

Maurizio Fioravanti

APPUNTI DI STORIA
DELLE COSTITUZIONI MODERNE

LE LIBERTÀ FONDAMENTALI

Seconda Edizione

In copertina:

Anonimo, *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 1789, Musée Carnavalet, Paris.

In occhiello:

Cornice di riquadro di PAULUS DE CASTRO, *Super secundam Digesti veteris partem* (...), Venetiis, de Tortis.

La riproduzione è dovuta alla cortesia della Libreria antiquaria Oreste Gozzini di Firenze.



G. Giappichelli Editore – Torino

CAPITOLO PRIMO

LE TRE FONDAZIONI TEORICHE DELLE LIBERTÀ

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

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

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

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

1. IL MODELLO STORICISTICO.

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

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

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

Il fascino del medioevo, per il pensiero storicista, è dato proprio dal fatto che un soggetto politico di questo genere è in quella epoca

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

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

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

Certo, del contratto in senso moderno manca in questi casi l'aspetto della sicurezza dell'adempimento normativamente prefissata e determinata: in altre parole manca, per coloro che occupano i gradini più bassi della scala gerarchica, la possibilità di ricorrere, sulla base di una norma certa e conosciuta, ad un terzo neutrale, che giudichi come il signore ha esercitato i suoi poteri d'*imperium*, come il signore ha adempiuto ai suoi doveri di protezione. D'altra parte, ciò che la ricostruzione storicistica sottolinea è il fatto che tutto ciò non implica di per sé *assenza di diritto*. Non si deve infatti commettere

l'errore di cercare 'diritto' nel medioevo utilizzando le categorie del diritto moderno; così facendo è fin troppo facile concludere per l'assenza di 'diritto' nel medioevo, appunto perché in tal modo non si ricerca affatto il diritto proprio e specifico del medioevo, ma lo stesso diritto moderno, ovvero qualcosa che si è affermato ben più tardi.

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

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

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

intanto a distaccarsi dalla campagna e dal contado tradizionalmente prevalenti nel corso del medioevo.

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

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

Ma allora, se così è, in cosa consiste il nostro contratto di dominazione? Non nella concessione, o nella imposizione dal basso, di libertà politiche in senso moderno, di rappresentanza del 'popolo', o della 'nazione'; non nella anticipazione storica della formula della monarchia costituzionale, nella quale monarca e rappresentanze col-

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

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

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

Come vediamo, si rimane dunque all'interno di un quadro tipicamente medievale di organizzazione dei rapporti politici, che attraverso i contratti di dominazione si proroga nel tempo, e nella interpretazione storicistica resiste perfino all'opera accentratrice dello Stato assoluto, giungendo in sostanza fino alle soglie delle rivoluzioni di fine Settecento.

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

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

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

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

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

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

In particolare, il primo di questi atti, la *Magna Charta*, è solo in apparenza uno dei tanti contratti di dominazione che si affermano in Europa – come abbiamo visto – nel tredicesimo secolo. Con l'art. 39 della *Charta* si dispone: "Gli uomini liberi non possono essere catturati o imprigionati, privati dei loro averi, messi fuori legge, esiliati o danneggiati in alcun modo, se non da un tribunale legale dei loro pari e secondo le leggi del paese". Certo, anche in un articolo di questo genere non è difficile cogliere la struttura corporativa della società medievale inglese ed europea: dalla nozione, tutta da preci-

sare, di 'uomini liberi', al giudizio 'dei pari', fondato su una concezione generale della giustizia che certamente presuppone una divisione della società per ordini e per ceti. Ma, pur ammettendo tutto questo, i sostenitori del modello storicistico, ed in particolare della tradizione costituzionale inglese, mettono in rilievo altre caratteristiche della *Magna Charta*.

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

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

Nella ricostruzione storicistica del modello inglese, una tale evoluzione culmina nel Seicento, con le grandi figure di Edward Coke (1552-1634), e di John Locke (1632-1704), e con la nota *Glorious*

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

In sintesi, è dunque il modello inglese che più consente di emancipare l'approccio storicistico dalla opprimente immagine medievale, intollerabile per i moderni, dell'immutabile ordine naturale delle cose. Il caso inglese consente infatti di radicare le libertà nei tempi lunghi della storia, sottraendole quindi alle pericolose definizioni del legislatore, nello stesso tempo però accreditando la fortunata immagine di una loro progressiva evoluzione, contro l'immobilismo medievale, che le consegna forti ed intatte ai tempi nuovi della *civil society* borghese, già così presenti nelle pagine di Locke.

Il giusnaturalismo di Locke – così interpretato – e degli inglesi è

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

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

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

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

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

2. IL MODELLO INDIVIDUALISTICO.

Cultura individualistica e cultura storicistica delle libertà si scontrano preliminarmente su un punto, relativo al *rapporto da instaurare con il passato medievale*. È qui, a nostro avviso, la grande discriminante tra i due modelli. Infatti, mentre la cultura storicistica delle libertà ricerca nel medioevo la grande tradizione europea del governo moderato e limitato, e quindi in vario modo sospinge il costituzionalismo moderno che voglia farsi protettore di quelle libertà a confrontarsi con il lascito medievale, la cultura individualistica tende invece a chiudere seccamente il conto con il passato, a costruirsi in polemica con esso, a porre il rapporto tra moderno e medievale in termini di *frattura epocale*. In altre parole, l'epoca moderna, dal giu-snaturalismo seicentesco alle dichiarazioni rivoluzionarie dei diritti,

ed oltre, verso lo Stato di diritto e lo Stato democratico, è l'età dei diritti individuali, e del progressivo perfezionamento della loro tutela, proprio perché è l'età della progressiva distruzione del medioevo, e dell'ordine feudale e cetuale del governo e della società.

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

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

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

Nell'approccio individualistico alla problematica delle libertà non ci si preoccupa più di tanto del fatto che la prediletta età moderna,

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

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

Certo, anche l'approccio storicistico – come abbiamo visto – si riconduce in ultima analisi alla necessità di tutelare nel miglior modo le sfere private individuali, secondo il celebre binomio *liberty and pro-*

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

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

Si ricorderà a questo proposito come il modello storicistico fosse totalmente avverso ad una prospettiva contrattualistica. Quel modello prevede infatti la possibilità, di fronte ad un governo dissolto, o divenuto tirannico, che la sovranità ritorni al popolo. Ma quest'ultimo – come già abbiamo osservato – non agisce in questo caso contrattualisticamente, come complesso d'individui che liberamente decide sull'adozione di una nuova e migliore forma politica di associazione; anch'esso è, piuttosto, forza e strumento della storia, che con il suo intervento, e la sua resistenza, riconduce il governo su quel binario, del tutto necessario, del governo moderato e bilanciato, che l'esperienza storica concreta, tra medioevo ed età moderna, aveva prudentemente e gradualmente costruito.

Ben diversamente stanno le cose nell'approccio individualistico. In questo caso, l'associazione politica esiste, non già come prodotto degli aggiustamenti prudenziali della storia – ivi compreso il ruolo restaurativo del popolo –, ma semplicemente perché gli individui

l'hanno voluta e costruita. Non è un caso che chi sceglie decisamente il modello individualistico faccia iniziare la sua trattazione, più che da Locke, ancora interpretabile – ma non necessariamente, come vedremo – in chiave storicistica e medievistica, da Thomas Hobbes (1588-1679) (BOBBIO, 1979), certamente più netto e deciso di ogni altro pensatore del Seicento nel sottolineare *la natura artificiale*, dipendente dalle volontà dei consociati, del potere politico.

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

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

Bisogna ora aggiungere che anche il contratto sociale, come strumento di edificazione della società politica, contiene in sé un ineludibile apprezzamento positivo per il maggiore livello di civiltà e di sicurezza che si riesce a conseguire proprio accettando consensualmente di abbandonare lo stato di natura. Se gli individui accettano volontariamente di uscire dallo stato di natura, e di rinunciare quindi ad alcuni loro diritti – quanto meno al potere di farsi giustizia da soli, riconoscendo un terzo neutrale dotato di potere di coazione nei confronti delle parti in lite –, è perché pensano che solo con la presenza di una comune autorità legittima essi tutelano meglio i loro diritti. L'associazione politica, lo Stato, è dunque elemento di assoluto rilievo, senza il quale – come appare particolarmente chiaro con Hobbes – gli uomini sarebbero destinati alla guerra civile, e dunque

sarebbero di fatto privi di diritti, posto che l'attribuzione degli stessi diritti agli individui presuppone una situazione di possesso sufficientemente stabilizzata e garantita nel tempo e nello spazio, che non può essere facile preda delle coalizioni di forze di volta in volta prevalenti nei fatti.

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

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

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

Una disposizione del genere era rivolta, nella Dichiarazione dei diritti dell'89, non solo contro i vecchi poteri feudali e signorili ai quali la rivoluzione stava sottraendo ogni capacità pubblica di coazione, ma anche contro i poteri che si stavano costruendo all'interno del nuovo Stato di diritto: in particolare, giudici ed amministratori pubblici, per limitare le libertà dei cittadini, dovranno d'ora in poi fondarsi *sempre e comunque* sulla previsione legislativa generale ed astratta.

Tutto ciò è riconducibile, a sua volta, alla *fondamentale presunzione di libertà* da cui siamo partiti. In un regime politico ispirato dai principi liberal-individualistici si presume la libertà, e *si deve dimostrare* il contrario, ovvero la legittimità della sua limitazione: proprio per questo, tale limitazione deve assumere particolari forme, e più specificamente quella della generalità e della astrattezza propria della legge, massima fonte di diritto. Dal punto di vista del cittadino, tutto ciò è costitutivo del suo massimo diritto individuale, che è *il diritto di presumersi libero* fino a quando una legge non dimostri il contrario. Le libertà non sono dunque limiti eventuali ad un potere potenzialmente onnicomprensivo, ed è invece vero l'inverso: le libertà sono *potenzialmente indefinite*, salva la loro legittima limitazione da parte della legge. In una parola, le libertà, e non il potere pubblico di coazione, sono il *prius*, il valore primariamente costitutivo.

Ora, questo è proprio il primo punto di più intensa e netta differenziazione della cultura individualistica delle libertà dagli approcci più rigorosamente statualistici. Infatti, in questo modo s'inibisce un complessivo prevalere del valore-Stato sul valore-individuo: la comunità degli individui, per quanto bisognosa – come abbiamo visto – di un saldo potere politico centrale, di una indiscussa autorità del legislatore, rimarrà sempre, in questa ottica, *societas* d'individui, in cui ciascuno agisce, nei limiti della legge, per realizzare se stesso, per perseguire i propri fini.

Così, in un approccio rigorosamente individualistico, si diffiderà di quelle filosofie statualistiche del bene comune, o dell'interesse generale, o del progresso, o della trasformazione sociale a fini di giustizia, che tendano a sovradeterminare la funzione del potere pubblico-statale, assegnando così a ciascuno un ruolo, ed un posto, nel compimento dell'impresa collettiva. Ciascuno deve piuttosto valere semplicemente *in quanto individuo*, e non *in quanto buon cittadino*, più o meno fedele, più o meno solidale, più o meno mobilitato ed impegnato nella attuazione del bene comune, del progresso collettivo, o di ogni altra filosofia pubblica. Contro i tentativi d'impegnare e di mobilitare, di rendere solidali, il modello individualistico rivendica appunto *la presunzione di libertà*, e dunque il fatto che l'esercizio delle libertà non può essere *guidato*, o *indirizzato*, dalle autorità pubbliche genericamente intese, ma *semplicemente delimitato* dal legislatore.

Certo, questa funzione di delimitazione non è accessoria, o solo eventuale: è la necessaria presenza autorevole della legge, anche nel

modello individualistico, che garantisce la sicurezza dei diritti di ognuno, come chiarisce l'art. 4 della Dichiarazione dei diritti dell'89: "La libertà consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce ad altri: così, l'esercizio dei diritti naturali di ciascun uomo ha come limiti solo quelli che assicurano agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti. Tali limiti possono essere determinati solo dalla legge".

D'altra parte, nella ottica individualistica, è quel primo 'solo' dell'art. 4 a risultare decisivo: i limiti che la legge impone all'esercizio delle libertà e dei diritti di ognuno possono avere *una sola ratio* giustificatrice, quella di garantire il godimento delle medesime libertà, e dei medesimi diritti, agli altri membri della società. Di conseguenza, il legislatore non potrà limitare le posizioni giuridiche soggettive dei cittadini per motivi diversi da questo, riconducibili al bene comune, all'utilità sociale collettiva, alla giustizia sociale, o altro. L'esempio più corrente in questo caso è quello del proprietario, che nel modello individualistico non potrà essere limitato nei suoi poteri di disposizione per motivi di utilità sociale, ma solo ed esclusivamente nel caso in cui egli usi questi poteri in modo da non consentire un eguale uso dei propri da parte del proprietario confinante (ad esempio sottraendo, con un certo sfruttamento delle risorse idriche, l'uso delle acque al proprietario del fondo confinante a valle).

Volendo sintetizzare questo primo aspetto, si può dire che nel modello individualistico, a differenza di quello statualistico, si presume l'esistenza, prima dello Stato, della *società civile degli individui*. Tale società ha bisogno dello Stato, e della sua legge, per stabilizzare i possessi e garantire i diritti, ma gli uni e gli altri esistono prima dello Stato politico – nello stato di natura, secondo le argomentazioni seicentesche e settecentesche –, che interviene così per perfezionare la tutela, per delimitare in modo più sicuro le sfere di libertà di ognuno, per prevenire l'insorgenza di un possibile conflitto radicale, ma non per fondare, per creare. Diritti e libertà vengono *riconosciuti* dallo Stato, ma non creati: non si può creare ciò che preesiste.

Già questo rilievo sarebbe sufficiente ad escludere una lettura in chiave esclusivamente hobbesiana del modello individualistico e a distinguerlo da quello statualistico.

Ma esiste un secondo momento di differenziazione di cui vale la pena di occuparsi. Esso si riassume nella decisiva immagine del *potere costituente*, inteso come fondamentale ed originario potere degli indi-

vidui di decidere sulla forma e sull'indirizzo della associazione politica, dello Stato. Tale potere è poi il progenitore di tutte le libertà politiche, cosiddette 'positive', poiché in esso si racchiude *la massima libertà di volere*, che è quella di volere un certo e determinato ordine politico.

Già abbiamo visto come un simile potere sia decisamente incompatibile con l'approccio storicistico. In particolare, il caso inglese dimostra, con la formula istituzionale del governo moderato e bilanciato, come la forma politica debba essere prodotto dei progressivi aggiustamenti della storia, e non della volontà degli uomini contrattualisticamente determinata.

Si tratta ora di spiegare perché il potere costituente è incompatibile anche con la prospettiva statualistica. In effetti, in quella prospettiva *la società degli individui politicamente attivi* nasce solo con lo Stato, ed attraverso lo Stato: prima di questo momento non vi è alcun soggetto politicamente significativo, ma solo una disgregata *multitudo* d'individui, che come tale non può volere alcunché di preciso, né è certo capace di decidere autonomamente – come 'popolo', o 'nazione' – sulla identità della forma politica collettiva.

È dunque solo con l'approccio individualistico, e contrattualistico, alle libertà politiche, cosiddette 'positive', che si giunge ad ammettere l'esistenza di *un autonomo potere costituente*, che precede e determina i poteri statali costituiti. Più in dettaglio, nella prospettiva individualistica e contrattualistica si sostiene che, prima ancora del prodursi del *pactum subiectionis*, con il quale gli individui si sottomettono ad una comune autorità, vi è, come *atto precedente e distinto*, il *pactum societatis*, con il quale viene già ad esistenza *la società civile degli individui*, ma anche *la società degli individui politicamente attivi* – il popolo, o la nazione, della rivoluzione francese –, come tale autonomamente capace di esercitare il potere costituente, di volere, e di fondare, un certo tipo di Stato, di associazione politica.

Questa condizione, tuttavia, non basta da sola per fondare il nostro modello. Il potere di creare un ordine politico deve tradursi necessariamente in una *costituzione*, deve essere potere costituente in senso pieno e non mero *volontarismo politico*, ovvero capacità indefinita del popolo sovrano di mutare a proprio piacimento la costituzione esistente. È alla costituzione, infatti, che gli individui affidano la protezione dei propri diritti prestatuali, grazie all'esercizio di un potere

costituente in tal senso precedente i poteri costituiti, in modo che l'*imperium* che a quei poteri è delegato possa essere limitato in funzione di garanzia ed in nome della costituzione. Questo dualismo tra potere costituente e poteri costituiti non è messo in crisi solo quando l'*imperium* è delegato per intero e irrevocabilmente a un sovrano — come avviene nel modello statualistico —, ma anche laddove il popolo rifiuti di assoggettare a forme e procedure le manifestazioni del proprio volere, come nella degenerazione volontaristica.

In questa prospettiva riesce ad esempio difficile assimilare al nostro modello il pensiero politico di Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), che pure è di matrice radicalmente *individualistica* e *contrattualistica*. Ciò che manca è infatti proprio la concettualizzazione del potere costituente, di una vera e propria volontà di produrre una costituzione quale autentica *norma vincolante*. Per Rousseau il sovrano infatti non può obbligarsi verso se stesso perché “non vi è né vi può essere nessuna specie di legge fondamentale obbligatoria per il corpo del popolo” (DERATHÉ, 1993). La garanzia dei diritti individuali risiede dunque esclusivamente nella generalità e astrattezza della volontà espressa dal popolo-corpo sovrano, e non nel dualismo tra potere costituente e poteri costituiti. Ma poiché la volontà generale, proprio perché espressa unitariamente dal popolo-corpo sovrano, è necessariamente giusta, essa è anche difficilmente sindacabile. Il dissenso può essere tacciato di egoismo, di incapacità di trascendere l'interesse particolare. Si comprende allora come la vulgata rousseauviana durante la rivoluzione francese abbia potuto giustificare allo stesso tempo gli eccessi del volontarismo politico, come pure forme di rappresentanza organicistica di chiara marca statualistica che si pongono ai suoi antipodi: tipica la figura del legislatore virtuoso che interpreta la volontà generale.

Si può dire, dunque, che il modello individualistico si differenzia da quello statualistico perché ammette, e vuole, all'inizio dell'esperienza collettiva, *la società civile degli individui*, e *la società degli individui politicamente attivi*, nella loro autonomia di soggettività distinte dallo Stato, e ad esso precedenti, che impongono rispettivamente *la presunzione generale di libertà*, e la presenza di *un potere costituente* in sé già strutturato.

Di tutto questo discuteremo ancora tra poco, dal diverso ed opposto punto di vista delle ragioni e delle argomentazioni proprie del nostro terzo modello, quello statualistico. Intanto, è opportuno chia-

rire ulteriormente, ed in via definitiva, le differenze tra i primi due modelli, storicistico ed individualistico.

Tutta la storia delle libertà in età moderna è contrassegnata dalla serrata competizione tra individualisti e storicisti sul versante della tutela delle libertà civili, cosiddette 'negative'. I primi sostengono – come abbiamo visto – che il miglior modo di garantirle è quello di affidarle alla autorità della legge dello Stato, nei limiti – che pure abbiamo visto – rigidamente fissati dalla presunzione di libertà, ed a condizione che quello Stato sia il frutto della volontà costituente dei consociati; i secondi sostengono che non vi sono garanzie serie e stabili delle medesime libertà una volta che il potere politico si sia impadronito della capacità di definirle e di delimitarle, e si affidano quindi, come ottimale forma di tutela, alle virtù della giurisprudenza, per sua natura più prudente, più legata, senza bruschi salti, al decorso naturale del tempo ed alla evoluzione spontanea, non eterodiretta, della società.

Ma la differenza principale e più netta tra i due modelli è un'altra, ed è relativa al versante delle libertà politiche, cosiddette 'positive'. A questo proposito, il modello storicistico propugnerà sicuramente una graduale e ragionata estensione delle libertà politiche – ad esempio del diritto di voto, come dimostra l'esempio inglese –, ma diffiderà sempre del prodursi concentrato ed altamente mobilitato della libertà politica di volere dei consociati nella dimensione della *Assemblea Costituente*. Non a caso, nella storia costituzionale inglese non vi sono assemblee costituenti del tipo di quelle presenti nella storia costituzionale francese. In questa eventualità, della assemblea costituente, il modello storicistico vede il pericoloso prodursi di una situazione d'instabilità, nella quale la determinazione della forma politica sfugge alle leggi prudenziali della storia, ed è rimessa così alla fluttuante e mutevole volontà della maggioranza dei consociati.

Soprattutto, nel momento costituente così inteso si ravvisa un'artificiosa, e quasi innaturale, unificazione della società, concretamente differenziata in interessi distinti, nella dimensione del *primato della volontà politica costituente*. Sulla *società degli individui politicamente attivi*, ben presente nel modello individualistico e contrattualistico, l'approccio storicistico privilegia *la concreta società civile degli interessi*, che la costituzione e la forma politica devono tenere in equilibrio; e tenere in equilibrio significa proprio impedire che qualcuno, come potere costituente, possa decidere unilateralmente sui caratteri complessivi della associazione politica, dello Stato.

Anche l'esercizio delle libertà politiche viene attratto in questa ottica generale dell'equilibrio tra le forze, tra gli interessi. Ed infatti, nella dottrina storicistica del governo bilanciato e moderato, partecipare alla formazione della legge – ad esempio attraverso il diritto di voto e l'elezione dei rappresentanti – significa in sostanza introdurre nella forma politica un decisivo elemento di controllo contro coloro che intendano rompere l'equilibrio, ad esempio – alle origini di questa vicenda – contro il monarca che voglia arbitrariamente disporre dei beni dei sudditi, tassandoli senza il consenso dei rappresentanti. In ultima analisi, esercitare le libertà politiche significa essenzialmente meglio controllare l'esercizio del potere politico, e quindi meglio tutelare e difendere le libertà civili, cosiddette 'negative', evitando che esse possano essere ingiustamente compresse da una forza che tenda a rompere l'equilibrio, predominando sulle altre. In una parola, le libertà politiche, cosiddette 'positive', risultano nel modello storicistico *funzionali, ed in un certo senso accessorie*, alle libertà civili, cosiddette 'negative'.

Diversamente stanno le cose nel modello individualistico, e contrattualistico, per la presenza – come già abbiamo visto – di una originaria società degli individui politicamente attivi, alla quale è attribuito il potere costituente. Certo, alle origini di tale modello, nella filosofia politica del diciassettesimo secolo, si vuole un potere politico saldo ed autorevole *esclusivamente* al fine di meglio garantire i diritti già esistenti nello stato di natura. Già abbiamo insistito sul primato che l'individuo continua ad avere anche nello Stato politico organizzato, sulla base della permanente presunzione generale di libertà.

Ma, a ben guardare, con l'adozione del modello individualistico e contrattualistico si è già compiuto un decisivo passo fuori dalla tradizionale tutela, e dal tradizionale primato, delle libertà civili, cosiddette 'negative', che si aveva nella ottica rigorosamente storicistica. Infatti, ora l'esercizio delle libertà politiche – ad esempio del diritto di voto come diritto mediato, attraverso la rappresentanza, di partecipazione alla formazione della legge – può assumere un nuovo e diverso significato: non più solo di più efficace controllo su coloro che intendano arbitrariamente minacciare le libertà civili, cosiddette 'negative', ma anche di *determinazione dell'indirizzo complessivo* da adottare nella azione dei pubblici poteri, affinché esso sia conforme a quanto la originaria società degli individui politicamente attivi – la

nazione, o il popolo, della rivoluzione francese – ha voluto nell'esercizio del potere costituente.

Così, nel modello individualistico e contrattualistico, le libertà politiche, cosiddette 'positive', tendono ad emanciparsi dal carattere accessorio, e di stretta funzionalità alle libertà civili, cosiddette 'negative', che si aveva nel modello storicistico. Ora, alla necessità di una buona tutela e garanzia delle sfere di autonomia degli individui – le libertà cosiddette 'negative', appunto – si affianca, per lo meno con pari urgenza e dignità, la necessità di un esercizio costante delle libertà politiche, cosiddette 'positive', che costringa i poteri pubblici costituiti a seguire l'indirizzo voluto dal corpo costituente sovrano degli individui politicamente attivi.

In tal modo, i poteri costituiti possono trovarsi – come accade, non a caso, nel corso della rivoluzione francese – in una posizione che viene esclusa dall'approccio storicistico, quella di interpreti della volontà generale intesa come volontà costituente espressa dal corpo sovrano dei cittadini politicamente attivi: più forti – tali poteri costituiti – fin quando si presume che essi siano buoni interpreti di quella volontà, ma improvvisamente fragilissimi quando quest'ultima intenda manifestarsi direttamente e da sola, come accadrà nella fase giacobina della rivoluzione francese.

Certo, l'individualismo rigoroso tenderà a diffidare di questo esito ultimo ed estremo del contrattualismo, che punta a delegittimare ogni potere costituito, ed ogni forma di rappresentanza, minacciando di coinvolgere nel meccanismo inarrestabile del primato politico della volontà generale costituente anche le predilette libertà civili, cosiddette 'negative'; e cercherà quindi d'immaginare il soggetto del potere costituente più come una *societas* d'individui che chiedono di tutelare meglio i loro diritti, che non come un popolo che esprime in via sintetica ed unitaria una volontà politica costituente condizionante in modo continuo la stabilità dei poteri costituiti e delle sfere di libertà individuali: di fronte a tale eventualità l'individualismo tornerà ad essere la dottrina della *libertà come sicurezza*, dei propri beni e della propria persona.

Non v'è dubbio però, d'altra parte, che la logica contrattualistica può condurre anche a quel certo esito estremo ed ultimo di cui sopra si diceva; e che contrattualismo ed individualismo sono tra loro strettamente correlati, come rivela del resto la fortuna di Rousseau durante il biennio giacobino della rivoluzione francese.

Non a caso, come vedremo più avanti – nel terzo capitolo –, storicismo e statualismo faranno fronte comune, in piena età liberale, contro gli esiti ultimi della cultura individualistica e contrattualistica delle libertà, a loro dire distruttivi di ogni forma seria e stabile di unità politica e di garanzia delle libertà civili, cosiddette 'negative'. Ma prima di esaminare queste combinazioni tra i nostri modelli, che si realizzeranno nel corso delle rivoluzioni, e poi nel corso dell'Ottocento liberale, rimane da esaminare il terzo di essi, che già in parte conosciamo dalla precedente trattazione, il modello statualistico.

3. IL MODELLO STATUALISTICO.

Bisogna subito chiarire che lo statualismo di cui ora discutiamo, come vero e proprio *terzo modello*, distinto ed autonomo dai precedenti, è ben diverso da quel positivo apprezzamento del ruolo dello Stato da parte della cultura individualistica, che già abbiamo visto. Abbiamo più volte detto – e lo ripetiamo ancora una volta – che la cultura individualistica delle libertà non può non valutare positivamente il ruolo svolto dallo Stato moderno, come massima concentrazione d'*imperium*, nella lotta contro la società dei ceti e dei privilegi; e non può non essere consapevole della necessità di un legislatore saldo ed autorevole, che sappia delimitare e garantire con sicurezza le sfere di ognuno.

Ma tutto ciò è appunto ben diverso da *una cultura rigorosamente statualistica delle libertà e dei diritti*. In essa si sostiene infatti che l'autorità dello Stato è ben più di un necessario strumento di tutela: essa è *la condizione necessaria* perché libertà e diritti *nascano* e vengano alla luce come vere e proprie posizioni giuridiche soggettive degli individui.

Bisogna capire bene questa differenza, riprendendo ora quanto già abbiamo detto a questo proposito nelle pagine precedenti dedicate al modello individualistico. Quest'ultimo presuppone sempre e comunque *una necessaria dualità di libertà e potere*: prima dello Stato vi è – come sappiamo – la società civile degli individui dotati dei diritti naturali, e nello stesso tempo la società degli individui politicamente attivi dotati della fondamentale libertà di volere un certo ordine politico organizzato, un certo Stato. Conseguo da questo approccio una

certa interpretazione della storia delle libertà e dei diritti in età moderna, che prende le mosse dalla dottrina dei diritti naturali della filosofia politica seicentesca – in ipotesi da John Locke, questa volta affrancato dal quadro di riferimento di tipo storicistico – per giungere alle Dichiarazioni rivoluzionarie dei diritti dell'uomo e del cittadino. Il filo conduttore di questa storia è dato dal modo con il quale il potere pubblico statale afferma e tutela i diritti già esistenti nello stato di natura, sia sotto il profilo delle garanzie da prestare alle sfere personali di autonomia – le libertà civili, cosiddette 'negative' –, sia sotto il profilo della necessaria rispondenza dei poteri pubblici statali alla volontà espressa dai consociati in sede costituente con lo strumento del contratto sociale. Nella cultura individualistica e contrattualistica vi è quindi, sempre e comunque, un *quid* – il diritto naturale, i diritti naturali individuali, il potere costituente dei consociati – che precede lo Stato, così da costringere quest'ultimo a darsi una struttura ed un'identità politica in funzione di esso: il diritto naturale precede il diritto positivo statale, le libertà precedono il potere.

Ora – come vedremo nel capitolo successivo –, non v'è dubbio che questa impostazione avrà nelle rivoluzioni di fine Settecento una certa cospicua fortuna. Tuttavia, è certo anche che già nel corso della rivoluzione francese la cultura giusnaturalistica, individualistica e contrattualistica, tenderà a mediarsi – come pure vedremo – in modo non certo episodico o marginale con la cultura statualistica di cui ci apprestiamo a discutere; così come non v'è dubbio – come vedremo in particolare nel terzo capitolo – che l'intero diciannovesimo secolo sia segnato, soprattutto grazie ai giuristi, da una forte reazione al lato individualistico e contrattualistico della rivoluzione, ancora una volta sulla base di materiali provenienti dal grande serbatoio statualistico.

Ma i sostenitori dell'approccio statualistico non si contentano di tutto ciò, ovvero della presenza forte ed autorevole della cultura da loro propugnata nel corso della rivoluzione francese, ed in seguito. Essi vogliono risalire indietro nel tempo, e dimostrare che la cultura moderna dei diritti e delle libertà è fin dall'inizio, fino dalle elaborazioni teoriche della filosofia politica seicentesca, una cultura statualistica.

Assume da questo punto di vista un ruolo centrale la figura di Thomas Hobbes, che già, per altro, abbiamo ricordato discutendo del modello individualistico; ed infatti, anche la dottrina individualistica fa iniziare la storia delle libertà e dei diritti in senso moderno da Hobbes, ma in una prospettiva del tutto diversa. Per quella dot-

trina, Hobbes fornisce, con la sua visione dello stato di natura come *bellum omnium contra omnes*, una filosofia politica radicalmente individualistica, che presuppone ormai la distruzione di ogni ordine storicamente dato, e quindi delle antiche solidarietà medievali di ceto, di gruppo, di corporazione. Certo, l'individuo isolatamente preso nello stato di natura, proprio a causa dell'incessante *bellum*, ben difficilmente potrà essere considerato titolare di diritti sicuramente garantiti; e tuttavia, egli è, insieme agli altri individui, il protagonista, con la sua volontà, della creazione dello Stato politico organizzato, che nasce quindi con il preciso scopo di tutelare *alcuni diritti primari* che in questo senso ad esso pur sempre preesistono, tra i quali – proprio nella logica di Hobbes – assume particolare rilievo *il diritto alla vita, ed alla sicurezza*. Il fatto che Hobbes non propugni, come Locke, il governo moderato e bilanciato, o non ammetta il diritto di resistenza dei sudditi, non significa che il primo non si muova, come il secondo, nella logica complessiva dell'individualismo e del contrattualismo.

Ora, lo scopo della cultura statualistica è proprio quello di strappare Hobbes a questo quadro concettuale generale a noi già noto, per farne il campione di *un terzo e distinto modello*, appunto quello statualistico, che prescinde da ogni riferimento ad un diritto naturale degli individui precedente il diritto autoritativamente posto dallo Stato. Nella logica statualistica, sostenere che lo stato di natura è *bellum omnium contra omnes* significa necessariamente sostenere che non esiste alcuna libertà, ed alcun diritto individuale, prima dello Stato, prima della forza cogente ed autoritativa delle norme dello Stato, l'unica capace di dare ordine alla società, e quindi di fissare le posizioni giuridiche soggettive di ognuno.

Più in particolare, scompare del tutto la distinzione – necessaria, come abbiamo visto, per la cultura individualistica e contrattualistica dei diritti naturali – tra *pactum societatis* e *pactum subiectionis*. Non c'è più dunque alcuna *societas* prima dell'unico e decisivo assoggettamento di tutti alla forza cogente ed autoritativa dello Stato: la *societas* degli individui titolari di diritti nasce *con lo Stato stesso*, e solo *attraverso* la sua presenza forte ed autorevole.

Prende invece campo un'altra distinzione: quella *tra contratto (contract) e patto (pact)* (DUSO, 1987). Se, infatti, per la cultura statualistica rimane vero che lo Stato politico organizzato nasce dalla volontà degli individui, ed in particolare dal loro bisogno e desiderio di sicu-

rezza, occorre però osservare che ciò non avviene più con un *contract*, nel quale le parti scambiano reciproci vantaggi ed assumono un mutuo impegno, bensì con un *pact*, atto di subordinazione unilaterale, non negoziabile, irreversibile e totale con cui *tutti simultaneamente* si sottomettono al soggetto investito del monopolio dell'*imperium*. Sarà lui, il sovrano, che con la forza del comando modererà il conflitto, creando così condizioni più sicure di vita associata, e quindi anche i diritti individuali.

Proprio prendendo spunto da questa differenza tra *contract* e *pact* possiamo ora discutere più nel merito della dottrina delle libertà dal punto di vista statualistico, iniziando dalle libertà politiche, cosiddette 'positive', ed in particolare dalla massima tra esse, ovvero dalla libertà di volere un certo ordine politico, che è insita nel potere costituente. Qui, la distinzione tra l'approccio individualistico e quello statualistico può apparire particolarmente difficile, dal momento che per entrambi lo Stato politico organizzato è frutto della volontà degli individui – a differenza, come ricorderemo, dell'approccio storicistico –; ma in effetti non è così, perché la distinzione è ben netta, e coincide appunto con la distinzione tra *contract* e *pact*.

Ciò che la cultura statualistica non può ammettere è un *potere costituente inteso come contratto di garanzia (contract)* tra parti distinte, che già possiedono beni e diritti, e che promuovono la nascita dello Stato politico per meglio possedere gli uni e gli altri. Certo, noi abbiamo visto che anche nella cultura individualistica il potere costituente può divenire qualcosa di più, e di diverso, da un semplice contratto di garanzia, pretendendo di esprimere una volontà politica che tende a determinare, o quanto meno a condizionare, l'indirizzo complessivo dei poteri statuali costituiti. Sarà così soprattutto – come vedremo nel capitolo successivo – con il popolo, o con la nazione, della rivoluzione francese. Ma non v'è dubbio, d'altra parte – come pure abbiamo visto –, che l'individualismo rigoroso finirà sempre alla fine per diffidare di quella versione estrema del potere costituente che finisce per porre la volontà del popolo, o della nazione, al di sopra di tutto, e magari della stessa tutela delle libertà civili, cosiddette 'negative'. Cosicché, in ultima analisi, nell'approccio individualistico, è davvero ben difficile separare nettamente l'esercizio del potere costituente dalla dimensione del contratto di garanzia (*contract*): l'immagine prevalente rimane pur sempre quella di uno Stato politico che nasce per meglio servire la causa della tutela dei diritti individuali già esistenti.

La cultura statualistica diffida, invece, proprio di un potere costituente principalmente inteso come contratto di garanzia (*contract*). In una simile concezione del potere costituente la cultura statualistica ravvisa la presenza di un pericolo formidabile per l'unità politico-statuale: anzi, si può dire che tale unità non si produce affatto per quella via, dal momento che ciascuno, fin dall'inizio, proprio con il contratto di garanzia, si riserva e si ritaglia all'interno dello Stato politico *una propria* sfera d'influenza, che gli consente di valutare nel tempo se l'operazione condotta con la creazione di quel medesimo Stato è stata veramente conveniente ed opportuna, naturalmente per l'affermazione e la tutela dei *propri* diritti. In tutto ciò la cultura statualistica vede un'indebita confusione tra diritto privato e diritto pubblico, tra *dominium* ed *imperium*, sottolineando, di conseguenza, la radicale differenza tra l'obbligazione politica, statale e pubblicistica, ed il contratto (*contract*), che è, e deve rimanere, forma tipica ed esclusiva del diritto privato. Per dirla in sintesi: lo Stato politico è, e deve essere, cosa ben diversa da *un semplice rapporto di mutua assicurazione* tra possessori di diritti e di beni.

Dunque, per riassumere, nel modello statualistico si ammette, ed anzi si afferma, che lo Stato nasce dalla volontà degli individui, ma tale volontà non può essere raffigurata con lo schema negoziale e privatistico del contratto (*contract*) inteso come composizione d'interessi individuali distinti. Per rendere lo Stato davvero forte ed autorevole, si deve far dipendere la sua genesi da qualcos'altro, che è, in sintesi, il patto (*pact*): solo con il *pact* si riesce a liberare finalmente l'esercizio del potere costituente da ogni influenza di carattere privatistico, indirizzandolo per intero nella dimensione della *decisione politica*. Per la cultura statualistica, tale decisione — quella che conduce a fondare lo Stato — è propriamente, specificamente, ed integralmente politica, perché è affrancata da ogni consapevole calcolo privatistico di convenienza da parte degli individui. Questi ultimi non sono più raffigurati come soggetti razionali alla ricerca, con lo strumento del contratto, di condizioni migliori di esercizio e di tutela dei diritti che già possiedono — nello stato di natura —, ma come soggetti disperatamente bisognosi di *ordine politico*, che niente di preciso e definito possiedono, e che proprio per questo non possono altro che *desiderare e volere* lo Stato politico organizzato.

Deriva da tutto ciò un'altra importante conseguenza. Gli individui che decidono, nella ricostruzione statualistica, di sottomettersi

all'autorità dello Stato cessano, proprio grazie a tale decisione, e *solo* a partire da quel momento, di essere scomposta *multitudo*, e divengono *popolo, o nazione*. Nella logica statualistica, simili entità collettive – come il popolo, o la nazione – non sono pensabili prima, ed al di fuori, dello Stato: esse esistono perché un'autorità, una *suprema potestas*, le rappresenta, le esprime unitariamente. Il regno, come sintesi unitaria trascendente le infinite articolazioni territoriali e corporative, esisteva *solo attraverso* la persona del monarca; e più tardi, durante la rivoluzione francese, non mancherà – come vedremo – la tendenza a concepire il popolo come sintesi unitaria trascendente le fazioni *solo attraverso* l'assemblea rappresentativa.

Del tutto diverse sono le soluzioni che a queste problematiche offre – come in parte già sappiamo – la cultura individualistica e contrattualistica. In effetti, in tale cultura il contratto di garanzia di cui sopra abbiamo discusso può trasformarsi anche – come accadde nel corso della rivoluzione francese – nella precisa individuazione di una originaria società degli individui politicamente attivi, denominata popolo o nazione, cui è affidato il potere costituente, un potere sovrano che quindi preesiste allo Stato, al complesso dei poteri statuali costituiti. In tal modo, l'essenza delle libertà politiche, cosiddette 'positive' – ad esempio, del diritto di voto –, assume il significato inevitabile di *una trasmissione di poteri* dalla originaria *societas* degli individui allo Stato.

Una simile eventualità è esclusa nell'orizzonte culturale statualistico, che non ammette alcuna *societas* di questo genere prima dello Stato, e di conseguenza ricusa recisamente lo schema della trasmissione di poteri. In tale orizzonte, come abbiamo più volte sottolineato, la *societas* degli individui politicamente attivi diviene tale, popolo o nazione, solo attraverso *la sua rappresentazione unitaria* da parte dello Stato sovrano. Poco importa poi che, in diverse fasi storiche, tale rappresentazione sia data da un monarca autocratico, o da una assemblea più o meno democraticamente eletta: ciò che interessa è il fatto che l'uno e l'altra, nella cultura statualistica, non sono il *risultato di una costruzione contrattualistica dal basso*, a partire – come abbiamo visto – dal potere costituente attribuito alla originaria società degli individui politicamente attivi, ma *la condizione assolutamente necessaria* di esistenza di un corpo politico unitario, altrimenti mera *multitudo* disgregata e politicamente incapace di esprimersi.

Su questa base, il modello statualistico è per forza di cose sospinto,

non solo a negare l'esistenza di un autonomo ed originario potere costituente – poiché, come abbiamo visto, la decisione politica fondante lo Stato non è attribuita ad un soggetto originario ed autonomo, come la nazione, o il popolo, o semplicemente la *societas* degli individui già titolari di diritti, ma serve anzi a costruire quel soggetto attraverso la sua rappresentazione unitaria nello Stato –, ma anche ad indirizzare in una certa direzione tutta la dottrina delle libertà politiche, cosiddette 'positive'.

Queste ultime – ad esempio, il diritto di voto – non si giustificano più come espressione specifica della fondamentale libertà originaria degli individui di volere un certo ordine politico-statuale, ma per il bisogno dello Stato di munirsi di organi, e di uffici, che rendano concreta l'espressione della sua volontà sovrana. Così, quando il cittadino elegge i suoi rappresentanti, egli non trasmette loro i poteri che ha originariamente, *ma esercita piuttosto una funzione*, che è quella di designare, nell'interesse pubblico e sulla base esclusiva del diritto positivo statale, coloro che avranno il compito di esprimere la sovranità dello Stato in forma di legge. L'intera società degli individui politicamente attivi – che eleggono e sono eletti, che in vario modo cercano di concorrere alla formazione della legge – si esaurisce quindi *entro le strutture* dello Stato sovrano: anche il cittadino che vota non esercita un diritto individuale originario, ma una funzione pubblica statale; egli opera così, non come parte di una comunità politica sovrana – popolo o nazione –, che in tal modo, anche con il voto, pretende di determinare l'indirizzo dei poteri statali costituiti, ma come parte dello Stato stesso, che con il suo diritto positivo si serve della espressione di volontà del cittadino medesimo al fine d'individuare coloro che avranno il compito di fare le leggi.

Infine, anche le libertà civili, cosiddette 'negative', finiscono per avere nel modello statualistico una sorte analoga. Si esclude ora infatti, anche per questo secondo tipo di libertà, il riferimento ad una *societas* precedente lo Stato, che di esse non potrebbe disporre appunto perché ad esse successivo, capace solo di riconoscerle, ma non di fondarle. Al contrario, nel modello statualistico anche le libertà civili, cosiddette 'negative', sono *ciò che la legge dello Stato vuole che esse siano*. Prima di tale legge, è perfino assurdo parlare di diritti e di libertà, della loro concreta attribuzione agli individui, delle opportune forme di tutela. Di fronte alla cruda realtà del *bellum omnium contra omnes* non valgono gli appelli alla storia ed alla filosofia: solo

l'autorità dello Stato può temperare il conflitto, e disegnare così una mappa in cui siano certi e garantiti i confini tra le sfere di libertà di ognuno.

Certo, in questo modo si smarrisce completamente quella dualità di libertà e potere che era propria del modello individualistico, ed anche di quello storicistico: ed infatti, l'una e l'altra – la libertà ed il potere – *nascono insieme*, nella ricostruzione statualistica.

Ora, tutto ciò non può non essere inaccettabile da parte di chi ritiene che il compito primo del costituzionalismo – a prevalente impronta individualistica e contrattualistica, o storicistica – sia quello di limitare il potere, in nome di realtà e di valori, come i diritti e le libertà, che lo precedono. Quali garanzie può mai offrire una legge dello Stato ormai emancipata da ogni riferimento esterno? Chi può escludere che i diritti e le libertà fissati nella legge vengano un istante dopo cancellati dalla medesima autorità, egualmente nell'esercizio del suo potere sovrano? Qual'è dunque il confine tra un modello statualistico delle libertà ed un modello integralmente dispotico?

La risposta a queste domande non è certo facile. Nessun dubbio sul fatto che il modello statualistico, se isolatamente preso, può condurre anche ad esiti dispotici. In particolare, esso, a differenza dei nostri primi due modelli, sarà sempre refrattario a sottoporre il sovrano – non importa se re, o assemblea legislativa – a vincoli di ordine superiore, alla forza della consuetudine e dei diritti radicati nella storia, o ad una costituzione scritta che pretenda di porsi come norma fondamentale superiore al sovrano stesso. Il sovrano, se è veramente tale, non può non avere di fronte a sé un campo di normazione potenzialmente indefinito, e non può quindi tollerare i limiti che la storia, o la costituzione, vorrebbero imporre alla sua azione ordinatrice.

Si misura qui per intero la distanza che separa la dottrina statualistica della sovranità dal costituzionalismo d'impronta storicistica o individualistica, essenzialmente inteso come tecnica di limitazione del potere a fini di garanzia. E tuttavia, rimane il fatto che proprio lo statualismo che abbiamo qui analizzato è in realtà – come abbiamo già osservato, e come meglio vedremo nei capitoli successivi – *una delle componenti essenziali* della cultura più complessiva delle libertà e dei diritti in età moderna.

Cercheremo di spiegare questa circostanza più avanti, quando discuteremo delle tendenze statualistiche della rivoluzione francese,

e dello stesso Stato di diritto liberale del diciannovesimo secolo. Per ora basti dire che in entrambi questi casi giocherà un ruolo fondamentale, a favore del modello statualistico, il *bisogno di stabilità e di unità*. Sotto questo profilo, le culture storicistiche, individualistiche e contrattualistiche, appaiono infatti deboli ed inaffidabili. Ed in effetti, nella ottica statualistica, esse tendono a ridurre lo Stato a mero punto di equilibrio tra i bisogni degli individui, o a semplice mutua assicurazione tra possessori di beni e di diritti, o magari a semplice prodotto della volontà della maggioranza dei consociati, come tale mutevole nel tempo. Ora, il grande argomento della cultura statualistica è proprio questo: con uno Stato di questo genere, così debole, e così facile preda degli egoismi individuali e di fazione, non si riesce a stabilizzare e garantire alcunché, e quindi neppure i diritti e le libertà individuali. Può essere giusto temere l'arbitrio del sovrano, ma non si deve per questo mai dimenticare che senza sovrano si è fatalmente destinati a soccombere alla legge del più forte. Autorità sovrana e libertà individuale, essenzialmente intesa come sicurezza dei propri beni e della propria persona, sono nate insieme nella ottica statualistica, e quindi insieme sono destinate a prosperare, o a decadere.