

A.A. Cassi, R. Ferrari Zumbini, M. Rosboch, G. Speciale, C. Valsecchi

Le danze di Clio e Astrea

Fondamenti storici del diritto europeo

a cura di Aldo Andrea Cassi

Progetto multimediale a cura di A. Sandonà



Le danze di Clio e Astrea

a cura di A.A. Cassi



Giappichelli

In copertina:

particolari di orologi a pendolo d'epoca Impero con la raffigurazione di Clio, Musa della Storia, e di Astrea, dea della Giustizia, connotate dai rispettivi attributi iconografici (stilo e libri; bilancia).

► Biblioteca Digitale

€ 49,00



Capitolo IV

DIRITTO E COSTITUZIONI

Fra Costituzione e costituzione Riflessioni a geometria variabile fra mosaico e testo di *Romano Ferrari Zumbini*

Sommario: 1. Costituzionalismo. – 2. La Costituzione come contesto (*con* la Storia). – 2.1. Roma. – 2.2. Il sacro romano Impero. – 2.3. L'Impero britannico. – 3. La costituzione come testo (*contro* la Storia). – 3.1. Francia. – 3.2. Russia. – 4. La Costituzione come mosaico. – 4.1. Svezia. – 4.2. Stati Uniti. – 5. La spontaneità come fonte. – 5.1. Regno di Sardegna. – 5.2. Germania (II Reich e Weimar). – 6. Dal 1945 fra democrazie occidentali e democrazie popolari. – 7. XXI secolo: una società alogica? (*fuori* della Storia). – 8. *Post-diritto e iper-morale*. – 9. Un diritto senza Regola? – *Bibliografia orientativa*.

«Coloro che immaginano si possa governare gli uomini con formule pompose e l'esposizione di principi astratti non conoscono l'animo umano, né la fonte del potere».

L. Madelin, *Fouché (1759-1820)*, I, Paris 1901 attribuisce la frase a J. Fouché nel rivolgersi a lord Wellington dopo Waterloo.

1. Costituzionalismo

Costituzione è parola polisensa. La si usa in medicina (“di sana e robusta costituzione”). La usano pure i giuristi, più esattamente i pubblicisti, ossia gli studiosi e gli operatori del diritto pubblico, all'interno del quale un ruolo fondamentale è svolto dal diritto, appunto, costituzionale.

Costituzione è parola suggestiva, che evoca garanzie e libertà; piace molto a chi si emoziona ad ascoltare la *Marseillaise*, l'inno intrinsecamente legato alla rivoluzione (e datato 1792). E non è un caso che molti leghino la nascita del costituzionalismo agli eventi di fine XVIII secolo in Francia, ossia ad un

testo redatto in articoli e preceduto da una dichiarazione dei diritti, scaturenti da sommosse, barricate, dinamite e sangue.

Ma esiste anche un'altra impostazione, che non lega necessariamente ed esclusivamente (in un rapporto biunivoco) quella parola ad un atto formalizzato. È un'impostazione che supera i confini del *testo* (costituzione) e apre all'osservazione del *contesto* (Costituzione). Seguendo questa suggestione chiaramente si espande il raggio nell'indagine del costituzionale e aumenta lo spazio riconosciuto alla Storia.

Sono entrambe tesi legittime, autorevoli e degne del massimo rispetto. L'una è più tradizionale, lega il concetto costituzionale con il soggetto-Stato; l'altra meno dottrinarica, ma più fattuale: non scaturente solo da testi ed elaborazioni di studiosi, bensì legata anche alla fattualità del diritto. Un esempio: il feudo viene erroneamente legato al concetto di anarchia, giacché senza Stato. Ma è un'impostazione figlia di una visione statualista. Il feudo invece aveva una sua Costituzione, un suo assetto fra poteri, ancorché mobile e variabile, a seconda delle regioni.

Incidentalmente si soggiunge che in un recente passato si era distinto [P. Biscaretti di Ruffia, 1969] fra 'costituzione' e 'Costituzione' nel descrivere il testo costituzionale, ma in tutt'altro senso, che ai presenti fini non rileva.

Del 1418 è lo scritto di Jean de la Terre Rouge, altresì noto come Jean de Terrevermeille (*Johannes de Terra Rubea*), intitolato *Contra rebelles suorum Regnum*. Affrontò il tema della successione a quel trono: Carlo VI era affetto da disturbi mentali e le prerogative del delfino di Francia erano insidiate dal duca di Borgogna. Senza entrare nel merito della disquisizione sulla successione al trono emerge comunque una immobilità delle norme in materia: *regi non licet immutare* (al re non è lecito mutare) *ea quae ad statum publicum regni sunt ordinata*. Si afferma implicitamente che si trattava di tematica costituzionalistica, sia per la natura intrinsecamente pubblicistica del tema (oggetto era la legittimazione all'esercizio della sovranità), sia per la esplicita esclusione del ricorso a categorie privatistiche: la successione al trono non è paragonabile al contenuto di un testamento. Fu pubblicato nel 1526: il diritto costituzionale, insomma, esisteva indipendentemente da una costituzione scritta.

D. Arumaeus pubblicò, nei primi decenni del '600, un trattato (*De jure publico*, Jena 1616-1623): le materie affrontate confermano che il diritto costituzionale rientrava fra le categorie del diritto pubblico.

Johann Jacob Moser (morto nel 1785) era un giurista nel Ducato del Württemberg, cultore di *jus publicum* e titolare di cattedra nell'università di Francoforte sull'Oder, la seconda più grande università della Prussia. Durante la guerra dei 7 anni (1756-63) era intervenuto su questioni costituzionalistiche che stavano dilaniando i rapporti fra il suo duca e i ceti (ad es. sul reclutamen-

to obbligatorio di soldati). Ebbene, operò da costituzionalista e non si può quindi negare l'esistenza della dimensione costituzionale. Non si può quindi negare l'esistenza di una Costituzione, intesa come mosaico a più tessere e il tutto ancor prima della rivoluzione.

La Costituzione, quindi, maturò indipendentemente dalla formazione dello Stato. Dapprima si era affacciato lo Stato *patrimoniale*, nel tardo Medioevo; poi quello di *polizia*, connotato da un governo fortemente incentrato sul sovrano ed esposto all'arbitrarietà dei detentori del potere; successivamente quello di *diritto*: il *Rechtsstaat*, appunto, la cui denominazione si affermò con R. von Mohl, a partire dagli anni '30 del XIX secolo. Con questa locuzione si descrive l'obbligo dei governanti ad agire legalmente, in contrapposizione allo Stato di polizia, nel quale operava la volontà arbitraria dei detentori del potere. A sua volta, con Stato costituzionale si indicano le libertà garantite dalla costituzione. In pieno XX secolo si affacciò lo Stato *sociale*, che non si limita alla cornice giuridica formale, ma è attento al contenuto concreto delle posizioni riconosciute ai cittadini, che non siano solo astratte, ma concretizzate.

Originariamente il concetto costituzionale era fondato sui diritti individuali e sulla separazione dei poteri; in una fase successiva (durante e dopo la guerra 1914-1945) si è introdotta la distinzione fra costituzione-*bilancio* e costituzione-*programma*, intendendosi una visione più ampia, includente quindi gli obiettivi politici da realizzare.

Tradizionale e celebre è, altresì, il distinguo tra costituzione *formale* e costituzione *materiale*, intendendo con il primo termine l'insieme di fonti normative scritte di rango costituzionale (ed è definizione che presuppone una gerarchia fra fonti) e con il secondo il regime politico dello Stato e, quindi, l'insieme delle forze, dei rapporti, delle situazioni che si registrano nel quadro della realtà statale.

Inoltre, con costituzione *vivente* si intendono le norme effettivamente attuate (ad es. attraverso la giurisprudenza costituzionale) e l'insieme di desuetudini e consuetudini costituzionali.

Con Costituzione, a sua volta, si descrive la trama culturale di una comunità attraverso l'osservazione dell'esercizio del potere pubblico e, più in generale, l'assetto sociale. Così è stato sino agli albori del XXI secolo (cfr. 7.).

2. La Costituzione come contesto (con la Storia)

Di una Costituzione si è sempre sentito il bisogno. Consapevole o meno che fosse quel senso di necessità, già in Atene si aveva percezione di meccanismi condivisi di gestione del potere pubblico. Si dibatté a lungo se fosse da anteporre la norma, ossia la predeterminazione (scritta), o il popolo: si fronteggiarono un approccio oligarchico e uno democratico. È rimasta famosa, durante il processo ai generali che pur avevano vinto la battaglia delle Arginuse (406), la frase da una voce rimasta anonima, a fronte dell'eccezione di illegittimità del processo, «ma insomma si vuole impedire al popolo di fare quello che vuole?».

L'antichità (Roma) e il Medioevo (sacro romano Impero) vissero la dimensione costituzionale cercando nei fatti, nella Storia e nell'evolversi della realtà un equilibrio da realizzarsi giorno per giorno. Analogamente operò l'esperienza inglese dal XIII secolo.

Erano modelli costruiti assecondando la Storia. Pertanto, centrale era lo spazio lasciato alle fonti non scritte. Gli equilibri costituzionali si disvelavano, giorno dopo giorno, attraverso atti e fatti filtrati dalla tavola di valori condivisi. Con Costituzione *completa* si può intendere l'insieme della cultura dei consociati e degli atti e fatti a rilevanza costituzionale che permettono la convivenza pacifica all'insegna di una tavola di valori condivisi.

2.1. Roma

Roma non ha mai redatto una costituzione scritta. Ciò non equivale a dire che Roma fosse vissuta senza Costituzione. Solo una improbabile visione *pan-normativista* potrebbe portare a ritenere che – in assenza di una norma fondamentale scritta – l'ordinamento costituzionale non esistesse.

A parola-chiave dell'esperienza romana può esser assunto il lemma "continuità" [R. Orestano, 1982], concetto inscindibilmente legato a movimento, quindi volto ad intercettare lo sviluppo del Tempo. Continuità, quindi, che esprime un rifiuto preconcepito verso ogni immobilismo; si potrebbe poi, al suo interno, distinguere tra idea di mera successione, idea di novità e di miglioramento [J. Delvaille, 1910]. La Costituzione era costruita sull'idea che l'assemblea del popolo non fosse un organo [H. Rehm, 1896], ma fosse lo Stato.

La consapevolezza della continua compenetrazione di *aeternitas* e di *novitates* è evidente in Tito Livio, il più giurista degli storici romani. Polibio a sua volta sottolineava che la natura 'processuale' era tipica della Costituzione ro-

mana: un insieme di regole formatesi nel Tempo, progressivamente, intorno al concetto di *mos maiorum* (costume degli antichi). Ben a ragione F. Wieacker [1988,2006] ha concepito la Costituzione di Roma come prodotto di etica, *auctoritas* ed esperienza (e non imperniata quindi sul diritto positivo). Non a caso R. Orestano [1982] sottolinea, la centralità del quotidiano: «un'opera continua, indefessa, un'opera in cui tutti sono necessari, in cui ciascuno porta il suo granellino: lo portano i grandi giuristi (...) lo portano i piccoli, gli umili». Alla base della Costituzione romana si rinviene anche la legge, ma centrale è il ruolo del giudice. I punti di riferimento in assenza di un testo costituzionale centrale erano saldi: in parallelo allo *jus civile* si formò lo *jus praetorium*. Attraverso il magistrato si esprimeva la "prestazione originaria della sovranità". Il magistrato dell'antica Roma non è riconducibile al magistrato delle democrazie contemporanee. La sua potestà era parallela a quella del *pater familias*: l'una comportava lo *ius vitae et necis* sui figli, l'altra era alla radice del potere pubblico. Il potere di dire il diritto e di promuovere l'azione punitiva dello Stato – un parallelismo che rivive nel dualismo fra *potestas* e *auctoritas* – si condensava nella toga, simbolo tremendo del potere.

In tutte le organizzazioni umane è centrale la questione dell'assunzione del potere. Eppure a Roma, e neanche in età imperiale, non si codificarono norme predefinite. Morto Augusto, nel 14, la successione fu costruita progressivamente e non predeterminata da norme scritte, si operò il passaggio dalla Repubblica al Principato nel momento in cui il potere non era più *potestas* (dittatura d'emergenza), né *auctoritas* (prestigio), bensì *dominatio* (dispotismo). Si concretizzò con Tiberio. La forza dei fatti era superiore a ogni costituzione. Se sino ad Augusto il potere poteva esser ancora il risultato delle vittorie militari (contro Antonio) e l'effetto di attribuzioni (da parte del Senato), con Tiberio il potere mutò fortemente natura.

Nel frattempo il vilipendio al principe fu equiparato al sacrilegio, per cui il principe venne ad essere equiparato allo Stato. Innovazione grande, perché nella Repubblica si era incriminati per le azioni, non per i pensieri e le parole. Insomma, con Tiberio la *potestas* imperiale si era istituzionalizzata.

Il momento di torsione si ebbe, appunto, con Tiberio, che, valendosi dell'*imperium proconsulare*, emanò un proclama alle legioni e ricevette il giuramento di quelle presenti in Italia. Temeva però che si ribellassero quelle al confine renano e acclamassero Germanico (così riporta Dione Cassio). Ricevette poi il giuramento dei consoli, dei prefetti del pretorio e dell'annona, il che gli garantì il comando supremo dell'esercito, ma quel potere cessava entro le mura di Roma: necessitava ancora l'investitura del Senato. Insomma, l'investitura imperiale si concretizzò attraverso un procedimento a fattispecie progressive, senza una sequenza preordinata.

Ma quella procedura non si solidificò: gli imperatori successivi conobbero,

ciascuno, un *iter* differenziato per l'assunzione del potere, a riprova che non erano le norme scritte ad imporsi.

2.2. Il sacro romano Impero

Non è il caso di approfondire se, nella notte di Natale dell'800, Carlo, re dei Franchi, fosse o meno a conoscenza dell'intenzione del papa Leone III di incoronarlo. Fatto è che lo incoronò e con Carlo magno si riesumò la suggestione dell'Impero. Suggestione rivitalizzata poi dagli Ottoni fra X e XI secolo.

La Costituzione dell'Impero si fondava su elementi simbolici: lo scettro, la corona, il pomo, persino gli abiti e le scarpe erano elementi che concorrevano a tenere viva la metafora del potere; la cerimonia di incoronazione, tendenzialmente la stessa nei secoli, esprimeva *pars pro toto* la materialità della Costituzione, da intendersi come costruzione sociale e significanza collettiva, cioè come circuito integrato fra aspettativa e appagamento dell'aspettativa. In altre parole, erano riti e simbolismi rassicuranti, che evocavano salvezza morale e saldezza giuridica: erano espressione di un codice collettivo [B. Sollberg-Rilinger, 2013]. Per cui, essere presenti alle cerimonie con l'imperatore testimoniava il condividere il tessuto costituzionale. La Costituzione si nutriva più di forme che di testi scritti: si esplicitava la cultura della presenza: che non escludeva, ovviamente, l'importanza dei testi scritti, come ad esempio l'istituzione del tribunale imperiale camerale (*Reichskammergericht, RKG*) e i trattati di pace dopo la guerra dei Trent'anni (1618-1648).

Le dinamiche istituzionali e le narrative conseguenti individuavano in modo chiaro i meccanismi e i vincoli. Sbaglierebbe chi imputasse sommarietà o approssimazione alla Costituzione imperiale (e vi è chi lo ha eccepito, reputando come un limite l'assenza di una esplicitata teoresi costituzionale). Sbaglierebbe perché osserverebbe con lenti inadeguate a capire che anche un matrimonio, un banchetto e un torneo di cavalieri (e relative ritualità procedurali) esprimevano categorie politiche e costituzionali.

Nella memoria generale sono scandite date (agosto 1495; ottobre 1648), perché facili da decifrare in quanto legate a testi giuridici scanditi: la prima data è legata all'insediamento del tribunale imperiale (*RKG*), che assunse il diritto comune a fonte di giudizio e la seconda ai trattati di Westfalia (*Instrumentum pacis Monasteriensis et Osnabrugensis*), che conclusero la guerra dei Trent'anni. Eppure, a un'attenta osservazione delle cerimonie [P. Moraw, 1989; B. Sollberg-Rilinger, 1997] emerge una ricchezza di significati politici, che solo uno sguardo votato esclusivamente al positivismo può non cogliere.

Era, quella imperiale, un'istituzione *meta-razionale*; eppure quegli stessi

testi, del 1495 e del 1648 (come ogni altro testo scaturito da diete o riunioni politiche formali), sono comprensibili nella loro pienezza solo alla luce delle ritualità, dense di significati.

La dieta di Worms del 1495 durò da marzo ad agosto: fu la prima convocata da Massimiliano I; ad ogni prima riunione di un nuovo sovrano si ridefinivano assetto ed equilibri nelle istituzioni: insomma, si rimodulava la Costituzione. In questa prima *curia solemnitas* egli aveva bisogno di un forte supporto politico e militare: da un lato era insidiato dal re di Francia, che voleva spadroneggiare in Italia; dall'altro l'insidia turca da est era incombente. Per creare sostegno intorno a sé necessitò di molto denaro: doveva conquistare la sua centralità e garantire l'equilibrio fra le varie componenti della Costituzione. A fine maggio l'imperatore chiese un sostegno ai principi elettori per le due imprese che si profilavano (contro i Turchi e in Italia), ma gli fu negato.

La parola *Reichstag*, con la quale si qualificavano quelle riunioni, non deve fuorviare, giacché, a dispetto della denominazione (che riecheggia l'omonimo istituto parlamentare tra XIX e XX secolo), non indicava un parlamento formalizzato, né la sede presso la quale aveva luogo l'adunanza dei vari componenti. A maggior ragione, non esisteva un testo (regolamento) al quale ispirarsi per le procedure.

Il *modus operandi* si formava volta per volta, sulla base dei rapporti di forza del momento. Ogni passaggio procedurale esprimeva (dall'arrivo dell'imperatore a quello dei singoli principi) la collocazione istituzionale di ciascun protagonista in quel preciso contesto. Il maestro delle cerimonie assegnava i posti: lo spazio e la collocazione nello spazio offriva una chiave di lettura importante per comprendere l'assetto istituzionale e i rapporti di forza. Ebbene, il soggetto pivotale era il *Reichsmarschall*, il maresciallo imperiale: incarico ricoperto dal principe elettore di Sassonia.

Momenti di contrasto sorgevano in continuazione: a Worms, per esempio, uno dei principali problemi fu sollevato dal duca di Braunschweig, che non accettava il posizionamento in seconda fila e, dopo consultazioni ai vertici, fu stabilito che avrebbe condiviso, a giorni alterni, il posto con il duca di Brandeburgo in prima fila; a ciascuno di essi era riconosciuto il diritto di farsi sostituire da un delegato per i giorni nei quali non potevano sedersi in posizione adeguata. La collocazione dei posti incideva pure sull'ordine degli interventi e sulle priorità delle votazioni. Sarebbe, poi, frutto di una mentalità democratica pensare che i voti avessero un valore paritario e che le decisioni venissero assunte a maggioranza: era l'ultimo a intervenire (di solito il principe di Mainz, in qualità di cancelliere dell'Impero), che sintetizzava e annunciava l'esito del voto (B. Sollberg-Rilinger, 2013).

L'abbigliamento dell'imperatore era significativo: pontificali del XIII secolo, che richiamavano esplicitamente quelli di Carlo magno: camice; dalmatica;

pallio; gioielli; mantello corale piviale; scarpe; calze e guanti; erano insegne curatoriali del tesoro imperiale. Egli indossava cioè la funzione imperiale e la dignità imperiale (*rapraesentatio identitatis*). Ogni *Reichstag* evocava la sintesi fra esibito ed essenza. Analoghi rituali e identici abiti valevano per tutti i momenti solenni della Costituzione: dai momenti giurisdizionali (*iudicia*) alle funzioni di amministrazione (*consilia, collaciones feudorum*) nei quali appariva la maestà dell'imperatore. Non di rado insieme ai principi elettori, che erano parte integrante della Costituzione (*ipsi partes corporis nostri sunt*). La solennità dell'*actus maiestatis imperialis* non era mera forma esteriore, ma indicava la vigenza e la vincolatività degli atti. Qualche decennio dopo, G.W. Leibniz [1678] avrebbe portato i *formalia* al rango di *pro-essentialibus*, cioè a elemento di rango costituzionale.

Anche il commiato, al termine dei lavori della dieta, rispondeva a criteri precisi e sbaglierebbe chi si ponesse il problema se si trattasse di un organo dello Stato e/o un organo costituzionale. Era un collegio di persone fisiche e giuridiche di livello diseguale, giacché ciascuna persona era portatrice di una quota diversa di potere politico.

Tutte interagivano sulla base non di regole scritte, bensì di consuetudini, ma e soprattutto di assetti di potere che variavano costantemente. La dieta aveva sì, ad oggetto il finanziamento di imprese militari, ma era anche il luogo per verificare quali fossero gli equilibri dell'istituzione con il nuovo imperatore.

Non cambiarono di molto le dinamiche dopo la pace di Westfalia (1648), allorché Ferdinando III convocò a Regensburg la dieta per l'ottobre 1652. Quei trattati avevano lasciato molte zone d'ombra e necessitava una dieta per chiarire le incertezze. Quella pace aveva segnato l'affermazione della statualità, all'Impero si imponeva di chiarire la sua collocazione nel neocostituito concerto delle nazioni.

Nasceva un nuovo *jus publicum Imperii*. Da una prospettiva 'statalista' il francese J. Bodin [1576] incalzava con la sua visione potente del soggetto-Stato, mentre, da un'altra prospettiva, la dottrina filo-imperiale [D. Reinking, 1614; D. Arumaeus, 1630] respingeva Bodin proprio sul terreno del simbolismo, che quest'ultimo aveva deliberatamente trascurato e che (con l'appoggio di B.P. von Chemnitz, finanziato dal re di Svezia, quindi avversario dell'Impero) aveva derubricato a *simulacra*, banalizzandoli. Con le *insignia* si difendevano i contenuti (la *maiestas*) e i suoi confini (*summa legibus soluta potestas*). Sul lungo periodo prevalse Bodin, che legava indissolubilmente l'esercizio del potere supremo allo Stato, soggetto assoluto e perpetuo: si affermò la superiorità degli atti formali e formalizzanti da esso promananti. La figura-Stato avrebbe visto la sua ascesa, culminata nella graniticità della sua posizione fra XIX e prima metà del XX secolo. Agli albori del XXI secolo, invece, lo

Stato avrebbe iniziato a cedere il passo di fronte a visioni multinazionali: un rinnovato *jus publicum* è in corso di definizione.

L'Impero, diversamente dallo Stato, viveva con la metafora dell'imperatore *corpus-caput* e del *Reich* nella sua interezza come corpo mistico. Il potere dell'imperatore si fondava sulla sua capacità di costruire operativamente consenso, non su un insieme di meccanismi giuridici predeterminati. Egli era il vertice non di un meccanismo statale, con disposizioni predeterminate, bensì era il vertice di un ordinamento nel quale la posizione giuridica, lo *status* di ciascuno era da lui determinato (e variato) a seconda delle condotte delle contingenze. Il simbolismo si fondava su contenuti e viveva di incostanti che egli doveva riequilibrare di volta in volta.

L'assemblea dell'ottobre 1652 forgiò una nuova grammatica nel cerimoniale, a testimonianza del nuovo assetto politico scaturente dalla pace. Una partita importante era stata giocata in anticipo, a Praga, a settembre, allorché l'imperatore ottenne dai principi elettori la promessa per la successione del figlio (il futuro Ferdinando IV) ed egli aveva garantito loro il permanere nel rango superiore quali principi elettori rispetto ai principi "semplici" che aspiravano invece alla equiordinazione con essi. Ma si erano affermati i nuovi soggetti di diritto internazionale: la Francia, la Svezia, la Spagna. I rispettivi re sottolineavano la loro nuova sovranità con il rango di diritto internazionale e con la istituzionalizzazione della figura degli ambasciatori. Ebbene, la Corona regale attribuiva loro uno *status* superiore a quello dei principi elettori e sovrano era da intendersi chi fosse riconosciuto dagli altri come tale. Ebbene, l'imperatore, invero unico sovrano nell'Impero, comprese il loro disagio di fronte alla novità dell'irruzione di nuovi soggetti di diritto internazionale e risolse il problema con la forza del cerimoniale: egli era *dominus loci* nella dieta e riconobbe d'un tratto un *upgrading* simbolico ai principi elettori e li fece assurgere a rango sovrano.

2.3. L'Impero britannico

È singolare notare che proprio l'Inghilterra, la terra per eccellenza del costituzionalismo non scritto e della Costituzione senza un atto scritto apicale, abbia conosciuto la prima (pur effimera) costituzione scritta dell'epoca moderna: l'*instrument of government* del dicembre 1653.

È parimenti singolare notare come l'Inghilterra, che orgogliosamente mai approdò ad una codificazione scritta, conobbe la prima raccolta di disposizioni scritte, un primo codice, con re Alfredo (*Aelfrêdes dômas*) nel IX secolo, varato per sciogliere statuizioni contraddittorie dei giudici nei vari territori del reame. [E. Winkelmann, 1883]. Alfredo era assunto nell'871. Fu molto abile sul

piano militare – giacché piegò l'aggressività dei Danesi dirottandoli sulle coste della Francia – e pure sul piano costituzionale: varò una raccolta di leggi (*Codice di Alfredo*), che conciliava tradizione con innovazione e fu antesignano nell'attenzione verso le generazioni future; fu infatti cauto nell'inserire molte delle norme da lui stesso in precedenza predisposte «non sapendo se sarebbero piaciute a quelli che verranno dopo di noi» [E. Winkelmann, 1883].

Dello svizzero J.C. Bluntschli [1851] è l'immagine, riferita alla Costituzione inglese, di un grandioso e suggestivo castello, costruito a più riprese, in epoche diverse, sotto la guida di signori diversi e in epoche di diversa cultura architettonica. Un'unica struttura implementatasi nel Tempo, senza abbattere quel che esisteva. Il sistema inglese si è sviluppato nella Storia con un approccio prevalentemente empirico, con lo spirito di implementare di volta in volta, non di abbattere.

Verso la metà del VI secolo i Sassoni avevano conquistato ampi territori dell'odierna Inghilterra. A capo di ogni *shire* era l'*ealdorman*, fra i vari capi si sceglieva il re. Il re esprimeva il vertice [W. Stubbs, 1874] ed era il capo militare sì, ma non era soggetto politicamente irresponsabile: si intravede in ciò una lontana radice del futuro costituzionalismo inglese. Infatti, il re era legato al suo popolo dall'impegno reciproco per il perseguimento del bene comune. La cerimonia di elevazione del re si connotava per un duplice giuramento: come il re deve tutelare la pace del popolo, il popolo deve tutelare la pace del re.

Il *witanagemot* (assemblea) si teneva quattro volte l'anno e aveva compiti elettivi; decisionali (dichiarazioni di guerra o conclusione della pace) e interpretativi delle consuetudini per dirimere incertezze interpretative. Non esisteva alcuna norma scritta che disciplinasse l'ampiezza dei poteri del re, né che predeterminasse la successione. Il *witanagemot* non era vincolato nella scelta del successore del re, ma, nei fatti, ci si attenne al criterio di scegliere entro la dinastia dei signori del Wessex, oscillando fra il figlio e il fratello del defunto.

Con la vittoria ad Hastings (1066) del duca di Normandia, Guglielmo rafforzò il ruolo della Corona e creò un forte gruppo di signori locali (baroni). Il cambio del paradigma costituzionale si giocò sulla proprietà della terra. Egli volle la redazione di un libro del catasto di tutti i beni fondiari (il *Doomesday Book*), per cui le terre erano di proprietà del re o dei circa 600 baroni: era sparita la proprietà pubblica della terra. Passò inosservata al momento una disposizione di dettaglio, quella in forza della quale vietava ai signori l'edificazione di torri. Il motivo si comprese in un secondo momento: volle evitare ogni forma di contatto (tramite specchi o fuochi) fra baroni; volle che fossero il meno possibile in comunicazione fra loro per poterli controllare meglio.

Il primogenito di Guglielmo ereditò il Ducato di Normandia e il secondogenito, Guglielmo II il rosso assurse a re d'Inghilterra; gli subentrò il fratello

minore, ossia il terzogenito Enrico I, il leone. Il cammino della Costituzione sull'isola britannica può essere scandito dalle dinastie, non dai testi costituzionali. Quel cammino si è sviluppato con una sorprendente linearità, interrotta da una sola, grande eccezione nel XVII secolo. Tale linearità condensa una costituzione strutturata all'insegna del rispetto della tavola dei valori condivisi; tavola, alla quale hanno partecipato un numero crescente di protagonisti. Una caratteristica risiedette nella indeterminatezza delle prerogative e dei poteri dei vari *players* istituzionali, alla ricerca costante di punti di convergenza, non di rottura.

Nel 1154 terminò la serie dei re normanni e assurse il primo re plantageneto (Enrico II), sotto il quale si tenne nel 1164 il concilio di Clarendon. Nel 1189 assurse Riccardo cuor di leone, prototipo del re-cavaliere: in 10 anni trascorse meno di un anno a corte, giacché impegnato in medio Oriente.

Il XII e il XIII secolo hanno visto profilarsi la dialettica tra due centri di potere: monarchia e grande nobiltà. Non si trattò di un conflitto nel quale l'uno volesse distruggere l'altro, ma una contrapposizione per meglio fissare l'assetto reciproco dei rapporti. Non a caso quelle vicende erano all'insegna del *nolimus leges Angliae mutari* (non vogliamo mutare le norme dell'Anglia): criterio che sarebbe rimasto vivo per secoli.

Si perfezionò un costituzionalismo pragmatico che mirava a conservare un equilibrato assetto di potere. Nel 1199 subentrò il fratello Giovanni, i cui insuccessi militari spiegano il soprannome "senza terra". Ma proprio gli insuccessi militari furono alla base della *Magna charta libertatum*, tonalità d'apertura della Costituzione inglese. *The Great Charter of liberties* scaturì dalle insoddisfazioni dei baroni e si concretizzò con la forma nel giugno 1215: si salvaguardavano le posizioni della Chiesa, dei nobili e degli uomini liberi con clausole precise nel perimetrare i diritti reali. Infatti, al re si imposero argini giuridici nell'azione, in particolare nella potestà di imporre tassazioni; Giovanni si impegnò a non chieder più singolarmente ai baroni, ma a consultarli collettivamente, passo importante che porterà alla formazione spontanea della futura *House of Lords*, la prima in ordine cronologico fra le due Camere del Parlamento inglese.

La *Magna charta* contemplò pure garanzie processuali per i sudditi («nessun uomo libero potrà essere imprigionato o esiliato o comunque limitato se non previo giudizio dei suoi pari o dei giudici»): questo principio sarà alla base del futuro *Habeas corpus*, come pure l'impegno ad evitare forme di denegata giustizia.

Sarebbe stato il primo di una lunga serie di omonimi documenti che i suoi successori, al momento dell'assunzione al trono, pur con lievi ritocchi testuali, avrebbero sottoscritto nei decenni a venire. Spiccano il divieto per il sovrano di imporre nuove tasse senza il previo consenso dell'assemblea dei baroni e la

garanzia per tutti di non poter essere imprigionati senza prima aver sostenuto un regolare processo. La *charta* rappresentò un documento non calato dall'alto, ma concordato e vincolava reciprocamente i soggetti che ne erano parte: riviveva un lontano spirito pattizio sassone ed esprime l'ossatura della Costituzione inglese.

Pur a conoscenza di tentativi di Giovanni, volti a disattendere, nei mesi successivi, la *charta*, i nobili non fecero ricadere alcuna responsabilità sul di lui figlio, il decenne Enrico, che accolsero come nuovo e legittimo re. Enrico III concesse le *provisions of Oxford* nel 1258, che perfezionarono un meccanismo di controllo del potere regio. Cuore del problema risiedeva nel legare l'erogazione di sussidi al re (per guerre e non solo) al consenso di coloro che erano direttamente coinvolti: *quod omnes tangit, ab omnes approbari debet* (quel che tutti tocca, deve da tutti essere approvato).

Si affermò l'autonomia delle comunità locali rispetto all'aristocrazia feudale. Nel 1264 Enrico III maturò l'idea di tassare pure i Comuni. Simon de Montfort, capo della fazione avversa ad Enrico III, erettosi a difensore dei diritti della piccola nobiltà e dei cittadini dei borghi (inclusa Londra), dopo aver sconfitto il re nella battaglia di Lewes (1265), lo costrinse a convocare due cittadini per ogni borgo e due cavalieri per ogni contea, qualora avessero avuto l'intenzione di tassarli. Si crearono le premesse per l'assemblea dei rappresentanti dei comuni (*House of Commons*).

Se in origine il nucleo della Costituzione risiedeva nell'ordinamento della proprietà territoriale, nel periodo successivo – quello connotato dalla spontanea nascita delle camere parlamentari – si connotò per l'ordinamento tributario: era bloccato ogni arbitrio regio nell'imposizione delle tasse. Nel 1275, ad esempio, il parlamento concesse ad Edoardo il dazio sulle lane e da quei ricavi finanziò, poi, la conquista del Galles.

In una terza fase il nucleo della Costituzione si concretizzò nell'ordinamento giudiziario, strutturatosi progressivamente con il passare del tempo: dall'iniziale *curia regis* alle tre alte corti di giustizia, ciascuna specializzata in un proprio campo. La loro affermazione significò la estinzione dei giudici itineranti della *Magna charta*: avvenne tutto in modo tendenzialmente non conflittuale. Del nucleo costituzionale faceva parte l'istituzione di governo, che con Edoardo I prese il nome di *permanent council* e con Enrico VI quello di *privy council*. Dopo Edoardo I, sul finire del 1200, si sdoppiò il sistema delle fonti: si iniziò a distinguere fra statuti (varati dal concorso fra re e parlamento) e ordinanze (dal re con i suoi consiglieri).

Il ruolo delle istituzioni parlamentari evolveva continuamente, come del resto è destino delle parole vive e delle istituzioni vive. Nel '300 – specie con Edoardo III – si affermò la sistematica periodicità delle convocazioni. Si superò l'occasionalità delle assemblee del passato, il parlamento si trasformò in una

struttura permanente con un luogo fisso per le riunioni. Emerse una seconda funzione, oltre a quella tributaria: il controllo sull'operato dei ministri del re. Era configurato sotto forma di vaglio giurisdizionale (*impeachment*), esercitato su iniziativa della camera dei comuni, che attivava il giudizio della camera dei *lords*. Nel 1399 con Riccardo II terminò la dinastia dei Plantageneti e subentrarono i Lancaster con Enrico IV.

Il continente esercitava una forza attrattiva: ciò spiega la guerra dei Cent'Anni (1337-1453). Mentre la Francia si consolidò come entità politico-territoriale autonoma, imboccando di lì a poco il cammino della modernità statale sotto l'egida della monarchia, l'Inghilterra seguì la sua strada secolare.

Enrico VII Tudor, erede dei Lancaster, prevalse nella guerra delle due rose su Riccardo III di York: rosa rossa per gli uni, rosa bianca per gli altri, entrambi rami cadetti dei Plantageneti. Il suo regno iniziò con la vittoriosa battaglia di Bosworth (Leicestershire, agosto 1485): per costruire la legittimità della sua ascesa creò una simbologia politica, all'interno della quale spiccava già a livello visivo l'emblema araldico della rosa Tudor. Sin dalla prima apparizione pubblica come re d'Inghilterra, in una messa di ringraziamento celebrata nel settembre 1485 nella cattedrale di *saint Paul* a Londra, Enrico adottò una narrativa tesa ad affermare simbolicamente la legittimità del suo titolo per successione ereditaria. Le immagini simboliche assunsero a categorie costituzionali.

Rimaneva tuttavia la circostanza per cui la pretesa al trono da parte di Enrico era costituzionalmente debole. Si basava soltanto sulla discendenza materna dal capostipite dei Lancaster, Giovanni di Gand. La linea di successione al trono vedeva prima di lui gli eredi di Enrico IV. Enrico VII era ben consapevole di ciò e nel gennaio 1486 sposò la principessa Elisabetta di York, figlia di Edoardo IV che aveva regnato per oltre vent'anni. Con quel matrimonio Enrico realizzò simbolicamente l'unione delle due famiglie che si erano contese il trono d'Inghilterra: questo successo fu sottolineato sul piano iconografico e allegorico dall'invenzione di un nuovo emblema: una suggestiva figura formata da due rose concentriche a cinque petali contraddistinte da due colori. Essa infatti appare bianca all'interno e rossa all'esterno, un richiamo cromatico ai due simboli floreali utilizzati dagli York e dai Lancaster. Ebbene, emerge anche il simbolismo floreale come strumento costituzionale.

Mentre l'Europa continentale iniziò a conoscere un diffuso rafforzamento del potere monarchico, con conseguente compressione dei contro-poteri, in Inghilterra invece l'assemblea parlamentare, pur con qualche sbandamento, lottò per consolidare il suo ruolo di bilanciamento del potere regio.

L'ordinamento conobbe qualche turbolenza con il successore, Enrico VIII. Egli si proclamò nel 1534 capo della Chiesa anglicana e lo scisma significò una rottura ideologica con il continente europeo. Fra il 1535 (*act of treason*) e

il 1539 (*supremacy act*) il parlamento sanzionò la formale separazione con Roma. Coincise anche con un nuovo destino oltremare e l'inizio dell'esperienza coloniale ed imperiale. La figlia Elisabetta I governò con decisione, ma non ruppe l'equilibrio costituzionale con il parlamento. Non avendo eredi diretti, le subentrò il più vicino parente, il re degli Scozzesi, Giacomo VI Stuart, che diventò nel 1603 Giacomo I d'Inghilterra.

Ai Tudor subentrarono così gli Stuart. Non significò l'unione delle due Corone; era solo un'unione dinastica: le Corone scozzese e inglese rimanevano separate e sovrane, quindi i due Paesi mantennero le rispettive assemblee parlamentari.

Il XVII secolo vide una temporanea rottura dell'assetto secolare: il conflitto esplose nel 1621. Carlo I Stuart – andando *contro* la Storia – volle comprimere il ruolo del parlamento e si illudeva di poter importare un modello francese di Stato assoluto, del tutto estraneo alla sensibilità della nazione. Era affascinato dalla teoria della monarchia per diritto divino: gli piaceva interpretare in modo autoritario il suo ruolo; non convocò più il parlamento, il che gli inibì una proiezione di politica estera, alla quale pur teneva. E la Storia lo punì.

Nel giugno 1628 il parlamento, difendendo la Costituzione, condizionò l'assenso ai tributi richiesti con l'accettazione della c.d. *petition of rights*, atto che riaffermava il principio secolare della necessità del consenso delle camere per l'imposizione di qualsiasi tributo e condannava gli strumenti repressivi usati dal sovrano. In risposta il re sciolse la camera (1629). Non sarebbe stata più riconvocata per i successivi 10 anni. Nell'aprile 1640 Carlo fu costretto a convocare un nuovo parlamento per ottenere il finanziamento della guerra contro gli Scozzesi, ma incontrò resistenza e la sciolse dopo tre settimane (*short parliament*). A novembre ebbe però luogo la convocazione di una nuova camera che non sarà formalmente disciolta fino al 1660 (*long parliament*).

Il parlamento non rinunciò alle categorie tradizionali e varò nel 1641 il *triennial act*, per cui non era lasciata all'arbitrarietà del re la convocazione. Il tentativo del re di far arrestare cinque esponenti dell'opposizione, irrompendo nell'Aula di Westminster durante una seduta, causò la deflagrazione. Nel 1642 scoppiò la guerra; nel 1645 Carlo I fu condannato a morte da un tribunale per tradimento della Costituzione.

Nel gennaio 1649 fu insediata di fatto una Repubblica guidata da Oliver Cromwell: era a forti tinte militari, lambendo i confini di un regime dittatoriale. Ma la forza della Storia impedì che si consolidasse un sistema estraneo alla tradizione secolare.

Infatti, dal settembre 1654 il parlamento bloccò le istituzioni. Cromwell lo sciolse imputando adesso inconcludenza (gennaio 1655). Attribuire al parla-

mento lentezza o inconcludenza non sarebbe stata imputazione isolata nel Tempo: riemerge periodicamente, ancora nel XXI secolo. Egli ripudiò la *Magna charta* e questo gli fu fatale. Privò del voto i borghesi che si mostravano ostili al suo governo; realisti e cattolici venivano deportati nelle Indie occidentali: il paese era sotto l'autorità di 12 generali-maggiori, che applicavano la legge marziale. Una vera e propria tirannia militare.

Nel febbraio 1658, continuando il parlamento nella sua opposizione, Cromwell lo sciolse. Era ormai venuto a trovarsi nella stessa situazione di Carlo I. Nel 1659 il governo militare collassò e si iniziò il percorso che avrebbe portato alla restaurazione monarchica.

Nel 1660 si insediò una nuova assemblea, denominata *convention parliament*, in sintonia con la tradizione e che premeva per il ritorno del legittimo sovrano. A seguito delle rassicurazioni ricevute, l'8 maggio il parlamento proclamò Carlo II Stuart quale legittimo re. Il 29 il sovrano fece il suo ingresso trionfale a Londra, accompagnato da un atto di conciliazione (*act of indemnity and oblivion*). I preesistenti principi costituzionali furono ripresi: la parentesi repubblicana si chiuse con il ritorno della monarchia e di uno Stuart.

Nel 1685, alla morte di Carlo II, assurse il fratello minore, Giacomo II, che fu miope nel tentare nuovamente il sovvertimento dell'ordine politico e religioso nel senso della restaurazione dell'assolutismo e del cattolicesimo. L'insurrezione gli impose di darsi alla fuga. Anche questo tentativo di variante al destino storico della Costituzione era fallito.

Nel 1688 si chiuse definitivamente la parentesi. Il parlamento depose Giacomo II e chiamò a prenderne il posto la sorella Maria e il marito, Guglielmo del ramo Stuart-Orange, *statholder* d'Olanda. Connesso all'incoronazione di Guglielmo e di Maria (aprile 1689) era il *bill of rights*. Durante la cerimonia venne chiesto di giurare obbedienza alle leggi del parlamento: «*We thankfully accept what you have offered us*» fu la risposta, che così consacrò il primato del parlamento e sanzionò il ritorno dell'equilibrio fra poteri come fondamento della Costituzione, imperniata sulla natura pattizia. Fu votato l'*act of indemnity* dal parlamento per ricordare al re che non avrebbe potuto imporre alcun obbligo ai sudditi, essendo tale prerogativa solo del parlamento, a riprova della continuità come cifra della Costituzione. Se il re avesse fallito nell'esercizio delle sue responsabilità, il parlamento avrebbe avuto il diritto di dichiarare il trono vuoto e scegliere un altro sovrano.

Nel 1714 iniziò la (attuale) dinastia Hannover. Morta la regina Anna, subentrò il nipote, figlio del principe elettore di Hannover, Giorgio I: un re che assurse senza conoscer bene lingua inglese e con scarsa dimestichezza delle dinamiche costituzionali: ciò favorì l'affermarsi della figura del Primo ministro (Robert Walpole), elemento di raccordo fra il re e i ministri (che non parlavano tedesco). Mutarono con naturalezza le forme di governo con Giorgio I

e il figlio Giorgio II (fra il 1714 e il 1760). L'indirizzo politico passò dal re al *cabinet*, che iniziò a riunirsi anche in sua assenza.

Spontaneamente si affermò il voto di fiducia del parlamento al governo. Nel 1782 il Primo ministro, *lord North* – pur godendo della piena fiducia del re – presentò le dimissioni a causa della forte opposizione parlamentare che incontrava. E il re, pur a malincuore, ritenne di accoglierle. Con quel gesto si affermò il governo parlamentare.

Gli istituti, come nascevano, scomparivano. Nel 1376 i membri delle due camere avevano rivendicato il diritto di giudicare *lord Latimer*, ministro di Edoardo III; fu il primo membro di un esecutivo sottoposto a procedimento di *impeachment*. Aveva ordinato l'esazione di tasse che non erano state deliberate dal parlamento. Dieci anni dopo pure *lord Suffolk* era stato condannato al carcere per non aver eseguito le deliberazioni parlamentari. Durante il regno di Giacomo I si instaurò il processo al conte Middlesex, ma l'istituto si stava esaurendo perché si affermava il voto (politico) di fiducia/sfiducia a ministro e più in generale il rapporto fiduciario governo/parlamento. Infine, l'istituto dell'*impeachment* sparì con la stessa semplicità con la quale era entrato nell'alveo costituzionale. A R. Peel nei primi anni '40 del XIX secolo bastò pronunciare le parole, condivise: «*the days of impeachment are gone*». Si tentò di riattivarlo nel 1848 contro *lord Palmerston*, ma, appunto, i giorni erano passati.

Nel 1832 fu approvato il *reform act*: riforma elettorale che allargava la base rappresentativa del parlamento e che si strutturava sul principio del maggioritario secco: *the first past the post*, ossia prevaleva chi otteneva anche solo un voto in più rispetto agli altri candidati. Sorsero i primi nuclei partitici, associazioni di elettori. Seguirono altre leggi di riforma parlamentare, mediante le quali il potere politico passò ai Comuni. Il tragitto fu sanzionato in maniera definitiva con il *parliament act* del 1911, in forza del quale i *money bills* (testi di legge a carattere finanziario, approvati dai Comuni) si sarebbero trasformati in legge dopo un mese anche senza l'assenso dei *lords*, quando il re li avesse sanzionati. Dopo il 1914 e sino al 1970 solo una legge fu sanzionata dal re senza l'assenso dei *lords*, nel 1947.

Nelle elezioni del 1945 avvenne un esito clamoroso: era appena terminata la guerra e il vincitore, il primo ministro W. Churchill conobbe lo smacco di non ottenere la maggioranza parlamentare. Si rivalse nelle elezioni del 1951, allorché si verificò una circostanza che esprime l'ampiezza della tavola dei valori condivisi. Quella tavola che antepone i vincoli alle emozioni. Infatti, i laburisti ottennero sì, la maggioranza dei voti con il 48,8% dei suffragi (13.948.605 voti), rispetto al 48% dei conservatori (13.717.538 voti); ma in forza di uno strano – eppur legittimo – effetto della legge maggioritaria risultò che il partito laburista ottenne meno seggi (296) di quanti il partito conservatore di W. Churchill, che quindi tornò al potere forte del maggior numero di deputati

(321). L'esito fu accettato dai vincitori delle elezioni, che si ritrovarono quindi all'opposizione per tutta la legislatura.

Nel gennaio 1973 il Regno Unito entrò nella Comunità economica europea (scelta confermata da un referendum tenutosi nel 1975), pur con molte difficoltà, scaturenti da una Storia così diversa da quella dell'Europa continentale. Non trovarono molti punti in comune con il nuovo sistema e, conoscendo la Storia dell'isola, diviene più agevole capire il perché dell'esito nel 2016 del referendum con il quale fu votata la *Brexit*, ossia l'uscita dall'Unione europea, un'organizzazione costituzionalmente e culturalmente lontana ed estranea alla sensibilità, storica e culturale, del mondo britannico.

3. La costituzione come testo (contro la Storia)

Alla pragmaticità della Costituzione (legata alla fattualità del diritto) si può contrapporre la costituzione come testo, legata ad una concezione rigida e pura del diritto. Questa impostazione si rafforzò con le costituzioni statunitensi del 1787 e francese del 1791. Nel solco dell'euforia rivoluzionaria, in Francia si innescò un fenomeno di bulimia costituzionale, con ulteriori testi nel 1793, 1795, 1799 e; a raffica, nel secolo successivo (già nel 1802, poi nel 1804, ancora nel 1814 e nel 1815, poi nel 1830, 1848, 1852, 1870 e nel 1875); ciascuno, ovviamente, sostituiva i precedenti.

Con l'illuminismo la ricerca del costituzionale si focalizzò sulla componente più razionale (la norma scritta), marginalizzando quindi la dimensione di mistero (la tradizione ossia, tradotta in termini giuridici, la consuetudine). La costituzione è quindi venuta ad essere la legge fondamentale della comunità. La focalizzazione del costituzionale su un testo apicale ha fortemente inciso sullo sviluppo dell'insegnamento della scienza del diritto costituzionale: in Italia nel 1797 fu istituito un corso presso l'università di Ferrara, tenuto da G. Compagnoni. All'epoca quella materia si presentava non come disciplina autonoma, bensì come momento di coagulo di insegnamenti diversi: un punto di convergenza tra varie discipline, dalla politica e la filosofia del diritto, alla storia e alla sociologia. L'emancipazione del diritto costituzionale come scienza si è avuta progressivamente nei decenni del XIX secolo in Germania, ove cominciarono a pullulare trattati sistematici (da C.F. von Gerber in poi; più tardi P. Laband e G. Jellinek). La dottrina in lingua tedesca rimase dominante ancora in pieno XX secolo con le dottrine rigidamente normativistiche di H. Kelsen. Secondo la concezione kelseniana [1945] a gradini (*Stufentheorie*) continuando a risalire nella gerarchia della normazione si perviene alla norma fondamentale (*Grundnorm*) che regge l'intero sistema e rende valida la pluralità

di norme di rango inferiore. Nell'ordinamento gerarchicamente formato ciascun livello è condizionato rispetto alla normazione superiore (*Stufenbau*). L'unità è data dalla concatenazione per cui la produzione e quindi la validità dell'una norma risale all'altra norma in un regresso che infine sbocca nella norma fondamentale, fondamento supremo di validità.

Ne discende che le norme vengono prima dei singoli rapporti, perché sono esse stesse a conferire rilevanza giuridica ai rapporti. Ulteriormente ne discende che non è esatto dire che lo Stato ha una costituzione, bensì che è costituzione [C. Mortati 1975]. Tale sistema, tuttavia, non offre risposta alla domanda del perché la norma fondamentale s'imponga, limitandosi a postularne l'esistenza [L. Paladini, 1995]. Le norme dunque non sono valide in forza del loro contenuto perché "ogni qualsiasi contenuto può essere diritto": una norma vale come norma giuridica, sempre e soltanto perché si è presentata in un modo particolarmente stabilito. Il diritto è la norma e la "*dottrina pura del diritto*" [1933] di Kelsen ha appunto ad oggetto solo la norma giuridica in quanto tale, nella sua dimensione di validità.

Per dirla con G.D. Romagnosi [1796] costituzione è «la legge che un popolo impone ai suoi governanti, onde tutelare sé stesso contro il dispotismo». La generosa definizione non impedisce il sorgere del quesito circa la denominazione da dare ai testi fondamentali in regimi dittatoriali: a rigore, proprio perché regimi illiberali, non sarebbero configurabili come costituzioni. Eppure, molte dittature in Europa (e non solo), anche nel XX secolo, si fregiavano di aver varato testi costituzionali (ad es. la DDR nel 1949).

La giustizia costituzionale viene ad essere una tecnica di protezione della costituzione, mentre in un contesto *con la Storia* ogni controllo di costituzionalità esprime vari modi per intercettare l'evoluzione della cultura nella Costituzione. Su chi debba essere il "custode" della Costituzione (*Wer soll Hüter der Verfassung sein?*) si è strutturata una celebre dialettica tra H. Kelsen e C. Schmitt. Secondo Schmitt deve essere un organo politico a presidiare le garanzie costituzionali; Kelsen, al contrario, è convinto assertore del modello giurisdizionale accentrato quale da lui delineato nella costituzione austriaca del 1920: «la garanzia giurisdizionale della costituzione appartiene al sistema dei mezzi tecnici volti ad assicurare l'esercizio regolare delle funzioni dello Stato ... poiché il parlamento non può, per sua natura, venire obbligato in modo efficace ... il compito di annullare i suoi atti incostituzionali va affidato ad un organo diverso, indipendente da esso e da qualunque altra autorità statale, cioè ad una giurisdizione o tribunale costituzionale. Per Kelsen il generale criterio che presiede al controllo di costituzionalità è costituito dalla verifica di conformità tra la norma oggetto del controllo e la norma di grado superiore.

3.1. Francia

La fine del XVIII secolo ha conosciuto il fenomeno della bulimia costituzionale.

Il susseguirsi di una pluralità di testi discendeva dal fatto, per cui ogni gruppo politico, quando maggioranza, ha voluto dissodare il terreno politico per piantare un nuovo testo, abrogando il precedente. La *révolution* in Francia ha esaltato l'atto di volizione immediata.

Il 9 luglio 1789 il Terzo stato – al quale si erano aggiunti 47 esponenti del Primo e del Secondo stato – si era proclamato assemblea nazionale costituente. Il 26 agosto fu approvata una (prima) dichiarazione dei diritti. Rispetto alla dichiarazione americana, questa era più ideologizzata: preceduta da un preambolo pomposo e solenne, era garantista (cioè limitava in negativo il potere dello Stato, assicurando spazi di libertà) e borghese (cioè non si poneva il problema di tutelare il c.d. Quarto stato).

Quell'assemblea costituente varò una costituzione monarchica nel 1791: ci si illuse di aver arrestato la rivoluzione. Quel testo introduceva la monarchia limitata ed era costruito in modo da riconoscere una pluralità di poteri al re e pochi all'assemblea, ma la forza dei fatti avrebbe invertito gradualmente la situazione. Di ciò il re non si curava: egli era indignato perché non più riconosciuto quale re di Francia, bensì "solo" quale re dei Francesi. La sovranità era scivolata sulla nazione ed egli derivava la sua autorità per la delega ricevuta da quest'ultima.

Nel costituzionalismo rivoluzionario si guardava al potere esecutivo con diffidenza, mentre si aveva piena fiducia nella legge generale e astratta. L'iniziativa legislativa era manifestazione per eccellenza della titolarità dell'indirizzo politico. L'esecutivo non disponeva di funzione normativa secondaria: ammettere un potere regolamentare avrebbe intaccato il principio legicentrico.

Il 2 settembre 1792 venne eletta una nuova assemblea, la convenzione. Il 21 la convenzione proclamò la Repubblica. Nella nuova assemblea la dialettica si strutturava fra giacobini e girondini, divenuti la destra della nuova assemblea: costoro attaccarono la sinistra, ma non avevano i numeri; ad ottobre i giacobini passarono al contrattacco, muovendo imputazioni ai girondini drammaticamente simili a quelle che i girondini stessi avevano mosso ai monarchici: tradimento, mancanza di sentimenti patriottici, complicità con i contro-rivoluzionari. I girondini furono attaccati dai giacobini pure con l'imputazione di federalisti, giacché i dipartimenti "minavano l'unità della Repubblica".

La proclamazione della Repubblica esigeva un nuovo testo costituzionale. Le elezioni per la nuova convenzione si svolsero sulla base del suffragio uni-

versale: la *sovranità nazionale* era stata sostituita dalla *sovranità popolare*, cioè ogni cittadino, indipendentemente alle condizioni economiche, era detentore di una porzione di sovranità. Comunque la partecipazione al voto fu molto bassa.

L'emozionalità scandiva i tempi e le scelte della politica: si nominò Danton ministro della giustizia, si istituì il tribunale del popolo. I giacobini avevano conquistato il potere con la violenza e nessuno poteva essere esente da sospetti: la "Legge del pratile", all'articolo 6, definiva un ampio spettro di fattispecie di accusa, che spaziavano dalla promozione delle idee monarchiche alla diffusione di generiche "notizie false" atte a "deviare il popolo".

I giacobini tenevano in pugno i girondini, timorosi di apparire non abbastanza repubblicani. I giacobini misero in stato d'accusa il re. I girondini cercavano di frenare e si trovavano di fronte all'alternativa di dover far cadere la testa del re oppure di non apparire abbastanza repubblicani.

Nel 1793 la convenzione istituì il comitato di salute pubblica (organo legislativo ed esecutivo) anche per controllare i ministri. J.P. Marat era un artista della demagogia; pare che Robespierre non lo amasse, ma era funzionale alla rivoluzione, perché essa abbisognava di un cronico, crescente stato di agitazione e Marat era l'uomo giusto. I girondini tentarono di sbarazzarsi di lui per via giudiziaria: l'assemblea lo deferì al tribunale rivoluzionario, ma il pubblico ministero Fouquier-Tinville lo esaltò e il tutto si concluse con l'ennesima sconfitta girondina. Erano i mesi del "terrore".

In parlamento si era elaborato un nuovo testo costituzionale (il secondo), che non entrò in vigore perché fu sospeso «fino al conseguimento della pace». Le libertà erano affermate con maggior nitore, alle garanzie liberali si aggiungevano altri di contenuto sociale (ad es. l'obbligo per lo Stato di assistenza).

A fine luglio Robespierre fu arrestato e ghigliottinato. Si arrivò a nuove elezioni e la costituzione del 1795 (la terza) con i suoi 377 articoli fu la risposta al "terrore". Quel testo constava di una nuova dichiarazione dei diritti in cui, oltre alle libertà, si inserivano i doveri a contenuto negativo, cioè forme di limitazione del potere. Si tentava di frenare la rivoluzione. Il parlamento (bicamerale) tornò ad essere titolare del potere, ma l'*iter* era profondamente differenziato: il consiglio dei cinquecento proponeva ed il consiglio degli anziani accettava o respingeva. L'esecutivo era espresso da un direttorio di cinque membri (che sarebbero dovuti decadere a rotazione, anno dopo anno) e da ministri, che non erano tenuti a rispondere del loro operato al parlamento.

Nel 1799 fu approvato un quarto testo costituzionale. Frutto di una commissione ristretta, venne sanzionato con un plebiscito, non da un'assemblea parlamentare. La speranza era che la rivoluzione fosse finita e si chiedeva stabilità. Il potere legislativo si esprimeva attraverso due assemblee: tribunato (che discuteva) e corpo legislativo (che votava): era un potere legislativo di facciata.

Il governo si imperniava su tre consoli (Bonaparte, Cambacérès e Lebrun), ma era Napoleone a disporre del potere decisionale ed effettivo, sebbene il potere propositivo venisse riconosciuto al collegio. Al consiglio di Stato fu attribuita la potestà di predisporre i progetti di legge su richiesta dei consoli. Sfumano le tutele costituzionali e le limitazioni del potere; si intravede il dittatorialismo napoleonico.

Nel 1802 un senato-consulto ampliò ulteriormente i poteri di Napoleone: si introdusse la possibilità di essere rieletto, prima della scadenza, per altri 10 anni. Su iniziativa di Cambacérès, altro console, si convocò un *referendum*, domandando se lo si volesse votare console a vita. Napoleone, divenuto console a vita, acquisì il potere di eleggere gli altri due consoli. Il parlamento era scivolato a un mero simulacro.

Nel 1804 un altro senato-consulto innovò ulteriormente la costituzione e si creò il titolo di imperatore (pur in una cornice repubblicana). Fu sottoposto alla ratifica del popolo: la maggioranza fu schiacciante (anche se furono contati fra i voti favorevoli le astensioni). Il parlamento divenne vitalizio. Napoleone era un sovrano con poteri molto più pervasivi e pressanti dell'ultimo dei Borbone, che era stato decapitato perché assolutista.

Nel 1814 gli alleati invasero la Francia ed entrarono a Parigi a marzo. Napoleone abdicò ad aprile, il Senato chiese il ritorno dei Borbone. A maggio Luigi XVIII fece il suo ingresso a Parigi. Una nuova costituzione fu votata nell'aprile, ma il ritorno dall'Elba del detronizzato imperatore, l'anno dopo, portò al varo dell'atto addizionale (aprile 1815), che si sovrappose alla costituzione del '14, ma tramontò con la sconfitta di Waterloo (giugno 1815), dipesa forse dalle forti piogge del giorno precedente, che favorirono i più agili cavalli inglesi rispetto alla più potente, ma pesante cavalleria francese. Fu ripristinato il testo del 1814, che resistette sino al 1830.

Nel marzo 1830 la camera domandò conto del governo (che era stato insediato a parlamento chiuso): si dubitava che disponesse della maggioranza parlamentare; il re reagì sciogliendo la camera. A giugno si tennero le elezioni e fu rieletta una maggioranza consona a quella del precedente parlamento. A luglio l'errore fatale: il re pensava di risolvere la tensione annunciando la presa di Algeri, preludio della conquista dell'Algeria. Il ministro Polignac ritenne di poter governare (in forza dell'art. 14 della carta) con ordinanze. Ma era venuta meno la condivisione psicologica, come condizione per l'esercizio della sovranità. Si sottovalutò la tensione a Parigi: il ministro della Guerra era alle terme, poche truppe erano dislocate nella capitale, il grosso era in Algeria. A fine mese furono erette le barricate. Il re abdicò e nominò Luigi Filippo luogotenente generale del Regno. L'assemblea nazionale, avvalendosi di un potere del quale non disponeva formalmente, varò la costituzione dell'agosto 1830.

La monarchia con Luigi Filippo non poteva appellarsi alla legittimità come

con Luigi XVIII, né poteva fare affidamento sul plebiscito come Napoleone.

Nel 1848 anche Luigi Filippo cadde all'improvviso: fu l'ultimo Borbone re di Francia. Venné proclamata la seconda Repubblica, ovviamente con una nuova costituzione: l'assemblea nazionale si era auto-proclamata costituente. A dicembre Luigi Napoleone fu eletto presidente. Nel dicembre 1851 ricorse ad un colpo di Stato e pose le basi per una nuova costituzione, che, previo plebiscito, si concretizzò nel gennaio 1852. Con un ulteriore intervento sul testo costituzionale (senato-consulto del novembre) il presidente assurse a rango di imperatore quale Napoleone III.

Dopo il tracollo militare del settembre 1870 (a Sedan contro la Prussia), le elezioni del febbraio 1871 attribuirono una clamorosa maggioranza a legittimisti ed orleanisti, ma spaccature fra i due rami Borbone differirono il ritorno alla monarchia, che non fu più ripristinata.

Nel 1875 si affermò la c.d. III Repubblica. Da allora la forma istituzionale non fu più modificata, anche se si connotò per forte instabilità: in 60 anni si susseguirono 110 governi. Quell'esperienza si concluse nel luglio 1940 (dopo l'arrivo del III Reich a Parigi) con il parlamento che a Vichy approvò la legge costituzionale che conferiva i pieni poteri al maresciallo Pétain e segnava la fine della III Repubblica. Nell'agosto 1944 tale legge fu dichiarata nulla con ordinanza del governo provvisorio guidato dal generale De Gaulle.

In Francia si ribadì con inesausta foga la passione costituzionale. Liberato il territorio nazionale, un'assemblea costituente, eletta nell'ottobre 1945, varò un progetto di costituzione che fu però respinto da un *referendum* del maggio 1946, mentre un secondo testo costituzionale, varato da una nuova assemblea costituente, fu approvato dal *referendum* dell'ottobre 1946 per poi essere sostituito da una nuova costituzione nel 1958.

3.2. Russia

Si è data nel XX secolo una variante allo Stato di democrazia classica (definita anche democrazia occidentale). Era costituita dal cosiddetto Stato socialista e aveva il suo fondamento concettuale nella tesi, in forza della quale l'assetto dei rapporti economico-sociali prevale sempre e comunque su ogni altro assetto della vita collettiva (le cosiddette sovrastrutture). La dittatura del proletariato intendeva smantellare lo Stato borghese e capitalista per transitare ad un ordinamento socialista, nel quale tutti i mezzi di produzione erano sottratti alla proprietà privata. Esito finale doveva essere la società comunista, nella quale sarebbero scomparse tutte le strutture coattive statali.

Nel passaggio dalla teoria alla concretezza dei fatti le cose andarono diversamente.

Sul finire del 1917 fu approvata una dichiarazione dei diritti dei popoli della Russia da parte del consiglio dei commissari del popolo, titolare del potere esecutivo. Ma la pur generosa impostazione del testo si rivelò difettosa per semplicismo.

L'anno successivo il congresso dei soviet (dei deputati degli operai, dei soldati e dei contadini) approvò (luglio 1918) la prima costituzione della Repubblica socialista federativa sovietica russa, alla quale si antepose una nuova dichiarazione dei diritti del popolo lavoratore e sfruttato. Sulla falsariga di questi due testi furono redatti analoghi documenti per le altre Repubbliche sovietiche che si stavano formando (in Ucraina, in Armenia, in Georgia e altrove). Il progetto trovò una ulteriore concettualizzazione con la costituzione federale del 1924, che negò i diritti politici a categorie di soggetti che sarebbero dovuti sparire all'interno di quel concetto di "democrazia progressiva", ossia i commercianti, i ministri di ogni culto religioso, gli *ex*-appartenenti alla polizia dello Zar e, in genere, a chi viveva sfruttando l'altrui lavoro. A proposito della progressività di quel progetto la teoria pura marxista prevedeva il superamento dello Stato con i suoi odiati istituti coercitivi, ma si giustificò il permanere di simili istituti con la minaccia borghese dall'estero. Questa costituzione è legata al nome di Lenin, che configurò il "nuovo diritto sovietico"; si affidò al partito - e alla sua rigida disciplina - l'attuazione di programmi economici. Seguì una ulteriore costituzione federale nel 1936, nella quale Stalin riconobbe la necessità di ricorrere, pur transitoriamente, al soggetto-Stato.

Gli elementi di similitudine con l'esperienza francese di fine '700 sono evidenti, a partire dalla pluralità di documenti varati e a finire con la radicata difficoltà a bloccare il movimentismo rivoluzionario. Dopo la morte di Stalin per 11 anni N. Krusciov rimase al vertice del partito comunista (1953-64), e fece approvare diversi programmi per il definitivo passaggio alla società comunista.

Dopo la lunga era di L. Breznev (1964-1982) e le brevi parentesi di J. Andropov (1982-84) e K. Černenko (1984-85), M. Gorbačëv venne nominato segretario generale del partito comunista. I nuovi corsi riformatori da lui introdotti, sia sul piano interno (riforma costituzionale del 1988), sia in politica estera (nuova fase delle relazioni con l'Occidente connotate da disgelo e disarmo), condussero ad un esito sicuramente inatteso.

Il granitico mondo del socialismo reale, posizionato oltre la cortina di ferro, si sgretolò. Tra il 1989 ed il 1991 crollarono tutti i regimi popolari dell'Europa dell'est e, dopo un fallito colpo di Stato per rovesciare Gorbačëv, ordito nell'agosto 1991 da elementi tradizionalisti del partito comunista, fu la stessa Unione sovietica a disgregarsi completamente. L'8 dicembre 1991 B. Eltsin e i presidenti di Ucraina e Bielorussia proclamarono la nascita della Comunità degli Stati Indipendenti e il 21 dicembre i protocolli di Alma Ata estesero quell'accordo alle restanti Repubbliche (con l'esclusione di Lituania, Estonia, Lettonia e Georgia or-

mai indipendenti). Il 25 dicembre Gorbačëv si dimise da presidente dell'Unione sovietica; il giorno successivo il Soviet supremo ratificò le dimissioni e dissolse formalmente lo Stato. La bandiera rossa venne definitivamente ammainata dal Cremlino nella notte tra 31 dicembre 1991 e il 1° gennaio 1992.

4. La Costituzione come mosaico

La Costituzione emerge come mosaico nel Tempo, all'interno del quale può collocarsi un testo-chiave, ma non in posizione apicale. Del mosaico possono far parte fatti ed atti (scritti e non) aventi rilevanza costituzionale.

4.1. Svezia

La parola-chiave è *regerinsform*, intendendosi le norme intorno alla forma di governo. Nel corso dei secoli intorno ad essa ha roteato il mosaico costituzionale, connotato da «spontaneità di formazione e continuità di sviluppo storico» [...] frutto di naturale svolgimento di istituzioni e di organi conservati attraverso i secoli senza un solo mutamento rivoluzionario di carattere radicale» [Berecreutz, 1912; altresì Astuti, 1946].

Del 1397 è l'unione di Kalmar, che suggellò, su ispirazione della regina Margherita (figlia del re di Danimarca, Valdemaro e moglie del re di Norvegia, Haakon VI) l'unione strategica a tre con Danimarca e Norvegia in funzione di una forte entità scandinava.

Sten Sture il giovane governava la Svezia sotto l'unione di Kalmar dal 1512, ma aveva rapporti difficili con l'arcivescovo di Uppsala, G. Trolle, cui imputava una sotterranea alleanza con Cristiano II, re di Danimarca. Nel 1517 Sten Sture ottenne il voto favorevole del consiglio per istituire un procedimento nei confronti dell'arcivescovo. Nel 1518 Cristiano II attaccò la Svezia, ma venne sconfitto e fu concluso un armistizio valevole per due anni. Nel 1520 un nuovo attacco svedese causò la morte di Sten Sture, la cui scomparsa rafforzò le posizioni degli unionisti.

Cristiano promise deferenza verso leggi e consuetudini svedesi riaffermando l'atto di Kalmar quale fondamento costituzionale dell'unione. Tuttavia, qualche mese dopo ignorò il documento. Fu il prologo all'evento che avrebbe determinato la fine del tentativo di ridurre a unità i tre Regni scandinavi: il massacro di Stoccolma. Nel novembre 1520 alla presenza di Cristiano II l'arcivescovo G. Trolle pronunciò un atto d'accusa nei confronti dei responsabili della demolizione del castello vescovile; l'arcivescovo li additò come eretici mani-

festi e ne chiese l'arresto e la pena per condotta anti-cristiana. Circa un centinaio di persone furono decapitate pubblicamente a Stoccolma; il massacro spianò la strada all'ascesa al potere di Gustavo Wasa; si auto-proclamò supervisore del Regno nel 1521 e guidò la guerra di resistenza contro Cristiano II. Grazie anche all'appoggio della lega anseatica sconfisse le truppe di Cristiano II, sanzionando la fine dell'atto di Kalmar.

Con l'elezione di Gustavo I Wasa a re di Svezia (1523) iniziò la costruzione di un tessuto costituzionale: si delineò, infatti, la dicotomia tra i due organi fondamentali, Corona e parlamento (dieta, *Riksdag*, che risale al 1435). Su tale dicotomia, confermata da Gustavo II Adolfo (1617); si strutturò il progressivo rafforzamento dell'equilibrio e si perimetrò l'ambito di azione del potere.

Anche in questo ordinamento, come nell'isola britannica, vi fu nel XVII sec. uno sbandamento verso l'assolutismo fra il 1660 (con norme che accrebbero il potere del consiglio della Corona); il 1693 (allorché Carlo X si auto-proclamò "unico signore e padrone") e i primi del '700 (allorché Carlo XII si astenne dal convocare la dieta) ma, come a Londra, ci si riprese, tornando al dualismo antico. Infatti, nel 1719 la dieta impose alla sorella del re defunto, Ulrica Eleonora, quale corrispettivo per l'elezione al trono, l'abrogazione delle riforme introdotte sotto il periodo dell'assolutismo regio. La nuova *regerinsform* tornò a connotarsi per una forte natura contrattuale: i sovrani dovevano con solenne giuramento prestare "assicurazioni" all'atto di ascendere al trono.

Nel 1723 vide la luce una *riksdagsordning*, prima costituzione scritta. L'equilibrio si inclinò a favore della dieta: il re era capo del governo, ma si limitava alla presidenza, ancorché con voto decisivo, in caso di parità. Il consiglio di Stato, i cui membri venivano designati dalla dieta, esprimeva il governo.

Nel 1772 Gustavo III, assunta la piena e diretta responsabilità del governo, rafforzò l'autorità regia; innovò ulteriormente con una *regerinsform*, che attribuiva ai membri del consiglio forme di responsabilità solo verso di lui. La dieta comunque continuava a dividere con la Corona il potere legislativo. Fu istituita una corte suprema (cui spettava il potere giudiziario di ultima istanza). Con queste iniziative voleva entrare nel novero dei sovrani illuminati quali Federico II di Prussia, M. Teresa d'Austria e Caterina II di Russia.

Nel 1808 sfortunate vicende belliche portarono pace di Tilsitt e, quindi, alla cessione della Finlandia alla Russia. Nel 1809 una rivoluzione detronizzò re Gustavo IV elevando al trono il reggente, con il nome di Carlo XIII. Una nuova riformulazione della *regerinsform* rimediò l'equilibrio fra Corona e dieta. Nel 1810 Carlo XIII, senza eredi, stabilì che gli sarebbe subentrato il maresciallo napoleonico J.B. Bernadotte, come Carlo XIV Giovanni, che assurse nel 1818, dopo voto conforme del *Reichstag* svedese. Fu il capostipite della dinastia tutt'ora regnante.

Intorno al 1840 il consiglio di Stato intraprese irreversibilmente il mutamento in organo collegiale di governo: i membri di esso (consiglieri) maturarono il loro ruolo in quello di ministri, a capo dei rispettivi dicasteri. Nel 1876 il presidente del consiglio di Stato divenne formalmente primo ministro.

Del 1866 è un'altra pietra miliare: la legge sull'assemblea nazionale e la piena introduzione di un sistema bicamerale a formazione differenziata (territoriale e individuale): con il 1909 si passò al suffragio universale maschile, esteso nel 1921 al voto femminile.

Ma il mosaico constava anche di tessere *extra-svedesi*, come l'unione dei Regni di Svezia e di Norvegia, risalente al 1815, cui fu posto termine con l'accordo di Karlstadt del settembre 1905.

4.2. Stati Uniti

Una colonia di pellegrini inglesi era approdata in Virginia già nel 1607. Seguirono varie ondate: la più celebre è quella che nel settembre 1620 salpò da Southampton a bordo del *Mayflower* per approdare a novembre a Cape Cod. Durante il viaggio avevano sottoscritto "un contratto (politico)" relativo alla forma e all'ordine da dare alla futura comunità. Erano puritani inglesi osteggiati dalla Corona: portavano con sé una mentalità egualitaria, che sarebbe riemersa nei successivi passaggi costituzionali. Nel 1628 una prima carta fu accordata da Carlo I al Massachusetts; con Carlo II varie carte regie disciplinarono i rapporti delle singole colonie con Londra.

Era nato il *New England*, ma le colonie non avevano rapporti tra loro. Le 13 carte coloniali esprimevano un patto che consentiva una discreta autonomia. A capo di ogni colonia era collocato un governatore di nomina regia, coadiuvato da un consiglio locale: in parallelo operava un'assemblea di rappresentanti di coloni liberamente eletti; le norme varate però non potevano andare contro i provvedimenti del parlamento inglese e dovevano essere approvate dal re. I coloni non eleggevano rappresentanti nel parlamento di Londra.

Lo sviluppo dei meccanismi istituzionali fu una evoluzione dei principi che essi avevano assorbito dalla tradizione inglese e dalla tradizione di autogoverno delle comunità religiose. La nascita del futuro Stato nord-americano avrebbe preso l'aspetto di una difesa di diritti originari e questo spiega lo spazio che (pure nella odierna Corte suprema federale) conosce la dottrina originalista, che lega l'interpretazione della costituzione al momento del varo di quel testo, il cui contenuto — secondo questa impostazione — può essere modificato solo attraverso emendamenti.

Il diritto di resistenza — sintetizzabile nella frase «se il re si comporta come un tiranno, infrange il patto sociale e il potere torna in mano al popolo» — è il

perno intorno al quale roteò la nascita del costituzionalismo statunitense.

La guerra dei sette anni (1756-1763) tra Inghilterra e Francia impose a Londra, per sanare i costi, una politica fiscale che per la prima volta gravò sui coloni. Nel 1764 Londra approvò lo *sugar act*. Il provvedimento aumentava i dazi sulle importazioni di zucchero raffinato ed altri generi alimentari, andando a colpire gli scambi commerciali delle colonie americane. Formalmente era un provvedimento di revisione delle tariffe doganali, ma per la prima volta si manifestò la volontà di ottenere un gettito erariale dalle colonie. I coloni protestarono, asserendo trattarsi di competenze delle assemblee locali.

Dal 1765 coagularono le prime richieste per libere contrattazioni: fu la prima volta di un'azione comune su Londra. Non chiedevano concessioni, bensì argomentavano in nome della libertà di commercio. In risposta fu varato lo *stamp act*: imposta di bollo su pubblicazioni, contratti, carte da gioco: anche in questo caso non era stata concordata con le colonie. I coloni del Massachusetts affermarono il principio del *no taxation without representation* che riprendeva la previsione della *Magna charta* per cui nessun *auxilium* poteva essere imposto se non per comune consenso.

Nel 1766 Giorgio III ritirò lo *stamp act*, seppure poco convintamente. Nel 1773 il parlamento inglese licenziò il *tea act*, in forza del quale alla compagnia delle Indie orientali vennero concesse agevolazioni per la vendita del tè nelle colonie: sul mercato americano si riversarono quindi ingenti scorte di tè, causando gravi difficoltà ai commercianti locali. A dicembre i coloni reagirono con il *Boston tea party*, in cui sabotarono le navi della compagnia importatrice, gettando in mare le balle di tè destinate alla vendita sul mercato americano. Londra si decise ad inviare l'esercito: il patto secolare era definitivamente rotto; la guerra civile iniziava.

Nel 1774 a Filadelfia si tenne il primo 'congresso continentale', ma si era ancora nella cornice del rispetto della Corona. Nel 1775 durante il secondo congresso venne nominato G. Washington a capo dell'esercito, che si scontrò con gli Inglesi nella battaglia di Lexington.

Il 1776 fu l'anno della svolta. Nel giugno la Virginia per prima varò una costituzione che conteneva come preambolo una 'dichiarazione dei diritti del buon popolo della Virginia'. Divenne un documento fondamentale, al quale si ispirarono le successive dichiarazioni: asse era l'irrinunciabilità dei diritti innati. Pur utilizzando concetti del giusnaturalismo lockiano, era frutto di un approccio pragmatico al costituzionalismo. Si voleva tutelare gli interessi dei coloni, non portare avanti un'ideologia. Nel luglio i rappresentanti delle 13 colonie si riunirono a Filadelfia; constatarono la violazione dei diritti innati da parte del re d'Inghilterra e proclamarono la loro indipendenza. Al contempo riaffermarono fra i diritti dell'uomo quello alla ricerca della felicità con una nuova, comune dichiarazione dei diritti.

L'Inghilterra, sconfitta a Yorktown (1781), fu costretta a riconoscere l'indipendenza e nel 1783 fu firmata la pace a Parigi.

Nel maggio 1787 a Filadelfia si riunì una convenzione con i delegati di tutti gli Stati e funse da assemblea costituente. Il fondale culturale nel quale si formò la concezione democratica della società fu lo spirito del puritanesimo. Da esso trova spiegazione lo spirito messianico che sembra connaturato all'idea che gli statunitensi si sono fatti del ruolo loro spettante in ordine alla democrazia, quale un verbo da annunciare al mondo. Verbo di cui essi si sono considerati i portatori, quasi per inscrutabile decreto della provvidenza [A.S.P. Woodhouse, 1938].

Su 55 delegati solo 39 votarono in favore del testo costituzionale.

La ratifica scatenò un ampio dibattito, che si strutturò su un'alternativa: a) a favore di un forte governo centrale; b) a favore di una forte autonomia dei singoli Stati. A favore della prima tesi era schierata la grande proprietà terriera e la nascente proprietà industriale: un forte governo centrale garantiva sicurezza negli affari e la stabilizzazione monetaria, un ordinato sistema tributario e una uniforme regolazione del commercio. A favore dell'altra tesi i piccoli proprietari, i *farmers*, gli artigiani che aspiravano a poter risolvere i loro problemi a livello locale.

Nel 1788 entrò in vigore. Costituita da sette articoli, era una costituzione breve, perché si era concentrata sui meccanismi di funzionamento dello Stato-apparato, non approfondendo i diritti sociali.

Nel 1789 venne eletto presidente G. Washington.

La Costituzione americana è a formazione progressiva; si connota per arricchimento continuo. La stessa bandiera si è, di volta in volta, arricchita di stelle, dalle originarie 13, ogni qualvolta aumentava il numero degli Stati federati.

La tavola di valori condivisi era apparsa in tutta evidenza già nel XIX secolo in occasione di elezioni del presidente. Il criterio-cardine era quello della maggioranza dei voti, ma si dette il caso che la normativa attribuisse l'elezione non necessariamente a chi avesse ottenuto più voti popolari, bensì a chi disponesse di un maggior numero di voti elettorali.

Ebbene, nel 1824 Jackson ottenne la maggioranza dei voti popolari, ma fu sconfitto nella elezione vera e propria da parte dei c.d. "grandi elettori" presso la *house of representatives* dal candidato Adams; si potrebbe obiettare che l'episodio non è molto significativo, giacché l'affluenza alle urne era stata bassa e il sistema partitico non ancora sviluppato.

Nel 1876 il democratico Tilden, che pur aveva prevalso con circa 250mila voti popolari in più, fu sconfitto dal repubblicano Hayes nella votazione da parte dei "grandi elettori".

Nel 1888 analogamente Cleveland aveva prevalso per 100 mila voti su Harrison, ma costui prevalse con 233 voti elettorali contro 168.

Nulla si trovò da ridire, perché erano stati rispettati i meccanismi procedurali, per quanto paradossali potessero esserne gli effetti finali.

Analogamente nel 2000 venne proclamato vincitore G.W. Bush, che pur disponeva di un minor numero di voti popolari rispetto al candidato democratico A. Gore e nel 2016 D. Trump è stato proclamato vincitore nei confronti della candidata democratica, H. Rodham Clinton, che aveva ottenuto più voti popolari.

L'esistenza della tavola dei valori condivisi è inoltre confermata anche dalla vicenda (detta dello *judicial hammer*) negli anni '30 del XX sec. e che riveste forti aspetti di attualità nella presidenza Biden.

F.D. Roosevelt era stato eletto nel 1931 con un programma di politica economica molto innovativo. Per uscire dalla Grande depressione (1929) egli aveva prospettato un ruolo molto attivo delle istituzioni pubbliche. Divenuto presidente, attuò quel programma con diversi provvedimenti approvati in parlamento: fra i tanti il *railway pension act*, il *national industrial recovery act*, l'*agricultural adjustment act* e fu introdotto il salario minimo per le donne. Provvedimenti che incontrarono l'opposizione della corte suprema federale. A Roosevelt fu suggerito – disponendo egli dei numeri al congresso per modificare la composizione del collegio – di aumentare il numero dei giudici (per così nominare persone fidate) o di fissare un tetto alla permanenza nell'organo (limite di età e di anni d'esercizio: poiché molti erano anziani, diveniva facile far decadere molti giudici e quindi nominarne nuovi).

Ma egli si mostrò restio a cambiare la composizione del collegio giudicante e il suo primo mandato (1932-36) terminò con una sostanziale cancellazione di molti dei provvedimenti qualificanti. Fu una mossa astuta, perché si ripresentò nelle elezioni di 1935 con lo stesso programma, includendo proprio le leggi contestate dalla corte suprema federale: fu rieletto trionfalmente, ottenendo la maggioranza in 46 Stati. Al che gli fu facile far riapprovare quella normativa e la corte, la medesima corte, alla luce del voto popolare, mutò avviso e rispettò quei nuovi testi, che pur singolarmente i giudici non apprezzavano. In modo pacifico e democratico si era ricomposta una vertenza e la conferma dell'esistenza di una tavola di valori condivisi, cioè il rispetto reciproco.

5. La spontaneità come fonte

La *spontaneità* è una fonte del diritto costituzionale che trae origine dalla consensualità fra i *players* istituzionali e dalla vincolatività di accadimenti che si impongono per volontà ampia. Essa non abbisogna di atti normativi che ab-

biano in precedenza fissato le modalità di esercizio della produzione normativa. Altresì, la spontaneità non si connota per la reiterazione nel tempo come condizione per affermarsi; essa si concretizza con la nascita istantanea di istituti non previsti da norme scritte.

Il tratto unificante dei vari istituti sorti spontaneamente risiede nella circostanza, per cui sono accomunati non da una generica estemporaneità, bensì dall'aver espresso, ciascuno, volta per volta, momenti fisiologici di arricchimento della Costituzione completa (cfr. 2.). La spontaneità descrive la permeabilità dell'ordinamento a cogliere la molteplicità di stimoli provenienti dalla sensibilità dei soggetti agenti. Si caratterizza per la nascita di nuove dimensioni giuridiche in assenza di previsioni (o in presenza di disposizioni molto lontane). Gli istituti sono connotati da condivisione nei soggetti istituzionali, che pur nella dialettica dell'agire politico se ne avvalgono all'interno di una tavola di valori condivisi.

Esempi di spontaneità sono offerti dalla nascita del controllo di costituzionalità nel mondo anglosassone.

A Londra nel 1610 attraverso il *Bonham's Case* il giudice Coke sulla base di un principio del diritto comune (*nemo iudex in re propria*, ossia nessuno può essere autore e giudice di una stessa condotta materiale) ritenne illegittima una norma scritta che riconosceva al collegio dei medici di Londra la potestà di far arrestare Bonham giacché recidivo nell'esercitare abusivamente la professione medica. Per Coke il *common Law* era legge suprema in quanto incarnazione della ragione e quindi le leggi del parlamento erano ad essa subordinate.

A Washington nel 1803 nacque il *judicial review* attraverso la sentenza *Marbury vs Madison*, adottata dalla Corte suprema federale presieduta dal giudice Marshall in riferimento alla nomina di Marbury a giudice di pace. Questi, nominato dall'uscente amministrazione del presidente John Adams, chiese alla Corte suprema un'ordinanza (*writ of mandamus*) che desse esecuzione a tale nomina sostituendosi così al nuovo segretario di stato Madison che, subentrato con la presidenza Jefferson, aveva bloccato le ultime nomine dell'amministrazione precedente. La Corte suprema non accolse la richiesta di Marbury affermando che la legge (*Judiciary Act 1789*) attribuita alla Corte stessa la competenza di adottare simili atti era contraria alla costituzione (art. III) e quindi *null and void*.

5.1. Regno di Sardegna

Firmato a Torino dal re di Sardegna Carlo Alberto il 4 marzo 1848 il testo costituzionale (statuto albertino) entrò in vigore l'8 maggio. Si presentava co-

me testo costituzionale a geometria variabile; si adeguò nel corso di tanti decenni allo *Zeitgeist*, discostandosi nei fatti quotidiani dallo spirito del testo originario e senza esitazioni, pur conservando, nei primi 75 anni di vigenza, immutata l'esigenza di vivere all'interno di una tavola di valori condivisi. La variabilità ne ha rappresentato il punto di forza. Quel testo è riuscito ad amalgamare i soggetti politici che progressivamente apparivano sul proscenio politico. Il tutto rifuggendo dalla mitologia costituente, bensì ricorrendo alla figura del patto, che informò di sé sin dalle origini la vita dello statuto: patto tra l'*establishment* (Corona, nobiltà, alta-media borghesia) e il popolo. Non fu un caso che in parallelo all'emanazione del Proclama (con il quale era stato promesso il varo dello statuto), l'8 febbraio ci si impegnò per il ribasso del prezzo del sale, che fu prontamente disposto con due atti (il brevetto del 7 marzo, n. 677 e il decreto del 3 aprile, n. 692). Il patto avrebbe progressivamente ampliato la platea degli aderenti sino a giungere al suffragio universale maschile nel 1912 (e, sia detto incidentalmente, a quello femminile nel febbraio 1945, con un decreto che si limitò a disporre la compilazione delle liste elettorali includendo le donne).

Lo statuto non si presentò come atto di rottura, diversamente da altri testi costituzionali coevi, ma si inserì pacificamente in un mosaico costituzionale. Le vicende subalpine di quell'anno (diversamente da altre zone dell'Europa continentale, da Berlino a Palermo) si connotarono per un carattere profondamente pacifico. Esso si presentò come testo minimalista. L'unica imponente manifestazione a Torino in quel '48 ebbe luogo (il 27 febbraio) per ringraziare il re, che si era impegnato alla concessione di un testo costituzionale. La "febbre" rivoluzionaria non aveva contagiato la capitale del Regno sabauda; i lavori preparatori del testo, da parte del Consiglio di conferenza – erroneamente definito talora da certa storiografia "organo costituente" –, si svolsero non a caso in modo flemmatico, giacché quel collegio continuò a riunirsi, come da anni faceva, una volta a settimana e salvo pochissime eccezioni solo il giovedì.

Il 15 marzo '48 il primo presidente del Consiglio dei ministri, Balbo, giurò nelle mani del re; l'indomani giurarono i restanti ministri, determinando la nascita della prima compagine governativa, senza che vi fosse alcuna previsione nel testo statutario né del Consiglio dei ministri, né di un suo presidente.

Lo statuto era sì, una costituzione, ma la Costituzione completa includeva una pluralità di tessere, il cui mosaico inglobava non solo atti normativi, ma si espandeva sino a coinvolgere meri fatti, di indiscutibile rilevanza ordinamentale. Ad esempio, la libertà di stampa (che discendeva dalle lettere patenti del 30 ottobre '47, n. 637 e fu rafforzata con il decreto del 26 marzo '48, n. 695) aveva permesso nel maggio '48 la nascita della rivista "Giurisprudenza degli Stati sardi"; ebbene, ancor più della creazione della Corte di cassazione e dell'abolizione di molti fori speciali, quella rivista avrebbe inciso sull'assetto co-

stituzionale della giustizia. Infatti, iniziò a pubblicare le sentenze dei vari tribunali del Regno, che divennero accessibili a chiunque pagasse il costo della rivista. E divulgando sistematicamente le sentenze introdusse il controllo diffuso sui giudicati. Non si può negare che quell'evento avesse rango costituzionale: poté aver luogo, proprio in quanto il Rinnovamento costituzionale (risalente almeno al '47) ne aveva creato le premesse e ciò spiega perché lo stesso statuto si pone come una tessera del mosaico, la cui radici non sono evidentemente da ascrivere solo a quel testo costituzionale.

Sarebbe fuorviante, quindi, porsi il quesito del livello di rigidità dello statuto; appare invece storicamente interessante scavare all'interno della intrinseca mobilità di quel testo: mobilità, che discendeva dal compromesso (fra piemontesi liberali e genovesi democratici) che generò il primo governo e che trovò conferma nel disegno di legge ordinaria (presentato dal governo) sulla fusione con la Lombardia che - votato dalla camera dei deputati - disponeva l'autoaffondamento dello statuto, essendo previsto il varo di un'assemblea costituente. La sconfitta militare di fine luglio fece però tramontare (con gioia dei liberali) le velleità costituenti. Lo statuto restò poi vigente per quasi un secolo.

Spontaneamente, cioè su base condivisa fra i *players* istituzionali si affermarono istituzioni fondamentali come il presidente del consiglio dei ministri e il consiglio dei ministri (marzo '48), le dichiarazioni programmatiche (luglio '48 con il governo Casati) e la fiducia preventiva al governo (ottobre '48, con il governo Perrone), l'*interim* ministeriale (marzo '48 con il Balbo al ministero della Guerra), la delega legislativa, il decreto-legge e l'effettuazione di commissioni parlamentari di inchiesta.

5.2. Germania (II Reich e Weimar)

Il cammino costituzionale tedesco era stato graduale.

Nel giugno 1815 era stato istituito il *deutscher Bund* (Confederazione germanica). La dieta, organo permanente con sede a Francoforte sul Meno, era presieduta dall'Austria. L'organismo era segnato dalla rivalità tra Austria e Prussia.

Nel 1848 un'assemblea nazionale prussiana varò una costituzione; nel gennaio 1850 fu emanata una nuova versione, meno liberale della precedente, che, pur adattata nel corso dei decenni, rimase formalmente in vigore fino al 1918. Era bicamerale, con un *Herrenhaus* composto da membri di diritto e un *Abgeordnetenhaus*, composto da membri eletti secondo un sistema censitario. Il titolo II trattava dei diritti individuali di libertà, senza recare la dicitura *Die Grundrechte*: quelli affermati non erano quindi diritti fondamentali, nel senso che non erano diritti naturali preesistenti e indipendenti da qualsiasi diritto po-

sitivo che li riconoscesse come inviolabili. Tanto meno erano diritti immediatamente giustiziabili. I diritti dei prussiani proclamati nel 1850 davano luogo a diritti pubblici soggettivi in attesa di espandersi sulla base di una legge ordinaria che ne avrebbe specificato applicabilità e portata. Nei primi mesi del 1850 fu emanata anche la legge di attuazione per la difesa della libertà personale: l'obiettivo principale era quello di restringere e non di ampliare la sfera della libertà personale. Nel maggio 1851 fu emanata una legge sulla stampa che si prestò ad aggirare molte aspettative.

Le disposizioni della costituzione prussiana in materia di poteri di bilancio furono oggetto di una controversia tra il parlamento e il re (più esattamente il cancelliere Bismarck) negli anni 1862-1866, dalla quale scaturì la distinzione fra legge formale e legge materiale. Nel 1866 entrarono a far parte della Prussia lo Schleswig-Holstein, l'Hannover, l'Assia, Nassau e Francoforte sul Meno. La Confederazione germanica cessò di esistere nel 1866.

La pace di Parigi (gennaio 1871) pose termine alla guerra con la Francia e parallelamente si proclamò il II Reich a Versailles (proprio nella sala degli specchi, dove si sarebbe firmato il trattato al termine della guerra del 1918). Il testo costituzionale - adattato alla nuova dimensione territoriale - era imperniato sulla figura del cancelliere Bismarck, che rimase tale sino al 1890, allorché fu avvicinato dal giovane Guglielmo II. La Germania conobbe uno straordinario processo di modernizzazione economica, diventando nel giro di pochi decenni la prima potenza industriale europea e, in alcuni settori, mondiale.

Lo scoppio della guerra nel 1914 portò ad una torsione profonda all'interno di quell'assetto costituzionale. Si ribaltò l'assetto costituzionale *pur a legislazione invariata*. La torsione iniziò ad agosto: il *Reichstag* approvò (anche con il voto social-democratico) i crediti di guerra ed il parlamento - già ai margini dei processi decisionali nel testo costituzionale - lasciò al *Kaiser* e al cancelliere ogni opzione politica.

Nel giugno 1916 ebbe luogo il primo sciopero politico a Berlino e l'arresto di K. Liebknecht (esponente di punta dell'ala rivoluzionaria del partito social-democratico, *SPD*) accentuò la torsione in forza della quale il potere - politicamente assente il *Kaiser* - sarebbe passato nelle mani del duo Hindenburg-Ludendorff, l'uno comandante supremo delle Forze armate e l'altro suo Capo di stato maggiore. Ad agosto 1916, infatti, l'imperatore esonerò il Capo di stato maggiore von Falkenhaym, nominando il duo. Non si trattò di un mero avvicendamento, ma di un ribaltamento *spontaneo* degli equilibri costituzionali. L'imperatore si ritirò dal comando supremo e il duo assunse la conduzione degli affari militari e, più in generale, dello Stato. Questo assetto avrebbe retto la Germania per oltre 2 anni, sino a tutto il settembre 1918. Il perno della torsione risiedette nella parola "responsabilità", che il duo adoperava sapientemente contro il potere politico formale. La società era stata progressivamente

militarizzata e, in caso di contrasto fra la volontà dei vertici militari e di quelli politici, i primi, pur formalmente rispettosi del testo costituzionale (che non menzionava la loro insolita posizione) si esprimevano con le parole «non ci sentiamo responsabili delle scelte politiche». Di fronte a quella frase, apparentemente innocente, l'imperatore traeva le conseguenze [Rosenberg, 1928].

Ai primi di luglio 1917 il *leader* dei cattolici, Erzberger al *Reichstag* condannò la guerra sottomarina e auspicò un mutamento d'approccio, cioè favorevole ad una pace. Era un attacco alla diarchia militare. Il 12 il principe ereditario, d'intesa con Ludendorff, convocò (senza alcun titolo) i partiti a corte: era una crisi di governo mascherata. Nessuno eccepì l'iniziativa del figlio del *Kaiser*; i partiti si presentarono ed Erzberger chiese le dimissioni del cancelliere di Bethmann-Hollweg; la diarchia comunicò «di non poter collaborare con Bethmann-Hollweg» ed egli si dimise. Aveva vinto la diarchia, non la politica, che non giocò alcun ruolo nella scelta del successore (Michaelis) che durò poco. Infatti, disordini nella flotta portarono al congedo di costui in quella stessa estate. L'obiettivo di Erzberger – trattative di pace – non fu raggiunto perché il duo non aveva voluto.

A novembre il duo individuò il nuovo cancelliere nel presidente del Consiglio bavarese, il conte Hertling. Doveva fungere da cerniera fra politica e militarità: egli lasciò carta bianca al duo Hindenburg-Ludendorff, ma prese in mano almeno il versante interno, *in primis* l'ordine pubblico (evitando gratuite repressioni militari in danno degli operai).

A dicembre si svolsero fitte trattative di pace con la Russia bolscevica a Brest-Litowsk; la delegazione tedesca era bicipite, perché Kühlmann, ministro degli Esteri, era rappresentante del cancelliere, ma voce decisiva era quella del generale Hoffmann, fiduciario del comando supremo.

Nel giugno 1918 durante un dibattito al *Reichstag*, Kühlmann sostenne la tesi di un'ampia trattativa diplomatica per arrivare alla pace; il comando supremo si adontò e convocò il cancelliere Hertling, che si scusò per la condotta del suo ministro. A luglio il *Kaiser* congedò Hertling e subentrò Hintze, fautore della pace vittoriosa, ma si ragionava ancora in termini di espansione territoriale, sia ad ovest (per il controllo tedesco sul Belgio), che ad est (in danno della Polonia). Solo ad agosto al comando supremo sarebbe stato chiaro che la guerra era persa, ma il *Kaiser* non ebbe la lucidità di prendere il potere in mano.

A fine settembre Hintze comunicò il ritiro dalla Bulgaria, il ché apriva le porte all'ingresso dell'Intesa in Romania e, quindi, l'accesso al petrolio. La guerra tecnicamente non si poteva proseguire. Il 27 Ludendorff rese noto che era inevitabile l'armistizio, rinunciò ai pieni poteri e rimise al parlamento la gestione della cosa pubblica. La parlamentarizzazione della Germania fu effetto, quindi, di un atto d'autorità di Ludendorff, non di un atto del *Reichstag*. Il suo atto fu informare il cancelliere Hertling che era necessario un rimpasto del

governo, finalizzato ad ampliarne la base parlamentare. La politica poté prendere in mano il potere senza nulla fare, ma i partiti erano ancora disorientati. Cancelliere fu nominato il principe von Baden.

Il 9 novembre scoppiarono sommosse in varie parti di Berlino e von Baden di sua iniziativa rese nota l'abdicazione del *Kaiser*: suo intendimento era salvare la monarchia; la *SPD* chiese la guida del governo: von Baden la cedette ad Ebert (segretario dell'*SPD*). La politica tornò al timone.

La costituzione imperiale fu formalmente abrogata dalla costituzione repubblicana (detta di Weimar) dell'agosto 1919.

La costituzione tedesca del 1919 – redatta a Weimar, in Turingia, cioè lontano da Berlino, troppo turbolenta – non aveva previsto il controllo di costituzionalità, ancorché se ne fosse discusso (e fosse contemplato nella costituzione bavarese). Tuttavia, si sviluppò lo stesso un controllo diffuso di costituzionalità. Espresse il superamento dello Stato liberale e ridisegnò il rapporto fra Stato e società civile in una cornice pluralista.

Organo di vertice della giurisdizione ordinaria era il *Reichsgericht* (tribunale del *Reich*) e nel novembre 1925 in via pretoria emise un provvedimento che può essere riportato alla c.d. *Marbury vs. Madison* (4.2). Il *Reichsgericht* infatti si pronunciò in favore del giudizio di costituzionalità sulle leggi argomentando sia *a contrario* (cioè sostenendo che nessuna disposizione lo vietava espressamente), sia richiamando l'articolo 76 della costituzione, che prevedeva una procedura *ad hoc* per la revisione costituzionale e pertanto i giudici potevano/dovevano verificare il rispetto della procedura ed ovviare quindi al caso di norme in contrasto con la costituzione [Olivetti, 2012].

Pure lo *Staatsgerichtshof* (tribunale di Stato) interagì sulla legittimità costituzionale delle leggi, anche federali (come nel 1927 sulla tassa della birra).

6. Dal 1945 fra democrazie occidentali e democrazie popolari

Al termine della seconda guerra dei Trent'anni (1914-1945) maturarono testi varati da assemblee costituzionali: testi che avevano posto al centro non tanto il rapporto fra l'esecutivo ed il parlamento, quanto il problema dell'accessibilità dei cittadini all'azione di governo e il concetto di giustizia costituzionale, ossia il riscontro da parte di un organo dell'eventuale contrasto tra norme della costituzione e norme subordinate, con la potestà di espungere dall'ordinamento le norme contrastanti con la costituzione.

Nel frattempo, ad est, oltre l'*iron curtain* (cortina di ferro, come la definì W. Churchill) si conobbe l'esperimento delle democrazie popolari, ossia un costituzionalismo nel quale il principio democratico si coniugava intensamen-

te con un asserito dinamismo rivoluzionario. Al di là di sottili differenze testuali, quelle esperienze ad est sono state accomunate da: a) libertà concepita non come diritto del cittadino, bensì come prestazione dello Stato, Stato al quale appartengono i mezzi di produzione (in via di diritto solo parzialmente, di fatto in via quasi esclusiva) e b) monocameralismo, dal lontano sapore giacobino.

La sconfitta militare della Germania (1945) aveva portato all'occupazione da parte delle truppe alleate. Il territorio risultò diviso in territori ceduti all'URSS e altri ceduti alla Polonia; la stessa Berlino era divisa, come tutta la Germania: il suo *Sonderstatus* concretizzò tre "zone di occupazione"; due degli alleati occidentali, divenute poi Repubblica federale di Germania, nelle quali (maggio 1949) entrò in vigore il *Grundgesetz* (e Bonn divenne la "capitale federale provvisoria") e la "zona di occupazione sovietica" divenuta poi Repubblica democratica tedesca (DDR), nella quale, nell'ottobre 1949, entrò in vigore una costituzione. Quest'ultima costituzione era di tipo democratico-popolare. Conobbe tre modifiche: nel 1955 (venne cambiata la disposizione sul dovere di difesa della patria); nel 1958 (vennero abrogate le disposizioni relative alla camera rappresentativa del *Länder*), e nel 1960 (con disposizioni che rafforzavano il potere esecutivo). Una nuova costituzione venne poi varata nel 1968. La nuova formulazione del 1974 sottolineava l'egemonia dell'Unione Sovietica (art. 6) e del partito marxista-leninista (*SeD*), che raccoglieva tutti i partiti. I rapporti socialisti di proprietà venivano affermati nell'art. 7, pur ammettendo la proprietà privata delle piccole imprese artigiane (art. 14, c. 2). La DDR era lo "Stato socialista della nazione tedesca".

Nel *Grundgesetz* occidentale, invece, la divisione della Germania era sentita come provvisoria. Quel testo non si porgeva come definitivo: non intendeva cristallizzare la situazione creatasi dopo la fine della guerra. Per questo, pur avendo la forma di una costituzione, non ne assunse il nome: non *Verfassung*, dunque, ma *Grundgesetz*, "legge fondamentale", in attesa dell'unificazione.

Il muro di Berlino, eretto dalla DDR nell'agosto 1961, crollò per pressione popolare il 9 novembre 1989. Il trattato d'unificazione (*Einigungsvertrag*) fu sottoscritto fra i due Stati a Berlino nell'agosto 1990: con esso si realizzava «l'entrata della Germania est nell'ambito di validità della *Grundgesetz*»: questa prudente formulazione del parlamento tedesco orientale (*Volkskammer*) non nominava la Germania ovest per non dichiarare che la Germania orientale era stata annessa a quella federale, anche se di fatto era proprio questo che avveniva. Nell'ottobre 1990 la Repubblica democratica tedesca cessò di esistere perché entrò a far parte della Germania federale.

Ci si potrebbe chiedere perché non sia stato scelto il 9 novembre, dal momento che proprio in quel giorno del 1989 cadde il muro di Berlino: la ragione risiede nel fatto che il 9 novembre è un giorno fatale nella storia tedesca. Il 9

novembre 1919 entrò in vigore la costituzione di Weimar e il 9 novembre 1923 Hitler tentò il primo colpo di Stato. Era insomma una data in cui si erano accumulati troppi simboli contraddittori.

Dopo la guerra molte costituzioni (specie l'italiana, un po' meno la tedesca occidentale) si orientarono verso un parlamentarismo "razionalizzato" [B. Mirkine Gutzévitch, 1951], già apparso invero intorno agli anni '20 in Europa e sintetizzabile nel ruolo dell'organo parlamentare, ma, in pieno XXI secolo la prospettiva è radicalmente mutata, *pur a legislazione costituzionale invariata*.

In Francia, con la IV Repubblica, si tentò di conciliare le nuove esigenze democratiche con una maggiore stabilità dei governi. Ma tale obiettivo non fu raggiunto (in 12 anni si alternarono 20 governi) e all'instabilità ministeriale si aggiunse una debolezza del parlamento, scaturente a sua volta dall'indebolimento dei partiti politici. La situazione precipitò nel 1958: nel maggio la situazione algerina era divenuta insostenibile, a giugno l'assemblea nazionale conferì per sei mesi al generale De Gaulle "pieni poteri", cioè il conferimento della potestà di emanare i decreti che reputava necessari per il risanamento della nazione. Parallelamente si incaricava il governo di varare un progetto di riforma costituzionale, che portò alla c.d. V repubblica e il generale De Gaulle, a dicembre, fu eletto presidente. Si puntò a una riduzione dello spazio del parlamento, assicurando al governo (e al presidente della Repubblica, che presiedeva le riunioni del Consiglio dei ministri), una posizione prevalente.

7. XXI secolo: una società alogica? (*Fuori della storia*)

Una *costituzione* scritta descrive il suo Tempo, mentre una *Costituzione* esprime l'evolversi del Tempo.

Entrambe le impostazioni, costituzione come *testo* e Costituzione come *contesto*, entrati nel XXI secolo, hanno perso parte del loro prestigio, eroso da vari fattori, legati alla suadente sirena rappresentata da *One World*.

Entrambe le impostazioni avevano per secoli espresso un'esigenza: quella di configurare una propria geometria; l'una privilegiando la forza del fatto e l'altra antepoendo le norme scritte. L'una cercando nella Storia le sue fondamenta, l'altra rifiutando esplicitamente la Storia (e comprimendo, non a caso, lo spazio alla consuetudine, fonte non scritta). Entrambe, comunque, accomunate da una posizione chiara all'interno della Storia, che – in entrambe le impostazioni – viene assunta a perno: positivo (nel caso dell'accettazione) o negativo (nel caso del rifiuto, in nome del progresso).

Ebbene, il XXI secolo con agile salto supera il problema del rapporto con

la Storia e risolve ogni problema (o, forse, meglio, crede di risolvere ogni problema), ignorando la Storia, avendo soppresso la percezione del Tempo, inteso come traiettoria che indirizza una linea fra punti di riferimento.

Nella cornice delle organizzazioni internazionali (cioè di entità sovra-statali e organizzazioni non governative) l'ordinamento statale è invitato a scendere dal piedistallo che indicava una direzione netta, avvalendosi di categorie precise (legittimazione, sovranità, proprietà ed altre). Al diritto come strumento per creare geometrie (la proprietà era un istituto ben distinto dal possesso, ad esempio) si vuole anteporre un diritto come soluzione appagante dell'istante. La stessa democrazia ha mutato contenuto: non più tanto scuola d'ascolto delle altrui tesi, bensì sinonimo di un generico benessere ed espressione di una *comfort-zone*. Al gioco democratico si antepone la ricerca del consenso indistinto, forgiato dagli imperativi (suadenti, ma imperiosi) dei grandi interessi economico-finanziari.

Alla garanzia della *certezza* il diritto contemporaneo antepone la garanzia dell'*equilibrio*. Il mutamento di paradigma è epocale e va oltre. Si antepone sempre più una valutazione "libera", cioè su base equitativa, per trovare un punto d'incontro fra i contendenti. Il giudice non è più chiamato a "dare ragione" ma a "trovare un equilibrio" e non fra diritti o posizioni giuridiche, ma a bilanciare fra situazioni emozionali, fra aspettative e desideri fra prospettazioni giuridiche.

Della certezza si potevano dare un numero amplissimo di definizioni: l'osservanza delle norme; la conoscibilità delle prescrizioni; la stabilità della regolamentazione giuridica; la possibilità di prevedere l'intervento degli organi di applicazione; la controllabilità dei processi decisionali; l'inviolabilità dei diritti quesiti; la possibilità di conoscere in anticipo i limiti dell'esercizio legale del potere giudiziario. Viceversa, l'ampio spettro di situazioni emozionali si può sintetizzare con l'*iper-morale* (cfr.8).

In sintesi, la certezza del diritto permetteva alla comunità di vivere in una cornice tendenzialmente geometrica. Per secoli la certezza aveva fatto perno sull'ordinamento-apparato (Stato o feudo), quale detentore del potere, titolare monocratico della giurisdizione. La certezza del diritto postula l'auto-sufficienza del diritto.

Con il XXI secolo, invece, il diritto ha spostato il centro delle sue prestazioni dalla certezza all'equilibrio [Palombella, 2006]: di fatto ha abolito l'argine fra diritto positivo e moralità esterna. La ricerca dell'equilibrio esprime l'auspicio di mitezza nel considerare pretese in conflitto e della ragionevolezza nel bilanciare interessi, evitando soluzioni unilaterali. Tutto all'insegna del un quieto tramonto dello Stato come soggetto dominante. L'equilibrio subordina il diritto al mondo esterno quindi il diritto rinuncia alla sua onnipotenza.

Dal privilegiare l'*hardware* della democrazia (il potere giudiziario, il sistema elettorale), si sta passando a preferire il *software* della democrazia (la società civile, le organizzazioni non governative).

Le istituzioni pubbliche sono coinvolte in meccanismi di revisione delle forme tradizionali di gestione degli interessi e di intervento nell'economia, forme precedentemente caratterizzate da modalità autoritative. Conseguentemente si delineano rappresentazioni nuove dei rapporti tra politica e istituzioni; si ragiona in termini di "democrazia degli interessi": per cui si è introdotta la ricerca del "consenso" nell'esercizio delle pubbliche funzioni.

Lo Stato contemporaneo legge la sovranità popolare attraverso una diversa percezione dell'interesse del cittadino, inteso meno come elettore e più come utente e come consumatore. Riafferma un potere regolatorio pubblico difforme dal potere legislativo e regolamentare.

Emerge il termine *regolazione*, nel quale è ricompreso il diritto dell'economia, il diritto del lavoro, il diritto dei consumatori, il diritto dell'ambiente, il diritto sanitario, il diritto della previdenza e dell'assistenza sociale. Si distingue fra "regolazione economica" (che interviene nelle decisioni di mercato, "regolazione sociale" (che evoca gli interventi tesi alla cura di interessi pubblici prevalenti, come la salute la sicurezza dei lavoratori, la protezione ambientale, la tutela dei consumatori) e "regolazione amministrativa". Concetti, questi, molto belli, ma non si lasciano perimetrare con esattezza: i confini delle potestà e delle responsabilità dei diversi soggetti coinvolti non sono chiari. Emergono incertezze ordinamentali, a partire dall'ambiguità tra regolamentazione e regolazione.

Alcune delle tecniche di regolazione formano il cosiddetto *soft law*, ossia una fonte terziaria del diritto: raccomandazioni o indicazioni di un corso d'azione auspicato, senza che l'eventuale mancata adesione dei destinatari genera il dovere di un'autorità di irrogare una sanzione. Sono forme di *soft law*, ad esempio, i codici di autoregolamentazione.

Accanto al *soft law* si presenta la *soft regulation* (a sua volta distinta dalla *tough regulation*). La *soft regulation* consiste in una "regolazione flessibile", in cui le norme sono meno dettagliate, più aperte e ricche di clausole solo generali. La loro applicazione è affidata a funzionari di appositi organismi regolativi specializzati, mentalmente inclini e professionalmente addestrati a tenere in conto le caratteristiche dei destinatari della regolazione, allo scopo di evitare l'imposizione di comportamenti e costi ragionevoli, dimostrando invece capacità di ascolto e di considerazione delle peculiarità.

8. Post-diritto e iper-morale

In sintesi, la Costituzione medievale, come mosaico di consuetudini, poco si confaceva con le esigenze di una società tardo settecentesca-ottocentesca, improntata ad una crescente espansione (commerciale e sociale). Quella società ha imposto la fissità del dato giuridico nel testo legislativo e ha conosciuto la sua stagione d'oro fra XIX e XX secolo. Ma la sclerotizzazione in un testo scritto non ha retto alla prova del XXI secolo, che ha reso obsolete le categorie tradizionali. Si è aperta una falla fra fissità del dato giuridico e società in movimento, fra diritto ufficiale e diritto percepito.

La dimensione del *post*-diritto – da tener distinta dalla *post*-legalità, quale diffusa fra i penalisti [Amarelli, 2018] – mette in discussione la sopravvivenza delle categorie giuridiche. Nel momento in cui l'emancipazione da tutto e la ribellione come categoria di vita (si pensi alla musica *rock*) hanno soppiantato la centralità della Regola viene a esser sradicato il perno come strumento di valutazione: il giudizio si è spostato dall'oggettivo al soggettivo. Il diritto come presupposto direttivo di comportamenti è svuotato. Le categorie, le norme e le sentenze cedono il passo ai comportamenti sociali nella vita quotidiana: l'attraversamento stradale, per esempio, si configura come atto patteggiato nel caso concreto fra pedone e automobilista e non disciplinato dalle norme del Codice della strada. Prevalgono i meccanismi di emozionalizzazione che distolgono dalle categorie e privilegiano il caso singolo.

Per cui, dal combinato disposto – non più, come un tempo – fra norme, bensì delle emozioni (*iper*-morale) emerge che le dinamiche dei rapporti rispondono a una pluralità di logiche, di fronte alle quali non sopravvive la Regola. Il diritto, sempre più avvolto in valutazioni equitative, non offre più certezze (in forza delle quali valutare), ma strumenti per giustificare *ex post* l'equilibrio nel caso concreto, raggiunto su base emozionale.

All'osservatore di cose giuridiche potrebbe apparire sano il superamento del riduzionismo positivisticò, ma per altri versi quell'osservatore può percepire i rischi di fondali inesplorati e senza fine. Inquietante diventa una dinamica che sfugge al controllo di sovranità, sommersa da contesti fin troppo flessibili e sconfinati [Ferrarese, 2006; Rodotà, 2009].

Cosa rimane allora del diritto, costruito sull'equilibrio, sulla ponderazione fra due prospettazioni? Si è capovolta la relazione fra categorie giuridiche e fatti socio-economici. Abbandonato il mito della certezza del diritto – mai realizzato, ma sempre posto come meta ipostatizzata – si assiste a una dissolvenza, che entusiasma molti. È accattivante chiedere al diritto non di offrire certezze, ma strumenti per l'equilibrio fra i soggetti e un equo benessere fra i soggetti. Si è spostato il baricentro del diritto. Un tempo il quadro dei diritti

era stato delineato per difendere contro le interferenze illegittime dell'esecutivo. Oggi il parametro si è spostato sul versante dei sentimenti e se l'esecutivo collabora nel realizzare l'obiettivo è benvenuto.

Iper-morale viene a essere la *holding* degli interessi di minoranze, supportate da "sacerdoti" che praticano il culto dello sdegno e dell'indignazione. Ma se ci si limitasse timidamente a ciò, si rimarrebbe alla superficie. Bisogna riflettere sul tramonto del giudizio morale, sulla perdita recente e inarrestabile della capacità di prendere posizione e di comportarsi in modo conseguente. Dal welfare del dopoguerra si è scivolati verso il dogma del *wellness*; la riflessione e la ponderazione hanno ceduto il passo al pensiero preconfezionato, che offre il "vantaggio" del consenso diffuso.

Concetti secolari come facoltà, potestà, diritto (soggettivo), interesse (legittimo/semplificato) sono messi in discussione dal sistema sovranazionale, che preferisce sfumare sulle qualificazioni, muovendosi in un'ottica sostanzialistica. Una prospettiva peculiare, quest'ultima, nata per rispondere a esigenze operative pratiche (raggiungimento dell'obiettivo perseguito nella fattispecie concreta).

Il superamento delle posizioni giuridiche soggettive tradizionali ha ricadute operative, in quanto alla qualificazione delle posizioni giuridiche è legata l'azionabilità in giudizio. L'introduzione dei principi di sussidiarietà e circolarità della produzione normativa incide profondamente sulla soluzione di problemi ermeneutici vitali, quale quello relativo alla soluzione delle antinomie, e rende altresì necessaria la riconsiderazione dei concetti di nullità/illegittimità/invalidità degli atti, ossia di quelle categorie che definiscono lo stato di un provvedimento rispetto ai meccanismi (procedurali e sostanziali) che l'ordinamento definisce per la produzione degli effetti.

La stratificazione dei livelli e la moltiplicazione dei soggetti abilitati a introdurre norme crea una fisionomia ordinamentale inedita. Da un lato, la norma diviene strumento per l'amministrazione di interessi, esprimendo il punto di convergenza di una serie di piani problematici e concreti. Dall'altro lato la stessa giurisdizione si allontana dal momento ermeneutico per diventare essa stessa una ulteriore sede di composizione di interessi. Il giudice scivola da un ruolo di interprete a quello di amministratore degli interessi in gioco.

Lo si riscontra in particolare nel diritto amministrativo. Si assume a parametro l'effettività della tutela processuale: da giudizio sull'atto il processo amministrativo è divenuto giudizio sul rapporto. Il giudice amministrativo mira ad assicurare la tutela sostanziale dell'interesse leso.

Sorge spontaneo il quesito se esista ancora un (parziale) principio di separazione tra poteri dello Stato, se sia sostenuta da un adeguato asse concettuale la sostituzione dell'amministrazione da parte del giudice.

9. Un diritto senza Regola?

L'Occidente ha rinunciato al senso del Tempo.

Non è un caso che le piattaforme *social* abbiano abolito la cronologia nell'esposizione dei contributi portati dai singoli utenti; non è un caso che le persone di una certa età abbiano rinunciato allo *status* rispettabile di anziano per invece apparire "giovani", tingendosi i capelli e indossando pantaloncini corti, pur a dispetto degli oltraggi fisici legati all'età avanzata; non è un caso che la materia "Storia", nelle scuole, venga frammentata con altre: è stata infatti inventata la "Geo-Storia"; lo stesso insegnamento storico è stato umiliato con la disintegrazione delle date, figlia di certa annalistica francese che ha esaltato i "fenomeni" mortificando le date (la c.d. Storia evenemenziale).

In sintesi, l'Occidente del XXI secolo non si cura della propria memoria. Disperso il senso del Tempo, non sparisce però il Tempo, ma la capacità di vedere il Tempo. Nel momento, però, in cui una comunità non sa più ragionare con il senso della Storia, non sarà la Storia a sparire, ma quella comunità.

L'Occidente ha rinunciato al *logos*. La rinuncia al *logos* si evidenzia con la rinuncia all'oggettività, per cui si esalta la soggettività, da cui scaturisce il primato dell'individualismo nella società contemporanea. Il Tempo invece è intrinsecamente espressione di oggettività: 5 minuti o 10 anni sono uguali per tutti. Diventa, quindi, difficile creare solidità, avendo rinunciato al senso del Tempo: del resto quella del XXI secolo è una società che si compiace della 'fluidità'; termine, questo, molto elegante per celare la precarietà nei rapporti umani e lavorativi.

L'oggettività porta(va) con sé la Regola, da intendersi in chiave pre-giuridica, come meccanismo di vincolo, preesistente già in natura e nelle umane cose.

Una ruota gira e realizza la sua ragion d'essere, giacché tenuta ferma da un asse saldo. Non differisce il funzionamento di una porta: adempie alla sua funzione, in quanto trattenuta da un cardine. Un tennista colpisce la palla in quanto muove il braccio, facendo forza sulla gamba ferma. Una società è dinamica ed evolve, in quanto dispone di un asse di coerenza. In assenza di un perno la porta non regge, il tennista non gioca, la ruota non gira, la società non matura.

Vi è una proporzione che vale per le cose naturali: la pioggia fa crescere una pianta. A seconda della quantità di acqua, l'erba cresce; a seconda della vicinanza con un ruscello, i fili del prato si inclinano più o meno in quella direzione. Un corpo solido immerso in un liquido riceve una spinta contraria pari al suo peso/volume. I cerchi da un sasso lanciato in un lago si irradiano viepiù concentrici, a seconda del peso e della forza impressa.

Rivive la parola greca *stásis*. Lo star saldo, solido, in equilibrio. Στασιωρός (*stasiōros*), era il guardiano del palazzo: esprimeva la saldezza, la solidità. Aristotele [*Politica*] usava *stasis* per descrivere la condizione politica in contrasto con κινέο (*chinéo*) che inizialmente indica il movimento, il mutamento; da cui κινήσις (*kinēthmōs*) il cambiamento (τῆς τύχης, *tes tūkes*), l'insurrezione, lo scompiglio.

Con Regola si può descrivere quell'invisibile meccanismo di vincolo che lega nell'universo i pianeti fra loro e i satelliti con loro. Regola (concetto pre-giuridico) è parola che esprime ogni meccanismo di vincolo, quando assicura la funzionalità. G.W. Leibniz individuava nell'idea di giustizia una 'regola di ragione', oltre alla tendenza a fare il bene. Ad es., prendersi cura di un neonato o proteggere un'anziana sono condotte istintive a prescindere da qualsivoglia norma scritta. Ebbene, questa attenzione, queste condotte descrivono meccanismi di vincolo che sono in natura (e che l'ordinamento solo in un secondo momento traduce in norme, forgiando quindi la Costituzione).

La protezione degli anziani e l'accudimento dei figli esprimono sì, virtù innate, ma sono una Regola, che a sua volta postula obblighi non codificati, ma non per questo meno vincolanti. È un vincolo che scaturisce da un istinto di reciprocità.

Il perno è, quindi, in natura; può esser reso in categorie costituzionali. Senza Regola una Costituzione non esiste, senza meccanismi di vincolo una società non funziona. L'insieme delle norme hanno un senso se la Regola le vincola, altrimenti scadono a scatole vuote. Costituzione è tale non solo in quanto formalmente vigente, ma anche in quanto Regola.

Regula è parola latina: dal Medioevo indica(va) le norme cui si ispira(va)no le comunità monastiche benedettine. Regola può essere intesa come un faro, spento il quale è difficile vedere ed orientarsi. La cancellazione del Tempo ha spento il faro.

La Regola è il perno di rotazione di tutte le norme; essa non è una norma, tanto meno una disposizione con un contenuto preciso: indica invece un meccanismo di vincolo. Se venuto meno, si avverte il vuoto: Regola è una ringhiera, qualcosa a cui aggrapparsi di fronte al vuoto. Regola, quindi, non è una prescrizione: di ciò si occupano diritto e morale, separatamente o congiuntamente, a seconda delle epoche. È quel meccanismo senza il quale un giavellotto, una palla non volano, senza il quale un/a bimbo/a non vengono educati, senza il quale un panorama da una terrazza o da una finestra non può essere osservato. E il meccanismo di vincolo esprime la resistenza che lega i componenti di una comunità. La società è un insieme determinato di legami che tengono unite le persone che vivono. Ogni gruppo di soggetti esercita una spinta centrifuga in proprio interesse; il punto d'equilibrio della Regola è la spunta centripeta convergente. Regola diviene il punto di accordo che orienta i comportamenti sociali.

La Regola non ha un contenuto di merito, come la leva è una macchina che

non crea energia. La Regola favorisce il fluire della convivenza, analogamente la leva trasferisce energia. Infatti la leva è costituita da un'asta rigida capace di muoversi attorno ad un punto fisso, il fulcro. In tanto l'utensile-asta vince una resistenza, in quanto si applica una forza prendendo appoggio contro un corpo fisso. Essa applica il principio di equilibrio dei momenti e la dimostrazione della condizione per l'equilibrio della leva fu intuìta da Archimede, che per primo comprese come il rapporto tra le dimensioni dei bracci determina il rapporto fra forza resistente e forza da applicare. A seconda del settore dove la si applica, acquista connotati diversi. Regola è un concetto che include geometricamente una pluralità di declinazioni e di traduzioni a seconda dell'ambito nel quale lo si cala: per i civilisti diviene sinonimo di sinallagma; per i processualisti di procedura e così via.

Persino l'ombra per esistere abbisogna di un perno, dato dalla luce. Tale meccanismo di vincolo vale anche per gli esseri viventi.

Regola è concetto distinto dalla regola sociale; H.L.A. Hart [1961] distingue, a sua volta, fra regole primarie e secondarie (quelle che impongono obblighi e quelle che conferiscono poteri). La Regola si esprime attraverso il concetto di responsabilità.

La reciprocità è alla base della convivenza sociale e condiziona i comportamenti indipendentemente da norme esplicite. Questa reciprocità si esprime in equilibrio, che per definizione esprime un dualismo, preesistente ad ogni giuridicità che implica un vincolo. Tale vincolo costituisce e costruisce la Regola, cifra di ogni convivenza appunto, regolata.

Espulsa l'oggettività, si frantumano i confini della responsabilità, si aboliscono le frontiere di ogni tipo e si intacca la solidità dell'ordinamento: ciò incide sulla Costituzione e sul ruolo che ogni soggetto istituzionale è chiamato a svolgere.

L'originaria geometria in forza della quale vi era un vincolo che legava un'istituzione ad un'altra è evaporata e ciò ha inciso pure sulla funzione del giudicare: non più secondo categorie ragionate, bensì antepoendo le emozioni; il dettaglio così prevale sull'insieme: al giudice non si chiede di procedere secondo categorie generali ed astratte, bensì di mediare fra posizioni in conflitto. Al potere esecutivo nazionale non si chiede di operare sulle scelte strategiche (culturali, politiche, economiche) – che sono assunte in altre, non precisate, sedi – bensì di varare ammortizzatori sociali; all'opposizione non si chiede il suo ruolo di antagonista del governo, bensì di non infrangere la narrativa veicolata da *Big Data* e da *Big Tech*.

È sempre esistita una narrativa che congiungeva gli accadimenti (dall'Iliade in poi), ma era un filo che si formava senza una predeterminazione. Oggi la narrativa si è fatta imperiosa e vuole essa determinare gli accadimenti. L'esistenza dello Stato esprime un vincolo che va dissolto. Tale dinamica incide sulla Costituzione del XXI secolo.

Bibliografia orientativa

a) Articoli e monografie

- Amarelli G., *Dalla legolatria alla post legalità* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, 2018, pp. 1406 ss.
- Aristotele, *Politica*.
- Arumaeus D., *Discursus academici de jure publico*, (5 vv.), Jena, 1616-1623.
- Arumaeus D., *Commentarius juridico-historico-politicus de comitiis Romano-Germanici Imperii*, Jena, 1630 (2^a ed. 1660).
- Biscaretti di Ruffia P., *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milano, 1969.
- Bluntschli J.C., *Allgemeines Staatsrecht*, Monaco, 1851.
- Bodin J., *Les six livres de la République*, Parigi, 1576.
- Chemnitz von B.P. (pseudonimo Hippolitus), *Dissertatio de ratione status in imperio romano-germanico*, Amsterdam, 1647.
- Compagnoni G., *Elementi di diritto costituzionale democratico, ossia Principj di giurispubblico universale*, Venezia, 1797.
- de la terre Rouge J., *Contra rebelles suorum Regnum*, Lyon, 1418.
- Dione Cassio, *Storia romana*.
- Ferrarese M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.
- Ferrari Zumbini R., *Tra Norma e Vita – Come si forma una costituzione tra diritto e sentire comune*, 2^a ed., Roma, 2019.
- Ferrari Zumbini R., *Cosa significa fake-news? (Un concetto non chiaro e il rischio di far peggio)*, in *Federalismi.it* (Osservatorio emergenza Covid-19), 10 aprile 2020.
- Ferrari Zumbini R., *Il grande giudice – Il Tempo e il destino dell'Occidente*, 1^a ed. rivista e ampliata, Roma, 2022.
- Grossi P., *Sull'odierna fattualità del diritto*, in *Giustizia Civile*, 1, 2014, p. 11 ss. [cfr. 8., circa la relazione attuale, nel XXI secolo, fra categorie giuridiche e fatti socio-economici].
- Hart H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961.
- Kelsen H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., 1945.
- Lacché L., *La libertà che guida il popolo: le tre gloriose giornate del luglio 1830 e le "Chartes" del costituzionalismo francese*, Bologna, 2002.
- Lavagna C., *Diritto costituzionale*, I, Milano, 1957.
- Leibniz G.W., *Germani curiosi admonites in Einige Schriften den Characterem der Chur-und Fürstlichen Gesandten betreffend*, 1678, pp. 29 ss.
- Mirkine-Gutzévitch B., *Les constitutions européennes*, Paris, 1951.
- Mohl von R., *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, 3 vv., Tübingen, 1832-34.
- Moraw P., *Das geographische Weltbild um 1300. Politik im Spannungsfeld von Wissen, Mythos und Fiktion*, Berlin, 1989.

- Mortati C., *Istituzioni di diritto pubblico*, 9^a ed., Padova, 1975.
- Orestano R., *Idea di progresso, esperienza giuridica romana e 'peleoromanistica'* in *Alle origini della sociologia del diritto*, Milano, 1982, 15 ss.
- Paladin L., *Diritto costituzionale*, 2^a ed., Padova, 1995.
- Palombella G., *Dopo la certezza (il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia)*, Bari, 2006.
- Rehm H., *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Lipsia, 1896.
- Reinking D., *Tractatus de regimine seculari et ecclesiastico*, Gießen, 1619.
- Rodotà S., *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile* in A. Orestano (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009.
- Romagnosi G.D., *Scienza delle costituzioni*, 1796 (ed. postuma, Milano, 1848).
- Rosenberg A., *Die Entstehung der deutschen Republik 1871-1918*, Berlin, 1928.
- Sollberg-Rilinger B., *Des Kaisers alte Kleider: Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des alten Reiches*, 2^a ed., München, 2013.
- Stubbs W., *The Constitutional History of England in its origin and development*, I, Oxford, 1874.
- Wieacker F., *Römische Rechtsgeschichte. Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, I, München, 1988; II, München, 2006.
- Winckelmann E., *Geschichte der Angel-Sachsen*, Heidelberg, 1883.
- Woodhouse A.S.P., *Puritanism and Liberty: Being the Army Debates (1647-9) from the Clarke manuscripts with supplementary documents*, Chicago, 1938.

b) Stampa ed interviste

Da Roosevelt a Biden: la guerra alla Corte Suprema. Intervista a Romano Ferrari Zumbini – Radio radicale, 24 maggio 2022, reperibile presso: <https://www.radioradicale.it/scheda/669422/da-roosevelt-a-biden-la-guerra-alla-corte-suprema-intervista-al-prof-romano-ferrari>.