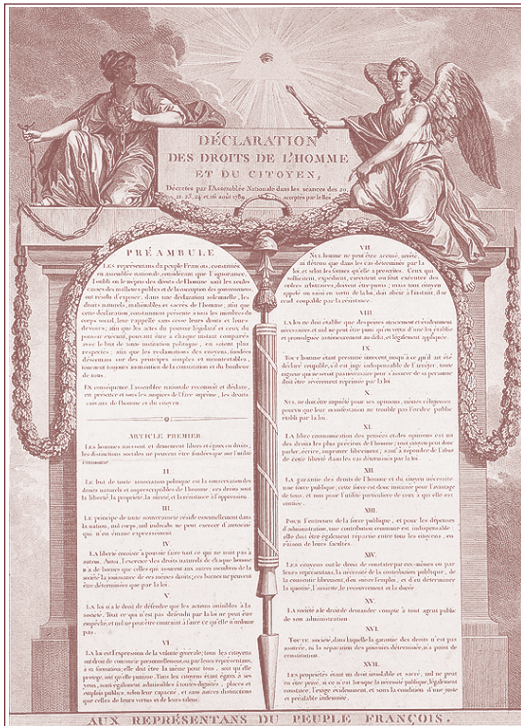


Maurizio Fioravanti

APPUNTI DI STORIA  
DELLE COSTITUZIONI MODERNE  
LE LIBERTÀ FONDAMENTALI



## PREMESSA

Com'è noto, di libertà si può discutere fondamentalmente secondo due grandi prospettive. Per riassumere in estrema sintesi, si può dire che se ne può discutere al singolare, o al plurale. Di libertà, al singolare, discutono di norma i filosofi, sul piano etico, o anche sul piano più specificamente politico, indagando sul posto che la libertà occupa nella costruzione di un certo ordine collettivo politicamente significativo. Di libertà, al plurale, *come diritti*, discutono per parte loro i giuristi, indagando sul posto che le posizioni giuridiche soggettive dei cittadini occupano all'interno di un certo ordinamento positivo, ed in particolare sulle garanzie effettive che tale ordinamento è capace di offrire. È evidente che per discutere di libertà al singolare sarebbe necessario confrontarsi con una tradizione filosofica di vastissime proporzioni, e prendere così le mosse da tempi storici assai remoti, per giungere poi al giusnaturalismo moderno, ed infine quanto meno alle dottrine liberali ottocentesche ed alle diverse correnti della filosofia politica del nostro secolo. Non è certo questa la nostra intenzione. D'altra parte, una semplice storia della dogmatica giuridica delle libertà, che ha il suo inizio – come vedremo – nella seconda metà del diciannovesimo secolo, appare, dal nostro punto di vista, troppo stretta, troppo poco significativa. Non di rado, infatti, nelle trattazioni specialistiche dei giuristi ciò che va perduto è il fatto che le libertà non sono mai il risultato automatico dei meccanismi di garanzia formalmente previsti dall'ordinamento, anche quando questi sono fissati prescrittivamente al massimo livello, nella costituzione. Ognuno di tali meccanismi – pensiamo alla rigidità costituzionale ed al controllo di costituzionalità, o anche alle norme che regolano il delicato momento del processo – vive infatti in un determinato contesto storico-sociale e storico-politico, che condiziona in modo decisivo la sua effettività pratica.

In particolare, ogni tempo storico produce la propria *cultura delle libertà*, privilegiando un aspetto rispetto ad un altro, o ponendo le li-

bertà nel loro complesso più o meno al centro della esperienza complessiva. In ultima analisi, è proprio questa cultura, dei consociati, e degli stessi poteri pubblici, che rende operative, o al contrario inefficaci, le scelte positivamente compiute dall'ordinamento a tutela delle libertà, e con esse quei meccanismi di garanzia di cui sopra parlavamo.

Dunque, al di là, e prima, del dato giuridico-formale, della dogmatica giuridica delle libertà, della analisi del diritto positivo vigente in materia di libertà, esiste il momento qualificante e condizionante di quella *cultura delle libertà* che in una situazione storica concreta si è capaci di produrre, con l'azione dei consociati e degli stessi poteri pubblici.

Per questo motivo la nostra trattazione, pur svolgendosi per intero al di fuori dell'ambito proprio della libertà al singolare, filosoficamente intesa, e pur dedicandosi dunque esclusivamente alle libertà al plurale, positivamente riconosciute e garantite da un certo ordinamento, di queste seconde esamina soprattutto il dato preliminare più generale, ovvero la cultura che complessivamente ispira la loro sistemazione in senso giuridico-positivo.

Dovremo quindi procedere nel seguente modo: dovremo prima di tutto chiederci come la nostra cultura politica e giuridica – quella che comunemente adoperiamo, e che si è variamente stratificata nel corso dell'intera età moderna – abbia giustificato ed affermato le libertà (I); dovremo poi chiederci, passando dai modelli astratti alla storia, come le grandi rivoluzioni di fine Settecento, essenzialmente francese ed americana, abbiano costruito una certa cultura, e certe dottrine, delle libertà (II); dovremo poi ancora, e finalmente, giungere ai nostri giuristi, per mostrare in quale contesto storico-culturale, nel corso dell'Ottocento, si affermi una trattazione specialistica e formalizzata delle libertà, come parte rilevante della dottrina dello Stato liberale di diritto (III); infine, dopo le rivoluzioni e l'età liberale non mancherà un terzo tempo, il Novecento, fino ad avvicinarci al nostro più immediato presente (IV).

In tutto questo discutere di teoria e storia delle libertà, siamo animati da una domanda di fondo che è bene subito confessare, e che riteniamo a tutt'oggi per niente marginale: *quale posto* occupano le libertà nella nostra tradizione culturale?

## CAPITOLO PRIMO

### LE TRE FONDAZIONI TEORICHE DELLE LIBERTÀ

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

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

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

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

## 1. IL MODELLO STORICISTICO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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