

*Laboratorio Sociologico*

*Direttore:* Costantino Cipolla (Bologna)

*Comitato Scientifico:* Giuseppe Abbatecola (Statale, Milano); Tullio Ajmone (Modena); Massimo Ampola (Pisa); Ugo Ascoli (Ancona); Bianca Barbero Avanzini (Cattolica, Milano); Enzo Bartocci (Salerno); Francesco Maria Battisti (Cassino); Ulderico Bernardi (Venezia); Giampaolo Catelli (Catania); Bernardo Cattarinussi (Udine); Roberto Cipriani (Roma); Ivo Colozzi (Bologna); Celestino Colucci (Pavia); Federico D'Agostino (Benevento); Raffaele De Giorgi (Lecce); Roberto De Vita (Siena); Paola Di Nicola (Verona); Antonio Fadda (Sassari); Pietro Fantozzi (Univ. della Calabria); Maria Caterina Federici (Perugia); Franco Garelli (Torino); Giuliano Giorio (Trieste); Antonio La Spina (Palermo); Maria Luisa Maniscalco (Roma); Stefano Martelli (Bologna); Giuseppe Mastroeni (Messina); Giacomo Mulè (Enna); Arnaldo Nesti (Firenze); Mauro Palumbo (Genova); Jacinta Paroni Rumi (Brescia); Carlo Prandi (Parma); Antonio Scaglia (Trento); Silvio Scanagatta (Padova); Ezio Sciarra (Chieti); Domenico Secondulfo (Univ. del Molise); Francesco Sidoti (Bari); Bernardo Valli (Urbino); Angela Zanotti (Ferrara).

*Corrispondenti internazionali:* Christine Castellain Meunier (Casa delle Scienze Umane, Parigi, Francia); Roland J. Campiche (Università di Losanna, Losanna, Svizzera); Jorge Gonzales (Università di Colima, Colima, Messico); Douglas A. Harper (Duquesne University, Pittsburgh, Usa); Juergen Kaube (Accademia Brandeburghese delle Scienze, Berlino, Germania); André Kieserling (Università di Bielefeld, Bielefeld, Germania); Michael King (Brunel University, Londra, Regno Unito); Norberto Lechner (Università di Flasco, Santiago, Cile); Donald N. Levine (Università di Chicago, Chicago, Usa); José Nun (Università di Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina); Furio Radin (Università di Zagabria, Zagabria, Croazia); Joseph Wu (Università di Taiwan, Taipei, Taiwan).

*Comitato Redazionale. Coordinatore:* Francesca Cremonini (Bologna).

*Area Editoriale:* Sabrina Corrao (Coordinamento); Emmanuele Morandi (Segreteria); Sara Capizzi; Cecilia Morelli.

*Area Promozionale:* Guido Giarelli (Coordinamento); Zizi Bartholini (Segreteria); Silvia Lolli j.; Ivo Germano; Antonio Maturo.

*Area Redazionale:* Annamaria Perino (Coordinamento); Silvia Lolli s. (Segreteria); Alessia Fontana; Giovanna Russo.

*Area delle Relazioni Internazionali:* Claudio Baraldi (Coordinamento); Andrea Pitasi (Segreteria); Consuelo Corradi; Giancarlo Corsi; Paula Gabriela Eleta; Daniela Migliozi; Miguel Salerno; Giuseppe Sciortino.

*Area Estetico-grafica:* Francesca Rossetti (Coordinamento); Barbara Calderone (Segreteria); Wainer Foschi; Laura Gemini.

*Area dei Servizi Mirati:* Franco Bonazzi (Comunicazioni interne); Maria Pia Bernardi (Tesoriere); Paolo Poletti (Elaborazioni statistiche); Patrizia Faccioli (Sociologia Visuale); Luigi Russo (Addetto stampa); Paolo Dell'Aquila (Servizio Info-telematico); Natale Ammaturo (Mezzogiorno).

50

# POTERE E MODERNITÀ

Stato, Diritto, Costituzione

*a cura di Alberto Cevolini*

*con un saggio di Niklas Luhmann*

**FrancoAngeli**

di Domenico Tosini

Aus der Zeit der stabilen  
Formen sind wir heraus  
Novalis

I

Le seguenti riflessioni sono rivolte alla problematizzazione di quella realtà politico-giuridica nota come *Stato costituzionale di diritto*. Tale problematizzazione ha origine dall'analisi del rapporto tra la funzione del sistema giuridico e la struttura della società moderna. Quest'analisi presuppone una caratterizzazione adeguata della funzione *sociale* del diritto. Secondo l'impostazione teorica adottata in seguito (secondo paragrafo), il diritto può essere caratterizzato come un tipo di *vincolo temporale*, per mezzo del quale viene stabilito anticipatamente e in modo controfattuale quali sono le aspettative normative valide alle quali gli attori sociali devono riferirsi: ciò che verrà indicato come stabilizzazione di aspettative normative di comportamento. Se ora si confronta tale modello del diritto con la realtà della società moderna, esso è destinato a entrare in tensione con la specifica concezione del tempo rinvenibile in questa società. Secondo tale concezione, il futuro viene assunto come un orizzonte dotato di possibilità distinte dalla realtà del passato e del presente, dalle quali, in certi casi, è considerato utile, giusto e lecito lasciarsi guidare nelle proprie decisioni, al fine di giustificare la variazione delle strutture di aspettative normative valide nel presente; ed è proprio questo ruolo accordato al futuro che comporta l'acquisizione politico-giuridica su cui concentrerò l'attenzione attraverso una serie di riferimenti alla semantica del costituzionalismo moderno (terzo paragrafo). Il *potere costituente* è questa acquisizione. L'ipotesi (quarto paragrafo) è che da tale dispositivo consegua un problema di stabilizzazione dell'ordinamento giuridico dello Stato, dovuto all'attrito tra l'idea di potere costituente e la funzione del diritto, messa in forse dalla *contingenza* che, conformemente a quel dispositivo, colpisce persino il vincolo ultimo del diritto: la costituzione. Nel contempo, l'identificazione di una palese decisione sovrana posta alla base del potere costituente permette di porre in luce la natura sostanzialmente *extragiuridica* dell'intero ordinamento.

II

Per prima cosa, è necessario fornire una caratterizzazione del diritto. Il diritto è *una* forma di vincolo temporale. Il suo modo di vincolare il tempo consiste nel decidere a quali aspettative è possibile orientarsi con la garanzia che, dinanzi alla loro eventuale delusione futura, la loro validità sarà confermata e, quindi, difesa. Questa formulazione nega che il compito del diritto, spingendosi oltre la conferma e la difesa della validità, sia diretto ad assicurare che le aspettative possano essere effettivamente realizzate *anche* in presenza di un'eventuale resistenza. Quest'ultimo compito viene qui identificato come un'attività propriamente *politica*, il cui intervento, per mezzo del potere, consiste esattamente nel far sì che le decisioni giuridiche vincolino i comportamenti. In altre parole, il diritto si limita, per così dire, a un intervento di tipo espressivo, al quale spetta ugualmente l'importante onere di decidere se la validità di un'aspettativa possa o meno essere riconosciuta come meritevole di una difesa controfattuale. Quanto detto propone, pertanto, una caratterizzazione funzionale del diritto. In prima approssimazione, limitandoci cioè alla sola dimensione temporale, possiamo allora sostenere che la funzione del diritto consiste nella *stabilizzazione di aspettative normative di comportamento*. Chiamiamo questo intervento *generalizzazione temporale*<sup>1</sup>.

A questo punto, sono subito richieste due precisazioni. Con la prima mi riferisco alla dimensione materiale delle aspettative e sostengo che propriamente giuridiche sono solo quelle aspettative che, in caso di incompatibilità con altre aspettative, possono ottenere il riconoscimento della propria superiorità. Secondo questa prima specificazione, quella del diritto è una stabilizzazione di aspettative normative *sovraordinate*<sup>2</sup>. Con la seconda precisazione mi riferisco, invece, alla dimensione sociale delle aspettative e affermo che propriamente giuridiche sono solo quelle aspettative alle quali è riconosciuta la qualità di essere vincolanti per l'intera società. Secondo quest'ulteriore specificazione, quella del diritto è una stabilizzazione di aspettative normative *collettivamente vincolanti*. La copertura politica a queste due pretese – diretta, per mezzo del potere, a rendere effettivo quello che era il loro semplice riconoscimento da parte della decisione giuridica – è custodita nel concetto politico-giuridico di *sovranità*.

<sup>1</sup> Luhmann 1977, cap. 2; 2004, cap. 3.

<sup>2</sup> La qualificazione "sovraordinate" non è impiegata come un giudizio di valore; essa ha soltanto lo scopo di segnalare la pretesa di superiorità delle aspettative del diritto rispetto a quelle di altre fonti normative concorrenti – l'equivalente giuridico della sovranità del sistema politico (e dello Stato). Insieme alla caratteristica dell'*essere-collettivamente-vincolante*, che viene di seguito menzionata, quell'attributo vorrebbe migliorare la definizione di diritto offerta da Luhmann; a mio modo di vedere, infatti, la congruenza tra generalizzazione materiale, temporale e sociale, così com'è illustrata da questo autore ed è ripresa nel testo, non esaurisce la specificità del diritto.

Ma non è tutto. Infatti, affinché si possa propriamente parlare di stabilizzazione giuridica e, quindi, fornire una compiuta definizione del diritto, bisogna segnalare due ulteriori tratti, corrispondenti a due prestazioni che richiedono d'essere necessariamente svolte. La prima prestazione interessa il contenuto della stabilizzazione (dimensione materiale). In tal caso, è necessario che la decisione su quali aspettative possano essere o meno stabilizzate sia subordinata all'accertamento o meno di una qualche compatibilità tra l'aspettativa candidata alla stabilizzazione e ciò che è già diritto valido – un'operazione, questa, che presuppone evidentemente la possibilità di precisare, da una parte, l'ambito di circostanze alle quali l'aspettativa si riferisce, ossia il tipo e il grado di astrazione che essa comporta, e, dall'altra, le procedure seguite per la sua produzione. Indichiamo questa prestazione come *generalizzazione materiale*. La seconda prestazione riguarda il consenso rivolto all'aspettativa candidata alla stabilizzazione (dimensione sociale). In questo secondo caso, compito del diritto è selezionare e, quindi, assicurare la tutela solo a quelle aspettative che possano dirsi legittimate dalle decisioni di Terzi, legislatori o giudici, a loro volta legittimati in qualche modo dalla collettività a tali decisioni. Indichiamo questa prestazione come istituzionalizzazione o *generalizzazione sociale*.

In conclusione, il diritto può essere caratterizzato come una forma di strutturazione dei sistemi sociali, la cui funzione consiste nella *stabilizzazione (o generalizzazione temporale) di aspettative normative di comportamento – sovraordinate e collettivamente vincolanti – in modo congruente alla loro generalizzazione materiale e sociale*. In ogni caso, di questa definizione si deve sottolineare la tesi centrale secondo la quale l'intervento del diritto è attivato anzitutto da un *problema temporale*. Ciò significa che il diritto è primariamente orientato a risolvere la questione di quali siano le aspettative che posso porre alla base del mio comportamento con la sicurezza che esse resteranno incondizionatamente valide.

Da questo momento, rivolgeremo l'attenzione al diritto moderno. Verrà assunta come punto di partenza la tesi secondo la quale la società moderna è un sistema di comunicazione, la cui differenziazione interna è di tipo funzionale<sup>3</sup>. Ciò indica una specifica articolazione interna alla società, consistente nella sua riproduzione nella forma di diverse prospettive comunicative, corrispondenti ai suoi sottosistemi, le cui operazioni (comunicazioni) sono dirette allo svolgimento di una specifica funzione sociale. Oltre a sottosistemi quali, per esempio, la politica, l'economia, la scienza, è possibile segnalare anche la presenza di uno specifico ambito di comunicazione, le cui strutture e operazioni sono state progressivamente differenziate, da un lato, attraverso l'assunzione in modo esclusivo della summenzionata funzione di stabilizzazione *giuridica* delle aspettative e, dall'altro, per mezzo

<sup>3</sup> Luhmann 1997, cap. 4.

della specificazione di un proprio codice binario, costituito dalla distinzione lecito/illecito, di propri programmi decisionali – per esempio, codici di procedura – e di propri ruoli, ricoperti da professionisti appositamente addestrati all'applicazione di tali programmi<sup>4</sup>. Questo ambito di comunicazione è il diritto *moderno*.

*Differenziazione del diritto* denota allora il fatto che il diritto moderno, diversamente da quello premoderno, è un insieme di processi decisionali fondati su una pretesa di autonomia decisionale, originata dal tentativo di sostituire al condizionamento di determinati vincoli normativi – per esempio, di tipo religioso – principi e procedure di nuova fattura, alle quali affidare in modo esclusivo la realizzazione di una specifica funzione sociale – quella della stabilizzazione delle aspettative normative di comportamento<sup>5</sup>. In altre parole, la differenziazione del diritto, come ogni altra differenziazione responsabile dello sviluppo degli altri sottosistemi funzionali della società moderna, potrebbe essere intesa come il tentativo di espropriare competenze, al fine di assicurarsene il monopolio. La lotta per la verità della scienza moderna contro la religione dovrebbe essere un buon esempio per chiarire in cosa consistono questi fenomeni<sup>6</sup>.

Ci rivolgiamo ora a una caratteristica cruciale della società moderna; una caratteristica che, come si vedrà, comporta conseguenze altamente problematiche per il diritto. Etichetteremo questo tratto moderno con l'espressione *variabilità o contingenza strutturale*<sup>7</sup>. Mi riferisco al fatto che, sotto la spinta di alcuni sistemi trainanti l'evoluzione della società – in particolare, l'economia – tutti i sottosistemi della società sono continuamente “in preda” all'esigenza di individuare strutture in grado di assolvere le rispettive funzioni in modo sempre più efficiente e, nel contempo, più congruente con il livello di complessità di volta in volta generato da tale evoluzione. Com'è evidente, questa perenne ricerca comporta un'apertura al futuro, ossia l'assunzione della provvisorietà delle strutture esistenti nel presente: di esse si sa solo che funzionano finché determinate decisioni non imporranno di sostituirle con altre, per rispondere in modo più efficiente alla funzione a cui sono destinate e in modo più congruente con la complessità richiesta dallo sviluppo sociale. Ne consegue che tutto ciò che esiste è mutabile e sostituibile; in una parola, è contingente: vale ora, ma non necessariamente per sempre, esattamente come molte idee, valori, ecc., della società precedenti non sono più validi per il presente<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Luhmann 2004, cap. 3; Tosini 2003a; 2006a.

<sup>5</sup> La storia di questa pretesa è strettamente intrecciata con quella della differenziazione dello Stato moderno; cfr. Stichweh 1990; Poggi 1992; Teubner 1996.

<sup>6</sup> Cfr. Stichweh 1979.

<sup>7</sup> Luhmann 1997, p. 485 sgg.

<sup>8</sup> Luhmann 1983, cap. 4; 1995, cap. 3; Esposito 2002, p. 195 sgg.

Per il diritto moderno, questo tratto della società moderna comporta l'idea, e la sua operatività nella forma di appositi procedimenti, che il diritto è mutabile: che ciò che, di volta in volta, è diritto valido viene assunto come tale in virtù di una qualche decisione; e, nel contempo, che un tale diritto, in seguito all'avverarsi di nuove circostanze, potrebbe richiedere di essere riformato o rivoluzionato, qualora non risponda più alle esigenze che l'evoluzione della società ha prodotto. In definitiva, tutto il diritto è deciso e su di esso si può sempre decidere. Il diritto moderno, quindi, è moderno non solo per la sua differenziazione, ma anche per l'auto-comprensione come struttura contingente della società e per l'assunzione interna della legge ferrea della contingenza, la quale, da una parte, permette a esso di proclamare rotture con gli ordinamenti normativi premoderni e, dall'altra, di aprirsi a possibili trasformazioni future. Com'è noto, questo fatto viene sintetizzato con l'espressione *positivizzazione del diritto*.

Come mostrerò a partire dal paragrafo successivo, il caso del potere costituente rappresenta una forma altamente problematica di radicalizzazione della positivizzazione del diritto. Di questa cruciale acquisizione politico-giuridica del costituzionalismo moderno verranno individuate alcune tra le più importanti radici dottrinali e la discussione che esse hanno suscitato. In conclusione, dall'analisi del suo ruolo nella genesi costituzionale moderna sarà possibile evincere il suo alto potenziale di destabilizzazione degli ordinamenti giuridici, dal quale dipende una profonda tensione con la funzione del diritto<sup>9</sup>.

### III

Prima di trattare la dottrina del potere costituente, è fondamentale cogliere il quadro più complessivo del costituzionalismo moderno, entro il quale tale dottrina si colloca. La prima questione è il significato da assegnare al concetto di costituzione. Devo chiarire che quella qui assunta sarà una concezione *normativa* di costituzione. Un esempio è la definizione di Giovanni Sartori: «Per noi "costituzione" significa una struttura della società politica, organizzata *tramite e mediante la legge*, allo scopo di limitare l'arbitrarietà del potere e di sottometterlo al diritto»<sup>10</sup>. In tal modo, vengono

<sup>9</sup> Un altro caso giuridico che può essere trattato nella stessa ottica è quello della responsabilità oggettiva (su questo, mi permetto di rinviare a Tosini 2002; 2003b; 2005).

<sup>10</sup> Sartori 1995, p. 23. Trattando di costituzioni, si possono distinguere quattro modelli di analisi: 1) modello *assiologico* della costituzione concepita come *ordine*; 2) modello *descrittivo* della costituzione concepita come *ordine* (artificiale); 3) modello *descrittivo* della costituzione concepita come *norma*; 4) modello *assiologico* della costituzione concepita come *norma* (Comanducci 1990, vol. I, pp. 176-184). Conformemente a questa ripartizione delle accezioni del concetto, si dovrebbe dire, per maggiore precisione, che la concezione assunta

escluse le caratterizzazioni cosiddette formali o descrittive di costituzione; cioè quelle secondo le quali per costituzione si considera semplicemente ogni ordinamento normativo fondamentale che istituisce e regola un sistema politico<sup>11</sup>.

Avendo solitamente in mente come casi corrispondenti a questa definizione quelli della carta statunitense del 1787 e delle carte francesi successive al 1789, la questione successiva è se solamente la società moderna, alla quale tali carte appartengono, possa dirsi dotata di costituzioni oppure se sia possibile parlare anche di un costituzionalismo antico; e, qualora sia attendibile la seconda ipotesi, un'altra questione è quali siano, se vi sono, le specificità del costituzionalismo moderno. In accordo con i risultati di una serie di ricostruzioni storiche, è derivata l'ipotesi secondo la quale, una volta assunta la summenzionata definizione di costituzione, anche per alcuni ordinamenti giuridici delle cosiddette società premoderne sarebbe corretto impiegare il nostro concetto<sup>12</sup>. Si è così avanzata l'idea dell'esistenza di un *costituzionalismo antico*, il quale «deve essere più esattamente definito come l'insieme dei principi volti ad affermare l'esistenza di diritti nei confronti del monarca (e ad affermare correlativamente l'esistenza di limiti al suo potere), che vennero sostenuti e praticati dal tardo Medioevo alla fine del XVIII secolo»<sup>13</sup>. La concessione della *Magna Charta* del 1215 si potrebbe pertanto considerare come una prima tappa significativa del costituzionalismo antico<sup>14</sup>.

C'è, inoltre, accordo sul fatto che tra i due tipi di costituzionalismo siano presenti differenze di rilievo. La questione diviene, pertanto, quella di portare alla luce le specificità fondamentali del *costituzionalismo moderno*, sul quale si concentreranno le nostre analisi. Prima fra tutte, deve essere messa in luce l'ambizione, da parte del costituzionalismo moderno, di superare un limite decisivo di quello antico: la mancanza di concreti interventi diretti a sanzionare la violazione dei vincoli costituzionali<sup>15</sup>. A questo proposito, sarà infatti solo relativamente tardi, a partire cioè dalla *Petition of Rights* del 1628, passando per l'*Instrument of Government* del 1653 e l'*Habeas Corpus Act* del 1679, fino al *Bill of Rights* del 1689, che verranno compiuti significativi passi avanti nella direzione della fissazione di chiari vincoli nei confronti del potere monarchico, dotati di una loro reale applicazione. Una prima acquisizione che contraddistingue il costituzionalismo

poc'anzi corrisponde al terzo modello di analisi (cfr. Dogliani 1994, p. 151). L'espressione *costituzionalismo* impiegata nella scienza giuridica ha esattamente lo scopo di contraddistinguere l'elemento normativo del nostro concetto (Rosenfeld *et al.* 2003, cap. 1).

<sup>11</sup> Cfr. de Vergottini 1990; 1999.

<sup>12</sup> McIlwain 1990.

<sup>13</sup> Dogliani 1994, pp. 151-152.

<sup>14</sup> Cfr. van Caenegem 2003, pp. 98-99.

<sup>15</sup> McIlwain 1990, p. 115.

moderno può essere, perciò, indicata come l'effettività dei vincoli costituzionali.

Ma questo non basta. Infatti, come ha sostenuto Giovanni Tarello, «una struttura organizzativa giuridica può dirsi “a diritto costituzionale” (nel senso moderno) quando presenta tre elementi, e cioè: a) L'organizzazione del potere politico in funzione della tutela e garanzia di diritti assunti come preesistenti e con il limite costituito dalla inviolabilità di tali diritti; b) il carattere individuale, e non corporativo, dei diritti tutelati; c) l'istituzione di due livelli, gerarchicamente collegati, di legalità, e cioè la legalità costituzionale e la legalità ordinaria»<sup>16</sup>. Due ulteriori specificità si possono perciò trarre da queste osservazioni: da una parte, la presenza di *principi giuridici* – primo fra tutti, la separazione dei poteri – *che organizzano il potere politico in funzione della tutela di diritti individuali* (e non corporativi); dall'altra, la fissazione di una *gerarchia normativa che sovraordina il diritto della costituzione al rimanente diritto*.

Per completare l'indicazione delle specificità del costituzionalismo moderno resta ancora inesplorato un quarto elemento, che sta al cuore della nostra analisi. A questo proposito, dobbiamo muovere dalla constatazione che le costituzioni moderne sono formulazioni normative *poste deliberatamente* da una fonte normativa legittimata a una tale operazione. Questa caratterizzazione richiama quella che avevo già avanzato per il diritto moderno in generale: la sua positivizzazione. Da questo punto di vista, si può perciò sostenere che l'avvento della società moderna è responsabile persino della *positivizzazione della costituzione*, ossia del vincolo ultimo e fondamentale dell'ordinamento giuridico. Storicamente questo si registra in modo chiaro nelle dottrine del costituzionalismo moderno, a partire dal XVIII secolo. Da esse si evince la concezione della presenza di una volontà creatrice, quale componente genetica cruciale della costituzione, in contrasto con la concezione medievale del diritto come legge ritrovata e accertata<sup>17</sup>. Alla base del costituzionalismo inglese manca questa componente, perché la costituzione è ancora concepita come l'insieme delle antiche consuetudini, da sempre valide ed ereditate nella forma di quella «autorità del passato» che avrà ancora, come vedremo, uno difensore in Edmund Burke e

<sup>16</sup> Tarello 1976, p. 561. Un confronto con gli ordinamenti premoderni ci porterebbe, infatti, a constatare che «il costituzionalismo medievale, ed anche il costituzionalismo della tradizione religioso-politico calvinista, non presenta questi elementi. Nel costituzionalismo medievale il potere politico (o un potere politico) trova limiti in diritti assunti come preesistenti ed originari, ma non è giuridicamente istituito e organizzato in funzione esclusiva della tutela e garanzia di tali diritti; i diritti garantiti dai patti “costituzionali” sono diritti di corpi (ceti o *Stände*, città, chiese, organizzazioni di mestiere, e così via) cioè sono diritti corporativi, e non individuali; non si istituiscono due livelli collegati di legalità, perché tutta la legalità è quella del patto costituzionale oppure, se possono individuarsi diverse sfere di legalità, esse sono non collegate ma o separate o confliggenti» (Tarello 1976, pp. 561-562).

<sup>17</sup> Dogliani 1994, p. 183.

che il costituzionalismo moderno mette in discussione<sup>18</sup>. In una certa misura, anche il costituzionalismo americano resta fedele all'impostazione antica; Maurizio Fioravanti direbbe che, accanto all'incontestabile *individualismo*, esiste in esso un persistente *storicismo* ereditato dal costituzionalismo della madrepatria. Ciò emerge, per esempio, dal forte elemento di continuità rappresentato dal riferimento, da parte degli americani, alla grande tradizione della *common law*<sup>19</sup> e dalla difesa dei principi dell'*antica* costituzione inglese<sup>20</sup>. In ogni caso, lo storicismo degli americani non deve essere esagerato, poiché gli Stati Uniti del 1776 e del 1787 sono di fatto il laboratorio della grande svolta del costituzionalismo. Infatti, se il legame degli americani con il costituzionalismo antico è ancora visibile, emergono nondimeno elementi di discontinuità, la cui radicalizzazione resta, comunque, come vedremo, l'originalità – ancorché estremamente problematica – del costituzionalismo francese.

La componente volontaristica che pervade il costituzionalismo moderno prende il nome di *potere costituente*<sup>21</sup>. Esso può essere definito come «quella forza e autorità (*politica*) in grado di creare, sostenere e superare la costituzione nella sua pretesa di validità normativa. Esso non è identico al potere statale costituito, al contrario lo precede»<sup>22</sup>. Se, ora, si domanda chi è il titolare di un potere così concepito, per il costituzionalismo moderno la risposta può avere alla base soltanto un principio democratico: il potere costituente è il potere costituente *del popolo*<sup>23</sup>.

Decisivo per le successive analisi è il fatto che questo potere è concepito in talune dottrine come un potere *assoluto*: in ossequio alla sua volontà, ogni ordinamento giuridico dato è contingente e suscettibile di radicali modificazioni. Conformemente alla declinazione che assume nella prima tra le più lucide dottrine del potere costituente, quella dell'abate Sieyès, il soggetto di questo potere è identificato con la *Nazione*. Nel testo più famoso del *primo* (e più rivoluzionario) Sieyès, *Che cos'è il Terzo stato?*, del 1789, si legge: «La Nazione esiste prima di ogni altra cosa, essa è l'origine di tutto. La sua volontà è sempre conforme alla legge, essa è la legge stessa. Prima di essa e al di sopra di essa non c'è che il diritto *naturale*. Se vogliamo farci un'idea esatta dell'ordine delle leggi *positive* che possono emanare solo dalla sua volontà, troviamo al primo posto le leggi *costituzionali*, esse si dividono in due parti: le une regolano l'organizzazione e il funzionamento del Corpo *legislativo*, le altre determinano l'organizzazione e il funziona-

<sup>18</sup> Compagna 1998, p. 284.

<sup>19</sup> Fioravanti 1995, p. 78.

<sup>20</sup> Un elemento storicistico, questo, che può essere messo in risalto soltanto attraverso una comparazione con il costituzionalismo francese (Fioravanti 1995, p. 83).

<sup>21</sup> Compagna 1998, p. 11.

<sup>22</sup> Böckenförde 1996, pp. 234-235 (corsivo aggiunto); vedi anche Fioravanti 1995, pp. 35-36.

<sup>23</sup> Böckenförde 1996, pp. 235-236.

mento dei diversi corpi *attivi*. Queste leggi sono dette fondamentali, non nel senso che possono divenire indipendenti dalla volontà nazionale, ma in quanto i corpi che esistono e agiscono in virtù di esse non possono modificarle. In ogni parte la Costituzione non è opera del potere costituito, ma del potere costituente<sup>24</sup>. E più oltre, in modo ancora più esplicito, emerge con forza il potere supremo del soggetto costituente: «Sarebbe ridicolo concepire una nazione vincolata essa stessa all'insieme di formalità o alla Costituzione cui ha assoggettato i propri mandatari. Se per diventare una nazione avesse dovuto aspettare una condizione *positiva*, non sarebbe mai divenuta tale. Una nazione si costituisce solo in virtù di un diritto *naturale*. Un governo, al contrario, è frutto solo del diritto positivo [...]. Il governo esercita un potere reale solo in quanto è costituzionale; esso è legittimo solo e fin quando è fedele alle leggi che gli sono state imposte. Alla volontà nazionale, al contrario, basta la sua semplice realtà per essere legittima: essa è all'origine di qualsiasi forma di legalità. Non solo la Nazione non è sottomessa a una Costituzione, ma non può neanche esserlo, non deve neanche esserlo»<sup>25</sup>.

Tutto ciò Sieyès tornerà a ribadirlo in un testo successivo dello stesso anno: i *Preliminari della Costituzione: Riconoscimento ed esposizione ragionata dei diritti dell'uomo e del cittadino*. In esso, dopo avere chiarito il significato di costituzione adottato nella sua disquisizione<sup>26</sup>, Sieyès stabilisce come debba essere inteso il rapporto tra costituzione e potere costituente: «Una Costituzione presuppone anzitutto un potere costituente. I poteri che rientrano nel sistema delle pubbliche istituzioni sono tutti sottoposti a leggi, regole, forme che essi stessi non sono padroni di modificare. Così come non hanno potuto costituirsi da soli, non possono nemmeno modificare la loro costituzione; né hanno potere alcuno sulla loro rispettiva costituzione. Il potere costituente è in tal senso onnipotente. Non è sottoposto in anticipo a una data costituzione. La Nazione, dunque, che esercita il più grande, il più importante dei suoi poteri, deve essere libera nell'esercizio

<sup>24</sup> Sieyès 1993, p. 255.

<sup>25</sup> Sieyès 1993, pp. 256-257.

<sup>26</sup> Vedi Sieyès (1993, pp. 389-90): «La Costituzione abbraccia nello stesso tempo l'istituzione e l'organizzazione interna dei differenti poteri pubblici, i loro necessari legami e la loro reciproca indipendenza, come pure le precauzioni politiche di cui è opportuno che siano dotati, affinché, sempre utili, non rischino mai di divenire pericolosi. Tale è il vero significato della parola *costituzione*; essa riguarda l'insieme dei pubblici poteri e la loro separazione. Non si tratta di costituire la Nazione, bensì il suo sistema politico. La Nazione è l'insieme degli associati, tutti governati, tutti soggetti alla legge che è espressione delle loro volontà, tutti uguali nei diritti, e liberi nelle loro comunicazioni e nei loro rispettivi impegni. I governanti, al contrario, formano, da questo punto di vista, un corpo politico creato dalla società. Ora, ogni corpo ha bisogno di essere organizzato, limitato, ecc. e di conseguenza di essere costituito. Sicché, ancora una volta la Costituzione di un popolo non è e non può essere altro che la Costituzione del suo governo, e del potere incaricato di dettare legge per il popolo come per il governo».

della sua funzione da ogni pressione, e da ogni forma diversa da quella che sceglie di adottare»<sup>27</sup>. Se è vero che, nella ben nota idea di rappresentanza di Sieyès, la distanza da una democrazia compiuta è ancora grande, resta, comunque, il dato di fatto di una posizione teorica che è radicale: siamo, infatti, dinanzi all'entrata in scena di una specie di *monstrum*<sup>28</sup>, che è volontà *politica*<sup>29</sup>: un potere che regge il destino degli ordinamenti giuridici, da esso creati come vincolo per i governi, senza, tuttavia, possibilità alcuna di auto-applicazione.

La questione della possibilità di un potere costituente vincolante *ma* svincolato toccò in qualche modo anche il dibattito tra i padri fondatori degli Stati Uniti d'America. In questo contesto, si può rilevare la seguente spaccatura: da una parte, Thomas Jefferson e Thomas Paine, con idee piuttosto simili a quelle di Sieyès e sostenitori di una democrazia radicale sgravata dai vincoli provenienti dalle generazioni passate e, pertanto, alimentata dalla convinzione che la storia sia un processo che ogni generazione può guidare dal proprio presente attraverso la propria volontà costituente; dall'altra parte, contro la radicalizzazione di Jefferson e Paine, emerge, soprattutto per opera di James Madison, una difesa dei vincoli costituzionali, che ogni generazione eredita senza riserve da un gruppo originario di costituenti.

Da un lato, dunque, Jefferson e Paine. Jefferson è senza dubbio una figura a cui è legata la fama di nobile padre e difensore della Costituzione del 1787. Nessuno vorrà seriamente mettere in discussione che ai suoi occhi quella Costituzione è l'alta conquista di un popolo, che come tale deve essere salvaguardata. Vi sono però dei passi, per esempio, nella *Lettera a Samuel Kercheval* del 1816, in cui Jefferson manifesta un orientamento piuttosto radicale. Egli sottolinea, certo, l'*indisponibilità* delle carte costituzionali: «Io non sono certo un fautore di mutamenti frequenti e improvvisi nelle leggi e nelle Costituzioni. Ritengo anzi che sia meglio sopportare eventuali imperfezioni non troppo gravi: in quanto una volta che esse vengano alla luce, noi vi ci adattiamo e troviamo dei rimedi pratici per correggerne le perniciose conseguenze»<sup>30</sup>. Un'altra opinione deve, tuttavia, ancora aggiungersi: «Ma sono pure convinto che leggi e Costituzioni devono andare di pari passo con il progresso dello spirito umano. Mano a mano che questo si sviluppa, acquista nuovi lumi, a misura che si fanno nuove scoperte, che nuove verità si schiudono e che i costumi e le opinioni cambiano con il mutare delle circostanze, anche le istituzioni devono trasformarsi e

<sup>27</sup> Sieyès 1993, p. 390. Come vedremo più in dettaglio nel paragrafo 5, il momento politico – come diremo, in seguito: extragiuridico – che caratterizza il potere costituente è stato sottolineato in modo particolare da Carl Schmitt.

<sup>28</sup> Fioravanti 1992, p. 55.

<sup>29</sup> Cfr. Negri 2002, cap. I.

<sup>30</sup> Jefferson 1961, p. 100.

tenere il passo con i tempi. Sarebbe come pretendere che un adulto continui a indossare il vestito che gli stava bene quand'era ragazzo, l'esigere che la società civilizzata resti sotto il regime proprio dei suoi barbari antenati»<sup>31</sup>. Pertanto, un'indiscutibile libertà da parte di ogni epoca di modificare l'autogoverno deve essere parimenti salvaguardata; il che è destinato a introdurre inevitabilmente nella vita degli ordinamenti una certa misura di *contingenza*. Un prezzo, questo, che deve essere pagato per il riconoscimento dell'autodeterminazione propria di ogni generazione. A questo proposito, è persino possibile stabilire a quali intervalli di tempo questo diritto possa legittimamente essere rivendicato: «In base alle statistiche europee della mortalità, la maggioranza degli adulti viventi in un momento dato sarà morta nello spazio di circa diciannove anni. Alla fine di tale periodo, quindi, si è sostituita una nuova generazione. Ciascuna generazione è altrettanto indipendente da quella che la precede, quanto questa lo era da tutto quanto avvenuto in passato. Come le altre, essa ha quindi il diritto di scegliere la forma di governo più idonea al conseguimento della propria felicità»<sup>32</sup>. Simile a quella di Jefferson suona l'opinione di Paine, il quale sostiene che «[o]gni età e generazione deve essere libera di agire autonomamente in ogni caso, come le età e le generazioni che la precedettero»<sup>33</sup>.

Dall'altro lato, è Madison colui che si fa paladino di una diversa dottrina: quella che si potrebbe indicare come la *dottrina dell'eccezionalità* – eccezionalità tipica di quei momenti storici solenni che si registrano, per esempio, nei casi straordinari delle Rivoluzioni americana e francese. Tuttavia, come fa intendere Madison, se, a questo punto, a qualcuno passasse per la testa di tradurre una tale eccezionalità, dalla quale si dispiega l'atto sovrano del potere costituente che sovverte e rifonda gli Stati, in una regolarità, ciò che ne conseguirebbe sarebbe una sventura, contro la quale le conquiste racchiuse nelle carte costituzionali nate da quelle eccezionali epoche devono essere tutelate, per tutelare con esse l'equilibrio dei poteri e dei rapporti sociali. Con le parole dello stesso Madison: «Il pericolo di tur-

<sup>31</sup> Jefferson 1961, p. 100.

<sup>32</sup> Jefferson 1961, p. 101.

<sup>33</sup> Paine 1978, p. 121. Come fa notare Stephen Holmes (1996, p. 174), la democrazia, così come la intende Paine, si configura come «la controparte collettiva di questa precarietà [noi potremmo dire: *contingenza*] istituzionalizzata della persona [quella precarietà rinvenibile nella possibilità del singolo uomo di correggere i propri errori, ossia di modificare le proprie decisioni nel corso della propria vita; una condizione, questa, che deve essere tutelata come un diritto: il diritto, per esempio, di divorziare]». Significativo è il seguente passo di Paine citato da Holmes: «Non vi fu mai, né mai vi sarà, né potrà mai esservi un Parlamento o una categoria di uomini o una generazione, in nessun paese, che abbia il diritto o il potere di vincolare e disporre della discendenza fino alla "fine dei tempi", o di stabilire per sempre come il mondo debba essere governato o chi debba governarlo; e pertanto tutte le clausole, gli atti o le dichiarazioni mediante cui i loro autori pretendono di fare ciò che non hanno né il diritto né il potere di fare o di far eseguire, sono in se stesse irrite e nulle» (Paine 1978, p. 121).

bare la tranquillità pubblica agitando eccessivamente le passioni pubbliche, rappresenta una avversione ancor più seria contro i frequenti riferimenti di questioni costituzionali alle deliberazioni dell'intera società. Nonostante il successo che ha accompagnato la revisione della nostra struttura costituzionale, che torna così a onore della virtù e dell'intelligenza del popolo d'America, si deve ammettere che gli esperimenti sono di natura troppo delicata per venir moltiplicati senza necessità. Dobbiamo ricordare che tutte le costituzioni vigenti furono dettate in momenti di pericolo che valevano a reprimere tutte le passioni meno confacenti all'ordine e alla concordia; in tempi di entusiastica fiducia del popolo nei propri condottieri patriottici, che riusciva a comporre la diversità di opinioni comunemente esistente sulle grandi questioni di carattere nazionale; in tempi di universale entusiasmo per forme di governo rivoluzionarie e nuove, entusiasmo determinato già da un generale sentimento di indignazione contro l'antico governo; in tempi in cui i cambiamenti non potevano essere inquinati dalla faziosità circa i mutamenti da effettuarsi o gli abusi a cui porre riparo. Le situazioni che, invece, dovremo aspettarci in futuro non presentano una analoga garanzia contro il pericolo che si teme»<sup>34</sup>.

Com'è risaputo, l'autopaternalismo – come lo chiama Stephen Holmes<sup>35</sup> – che contraddistingue le posizioni simili a quella di Madison, avrà la meglio. L'approdo sarà, da una parte, l'affermazione della dottrina e della pratica del *judicial review* e, dall'altra, la messa a punto delle misure per la *rigidità della costituzione*<sup>36</sup>. È così segnata la vittoria dello storicismo presente nel patrimonio genetico americano, ereditato dalla tradizione inglese; la sua forza impedisce che si affermi la dottrina più radicale del potere costituente e che si registri, come accadrà per decenni in Francia, una profonda instabilità costituzionale<sup>37</sup>.

Ciò che, in definitiva, nel contesto statunitense, ha dimostrato la propria supremazia nello scontro tra democrazia e costituzionalismo è stata l'idea di un'istanza giuridica che deve ergersi a vincolo per qualunque istanza politica, in modo tale che nessun potere possa più concepirsi svincolato e autorizzato ad azzerare la storia; nobile idea, questa, per tutti coloro che come Madison aspiravano a «porre termine alla rivoluzione», creando un vincolo definitivo per le generazioni future. Una nobile idea che ha avuto, nella madrepatria, la sua versione più inflessibile nel pensiero di Burke. Da questo punto di vista, Burke è infatti il più convinto avversario di Sieyès. La sua concezione della costituzione è contrapposta in modo categorico a quella del teorico del potere costituente. Le *Riflessioni sulla Rivoluzione francese* del 1790 costituiscono il luogo nel quale la voce del costituzio-

<sup>34</sup> Madison 1997, pp. 450-451.

<sup>35</sup> Holmes 1996, p. 202.

<sup>36</sup> Fioravanti 1995, pp. 91-95.

<sup>37</sup> Fioravanti 1995, pp. 62-65.

nalismo antico si leva contro la contingenza inaugurata dall'apparizione sulla scena della storia dell'atto volontaristico che dal nulla vuole travolgere le vecchie consuetudini e fondare così un nuovo Stato. Contro questa sciagura, il costituzionalismo sostenuto da Burke difende l'idea della costituzione come patrimonio di valori e di equilibri politici *ereditato*, in contrapposizione, quindi, con quella della costituzione come vincolo giuridico *posto deliberatamente*. In perfetta antitesi alle idee di Sieyès e, quindi, anche di Jefferson e di Paine, Burke sostiene che «[l]o spirito di innovazione è in genere il risultato di un temperamento egoista e di vedute limitate. I popoli che non si volgono indietro ai loro antenati non sapranno neanche guardare al futuro [...]. Mantenendoci vicini ai nostri antenati nei modi e nei principi non siamo guidati dalla superstizione degli antiquari, ma dallo spirito di analogia filosofica. Scegliendo l'*eredità come principio* della nostra società noi abbiamo dato a questa nostra associazione la forma di un legame di sangue, legando la costituzione del nostro paese ai nostri più cari legami domestici, dando un posto alle nostre leggi fondamentali nel cuore delle nostre affezioni famigliari, mantenendo inseparabili e amando con il calore degli affetti dovuti a ciascuno di essi, combinati insieme e l'un dall'altro riflessi, il nostro stato, i nostri focolari, i nostri sepolcri e i nostri altari»<sup>38</sup>. Sono queste le pietre angolari del costituzionalismo inglese. Ed è la stessa Rivoluzione del 1688, come Burke afferma qualche pagina prima, a dover essere intesa in quest'ottica: «La Rivoluzione ebbe come fine la preservazione delle nostre *antiche* e incontrovertibili leggi e libertà e di quella *antica* costituzione di governo che di legge e libertà è la nostra sola garanzia»<sup>39</sup>. Tutti gli atti «costituenti» che l'hanno preceduta richiedono di essere considerati nello stesso modo: «È impossibile non osservare come, dalla

<sup>38</sup> Burke 1963, pp. 192-193 (corsivo aggiunto). Questa l'idea di società che è posta alla base del suo discorso politico: «È vero che la società è un contratto, ma un contratto di ordine superiore. Si possono scegliere a piacere dei contratti minori per merci di interesse occasionale. Ma quando si tratta lo Stato con la stessa capricciosità che distingue i piccoli interessi passeggeri, quando lo si dissolve a piacere dalle parti, allora lo si considera davvero alla stregua di un qualsiasi contratto concernente lo scambio di pepe, caffè, mussolina o tabacco. Bisogna guardare allo Stato con ben altra riverenza, perché è questo un contratto che riguarda ben altre esigenze di quelle pertinenti agli interessi animali di una natura effimera e corruttibile. È questo un contratto che ha in sé tutte le arti, tutte le scienze, tutte le virtù e la più grande perfezione. E siccome il fine di tale contratto non è perseguibile che nel corso di molte generazioni, ecco che questo contratto non vincola solo i vivi, ma i vivi, i morti e coloro non ancora nati. Perché ogni contratto che sta alla base di una particolare società altro non è che una clausola di quel contratto più grande che lega dalle origini e in eterno la società, che unisce le nature più basse alle più alte, che connette il mondo visibile con l'invisibile, secondo un patto immutabile sanzionato dall'impegno inviolabile che lega tutte le nature fisiche e morali, ciascuna nel suo posto stabilito. Questa legge non può essere soggetta al volere di coloro che, da un'obbligazione superiore a essi e ad essi infinitamente superiore, sono obbligati a sottometterle il proprio volere» (Burke 1963, pp. 268-69).

<sup>39</sup> Burke 1963, p. 189.

*Magna Charta* fino alla *Dichiarazione dei Diritti*, sia stata politica uniforme della nostra costituzione esigere e asserire le nostre libertà come *inalienabile eredità* trasmessa a noi dai nostri antenati, e trasmissibile alla nostra posterità, come proprietà appartenente in modo speciale al popolo di questo regno, senza alcun riferimento a qualsiasi altro diritto più generale o antecedente. In questo modo la nostra Costituzione preserva unità pur nella grande diversità delle sue parti. Abbiamo una corona ereditaria, un'aristocrazia ereditaria, e una Camera dei Comuni e un popolo eredi di privilegi, franchigie e libertà derivati loro da antichissimi antenati»<sup>40</sup>.

Niente potrebbe essere più lontano dall'aggressività con la quale Sieyès, e con lui tutti i rivoluzionari del 1789, aveva attaccato proprio gli odiosi privilegi ereditati dall'Antico regime. A giudizio di Burke, chi pretendesse di leggere altrimenti le vicende del costituzionalismo inglese, opererebbe una tragica deformazione degli eventi. Si potrebbe pertanto sostenere che, intesa nei termini di Burke, la *Gloriosa rivoluzione* assomiglia piuttosto a una *Gloriosa conservazione*: conservazione e difesa delle antiche libertà e degli antichi equilibri tra i poteri consolidatisi in una lunga tradizione, rispetto alla quale la molteplicità dei vari momenti «rivoluzionari» è consistita nel sancire i principi ereditati dal passato.

I nuovi Whigs – che rivaleggiano sulla scena pubblica inglese con Burke circa la giusta interpretazione da assegnare agli eventi del 1688 e che, parlando di questi come di una rivoluzione, agiscono come si direbbe oggi da revisionisti – non fanno altro che tradire, agli occhi di Burke, lo spirito dell'antica costituzione<sup>41</sup>. La moda rivoluzionaria che i nuovi Whigs subiscono sotto la pressione degli eventi della Rivoluzione francese e che vogliono diffondere nella politica inglese è un male che deve essere estirpato. Nel *Ricorso dai nuovi agli antichi Whigs* del 1791, è proprio questo nuovo movimento politico a diventare il bersaglio di Burke: «Questi nuovi *Whigs* sostengono che la sovranità, sia essa esercitata da uno solo o da molti non solo ebbe origine *dal* popolo – affermazione che non viene contrastata e che non è degna di essere negata o assentita – ma che la medesima sovranità risiede costantemente e inalienabilmente nel popolo; che il popolo può legalmente deporre sovrani, non solo in caso di malgoverno ma anche quando non vi sia alcun caso di malgoverno; che il popolo può da solo erigere a piacere un nuovo governo, o addirittura continuare senza alcun governo; che il popolo è essenzialmente norma di sé medesimo, e che la misura della sua condotta sta nella sua volontà; che l'esercizio delle magistrature non è propriamente un contratto perché i magistrati hanno doveri, ma non diritti; e che, se un vero e proprio contratto viene steso tra loro in un certo periodo di tempo, posto che esso abbia un qualche carattere vincolativo, vincola soltanto gli immediati contraenti, ma non i loro posteri. Queste

<sup>40</sup> Burke 1963, p. 192.

<sup>41</sup> Per la ricostruzione del dibattito, vedi Compagna 1998, pp. 169-185.

dottrine concernenti il *popolo* (un termine che essi si guardano bene dal definire accuratamente ma con il quale, come è chiaro da molte circostanze, essi intendono riferirsi alla propria fazione, se mai essa assuma una posizione prevalente mediante il ricorso alle armi, tradimento o violenza) tendono, a mio avviso, alla completa sovversione non solo di ogni governo di qualsiasi specie, ma anche di tutte le solide garanzie di libertà disciplinata e di tutte le regole e i principi della moralità medesima»<sup>42</sup>.

Il pensiero rivoluzionario dei nuovi Whigs, che si rifanno all'idea francese di un potere costituente del popolo e che sono da Burke così duramente attaccati, non era una novità assoluta nella storia politica inglese. Sennonché i veri anticipatori di quel pensiero, diversamente dall'ipotesi dei nuovi Whigs, non andavano cercati tra i protagonisti della Rivoluzione del 1688, ma nemmeno tra coloro che furono alla testa degli atti rivoluzionari durante il Lungo Parlamento (1640-1653). Come abbiamo visto, contro i nuovi Whigs, Burke restituisce l'immagine della Gloriosa Rivoluzione nei termini di un atto politico-giuridico volto, in verità, al consolidamento dell'antica costituzione. Dall'altra parte, i nuovi Whigs, sotto l'influenza della Rivoluzione francese, pretendono di riconsiderare quei lontani avvenimenti come costellati da atti rivoluzionari, diciamo pure costituenti. In gioco è, quindi, l'interpretazione degli avvenimenti che portarono, prima, nel 1649, alla decapitazione di Carlo I e, poi, nel 1688, alla cacciata di Guglielmo II, da un lato, e delle idee che in questi due esiti trovarono la loro realizzazione, dall'altro. Se il metro di misura delle due rivoluzioni fosse l'idea di un potere costituente del popolo, allora è molto probabile che la lettura più attendibile sarebbe proprio quella di Burke, perché, in verità, quei due momenti non corrisposero a un piano rivoluzionario (realmente) radicale; un piano che vi fu, ma che rimase come tale solo nella testa di altri attivisti, primi fra tutti i Levellers – di cui tratterò tra breve – i quali, contrariamente all'interpretazione dei nuovi Whigs, non figurarono come i padri né dello Stato nato dal 1649, né tanto meno, a causa della loro definitiva sconfitta sotto Cromwell, dei nuovi assetti sorti dal 1688. L'ipotesi che si può, pertanto, sostenere è che sia il pensiero conservatore di Burke, sia l'interpretazione dei fatti da parte dei nuovi Whigs finiscono ognuno a suo modo per lasciare nell'oblio un'importante congerie di movimenti radicali del Seicento inglese; i quali solo dalla fine del XIX secolo, grazie ad alcuni storici più accorti, hanno finalmente ottenuto la giusta considerazione, ponendo così una volta per tutte in discussione la falsa omogeneità degli avvenimenti e del pensiero di quell'epoca, così come era stata caratterizzata da

<sup>42</sup> Burke 1963, pp. 497-498. Negli anni a seguire, dopo la rottura che il *Ricorso* segna rispetto ai nuovi Whigs, Burke assumerà una posizione sempre più aggressiva contro il diffuso entusiasmo per l'ideologia della Rivoluzione francese. Corollari del *Ricorso*, saranno per esempio i suoi *Thoughts on French Affairs*, scritti nell'autunno del 1791, in cui Burke arriverà ad auspicare niente di meno che la formazione di una coalizione antifrancesa.

Burke, dai nuovi Whigs e da una parte della storiografia. L'interesse qui riservato a questo periodo nasce proprio dalla scoperta di tali movimenti ed è alimentato dall'ulteriore ipotesi secondo cui, negli anni in cui essi furono attivi (1645-1653), si sia annidato nel loro pensiero qualcosa che assomiglia molto a un'anticipazione di quell'idea di potere costituente del popolo tanto sostenuta da Sieyès quanto avversata da Burke – e, ancor prima, tradita e repressa da Cromwell. È di quegli anni, infatti, quella che Christopher Hill ha indicato come la «rivolta nella rivoluzione»<sup>43</sup>: una straordinaria diffusione di idee radicali, delle quali furono sostenitori una moltitudine di gruppi – tra i più noti, i Levellers, i Diggers, i Seekers i Ranters.

Nella realtà, anche alle interpretazioni simili a quelle dei nuovi Whigs può essere attribuita una parte di ragione. Infatti, a ben vedere, come ha messo in luce Carl Schmitt, anche Cromwell, per esempio, agì richiamandosi a un potere costituente – un potere che non può essere eliminato da alcuna costituzione contraria, dice Schmitt<sup>44</sup> – al fine di instaurare un nuovo ordinamento. Conformemente alla terminologia schmittiana, egli agì come dittatore sovrano<sup>45</sup>: dalla dispersione del Lungo Parlamento del 1653 in poi, Cromwell procedette con una lunga catena di scioglimenti del parlamento,

<sup>43</sup> Così Hill 1981, il quale precisa: «Semplificando forse un po' troppo, potremmo forse dire che alla metà del Seicento vi furono in Inghilterra due rivoluzioni. Quella che si impose istituì i sacri diritti della proprietà (abolendo le proprietà feudali e le tassazioni arbitrarie), diede il potere politico agli abbienti (sovranità del Parlamento e della *common law*, abolizione delle *prerogative courts*) e rimosse tutti gli ostacoli che si frapponavano al trionfo dell'ideologia dei possidenti: l'etica protestante. Vi fu però un'altra rivoluzione [corsivo aggiunto], che non scoppiò mai, ma che di tanto in tanto incombeva minacciosa. Essa avrebbe potuto istituire la proprietà comune, una democrazia assai più ampia nelle istituzioni politiche e giuridiche, e avrebbe potuto scalzare la Chiesa di Stato, rifiutando l'etica protestante. [...] Ora, poi, che l'etica protestante, la massima conquista delle società borghesi dei secoli XVI e XVII, viene a sua volta messa finalmente in discussione dopo un dominio incontrastato di quattro secoli, possiamo studiare con maggiore comprensione i Diggers, i Ranters e i molti altri audaci pensatori che, nel Seicento, si rifiutarono di inchinarsi ad essa» (p. 5).

<sup>44</sup> Nella sua opera *Die Diktatur* del 1924, Schmitt definisce il potere costituente come il «potere che, pur non essendo costituito in virtù di una costituzione, ha con ogni costituzione vigente un nesso tale da apparire come potere fondante [...] un nesso tale da non poter essere negato neppure nel caso che la costituzione vigente lo neghi» (Schmitt 1975, pp. 149-150).

<sup>45</sup> Schmitt distingue due tipi di dittatura: 1) la *dittatura commissaria*, la quale consiste in un intervento che «sospende in concreto la costituzione per difenderne l'esistenza. L'argomento è noto da sempre (Lincoln, per esempio, vi insisteva con particolare energia): quando è in pericolo l'esistere stesso della costituzione, questa dev'essere messa in salvo con una temporanea sospensione» (Schmitt 1975, p. 148); 2) la *dittatura sovrana* che «vede in tutto l'ordinamento esistente uno stato di cose da rimuovere completamente con la propria azione. Essa non *sospende* una costituzione vigente facendo leva su di un diritto da essa contemplato, e perciò stesso costituzionale, bensì mira a creare uno stato di cose nel quale sia possibile imporre una costituzione ritenuta come quella autentica. In altre parole, la dittatura sovrana si richiama non ad una costituzione già in vigore, ma ad una ancora da attuare» (Schmitt 1975, p. 149). Sull'attualità di queste categorie si veda Agamben 2003.

sospendendo lo stesso *Instrument of Government* e affermando gradualmente il suo potere supremo<sup>46</sup>. Sennonché, è giusto precisare che «Cromwell faceva appello per la sua missione a Dio. In qualche caso parla, è vero, del consenso del popolo al proprio governo, ma nel momento decisivo, come quello dello scioglimento del Lungo Parlamento, lascia chiaramente intendere che la sorgente del suo potere è Dio e che la sua sovranità non dipende minimamente dal popolo, come invece volevano i radicali del suo tempo»<sup>47</sup>.

I “radicali del suo tempo” [quello di Cromwell] sono proprio i membri dei movimenti a cui ho precedentemente accennato. Cromwell getta, sì, le basi per la concezione di un’istanza superiore legittimata alla rimozione dell’ordinamento esistente, ma a differenza dei radicali non giunge ancora a *sostituire a Dio il potere costituente del popolo*, così come si dispiegherà prima nella Rivoluzione americana, e poi, nel modo più radicale, nella Rivoluzione francese congiuntamente alla dottrina di Sieyès. Tuttavia, come ricordavo, l’atto costituente del popolo durante i fatti della prima Rivoluzione inglese fu, in verità, un atto mancato: esso restò un piano rivoluzionario mai realizzato, i cui fondamenti sono custoditi in una serie di documenti che meritano di essere brevemente considerati.

Tra i movimenti radicali del Seicento inglese, il più importante è senza dubbio quello dei Levellers. Al 1646 risale il primo tra i loro più significativi documenti, la *Remonstrance of Many Thousand Citizens of England*, nel quale si proclamava la sovranità del popolo, si respingeva la monarchia e si chiedeva la soppressione della Camera dei Pari e del suo diritto di veto<sup>48</sup>. Annidatisi tra le fila dell’esercito di Cromwell – la New Model Army – portando con sé le idee del loro ideologo più influente, J. Lilburne – autore, tra l’altro, di *Regall Tyrannie discovered*, il primo documento livellatore in cui si chiede l’esecuzione del re – i Livellatori furono coloro da cui provenne quanto di più autenticamente democratico la storia inglese avesse fino ad allora conosciuto. Nel 1647, da una serie di riunioni dei soldati della New Model, derivarono due ulteriori documenti di grande rilevanza filosofico-politica, il più conosciuto dei quali è certamente l’*Agreement of the People*<sup>49</sup>. In un certo senso, preliminarmente a questo fu il testo re-

<sup>46</sup> Schmitt 1975, p. 144.

<sup>47</sup> Schmitt 1975, p. 150.

<sup>48</sup> «Rimostranza di molte migliaia di cittadini [...] alla loro propria Camera dei Comuni [...] che invita questi loro rappresentanti in Parlamento a rendere conto del modo [...] in cui hanno fatto il proprio dovere verso la generalità del popolo, loro sovrano Signore, dal quale derivano – e dal quale (*ad bene placitum*) dipende che continuino – il potere e la forza degli stessi» (cit. da Brailsford 1962, pp. 129-130).

<sup>49</sup> Così Brailsford (1962, pp. 288-289): «[L]’irrequietudine e la diffidenza serpeggianti fra i soldati di cinque reggimenti di cavalleria del Nuovo Modello suggerirono loro un’idea destinata a informare di sé intere comunità d’oltre oceano. Questi giovani avevano molte e buone ragioni d’essere inaspriti. Il parlamento non era puntuale più che in passato nella loro

datto dai dieci Agitatori rappresentanti dei cinque reggimenti della New Model, presentato lo stesso anno, noto come *The Case of the Armie truly stated*. Tra le altre cose, esso estendeva il diritto di voto per le elezioni dei parlamenti biennali «a tutti i liberi in età di 21 anni ed oltre»; inoltre, esso tracciava una chiara distinzione tra «legge sovrana [*paramount*]] e legislazione ordinaria»<sup>50</sup>.

La prima versione dell’*Agreement of the People for a firme peace* risale all’ottobre del 1647. In esso, veniva avanzata la richiesta della distribuzione dei seggi proporzionalmente alla popolazione delle diverse contee e dello scioglimento del Lungo Parlamento entro il settembre del 1648; mentre si stabiliva che, in seguito, i parlamenti fossero eletti ogni due anni. Inoltre, esso proclamava che il potere del parlamento fosse considerato «inferiore soltanto a quello di coloro che lo eleggono», ossia al popolo sovrano; e, che tale potere, a prescindere dal consenso o meno di altre figure come il re o i Lord, si applicasse a tutti i settori della legislazione e del governo, compresi la proclamazione della guerra, la conclusione della pace e il comando dell’esercito. In aggiunta a ciò, in materia di questioni religiose, il documento stabiliva che «le faccende di religione e i modi di venerare Iddio non devono essere da noi affidati ad alcun potere umano [...]». Di grande rilievo, è, infine, la condanna del reclutamento forzato e la proclamazione dell’uguaglianza di tutti gli uomini davanti alla legge, così come il loro diritto a un trattamento secondo la forma ordinaria dei procedimenti legali. «Queste cose noi dichiariamo essere i nostri diritti innati, e le fondamenta della libertà inalterabile stabilite da questo Patto col Popolo»<sup>51</sup>.

Nel corso del dibattito, emerse un’altra idea altamente originale: quella di creare un’assemblea rappresentativa che stilasse il Patto da sottoporre al popolo. Ciò rende l’*Agreement* ancor più il laboratorio in cui s’anticipa la forma della moderna costituzione scritta. Di certo, esso era stato concepito come qualcosa di più che una pacifica via d’uscita da una guerra civile; il

paga; nulla li assicurava che gli arretrati sarebbero stati corrisposti; i compagni invalidi, gli orfani e le vedove dei caduti, continuavano a vivere sulla carità delle parrocchie; nessuna delle riforme politiche per strappare le quali essi erano scesi in guerra aveva visto la luce, e gli ufficiali avevano scelto – essi lo sentivano – la via sbagliata di trattare col re – “colui che voleva la nostra schiavitù e ci ha imposto una guerra crudele”. Contando sulle proprie forze, essi girarono le spalle al Re, ai Lord e ai Comuni, e cercarono un modo mediante il quale il popolo d’Inghilterra potesse conferire una base sicura e permanente alle sue libertà: *un Patto stipulato fra tutti i cittadini*. Il documento che a questo fine essi stilano è il primo abbozzo rudimentale di costituzione scritta nella storia della democrazia. Questi soldati furono i pionieri sulle cui orme si mossero i Padri Fondatori in America e, più tardi, gli architetti della libertà in molti altri paesi, dalla Francia del 1789 all’India del 1947. [...] [E]ssi giunsero al concetto profondamente originale che il popolo sovrano, con l’aiuto del suo esercito, doveva proclamare i suoi diritti (e garantirli) mediante la conclusione di un Patto valido per tutti i tempi come legge immutabile e sovrana».

<sup>50</sup> Cit. in Brailsford 1962, pp. 290-291.

<sup>51</sup> Cit. in Brailsford 1962, pp. 294-295.

suo *original intent* era quello di una formulazione di principi duraturi. Da questo punto di vista, l'idea qui incubata di un potere costituente del popolo anticipa solo parzialmente la radicalità che verrà ad assumere in Sieyès, vale a dire la previsione di un potere sempre svincolato da *ogni* costituzione, non solo passata, ma anche *futura*. Difatti, come fa osservare Brailsford, quasi citasse le parole di Jafferson e Paine, «il suo difetto principale [dell'*Agreement*] è che i Livellatori non previdero la possibilità e il modo di emendarlo; giacché, per quanto possa sembrare un paradosso, nessuna costituzione può durare se non è passibile di sviluppo e revisione. Sarebbe infatti mostruoso che una generazione preparasse un letto sul quale la sua erede dovrà adagiarsi, senza che le si conceda di renderlo più morbido o più lungo»<sup>52</sup>.

L'*Agreement* fu animatamente discusso tra l'ottobre e il novembre 1647 nella chiesa di Putney a Londra: da una parte, Cromwell e Ireton, favorevoli a un accordo con il re sul modello delle *Heads of Proposals* del luglio 1647, conservatori rispetto al diritto di voto e, quindi, sostenitori delle vecchie franchigie; dall'altra parte, Rainsborough, Wildman e Sexby, contrari a ogni compromesso con il re e con il parlamento, favorevoli all'introduzione del suffragio universale maschile e avversi al sistema delle franchigie. L'esito del dibattito vide uno snaturamento dell'*Agreement*: venne sostanzialmente respinta l'idea-cardine che la nuova costituzione doveva nascere direttamente dal popolo sovrano; il vecchio sistema delle franchigie rimase immutato; fu soppresso il quarto articolo dell'*Agreement*, che sanciva l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e chiedeva l'abolizione dei privilegi di classe; anche la rivendicazione della tolleranza religiosa venne stavolta; per finire, si attenuò la richiesta di soppressione del reclutamento forzato e della circoscrizione obbligatoria<sup>53</sup>. Altre versioni dell'*Agreement* vennero successivamente stilate: la seconda nel 1648; la terza nel 1649; la quarta nel 1653. Ma nessuna eguagliò più la radicalità della prima. I capi dei Livellatori vennero arrestati, i reggimenti radicali furono indotti all'ammutinamento che venne schiacciato a Burford nel maggio 1649. La democrazia militare era finita, e altrettanto si può dire, in effetti, dei Livellatori<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Brailsford 1962, p. 297. Tuttavia, il frequente appello dei Livellatori alla Legge di Natura, documentato dallo stesso Brailsford (1962, pp. 315-316), costituisce un riferimento politico-giuridico che, come disse Ireton, può venire impiegato sempre, per «negare ogni diritto civile» – noi potremmo dire: per negare ogni diritto positivo, ridotto al rango di diritto del potere costituito e, come tale, subordinato alla forza politico-normativa del potere costituente informato ai principi della Legge di Natura.

<sup>53</sup> Brailsford 1962, pp. 318-319.

<sup>54</sup> Così Brailsford (1962, p. 438): «Con l'andar degli anni, l'atteggiamento del partito dominante fra il clero e fra i civili indipendenti e nell'esercito prese una forma ancor più netta e definitiva. Purgato dei ribelli livellatori, il New Model divenne un'armata professionale pronta a ubbidire agli ordini senza disporre di un organo rappresentativo permanente, sebbene i suoi ufficiali si riunissero di tempo in tempo per esprimere l'opinione collettiva. Alla fi-

#### IV

Per questa ricerca non è importante stabilire se le idee radicali di un potere costituente vincolante *ma* svincolato siano state o meno fatte proprie dalla dottrina costituzionale dominante, da una parte, o se esse abbiano o meno trovato una fedele attuazione nella genesi e nella dinamica degli ordinamenti giuridici degli Stati (moderni), dall'altra. Piuttosto, quel che qui ci preme mettere in luce è la discontinuità che una tale auto-comprensione del diritto moderno inaugura rispetto a quella premoderna. In ogni caso, a questo intento si accompagna il tentativo di mostrare che alla base di certi processi costituenti, collocati in un determinato momento storico, sia *realmente* situato un atto *politico* che non ha pressoché alcun fondamento *giuridico* nel diritto positivo assunto come diritto valido in un periodo storico precedente. Paradigmatico di questo tipo di processi costituenti è senza dubbio il caso delle carte nate dalla Rivoluzione francese; così come da prototipo della moderna teoria del potere costituente funsero senza dubbio le idee dei movimenti rivoluzionari del Seicento inglese precedentemente richiamate – benché solo virtualmente, in quanto furono soffocate dalla dittatura di Cromwell.

Malgrado i significativi avanzamenti che anche il diritto costituzionale francese ha conosciuto dopo i primi anni della rivoluzione, in particolare a partire dalla proposta del giurì costituzionale del 1795 da parte del *secondo* e più prudente Sieyès<sup>55</sup> – fino all'esito, comune alle altre costituzioni democratiche, consistente nel consolidamento delle garanzie offerte dal sindacato di costituzionalità e dalla rigidità rispetto alla revisione<sup>56</sup> – il problema responsabile di quella che da alcuni è stata vista come una tensione tra democrazia e costituzionalismo<sup>57</sup> resta ancora irrisolto: «In che cosa consiste il problema? Consiste nello stabilire la possibilità di un potere costituente del popolo come entità e forza politica nella sua decisione ed espressioni uniche, senza tuttavia accantonarlo come entità e forza politica. Formulata

ne del 1653, quando la rivoluzione trovò la sua forma definitiva nel Protettorato, Ireton era morto, Fairfax era scomparso dalla scena, e Lambert aveva sostituito Harrison come luogotenente e uomo di fiducia di Cromwell. I livellatori erano stati schiacciati o ridotti al silenzio, ma alcune delle loro idee sopravvissero, e tracce della loro influenza sono visibili nell'*Instrument of Government*, la costituzione redatta da Lambert (16 dicembre 1653). Essa si fonda sul primo articolo del Patto del Popolo, secondo cui le basi delle leggi della nazione sono inalterabili e che, mentre dichiara che la suprema autorità legislativa del Commonwealth deve «risiedere in una persona sola e nel popolo adunato in Parlamento», pone limiti e freni al suo esercizio. La ridistribuzione dei seggi, la franchigia, i provvedimenti in vista di una successione regolare di parlamenti, tutto questo ed altro venne dedotto dall'originale *Agreement of the People*, sottoponendolo però a rielaborazioni in senso conservatore e affidandone l'imposizione all'esercito onnipotente».

<sup>55</sup> Sieyès 1993, pp. 811-835.

<sup>56</sup> Fioravanti 1992, p. 71.

<sup>57</sup> Holmes 1996, p. 167 sgg.

nei termini del diritto pubblico, la questione verte sul modo in cui la costituzione giuridica possa nondimeno essere preservata dall'esporsi i suoi fondamenti di validità e la sua stessa esistenza alle oscillazioni di un potere non ancora imbrigliato da norme, come è dimostrato dalle azioni e dalle emozioni politiche elementari ma anche da una "vita" in costante divenire»<sup>58</sup>.

Espresso nel linguaggio teorico da me adottato, ciò denota una tensione tra la funzione di stabilizzazione del diritto e la spinta destabilizzante generata dalla comparsa del dispositivo giuridico-politico del potere costituente sulla scena del diritto moderno. La tensione è possibile nella misura in cui – e qui sta il punto centrale della nostra discussione – il potere costituente indica una decisione che si pretende svincolata dal diritto positivo, sempre legittimata ad annullare la stabilizzazione – attivata da decisioni giuridiche passate – delle aspettative normative. Il concetto di potere costituente indica una forza dinanzi alla quale nessun vincolo giuridico può avere l'ultima parola. Questa spetta solo al potere costituente.

Credo che nessuno vorrà negare, per insistere ancora su questo punto, che, almeno nel caso della Rivoluzione francese, siamo di fatto di fronte a una radicale negazione dei vincoli giuridici provenienti dal passato: d'un colpo, la stabilizzazione, ancorata agli ordinamenti giuridici precedenti, non vale più. Ma, ancor più grave, è l'assunzione, che deriva dalla dottrina del potere costituente sorta in quel contesto (Sieyès), secondo la quale l'annullamento della stabilizzazione interesserà, se solo la volontà del potere costituente rivendicherà il riconoscimento che gli spetta, anche gli ordinamenti giuridici futuri; un'assunzione, questa, che sta certamente all'origine della profonda instabilità costituzionale della Francia post-rivoluzionaria. Da ciò emerge anche il fatto che, attraverso la dottrina del potere costituente, l'operazione compiuta dal diritto moderno si configura come l'assunzione interna al diritto, come guida, ossia come criterio della produzione giuridica, di una componente extragiuridica: esattamente la volontà *politica* del potere costituente. Esattamente in questa sua costitutiva extragiuridicità, oltre che nella sua esposizione alla contingenza, consiste, pertanto, la problematicità del riferimento da parte del costituzionalismo moderno al potere costituente.

Questo riferimento extragiuridico del diritto può essere spiegato, qualora si muova da un'adeguata analisi della struttura della società moderna. Come si ricorderà, nel paragrafo 2 avevamo assunto la tesi secondo la quale il principio che governa la differenziazione della società moderna è di tipo funzionale. Conformemente a questa caratterizzazione, possiamo osservare una pluralità di ambiti sociali, ognuno dei quali assume in modo esclusivo lo svolgimento di una specifica funzione sociale. A ciò si accompagna la

<sup>58</sup> Böckenförde 1996, p. 240.

stabilizzazione di una corrispondente pluralità di network comunicativi, autonomi l'uno rispetto all'altro, dotati di propri specifici programmi e ruoli. Nonostante gli innegabili intrecci tra diritto e politica che si realizzano nelle organizzazioni dello Stato, è, tuttavia, necessario cogliere la differenziazione dell'uno e dell'altra, generata dall'avvento della società moderna. Parliamo, per questo, di sistema giuridico e sistema politico come due tra i diversi sottosistemi funzionali in cui, al suo interno, è differenziata tale società.

Come per tutti i sottosistemi funzionali, la differenziazione di diritto e politica ha due presupposti fondamentali: da una parte, l'assunzione in modo esclusivo di una funzione sociale – requisito che abbiamo già ricordato; dall'altra, la specificazione di un codice centrale. Nel caso del sistema giuridico, come si ricorderà, avevamo caratterizzato la sua funzione come *stabilizzazione di aspettative normative di comportamento* – con due precisazioni: che si tratta di aspettative normative di comportamento sovraordinate e collettivamente vincolanti; e che una tale stabilizzazione deve essere subordinata a una verifica della sua consistenza con il diritto vigente (generalizzazione materiale) e della sua legittimazione (generalizzazione sociale). Per il caso del sistema politico, la sua funzione può essere caratterizzata come *predisposizione della capacità di decidere in modo collettivamente vincolante*<sup>59</sup>, richiamando in tal modo una formulazione già introdotta da Talcott Parsons.

Il secondo presupposto della differenziazione è la specificazione di un codice centrale. Questa locuzione indica la presenza di una distinzione binaria che viene applicata come principale schema di osservazione in tutte le operazioni del proprio sistema; in altre parole, si ha differenziazione quando tutte le operazioni di un sistema assumono come quesito decisivo l'indicazione dell'uno o dell'altro lato di una stessa distinzione. Per il sistema giuridico, il codice centrale è dato dalla distinzione tra *lecito/illecito*; mentre, nel sistema politico, dalla distinzione tra *superiorità/inferiorità di potere*<sup>60</sup>. Entrambi, esattamente come accade per i codici centrali di tutti i sottosistemi funzionali, sono codici di preferenza. Questo significa che dei due

<sup>59</sup> «Bereithalten der Kapazität zu kollektiv bindendem Entscheiden» (Luhmann 2000a, p. 84). Si tratta, anzitutto, di *decisioni*, nella misura in cui le comunicazioni che le attivano sono prese di posizione di carattere contingente, vale a dire selezioni entro un universo di possibilità. Inoltre, tali decisioni sono *vincolanti*, non nel senso che esse sono in grado di predeterminare ora per il futuro gli stati del sistema, bensì nel senso che in un certo punto delle operazioni del sistema esse vengono assunte senza ulteriori discussioni come premesse per altre decisioni – e la minaccia dell'impiego della forza fisica può certamente aumentare la probabilità di una tale assunzione. Infine, un'altra particolarità di questo decidere consiste nel suo essere *collettivamente* vincolante, in altre parole nella sua applicazione anche nei confronti di colui o di coloro che hanno deciso. Su questo vedi Luhmann 2000a, pp. 81-88.

<sup>60</sup> Traduco così la distinzione *Machtüberlegenheit/Machtunterlegenheit* impiegata in Luhmann 2000a.

lati della distinzione è sempre e solo il lato positivo (lecito, per il diritto; superiorità di potere, per la politica) quello a cui deve corrispondere una comunicazione affinché essa sia in grado di condizionare altre comunicazioni<sup>61</sup>. Essere in grado di condizionare significa qui capacità della comunicazione di una decisione (di un *ego*) di ottenere consenso (da parte di un *alter*) e di diventare un presupposto e un vincolo per ulteriori decisioni (di *alter*). Se quella comunicazione viene osservata come corrispondente al lato positivo della distinzione, allora e solo allora il consenso potrà essere accordato; la corrispondenza al lato negativo sarà, al contrario, il presupposto della negazione del consenso. Quel che, in realtà, fa il codice è osservare se una comunicazione risulta o meno conforme a certi requisiti e, in base a ciò, se può essere indicata come lecita o illecita, nel caso del sistema giuridico, oppure come dotata di potere o meno, nel caso del sistema politico. Per ogni sottosistema, tali requisiti sono soddisfatti quando la comunicazione avviene combinando determinati elementi secondo determinate modalità. Nell'ambito della teoria dei sistemi, l'insieme di tali «elementi e modalità» è ciò che contraddistingue un *medium della comunicazione generalizzato simbolicamente*<sup>62</sup>. Il medium del sistema giuridico può essere etichettato con la locuzione *validità giuridica*. Questo medium comprende un insieme di elementi identificabili con tutte le unità minime di significato – per esempio, i principi e gli enunciati delle leggi – assunte in un determinato momento come dotate di validità, ossia lecite. Da queste unità minime è, poi, possibile generare combinazioni, le *forme della comunicazione giuridica* – per esempio, le sentenze. Tuttavia, affinché esse siano forme *giuridicamente valide* non basterà che esse vengano costruite a partire da unità minime già valide, ma sarà anche necessario che la loro combinazione rispetti determinati criteri o modalità fissati nella forma di specifici programmi giuridici – per esempio, le procedure stabilite dai codici. Nel caso del sistema politico, invece, il medium a esso specifico è il *potere* o *sovranità politica*. I suoi elementi sono costituiti da tutte le unità minime di significato – gli enunciati che trasmettono il comando di un ufficio – assunte in un determinato momento come vincolanti. Analogamente al caso del diritto, da queste unità minime diviene possibile creare *combinazioni nella forma di comandi*. E, di nuovo, affinché questi possano essere riconosciuti come *dotati di potere*, sarà richiesta, oltre alla combinazione di unità minime già vincolanti, anche la conformità a determinate condizioni strutturali fissate entro il sistema politico – per esempio, il fatto che la decisione provenga da un determinato ufficio legittimato a tale provvedimento. Riassumiamo, dicendo che, dinanzi a una qualunque comunicazione giuridica e politica, il rispettivo codice dovrà controllare la sua rispondenza o meno ai

<sup>61</sup> O, come si direbbe nella terminologia della teoria dei sistemi, di essere dotata di capacità di collegamento (*Anschlussfähigkeit*).

<sup>62</sup> Cevolini 2003; Tosini 2006b.

requisiti fissati nel proprio medium. Soltanto il rilevamento di una conformità a essi consentirà alla comunicazione di realizzare un condizionamento.

Da questo rapido affresco della natura dei sistemi giuridico e politico si trae, dunque, la conclusione che ognuno di essi segue propri principi. In particolare, la costruzione di catene di comunicazioni dotate di successo – capaci, in altre parole, di un effetto di condizionamento – è subordinata in ognuno dei due sistemi al rispetto delle regole di una logica specifica – quella del medium della validità giuridica, nel caso del sistema giuridico, e del medium della sovranità, nel caso del sistema politico. Nonostante ciò, sarebbe azzardato dedurre l'idea di un reciproco isolamento dei due sistemi. Infatti, la loro differenziazione è una realtà alla quale si è accompagnata la creazione di una modalità di raccordo. La costituzione è questa modalità.

A questo punto, la questione fondamentale è chiarire il significato di questo dispositivo politico-giuridico, e capire quale ruolo rivesta in esso il potere costituente<sup>63</sup>. L'interesse della nostra teoria non riguarda, infatti, solo i processi di differenziazione, da cui scaturisce l'autonomia di un sistema – compresi quello giuridico e quello politico – ma anche il modo col quale l'autonomia interagisce con il più ampio contesto in cui è realizzata, ossia con il suo ambiente. Il “modo” di cui parliamo è indicato dalla teoria con un concetto particolare, quello di *accoppiamento strutturale*. Questo concetto si riferisce, in sostanza, agli influssi che s'istaurano tra un sistema e gli altri sistemi collocati nel proprio ambiente. Due sono le forme in cui opera un accoppiamento strutturale: l'una è data dai *processi di scambio di risorse* tra l'uno e l'altro sistema; l'altra, dai *processi di reciproco condizionamento* che conseguono dalla prima forma<sup>64</sup>. La costituzione può essere caratterizzata esattamente come un caso particolare di accoppiamento strutturale – quello tra i sistemi giuridico e politico, differenziatisi come tali nel contesto della società moderna.

Trattiamo, anzitutto, la particolarità dei processi di scambio di risorse che si realizzano tramite la costituzione. A questo proposito, si deve tenere ben presente che, con la differenziazione moderna, viene affermata, da parte di ogni sottosistema, una propria sfera di autonomia per l'assolvimento di una funzione sociale. In linea di principio, l'autonomia consiste nella capacità di operare seguendo vincoli fissati nel corso di proprie operazioni. Nella realtà, la presenza di questo costante riferimento alle proprie operazioni sfocia inevitabilmente in un paradosso. Indichiamo questo fatto come *problema di autoreferenza*. Questo problema può essere risolto soltanto cercando un sostegno esterno, ossia risorse nell'ambiente. Per il sistema giuridico, tale problema nasce dalla ricerca dei fondamenti giuridici delle proprie decisioni e si presenta quando si tratta di sapere in cosa consiste il

<sup>63</sup> Per una precedente analisi, vedi Tosini 2003a; numerosi gli spunti anche per il presente testo sono tratti da Luhmann 1996; vedi anche Corsi 2002.

<sup>64</sup> Tosini 2006b.

fondamento ultimo del diritto, ora che non sono più possibili fondamenti esterni. Da un punto di vista genetico, ciò si registra nel momento in cui bisogna giustificare la validità della decisione giuridica che sta alla base di tutte le altre decisioni; si tratterebbe, in altre parole, di indicare se la distinzione originaria tra lecito e illecito sia essa stessa lecita o illecita. Da un punto di vista squisitamente logico, il problema si presenta nel momento in cui il codice del diritto tenta una riflessione su se stesso. In generale, la conseguenza è un paradosso: una volta esclusa la possibilità di un regresso all'infinito – col quale si attuerebbe continuamente il ricorso a un'altra decisione precedente assunta come giuridicamente valida – a un certo punto diviene impossibile stabilire in modo non arbitrario se l'indicazione di qualcosa come lecito o illecito sia essa stessa lecita oppure illecita. Tale paradosso può essere scongiurato facendo riferimento a un atto sovrano, in grado di rivendicare, in virtù di qualche superiore principio di legittimazione – per esempio, la *volontà del popolo* – la propria decisione sulla distinzione originaria tra lecito e illecito che deve stare alla base di tutto l'ordinamento – per esempio, che la forma repubblicana sia lecita e quella monarchica illecita. Quest'atto sovrano è esattamente una prestazione del potere costituente: una prestazione *politica*; che, proprio per questo, deve essere ricondotta alla dinamica del sistema politico.

Nella realtà, anche dal lato di quest'ultimo emerge un problema di autoreferenza, analogo a quello del sistema giuridico; un problema che consegue dalla riflessione sulla sovranità delle decisioni. Anche in questo caso, l'autonomia del sistema politico consiste nel ricorso a proprie decisioni vincolanti per produrre altre decisioni vincolanti. Vincolante è quella decisione che, su una determinata questione in un determinato momento, è registrata come dotata di un potere superiore, per il quale altre decisioni saranno costrette alla subordinazione. Il problema di autoreferenza del sistema politico emerge qualora si giunga alla questione della decisione sovrana rispetto a tutte le altre decisioni: si tratta qui, geneticamente, di giustificare la superiorità di potere di tale decisione. Sul piano logico, il problema di autoreferenza discende, anche in tal caso, dall'applicazione del codice del potere a se stesso. E, anche in questo caso, l'esito è un paradosso: una volta esclusa, anche in tal caso, la possibilità di un regresso all'infinito – in virtù del quale sarebbe offerta una copertura basata su una decisione già assunta come legittimamente dotata di un potere superiore – giunge il momento in cui è impossibile stabilire in modo non arbitrario se l'indicazione di un comando come dotato di un potere superiore o inferiore possa dirsi dotata di un potere superiore o inferiore. Chi potesse stabilire che la propria decisione è sovrana su ogni altra decisione a prescindere da ogni legittimazione sarebbe, allora, colui che di se stesso può dire di poter vincolare tutti senza che nessuno e niente vincoli lui medesimo. Si tratterebbe, però, di un atto puramente arbitrario. In genere, la legittimazione può essere trovata, al fine

di aggirare il paradosso, proclamando il sostegno di un qualche *diritto superiore* – per esempio, a un diritto naturale – proprio come accade con la teoria del potere costituente, per esempio, in Sieyès.

Il reciproco riferimento di diritto e politica permette, come abbiamo appena mostrato, la rimozione dei propri paradossi, generati dai rispettivi problemi di autoreferenza. Se l'operazione riesce, si apre una fase costituente. Nella realtà, come avevamo anticipato, questo reciproco riferimento è anche l'occasione per l'instaurarsi di un reciproco condizionamento. Da parte del sistema giuridico su quello politico, ciò si evince dalla pretesa della conformità delle decisioni politiche alle norme giuridiche, a loro volta fondate sulle norme costituzionali – a livello organizzativo, ciò si esprime nella creazione di appositi organi, come le corti costituzionali, che hanno la competenza di decidere sulla presenza o meno di tale conformità. In tal modo, alle organizzazioni politiche dello Stato viene richiesta la subordinazione delle decisioni politiche al diritto, pena la loro inattuabilità. Noi conosciamo questa pretesa come Stato *costituzionale di diritto*. Invece, da parte del sistema politico su quello giuridico, il condizionamento consiste nella pretesa che il diritto sia aperto a un intervento sulle strutture giuridiche per opera di decisioni sovrane, tali in quanto generate conformemente a determinati principi decisionali – per esempio, democratici – a loro volta pre-decisi dall'atto costituente. Secondo il modello dominante nel costituzionalismo moderno, le decisioni che possano dirsi sovrane in tal senso saranno quelle nate dal corpo parlamentare in rappresentanza del popolo. Da qui l'etichetta di Stato costituzionale *democratico* di diritto.

Il quadro fin qui presentato non è, però, ancora in grado di fare piena luce sul rapporto tra costituzione e potere costituente<sup>65</sup>. Se affermiamo che la soluzione del summenzionato paradosso della sovranità trova un sostegno nel riferimento a un qualche principio di legittimazione di tipo *giuridico*, rischiamo infatti di dare l'idea che si realizzi un atto *giuridicamente valido secondo il diritto positivo vigente*. Nella realtà, questo non è sempre vero, sia per quel che riguarda particolari momenti costituenti – e questo è evidente soprattutto nel caso della spesso ricordata Rivoluzione francese – sia per quel che concerne alcune dottrine del potere costituente – come quella, più volte richiamata, di Sieyès. Muovendo esattamente da una riflessione su questi momenti costituenti e sulle dottrine che li accompagnano, è

<sup>65</sup> Difatti, la mia impressione è che l'illustrazione che Luhmann dà della costituzione come accoppiamento strutturale – alla quale mi sono finora richiamato (per questo, vedi ancora Luhmann 1996; ma anche Luhmann 2004, cap. 10) – non tenga nel dovuto conto la forza preponderante dall'atto sovrano del potere costituente rispetto ai vincoli del diritto, così come in taluni casi deve essere registrata, ossia in tutti quei casi – per esempio, nella Francia del 1789 – in cui si verifica una decisione (sovrana) sulla costituzione; la quale decisione prescinde da qualsiasi riferimento al diritto positivo precedentemente vigente, compreso quello statuito in una precedente legge costituzionale. Le considerazioni seguenti hanno esattamente lo scopo di precisare il ruolo della decisione sovrana del potere costituente.

necessario porre attenzione al fatto che solo in modo improprio si può parlare per questi casi di un riferimento al sistema giuridico, intendendo con ciò la *legittimazione dell'atto sovrano del potere costituente sulla base di norme giuridiche vigenti*. Il «diritto» naturale a cui si riferisce Sieyès è certo connotato attraverso una semantica di tipo giuridico: esso è il principio di legittimazione che serve a lui per giustificare la superiorità del potere costituente, custodito nella Nazione e rappresentato dall'Assemblea costituente – che, come tale, rientra nel concetto schmittiano di dittatura sovrana. Ma questo riferimento non è, giova insistere, compatibile con le norme giuridiche assunte come valide nell'ordinamento dell'Antico Regime. Quel diritto è, semmai, il *diritto auto-proclamato di una volontà (politica)* che annulla le leggi fondamentali precedentemente vigenti per sostituire a esse nuove leggi costituzionali.

È inserendosi in questa riflessione sulla natura dell'atto costituente sovrano – così come si registra in determinate epoche storiche e come viene fissata nella teoria del potere costituente del popolo – che le analisi di Schmitt, svolte nella sua *Verfassungslehre* del 1928, acquistano la loro incontestabile pertinenza, nella misura in cui il «[p]otere costituente è una volontà politica il cui potere o autorità è in grado di prendere la decisione concreta fondamentale sulla specie e la forma della propria esistenza politica, ossia di stabilire complessivamente l'esistenza dell'unità politica. Dalle decisioni di questa volontà si fa discendere la validità di ogni ulteriore disciplina legislativa costituzionale. Le decisioni in quanto tali sono qualitativamente diverse dalle normative legislative costituzionali regolate sul loro presupposto»<sup>66</sup>. In questo modo, diviene possibile cogliere la reale natura del potere costituente e il suo ruolo nel contesto dell'analisi della costituzione come accoppiamento strutturale tra diritto e politica. Da una parte, nella misura in cui, a causa della chiusura operativa del sistema giuridico conseguente alla sua differenziazione, la ricerca di fondamenti ultimi del diritto rischia sempre di sfociare nell'arbitrio – e, sul piano logico, in un paradosso – della decisione originaria alla base dell'ordinamento, la soluzione viene delegata, come abbiamo visto, all'atto politico originario del potere costituente, il quale aggira il paradosso e, in questo modo, impedisce il regresso all'infinito verso la ricerca del fondamento ultimo *intra*giuridico del diritto. Dall'altra parte, un'attenta analisi del potere costituente deve rivelare che esso rimane un atto squisitamente *politico*, proprio in quanto la sua legittimità non è basata su alcuna legge costituzionale vigente. E, perciò, il sistema giuridico non si libera definitivamente del suo paradosso; es-

<sup>66</sup> Schmitt 1984, pp. 109-110. Mi sembra che l'evidenziazione del momento politico che sta alla base del potere costituente manifesti qui la sua efficacia maggiore rispetto alla definizione presente nel testo *Die Diktatur* (vedi nota 44).

so riappare, nella misura in cui, in ultima analisi, è chiaro che il diritto si è rivolto a un *fondamento extragiuridico per creare diritto*<sup>67</sup>.

L'extragiuridicità che contraddistingue la produzione normativa da parte del potere costituente è inevitabilmente destinata a riverberarsi sulla stabilizzazione temporale che sta alla base della funzione del diritto. Infatti, con l'azione del potere costituente emerge un ordinamento nuovo che non ha fondamento nel precedente ordinamento, il cui processo di stabilizzazione temporale viene, pertanto, rigettato. In altre parole, il potere costituente interviene scavalcando il diritto valido e introducendo nuovo diritto, che, dal punto di vista del precedente, non è dotato di validità. In definitiva, all'interno dell'operare del sistema giuridico il potere costituente si configura come la più radicale assunzione della contingenza, espressa nel riferimento manifestamente paradossale a una fonte extragiuridica per la costruzione di strutture giuridiche<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Questo riferimento extragiuridico può essere fatto corrispondere al sovrano nel senso di Schmitt (1972, pp. 39-40): «Ogni diritto è “diritto applicabile ad una situazione”. Il sovrano crea e garantisce la situazione come un tutto nella sua totalità. Egli ha il monopolio della decisione ultima. In ciò sta l'essenza della sovranità statale, che quindi propriamente non dev'essere definita giuridicamente come monopolio della sanzione o del potere, ma come monopolio della decisione [...]». Il caso d'eccezione rende palese nel modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica, e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per creare diritto». La conseguenza è che a livello della genesi delle costituzioni (ma anche di una parte della sua dottrina) si registra un peso diverso tra sistema giuridico e sistema politico, tra il vincolo della validità giuridica e quello della sovranità – essendo quest'ultimo il momento realmente decisivo. Non da ultimo, bisognerebbe anche ricordare che in certi casi, dopotutto, si sono verificate *rivoluzioni*, vale a dire, come ricorda Charles Tilly (2002, p. 17), «trasferimenti forzosi del potere statale», per i quali, *cela va sans dire*, la forza fisica ha ricoperto una parte non irrilevante nella decisione circa l'attribuzione della sovranità.

<sup>68</sup> In altre parole, il potere costituente si configura come il criterio supremo della determinazione del diritto: sua è la decisione fondamentale sull'ordinamento giuridico. Ogni ordinamento potrà ancora descriversi come *naturalmente* valido, ma *solo fintanto* che uno specifico contenuto di quella decisione resti fissato. Questo è, però, destinato, a configurarsi come un fatto improbabile e, comunque, non necessario, benché non impossibile: in definitiva, esso risulta un fatto contingente. In ogni caso, tale contenuto (contingente) non è deciso dal sistema giuridico in quanto diritto valido qui ed ora, ma appunto, da un *processo decisionale extragiuridico*. Soltanto l'evento di questo processo, che confluisce poi nella decisione fondamentale sull'ordinamento, resta un fatto certo. Per il resto, la contingenza del contenuto della decisione trascina con sé la validità dell'intero ordinamento, con la conseguenza che quest'ultimo, in ultima analisi, deve essere ri-descritto, se è permessa l'espressione, come una realtà *contingentemente* valida. La decisione sulla sua validità resta consegnata alla determinazione da parte del potere costituente, la cui attivazione trasforma uno stato di indeterminabilità, che esso stesso può scatenare, in una condizione di determinabilità. Visto in questo modo, il potere costituente potrebbe essere accostato ad altri dispositivi che regolano la contingenza negli altri sottosistemi della società. Nella teoria dei sistemi sociali, l'esigenza di tale regolazione è indicata dal concetto di “formula di contingenza” (*Kontingenzformel*). Essa è presente sotto forma, per esempio, di “limitazionalità” (*Limitationalität*), nel caso della scienza (Luhmann 1990, p. 392 sgg.), di Dio (*Gott*), nel caso della religione

Questa circostanza può essere osservata come la conseguenza della continua pressione sul sistema giuridico proveniente dagli incessanti mutamenti strutturali della società moderna che costringono il diritto a una positivizzazione sempre più marcata, la quale, in certe epoche, come al tempo della Francia del 1789, mostra la sua forza estrema, sino a comportare, si potrebbe affermare in termini marxiani, lo sconvolgimento rivoluzionario dell'intera sovrastruttura giuridica. Ciò dipende proprio dalla natura della società moderna. Come sappiamo, il principio che governa la sua differenziazione è di tipo funzionale. Conformemente a esso, anche la differenziazione e l'autonomia del diritto si realizzano *per* l'assolvimento di una funzione sociale. Ma questo non è tutto, poiché, come si ricorderà, per tutti i sistemi funzionali vale anche il principio che i loro processi devono realizzarsi in modo sempre più efficiente e nello stesso tempo più congruente rispetto alle esigenze generate dallo sviluppo sociale. Noi avevamo indicato la conseguenza di questa pressione come la costitutiva variabilità strutturale della società moderna. Per il diritto, questa pressione si esprime nella necessità che, in concomitanza all'autonomia per l'assolvimento della propria funzione, sia assicurata anche la sua positivizzazione. Da ciò consegue, pertanto, l'operare del sistema giuridico e la sua auto-comprensione come realtà *contingente*. A ciò si aggiunge il fatto che tale contingenza può – in taluni momenti storici – e deve – secondo determinate dottrine – investire anche il vincolo *giuridico* fondamentale del diritto – la sua costituzione – attraverso una decisione sovrana (*politica*) legittimata a prescindere da qualunque riferimento al diritto positivo vigente. L'esito di quest'ulteriore acquisizione è, pertanto, la possibilità – e, in certi momenti storici, la realizzazione – di una fondazione *extragiuridica* dell'intero ordinamento giuridico dello Stato.

(Luhmann 2000b, p. 147 sgg.), di legittimità (*Legitimität*), per il sistema politico (Luhmann 2000a, p. 118 sgg.), di giustizia (*Gerechtigkeit*), per il sistema giuridico (Luhmann 2004, p. 214 sgg.). Per rispondere a questa comune esigenza, in ognuno di questi sottosistemi vengono generati propri dispositivi: i principi teorici e metodologici (scienza), la volontà di Dio (religione), i valori (politica), i principi giuridici (diritto). Seguendo questo schema comparativo, il potere costituente potrebbe essere descritto, più precisamente, come il dispositivo politico-giuridico che, analogamente alla volontà di Dio – a questo propositivo è utile richiamare il caso particolare di Cromwell, il quale, come ha mostrato Schmitt (cfr. il precedente paragrafo), agisce da dittatore sovrano appellandosi non al popolo ma ancora a Dio – fissa, attraverso un *rinvio alla volontà del popolo sovrano*, l'organizzazione del sistema politico e, per suo tramite, i principi del diritto valido. Ringrazio Alberto Cevolini per avermi suggerito questa comparazione.

## V

Una descrizione della struttura dello Stato moderno come Stato fondato su principi giuridici *naturali* trascurerebbe, secondo le riflessioni fin qui compiute, che quella struttura è, per la verità, pervasa da cima a fondo da una costitutiva contingenza. La società moderna trascina, infatti, l'ordinamento giuridico in una condizione per la quale le strutture di quest'ultimo possono e devono essere continuamente aperte a trasformazioni congruenti alla complessità richiesta dall'evoluzione sociale. Senza questa positivizzazione il diritto perderebbe la sua capacità di rispondere adeguatamente alle richieste sociali. Ciò non elimina il riconoscimento e le pretese di un'autonomia del sistema giuridico, che esiste e resiste nella misura in cui le pretese di trasformazione rivolte al diritto sono controllate e guidate anche *tramite il diritto e in conformità ai principi costituzionali vigenti*. Tuttavia, il punto decisivo è che una compiuta analisi delle trasformazioni che caratterizzano il diritto moderno deve anche rilevare la presenza di momenti in cui la contingenza viene radicalizzata a spese di tale autonomia – e, in ogni caso, la possibilità di questa radicalizzazione resta l'elemento costitutivo della dottrina del potere costituente. Ciò genera momenti di discontinuità di grande rilevanza pratica e teorica, nei quali *decisioni (politiche) svincolate da ogni vincolo del diritto positivo vigente fanno sì che la contingenza investa anche i principi giuridici a fondamento dell'intero ordinamento giuridico*.

## Riferimenti bibliografici

- Agamben, Giorgio  
2003 *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang  
1996 *Il potere costituente del popolo: un concetto limite del diritto costituzionale*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino.
- Brailsford, H. N.  
1962 *I Livellatori e la Rivoluzione inglese*, Il Saggiatore, Milano.
- Burke, Edmund  
1963 *Scritti politici*, UTET, Torino.
- Caenegem, Raoul. C. van  
2003 *Il diritto costituzionale occidentale*, Carocci, Roma.
- Cevolini, Alberto  
2003 *I media generalizzati simbolicamente*, in N. Addario (a cura di), *Teoria dei sistemi sociali e modernità*, Carocci, Roma.
- Comanducci, Paolo  
1990 *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello. Saggi storici*, vol. I, Giuffrè, Milano.

- Compagna, Luigi  
1998 *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Il Mulino, Bologna.
- Corsi, Giancarlo  
2001 „Geräuschlos und unbemerkt“: zur Paradoxie struktureller Kopplung, «Soziale Systeme», 7, pp. 253-66.
- Dogliani, Mario  
1994 *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna.
- Esposito, Elena  
2002 *Soziales Vergessen. Medien und Formen des Gedächtnisses der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.
- Fioravanti, Maurizio  
1992 *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particolare*, in P. Pombeni, (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, Il Mulino, Bologna.
- 1995 *Appunti di storia delle costituzioni europee: le libertà fondamentali*, Giapichelli, Torino.
- Hill, Christofer  
1981 *Il mondo alla rovescia. Idee e movimenti rivoluzionari nell'Inghilterra del Seicento*, Einaudi, Torino.
- Holmes, Stephen  
1995 *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino.
- Jefferson, Thomas  
1961 *Antologia degli scritti politici*, Il Mulino, Bologna.
- Luhmann, Niklas  
1977 *Sociologia del diritto*, Laterza, Bari-Roma.  
1983 *Struttura della società e semantica*, Laterza, Bari-Roma.  
1990 *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.  
1995 *Osservazioni sul moderno*, Armando, Roma.  
1996 *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino.  
1997 *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, 2 voll., Suhrkamp, Frankfurt a.M.  
2000a *Die Religion der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.  
2000b *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt a.M.  
2004 *Law as a Social System*, Oxford University Press, Oxford.
- Madison, James  
1997 *Federalista n. 49*, in A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *Il Federalista*, Il Mulino, Bologna.
- McIlwain, Charles H.  
1990 *Costituzionalismo antico e moderno*, Il Mulino, Bologna.
- Negri, Antonio  
2002 *Il potere costituente: saggio sulle alternative del moderno*, ManifestoLibri, Roma.
- Paine, Thomas  
1978 *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, Editori Riuniti, Roma.
- Poggi, Gianfranco  
1991 *Lo Stato. Natura, sviluppi, prospettive*, Il Mulino, Bologna.
- Rosenfeld, Michel et. al.  
2003 *Comparative Constitutionalism. Cases and Materials*, American Casebook Series, St. Paul (MN).
- Sartori, Giovanni  
1996 *Costituzione*, in Id., *Elementi di teoria politica*, Il Mulino, Bologna.
- Schmitt, Carl  
1972 *Definizione di sovranità*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna.  
1975 *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Laterza, Bari-Roma.  
1984 *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano.
- Sieyès, Joseph-Emmanuel  
1993 *Opere e testimonianze politiche. Scritti editi*, Giuffrè, Milano.
- Stichweh, Rudolf  
1979 *Differenzierung der Wissenschaft*, «Zeitschrift für Soziologie», 8, pp. 82-107.  
1990 *Selbstorganisation und die Entstehung nationaler Rechtssysteme (17.-19. Jahrhundert)*, «Rechtshistorisches Journal», 9, pp. 254-272.
- Tarello, Giovanni  
1976 *La codificazione costituzionale in America*, in Id., *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna.
- Teubner, Gunther  
1996 *Il diritto come sistema autopoietico*, Giuffrè, Milano.
- Tilly, Charles  
2002 *Le rivoluzioni europee*, Laterza, Roma-Bari.
- Tosini, Domenico  
2002 *Rischio e responsabilità oggettiva*, Tesi di dottorato, Università di Lecce.  
2003a *Il diritto*, in N. Addario (a cura di), *Teoria dei sistemi sociali e modernità*, Carocci, Roma.  
2003b *Contingenza e extragiuridicità del diritto: problemi giuridici del potere costituente e della responsabilità oggettiva*, «Sociologia del diritto», 30, 3, pp. 73-98.  
2005 *The Welfare Courts: A Socio-Legal Analysis of Risk Management through Modern Strict Liability*, «International Journal of the Sociology of Law», 33, 4, pp. 200-214.  
2006a *Re-Conceptualizing Law and Politics: Contributions from Systems Theory*, «Contemporary Sociology», 35, 2, pp. 123-125.  
2006b *Medium as a Basic Concept of Sociology: Contributions from Systems Theory*, «Social Science Information», 45, 4, pp. 539-560.
- Vergottini, Giuseppe de  
1990 *Costituzione*, in N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, UTET, Torino.  
1999 *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, Padova.