

DALL'ANTICO REGIME AL NUOVO ORDINAMENTO

SOMMARIO: 1. Dal passato al presente. – 2. Il sistema politico precedente. – 3. Il secolare sistema giuridico anteriore ai codici. – 4. I diritti dell'uomo e l'eguaglianza civile: costituzioni e codici.

1. *Dal passato al presente*

Nel millenario arco di tempo della storia giuridica, poco più di due secoli fa alcuni mutamenti sono stati di particolare rilievo ed hanno modificato profondamente le caratteristiche del sistema giuridico del tempo. Si tratta di innovazioni, che hanno caratterizzato il diritto all'inizio della cosiddetta età contemporanea ed hanno comportato cambiamenti, che sono giunti sino ai giorni nostri.

Dal punto di vista formale delle fonti del diritto è iniziato il periodo sia di una “costituzione” scritta alla base dell'organizzazione dello Stato, sia dell'adozione di “codici” in alcuni dei principali settori del diritto. Dal punto di vista sostanziale, fra le notevoli ed importanti novità si possono ricordare il riconoscimento dei diritti innati, la necessità di ‘garanzie’ per i diritti individuali, la rappresentanza politica, l'eguaglianza di ogni cittadino di fronte alla legge, una precisa divisione dei pubblici poteri, una nuova organizzazione delle fonti del diritto, la vigenza generale ed esclusiva della legge dello Stato.

È quanto nel complesso si trova ancora – con altri elementi – nel nostro attuale ordinamento. Si tratta quindi di momenti importanti, sui quali la storia giuridica può dare un contributo non irrilevante per la ricostruzione di scelte ancor oggi operanti. Siamo ormai abituati a vivere con una costituzione scritta a base dell'ordinamento e con dei codici, anche se riguardo a questi ultimi percepiamo un progressivo logoramen-

to della situazione esistente. Ciò dura nei diversi Stati da circa due secoli: le prime “dichiarazioni dei diritti” e le prime carte costituzionali sono state adottate negli Stati Uniti d’America ed in Francia alla fine del sec. XVIII, i primi codici nella Francia rivoluzionaria e napoleonica tra la fine del Settecento e l’inizio dell’Ottocento. Per un periodo molto maggiore in precedenza la situazione è stata del tutto diversa: pare quindi opportuno sintetizzare – e ribadire – rapidamente gli elementi salienti dei punti di partenza, cioè di quello che in Europa sul piano istituzionale è stato detto l’“ancien régime” e che nell’Europa continentale riguardo alle fonti del diritto è stato denominato il periodo del “diritto comune”.

2. Il sistema politico precedente

Il sistema politico anteriore, detto in seguito dell’“ancien régime” si basava sul cosiddetto principio del privilegio, opposto a quello odierno dell’eguaglianza formale di tutti di fronte alla legge. Non esistevano diritti precostituiti da parte del singolo individuo; essi potevano derivargli solo da concessioni, effettuate dal sovrano a lui o al raggruppamento di cui faceva parte: le “libertà” (così, spesso, erano detti i “privilegi”) provenivano infatti per lo più al singolo non di per sé, ma dalla sua appartenenza ad un determinato ceto, comune, corporazione, gruppo, che avevano via via ottenuto quel certo “privilegio”.

Tra medioevo ed età moderna il capo dello Stato (re, duca, ecc.) era spesso a sua volta limitato nel suo potere dai cosiddetti “ceti privilegiati”, cioè dai nobili, dagli ecclesiastici e dai “burgenses” (i cittadini dei comuni direttamente dipendenti dal principe), componenti dei “tre ordini” o “tre stati”, che attraverso la partecipazione al “parlamento” tendevano generalmente a condizionarne o limitarne le decisioni, specie dal punto di vista finanziario. Il principe in età moderna tende a porsi poi progressivamente come sovrano assoluto ed a comprimere o ridurre i vantaggi dei ceti privilegiati, a favore del suo stesso potere. Ciò non impedisce però che ci si trovi pur sempre in regime di privilegio: la differenza sta nel fatto che il “privilegio” in precedenza era conseguenza di un più limitato potere del principe per condizionamenti operati dai tre “stati”, mentre in seguito è dovuto unicamente al benvolere discrezionale ed assoluto del sovrano.

Il principio del privilegio può avere a sua volta una sua logica: come è ingiusto trattare in modo diverso due eguali, così è altrettanto ingiusta la parità di trattamento per due situazioni diverse. Ma coloro che godevano di privilegi nel periodo dell'“ancien régime” si trovavano sempre proprio in una condizione tale, che li giustificasse? Non si può di per sé escludere che questo sia avvenuto. Alcune volte nei secoli anteriori ciò poteva essersi verificato, ma in età moderna tali privilegi non si basavano per lo più su una vera esistenza di prestazioni particolari che li legittimassero ... se non per la protrazione di posizioni di fatto o economiche di favore. Si capisce allora il crescente disagio nel vederli applicati e quindi la critica verso di essi, nonché le proposte di abolizione o modificazione che a più riprese – e non solo nell'ambiente dell'illuminismo giuridico – si sono levate nel corso del sec. XVIII.

Nel medioevo il singolo individuo trovava quindi protezione, aiuto e “privilegi” nell'appartenenza ai “corpi intermedi”, cioè ad un determinato ceto o ad un certo raggruppamento sociale: tanto più questo era elevato e potente, tanto più il singolo godeva – come gli altri suoi pari – di privilegi. A sua volta il principe non poteva ignorare tali situazioni, perché era proprio su queste, e grazie a queste, che sosteneva – anche da un punto di vista politico, militare e finanziario – il suo potere.

In età moderna questa situazione è venuta progressivamente modificandosi col formarsi nell'Europa occidentale dello “Stato moderno”. Si tratta di un processo lungo e complesso, tortuoso e diverso nelle diverse zone, a volte incerto e incompiuto, ma comunque tipico dei secc. XVI-XVIII. Il principe rafforza se stesso, riduce o comprime il pluralismo dei centri di potere intermedi e tende ad affermare un proprio potere unitario, che aspira all'assolutezza, anche se non sempre riesce a giungervi. Lo “Stato moderno” è, in effetti, lo Stato dei nostri giorni: popolazione, territorio, sovranità. Ciò, dopo che si è spersonalizzata la figura del principe “sovrano”; ma, storicamente, alla attuale sovranità dello Stato si giunge passando tramite la persona fisica del principe-sovrano. Mentre in precedenza i “privilegi” dei diversi “corpi intermedi” (e, di conseguenza, dei singoli che ne facevano parte) derivavano dai condizionamenti che questi imponevano ad un principe dai limitati mezzi (legislativi, coercitivi, militari, finanziari ...), quando quest'ultimo riesce ad imporre l'assolutezza del suo potere e non subisce i condizionamenti anteriori, il “privilegio” finisce col dipendere ormai solo dal ‘beneplacito’ principesco ... In tal modo nessuna “libertà” (cioè privilegio) e quin-

di nessun diritto è garantito, neppure quelli un tempo assicurati dall'esistenza pluralistica di centri intermedi di potere (corporazioni, nobiltà, clero, ecc.), che sono andati riducendosi ampiamente: il singolo è semplicemente "suddito" del suo principe assoluto.

L'insostenibilità di questa situazione, anche per gli stessi membri dei ceti privilegiati, porta nel sec. XVIII a sottolineare la necessità di tutela di "diritti" essenziali, innati per l'uomo, tipici di ogni individuo, nei confronti di chi detiene il potere: questo potere al momento è assoluto, nelle mani di uno solo. Filosofi, giuristi, moralisti o politologi ne individuano i limiti via via ed in modo un po' fumoso nelle consuetudini del regno, nella "natura" o nei precetti divini, ma in effetti essi risultano circoscritti solo dai rapporti di forza della realtà politica contingente. Il problema dei limiti non è però da poco e nel Settecento acquista una dimensione tale, che alla fine del secolo non può essere eluso: è una delle basi di partenza del costituzionalismo moderno.

3. Il secolare sistema giuridico anteriore ai codici

Il sistema giuridico dell'Europa continentale anteriore ai codici è quello cosiddetto dello "ius comune", che affonda le sue radici nel basso medioevo e dura per secoli. Esso si basa sul "corpus iuris civilis" giustiniano e sul "corpus iuris canonici" nell'interpretazione datane dai giuristi. Questa interpretazione utilizza le fonti giustinianee e canoniche per costruire il cosiddetto "sistema del diritto comune", che si è diffuso in tutta l'Europa continentale (ambiente anglosassone escluso) ed è stato alla base dei vari ordinamenti giuridici sino all'avvento dei codici, dal basso medioevo sino alla fine dell'età moderna. In tale generale sistema europeo – in posizione peraltro culturalmente subordinata – si colloca poi via via lo "ius proprium" locale, sia dei singoli territori (sviluppatosi dalla legislazione dei singoli comuni sino alla progressiva affermazione di quella principesca) sia dei vari gruppi privilegiati (nobili, ecclesiastici, mercanti, ecc., con il proprio diritto 'speciale', cioè feudale, canonico, commerciale ...).

Alle origini del sistema del diritto comune si trova la rinascita culturale del sec. XI, che ha portato al rifiorire degli studi e della scienza giuridica ed al rinnovamento del diritto, il cui emblema è la "scuola dei

glossatori”, iniziata alla fine del sec. XI a Bologna da Irnerio e proseguita dai suoi quattro allievi Bulgaro, Martino, Iacopo ed Ugo (i quattro “dottori” bolognesi chiamati dall’imperatore Federico Barbarossa a Roncaglia nel 1158 per dirimere le controversie con i comuni). Con tale scuola rifiorisce nel basso medioevo la scienza giuridica: affluiscono ad essa “universitates” di studenti di ogni parte d’Europa, per acquisire il nuovo metodo di conoscenza e di interpretazione del diritto. Di qui prende avvio la “Università” medievale e moderna, centro del livello più elevato delle conoscenze e del loro insegnamento.

Irnerio ha riscoperto e commentato le quattro raccolte di diritto romano fatte redigere nel sec. VI dall’imperatore bizantino Giustiniano: il Digesto o Pandette (raccolta organica di passi dei giuristi romani circa i diversi istituti giuridici, che per la raffinatezza delle opinioni espresse era stata trascurata nell’alto medioevo), il Codice (compilazione per argomenti di frammenti della legislazione romana), le Istituzioni (manuale elementare, per gli studenti, dei principali concetti giuridici fatto redigere a similitudine di quello del giurista Gaio e rimasto anche nella tradizione romanistica altomedievale), le “Novelle” (leggi o “costituzioni” imperiali emanate da Giustiniano dopo la compilazione del Codice). Questo imponente complesso di norme, usualmente individuato come “corpus iuris civilis”, è stato illustrato dai “doctores” (cioè “docenti”) di Bologna tramite la lettura e l’analisi esegetica dei singoli frammenti riportati dalle raccolte giustiniane: i punti essenziali di tale insegnamento sono stati annotati a margine dei testi commentati con sintetiche glosse, per cui si è parlato – e si parla – di “scuola dei glossatori”. Verso la metà del Duecento, cioè dopo circa un secolo e mezzo di elaborazione scientifica e di insegnamento universitario, di fronte alla varietà e pluralità delle glosse via via redatte, un “maestro” della scuola bolognese, Accursio, procedette ad un paziente lavoro di coordinamento di tale materiale e compilò la “Glossa accursiana” o “Magna Glossa”, che affiancò in modo organico tutto il “corpus iuris civilis” e da allora sino al sec. XVIII fu sempre riportata (prima nei manoscritti, poi a stampa) con il testo giustiniano. La Glossa accursiana ha acquisito ben presto un prestigio tale, da avere lo stesso valore dei singoli frammenti del diritto romano: è attraverso l’interpretazione del giurista medievale che questo è stato utilizzato.

Con la “scuola di Bologna” è ripreso lo studio scientifico del diritto. Oltre alle “glosse” essa è venuta utilizzando altri metodi di studio

(“questiones”, “distinctiones”, “summe” ecc., sino a piccoli “tractatus”), che i giuristi successivi hanno ampliato. In specie, la posteriore “scuola dei commentatori” (secc. XIV-XV), in cui spiccano i nomi di Bartolo da Sassoferrato e di Baldo degli Ubaldi, ha saputo offrire con i propri “commentaria” (alle parti del “corpus iuris civilis”) e “tractatus” (su specifici argomenti) una costruzione organica e scientifica del diritto del tempo, estesasi via via come “comune” a tutta l’Europa continentale. Si tratta di un diritto “giurisprudenziale”, nel quale rilevante è l’opinione e l’interpretazione dei giuristi, attenti ad elaborare i concetti e gli elementi caratterizzanti degli istituti giuridici: la legislazione dell’epoca è al massimo marginale, quando non è inesistente. Le conoscenze ed i concetti, i metodi interpretativi e di studio sono acquisiti solo tramite l’insegnamento universitario. Da Bologna questo si diffonde via via in tutta Europa, per iniziativa di docenti (Padova, Montpellier ...) o per decisione di principi (Napoli, Pavia ...).

Nel frattempo è venuto formandosi gradatamente il “corpus iuris canonici”. A Bologna, poco prima della metà del sec. XII (cioè nello stesso tempo in cui si stava affermando in città la “scuola dei glossatori”) un monaco, Graziano, ha riunito in una compilazione organica quanto gli appariva costituire la normativa (“canoni”) della Chiesa: decisioni di concili, lettere papali, opinioni patristiche ed altre fonti, con il proposito di offrirne una raccolta coordinata per argomenti. Si trattava di un’opera non facile, a cui il monaco Graziano diede il significativo (ed augurale) titolo di “Concordia discordantium canonum”, inserendo pure – ove lo reputava necessario – alcune sue frasi (i “dicta Gratiani”) di coordinamento fra i diversi passi riportati. Questa raccolta, senza dubbio privata, incontrò vivo successo: accolta come ufficiale dalla Chiesa nella sua interezza (anche coi “dicta”), è stata per lo più detta “Decretum Gratiani” ed è la prima parte di quello che sarà poi il “corpus iuris canonici”. Poco meno di un secolo dopo, il pontefice Gregorio IX vi unì i cinque libri delle sue “Decretales”, pubblicati ufficialmente nel 1234, in cui comprese pure canoni non inseriti da Graziano nella sua raccolta, oltre a disposizioni a questa successive: si parla perciò anche di “Liber Extra”. Ai cinque libri di tale compilazione il papa Bonifacio VIII nel 1298 aggiunse un “Liber Sextus”. Sono queste le tre raccolte più importanti, o più corpose. Ad esse furono poi aggiunte le “Clementine” (una ulteriore, non ampia, raccolta effettuata da papa Clemente V nel 1314) e le “Extravagantes”, sia di papa Giovanni XXII sia “commu-

nes". Tutto questo complesso di norme (o "canoni") ha preso coi secc. XV-XVI il nome di "corpus iuris canonici" ed è rimasto in vigore nell'ordinamento della Chiesa cattolica fino al 1917.

Anche le raccolte del diritto canonico sono state ben presto studiate ed "interpretate" dai giuristi esperti del settore (gli studiosi del "Decretum" furono detti Decretisti, quelli delle "Decretales", Decretalisti). A margine di ciascuna di tali fonti si è affermata una "Glossa ordinaria", che apparirà poi nelle edizioni a stampa. Mentre inizialmente i giuristi "civilisti" trascurarono (per un certo senso di inopportuna superiorità) lo studio del diritto canonico, col sec. XIV questa limitazione cadde: Baldo degli Ubaldi, ad esempio, è sia civilista che canonista. Nelle Università gli studenti seguivano i corsi di docenti di entrambi i diritti e si laureavano "in utroque iure". Il "diritto comune" è venuto così comprendendo il diritto sia "civile" che "canonico".

Per la determinazione delle regole di questo "diritto comune" un ruolo fondamentale e decisivo rivestiva la "interpretazione" del giurista (la "interpretatio" dell'epoca era molto di più della attuale nostra "interpretazione", sia sul piano dei contenuti che su quello dell'estensione). Le norme del diritto giustiniano o del diritto canonico avevano quel significato o quel rilievo, che ad esse avevano dato o venivano dando i giuristi: quello che aveva valore non era tanto la lettera del testo normativo, quanto piuttosto l'interpretazione che di essa dava la dottrina del tempo.

Tale interpretazione aveva indubbiamente dei punti certi e sicuri, in cui si formava una "communis opinio". Col tempo, col modificarsi delle condizioni in cui i giuristi operavano, col sovrapporsi di opinioni dottrinarie ad altre, con l'estendersi dei sistemi interpretativi e della dottrina giuridica non sempre fu però facile trovare certezze ed omogeneità nei principi giuridici da utilizzare. In età moderna la pluralità di opinioni dottrinarie comportò anche incertezza e confusione nel sistema. Si cercò di ovviare a ciò riconoscendo un'autorità dottrinaria superiore ad alcuni giuristi determinati di particolare fama (ad es. Bartolo) oppure attribuendo in un certo Stato al supremo tribunale locale il compito di fissare i principi vincolanti anche per i casi successivi. Si trattò però solo di palliativi: la stessa creatività della dottrina giuridica, che aveva la funzione di aggiornare e adeguare l'ordinamento, finì nel corso dei secoli per causare con la pluralità delle sue opinioni troppe incertezze ed oscurità. Contemporaneamente l'estendersi della legislazione principesca

contribuì a complicare il sistema, che spesso quindi fu attaccato in età moderna per la sua inaffidabilità dal punto di vista della certezza e della chiarezza normativa.

Nel Settecento a queste critiche dei pratici si unirono le contestazioni della cultura illuministica, che considerò il sistema esistente irrazionale, ingiusto e privo di vero fondamento e che richiese pertanto che fosse cambiato integralmente. I tentativi di aggiornamento e di modificazione furono vari, ma non pervennero per lo più a valide soluzioni operative: solo con i codici si giungerà a voltare pagina ed a cambiare sistema.

4. I diritti dell'uomo e l'eguaglianza civile: costituzioni e codici

L'illuminismo settecentesco indusse sia il giurista che l'uomo di cultura ad interrogarsi molto più a fondo e diffusamente sull'essenza del diritto e della giustizia, sulle caratteristiche dell'ordinamento giuridico, sulle esigenze della vita associata e sulla posizione dell'uomo di fronte alla società ed all'organizzazione del 'potere': sono venuti emergendo progressivamente quei princìpi, che hanno portato nel giro di nemmeno un secolo (rispetto al lungo decorso dei secoli anteriori) alle prime carte costituzionali ed ai codici. Sia le une che gli altri sono infatti nel complesso il frutto di innovazioni maturate con la fine del Settecento, nell'arco ridotto di qualche decennio: è stata un'accelerazione molto rapida della storia giuridica, rispetto al quasi completo e secolare immobilismo precedente.

Esistono ordinamenti costituzionali anche non scritti (un esempio classico è quello inglese), ma è opinione comune che un salto qualitativo ben preciso si è ottenuto con le carte costituzionali scritte, prima in quelle ex colonie inglesi dell'America che diedero luogo agli Stati Uniti d'America, poi in Francia in seguito alla "rivoluzione" del 1789. Con la costituzione scritta si fissavano quei princìpi basilari della convivenza civile e dei diritti individuali, nel rispetto dei quali si eleggevano dei "rappresentanti" e si poteva parlare di una forma di governo legittima, se rispondente al testo costituzionale scritto: iniziava quel filone giuspubblicistico, che ha rappresentato il punto di riferimento della tradi-

zione giuridica europea sino ai nostri giorni, nonostante i tentativi di arrestarne la spinta (Restaurazione) o di comprimerne ed annullarne i valori (dittature novecentesche). Può sembrare la cosa più naturale che si viva in un regime costituzionale, con diritti individuali prestatuali; non sempre è stato così, e neppure oggi è così ovunque (ad es. Russia, Asia, Africa). Può essere forse di una certa utilità cercare di dare una minima dimensione storica alle nostre 'conquiste' odierne.

Un discorso analogo può valere per i codici, il cui valore 'politico' è ben più ridotto, ma il cui rilievo tecnico-giuridico non può essere sottovalutato. Per secoli, sin dalla prima età moderna, sono state sottolineate la complessità e l'astrusità del sistema del diritto esistente in Europa, senza che si riuscisse a trovare una soluzione adeguata: anche individuati i difetti, non se ne sapevano prendere gli opportuni rimedi, neppure da parte di principi che si venivano affermando ormai come sovrani assoluti. Dopo numerosi tentativi, realizzatisi soprattutto con il sec. XVIII, fu con i primi anni del sec. XIX che si giunse a veri codici, prima nella Francia napoleonica, poi in altri Stati d'Europa (mentre l'ambiente anglosassone vi è stato contrario). Si può discutere in dottrina sul significato di "codice", ma tutti sono concordi nel constatare che con la codificazione napoleonica è maturata l'epoca dell'eguaglianza civile, che ha segnato di sé tutto il diritto successivo, sino ai nostri giorni. Si afferma oggi che il sistema del diritto codificato è da tempo in crisi ed in fase involutiva, al punto che si parla ormai comunemente di "età della decodificazione", secondo una felice espressione coniata anni fa da Natalino Irti. Il sistema del diritto codificato, nonostante ciò, continua però ad essere largamente in uso nell'Europa continentale ed acquista adesioni negli altri continenti. Può essere quindi utile un richiamo anche sommario alle sue origini ed alle sue caratteristiche storiche, per quanto attualmente nell'Europa continentale il sistema del diritto codificato si riveli nel complesso piuttosto superato sia nelle sue risposdenze alla vita sociale sia nei suoi aspetti tecnico-giuridici.

LA RIVOLUZIONE E LA COSTITUZIONE AMERICANA

SOMMARIO: 1. Vivacità innovativa inglese. – 2. Il dibattito settecentesco. – 3. Le colonie inglesi della costa atlantica. – 4. La dichiarazione dei diritti del “buon popolo della Virginia”. – 5. La “dichiarazione dei diritti” e d’indipendenza di Filadelfia. – 6. La costituzione americana.

1. *Vivacità innovativa inglese*

Le prime dichiarazioni dei diritti e la prima carta costituzionale sono state scritte ed approvate nelle ex colonie inglesi dell’America settentrionale verso la fine del sec. XVIII. Di fronte all’assolutismo dei regnanti si era sostenuta già da tempo, specie da parte dei ‘philosophes’ illuministi, la necessità di limiti invalicabili e scritti al potere del principe. Si trattava però spesso di prese di posizione teoriche, che non sembravano in grado di giungere ad una fase operativa: la rivolta dei coloni americani nei confronti della madrepatria inglese riuscì a portarle per la prima volta a realizzazione ed a dimostrare che non si trattava solo di dotte elucubrazioni.

L’affermazione della necessità di limitare il potere del principe può trovare un’ispirazione risalente nella dottrina cristiana, ma deriva soprattutto dalle concezioni contrattualistiche e giusnaturalistiche dell’età moderna; essa trova nel pensiero di Locke un punto d’incontro e di affermazione basilare (“Saggio sul governo civile”, 1690). La lunga esperienza britannica della limitazione della Corona in seguito alla “Magna Charta” del 1215 è stata un retaggio della tradizione medievale (in cui feudali e baroni riescono a condizionare il potere del re), ma ha avuto un suo peso nell’affermarsi di secolari rapporti consuetudinari, che la

Corona inglese non è riuscita a cancellare nel sec. XVII: dopo la prima rivoluzione inglese, il parlamento prevale sul re (1649: ucciso il re Carlo I) ma porta alla dittatura di Cromwell (1649-58) e dopo la seconda rivoluzione viene eletto re Guglielmo d'Orange (1688), ma la nuova dinastia deve accettare di essere limitata nei suoi poteri dai due rami del parlamento. L'ordinamento inglese del sec. XVIII, con la sua prassi parlamentare consuetudinaria limitatrice dei poteri del re, sarà l'ispiratore a metà del secolo delle stesse opinioni di Montesquieu. I coloni americani possono aver avuto presenti queste ed altre opere ed esperienze, ma soprattutto hanno dimostrato di saper realizzare alcune delle tante proposte maturate a tavolino. Non sempre si riesce a passare dalla teoria alla pratica: ciò avvenne per il costituzionalismo con la rivoluzione americana.

Nelle ex colonie inglesi dichiarazioni dei diritti e meccanismi costituzionali si presentano spesso già congiunti. Le dichiarazioni dei diritti servono per affermare – secondo i dettami filosofici del tempo – i diritti “innati” e “naturali” dell'uomo, che nessun potere (nemmeno la madrepatria inglese!) può calpestare. Le affermazioni teoriche non hanno solo un valore ideale: servono per mostrare che il re d'Inghilterra ha violato quei diritti e che perciò sono giustificate sia la reazione al suo potere che la formazione di un ordine nuovo, rispettoso di tali diritti. Le dichiarazioni americane hanno quindi un'ampiezza particolare circa i diritti, spesso maggiore di quella poi riconosciuta a questi in alcune carte costituzionali del sec. XIX: esse sono funzionali all'abbandono di un ordinamento che non rispetta i diritti ‘innati’ (pertanto ampiamente enumerati), mentre nel sec. XIX un'enunciazione più sintetica finisce con l'essere meno impegnativa per quell'ordinamento costituzionale, che viene delineato in seguito alla loro concessione da parte del re (e che quest'ultimo può pertanto augurarsi che non trovi troppi ... intoppi da un'enunciazione particolarmente ampia ...). Per parlare solo di casa nostra, è ad esempio il caso dello Statuto albertino, che tende a minimizzare i “diritti”, ed ancor più ad ignorare che essi sono “innati”, dato che si tratta di carta costituzionale “concessa” dal re.

Tutto ciò trova una base di partenza e di ispirazione in numerose opere dottrinarie fiorite nel Settecento, alle cui istanze di fondo è necessario fare un breve cenno.

2. *Il dibattito settecentesco*

Nel sec. XVIII il dibattito europeo sull'organizzazione del 'potere' è stato molto ampio: alle numerose discussioni hanno fatto seguito anche frequenti proposte per un'impostazione dell'ordinamento pubblico su basi completamente nuove. Dalla teoria non si passò però alla pratica ...

Le concezioni giusnaturalistiche affondavano la loro base ideale nell'insegnamento cristiano e nelle limitazioni che ad ogni regnante provengono da Dio; esse sono state affiancate da altre teorie contrattualistiche, che – sviluppate da Hobbes in una prospettiva assolutistica – nella seconda metà del sec. XVII hanno trovato soprattutto in Locke un fautore di limiti invalicabili al potere del principe. Tra le opere di Hobbes (*“De cive”*, 1642 e *“Il Leviatano”*, 1652) ed il *“Saggio sul governo civile”* di Locke (1690) l'Inghilterra ha però vissuto l'esperienza traumatica delle due “rivoluzioni”, da cui è emersa l'impossibilità per la Corona di imporre ai sudditi una determinata religione non condivisa, perché tale progetto andava contro i principi stessi per cui al re era riconosciuto il potere di guidare il “suo” popolo, che quindi era legittimato anche concettualmente a resistere contro tale scelta. Mentre per Hobbes le dure necessità di sopravvivenza dell'uomo (allo stato ferino: *“homo homini lupus”* ... *“bellum omnium contra omnes”* ...) gli facevano accettare qualunque patto di soggezione al principe, purché questo gli garantisse uno stato di società in cui la sua vita era salvaguardata, per Locke invece esistevano dei diritti minimi per l'uomo, a cui egli non poteva essere chiamato a rinunciare col patto di soggezione. Fra questi, c'era la possibilità di professare la sua religione: se il re contravveniva a ciò, era legittima la cancellazione del *“pactum subiectionis”* e quindi la ribellione. Locke ha quindi posto in rilievo che se l'individuo si spogliava di alcuni suoi diritti in favore del re per vivere in società, ciò avveniva solo a determinate condizioni, sempre da verificare: il principe, che si trovava a capo dell'ordinamento pubblico per un più o meno esplicito patto sociale, ne doveva rispettare i punti essenziali (... sulla cui identificazione potevano peraltro sorgere poi in pratica non poche discussioni ...), se non voleva mettere in pericolo la stessa convivenza sociale a causa di ribellioni, possibili quindi se i governati non vedevano rispettati i principi di fondo su cui si basava la società. Il caso del re d'Inghilterra, che non aveva rispettato la religione del suo popolo e che quindi

nel sec. XVII era stato spodestato dalla rivoluzione, poteva essere emblematico, anche se implicito.

Tra Seicento e Settecento, ma soprattutto nel periodo dell'illuminismo, molti intellettuali, partendo spesso anche dall'insoddisfazione per le situazioni loro contemporanee, proposero modificazioni più o meno radicali dell'organizzazione della società, chiaramente marcata dall'assolutismo regio e dal regime del privilegio e scarsamente rispettosa dei diritti "naturali" dell'individuo, che attiravano una particolare attenzione. Si trattava di discussioni e di programmi spesso poco realizzabili nella situazione europea del tempo, basati di frequente più sulla teoria che su concrete soluzioni operative o realizzabili, ma dimostravano comunque una notevole insoddisfazione per gli ordinamenti del tempo. Si potrebbero fare molti nomi. Se ne possono ricordare almeno due: Montesquieu e Rousseau, entrambi decisamente contrari all'assolutismo regio, quale vedevano realizzato nella più potente monarchia del tempo, quella francese.

In proposito l'opera più nota del primo è "Lo spirito delle leggi" (1748), quella del secondo "Il contratto sociale" (1762). Montesquieu sembra ispirarsi alla situazione consuetudinaria inglese contemporanea, in cui il re trovava una limitazione del suo potere in quello legislativo dei due rami del parlamento (Camera dei Lords e Camera dei Comuni). I punti salienti dell'"Esprit des lois" stanno nel principio della separazione dei poteri (tre: legislativo, esecutivo, giudiziario, ciascuno dei quali deve far capo a soggetti istituzionali diversi) e nella necessità di una rappresentanza elettiva (come nella Camera dei Comuni inglese, a suffragio per lo più ristretto). Il "Contrat social" di Rousseau, fors'anche ispirato dall'esperienza di alcuni piccoli Cantoni svizzeri, insiste sulla necessità di un ben preciso "patto" fra governanti e governati (la futura "costituzione scritta" ...), vincolante per i primi e garantista per i secondi, in specie per il rispetto dei loro diritti "innati". A differenza di Montesquieu, Rousseau preferisce alle elezioni di "rappresentanti" le forme di democrazia diretta (che assicurano una maggiore partecipazione popolare) e si rivela propenso al suffragio universale, nella preoccupazione di tenere il più possibile collegati governanti e governati.

Tali opinioni erano molto distanti dalla situazione politica assolutistica settecentesca. Alcuni regnanti dimostrarono una certa disponibilità a prendere in considerazione le proposte di qualche intellettuale del tempo, fors'anche per moderare le critiche e per procedere a riforme

dall'alto, riforme che in definitiva accentuavano la posizione del principe quale sovrano 'illuminato' e purtuttavia ancora assoluto, a svantaggio dei ceti intermedi e privilegiati, poiché le riforme nel complesso tendevano a ridurre i privilegi, con un appiattimento quindi della condizione di ogni "suddito" nei confronti del sovrano. È il caso delle monarchie mitteleuropee (Prussia ed Austria) o in Italia delle dinastie dei Borbone (Parma e Napoli) e dei Lorena (Firenze e Milano), coadiuvate anche da illuministi, ma non per questo meno 'assolute' di altre. Altrove, soprattutto in Francia, la Corona non dimostrò mai sensibilità di fronte alle tesi illuministe, che quindi si presentarono sempre in opposizione ad essa.

In ogni caso, non si giunse mai, anche da parte del "riformismo" illuminato, a modificazioni istituzionali tali che potessero aprire spiragli per qualche "diritto innato" o "diritto naturale", nonché ad una riduzione effettiva dei poteri "assoluti" del re. Questo poteva predisporre anche riforme dall'alto a beneficio del "suo" popolo secondo principi umanitari o secondo valutazioni anche aperte ad istanze illuministiche, ma sempre per scelta autoritaria: altro non poteva giungere a fare. Il sistema politico del tempo si presentava nel complesso impermeabile, anche presso i sovrani 'illuminati', a quelle che venivano rivelandosi le istanze di una completa riorganizzazione costituzionale dei poteri statali e del riconoscimento di "diritti innati".

Se la situazione della 'grande' politica europea del sec. XVIII (interessata ancora alle "guerre di successione" d'ispirazione patrimoniale) poteva essere incompatibile con tali profondi mutamenti istituzionali, questi potevano trovare forse più facile realizzazione in un ambiente al margine dei grandi interessi politici del tempo, ambiente di ispirazione europea ma di evoluzione ormai parzialmente diversa, quale quello delle colonie nordamericane.

3. Le colonie inglesi della costa atlantica

Le 13 colonie inglesi del Nord America si erano costituite in modo diverso fra loro sulla costa atlantica, ma per lo più in base ad una "carta" coloniale, cioè ad un privilegio del re d'Inghilterra. Verso la metà del sec. XVIII esse avevano un ordinamento nel complesso simile, che