

Premessa

“Il potere che frena il potere”: una teoria labile

1. *Governmento bilanciato e separazione dei poteri: due tecniche costituzionali*

Il fisico Feynman, sempre preoccupato che le organizzazioni statali potessero conculcare le forme di espressione letteraria, artistica e scientifica, invece di limitarsi a garantire la libertà e il progresso, esaltava con gioia «la grande scoperta degli anglosassoni», ossia che al potere dello Stato «ci può essere un limite»¹. L'ottimismo dello scienziato non era condiviso da von Hayek. Lo scopo del costituzionalismo secentesco e settecentesco di limitare il potere non poteva dirsi raggiunto in via definitiva. Non esistevano soluzioni istituzionali valide per ogni tempo. Era un'illusione credere che una teoria, per quanto ben congegnata, potesse scongiurare in modo definitivo involuzioni autoritarie. L'arbitrio era sempre in agguato. Si poteva considerare un errore abbandonare lo sforzo per contenere la coercizione e la violenza dello Stato, credendo che il controllo democratico dell'esercizio del potere fornisse «una salvaguardia sufficiente contro la sua crescita eccessiva»².

Lo scetticismo di Hayek non può stemperare l'ottimismo di Feynman, che rinvia ad una tradizione talmente consolidata da esser divenuta patrimonio comune del pensiero democratico. L'idea di limitare il potere è ritenuta uno degli esiti più fecondi della filosofia politica occidentale, di cui ancora oggi la teoria mena vanto, sottolineando la continuità storica di un espediente che non ha perso la propria efficacia. Il concetto di un potere frenato dalle proprie articolazioni rimane uno dei «vital ingredients of Western political thought and practice today»³ e, com'è ben noto, ha assunto le due distinte forme del governo bilanciato e della separazione dei poteri. La prima si fonda sulla convinzione che ai maggiori interessi della società «must be allowed to take part jointly in the functions of government» al fine di evitare che un interesse possa imporsi sugli altri; la seconda «divides the functions of government among the parts of the gov-

¹ Feynman, 58-65.

² Hayek, 501.

³ Vile, 3.

ernment and restricts each of them to the exercise of its appropriate function». Da un lato, la ricerca dell'equilibrio sociale nell'esercizio del governo, dall'altro, poteri rigidamente separati, composti di uno specifico personale, che svolgono determinate funzioni, senza confusione di ruoli. Queste due teorie, pur essendo diverse, sono accomunate dall'obiettivo che perseguono: limitare il potere «by instituting internal checks within the government»⁴. Stato misto e separazione dei poteri si configurano come tecniche del costituzionalismo dirette a contrastare «ogni concentrazione e unificazione del potere»⁵. Sono strutturati in modo diverso, ma hanno, dunque, lo stesso fine. Il *regimen mixtum* è il più antico dei due⁶ e si può considerare «il filo conduttore della storia costituzionale inglese» e la «chiave per intendere gli sviluppi del costituzionalismo»⁷. L'orgoglio anglosassone per questa primogenitura non può essere disconosciuto. Che il *mixed government* sia diventato una guida del costituzionalismo moderno è un dato incontestabile, dal momento che con la rivoluzione inglese per la prima volta il costituzionalismo medievale basato sul re e sulle assemblee degli Stati si trasformò in quello del re in parlamento⁸. Il principio della separazione dei poteri, cui dette ampia popolarità l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, che correlava necessariamente la costituzione alla messa in atto di tale principio⁹, deve considerarsi invece un elemento fondamentale della storia francese dopo lo sbocco traumatico del 1789. Si può sostenere, quindi, con un certo grado di approssimazione, che la costituzione mista rientri nella tradizione inglese, mentre la separazione dei poteri nella tradizione francese postrivoluzionaria, ed ognuna delle due tecniche porta con sé diversi filoni teorici e diverse esperienze politiche. Più volte sono state comparate per stabilire quali delle due fosse superiore ed il confronto, nei suoi ultimi sviluppi, ha decretato la vittoria del governo misto.

Tocqueville escludeva che si potesse conservare la libertà attraverso la commistione di principi diversi nell'organizzazione dello Stato. Il regime misto gli sembrava una «chimera» e quand'anche si fosse realizzato sarebbe stato dilaniato da spinte contrarie così forti da determinare il dissolvimento o la rivoluzione della società. Soltanto un ostacolo posto dinanzi al potere avrebbe potuto rallentare il cammino, «dandogli il tempo di moderarsi». Perciò la sua preferenza andava all'«unica garanzia di libertà», la separazione dei poteri, nella sua configurazione classica: un legislativo composto in modo tale da rappresentare la maggioranza, un esecutivo dotato di «forza propria» ed un giudiziario «indipenden-

⁴ Ivi, 37-8.

⁵ Matteucci, SM, 95.

⁶ Vile, 37.

⁷ Matteucci, SM, 149.

⁸ Friedrich, 37.

⁹ Matteucci, SM, 147.

te dagli altri due»¹⁰. A dispetto di questo giudizio entusiastico, si sono, tuttavia, sprecate le critiche al principio della separazione dei poteri, soprattutto alla luce della sempre più sfumata distinzione tra legislativo ed esecutivo nelle democrazie moderne. Approfondendone il contenuto, si palesa come «un dogma ambiguo e misterioso», sia per le differenti modalità di attuazione, sia per l'incapacità d'illustrare in maniera realistica «la dinamica del potere nei nostri sistemi democratico-parlamentari». A questo bisogna aggiungere la sua scarsa incidenza pratica, confermata dall'incapacità di garantire un equilibrio tra legislativo ed esecutivo, «come venne dimostrato dalle costituzioni francesi del 1791, del 1795 e del 1848, dove l'un potere finì per distruggere l'altro». Le formulazioni di Montesquieu e di Kant sarebbero perciò inutilizzabili per comprendere sistemi parlamentari in cui alla distinzione tra esecutivo e legislativo si è sostituita la continuità di un processo politico «che ha il suo momento iniziale nelle elezioni e il suo momento terminale nell'azione del governo»¹¹. Quindi, il principio, di scarsa efficacia sul piano storico, non varrebbe neppure come criterio euristico della odierna realtà costituzionale, perché scavalcato da un'evoluzione politica ben più complessa. I moderni sviluppi del diritto costituzionale dimostravano alla fine del XIX secolo che non solo non esisteva una separazione assoluta dei tre poteri, ma anche che non era necessario che fossero precisamente tre. Infatti, guardando non al piano formale ma alla sostanza della dialettica politica, già nel periodo delle monarchie parlamentari il quadro appariva ben diverso dalle enunciazioni delle carte fondamentali, con un Capo dello Stato inidoneo a controbilanciare l'azione esorbitante di camere elettive sorrette dalla credenza che rappresentassero «l'universalità dei cittadini» e con una magistratura «proclamata a parole uno dei poteri fondamentali dello Stato», ma ridotta in realtà «ad essere un ramo della burocrazia dipendente dal Gabinetto ligio alla maggioranza della camera elettiva»¹². La triade composta da esecutivo, legislativo e giudiziario può offrire solo un'idea approssimativa di costituzioni moderne in cui il «il bicameralismo è meno frequente» e i giocatori sono molto più numerosi dei tre tradizionali, come ad esempio la Corte costituzionale, oppure un esecutivo sdoppiato tra i poteri sostanziali attribuiti al presidente e al governo, «i quali competono così con il Parlamento e l'uno con l'altro»¹³. A ben guardare, la chiave interpretativa migliore per cogliere la realtà moderna era proprio il *regimen mixtum*. L'idea base della libertà borghese si fondava sulla libertà del singolo di fronte allo Stato e su un potere statale diviso e racchiuso «in un sistema di competenze circoscritte»¹⁴. Quindi, la «protezione dei cittadini dall'abuso del potere statale»,

¹⁰ Tocqueville, DA, 257-9.

¹¹ Matteucci, C, 272-4.

¹² Mosca, 126.

¹³ Elster, 213.

¹⁴ Schmitt, DC, 173.

la creazione di «garanzie contro gli interventi statali», l'introduzione di «ostacoli nell'esercizio del potere statale»¹⁵, costituivano «l'elemento in sé autonomo e concluso dello Stato di diritto» che si andava ad unire «con elementi politico-formali [...] disparati (democrazia, monarchia, aristocrazia)». Per questo motivo la costituzione dello Stato borghese di diritto era «innanzitutto una costituzione mista», nel senso che gli ordinamenti statali moderni si basavano sempre «su un'unione e mescolanza di principi politico-formali diversi»¹⁶.

Che il setaccio della storia abbia scartato la separazione dei poteri, sancendo la superiorità del governo misto, è una tesi su cui esiste un'ampia intesa. La dottrina che connetteva nell'organizzazione del potere elementi monocratici, aristocratici e democratici continua a conservare una evidente continuità nel pensiero politico occidentale. Non a caso, a distanza di due millenni dalla sue prime formulazioni, «le odierne democrazie occidentali non sono in fondo altro che variazioni, ben s'intende arricchite di altri elementi riguardanti la limitazione del [...] potere, di quell'antica idea». Ed è proprio in questa tradizione plurisecolare che ha «in fondo le sue principali radici l'ingegneria istituzionale dell'Occidente»¹⁷. L'indeterminatezza dei suoi elementi costitutivi ha permesso al *mixed government* di avere «una tenuta maggiore rispetto alla moderna teoria della divisione/separazione dei poteri», ormai diffusamente screditata tra i costituzionalisti. Infatti, la teoria trinitaria di legislativo, esecutivo e giudiziario «oggi non regge più», rivelandosi «un'utopia dottrinarica», dal momento che legislativo ed esecutivo non possono più essere «separati né in senso personale né in senso funzionale»¹⁸. E un'ulteriore conferma della saldezza teorica del principio si è avuta con le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, che hanno definito un governo «limitato» da una legge fondamentale in grado con il controllo giudiziario della costituzionalità delle leggi di tutelare i diritti dell'individuo in modo più efficace della tradizionale garanzia offerta dalla separazione dei poteri¹⁹.

Discostandosi dal terreno delle proiezioni attualizzanti e delle classifiche di valore, potrebbe essere però più interessante non procedere ad una comparazione dei due modelli, ma alla verifica sul piano storico del grado di efficienza di ciascuno di essi, isolato nel suo contesto d'elezione, Inghilterra e Francia, con la doverosa precisazione che il governo misto riguarderà anche la Francia fino alla Rivoluzione, prima che il principio della separazione dei poteri s'innervasse sul mutato scenario politico d'oltralpe. Alla domanda se le due teorie abbiano davvero funzionato nei paesi che hanno originato le famiglie giuridiche della *common law* e della *civil law*, la ricostruzione storica non può che dare una risposta

¹⁵ Ivi, 63-4.

¹⁶ Ivi, 267-8.

¹⁷ Portinaro, LI, 151.

¹⁸ Ivi, 167-8.

¹⁹ Matteucci, L, 39.

negativa. Le simmetrie spezzate così di frequente, i periodi intermittenti di conflittualità e le squilibrate ricomposizioni segnate da vantaggi e svantaggi dei soggetti istituzionali in campo, rendono queste teorie più simili ad aspirazioni ideali che a concreti meccanismi di difesa dall'arbitrio del potere. In breve, i fatti storici non le validano.

2. *Governo misto: la costruzione teorica ed il modello inglese*

L'idea della costituzione mista fu formulata da molti autori ed ha esercitato «un'immensa influenza sulla teoria politica», al punto che è stata sempre avvertita come un «regime perfetto» per la sua stabilità e per non esser «soggetta a usura»²⁰. Il concetto, espresso già dagli scrittori dell'antichità, è che monarchia, aristocrazia e democrazia hanno la tendenza a degenerare «nelle rispettive tre forme cattive», tirannia, oligarchia e demagogia. Per evitare che questo avvenga è necessaria la costituzione di un governo «che risulti da una mescolanza o reciproca integrazione o addirittura fusione delle tre forme buone». Ed il punto di riferimento obbligato nella discussione sui pregi e sui difetti del governo misto sarà la costituzione di Sparta²¹, indicata da Platone nelle *Leggi* come «il paradigma di una forma mista di costituzione»²². Per il filosofo greco monarchia e democrazia erano due forme di governo che dovevano prendere «dall'una e dall'altra, se nella città deve regnare la libertà, l'unione, la saggezza»²³. Per questo motivo la costituzione di Sparta rientrava nel novero delle «vere costituzioni», laddove altre realtà politiche presentavano lo spettacolo di «agglomerati di cittadini, una parte dei quali esercita il potere, l'altra serve e ogni agglomerato piglia nome dalla parte che signoreggia». Invece, e in questo risiedeva la sua superiorità, era difficile dare una definizione unitaria della costituzione spartana, che presentava insieme i caratteri della democrazia, dell'aristocrazia e della monarchia²⁴. Platone ritiene che sia opportuno preservare «la natura plurale della *pòlis*», perché quest'ultima priva di una dimensione comunitaria si sarebbe trasformata in «un campo di battaglia in costante stato di allerta». Il governo misto, quindi, determinando «un equilibrio, una reciproca *balance* fra più governanti» avrebbe evitato i rischi connessi ad un potere monocratico: «tracotanza e violenza e rifiuto di ogni rendiconto»²⁵. Anche per Aristotele la *politia* deve essere «una mistione di oligarchia e di democrazia»²⁶ e la sintesi si può realizzare

²⁰ Cedroni, 7-8.

²¹ Bobbio, GM, 491-2.

²² Cambiano, PG, 17.

²³ Platone, 54.

²⁴ Ivi, 107-8.

²⁵ Bontempi, 23.

²⁶ Aristotele, 190.

o prendendo «le prescrizioni legislative di entrambe le costituzioni» oppure prendendo «il medio di ciò che entrambe le costituzioni prescrivono». Il segno della buona combinazione di democrazia e oligarchia si ha quando la costituzione «stia al centro giacché allora ciascuna delle due forme estreme si riconosce in essa»²⁷. L'obiettivo è una «medietà effettiva» che valorizzi «al meglio i due estremi, conservandoli»²⁸, al fine d'impedire «che tutti deliberino su tutto come desidererebbero i sostenitori della democrazia»²⁹. Sia Platone che Aristotele vedono quindi nella forma mista «il regime maggiormente praticabile»³⁰.

Celeberrime le riflessioni di Polibio, saccheggiate a piene mani da innumerevoli autori. Riunire i pregi di diversi sistemi politici comportava che ciascuno potesse neutralizzare gli altri, dando vita ad un lungo equilibrio politico, «a guisa di nave che vince la forza di un'opposta corrente»³¹. I modelli cui guarda Polibio sono Licurgo e la costituzione spartana, ma soprattutto la costituzione romana formatasi «attraverso grandi lotte ed agitazioni»³² e fondata sulla partecipazione congiunta al potere di diversi organi, tanto che non sarebbe stato possibile affermare con sicurezza se fosse stata aristocratica, democratica e monarchica. Consoli, Senato e popolo formavano uno stato misto in cui ciascuna forza non prevaleva sulle altre, ma tutte insieme cooperavano in una situazione di equilibrio, e questo era il segreto che aveva permesso a Roma di diventare irresistibile e di conquistare ogni obiettivo propostosi. Nessuna parte era autonoma e, condizionata dalla presenza delle altre parti, non eccedeva la propria competenza né oltrepassava «la misura». Gli organi della costituzione romana rimanevano nei limiti prescritti perché temevano «la sorveglianza degli altri», che ne impediva sul nascere ogni impulso aggressivo³³. Nell'evoluzione ciclica delle costituzioni, che vede la monarchia degenerare nella tirannide, l'aristocrazia nel potere oligarchico, la democrazia nella oclocrazia, Polibio esalta il sistema di equilibri e contrappesi del governo misto come uno dei pochi rimedi capaci di arginare in qualche modo l'inevitabile instabilità delle forme politiche³⁴. La suggestione esercitata da queste famose considerazioni troverà conferma soprattutto in Machiavelli, che le riprenderà sempre con riferimento a Sparta e all'esperienza romana. I motivi classici sono ricorrenti. Esaltazione della mistura di principato, ottimati e governo popolare, «perché l'uno guarda l'altro», ed elogio delle incarnazioni della teoria del governo misto: Licurgo che con la sua costituzione

²⁷ Ivi, 192-3.

²⁸ Vida, 54.

²⁹ Pacchiani, 27.

³⁰ Cedroni, 25.

³¹ Polibio, 164.

³² Ivi, 165.

³³ Ivi, 166-71.

³⁴ Thornton, 87-118.

«fece uno stato che durò più che ottocento anni», e Roma, che con i consoli, il senato ed i tribuni della plebe, divenne una repubblica perfetta, «rimanendo mista»³⁵. Il governo misto misura la propria superiorità dalla «compresenza dei tre modi buoni» rispetto al governo semplice «che prescrive di affidarsi a uno solo di essi»³⁶.

A conferma della sua grande forza d'attrazione, la teoria, dopo questi iniziali apporti, continuerà ancora a lungo ad esser al centro del pensiero politico attraverso continue variazioni sul tema. Nell'esame del governo misto, inteso come «la costituzione politica migliore», di cui la repubblica romana era l'incarnazione perfetta, Cicerone «si muove tra l'influenza di Platone e Aristotele, da una parte, e la discussione di Polibio, dall'altra»³⁷. La *concordia*, motivo centrale delle sue riflessioni, può essere assicurata solo dal governo misto, che è «sintesi temperata tra *imperium* del Senato e *libertas* del popolo»³⁸. E anche dopo la fine della repubblica il modello non perderà il suo fascino. Elio Aristide individua nel governo misto «le ragioni della egemonia mondiale dei Romani», mentre Cassio Dione si dichiara convinto che solo la «collaborazione tra *princeps* e aristocrazia senatoria» possa essere la «soluzione per la salvezza e la conservazione dello Stato»³⁹. Anche il pensiero cattolico farà proprio questo paradigma, reinserendolo nella teoria politica «dopo una lunga assenza»⁴⁰. Tommaso nella *Summa* sostiene che la mescolanza di monarchia, aristocrazia e democrazia sia l'«unica soluzione costituzionale in grado di temperare il potere del re così da impedirgli di trasformarsi in tiranno»⁴¹. Il modello dell'Aquinate, ripreso con sfumature diverse anche da Pietro di Alvernia e da Tolomeo da Lucca, «si configura come un *regimen commixtum*, all'interno del quale ciascun elemento mitiga gli altri»⁴², un regime reso «ottimo» proprio da questa commistione di diversi elementi politici⁴³.

Nel tardo medioevo «la geografia tipologica della mistione, dopo Sparta e Roma, si arricchisce di un altro luogo, Venezia»⁴⁴, e dall'umanesimo fino all'età contemporanea la teoria del governo misto ha un richiamo così irresistibile da indurre molti scrittori ad elevare al rango di modelli politici gli Stati che avevano provveduto ad attuare il *regimen mixtum*, oppure a proporre riforme costitu-

³⁵ Machiavelli, DP, 13-5.

³⁶ Raimondi, 49.

³⁷ Roberto, 122.

³⁸ Ivi, 137.

³⁹ Ivi, 144-53.

⁴⁰ Simonetta, 172.

⁴¹ Ivi, 164-5.

⁴² Ivi, 173-80.

⁴³ Merlo, 35.

⁴⁴ Cedroni, 49.

zionali per adeguare le organizzazioni statali al tanto decantato paradigma⁴⁵. Il *De magistratibus et republica Venetorum* di Gaspare Contarini, uscito postumo a Parigi nel 1543, ma redatto a più riprese tra il 1522 ed il 1534, e la *Repubblica de' Viniziani* di Donato Giannotti, elaborato tra il 1526 ed il 1530⁴⁶, che esaltano la combinazione armonica dell'autorità regia del Doge, del potere degli ottimati, rappresentato dal Consiglio dei Dieci, e del Consiglio Maggiore, espressione dello Stato popolare⁴⁷, sono i testi che in virtù della loro fortuna editoriale contribuiscono a creare il mito di Venezia, quale migliore esempio del governo misto, e a «diffonderlo su scala europea». Sono opere che non solo testimoniano la ricezione della *Politica* di Aristotele nella riflessione politica del Rinascimento, ma anche quanto fosse imprescindibile dal tema del governo misto il riferimento «a un esempio-guida», Sparta, Roma, Venezia. Quest'ultima diventerà ben presto il modello preferito, quando a partire dagli inizi del XVI secolo la descrizione del sistema costituzionale della Serenissima sarà posta al centro delle riflessioni sul governo misto, diventando anche all'interno della stessa Venezia «una delle maggiori tendenze del discorso politico, sebbene non manchino voci critiche che il governo censura e soffoca»⁴⁸. Accanto a Venezia andrà a collocarsi ben presto anche la monarchia inglese, e le due realtà costituzionali saranno indicate come paradigma perfetto «per la loro eccezionale stabilità»⁴⁹.

L'Inghilterra, riconosciuta da tutti come mirabile esempio dello Stato misto, gradisce esser oggetto di tanta ammirazione da parte degli osservatori stranieri, si vanta del *mixed government* di re, *Commons* e *Lords*; i giuristi, da Fortescue a Starkey, Ponet, Smith, Aylmer, solo per citarne alcuni, esaltano unanimi la fedeltà del sistema costituzionale al principio del *King in Parliament*; la *balance* è sbandierata di continuo come contrassegno dell'eccellenza politica inglese, persino quando il crescente rilievo dei partiti politici nel XIX secolo imporrà un inevitabile riassetto dei vecchi equilibri. L'orgoglio è alimentato anche dal confronto vincente con il modello francese. Quando, agli inizi del 1793, il Mediterraneo diventa il teatro del conflitto tra l'Inghilterra di Pitt e Fox e la Francia rivoluzionaria, lo scontro politico si tramuta ben presto nella contrapposizione tra il paradigma costituzionale inglese, già mitizzato dalla pubblicistica continentale, e l'assolutismo instaurato da Bonaparte, e la *English constitution* viene a configurarsi nell'ambiente mediterraneo e nell'Europa continentale come «un deposito, una specie di arsenale, quasi una cava a cielo aperto dalla quale estrarre principi, prassi, istituti da utilizzare nel dibattito politico-istituzionale e da attivare nel concreto». L'approdo del modello inglese nel Mediterraneo, Malta,

⁴⁵ Bobbio, GM, 492-3.

⁴⁶ Cedroni, 52.

⁴⁷ Bobbio, GM, 493.

⁴⁸ Gaille-Nikodimov, 63-5.

⁴⁹ Bobbio, GM, 493.

Sicilia, Isole Ionie, Corsica, deriva non solo dall'impegno politico di Londra, ma anche dal richiamo fascinoso di un sistema che aveva saputo comporre armonicamente gli interessi sociali attraverso l'equilibrio, già esaltato dalla pubblicistica inglese, da Bolingbroke a Hume, fra i *landed interests* ed i *trading interest*. Con la crisi rivoluzionaria nel Mediterraneo il meccanismo del *King in parliament* apparirà in Europa come la soluzione costituzionale idonea a garantire una mediazione «fra le istanze aristocratiche e quelle della nascente borghesia»⁵⁰.

Ma ad un esame più attento la *english constitution*, nonostante il successo che l'accompagna sul piano internazionale, non presenta la dimensione armonica descritta in termini encomiastici, ma una *partnership* tra i soggetti istituzionali segnata da convulsioni, strappi e fratture tali da mettere in dubbio il vecchio postulato che soltanto il *mixed government* fosse in grado di assicurare la stabilità di un sistema politico.

3. La separazione dei poteri: la costruzione teorica e il modello francese

Secondo Montesquieu per evitare l'abuso del potere è necessario che «il potere freni il potere», e a tale scopo si presta bene la separazione di legislativo, esecutivo e giudiziario. A sua volta il legislativo si divide in due parti e «l'una terrà a freno l'altra grazie alla reciproca facoltà di impedire». Entrambe sono vincolate dall'esecutivo, così come l'esecutivo è vincolato dal legislativo ed entrambi gli organi devono procedere di concerto⁵¹. La teoria di Montesquieu è ambigua, come si spiegherà oltre. Unisce separazione dei poteri e stato misto, assegnando alla *balanced policy* una posizione defilata e rimarcando il ruolo moderato dell'aristocrazia nel governo inglese, uno dei tanti fraintendimenti che contribuirà al mito di un *Esprit des lois* arruolato dagli illuministi ma anche dai *robins* e destinato a molteplici usi, dalla legittimazione dei *Parlements* alla convocazione degli Stati generali, dalla costituzione americana alle carte fondamentali francesi.

Il problema della separazione dei poteri appare impostato in modo molto più nitido da Kant. La «volontà generale unificata» si ramifica nel legislativo, nell'esecutivo e nel giudiziario, e nel legislativo si riassume la «volontà collettiva del popolo». I tre poteri sono coordinati fra loro, ma anche subordinati l'un l'altro affinché non siano usurpate le rispettive funzioni ed ogni suddito sappia «ciò che gli spetta di diritto». Nessuno di essi può invadere il campo degli altri e nel loro insieme la «potestas legislativa, esecutoria, iudiciaria» conferiscono allo Stato (*civitas*) quell'autonomia mediante cui «forma e mantiene se stesso secondo le leggi della libertà»⁵². Si tratta della divisione dei poteri attribuiti a diffe-

⁵⁰ Ricotti, XII-XXIII.

⁵¹ Montesquieu, SL, I, 276-88.

⁵² Kant, MC, 142-8.

renti titolari con competenze stabili in cui Weber notava un «elemento di calcolabilità nel funzionamento dell'apparato autoritario [...] favorevole alla razionalizzazione (formale) dell'economia»⁵³.

La Francia fino alla rivoluzione è uno Stato misto, condividendo con l'Inghilterra l'ideale della costituzione mista dominante in Europa fino alla metà del XVIII secolo, cui «si affidò il compito di moderare la monarchia, di renderla *potestas temperata*»⁵⁴. Accanto ai tanti giuristi, come Du Moulin, de Grassaille, de Bourg, Budé, Rebuffi, La Perrière, che riconoscono la supremazia del monarca, assegnando agli ufficiali soltanto la delega di una prerogativa regia che rimane intatta nella sua indivisibilità intangibile, si colloca il filone rappresentato da Seyssel, du Haillan, Pasquier, e dalla letteratura ugonotta, che descrive in modo ben più realistico una monarchia temperata dalla presenza dei Parlamenti e degli Stati Generali. Dopo la soppressione di questi ultimi nel 1614, che erano sempre stati un organo di scarso profilo istituzionale, resteranno in campo solo i parlamenti, che, attraverso il *droit de remontrance*, la prassi ormai fissata della venalità delle cariche e l'ideale eroico del magistrato di culto idoneo a contrastare l'arbitrio regio, apriranno una lunga stagione di lotte con la corona, fino a quando entrambi saranno spazzati via dallo sbocco traumatico dell'Ottantanove e dall'idea di una rappresentanza unitaria del corpo sociale, combattuta, almeno nelle fasi concitate della rivoluzione, tra la scelta di un mandato imperativo o fiduciario, oscillazione che ancora oggi, in una fase di reviviscenza dei populismi, conserva una sua indubbia attualità.

Con la Dichiarazione dei diritti la scelta è netta a favore della separazione dei poteri. L'art. 16 sancisce che una società priva di questo principio non ha una costituzione. L'ipotesi di un governo misto fondato sul modello inglese venne scartata per la sua capacità d'intaccare la natura indivisibile della sovranità sia dal fronte conservatore, legato all'idea dell'antico *Estat Royal*, sia da quello progressista, affascinato dal dispotismo legale proposto dalla fisiocrazia. Il gruppo monarchico-costituzionale favorevole, sia pure con molte esitazioni e fraintendimenti, alla soluzione "inglese", fu subito sconfitto dalla montante e implacabile opposizione della pubblicistica democratica, timorosa che l'esaltazione di Montesquieu dei corpi intermedi potesse assicurare «l'antica rendita di posizione istituzionale del clero, della nobiltà, dell'aristocrazia togata». La polemica contro lo Stato misto, espressa con durezza da molti esponenti del Terzo Stato, da Brissot a Roederer, Rabaut de Saint-Étienne, Kersaint, Barnave, era riassunta da Grouvelle nel suo *De l'autorité de Montesquieu dans la Révolution présente*: il vecchio schema cetuale della società appariva incompatibile con un *droit public* chiamato a rendere omogenea la società francese. Nel 1791, Destutt de Tracy, in un libello di replica alle *Reflections on the Revolution in France* di Burke, demoliva «la tanto magnificata "balance des forces des ordres séparés"» rappresenta-

⁵³ Weber, ES, 279-81.

⁵⁴ Fioravanti, C, 12.

ta dall'Inghilterra, perché il dispotismo ministeriale, favorito dal sistema dei partiti e dalla «composizione viziosa del parlamento» era diventato «une partie intégrante de la Constitution», una «seconde chambre dans celle des Communes». Nel 1794 Lachervardière, nel suo *Discours sur la Constitution et le Gouvernement d'Angleterre*, presentato alla *Société des Jacobins* di Parigi, nel descrivere dettagliatamente il sistema inglese arrivava alla conclusione che la bilancia dei poteri si risolvesse nell'arbitrio del potere monarchico. Il sovrano opponeva il suo diritto di veto ad una camera bassa che esprimeva solo interessi parziali essendo composta dal ceto proprietario, mentre i *Lords* ed i giudici erano «docili strumenti della corte», e questo confermava che il modello politico d'oltremarina era «un semplice mascheramento di una variante europea del “dispotismo orientale” tante volte denunciato da Montesquieu»⁵⁵. E questa posizione era pienamente condivisa da Condorcet. Nelle sue *Idées sur le despotisme* vedeva il limite del modello inglese nella «résistance mutuelle» dei poteri, negli odi intestini dei partiti politici, che richiamavano alla mente «la conflittualità permanente degli antichi conflitti religiosi», proponendo in alternativa una procedura democratica in grado di rappresentare in modo armonico l'interesse generale della nazione⁵⁶. Alla sovrana assemblea dei rappresentanti ed al popolo sovrano di Rousseau appariva sgradita la prospettiva «di essere bilanciati da altri poteri»⁵⁷. L'idea di un governo misto, in cui il potere supremo del legislativo è diviso tra i contrappesi del popolo, dei nobili e del re, a cui inizialmente con la costituzione del 1791 era stata fatta una notevole concessione attraverso il veto sospensivo del monarca⁵⁸, naufragherà definitivamente con il progetto girondino e la Costituzione del 1793 fondati sul principio della separazione assoluta dei poteri. L'obiettivo dell'equilibrio sociale affidato al bilanciamento viene scartato e a seguito della rinuncia alla divisione del potere legislativo solo il popolo è sovrano e tutte le autorità esecutive sono subordinate al Corpo legislativo⁵⁹.

I due grandi discorsi pronunciati da Sieyès alla Convenzione durante la discussione della costituzione dell'anno III illustrano perfettamente i motivi del rifiuto del modello inglese. Al *système de l'équilibre* degli anglofili, che basava i limiti del potere sul «meccanismo spontaneo dei contropoteri», pensando che i freni interni fossero più efficaci di quelli esterni, si deve opporre il *système du concours* o *de l'unité organisée*, che stabilisce i rapporti fra esecutivo e legislativo non nei termini «della *balance* o della mano invisibile istituzionale, bensì della specializzazione e della divisione del lavoro». Contro il liberalismo dei contropoteri Sieyès esalta il «liberalismo della regola», ritenendo che il *système de contrepoids* si affidi «al gioco spontaneo dei contropoteri proprio per il fatto di non

⁵⁵ Di Rienzo, 113-5.

⁵⁶ Ivi, 116.

⁵⁷ Fioravanti, C, 24.

⁵⁸ Troper, SP, 173-81.

⁵⁹ Ivi, 197-213.

aver previamente limitato la somma totale del potere»⁶⁰.

Ed è sempre l'avversione per la *balanced policy* a spiegare il rigetto dell'esperienza costituzionale americana, che pur aveva richiamato l'interesse dell'*élite* intellettuale francese, stimolando «l'inflazione di temi americani in lingua francese», entrati prepotentemente nel dibattito politico e valutati con cura in vista di una possibile trasposizione dell'esperienza americana nel differente contesto statale⁶¹. Dal 1776 libri e relazioni di viaggio testimoniano, infatti, l'ammirazione per un paese avviato ad affrancarsi dalla «vecchia e corrotta Europa», e in molti *salons* parigini si svolge «un'attiva opera di propaganda, d'incoraggiamento, di diffusione di testi e documenti filo-americani»⁶². È un fervore destinato a spegnersi dinanzi alla forte idiosincrasia per il governo misto. A parte la «superficialità saccente» con cui Mably nelle sue *Observations sur le gouvernement et le lois des États-Unis d'Amérique* del 1784 aveva dispensato ammonimenti accolti con durezza in America, si può ricordare anche la traduzione francese del testo del radicale inglese Richard Price, *Importance of American Revolution*, ad opera di Mirabeau, accompagnata da un saggio in cui il conte esortava gli americani a non seguire la costituzione inglese «così complicata per la bilancia dei poteri». Ed altrettanto degna di rilievo è la campagna ostile avviata da Condorcet contro John Adams, polemizzando con toni netti contro *A Defence of the Constitutions of America* ed il *Federalist*, entrambi tradotti in francese nel 1792⁶³. Prima e dopo la rivoluzione francese il bilanciamento del modello inglese recepito in America continuerà ad esser giudicato in modo negativo. Turgot, in una lettera a Richard Price del 22 marzo 1778, pubblicata sette anni più tardi, nel 1785, pur considerando il popolo americano come «la speranza del genere umano», rimproverava ai *leaders* statunitensi l'adesione alla *balance of powers* del sistema inglese, modellando le istituzioni sull'equilibrio presente in Inghilterra di re, *Commons* e Camera Alta, senza avvedersi che la «molteplicità di corpi» non riconduceva ad unità la nazione⁶⁴. Era stato sufficiente che il giurista normanno Jacques Guillaume Thouret, destinato a diventare membro influente del secondo *Comité de Constitution*, usasse nel dibattito alla Costituente sul corpo legislativo e sul veto regio il termine «contrepoids» per esser liquidato sommariamente, insieme al suo referente americano, da Barère: «la balance des pouvoirs [...] réamenagée récemment par monsieur Adams, a perdu tout son ancien crédit près les bons esprits»⁶⁵.

Dopo l'accantonamento della possibile adozione del modello inglese e americano comincerà per la Francia, al termine del lungo periodo delle tensioni e

⁶⁰ Barberis, 101-2.

⁶¹ Martucci, SU, 67-9.

⁶² Moravia, 78-9.

⁶³ Matteucci, RA, 230-1.

⁶⁴ Martucci, SU, 64-6.

⁶⁵ Ivi, 73.

degli scontri nello Stato misto d'antico regime, un incerto sviluppo costituzionale segnato dalla perdurante oscillazione tra legislativo ed esecutivo e dal continuo rinnovarsi delle fasi costituenti, che si chiuderanno solo con la svolta gollista della repubblica semipresidenziale. Inghilterra e Francia troveranno al termine di percorsi costituzionali diversissimi, accompagnati da continui attriti nella definizione di un potere circoscritto, un punto di contatto nella modernità mediante la soluzione della tecnodemocrazia, basata sullo «sviluppo dell'esecutivo e il declino del parlamento» e destinata a superare la vecchia democrazia liberale⁶⁶.

Di tutto quel che è stato qui sommariamente prospettato, nelle pagine seguenti, si tratta, con l'analisi estesa delle principali vicende costituzionali inglesi e francesi. Lo sguardo rivolto ad uno dei temi centrali della storia giuridica e politica europea non ha ovviamente la pretesa di esser esaustivo e di offrire risposte definitive, ma persegue il ben più modesto scopo di comprendere le diverse forme assunte dai fragili equilibri costituzionali predisposti a salvaguardia del pluralismo politico.

⁶⁶ Duverger, GD, 179.

I.

Dal King in Parliament al prime minister

1. Checks and balances

Nella *Magna Carta*, simbolo delle libertà inglesi e della supremazia del diritto sulla tirannia dello Stato, è stata rilevata l'influenza del diritto romano-canónico in merito alla necessità di una larga condivisione delle scelte politiche fondamentali. I celebri capitoli XII e XIV, secondo cui non si possono imporre tributi se non con il consenso generale, attraverso un consiglio che vede la partecipazione congiunta del re, degli arcivescovi, degli abati, dei conti, dei baroni maggiori e dei proprietari terrieri, costituiscono un nesso evidente con il principio coevo di diritto canonico di un potere sovrano legittimato ad agire solo con il consenso dei sudditi; nel *Decretum* di Graziano la Chiesa è governata «dal consiglio dei loro fratelli» (D. 95 c. 5) e le elezioni vescovili sono indette solo «con il consiglio dei loro fratelli» (C. 16 q. 2 c. I). Il rapporto di specularità è considerato forte e profondo da molti e consistenti filoni storiografici: i concetti e il linguaggio utilizzati nella *Magna Carta* sarebbero apparsi familiari «a qualsiasi monaco o ecclesiastico»¹.

Questo passaggio decisivo rappresenta la formalizzazione iniziale di quel governo misto destinato a suscitare l'ammirazione di molti osservatori stranieri e a perdurare sino al *Great Reform Bill* del 1832. Nel *regimen mixtum* la funzione legislativa spetta congiuntamente al re, ai *lords* e ai Comuni². Il presupposto consensuale della fiscalità si risolve nel principio dei *checks and balances* fondato sulla partecipazione all'attività legislativa dei tre rami del Parlamento, Re, *Commons* e *Lords*, sintetizzato dalla celebre formula *King in Parliament* che sta ad indicare la composizione bilanciata dei tre ordini politici del Regno inglese³. È una sorta di elemento fondante indiscutibile al punto di divenire una sorta di *Leitmotiv* in grado di cogliere succintamente l'essenza del costituzionalismo inglese. Gulliver quando tesse le lodi della sua patria esalta la Camera dei Pari e la

¹ Helmholtz, 56-8.

² D'Avack, NP, XII-XIII.

³ Fioravanti, AS, 26-7.

Camera dei Comuni che «costituiscono la più augusta assemblea che si abbia in Europa e ad essa viene affidata, unitamente al re, l'attività legislativa»⁴. Il personaggio di Swift è in buona compagnia, preceduto da autorevoli giuristi impegnati già a partire dal secolo XV nello sforzo di rendere abituale, quasi domestico, presso gli inglesi il concetto del governo misto. John Fortescue, *Chief Justice* della corte del tribunale del re sotto Enrico VI, autore del *Natura legis naturae*, del *De laudibus legum angliae* e del *Governance of England*, composti tra il 1461 e il 1470, affermava che il re deve governare insieme al parlamento e che, quindi, non può legiferare al di fuori delle Camere. Thomas Starkey, cappellano di Enrico VII, nel suo *Dialogue between Pole and Lupset*, scritto tra il 1536-38, si dichiarava convinto che l'unico modo di scongiurare la tirannide fosse un re limitato nella sua autorità dal parlamento. St. German nella sua *Answer to a Letter* (1535) contrapponeva allo *jus regale*, ossia il diritto del sovrano di fare le leggi senza il consenso dei sudditi, il *jus regale politicum* vigente in Inghilterra, che permetteva di formulare leggi destinate a vincolare il popolo solo se determinate con il consenso del re, dei suoi *lords* spirituali e temporali, e dei suoi comuni. John Ponet nel suo *Shorte Treatise of politike power* (1556) precisava che nessuna decisione regale potesse esser attuata senza la partecipazione di tutti, ribadendo quanto fosse necessaria la dimensione bilanciata della sovranità. Thomas Smith, con il suo celebre *De Republica Anglorum*, pubblicato postumo nel 1583, cui arrise un grande successo nel corso del secolo XVII, indicava il supremo potere nel Parlamento, dove le camere prima approvano «e poi il re stesso in presenza di esse consente ed avalla»⁵. Il consenso scaturito dalla procedura «vien detto fermo, stabile e *sanctum*, ed è tenuto per legge»⁶. William Lambarde, nel suo *Archeion or, a Discourse upon the High Court of Justice in England*, pubblicato postumo nel 1635, sosteneva che questa struttura di governo partecipasse della stessa naturalità ed armonia del corpo umano: testa, petto e ventre esprimevano i tre poteri dell'anima, attraverso «uno squisitissimo concerto e una deliziosa melodia»⁷. Dalla metafora musicale al tropo meccanico il concetto veniva riaffermato nella sua sostanza indiscutibile da William Blackstone nei suoi *Commentaries on the Laws of England* (1765-69). Le tre diverse forze del meccanismo congiuntamente spingevano la macchina del governo «in una direzione diversa da quella che l'una o l'altra, agendo da sole, le darebbero», una direzione «che costituisce la vera strada della libertà e della felicità della nazione»⁸.

Questo modello, basato sui freni e contrappesi e diretto ad evitare possibili involuzioni autoritarie dovute alla concentrazione dei poteri, sul piano storico si

⁴ Swift, 121.

⁵ D'Avack, NP, 2-18.

⁶ Matteucci, AC, 43.

⁷ Ivi, 51.

⁸ Ivi, 170.

mantiene tutt'altro che integro, perché conoscerà continue oscillazioni al suo interno, destinate ad accentuare di volta in volta il profilo politico di uno degli elementi costitutivi a discapito degli altri. È un processo ben noto; prima il potere della corona cede alle delimitazioni imposte dal parlamento, poi si afferma la centralità delle *Houses*, ed in modo particolare dei *Commons* a partire dalla seconda metà del XIX secolo, ed infine il governo di gabinetto diventa l'organo che regge i destini dello Stato, armonizzando «i diversi poteri» e «imprimendo all'attività statale un indirizzo unico ed uniforme»⁹. È tutto un succedersi di lotte e di scontri da cui molti organi usciranno sconfitti, umiliati, a vantaggio degli altri, fino al predominio dell'esecutivo. La forza del potere passa dalla corona al parlamento e da questo al governo «che si regge sul corpo elettorale»¹⁰. Con la modernità si assiste ad un'evoluzione simile a quella francese; il governo, a dispetto della convinzione diffusa che la libertà civile potesse essere garantita solo con la sottomissione del potere esecutivo al legislativo¹¹, diventa sempre più centrale nella dinamica della distribuzione del potere, com'è dimostrato dall'esaltazione dei *leaders* e da elezioni che assumono «il carattere di plebisciti personali»¹², a conferma della posizione esclusiva goduta dal premier sia nel gabinetto, sia nel parlamento¹³. Il cesarismo rappresenta l'ultima tappa del gioco continuo degli squilibri che alterano l'equilibrio dei poteri, a dispetto di una formula che si conserva intatta solo nella dimensione teoretica. L'esecutivo sia in Inghilterra sia in Francia raccoglie la centralità che era stata delle assemblee deliberative, ormai costrette a lasciare ampia libertà d'azione al ministero e messe in condizione di non poterlo più spodestare. È vero che la separazione dei poteri affermatasi in Francia e il bilanciamento del governo misto inglese appaiono diversi; la prima deriva dalla «dissociazione del potere sovrano e dalla sua partizione in base alle tre funzioni fondamentali dello Stato, le funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria»¹⁴, mentre il secondo prevede che la funzione legislativa sia «esercitata solidamente e congiuntamente da tutte e tre le parti che compongono lo Stato», re, Lords e Comuni¹⁵. Ma questa differenza non può occultare un punto di contatto molto evidente, che è già stato rilevato in precedenza: in modi diversi si cerca di realizzare un potere che «freni il potere»¹⁶. In entrambi i casi l'equilibrio si strappa per essere recuperato con il vantaggio di uno dei termini correlati fino a quando la dinamica non si conclude con il prevalere dell'esecutivo, di un cesarismo consentaneo alle esigenze di efficienza decisionale imposte dalla complessa organizzazione delle società di massa.

⁹ Lettieri, 28-48.

¹⁰ Ostrogorski, 127.

¹¹ Ivi, 27.

¹² Ivi, 108-119.

¹³ Ivi, 133.

¹⁴ Bobbio, TF, 148.

¹⁵ Ivi, 114.

¹⁶ Montesquieu, SL, I, 274.

2. Un curioso essere anfibio

Bracton nel suo *De legibus et consuetudinibus Angliae* riassume in modo efficace un tema ricorrente della teoria politica europea del tardo duecento. Nell'ambito del *gubernaculum* il re non ha pari e meno che mai un *superior* e nessuno può contestare la legittimità dei suoi atti; in questa sfera si riconosce al sovrano «un'autorità irresponsabile ed autocratica», temperata soltanto dall'ipotetico deterrente della sua coscienza e del giudizio divino. Questa forza impetuosa, irresistibile, è fronteggiata dalla *iurisdictio*. Quest'ultima, anche se il re è la «sola fontana della giustizia», definisce un *ordo juris* che limita la discrezionalità regia, con la conseguenza che ogni provvedimento che si collochi al di fuori di questo sbarramento è da considerarsi *ultra vires*. Non si tratta di pura teoria, ma di un elemento sostanziale della lotta politica, qualora si consideri che la *Magna Carta* nasce proprio in seguito al tentativo del re Giovanni di trasgredire l'ordine legale, procedendo con la forza contro i feudatari «le cui colpe non erano state provate in giudizio»¹⁷. La debolezza del criterio distintivo risiedeva nell'impossibilità di sanzionare le eventuali violazioni dei diritti dei sudditi, volendo escludere la difficile e temeraria risorsa di una resistenza rivoluzionaria¹⁸. La labilità della separatezza poteva incoraggiare i colpi di mano della monarchia con argomentazioni pretestuose, come la ragion di Stato o il pericolo nazionale¹⁹. Nell'Inghilterra dei secoli XVI e XVII si assiste proprio allo scontro tra questi due domini, che vede la *iurisdictio* impegnata a respingere le usurpazioni del potere regio, attraverso un gioco di attacco e di difesa che indebolirà, ma non fino al punto di distruggerla, la linea di confine dei campi contrapposti²⁰. Si può dire che la distinzione di Bracton rappresenti sino alla fine del secolo XVI «la migliore guida per comprendere la costituzione inglese»: quando, come già emerge negli ultimi anni di Elisabetta, l'equilibrio tra le due sfere viene alterato dai conflitti che dividono le «varie parti del regno», si verificano strappi e lacerazioni destinati a rimettere in discussione gli assetti costituzionali²¹.

La contraddizione imputata a Bracton di aver descritto un *princeps* onnipotente e nel contempo vincolato alla legge del paese non sussiste alla luce di un re che somma in sé la dimensione teocratica e feudale. *Gubernaculum* e *iurisdictio* indicano proprio la coesistenza di questi due connotati concentrati in un «curioso essere anfibio». Il re teocratico può imporre la propria *voluntas* senza ostacoli; il re feudale, al contrario, può agire solo attraverso la consultazione e l'accordo «con le altre parti del patto feudale» in virtù della natura contrattuale

¹⁷ McIlwain, 87-95.

¹⁸ Ivi, 103.

¹⁹ Ivi, 129.

²⁰ Ivi, 110.

²¹ Ivi, 121.

dei vincoli personali²². Ed è proprio su questo terreno che diventa possibile ammettere un diritto cui fosse soggetto il monarca: la legge emanata “dietro comune consiglio dei nostri baroni” era l’esito di una cooperazione e, quindi, assumeva le caratteristiche di un contratto capace di vincolare sia il re sia i suoi naturali consiglieri²³. Se era inconcepibile andare contro il re teocratico, contro il *christus Domini* o il *vicarius Dei*, era però possibile opporsi al re feudale, perché ci si muoveva all’interno di una legge associata al feudalesimo, un freno indiscutibile per quanto essa potesse essere «ambigua, vaga e flessibile»²⁴. Il conflitto tra Giovanni e i suoi baroni s’inscriveva nella logica della duplice veste regale: l’opposizione baronale trascina il monarca nella dimensione feudale da cui si era discostato, con l’obiettivo di renderla effettiva e concreta nella regalità²⁵. Il documento costituzionale del 1215 sancisce il principio che la *lex terrae*, ossia il diritto feudale e il suo elemento contrattuale, nasce anche grazie al consenso dei baroni e lo sforzo congiunto si deve risolvere nelle regole che devono essere applicate dalle corti dei pari. Il che significava che «l’uno non poteva fare senza l’altro» e che i diritti e i doveri del re e dei baroni erano sanzionabili dal momento che esprimevano il consenso contrattuale cui venivano assoggettate entrambe le parti. Bisogna sempre rimarcare l’importanza di questo passaggio nella riflessione giuridica europea. Elevare la *lex terrae* a principio costituzionale non mediante astruse riflessioni, ma in base alla effettiva pratica di un diritto reso valido soltanto dal consenso della comunità, fu una mossa dalle conseguenze durature. Il patto concluso tra il sovrano e i baroni riduce drasticamente la funzione teocratica del re a vantaggio di quella feudale, obbligandolo ad osservare il diritto di derivazione contrattuale²⁶.

Non a caso il diritto romano non riuscì ad attecchire sul suolo inglese; rappresentava l’antitesi della *common law*, era lontano dalla *lex terrae* approvata dai baroni; il principio ulpiano *quod principi placuit, legis habet vigorem* offriva allettanti occasioni di sottrarsi alle funzioni feudali per avventurarsi «nel paradiso ultramondano della regalità». Gli effetti saranno rilevanti; a partire dal tredicesimo secolo cala l’affluenza dei discenti nello studio bolognese e la fucina dei giuristi non saranno le università ma i collegi degli avvocati. Il trentanovesimo capitolo della *Magna Carta*, che prevede la privazione della libertà, dei diritti e dei beni *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*, ostacola la ricezione dell’ideologia di governo sottesa al diritto romano. Il referente delle decisioni giudiziarie non può essere né la *voluntas* del re né il raffinato apparato concettuale dei romanisti coevi, ma «i principi deducibili dal diritto feudale»²⁷.

²² Ullmann, 193-4.

²³ Ivi, 196.

²⁴ Ivi, 198.

²⁵ Ivi, 213.

²⁶ Ivi, 215-22.

²⁷ Ivi, 222-4.

La *Magna Carta* fissa un punto che non potrà più essere superato; qualsiasi ritorno ad una monarchia esclusivamente teocratica sarà destinato al fallimento, come dimostra la crisi del 1233-4; quando il partito dei baroni muoverà ad Enrico III l'accusa di trattare i *negotia regni* nel suo consiglio privato, con l'esclusione dei suoi naturali consiglieri legati da giuramento al regno, rivendicherà con forza l'istanza di un governo bilanciato sulla base della regalità feudale, superando l'elemento ostativo della sacertà teocratica. Sarà un postulato ricorrente nella storia giuridica inglese: le parti istituzionali sono indissolubilmente legate per la natura contrattuale del vincolo feudale²⁸.

La corona finisce col diventare un'astrazione, al pari della *persona ficta*, simboleggiando l'unione tra re e comunità. L'allegoria antropomorfica viene ad essere confermata con maggiore efficacia rispetto al campo ierocratico. Nel 1337 il vescovo Grandisson di Exeter indica nel re il capo e nei pari le membra: monarca e comunità devono procedere necessariamente di concerto, perché entrambi «fanno della corona ciò che essa è». Un re feudale, limitato nelle sue funzioni, diviene sempre più preponderante, allo scopo di rendere per quanto possibile inoffensivo il re teocratico. In fondo, tutte le successive sfide lanciate dai sovrani inglesi per prevalere sulla comunità riproporranno lo schema del contrasto tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, con l'unica differenza rispetto al periodo del conflitto tra Giovanni e i baroni d'includere il *populus regni* in luogo della disarticolata comunità feudale, allargando la *communitas regni* ad altri gruppi sociali²⁹.

3. Sopra e sotto la legge

Il concetto di Bracton di una sovranità al contempo superiore e inferiore alla legge poteva apparire alla critica moderna «scolastico e inutilizzabile», ma tale non era considerato nel XIII secolo, perché si prestava ad offrire «l'unica soluzione possibile alla dualità di divino e umano entro i confini del diritto naturale e positivo»³⁰, soprattutto nell'Inghilterra del XIII secolo, dove cominciava a manifestarsi la spinta verso una «tirannia della legge» capace di assoggettare il re non solo alla *vis directiva* del diritto naturale, ma anche alla *vis coactiva* di quello positivo³¹. Non a caso il *Quod principi placuit* di Ulpiano viene temperato all'interno della visione costituzionale di Bracton: il termine *placuit* sta ad indicare non un governo regio di carattere personale, sciolto da vincoli, ma un governo impersonale, controllato dai consiglieri del monarca. Ciò che piace al principe deve piacere anche al consiglio dei maggiori per diventare legge. E il passo contenuto nel *De legibus et consuetudinibus Angliae* è davvero esplicito, laddove

²⁸ Ivi, 227-33.

²⁹ Ivi, 233-49.

³⁰ Kantorowicz, 142.

³¹ Ivi, 145.