5 ss.; W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, trad. it., Milano, 1974, 17 ss.; F. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 239 ss.; M. FIORAVANTI, *Savigny e la scienza del diritto pubblico del diciannovesimo secolo*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e novecento*, I, Milano, 2001, 3 ss.; sulla "Scuola storica" e sui suoi "precedenti" cfr., invece, il profilo tracciato da O.V. GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin, 1903, Neudr., Aalen 1973.

(166) Ma una linea ideale collega finanche l'opinione di Carl Schmitt a quella degli studiosi sopra richiamati: come si evince dalla citazione riferita sub nt. 143, per Carl Schmitt l'elemento democratico su cui poggiava il II Reich andava inteso come « omogeneità nazionale »; l'idea è invero già presente nella riflessione condotta dagli storici della prima metà del secolo XIX, ed in particolar modo dai c.d. "neorankiani" (tra i quali Lenz e Marcks); per essi, come sottolinea W. J. MOMMSEN, *Le trasformazioni dell'idea di nazione*, cit., 16, « l'omogeneità nazionale era una delle condizioni necessarie per un effettivo dispiegarsi della potenza statale »; « si trattava soprattutto di rafforzare l'identità nazionale dei tedeschi attraverso la viva rappresentazione del patrimonio di tradizioni della loro storia comune, e ciò avveniva all'interno del paradigma fornito dallo stato autoritario nazionale di Bismarck » (p. 15); inoltre, secondo C. SCHMITT, *Staatsreichpläne Bismarcks*, cit., 29, « *Die deutschen Fürsten schienen ihm (Bismarck) jetzt bessere Garanten der nationalen Einheit zu sein als der von verschiedenartigen, teils unter, teils übernationalen Parteiinteressen beherrschte Reichstag* »; tale concezione, che, come si deduce dall'affermazione appena riferita, già contiene in nuce e giustifica anche il rifiuto di qualsiasi visione pluralistica dell'assetto statale, sarebbe stata compiutamente sviluppata solo negli scritti successivi: sul punto, da ultimo, l'analisi di G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria. Lo Stato costituzionale schmittiano e la crisi del parlamentarismo*, Roma-Bari, 2005, spec. 26 ss.

anche alle elaborazioni che la giuspubblicistica tedesca andò svolgendo proprio nel vigore del II Reich.

Nella prima metà del secolo XIX Robert von Mohl introduceva per primo nella *Staatsrechtswissenschaft* la locuzione « Stato di diritto » (167) e dichiarava il proprio debito verso Immanuel Kant (168). Nel 1864 Friedrich Julius Stahl precisava che nello « Stato di diritto » la libera sfera del cittadino andasse definita secondo le modalità stabilite dal diritto (169). Successivamente altri autori — e primo fra tutti Otto Mayer — ritennero che la questione concernesse più propriamente il versante organizzativo dei poteri e che entro tale prospettiva lo « Stato di diritto » esprimesse il rapporto tra il dominio della legge e la soggezione del potere esecutivo nella sua duplice veste: la giustizia e l'amministrazione (170). Ma nella prospettiva inaugurata da Carl Friedrich von Gerber (171) e

(167) R. v. MOHL, *Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, Tübingen, 1829, 8.

(168) Sul punto cfr. V.E. ORLANDO, *Studii giuridici*, cit., 525, nt. 1.

(169) F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts. Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung. Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, 2, 5. unv. Aufl., Tübingen, 1878, 137.

(170) O. MAYER, *Deutsche Verwaltungsrecht*, I, 3. Aufl., Berlin 1924, 54 ss., con l'avvertenza che « Der Wert der verfassungsstaatlich unterschiedenen Gewalten beruht darauf, daß es sich bei ihnen um keine bloße Theorie handelt. Es ist hier auch Vorkehrung getroffen, daß mit diesen überall der Wille einer tatsächlichen Macht im Staate sich verbindet, einer Macht, die in ihren Rechten verletzt ist, wenn jene Schranken nicht beachtet werden »; sull'opera di Otto Mayer e sulla peculiare collocazione del suo pensiero entro la *Allgemeine Staatslehre* v. soprattutto M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *La scienza del diritto pubblico*, cit., 451 ss., nonché, sull'elaborazione della concezione dello « Stato di diritto », 457 ss., spec. 474: « Lo Stato si dice di diritto proprio perché, in virtù di tale passaggio storico (dallo Stato di polizia allo stato di diritto), il diritto estende il suo raggio di azione dalla sfera privatistica a quella pubblicistica, in particolare penetrando all'interno della sfera della Verwaltung »; ed ancora: « La creazione di una serie di vincoli alla pubblica amministrazione (...) non è dunque affidata per intero, e forse neppure per gran parte, alla realizzazione dei principii costituzionali, e principalmente all'ideale di necessaria concordanza dell'atto amministrativo con la legge, ma muove soprattutto dalla necessità d'individuare « forme costanti » (...) dell'agire amministrativo che come tali rappresentino anche momenti di garanzia a favore dei cittadini, in termini di prevedibilità e correttezza della stessa attività del potere esecutivo » (p. 475).

(171) C.F. v. GERBER, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852; Id., *Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865 (*Diritto pubblico*,

messa a punto da *Paul Laband* (172) detta concezione finiva per smarrire il suo significato più profondo.

Il metodo giuridico-dogmatico (173), che imponeva di spiegare il sistema dello *Staatsrecht* ricorrendo allo strumento della pura logica (174), muovendo dagli istituti giuridici posti dal diritto positivo e deducendo da questi concetti giuridici più elevati (175), annullava, nella presunta oggettività e neutralità del diritto (176), esattamente la *ratio* che in passato sosteneva la concezione dello « Stato di diritto »: « soggetto dello *Staatsgewalt* » — scriveva *Laband* — è « lo Stato stesso » (177); in esso non può postularsi la

trad. it. Milano, 1971, che raccoglie entrambi gli scritti citati; è appena il caso di osservare, però, che la traduzione parziale della seconda delle due opere è condotta sull'edizione del 1880; è a questa, pertanto, che in tale sede si farà riferimento).

(172) P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Tübingen, 1876 (il presente lavoro tiene conto, però, della edizione del 1911 già citata più dietro).

(173) P. LABAND, *Das Staatsrechts*, cit., I, IX: « Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts liegt aber in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen ».

(174) P. LABAND, *Das Staatsrecht*, loc. ult. cit.: « Zur Lösung dieser Aufgabe gibt es kein anderes Mittel als die Logik; dieselbe läßt sich für diesen Zweck durch nichts ersetzen; alle historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen — so wertvoll sie an und für sich sein mögen — sind für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Belang und dienen nur zu häufig dazu, den Mangel an konstruktiver Arbeit zu verhüllen ».

(175) Sul punto W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., 5 ss., 11.

(176) È nota la critica sferrata da W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., 143 ss., 175 ss., contro la teoria giuridica di *Gerber* e di *Laband*, il cui metodo, secondo l'A., avrebbe assolto ad una « funzione giuridico-politica », in quanto rivolto — e forse non del tutto a torto — a « legittimare i rapporti di diritto pubblico del "Reich" imperiale appena fondati e (di) assicurarne l'esistenza con l'escludere ogni critica politica di sorta. La premessa politica della dottrina "giuridica" del diritto pubblico di *Laband* era l'affermazione dei principi monarchico-conservatori e della politica antiliberalista di *Bismarck* »; ma per una critica severa mossa da *Böckenförde* all'interpretazione resa da *Wilhelm* v. P.L. LUCCHINI, *Presentazione*, ivi, V ss.; in senso critico anche M. FIORAVANTI, *Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato*, in *La scienza del diritto pubblico*, cit., 58.

(177) P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., I, 94: « Von der Auffassung des Staates als einer juristischen Person des öffentlichen Rechts aus ergibt sich, daß das Subjekt der Staatsgewalt der Staat selbst ist ».

separazione e l'autonomia dell'un potere rispetto all'altro, in quanto ogni atto di esercizio del potere pubblico equivale pur sempre a manifestazione di volontà della *persona giuridica* dello Stato (178). In tale ottica, ciò che conta sarebbero solo le diverse articolazioni funzionali del potere dello Stato; ed è rispetto ad esse, e non con riguardo al contenuto o alla natura dell'atto, che può, semmai, discorrersi di separazione dei poteri (179). La cesura con la prospettiva affacciata da *Kant* non poteva che essere più netta: lo Stato di diritto, che solo la supremazia del Parlamento e l'astrattezza e la generalità di una legge *in senso formale* (180) avrebbero saputo realizzare, non appare qui strumentale alla tutela della libertà, ovvero alla libertà che preesiste alla promulgazione della legge (181); in una concezione dello Stato e del diritto tutta *hegelia-*

(178) C.F. V. GERBER, *Diritto pubblico*, cit., 109 ss., 195 ss.; P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., I, 88 ss., 94 ss.

(179) P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., II, 172: « Die Lehre von der Teilung der Gewalten, welche der Theorie des sogenannten konstitutionellen Staatsrechts zugrunde liegt, geht nicht aus von dem verschiedenen Inhalt oder Tatbestand der staatlichen Akte, sondern von der verschiedenen staatsrechtlichen Stellung der Organe, welche zur Vornahme staatlicher Geschäfte berufen sind. Hierauf beruht ihre politische Bedeutung und ihr Einfluß auf die Umgestaltung des älteren Verfassungszustandes »; sul punto v. anche G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 677.

(180) Questo dovrebbe anche agevolmente chiarire come mai, invece, entro tale corrente di pensiero fosse possibile distinguere tra legge "in senso formale" e legge "in senso materiale": cfr. ancora P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., II, 1 ss., 2: « Es gehört zum Begriff des Gesetzes im materiellen Sinne des Wortes, daß dasselbe einen Rechtssatz aufstellt; aber nicht, daß dieser Rechtssatz eine allgemeine Regel enthält, welche auf viele oder auch nur auf eine unbestimmte Anzahl von Fällen anwendbar ist »; di modo che, come ricorda G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato*, cit., 681: « La legge in senso formale non corrisponde ad una parte delle attribuzioni comprese nel potere statale; essa non è altro che una forma nella quale si manifesta la volontà dello Stato, qualunque sia il suo contenuto ».

(181) I. KANT, *Sul detto comune*, cit., 137: « Dunque, lo stato civile, considerato semplicemente in quanto stato giuridico, è fondato sui seguenti principî *a priori*: 1. La libertà di ogni membro della società, come uomo. 2. L'eguaglianza di ogni membro con ogni altro uomo, come suddito. 3. L'indipendenza di ogni membro di un corpo comune, come cittadino. Questi principî non sono propriamente leggi che lo Stato già instaurato promulghi, bensì principî secondo cui soltanto è possibile una instaurazione dello Stato conforme a puri principî razionali del diritto esterno degli uomini in generale »; cfr. anche *Id.*, *Per la pace perpetua*, cit., 54 ed anche 55, ove si aggiunge: « La mia libertà esterna deve essere definita piuttosto in questo modo: essa è la facoltà di obbidire a nessun'altra legge esterna

na (182) ed *anti-illuminista* (183), ove la libertà si afferma con lo

se non a quelle leggi a cui ho potuto dare il mio consenso»; sul problema della coesistenza in Kant di tali due differenti nozioni di libertà v. per tutti N. BOBBIO, *Kant e le due libertà*, cit., 40 ss.

(182) G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, III ed., Bari, 1965, §§ 257 ss. (p. 212 ss.), spec. 272 (p. 234 ss.) e 276 (p. 241); Id., *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* (1830), Milano, 2000, § 535 (p. 841): «Lo Stato è la Sostanza etica autocosciente, è l'unificazione del principio della famiglia e di quello della società civile»; § 539, 843: «Lo Stato, in quanto spirito vivente, è puramente e semplicemente nient'altro che un Tutto organizzato e differenziato nelle attività particolari»; § 542, (p. 855): «Nel governo in quanto totalità organica (...) la soggettività che nello sviluppo del Concetto costituisce l'unità infinita del concetto con se stesso, | è la volontà dello Stato che tutto sostiene e decide, è il vertice supremo dello Stato e l'unità che tutto compenetra: è il potere governativo del sovrano»; F.C. v. GERBER, *Diritto pubblico*, cit., 95: «Nello Stato un popolo trova la disciplina giuridica della sua vita collettiva. In esso un popolo giunge ad essere riconosciuto e a valere giuridicamente come un'entità etica totale»; «Lo Stato, custode e rivelatore di tutte le forze del popolo che sono tese al compimento etico della vita collettiva, è la suprema personalità di diritto che l'ordinamento giuridico conosce»; 109: «Il potere dello Stato è la forza di volontà di un organismo etico idealmente personificato»; e ivi, nt. 1: «Il diritto del monarca è (...) il diritto ad essere l'organo supremo dello Stato; presuppone l'esistenza dello Stato, ha in esso la sua sede»; v. anche più oltre 149 ss., 195 ss.; v. anche P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., I, 94, spec. nt. 1, e 96, ove in ordine alla natura giuridica dello Stato e al rapporto Stato-popolo, pur elidendosi — in linea con il "metodo dogmatico" — ogni riferimento alla sua "eticità", si legge: «*Im allgemeinen ist jeder Staat die Personifikation einer Volksgemeinschaft, und es ist oben bereits bemerkt worden, daß man sich das Deutsche Reich nicht ohne das deutsche Volk vorstellen kann und daß das deutsche Volk durch die einheitliche Organisation zu einer Einheit verbunden ist, welche der einheitliche und unteilbaren Persönlichkeit des Reiches entspricht*»; cfr. utilmente anche 83 ss., ed ivi quanto Laband scrive in critica alla tesi "organicistica" di Gierke; in riferimento alla posizione del Kaiser entro il *Reichsstaat* v., invece, 211 ss.; sulla dottrina hegeliana dello Stato cfr. la sintesi di H. MICHEL, *L'idée de l'État*, 3^e éd., Paris, 1898, 154 ss.; G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo*, 242 ss.; nella dottrina più recente v. anche C. MAGNANI, *Dall'epoca dello Stato all'epoca della costituzione. Teorie e dottrine*, Urbino, 2002, 19 ss., spec. 23 ss.; in relazione a quanto qui esposto v., invece, G. SILVESTRI, *Poteri*, cit., 676 ss.; per un cenno al riguardo v. anche M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 51.

(183) Non sfuggirà, infatti, che per I. KANT, *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in *Che cos'è l'illuminismo?*, Roma, 1987, 48 ss., se «l'illuminismo è l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità il quale è da imputare a lui stesso» e se per minorità deve intendersi «l'incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro» (p. 48), appare necessario, però, collegare il «rischiamento» (l'*Aufklärung*) alla «più inoffensiva di tutte le libertà, quella

Stato (184) e lo Stato che è « Spirito vivente si sillogizza con se stesso » (185), quel che rileva, in ultima analisi, è unicamente la *legalità* dell'intera azione statale (186).

cioè di far pubblico uso della propria ragione in tutti i campi»: « il pubblico uso della propria ragione dev'essere libero in ogni tempo, ed esso solo può attuare il rischiaramento tra gli uomini » (p. 50); una concezione diametralmente opposta a quella propugnata da G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia*, cit., § 301, per il quale, invece, la volontà « è il frutto di una profonda conoscenza e intelligenza, che appunto non son cose del popolo »; a tal riguardo v. anche N. BOBBIO, *Democrazia e conoscenza*, in *Teoria generale*, cit., 339 ss., 341 ss.

(184) G.W.F. HEGEL, *Enciclopedia*, cit., § 539 (p. 843 ss.).

(185) G.W.F. HEGEL, *Enciclopedia*, cit., § 539, (p. 853): « Se però si fa della funzione legislativa un potere autonomo — e, precisamente, il *primo* potere, con l'ulteriore determinazione della partecipazione di Tutti a esso (...) —, se, di conseguenza, si rende il potere governativo un potere semplicemente esecutivo, dipendente da quello legislativo, allora tutto ciò presuppone la mancanza di questa conoscenza: L'Idea vera, e quindi la Realtà vivente e spirituale, è il concetto che si sillogizza con se stesso e quindi costituisce la *soggettività*, la quale contiene entro sé l'universalità soltanto come uno dei propri momenti. L'individualità è la prima e la suprema *determinazione* che *pervade* l'organizzazione dello Stato. Lo Stato è *Uno* esclusivamente mediante il potere governativo, e solo perché questo potere abbraccia entro sé gli affari particolari, ai quali appartiene anche la funzione legislativa che, per sé astratta, è essa stessa particolare. Qui, come sempre del resto, è essenziale e unicamente vero il rapporto del Logico, non il rapporto esterno dell'intelletto, il quale si limita soltanto a sussumere il Singolare e Particolare sotto l'Universale. Ciò che disorganizza l'unità del Logico-razionale, disorganizza la Realtà »; C.F. v. GERBER, *Diritto pubblico*, cit., 111 s.: « E, in quanto il potere dello Stato è l'anima della personalità statale di un popolo, esso possiede la qualità dell'indivisibilità »; e, in relazione a tale affermazione, la nt. 6: « Non c'è bisogno di confutare ancora una volta l'abusato e poco scientifico cosiddetto principio della divisione dei poteri »; P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., II, 172; è appena il caso di osservare come nella prima edizione della sua opera (Tübingen, 1876, II, 7), Paul Laband scriveva: « Eine Kritik dieser Lehre, welche die Einheit des Staates zerstört und welche weder logisch haltbar noch praktisch durchführbar ist, kann hier unterbleiben, da in der deutschen politischen und staatsrechtlichen Literatur über die Verwerflichkeit dieser Theorie seit langer Zeit fast vollkommenes Einverständnis besteht »; nella edizione qui utilizzata — come aveva già notato del resto O. MAYER, *Deutsche Verwaltungsrecht*, cit., 55, nt. 2 — detta affermazione non compare più.

(186) Il punto mi sembra trovi conferma anche in quanto P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., II, 85 ss., riferisce a proposito del rapporto tra *Gesetze* e *Verordnungen*: secondo la dottrina dominante del tempo, infatti (ivi, *sub* nt 2), « ist die *Verordnung* dem Gesetz gleichartig; sie enthält Rechtsvorschriften; der Ausdruck Gesetz im weiteren Sinne umfaßt die eigentlichen oder formellen Gesetze und die

9. *La crisi dello Stato « monoclasse », « borghese » e « liberale ».*

Massimo Severo Giannini ha definito lo Stato del XIX secolo come Stato *monoclasse*, *borghese* e *liberale* (187) ed ha sostenuto che il passaggio allo Stato *pluriclasse* (188) sia stato determinato dall'affermazione del suffragio universale, inteso non come « fatto di rottura (...) formale », ma come « suggello di un cambiamento che già è in corso per itinerari propri » (189). L'interpretazione muove da alcune convinzioni di fondo, che possono essere schematizzate nel modo che segue: 1) i diversi accadimenti storici occorsi nel XVIII secolo — e non ultimo quelli della Rivoluzione francese — hanno « aperto la via allo Stato rappresentativo dell'ottocento » (190); 2) lo Stato affermatosi nel corso del XIX secolo an-

Verordnungen »; a differenti conclusioni, se non ci si inganna, perviene, invece, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, il quale, pur mantenendo distinto il significato che storicamente la legge ebbe nella tradizione continentale francese e tedesca, ritiene che, più in generale, « lo Stato di diritto e il principio di legalità comportavano la riduzione del diritto alla legge e l'esclusione o, almeno, la sottomissione alla legge di tutte le altre fonti del diritto » (p. 24); aggiungendo che la « sovranità indecisa » (data dal fatto che nell'organizzazione dello Stato convergessero tanto il principio monarchico quanto quello rappresentativo), che avrebbe caratterizzato allo stesso modo l'esperienza italiana e tedesca, « poteva sopravvivere solo attraverso compromessi e la legge assurgeva a fonte del diritto per eccellenza perché era l'accordo necessario tra i due massimi "principi" della costituzione, la camera rappresentativa e il re »; a tal proposito v. però anche G. SILVESTRI, *Poteri*, cit., 678: « In realtà nella concezione liberale classica (...) la supremazia della legge aveva un senso se ed in quanto comportasse la sicurezza della libertà e dei beni dei singoli. La dottrina tedesca e una buona parte di quella italiana di riflesso, ha trovato un fine diverso per la regola della generalità e superiorità della legge: la razionalità e l'efficienza dell'attività statale ».

(187) M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 35 ss.

(188) La nozione è stata elaborata dal Giannini per la prima volta nel *Corso di diritto amministrativo. Dispense dell'anno accademico 1964-65*, Milano, 1965, e poi ripresa nello scritto *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 389 ss.; in dottrina v. G. GUARINO, « Classi » e « gruppi » nel pensiero di Massimo Severo Giannini, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, Milano, 1988, 377 ss.; S. CASSESE, *Lo « stato pluriclasse » in Massimo Severo Giannini*, in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994, 11 ss.; più di recente v. anche i contributi raccolti in S. CASSESE-G. GUARINO, *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000.

(189) M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 56.

(190) M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 34.

drebbe definito come *monoclasse* (rispetto al potere detenuto dalla classe *borghese*) e *liberale* (rispetto ai « principi ideologici e politici del liberalismo politico e del liberismo economico » posti a base della sua costruzione) (191); 3) il declino dello Stato del XIX secolo è *perciò* declino dello Stato *borghese*: cioè declino della struttura oligarchica intorno alla quale la borghesia aveva organizzato l'esercizio del potere (192), ma non anche — se ben inteso e tranne il caso dei c.d. Stati socialisti — declino dei « principi » che qualificavano lo Stato in senso *liberale*, in quanto gli Stati pluriclasse « storicamente sono continuatori degli Stati monoclasse borghesi; sicché hanno conservato buona parte delle istituzioni di questi, con parecchie e spesso radicali modificazioni, e ne hanno aggiunto di proprie » (193); 4) il declino dello Stato *borghese* e della struttura oligarchica e la contestuale affermazione dello Stato pluriclasse e della democrazia sarebbero stati determinati dall'ampliamento del diritto di voto. Questa convinzione appare del resto suffragata anche da quanto *Giannini* scrive nella *Prefazione* al lavoro di *Georges Burdeau* su « *Il regime parlamentare* »: « storicamente il sistema parlamentare si presenta (...) associato (...) con le strutture oligarchiche. Ed anzi si può constatare che esso tanto più è andato de-

(191) M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 35.

(192) Una qualificazione non molto dissimile è effettuata anche da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1969, 132, il quale parla di « oligarchia liberale » e ritiene che « l'assetto oligarchico perdura, sia pure con qualche attenuazione, fino alla seconda guerra mondiale, dalla quale inizia, se anche con realizzazioni assai imperfette, quella successiva della "democrazia" ».

(193) M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 57; in tal senso, senza alcuna ambiguità, N. BOBBIO, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, in *Politica e cultura*, Torino, 1955, ora in *Teoria*, cit., 217 ss.; ma cfr. anche S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 3 ss., 20: « le costituzioni moderne hanno avuto bensì la pretesa di consacrare nel loro testo tutti i principi fondamentali del diritto pubblico, ma il più delle volte non hanno fatto che accennare istituti, che poi non hanno regolato, e scrivere le intestazioni di capitoli, che non sono nemmeno abbozzati (...). Costruire è non distruggere: è questo, più che altro, il compito che può e deve proporsi, rispetto all'ordinamento politico, l'evolversi dell'attuale vita sociale e, quando avrà costruito, probabilmente i nuovi edifici non contrasteranno con la solida e severa architettura dello Stato moderno, ma poggeranno sulle stesse sue basi e ne costituiranno parti integranti ».

clinando quanto più le strutture oligarchiche evolvevano in democratiche » (194).

La ricostruzione proposta contiene in sé molte verità, ma — occorre aggiungere — anche qualche semplificazione di troppo. L'assunto di partenza di tale dottrina è che la Rivoluzione francese sia stata una rivoluzione essenzialmente borghese, i cui ideali hanno saputo incidere profondamente sulle sorti del costituzionalismo ottocentesco e sugli assetti del c.d. Stato liberale. Se tale assunto sembra di per sé corretto, non altrettanto, però, può dirsi delle conclusioni che da esso vengono tratte. Nel presupporre, infatti, che tra le idee del 1789 e la costruzione dello Stato del XIX secolo insista una relazione di *immediatezza*, *Giannini* ritiene che l'affermazione dello Stato del XIX secolo sia avvenuta *ovunque* con tratti *omogenei* ed *in modo paradigmatico* rispetto agli ideali propugnati dalla Rivoluzione; in breve: che detto Stato abbia incarnato un *ideal-tipo* di Stato.

Gli esempi costituzionali citati nel presente lavoro mostrerebbero, tuttavia, come sia assolutamente problematico sostenere che lo Stato del XIX secolo possa essere ricondotto entro un modello unitario ed ideale, e ciò tanto rispetto alla "titolarità" del potere, quanto rispetto ai "valori ideologici" di cui si sarebbe fatta portatrice la classe borghese. Le vicende costituzionali tedesche, in particolare, proverebbero come lo Stato e il diritto non costituissero affatto una *sovrastruttura* della società borghese (195). È evidente

(194) M.S. GIANNINI, *Prefazione* a G. BURDEAU, *Il regime parlamentare*, trad. it., Milano, 1950, ora in *Scritti 1949-1954*, III, Milano, 2003, 287 ss., 304 s.

(195) È appena il caso di osservare come la problematica in discorso fosse stata già affrontata da *Santi Romano*, con una impostazione del tutto differente rispetto a quella che avrebbe seguito *Giannini*: cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno*, cit., 24 s., il quale, interrogandosi intorno alla crisi (non già, si badi, dello Stato borghese, ma) dello « Stato moderno », scriveva: « Ma qualunque idea voglia accogliersi intorno a queste proposte che, nel fermento dell'ora attuale, fioriscono e si avvicinano, un principio sembra a noi che risulti sempre più esigente e indispensabile: il principio, cioè, di un'organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi. E quest'organizzazione superiore potrà essere e sarà ancora per lungo tempo lo Stato moderno, che potrà conservare quasi intatta la figura che attualmente possiede. Esso per la sua sostanziale natura, non è già uno strumento di classe, come a taluni appare, un'ipocrisia mostruosa, dietro la quale si celi il dominio di un numero più o meno grande di persone, un'illusione davanti a cui, secondo la frase

che qui non si contesta di per sé la plausibilità di tale concezione in generale, né di quella per cui vi sarebbe un rapporto di causa ed effetto tra l'evoluzione in senso democratico di un sistema (imputabile all'allargamento del suffragio elettorale) e la decadenza di una struttura oligarchica del potere. Quello di cui si dubita, però, è che siffatta ultima idea abbia saputo trovare inveramento in ogni esperienza costituzionale dell'Europa continentale del XIX secolo, essendo evidente che la sua pratica realizzazione presupporrebbe pur sempre che all'allargamento del suffragio elettorale preesista la struttura oligarchica di cui discorre *Giannini*. Ma nell'esperienza tedesca, come si è visto, l'assunzione del principio democratico servì ad impedire in radice proprio la formazione di tale struttura; e ciò comportò, a sua volta, che, sebbene la società possedesse una struttura economico-sociale essenzialmente borghese, lo Stato non si ergesse sui "principi ideologici" propugnati da detta classe (196). In conclusione, si può anche convenire con chi ritiene che la crisi dello Stato del XIX secolo sia stata determinata soprattutto da fattori economico-sociali; ma si deve aggiungere che nell'esempio tedesco, per i motivi che si sono appena esposti, il divario tra l'assetto costituzionale dello Stato e la trasformazione della compagine sociale si rivelò, più che altrove, irriducibile, profondo, assoluto.

10. *Lo Stato costituzionale del XX secolo.*

È opinione diffusa che tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento il liberalismo sia entrato ovunque in una fase di progressiva crisi (197). In questa sede non importa comprendere quali

del Nietzsche, solo ai minori sarebbe lecito di inginocchiarsi. Sorto, checché si dica, pel fine opposto, esso ha la potenzialità di affermarsi come un organismo che superi gl'interessi parziali e contingenti, che faccia valere una volontà che possa ben dirsi generale, l'unico istituto, ad ogni modo, fra quelli che l'umanità ha finora conosciuto, che sia in grado di dar vita ad un ordinamento politico che impedisca alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale ».

(196) Da ciò ci si dovrebbe ulteriormente chiedere se il « soggetto della dialettica storica » non sia, in tal caso, esattamente lo spirito "hegeliano" (e non, come riteneva *Karl Marx*, la struttura economica e sociale): sul punto v. G. FORNERO, *Materialismo storico*, in *Dizionario di filosofia*, cit., 682 ss., 685.

(197) G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 255.

specifiche cause ne abbiano determinato il declino (198); e non importa neppure discutere se e in quali termini possa dirsi fondata l'accusa di indiretta connivenza scagliata contro le dottrine positiviste (199), che, nell'ora più drammatica, « da guardiani del diritto si trovarono senza difese contro il nuovo avanzare del governo arbitrario » (200). Quel che preme sottolineare, invece, è che, con la caduta dei regimi dittatoriali e la fine del secondo conflitto mondiale, il problema della libertà venne collocato nuovamente al centro del dibattito culturale e politico europeo, sollevando ovunque interrogativi sull'opportunità di procedere a un recupero della tradizione giusnaturalista (201) e sulla convenienza di legare, in solenni dichiarazioni di diritti e nell'assetto da rendere al nuovo Stato, la garanzia della sua effettività.

Lo Stato contemporaneo sorto nel dopoguerra è — secondo quanto si ripete da allora — uno Stato *costituzionale* (202), *liberale*

(198) Per una sintesi sul punto v. ancora G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 256.

(199) Cfr. ad es. F.A. v. HAYEK, *Legge, legislazione*, cit., 244 ss., il quale definisce la « teoria pura del diritto » come « pseudoscienza » (p. 246 s., nt. 55), in ragione del fatto che essa « elabora unicamente le conseguenze della sua definizione di "legge", per cui "l'esistenza" di una norma è la stessa cosa della sua "validità" e quest'ultima deriva logicamente da un'ipotetica "norma fondamentale" », ed afferma: « tale definizione del concetto di legge è postulata come l'unica definizione possibile e significativa; rappresentando come "conoscenza" le semplici conseguenze della definizione adottata, la "dottrina pura" ritiene di aver diritto di negare (o rappresentare come insignificanti) affermazioni in cui il termine "diritto" è usato in un senso diverso e più stretto. Ciò è particolarmente vero per l'importante asserzione secondo cui non si può fare nessuna distinzione tra un sistema giuridico in cui prevale il dominio della legge (ovvero il principio del governo sottoposto alla legge, o *Rechtsstaat*) e dove ciò non avviene; quindi ogni ordinamento giuridico sarebbe un esempio del principio di legalità, persino quando i poteri dell'autorità sono totalmente illimitati » (p. 246 s.); ed anche più oltre (p. 254), ove si riferisce una affermazione espressa da *Hans Kelsen* nello scritto *Das Naturrecht in der politischen Theorie* (Salisburgo 1973): « dal punto di vista della scienza giuridica, il diritto (*Recht*) durante il governo nazista era diritto (*Recht*). Possiamo dispiacercene, ma non possiamo negarlo ».

(200) Così F.A. v. HAYEK, *Legge, legislazione*, cit., 253, nel riferire il pensiero di *Gustav Radbruch*.

(201) Cfr. G. BEDESCHI, *Storia del pensiero*, cit., 287 ss., ed ivi la rilettura del pensiero di *Carlo Antoni*.

(202) P.P. PORTINARO, *Stato*, cit., 137: « Stato costituzionale è soltanto una figura ulteriore dello Stato di diritto, con il quale a partire dal positivismo giuri-

e democratico (203), di diritto (204), pluralista (205), interventista (206), solidarista e sociale (207). Il riconoscimento di tali elementi essenziali poggia sul presupposto che lo Stato e la società non debbano più essere intese come entità concettualmente separate (208) ovvero che l'antica tensione che animava in passato il rap-

dico si è intesa sia una forma di esercizio del potere statale che ammette interventi nella sfera della proprietà e delle libertà esclusivamente sulla base di una legge sia una garanzia costituzionale dei diritti superiore alle leggi stesse. Con Stato costituzionale si è passati a designare tanto quello Stato che si dà una costituzione (ed è l'accezione prevalente) quanto lo Stato in cui è esercitato il controllo di costituzionalità delle leggi ».

(203) M. VOLPI, *Libertà e autorità*, cit., 38: « (lo Stato democratico) si pone nei confronti dello Stato liberale in un rapporto di continuità, in quanto fa propri principi ed istituti di origine liberale, ma anche di discontinuità, poiché estende quei principi ed istituti a ceti sociali che prima ne erano esclusi ed introduce nuovi valori e istituzioni »; sul punto cfr. anche A. D'ATENA, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, in *Lezioni*, cit., 27 ss.; sulla « *freiheitliche demokratische Grundordnung* » della *Grundgesetz* cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung*, I, 2. Aufl., München, 1984, 556 ss.

(204) K. STERN, *Das Staatsrecht*, cit., I, 759 ss.; R.L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, trad. it., Torino, 1999, 44 ss.

(205) M. VOLPI, *Libertà e autorità*, cit., 42; definisce, invece, lo Stato costituzionale contemporaneo come « *pluriclasse* » M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, cit., 35 ss., 56 ss. (v. *infra*, al § precedente).

(206) G. CAPOGRASSI, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *RIFD*, 1955, 413 ss., ora in *Incertezze sull'individuo*, Milano, 1969, 163 ss., 165; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., I, 135.

(207) Con differente taglio cfr., tra gli altri, G. CAPOGRASSI, *op. loc. cit.*; S. LENER, *Lo Stato sociale contemporaneo. Lineamenti di dottrina generale*, Roma, 1966, spec. 151 ss. (il quale sottolinea i « *contenuti universali* del principio di giustizia sociale e dei concetti di Stato sociale e di socialità tra gli Stati »); C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., I, 134; più di recente anche R.L. BLANCO VALDÉS, *Introduzione*, cit., 51 ss.; interessanti notazioni sui « *precedenti* » in G. GURVITCH, *La dichiarazione dei diritti sociali*, Milano, 1949, 35 ss., ed ivi in allegato i discorsi di Roosevelt del 7 gennaio 1941 e del 12 gennaio 1944 (rispett. 199 s. e 203 ss.); in quest'ultimo Roosevelt riprendeva il contenuto del Progetto della *Dichiarazione dei diritti* del 1943, elaborato dall'Istituto di pianificazione delle risorse nazionali degli Stati Uniti, lasciando intendere come esso fosse « *già accolto* », in linea di principio dalle potenze alleate come base della loro futura politica » (così G. GURVITCH, *op. cit.*, 37).

(208) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat und Gesellschaft*, cit., 229: « *Das Theorem von S. und G. erschien (...) keineswegs mehr als selbstverständlich; es wurde und blieb begründungsbedürftig* ».

porto tra la sfera pubblica e quella privata, e che si risolveva in una sostanziale richiesta di astensione da parte dell'individuo nei confronti dello Stato-apparato — rispetto all'economia, al godimento dei diritti fondamentali, ecc. — debba ora essere sciolta definitivamente (209): l'intero sistema costituzionale risulta organizzato intorno alla persona e alla dignità umana (210); è il *centro* che legittima il sistema; ogni azione deve essere indirizzata verso il *centro*, ossia verso la *persona* (211). È solo muovendo da tale premessa, e senza alcuna pretesa di completezza, che può tracciarsi la cornice dello Stato entro la quale è chiamata a convivere la libertà:

A) Lo Stato contemporaneo si fa carico delle esigenze

(209) Cfr. ad es. G. LEIBHOLZ, *Gesellschaftsordnung, Verbände, Staatsordnung* (1963), in *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, Frankfurt a.M., 1974, 326 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., I, 135; H.H. RUPP, *Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, in J. ISENSEE-P. KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland - Grundlagen von Staat und Verfassung*, Heidelberg, 1987, I, § 28; M. VOLPI, *Libertà e autorità*, cit., 39.

(210) V. ad es. l'art. 1 GG: « Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt »; al riguardo cfr. anche il differente tenore letterale dell'art. 151 della WRV del 1919; in dottrina v. soprattutto G. DÜRIG, *Die Menschenauffassung des Grundgesetzes*, in JR, 1952, 259 ss.; Id., *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertesystem der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, in AöR, 1956, 117 ss., ora entrambi in *Gesammelte Schriften 1952-1983*, Berlin 1984, 27 ss. e 127 ss.; v., inoltre, P. KUNIG, *Art. 1 (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung)*, in I. v. MÜNCH-P. KUNIG, *Grundgesetz-Kommentar*, I, 5. Aufl., München, 2000, 65 ss., ed ivi letteratura citata (119 ss.); in lingua italiana v., invece, E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e Legge fondamentale*, trad. it., Torino, 1998, 46 ss.; cfr. anche l'art. 10, comma 1, della Costituzione spagnola del 1978; l'art. 1 della Costituzione portoghese del 1976; v. inoltre, con una differente formulazione, gli artt. 36, comma 1, e 41, commi 2 e 3, della Costituzione italiana; su tutto, da ultimo, P.F. GROSSI, *Alcuni interrogativi sulle libertà civili nella formulazione della carta di Nizza*, in A. D'ATENA, *Diritto, diritti e autonomie tra Unione europea e riforme costituzionali. In ricordo di Andrea Paoletti*, Milano, 2003, 71 ss., il quale vede nelle proclamazioni della dignità da parte delle disposizioni costituzionali sopra citate « un limite al godimento di determinate libertà altrui » (p. 75); cui *adde* P. RIDOLA, *Libertà e diritti*, cit., 127 ss., ed ivi ulteriori indicazioni di letteratura e di giurisprudenza.

(211) E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Staat und Gesellschaft*, cit., 231: « In der Demokratie wird die Unterscheidung von S. und G. nicht funktionslos oder überflüssig. Zwar gehört zur Demokratie, daß alle S.gewalt vom Volk ausgeht (Art. 20 Abs. 2 S. 1) und insofern Subjekt und Objekt staatlicher Herrschaft nicht verschieden sind ».

espresse dalla società civile. Esso persegue *strutturalmente* una politica sociale, assume su di sé nuovi compiti ed entra nel mercato (212). Molte delle funzioni per l'innanzi riservate allo Stato vengono ora esercitate direttamente anche dal privato. Come ha sottolineato Jürgen Habermas, in tal modo si innesca « una dialettica tra progressiva statalizzazione della società contemporanea e una sempre più marcata socializzazione dello Stato » (213), che rende possibile la nascita di « una sfera ripoliticizzata », ossia di una sfera né tutta pubblica né tutta privata (214).

B) La riduzione del divario tra sfera pubblica e sfera privata provoca anche un mutamento — cioè uno sviluppo ulteriore — della stessa problematica dei diritti fondamentali (215). E ciò non

(212) Non si può neppure tentare di abbozzare un quadro della *different* politica sociale perseguita, ad es., negli anni '80 del secolo XIX dalla Germania di Bismarck e dimostrare come essa fosse del tutto asservita alla logica dello Stato di potenza: « uno stato sociale e nel contempo autoritario, pluralistico e basato sul consenso delle masse, fondato sull'autorità dello statista carismatico »: in tali termini M. STÜRMER, *op. cit.*, 298 s.; al riguardo v. anche l'analisi di G.A. RITTER, *Bismarck und die Grundlegung des deutschen Sozialstaates*, in F. RULAND-B. B. v. MAYDELL-H.-J. PAPIER, *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1998, 789 ss.; tra gli scrittori dell'epoca v. comunque H. BLUM, *Das Deutsche Reich zur Zeit Bismarcks. Politische Geschichte von 1871 bis 1890*, Leipzig und Wien, 1893, 405 ss., ed ivi, limitatamente agli anni 1880-1889, gli interessanti dati tratti, in particolare, dallo « *Statistischen Jahrbuchs für das Deutsche Reich* »; sulla problematica relativa allo Stato sociale nella (different) successiva esperienza di Weimar si rinvia, invece, a E.R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Die Weimarer Reichsverfassung*, VI, Rev. Nachdr. der 1. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1993, 1023 ss.; sul punto, nonché sull'esperienza costituzionale spagnola del 1931 (largamente influenzata da quella tedesca) e su quella sovietica degli anni 1918, 1924-25 e 1936 v. G. GURVITCH, *La dichiarazione*, cit., 51 ss., 66: « (...) codeste dichiarazioni non solo non erano accompagnate da alcuna sorta di garanzia, né giuridica, né sociale (tale cioè da organizzare l'equilibrio dei gruppi e delle loro autonomie), ma neppure potevano evitare, fin dall'inizio, uno slittamento verso lo statalismo ed il corporativismo, non essendo impennate sulla *difesa della libertà e della dignità umana*, estese ad una nuova sfera » (corsivo non testuale).

(213) J. HABERMAS, *Storia e critica*, cit., 172.

(214) J. HABERMAS, *op. loc. cit.*; è solo entro tale prospettiva che può anche intendersi quale sia la specifica ragion d'essere sottesa al riconoscimento del principio di sussidiarietà «orizzontale»: a tal proposito cfr. le osservazioni di A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà*, cit., 77 s.

(215) La letteratura sull'argomento è praticamente sterminata; tra i tanti

solo perché i diritti di *libertà* possiedono ora una più estesa efficacia (opponendosi tanto nei confronti dei pubblici poteri (diritti *pubblici* soggettivi) quanto nei confronti dei privati (*Drittwirkung*) (216), ma anche perché in seno alle Carte costituzionali degli Stati contemporanei trova espressa collocazione una nuova categoria di diritti definiti *sociali*; di diritti, cioè, che, per la struttura tipica in cui si manifestano, richiedono un intervento dello Stato a fornire le corrispondenti prestazioni (217).

C) Nella prospettiva indicata assumono specifico rilievo anche le *comunità intermedie* (218) e le *autonomie territoriali* (219), la cui esistenza sembrerebbe attraversata da una ineluttabile esigenza: quella di tenere assieme la *libertà* la *solidarietà* e la *democrazia* (220); detta esigenza, che la peculiare struttura dello Stato con-

v. almeno i volumi di P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, II ed. ampl., Torino, 1991, e di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, 3^a ed. agg. mod., Padova, 2003; cui adde A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; da ultimo v. anche P. RIDOLA, *Libertà e diritti*, cit., 95 ss.

(216) Sul problema della efficacia "orizzontale" dei diritti fondamentali v. per tutti ancora P. RIDOLA, *Libertà e diritti*, cit., 136 s.

(217) P.F. GROSSI, *I diritti*, cit., 274 ss.; in ordine alle diverse modalità di riconoscimento degli stessi sul piano costituzionale (come: a) *Verfassungsprogrammsätze, Staatszielbestimmungen, allgemeine Grundsätze*; b) *Einrichtungsgarantie*; c) *subjektiv-öffentliche Rechte*) v. G. BRUNNER, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, Tübingen, 1971, 8 ss.

(218) C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, 25: « L'espressione "comunità intermedie" si usa per significare quei gruppi sociali che si costituiscono per soddisfare a bisogni i quali attengono a rapporti interessanti lo Stato, in quanto si ripercuotono sulla sua attività. Lo Stato quindi le combatte quando le forze politiche dominanti ritengono che la loro esistenza riesca pericolosa al loro predominio. Viceversa uno Stato personalista le favorisce perché vede nelle medesime il tramite necessario affinché i singoli possano sollevarsi fino ad esso, nonché un ausilio ugualmente necessario per l'attuazione dei propri fini ».

(219) Sul significato politico-costituzionale espresso dalle autonomie territoriali entro lo Stato contemporaneo v. C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *Id.*, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 67 ss.

(220) C. ESPOSITO, *Autonomie locali*, cit., 81: « Queste autonomie non hanno rilievo solo per la organizzazione amministrativa, ma incidono in profondità sulla struttura interiore dello Stato, e non solo tendono ad adeguare gli istituti giuridici alla complessa realtà sociale che vive nello Stato, ma costituiscono

temporaneo sa realizzare fino in fondo, altro non è, complessivamente riguardata, che la traduzione in termini positivi di quel modello descritto anni orsono da *Constantin Frantz* (221), per il quale ogni livello della *Staatsgesellschaft* doveva dirsi *spontaneamente* attraversato da un naturale impulso al *Föderalismus*, da un desiderio di unità (222).

11. *Lo Stato del XXI secolo: la libertà nei processi di internazionalizzazione ed europeizzazione dei fenomeni politici e sociali.*

Le categorie elaborate in età moderna dal pensiero filosofico-politico e da quello giuridico presupponevano che il potere fosse « dominio sulla terra » e, solo per conseguenza, « dominio sugli uomini che abitano nella terra » (223). L'esistenza dello Stato na-

per i cittadini esercizio, espressione, modo d'essere, garanzia di democrazia e di libertà »; in ordine alle differenze che insisterebbero tra i concetti di *autonomia* e di *autarchia* v., tra i tanti, almeno P. VIRGA, *La Regione*, Milano, 1949, 3 ss.; sulle difficoltà di procedere ad una loro distinzione dommatica v., invece, G. TREVES, *Autarchia, autogoverno, autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 277 ss.; sulla impossibilità di procedere ad una costruzione univoca del concetto di autonomia, v., invece, M.S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 851 ss.; tra gli studi risalenti più significativi — apparsi nella letteratura di lingua italiana — v. soprattutto G. ZANOBINI, *Caratteri particolari dell'autonomia*, in *Studi in onore di O. Ranalletti*, II, Padova, 1931, 391 ss., e Id., *Autonomia pubblica e privata*, in *Studi in onore di F. Carnelutti*, IV, Padova, 1950, 182 ss., entrambi ora in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 273 ss. e 391 ss.; S. ROMANO, *Autonomia*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 15 ss.; L. SICA, *Contributo alla teoria dell'autonomia costituzionale*, Napoli, 1951; in tale sede non è possibile comunque porre maggiormente a fuoco il rapporto intercorrente tra *libertà e democrazia*: sul punto si v. almeno G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo*, cit., 392 ss.; F.A. v. HAYEK, *Liberalismo*, cit., 990 s.; N. BOBBIO, *Sul liberalsocialismo*, in *Teoria generale della politica*, cit., 306 ss.; per maggiori ragguagli su tutto sia consentito comunque rinviare a E. DI SALVATORE, *Autonomie locali e Unione europea*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 1-2/2003, 267 ss.

(221) C. FRANTZ, *Der Föderalismus als das leitende Prinzip für die soziale, staatliche und internationale Organisation, unter besonderer Bezugnahme auf Deutschland, kritisch nachgewiesen und konstruktiv dargestellt*, Mainz, 1879.

(222) A tal riguardo cfr., se si vuole, E. DI SALVATORE, *Constantin Frantz*, cit., 134 ss.

(223) C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello « jus publicum europaeum »*, trad. it., 2^a ed., Milano, 1998, 26.

zionale e quella del suo ordinamento giuridico si legavano esattamente a tale presupposto. E il diritto internazionale, che poneva su un piano di perfetta equivalenza gli Stati sovrani tra loro, mancava per definizione di "globalità", essendo la conquista o la perdita del territorio pur sempre estensione o riduzione della statualità (224).

La nascita dello Stato contemporaneo, però, ha dato avvio ad un generale processo di *internazionalizzazione* e di *europizzazione* dei fenomeni politici e sociali (225). Le Carte costituzionali approvate a partire dalla seconda metà degli anni '40 hanno considerato espressamente la dimensione *internazionale* (226) ed hanno collegato l'ordinamento dello Stato al nuovo ordine di pace, attraverso una clausola *ad hoc* di apertura ai processi evolutivi determinatisi su tale piano al termine della guerra (227). Ciò ha comportato an-

(224) C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., 31.

(225) K. HASSELBACH, *Der Ausschluß der Regionen in der Europäische Union. Die Institutionalisierung der Regionalbeteiligung in der Europäische Union unter besonderer Berücksichtigung der regionalen und dezentralen Verwaltungsstrukturen in den EU-Mitgliedstaaten*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1996, 5, il quale ritiene, più propriamente, che lo Stato europeo del secondo dopoguerra si caratterizzi per un duplice parallelo sviluppo: l'internazionalizzazione dei fenomeni politici e sociali e il decentramento delle strutture decisionali.

(226) La partecipazione al processo di integrazione europea si è posta, com'è noto, quale parte dello stesso processo di *internazionalizzazione* dello Stato; ciò ha comportato — come si ama ripetere — un "trasferimento" (« Übertragung ») dei poteri (o diritti) sovrani in capo alle Comunità europee. È appena il caso di osservare, comunque, come tanto nel linguaggio, quanto sulla "sostanza" del problema, la dottrina si sia mostrata profondamente divisa: secondo E. WOHLFART, *Die europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Frankfurt a.M., 1960, 514, ad es., il termine "trasferimento" si riassumerebbe più propriamente in un atto di « auto-limitazione » dello Stato; per G. MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, 5ª ed. accr. riv., Padova, 1958, 260, « il termine "trasferimento" va inteso nel suo significato empirico e sta ad indicare semplicemente il risultato che si è raggiunto e che consiste in ciò: che, in corrispondenza con l'assunzione di date funzioni da parte della Comunità, gli Stati membri si astengono dall'esercitare, nello stesso campo, le funzioni proprie »; sulla problematica v. comunque H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, in NJW, 1964, 339 ss.; Id., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, 54 ss., 55 s., il quale precisa che « übertragen » equivale a « conferre » e non a « transferre » gli « Hoheitsrechte » dello Stato.

(227) Cfr., ad es., gli artt. 11 Cost. it. e 24 GG; K. VOGEL, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, 1964, 42 ss., ha parlato al riguardo di « decisione costituzionale » per « una statualità aperta »; cfr. anche A. RUPPERT, *Die Integrationsgewalt*, Hamburg, 1969,

che che si gettasse in profonda crisi la medesima concezione che si aveva dello Stato, e cioè: i tratti che lo rendevano riconoscibile ed esistente (228) ovvero quel dominio superiore ed esclusivo che esso esercitava per l'innanzi su un confinato territorio e sul popolo ivi stanziato (229).

Nel contesto appena descritto la *crisi dello Stato* sarebbe, invero, crisi del « potere di governo », dello « *Staatsgewalt* », del « *government* », della « *puissance publique* » e della pretesa, trasfiguratasi nel dogma della sovranità, « per cui, dentro lo Stato, non si ammette il concorso di altre volontà e di altre forze generatrici di diritto; e al di fuori dello Stato, non si ammette che vi sia alcuna volontà o alcuna forza capace di limitare l'autorità dello Stato medesimo » (230).

Internazionalizzazione ed europeizzazione dei fenomeni politici e sociali equivale allora a *internazionalizzazione ed europeizzazione* del diritto, cui corrisponde, per converso, una frantumazione del monopolio della produzione giuridica. In tal senso, l'unità del potere appare pensabile solo sommando l'esercizio del potere di ogni livello di governo (231), a prescindere dalle specifiche soluzioni che si profilino per stabilire in che misura ciascuno di essi sia chiamato ad esercitare il potere e, più in generale, in che modo vadano ricomposte le questioni di competenza tra gli stessi. In ogni caso, l'esercizio « plurimo » del potere non sembra minare, di

238; H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, cit., 52, per il quale tale decisione avrebbe il rango e la qualità di una « *Staatszielbestimmung* »; v. anche BVerfGE 37, 271, 280: « Art. 24 ermächtigt nicht eigentlich zur Übertragung von Hoheitsrechten, sondern öffnet die nationale Rechtsordnung (in der abgegebenen Begrenzung) ».

(228) J. KOKOTT, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, in VVD-StRL, 63, Berlin, 2004, 7 ss., 11.

(229) Sui c.d. « elementi costitutivi » dello Stato v. per tutti G. JELLINEK, *La dottrina generale*, 11 ss., 21 ss. e 37 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, 2ª ed., Padova, 1964, 207 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, 2ª ed., Padova, 1970, 49 ss.

(230) « ... se ci fosse si ritiene che lo Stato finirebbe per esser tale »: così V.E. ORLANDO, *Stato e diritto (Ordinamento giuridico - Regola di diritto - Istituzione)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1926, ora in Id., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, rist., Milano, 1954.

(231) Sulla *Einheit* dello *Staatsgewalt* v. J. KOKOTT, *Die Staatsrechtslehre*, cit., 15 ss.

per sé, l'unità del territorio o quella politica del popolo (232), poiché i processi di *internazionalizzazione* e di *europizzazione* del diritto non sono contrassegnati dalla "globalità".

Maria Rosaria Ferrarese ha giustamente sottolineato come « ragion di Stato » e « ratio economica » intrattengano un diverso rapporto con il territorio, in quanto « mentre la ragion di stato controlla l'apparato della forza, legato al territorio, la ratio economica è invece esclusa da questo controllo, ma altresì dai limiti che la dimensione territoriale comporta » (233). I processi cui si fa riferimento in tale sede, pertanto, sono anch'essi legati all'apparato di forza tipica della « ragion di Stato » e solo parzialmente sono, nel momento attuale, in condizione di trascendere i limiti che la dimensione territoriale comporta. Il tentativo di varare una « Costituzione europea » e, in modo ancor più significativo, quello di giungere ad una costituzionalizzazione del diritto internazionale forse tradiscono una aspettativa di questo tipo (234). Ma è indubbio che in entrambi i casi l'unità territoriale e l'omogeneità politica del popolo continuerebbero a (con)vivere entro qualsiasi « Costituzione europea » o — ammesso che ciò sia possibile — entro qualsiasi « Costituzione internazionale » (235).

Per quel che qui interessa, i processi di *internazionalizzazione* e di *europizzazione* dei fenomeni suddetti hanno fatto sì che dive-

(232) Ciò a patto di non muovere ovviamente da una concezione normativistica del diritto, in base alla quale tra Stato e ordinamento giuridico vi sarebbe perfetta coincidenza: in tal caso, infatti, il « territorio » tenderebbe ad esprimere solo la « sfera di validità del diritto »: sul problema cfr. V. CRISAFULLI, *La continuità dello Stato*, in Id., *Stato popolo governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, 1 ss.

(233) M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 25; ma v. anche J.E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992, 36 ss., 37: « (...) lo Stato ha un potere coercitivo non concesso a nessun'altra organizzazione economica ».

(234) La problematica è stata in passato affrontata da A. VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, Wien, 1923; Id., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, 1926; v. anche G. SCHELLE, « *Le droit constitutionnel international* », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, cit., 503 ss.

(235) La possibilità di giungere all'adozione di una « Costituzione internazionale » costituirebbe, infatti, una contraddizione in termini, in quanto tale evenienza decreterebbe semplicemente la fine del diritto internazionale. Rilevanti spunti in tal senso possono essere tratti da C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., 473 ss., spec. 475.

nisse lentamente recessivo anche il dibattito sulla libertà negli usati termini del *costituzionalismo* classico (236) (237). Al riguardo sarebbe sufficiente riflettere ancora una volta sulla questione relativa alla divisione o separazione dei poteri. Si pensi a quanto scriveva solo nel 1957 *Balladore Pallieri*: « nella fase odierna, l'organo attivo è il governo. Ma il parlamento ha pur sempre la funzione importantissima di esercitare sul governo un controllo continuo, di sottoporlo per mezzo dei partiti di opposizione ad una critica severa »; « al controllo del parlamento si aggiunge, inoltre, in molti Stati, quello del capo dello Stato che sembra avere ritrovato, attraverso tutti questi rivolgimenti costituzionali, una sua funzione specifica »: quella di salvaguardia della libertà (238). Ebbene, non sfuggirà

(236) Sulle relazioni intercorrenti tra i processi di globalizzazione e il costituzionalismo v. ora S. MANGIAMELLI, *Globalizzazione, integrazione europea e costituzionalismo, in Persone e Stati. Le conseguenze della « glocalizzazione » e della innovazione tecnologica*, a cura di A.C. AMATO MANGIAMELLI, Milano, 2006, 173 ss.

(237) Le riflessioni svolte da *Ralf Dahrendorf* negli anni '70 o quelle elaborate in tempi più recenti da *Erhard Denninger*, nonostante muovano da prospettive (in parte) differenti, sono attraversate dalla medesima consapevolezza di fondo, e cioè che il problema della libertà vada oggi impostato e risolto diversamente: secondo R. DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, trad. it., Roma-Bari, 1995, 62, la sfida del liberalismo nelle « società sviluppate » non può essere condotta solo attraverso lo strumento della democrazia rappresentativa, bensì individuando sistemi di controllo del potere a quello alternativi; per E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo*, cit., 19 s., la garanzia della libertà richiede che agli ideali di libertà, eguaglianza e fratellanza si opponga — « si accompagn(i), si sovrappon(ga) e parzialmente si sostituisc(a) » (p. 78) — « una nuova triade di ideali (...): sicurezza, diversità e solidarietà »; entro tale prospettiva, la garanzia della libertà appare possibile postulando come necessario l'intervento dello Stato: « Se lo stato liberale di diritto può essere caratterizzato come stato della *certezza del diritto*, lo stato liberale e sociale di diritto di oggi si presenta come *stato di prevenzione* con conseguenze incisive in parecchi campi del diritto » (p. 78); per la discussione sul punto v. H.P. BULL, *Sicherheit und Prävention im europäischen Rechtsstaat*, in J. BIZER-H.-J. KOCH (Hrsg.), *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts? Symposium zum 65. Geburtstag Erhard Denningers am 20. Juni 1997*, Baden-Baden, 1997, 13 ss. (« *Sicherheit macht Freiheit erst möglich, aber Sicherheitsmaßnahmen schränken Freiheit ein* » (p. 14)); H. HOFMANN, *Vielfalt, Sicherheit und Solidarität statt Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit?*, ivi, 101 ss.; J. HABERMAS, *Bemerkungen zu Erhard Denningers Trias von Vielfalt, Sicherheit und Solidarität*, ivi, 117 ss.

(238) G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, 5^a ed., Milano, 1957, 95 ss., 98.

come tale sintesi si attagli ormai poco agli attuali assetti istituzionali e al disegno che sarebbe possibile tracciare in proposito. Lo sviluppo ulteriore dello Stato costituzionale contemporaneo, infatti, proprio in ragione dei processi sopra accennati, ha lentamente frantumato l'unità di ciascuna sfera di potere (tradizionalmente inteso); ed ha dato vita ad una moltiplicazione di organi e di funzioni autoritative, che, lungi dall'ordinarsi intorno ad un criterio di stretta separazione, sembrano ormai informarsi ad una logica di « interferenza funzionale » e di necessaria cooperazione. Ciò è di palmare evidenza non solo se si consideri il versante strettamente interno allo Stato (239) — con riguardo, ad esempio, alle funzioni esercitate dalle c.d. « autorità amministrative indipendenti » —, ma anche ponendo mente al suo versante esterno (240), e cioè alla dimensione *internazionale* (241) e a quella *europea* (242), ove l'esercizio del potere tenderebbe ormai a distribuirsi *verticalmente* tra più livelli di governo (243), spiegando, con ciò, effetti immediati e dirompenti sulla stessa sfera esistenziale dei cittadini e dischiudendo, presumibilmente, nuove prospettive per la libertà.

12. Conclusioni.

L'evoluzione giuridica *effettiva* della libertà parrebbe attraversata da una latente tensione di fondo: da un lato, la frantumazione della sua esperienza storica concreta; dall'altro, il tentativo di ridu-

(239) M. VOLPI, *Libertà e autorità*, cit., 41; più estesamente, tra gli altri, G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, 55 ss.

(240) Per un'impostazione generale del problema v. U. DI FABIO, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Tübingen, 2001, 36 s.

(241) In merito ad alcuni profili del versante internazionale v. ora U. ALLEGRETTI, *Stato di diritto e divisione dei poteri*, cit., 119 ss.

(242) Nella prospettiva del diritto europeo, cfr. le acute riflessioni di E. GIANFRANCESCO, *Il principio dello Stato di diritto e l'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, II, a cura di S. MANGIAMELI, Milano, 2006; per interessanti considerazioni circa il rapporto tra sicurezza, *Rechtsstaat* e libertà nell'Unione europea v., invece, H.P. BULL, *Sicherheit und Prävention*, cit., 21 ss.

(243) A tal riguardo cfr. S. MANGIAMELI, *Il Governo tra Unione europea e autonomie territoriali*, in ID., *La riforma del regionalismo italiano*, Torino, 2002, 191 ss.

zione ad unità dell'esperienza stessa da parte dell'interprete (244). A conferma di tale assunto potrebbe anzitutto osservarsi come gli ordinamenti costituzionali dell'Europa continentale del dopoguerra, procedendo alla fondazione di un nuovo ordine normativo, abbiano ritenuto di dover con ciò trascendere non solo la « storia delle idee », ossia l'aspirazione teorica di portata « universale » in essa naturalmente insita, quanto persino, seppur implicitamente, ogni possibile contraddizione che la realtà storica concreta avrebbe potuto presentare agli occhi dell'interprete (245). Ed una prova ulteriore di tale assunto potrebbe essere tratta finanche dal diritto dell'Unione europea, nella parte in cui sembra voler collegare i contenuti giuridici della libertà alla prospettiva della *tradizione costituzionale* o comunque al diritto *comune* agli Stati membri.

L'art. 6, § 1, del Trattato sull'Unione europea, com'è noto, stabilisce che « l'Unione si fonda sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri ».

(244) Come ha sottolineato, infatti, K. POPPER, *Miseria dello storicismo*, trad. it., III ed., Milano, 2005, 91, « la storia, come ogni altra descrizione, può solamente occuparsi di aspetti selezionati dell'oggetto di cui si interessa » e mai dell'oggetto considerato nella sua totalità; nella prospettiva della tradizione costituzionale, pertanto, deve anche ammettersi che la dimensione giuridica della libertà si colleghi ad un suo espresso riconoscimento normativo o anche all'uso che in via pretoria se ne faccia dei relativi istituti giuridici in cui essa trova concretizzazione; già G.F. PUCHTA, *Corso delle istituzioni*, I, trad. it., II ed., Napoli, 1854, 11, del resto, osservava: « non deesi (...) dimenticare, che una consuetudine o tradizione è autorità solo in quanto da quella può conchiudersi ad un principio di diritto e non perché essa stessa lo sia »; una diversa conclusione, se ben inteso, sembra, invece, essere sostenuta ora da A.A. CERVATI, *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 707 ss., spec. 709 ed anche 727 s.

(245) *Contra*, però, P. HÄBERLE, *Stato costituzionale, II) sviluppo storico*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000, 1, il quale, nel postulare che il modello dello Stato costituzionale (contemporaneo) sia « una somma parziale di filosofie politiche (...) di testi classici, di programmi partitici, esperienze ed anche "ferite" di molte generazioni, nonché di utopie concrete, una somma parziale anche di processi rivoluzionari ed evolutivi », ritiene di dover conferire « validità legittima — limitata — di tipo normativo » a « testi classici come gli scritti di J. Locke e Montesquieu, Sieyès e I. Kant, ma anche (a) classici "contrari" come T. Hobbes e J.-J. Rousseau, oppure K. Marx »; in conseguenza di ciò, tale illustre dottrina afferma che detti « classici » debbano essere utilizzati nell'attività interpretativa del testo costituzionale.

Tra i principi considerati dalla disposizione vi è anche quello di « libertà », il quale, al pari di tutti gli altri ivi enunciati, possiede evidente natura costituzionale (246). Nonostante la disposizione in oggetto si limiti, infatti, ad affermare che la « libertà » sia un principio *comune* agli Stati membri, la qualificazione in senso *costituzionale* del principio si ricollegerebbe tanto alla *tradizione costituzionale* degli Stati membri, quanto alla stessa *logica* che giustifica nel Trattato la presenza di una clausola di omogeneità (247). Detta previsione, tuttavia, non pare priva di inconvenienti, essendo evidente che il rispetto della libertà presupporrebbe che si chiarisca previamente quali contenuti il principio sia in condizione di esprimere.

In ragione del tenore letterale del trattato, però, una ricerca di questo tipo escluderebbe che l'interprete possa dedurre tali contenuti direttamente dal tessuto normativo dell'ordinamento dell'Unione e da quello comunitario. Tanto la disciplina recata dall'art. 7 TUE, quanto quella posta dall'art. 49 TUE implicherebbero, al contrario, che la valutazione sul rispetto del principio avvenga per *presupposizione*, ossia per il tramite di una qualificazione giuridica operata essenzialmente fuori dal diritto europeo. Con la conseguenza che nelle mani dell'interprete non resterebbe, allora, che una secca alternativa: procedere ad un'indagine in chiave storico-

(246) Per più puntuali considerazioni al riguardo sia consentito rinviare a E. DI SALVATORE, *Il principio di libertà nell'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo. I principi*, cit., 89 ss.

(247) In ordine alla c.d. clausola di omogeneità dell'Unione europea, v., tra gli altri, T. KINGREEN-A. PUTTLER, *Art. 6 EUV*, in C. CALLIES-M. RUFFERT (Hrsg.), *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Neuwied-Kriftel, 1999, 49 ss.; C. STUMPF, *Art. 6 EUV*, in J. SCHWARZE (Hrsg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, 2000, 76 ss.; F. SCHORKOPF, *Homogenität in der Europäischen Union - Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV*, Berlin, 2000; H. SCHMITT V. SYDOW, *Liberté, démocratie, droit fondamentaux et Etat de droit: analyse de l'article 7 du traité EU*, in *RDUE*, 2001, 285 ss.; R. MICCÙ, *Il principio di omogeneità nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in V. ATRIPALDI-R. MICCÙ, *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003, 49 ss., 98 ss.; B. NASCIBENE-C. SANNA, *Art. 6 TUE*, in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, a cura di A. TIZZANO, Milano, 2004, 47 ss.; S. MANGIAMELLI, *La clausola di omogeneità nel Trattato dell'Unione europea e nella Costituzione europea*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 541 ss., ora in *L'ordinamento europeo. I principi*, cit., 1 ss.

comparativa oppure adottare un metodo comparativo, che consideri unicamente le strutture costituzionali vigenti negli ordinamenti degli Stati membri.

Nel primo caso — anche in virtù delle continue sovrapposizioni che si determinerebbero tra la dimensione diacronica e quella sincronica — l'indagine risulterebbe, però, seriamente compromessa da due risultati tra loro in qualche modo speculari, e cioè: 1) che nell'effettiva evoluzione giuridica della libertà le affinità sarebbero minori rispetto alle discordanze; 2) che comunque tale condizione di minorità sarebbe (stata) "superata" dall'opera di razionalizzazione effettuata via via dagli ordinamenti costituzionali. Un risultato di questo tipo, pertanto, dischiuderebbe alla mente dell'interprete una nuova alternativa: effettuare direttamente una selezione dei contenuti dell'esperienza giuridica della libertà oppure tentare di ricavarne i contenuti muovendo da una comparazione tra le strutture costituzionali vigenti degli Stati membri.

A conclusioni non dissimili, tuttavia, si giungerebbe finanche nel secondo caso, in quanto: 1) una comparazione tra le strutture costituzionali vigenti chiederebbe che la libertà fosse previamente considerata entro ciascun ordinamento di riferimento e che i suoi corollari fossero anzitutto valutati alla luce del sistema complessivamente inteso (248). Di modo che, una volta che si siano assunti tali elementi nella comparazione — e cioè i principi, gli istituti o i diritti che costituiscano specifica declinazione della libertà — si scoprirebbe anche che, in realtà, essi sarebbero in condizione di offrire solo limitate affinità e solo parziali somiglianze; e ciò proprio in ragione delle specificità che caratterizzerebbero ciascuna disciplina statale; 2) occorrerebbe preliminarmente chiarire quale possa essere il *tertium comparationis* da assumere nel procedimento ermeneutico (249). Se si ritenesse, infatti, che esso si configuri

(248) In proposito cfr. anche L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, trad. it., II ed., Torino, 2000, 267, il quale non a caso osserva: « Constatere che numerosi ordinamenti conoscono il divorzio, significa accertare il principio giuridico secondo il quale si può sciogliere il matrimonio. Ma il divorzio può essere pronunciato per colpa, per *Ehezerrüttung* (fallimento del connubio), sulla base di un accordo o di una semplice volontà unilaterale. Le differenze sono talmente rilevanti che il principio possiede soltanto una valenza astratta ».

(249) Per L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo*, cit., 20 s., ciò costituirebbe, in realtà, un « falso problema ».

come una condizione già esistente e conosciuta in fase di avvio dell'indagine, non potrebbe certo ammettersi che il *tertium comparationis* possa essere dedotto solo a seguito di un raffronto tra gli ordinamenti degli Stati membri (250). La difficoltà di procedere all'individuazione di tale elemento, nonostante le severe critiche mosse (251), mostrerebbe, al contrario, che il *tertium comparationis* sia in condizione di inverarsi in un « *Rechtsideal* » (252), ossia nella "immagine" che l'interprete avrebbe « di un determinato istituto in un certo sistema e in uno specifico stadio di evoluzione » (253). Al pari di quanto accade nell'interpretazione resa dalla Corte di giustizia — e persino in talune scelte effettuate dal legislatore europeo (254) — anche in questo caso dovrebbe, dunque, ritenersi che l'interprete proceda all'esame delle discipline interne non già « per raffrontarle, ma per acquisire una riserva di soluzioni » (255); ossia: *allo scopo di individuare una soluzione che possa funzionalmente rispondere alle esigenze pratiche e agli obiettivi del diritto europeo* (256).

(250) Così L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo*, cit., 62, in critica all'opinione espressa da Knapp.

(251) L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo*, cit., 20 ss.

(252) Per tale definizione v. G. RADBRUCH, *Sul metodo comparativo*, trad. it., in *Rass. dir. civ.*, 1997, 477 ss., il quale distingue, più propriamente, tra *Rechtstypus* (tipo giuridico) e *Rechtsideal* (ideale giuridico): « Come in passato il diritto naturale, così oggi il tipo di diritto e il diritto ideale possono esprimere parametri con i quali commisurare i singoli diritti nazionali, potendo verificare, da un lato, come questi diritti si presentano come fasi di sviluppo superate o non ancora raggiunte e, dall'altro, come questi diritti si pongono di fronte al diritto ideale: se cioè ne seguano la strada o se ne allontanano ».

(253) L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo*, cit., 21.

(254) Così, ad es., potrebbe ritenersi che a tale modello finisca di fatto per accostarsi l'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, laddove stabilisce che « Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà » (corsivo non testuale).

(255) L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo*, cit., 322.

(256) A tale ipotesi ben potrebbero essere estese le considerazioni a suo tempo espresse dall'avvocato generale Lagrange: « la giurisprudenza della Corte di giustizia » — ebbe egli a dire — « non si accontenta di attingere le sue fonti attraverso una specie di "strumento" più o meno aritmetico fra le diverse soluzioni interne, ma sceglie in ciascuno degli Stati membri quelle che, tenendo conto degli obiettivi del Trattato, sembrano essere le migliori o, se si vuole impiegare

Pertanto, se nell'ora attuale il diritto dell'Unione europea dichiara di voler legare le sorti della libertà ad una prospettiva storica e/o comparativa, deve anche ammettersi che detta dichiarazione sia volta, in realtà, a saldare l'esperienza giuridica della libertà ad una decisione normativa, giustificata dalla necessità stessa di ricondurre ad unità il sistema (257). Che poi ciò possa costituire una

questo termine, le più progressiste » (la citazione è tratta da L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo*, cit., 323); con riguardo alla responsabilità extracontrattuale disciplinata dall'art. 288 (ex 215) TCE v. quanto scriveva anche H.-P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, cit., 113: « (...) ist als Vergleichsmaßstab anwendbar nicht der Wertungsfaktor der Majorität, sondern der Rechtsqualität, d.h. derjenigen Lösung, zu der die verglichenen Rechtsordnungen sich tendenziell orientieren und die den Zielsetzungen der Gemeinschaft am nächsten kommt »; cfr., inoltre, W. LORENZ, *Rechtsvergleichung am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, in *Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, II, München-Berlin, 1965, 797 ss., 814, secondo cui, costituendo gli ordinamenti degli Stati membri solo la « fonte prima di ispirazione » per la giurisprudenza della Corte di giustizia — sul presupposto che la questione da risolvere si colleghi in ogni caso ad una necessità propria dell'ordinamento comunitario —, sarebbe del tutto legittimo che il giudice adotti la decisione persino sulla base di quel che risulti stabilito entro un unico ordinamento nazionale; A. MARTINI-W. MÜLLER, *Der Schutz der kommunalen Selbstverwaltung in der europäischen Integration durch nationales Verfassungsrecht und gemeinschaftsrechtliche allgemeine Rechtsgrundsätze*, in *BayVBl.*, 1993, 161 ss., 166, i quali, sul presupposto che la Corte di giustizia si spinga alla ricerca della « soluzione migliore », concludono che « der suchende Rechtssatz muß also nicht in allen Rechtsordnungen enthalten sein, darf aber andererseits nicht der Rechtsordnung auch eines Mitgliedstaates widersprechen ».

(257) Che si tratti di un rischio inevitabile perché ontologicamente insito nel procedimento ermeneutico che precede il momento unitario della decisione (legittimata dal testo normativo) appare evidentemente un fatto di per sé irrilevante per chi comunque ammette — come H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., XIII ed., Milano, 2001, 330 — che « la conservazione (sia) un atto della libertà non meno di quanto lo siano il sovvertimento e il rinnovamento », ossia « un atto della ragione ». Secondo l'A., tra tradizione e ragione non sussisterebbe alcun contrasto: « (...) la critica romantica contro l'illuminismo non può certo valere come un esempio del fatto che la tradizione si impone in maniera indiscussa e ovvia, senza che ciò che in essa è tramandato sia colpito dal dubbio e dalla critica. Ha invece, semmai, il senso di una autoriflessione critica, che qui per la prima volta ritorna alla verità della tradizione e cerca di rinnovarla, e che si può chiamare tradizionalismo. (...) ». Per quanto possa essere problematica la deliberata restaurazione di tradizioni o la creazione deliberata di tradizioni nuove, altrettanto carica di pregiudizi e, nella sostanza, profondamente illuministica è la fede romantica nelle « tradizioni radicate » davanti alle quali la ragione dovrebbe solo tacere. In verità, la tradizione è sempre un momento della libertà e della storia

promessa o un rischio, volti rispettivamente a emancipare o a restringere la stessa dimensione giuridica della libertà rispetto alla *effettività* della storia costituzionale, è questione che esula senz'altro dalla presente indagine (258).

stessa. Anche la più autentica e solida delle tradizioni non si sviluppa naturalmente in virtù della forza della persistenza di ciò che una volta si è verificato, ma ha bisogno di essere accettata, di essere adottata e coltivata ».

(258) Ogni ulteriore considerazione in merito chiederebbe, infatti, che si rifletta, più in generale, sul problema dell'interpretazione in sé ovvero sulla possibilità o sulla necessità che nell'attività interpretativa si radichi — e se sì in che misura — un giudizio di valore sui contenuti della libertà: il problema, com'è noto, è affrontato in modo arguto — benché forse con impostazione ed esiti non del tutto condivisibili — da L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova, 1954.