



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2025

“Higher law”.

Rilievo storico, limiti
e significato attuale del pensiero
di Locke per il costituzionalismo

di Antonio Ignazio Arena

EDITORIALE SCIENTIFICA

“HIGHER LAW”. RILIEVO STORICO, LIMITI E SIGNIFICATO ATTUALE DEL PENSIERO DI LOCKE PER IL COSTITUZIONALISMO

di Antonio Ignazio Arena

Professore associato di Diritto costituzionale

Università degli Studi di Messina

SOMMARIO: 1. RILIEVI INIZIALI: LE RAGIONI DI UNO STUDIO; 2. SUL CONCETTO DI COSTITUZIONE: *HIGHER LAW* OSSIA LA COSTITUZIONE COME DIRITTO E COME LIMITE PER IL POTERE: 2.1. LA COSTITUZIONE COME CARTA DEI DIRITTI; 2.2. LA COSTITUZIONE COME PATTO D'UNITÀ NEL PLURALISMO; 3. SULLA FORMA DI STATO: IL PRINCIPIO DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI: 3.1. IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E LA SOGGEZIONE INTEGRALE DEL POTERE AL DIRITTO; 3.2. LE LIBERTÀ FONDAMENTALI; 3.3. IL DIRITTO DI PROPRIETÀ PRIVATA E I SUOI LIMITI. GIUSTIZIA E “CARITÀ” NELLA DISCIPLINA DEI RAPPORTI ECONOMICI; 4. SUL SISTEMA ISTITUZIONALE: COSTITUZIONALISMO POLITICO E GIUSTIZIA COSTITUZIONALE: 4.1. CENTRALITÀ DEL PARLAMENTO E PREROGATIVE DELL'ESECUTIVO; 5. RECUPERARE LA CAPACITÀ “ORDINANTE” DELLA COSTITUZIONE.

1. Rilievi iniziali: le ragioni di uno studio

Quantomeno se si fa riferimento a una concezione sostanziale¹ e prescrittiva² di costituzione di matrice liberal-democratica, può dirsi che

ogni costituzione [sia] la risultante specifica del “costituzionalismo” in una fase specifica del suo sviluppo e in una specifica realtà nazionale [...] Ecco perché, per comprendere cosa sia una costituzione, è opportuno soffermarsi a considerare cosa sia, come è sorto, come si è dispiegato il movimento storico del costituzionalismo³.

¹ Sulla distinzione tra costituzione in senso formale e sostanziale v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, *Introduzione al diritto costituzionale italiano*, Padova, 1970, p. 86.

² Sulla distinzione tra le nozioni descrittiva e prescrittiva di costituzione v. M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, pp. 193 ss.

³ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, 2006, pp. 12 s.

In una simile prospettiva, il testo che si presenta è dedicato a un autore “classico” del costituzionalismo: John Locke. Sarebbe vano pretendere di essere esaustivi sul suo contributo, tantopiù in un breve articolo come quello che segue. In proposito si è sviluppata peraltro, nel tempo, una vastissima letteratura in ambito storico-filosofico⁴ e copiosi sono i riferimenti al pensiero di Locke anche in ambito giuridico e costituzionalistico: si pensi agli studi dedicati alla “storia costituzionale”, alla quale la storia del pensiero costituzionalistico appartiene⁵, nel solco di una ricca (e antica) tradizione gius-pubblicistica⁶; tale storia comprende generalmente, come *infra* si vedrà, l’elaborazione lockiana tra i suoi momenti teorici più rilevanti⁷.

⁴ Sugli aspetti qui di maggior interesse, *ex plurimis* v. L. STRAUSS, *On Locke's doctrine of natural rights*, in *The Philosophical Review*, n. 4/1952, pp. 475 ss.; W. VON LEYDEN, *Notes concerning papers of John Locke in the Lovelace Collection*, in *Philosophical Quarterly*, n. 6/1952, pp. 63 ss.; G.B. MACPHERSON, *The social bearing of Locke's political theory*, in *The Western Political Quarterly*, n. 1/1954, pp. 1 ss.; C.A. VIANO, *I rapporti tra Locke e Shaftesbury e le teorie economiche di Locke*, in *Rivista di filosofia*, n. 1/1958, pp. 69 ss.; N. BOBBIO, *Locke e il diritto naturale*, Torino, 1963; J. FRANKLIN, *Locke's Theory of Sovereignty*, Cambridge, 1978; N. MACCORMICK, *Law, Obligation and Consent. Reflections on Stair and Locke*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n. 3/1979, pp. 387 ss.; J. WALDRON, *Enough and As Good Left for Others*, in *Philosophical Quarterly*, n. 29/1979, pp. 319 ss.; W. VON LEYDEN, *Hobbes e Locke*, trad. it. a cura di R. Casadei, Bologna, 1984; J. COHEN, *Structure, Choice and Legitimacy: Locke's Theory of the State*, in *Philosophy and Public Affairs*, n. 15/1986, pp. 301 ss.; J. DUNN, *Il pensiero politico di John Locke*, trad. it. a cura di B. Fontana, P. Pasquino, Bologna, 1992; C.A. VIANO, *Locke*, Roma-Bari, 1997; G.L. MCDOWELL, J. O'NEIL (a cura di), *America and Enlightenment Constitutionalism*, Londra-New York, 2007; R. ASHCRAFT, *Locke's Two Treatises of Government*, Londra, 2012.

⁵ Cfr. P. BISCARETTI DI RUFFIA (*Costituzionalismo*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1962, pp. 130 s.), che ricorda come la parola “costituzionalismo” sia impiegata per indicare «la dottrina, le norme e le istituzioni accolte nella maggior parte degli Stati, in cui, a cominciare dagli ultimi anni del secolo XVIII, venne introdotto un governo, appunto detto costituzionale, in contrapposizione a quello assoluto, a quell'epoca del tutto predominante» e, più tardi, in contrapposizione alle «diverse forme di Stato autoritario» successivamente affermatesi.

⁶ Sul rilievo assunto dagli studi dedicati alle radici teoriche del costituzionalismo nella gius-pubblicistica italiana cfr. M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano, 2001, pp. 80 ss., 218 ss., 251 ss. nonché 327 ss.

⁷ *Ex plurimis*, v. E. CROSA, *La sovranità popolare dal Medioevo alla Rivoluzione francese*, Torino, 1915, pp. 189 ss.; M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medioevo alla Rivoluzione francese*, Milano, 1951, pp. 269 ss.; G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Milano, 1979, pp. 242 ss.

Si riscontra, tuttavia, la quasi totale assenza di trattazioni appositamente dedicate alla teoria della *costituzione* di questo studioso, sviluppate cioè a partire dagli interessi propri della scienza del diritto costituzionale. Di qui, il tentativo di offrirne un'interpretazione nella prospettiva costituzionalistica – naturalmente – tenendo conto anche della produzione scientifica sviluppata in altri settori.

In vero, sul modo più appropriato di concepire una costituzione (già in termini descrittivi e, poi, per quanto adesso interessa, nel senso proprio del costituzionalismo) non v'è unanimità di vedute; e così può dirsi che la questione rimanga tuttora aperta e il ritorno ai classici del pensiero sia sempre indispensabile.

L'utilità *precipua* di un lavoro dedicato al costituzionalismo lockiano si coglie, però, osservando come esso offra occasione per una riflessione sul concetto di costituzione quale "*higher law*". Come si cercherà di argomentare, tale modo di intendere la costituzione comporta, ove accolto, alcune precise (e non sempre condivise) opzioni ermeneutiche "di fondo". Tra queste, principalmente:

- l'ascrizione della costituzione all'universo giuridico-formale, pur con la dovuta considerazione della rilevanza della dimensione sociale e storico-concreta per la comprensione del fenomeno giuridico;

- la concezione della costituzione quale "garanzia della libertà" (v. *infra*, part. par. 3.2) e, quindi, l'esclusione di una visione del diritto (costituzionale), in ultima analisi, "imperativista", a seguir la quale la libertà "inizia" solo laddove "finisce" il diritto quale espressione del comando del sovrano;

- la configurazione della costituzione come "traduzione", sul piano normativo, della coscienza sociale diffusa per la quale i diritti inviolabili sono inerenti alla dignità della persona umana e quindi, dal momento che tale "coscienza" è espressione del dinamismo sociale, la negazione di una visione formalista (e statica) della costituzione (v. par. 2);

- la comprensione della costituzione quale limite per il potere pubblico e privato, affinché la libertà di tutti i componenti della comunità politica possa dirsi effettiva (v. par. 3) e, pertanto, il rifiuto di un'interpretazione riduttiva della tutela dei diritti fondamentali e della separazione dei poteri – senza le quali, per riprendere il celebre art. 16 della *Dichiarazione Universale* del 1789, una comunità non ha una costituzione (nel senso del costituzionalismo);

- il riconoscimento della complementarità delle forme legislativa e

giurisdizionale di tutela dei diritti inviolabili e quindi il respingimento di ogni impostazione per la quale la tutela dei diritti inviolabili risulterebbe una prerogativa unicamente del legislatore *oppure* soltanto dei giudici (v. parr. 3.1 e 4).

Idealmente il pensiero di Locke può essere collocato “al crocevia” tra due eventi capitali della storia costituzionale, quali la “gloriosa rivoluzione” in Inghilterra e la dichiarazione d’indipendenza americana. Non è un caso che, nell’insieme delle molteplici letture offertene, alcune lo accostino agli avvenimenti inglesi, sottolineandone per di più le ascendenze puritane e la (modesta?) originalità rispetto allo stadio avanzato (dal punto di vista liberale) del dibattito politico d’oltremarina (fuori ed entro il “recinto” delle istituzioni pubbliche)⁸. Altre, viceversa, enfatizzano quegli aspetti della dottrina politica lockiana che precorrono temi centrali nella ribellione delle colonie britanniche⁹ e nella conseguente formazione della Costituzione statunitense¹⁰.

Senz’altro feconda appare poi la contestualizzazione del pensiero di Locke nel quadro di una lunga e complessa storia (non solo intellettuale) caratterizzata da un processo di graduale secolarizzazione dell’etica (e della politica)¹¹ e quindi di definizione (e positivizzazione giuridica) di concetti – a partire da quelli di “persona umana”¹² e di “libertà individuale”¹³ – senza i quali il costituzionalismo non avrebbe potuto svilupparsi. Come si vedrà, il nesso tra questo processo di secolarizzazione e il costituzionalismo è, nell’opera di Locke, ancora del tutto esplicito.

⁸ B. RUSSELL, *Locke’s Political Philosophy*, in ID., *History of Western Philosophy*, Londra-New York, 2009, pp. 568 s.

⁹ C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, trad. it. a cura di V. de Caprariis, Venezia, 1956, p. 15.

¹⁰ R.A. GOLDWIN, *John Locke*, in L. STRAUSS, J. CROUSEY (a cura di), *Storia della filosofia politica*, II, trad. it. a cura di L. Angelino, Genova, 1995, pp. 290 s.

¹¹ Cfr. H. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II, *L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, trad. it. a cura di D. Quaglioni, Bologna, 2010, pp. 365 ss., nonché J. HABERMAS, *Una storia della filosofia*, II, *La costellazione occidentale di fede e sapere*, trad. it. a cura di M. De Pascale, W. Privitera, L. Corchia, Milano, 2024, pp. 463 ss.

¹² L. SIEDENTOP, *L’invenzione dell’individuo. Le origini del liberalismo occidentale*, trad. it. a cura di D. Melidoro, Roma, 2016, pp. 135 ss.

¹³ C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, trad. it. a cura di L. Ceppa, G. Rigamonti, Milano, 2008, p. 50.

Del resto, il rilievo degli scritti lockiani non va esagerato. Ogni mitizzazione risulterebbe poco credibile, anche perché sarebbe arduo nascondere i limiti di un'impostazione sulla quale molti si sono soffermati con spirito critico.

A titolo esemplificativo, basti ricordare che, per alcuni, da Locke furono poste le basi dell'«idea che la miseria potesse essere messa a frutto»¹⁴. La riflessione lockiana sarebbe, inoltre, inevitabilmente «datata», confinata a un certo assetto dei rapporti economici: «La visione di Locke non oltrepassava i limiti della proprietà terriera e mercantile»¹⁵.

Ancora, pur secondo un'impostazione generale di segno assai differente, Locke sarebbe il padre dell'individualismo, inteso, in senso deteriore, come la dottrina per la quale la società è (e dev'essere) «nient'altro che un insieme di estranei, ciascuno dei quali persegue i propri interessi sotto restrizioni ridotte al minimo»¹⁶.

Al di là dei suoi limiti (non lievi, come *infra* si dirà, specie in relazione al principio democratico e al principio di eguaglianza), si cercherà, però, di mostrare che la teoria lockiana possiede (oltreché meriti storici) potenzialità generative rilevanti per lo sviluppo del costituzionalismo. Alcune osservazioni in essa rinvenibili possono essere utilmente riprese o riscoperte e messe in relazione ai problemi che ancor oggi si pongono nello studio e nell'interpretazione delle costituzioni. In particolare, la lettura di Locke come «pensatore individualista», preoccupato prevalentemente (se non esclusivamente) di tutelare il diritto di proprietà privata, sembra essere infatti, per le ragioni che si indicheranno, il frutto di una semplificazione, con conseguente rischio – una volta abbracciatala – di perdere di vista gli aspetti salienti di un'impostazione dalla quale il costituzionalismo può – senza pregiudizi e senza ingenuità – continuare a trarre alimento.

¹⁴ K. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it. a cura R. Vigevani, Torino, 2010, p. 135.

¹⁵ *Ivi*, p. 284.

¹⁶ A. MACINTYRE, *Dopo la virtù. Saggio di teoria morale*, trad. it. a cura di M. D'Avenia, Roma, 2009, p. 300.

2. Sul concetto di costituzione: *higher law* ossia la costituzione come diritto e come limite per il potere

Come accennato *supra*, il principale aspetto della teoria di Locke sul quale conviene richiamare l'attenzione è il seguente: egli concepiva la costituzione come "*higher law*", diritto sovraordinato.

Non importa stabilire in che misura questa affermazione possa dirsi anticipata da elaborazioni più risalenti. Se si volge lo sguardo a ciò che ha preceduto l'opera lockiana, si riconosce, certo, che l'affermazione di una concezione di costituzione come diritto sovraordinato, idoneo a limitare i detentori transeunti del potere, risulta da una sistematizzazione di pregresse acquisizioni, derivanti dalla secolarizzazione dell'etica cristiana, a sua volta rielaborata mediante il confronto con il diritto naturale antico. D'altronde, la stessa genesi del principale scritto politico di Locke lo dimostra: trattasi, infatti, di una critica all'interpretazione delle *Sacre Scritture* offerta da Filmer, difensore della monarchia assoluta di diritto divino¹⁷.

La questione relativa ai precedenti può essere, però, qui tralasciata.

Maggiormente interessante, ai fini della presente indagine, è constatare che l'idea di *higher law* è cruciale per la complessiva comprensione del contributo lockiano al costituzionalismo. A tal riguardo, è stato osservato come in Locke si rinvergono le basi per un rifiuto della declinazione soggettivistica (oltreché assolutistica) della sovranità e, conseguentemente, per la sua trasfigurazione oggettivistica in "primazia" della costituzione: infatti, «il termine "sovrano" non viene mai usato da Locke nel senso letterale, salvo quando si riferisca al "libero, sovrano individuo", allo stato di natura»¹⁸. In Locke la chiara e moderna distinzione tra *lex* (legge) e *ius* (inteso come diritto soggettivo), elaborata particolarmente da Suarez¹⁹, prende la forma di una scissione interna

¹⁷ Il riferimento è a R. FILMER, *Patriarca*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, 2010, pp. 597 ss. Come noto, il primo dei *Due trattati* di Locke è dedicato alla puntuale confutazione delle tesi di Filmer, mentre il secondo ospita la *pars construens* dell'impostazione di Locke: J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, trad. it. a cura di L. Pareyson, Torino, 2010, pp. 77 ss. e 227 ss.

¹⁸ E.S. CORWIN, *L'idea di "legge superiore" e il diritto costituzionale americano*, trad. it. a cura di S. Rosso Mazzinghi, Venezia, 1963, p. 100. In proposito cfr. ancora *infra*, par. 2.1.

¹⁹ F. SUAREZ, *Trattato delle leggi e di Dio legislatore*, I, trad. it. a cura di O. De Bertolis, Padova, 2008, p. 207.

all'universo giuridico. Ciò attraverso l'individuazione di un livello più alto della giuridicità nel quale i diritti soggettivi trovano protezione. Si è scritto, infatti, che «Locke si può veramente considerare il precursore della più ampia concezione moderna dell'inderogabilità del diritto»²⁰ (come *infra* si vedrà, anche da parte del legislatore). Quest'ultima non si rinviene solo nell'esperienza costituzionale statunitense, direttamente influenzata dall'opera di Locke²¹, ma – sia pur dopo un lungo “travaglio” – nel costituzionalismo *tout court*.

L'impostazione lockiana riflette, e in parte prefigura, il processo culturale e storico per il quale, in contesto liberaldemocratico, il diritto naturale, già in precedenza inteso come paradigma e limite del diritto positivo, diviene “costituzione”, vale a dire risulta esso stesso positivizzato. Come noto, tale processo di positivizzazione è descritto da Locke nei termini tipici del contrattualismo: la costituzione è un patto (d'unione e di soggezione) mediante il quale i cittadini ottengono, in condizioni di reciprocità, la salvaguardia dei loro inviolabili diritti:

Poiché gli uomini sono [...] tutti per natura liberi, eguali e indipendenti, nessuno può essere tolto da questa condizione e assoggettato al potere politico di un altro senza il suo consenso. L'unico modo con cui uno si spoglia della sua libertà naturale e s'investe dei vincoli della società civile, consiste nell'accordarsi con altri uomini per congiungersi e riunirsi in una comunità, per vivere gli uni con gli altri con comodità, sicurezza e pace, nel sicuro possesso delle proprie proprietà²².

Se, per un verso, l'idea della costituzione come contratto costitutivo della società può apparire antistorica, per altro verso si presta a definire una condizione di accettabilità per ogni costituzione (giusta); a evidenziare, cioè, l'esistenza di un *telos* atto a connaturare ogni (giusta) costituzione.

Non a caso, si è scritto che, in ambiente liberaldemocratico,

i principi stabiliti dalla costituzione non sono certo diritto naturale. Essi, al contrario, rappresentano il massimo atto d'orgoglio del diritto positivo,

²⁰ E.S. CORWIN, *L'idea di “legge superiore” e il diritto costituzionale americano*, cit., p. 101.

²¹ Cfr. G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, pp. 274 s.

²² J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 296.

in quanto costituiscono il tentativo di “positivizzare” quel che, per secoli, si era considerato appannaggio del diritto naturale, appunto: la determinazione della giustizia e dei diritti umani²³.

Nell’affermazione per la quale la transizione dall’ipotetico stato di natura alla società politica è legittima solo se si stabilisce una costituzione che salvaguardi «vita, libertà e averi»²⁴ dei consociati, si esprime l’esigenza della positivizzazione dei diritti.

Quest’ultima ha ricadute, anzitutto, sull’interpretazione costituzionale. Infatti, «negli Stati costituzionali moderni, i principi morali di diritto naturale si sono incorporati nel diritto positivo. Le modalità argomentative del diritto costituzionale divengono così “aperte” nei confronti dei discorsi metagiuridici, tanto più in quanto si dia valore ai principi della costituzione»²⁵. Volendo, può dirsi che le modalità argomentative divengono ancor più “aperte”, se si assume che tale “apertura” sia, comunque, in qualche misura, inevitabile in quanto dipende – quali che siano i contenuti della costituzione – anzitutto dalla presenza ineliminabile di giudizi soggettivi di valore in ogni procedimento ermeneutico²⁶.

Si può inoltre rilevare che la costituzione come *higher law* appartiene alla dimensione giuridico-formale. Essa, pur essendo “trascendente” rispetto alle manifestazioni “altre” della giuridicità, è “immanente” al sistema giuridico. Va, pertanto, distinta dalla dimensione sociale nelle sue varie articolazioni. Ove (seguendo Locke) si ritenesse non del tutto infondata tale premessa, il sistema politico, in particolare, difficilmente potrebbe essere riguardato come “costituzione” (materiale): pur senza negare la necessità che la costituzione sia “sorretta” dal sistema politico e, più ampiamente, sociale, si può cogliere così, in modo plastico, la problematicità – quantomeno a partire dal quadro teorico offerto da Locke – dell’impostazione per la quale il sistema politico, con i valori e gli interessi dei quali si fa “portatore”, dovrebbe essere riguardato, esso stesso, come “costituzione”²⁷.

²³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, p. 155.

²⁴ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 318.

²⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, cit., p. 157.

²⁶ E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, II, Milano, 1990, p. 808.

²⁷ Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, pp. 30 ss. Per osservazioni critiche sulla concezione mortatiana di costituzione v. part. V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Padova, 1995, pp. 72 ss.; per

La teoria lockiana veicola poi l'idea per la quale la costituzione è, di per sé, idonea a costituire un limite per il potere, anche del legislatore. In tal senso, la concezione della costituzione come *higher law* si pone in antitesi rispetto a quelle «posizioni interpretative svalutatrici che esprimono una crisi del valore normativo delle previsioni costituzionali»²⁸.

Dipiù, a tale conclusione circa il carattere vincolante e parametrico della costituzione sembrerebbe doversi pervenire, in Locke, indipendentemente dalla presenza di un procedimento aggravato per la revisione costituzionale. Sviluppando questa logica si potrebbe finanche concludere che «il silenzio della costituzione in ordine al procedimento da seguire per la sua revisione, non ne muta il regime di “immodificabilità” e, quindi, nulla aggiunge, nella sostanza, alla naturale immodificabilità della costituzione da parte delle leggi ordinarie»²⁹. O, almeno, essa sembrerebbe indurre ad affermare l'esistenza di principi che, anche laddove un procedimento di revisione costituzionale sia previsto, sono da ritenere, in ogni caso, immodificabili³⁰.

2.1. La costituzione come carta dei diritti

Secondo l'insegnamento di Locke, dunque, la costituzione *deve* tutelare determinati diritti, cioè i diritti “naturali” che preesistono allo Stato. In tal senso, i diritti prima ancora di essere garantiti, devono essere riconosciuti. Tale riconoscimento può essere inteso come presa d'atto da parte dei governanti dei diritti inviolabili dei governati o, più esattamente, come un riconoscimento mutuo tra i consociati – che presuppone una visione orizzontale (egualitaria) delle loro relazioni³¹.

approfondimenti v. ancora, tra i molti, M. FIORAVANTI, *Le dottrine della costituzione in senso materiale*, in *Historia constitucional*, n. 12/2011, pp. 22 ss. e F. LANCHESTER, *Pensare lo Stato. I giuspubblicisti nell'Italia unitaria*, Roma-Bari, 2004, pp. 97 ss.

²⁸ M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, p. 27.

²⁹ A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, p. 11.

³⁰ Cfr. *infra*, par. 4. Può ricordarsi come proprio John Locke avesse scritto la Costituzione dello Stato della Carolina ritenendola non modificabile e stabilendo solennemente: «*These fundamental constitutions, in number a hundred and twenty, every part thereof, shall be and remain the sacred and unalterable form and rule of government of Carolina forever*» (v., in proposito, R. ALBERT, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford, 2019, p. 43).

³¹ Cfr. A. HONNETH, *Riconoscimento. Storia di un'idea europea*, trad. it. a cura di F. Cuniberto, Milano, 2019, pp. 59 ss.

La concezione lockiana è, in tal senso, profondamente innovativa e si pone in una linea di discontinuità non solo con l'interpretazione assolutistica delle *Scritture* offerta da Filmer, ma anche con l'assolutismo "ateo" di Hobbes³².

A seguire quest'ultimo, «il diritto di natura, che gli scrittori comunemente chiamano *ius naturale*, è la libertà che ogni uomo ha di usare il suo potere come egli vuole, per la preservazione della propria natura, vale a dire della propria vita, e per conseguenza, di fare qualunque cosa nel suo giudizio e nella sua ragione egli concepirà essere il mezzo più atto a ciò»³³. In Hobbes, quindi, i diritti non preesistono allo Stato, ma si danno solo come una creazione del diritto positivo. L'unico "diritto di natura" è la "libertà" di far quel che si ritiene giusto per preservare se stessi,

e per il fatto che la condizione dell'uomo [...] è una condizione di guerra di ogni uomo contro ogni uomo, e, in questo caso, ognuno è governato dalla propria ragione e non c'è niente di cui egli può far uso che non possa essergli di aiuto nel preservare la sua vita contro i suoi nemici, ne segue che in una tale condizione ogni uomo ha diritto ad ogni cosa, anche al corpo di un altro uomo³⁴.

A una simile impostazione Locke si oppone con decisione, considerando inerenti alla persona umana, in quanto tale, taluni inviolabili diritti. Questo potrebbe indurre ad accostare quella lockiana alle teorie dei diritti elaborate *more geometrico* nel XVII secolo. Dopotutto, anche Locke sembra ritenere "evidente" che gli esseri umani siano titolari di certi diritti. Si è scritto che con l'elaborazione del diritto naturale razionale – del quale Locke è indubbiamente fra i maggiori artefici – «comincia l'assillante ritornello dell'*evidenza*, che continuerà per tutto il Settecento [...] Ciò che era pensato come dono d'Iddio, qui è auto-

³² Cfr. F. LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, pp. 807 s. («la contrapposizione tra Hobbes e Locke può essere al limite relativizzata, ma è indubbio che gli elementi fondamentali di una teoria laica e borghese del potere possono essere rilevati soprattutto in Locke»). Si v. anche F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma, 2011, pp. 70 ss.: l'A. contrappone al «realismo assolutista» di Hobbes, il liberalismo di Locke che, «con la definizione compiuta di principi quale quello della divisione dei poteri, porrà le basi dello Stato di diritto».

³³ T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it. a cura di G. Michieli, Milano, 2012, p. 134.

³⁴ Ivi, pp. 134 s.

nomizzato [...] Ciò che è *evidente*, non abbisogna di interventi celesti, ma trova in sé la propria giustificazione»³⁵.

La teoria di Locke non pare, però, grettamente individualistica né aspira a un rifiuto delle sedimentazioni storiche.

Locke concepisce taluni diritti come inviolabili in quanto presuppone che, secondo ragionevolezza, gli esseri umani così li intendano a livello sociale. Ritiene che essi li riconoscano come condizioni senza le quali il potere è illegittimo, perché «non si può supporre che una creatura ragionevole cambi la sua condizione» – e cioè accetti di obbedire alle leggi e, in generale, vivere entro una comunità politica – «con l'intenzione di star peggio»³⁶.

Con ciò Locke pone le premesse per l'affermazione – carica di significato per il costituzionalismo contemporaneo – della «supremazia *a priori* dei valori fondamentali stratificati nella coscienza del popolo»³⁷. Lo stato di natura è un mero esperimento mentale, ma l'antiorità dei diritti (la loro “preesistenza”) va intesa non cronologicamente, ma sul piano concettuale, valoriale e storico.

Interrogandosi sull'origine delle pubbliche istituzioni Locke scrive: «Fin dove la storia ci può dare i suoi lumi, abbiamo motivo di concludere che tutti gli inizi pacifici dei governi si sono fondati sul consenso del popolo»³⁸. L'immagine stereotipata della ragione astratta come levatrice dei diritti naturali – cavallo di battaglia degli anti-illuministi³⁹ – è soppiantata da quella di una ragione che aspira all'universale, ma tesa a sviluppare al contempo uno sviluppo lento, inevitabilmente particolare, della cultura e dell'esperienza (giuridica). Locke eleva a diritti inerenti la persona umana quelle stesse libertà che una lunga elaborazione del diritto costituzionale inglese aveva condotto, non senza resistenze e battute d'arresto, ad affermare.

«*Neminem oportet esse sapienterem legibus*». Nessun essere umano – secondo l'insegnamento di Coke (al quale era caro il brocardo *testé* riportato) – per la sua sola “ragione privata” può essere più saggio del diritto, inteso come “perfezione della ragione”, “incarnazione”

³⁵ P. GROSSI *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2009, p. 99.

³⁶ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 322.

³⁷ G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, p. 4.

³⁸ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 311.

³⁹ Z. STERNHELL, *Contro l'illuminismo. Dal XVIII secolo alla guerra fredda*, trad. it. a cura di M. Giuffredi, I. La Fata, Milano, 2007, pp. 208 ss.

della ragione di molte generazioni⁴⁰. Di tale insegnamento anche Locke era consapevole.

Soltanto una pregiudiziale lettura volontaristica conduce a ritenere che Locke, lungi dal voler esplicitare le condizioni per un governo legittimo, intenda cristallizzare e destoricizzare la tutela dei diritti⁴¹. La costituzione, in Locke, è intesa come “traduzione” dei valori radicati nel corpo sociale perché considerati espressione della dignità della persona umana. Il governo è legittimo e, dunque, può dirsi “rappresentativo” (nell’accezione tipica della tradizione giuridica inglese⁴²), solo a condizione che rispetti le libertà dei consociati. Di qui la convinzione per la quale

chiunque detenga il potere legislativo o supremo di una società politica, è tenuto a governare secondo leggi fisse stabilite, promulgate e note al popolo, e non secondo decreti estemporanei, con giudici imparziali e integri, che decidono le controversie secondo quelle leggi, e a impiegare la forza della comunità, all’interno, esclusivamente per l’esecuzione di tali leggi, e, all’esterno, per prevenire o reprimere le offese straniere, e a dirigere tutto ciò a nessun altro fine che la pace, la sicurezza e il pubblico bene del popolo⁴³.

2.2. La costituzione come patto d’unità nel pluralismo

In Locke la costituzione non è “soltanto” una carta dei diritti, ma anche la dimensione normativa entro la quale trova espressione l’unità del “corpo” politico. Nel *Secondo trattato* si legge: «Quando un gruppo di uomini ha, col consenso di ciascun individuo, costituito una

⁴⁰ E. COKE, *Institutes of the Laws of England*, I, 138, f. 97b, in N. MATTEUCCI (a cura di), *Antologia dei costituzionalisti inglesi*, Bologna, 1962, p. 59. Sulla concezione del diritto in Coke, richiamata nel testo, v., tra i molti, C.M. GRAY, *Reason, Authority, and Imagination: the Jurisprudence of Sir Edward Coke*, in P. ZAGORÍN (a cura di), *Culture and Politics from Puritanism to the Enlightenment*, Berkeley, 1980, p. 28.

⁴¹ Non del tutto persuasiva, quindi, la lettura per la quale la preoccupazione (anche) di Locke sarebbe stata quella di «rimuovere gli ostacoli che la tradizione aveva accumulato contro la libera disposizione da parte dell’uomo della propria natura». A ragionar così, pure la sua teoria, come altre, sarebbe stata dipendente dal «mito della natura» che «da gran tempo è crollato»: N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p. 176.

⁴² Cfr. H.F. PITKIN, *Il concetto di rappresentanza*, trad. it. a cura di E. Zaru, A. Bergamin, Soveria Mannelli, 2017, pp. 167 ss.

⁴³ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., pp. 322 s.

comunità, ha con ciò fatto di questa comunità un solo corpo, col potere di deliberare come un sol corpo, il che è soltanto per volontà e decisione della maggioranza»⁴⁴. Il criterio di definizione delle norme fondamentali della comunità è unanimistico e riflette l'idea della costituzione come patto d'unità nazionale, realtà giuridica "altra" che fa della comunità "un corpo". La costituzione è quindi distinta dalla legge (approvata a maggioranza) che esprime della comunità la volontà politica "come se" questa fosse la volontà dell'intero. La costituzione, dunque, è «forma della convivenza»: essa «segna i confini dell'inclusione e dell'esclusione nella vita costituzionale»⁴⁵.

Rilevante non è, però, solo il *pactum unionis*, in sé, ma il modo di concepire l'unità, la quale si offre come prospettiva legittima solo a condizione di essere trovata "nel pluralismo".

Ciò è, sul piano filosofico, il risvolto dell'elaborazione del concetto di "persona" (che in Locke si rinviene specialmente nel *Saggio sull'intelletto umano*) al quale si àncora l'anteriorità dei diritti inviolabili: l'essere umano è persona in quanto venga considerato non semplicemente dal punto di vista esteriore, organico e naturalistico, ma si riguardi (e riguardi gli altri) a partire dalla coscienza della dimensione diacronica della propria (e altrui) identità e del carattere irripetibile della propria (e altrui) soggettività⁴⁶.

In termini storici, il quadro teorico di Locke non può non essere messo, poi, in rapporto con le problematiche connesse alle "guerre di religione" che a lungo hanno lacerato l'Europa. L'esperienza di conflitti motivati in termini religiosi, con le conseguenze negative a essi associate, è sicuramente tra i fattori che hanno indotto (non solo) Locke alla "scoperta" dell'importanza della tolleranza.

Il tema della diversità – *rectius*, della pacifica convivenza con l'altro – trova dunque la sua soluzione, in Locke, attraverso la definizione dell'essere umano come persona strutturalmente in relazione con il suo prossimo: ciascun essere umano (a suo modo, con i suoi talenti e le sue convinzioni) costituisce una fondamentale risorsa per la comunità nella misura in cui possa liberamente operare con gli altri, senza

⁴⁴ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 298.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, p. 156.

⁴⁶ J. LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, trad. it. a cura di M. e N. Abbagnano, Torino, 1977, pp. 392 ss.

interferenze illegittime (omologanti e soffocanti) da parte del potere pubblico.

Locke definisce quindi, in chiave liberale, i rapporti tra Stato e confessioni religiose. Egli muove dalla premessa che «si debba distinguere l'interesse della società civile e quello della religione, e che si debbano stabilire i giusti confini tra la Chiesa e lo Stato»⁴⁷; concepisce ciascuna confessione come «una libera società di uomini che si riuniscono spontaneamente per onorare pubblicamente Dio nel modo che credono sarà accetto alla divinità, per ottenere la salvezza dell'anima»⁴⁸. L'unità politica può pertanto essere trovata solo definendo una cornice costituzionale entro la quale i consociati siano «liberi uno dal dominio dell'altro»⁴⁹. Tale libertà presuppone il riconoscimento di una “sfera” entro la quale le scelte assunte da una persona sono legittime se non ledono i “beni” che le istituzioni pubbliche sono chiamate a proteggere. «La pratica o l'omissione di certe cerimonie nelle riunioni ecclesiastiche» – scrive paradigmaticamente Locke – «non danneggia né può danneggiare la vita, la libertà, le ricchezze degli altri»⁵⁰. Non solo, ma il progresso sociale dipende dal riconoscimento di questo spazio di libertà, perché la verità di un'opinione non può essere decisa “per legge”⁵¹.

Il ragionamento lockiano si estende alla religione dei nativi americani⁵² così come dei credenti non cristiani⁵³, in genere, ma non anche – come noto – alle convinzioni degli atei e dei “papisti”. I primi assumono una posizione che Locke trova pericolosa perché – secondo un punto di vista già espresso, ad esempio, da More⁵⁴ – egli ritiene che «la credenza in una divinità» sia «il fondamento della moralità»⁵⁵. I secondi non sono esclusi dal “circolo della tolleranza” a causa delle

⁴⁷ J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, trad. it. a cura di C.A. Viano, Roma-Bari, 2006, p. 8.

⁴⁸ Ivi, p. 11.

⁴⁹ Ivi p. 27.

⁵⁰ Ivi, p. 29.

⁵¹ Ivi, p. 39 («le leggi non proteggono la verità delle opinioni»).

⁵² Ivi, p. 34.

⁵³ Ivi p. 51.

⁵⁴ T. MORE, *L'Utopia o la migliore forma di repubblica*, trad. it. a cura di T. Fiore, Roma-Bari, 2007, pp. 83 ss.

⁵⁵ J. LOCKE, *Saggio sulla tolleranza*, trad. it. a cura di C.A. Viano, Roma-Bari, 2006, p. 69.

loro convinzioni religiose, ma solo in quanto prestino obbedienza a un “sovrano straniero”⁵⁶.

Al di là di questi limiti, però, l'impostazione lockiana prefigura, nei suoi lineamenti essenziali, l'inscindibilità di unità e pluralismo.

Tuttavia la posizione di Locke non conduce ad affermare che «l'unica forma di pensiero etico compatibile con il pluralismo appare comunque quella improntata a un non cognitivismo, ossia a un relativismo pragmatico che riconosca l'impossibilità di una dimensione aletica di ogni determinazione consensuale delle opinioni collettive»⁵⁷. In realtà, l'integrazione e l'unificazione si realizzano non solo nella relativistica (ancorché non nichilistica⁵⁸) condivisione di meri procedimenti e nella titolarità di diritti prettamente politici, ma a partire da un *background* di diritti di libertà che a quei procedimenti (e, più ampiamente, alle forme di partecipazione politica) sono strettamente, inseparabilmente, connessi⁵⁹. Se, a seguire un modello meramente procedurale, «la democrazia pluralistica, per la sua stessa struttura assiologica, non può non informarsi a un relativismo etico che, tuttavia, non si limita a negare l'esistenza di qualunque verità, ma, all'opposto, riconosce e vuole garantire l'esistenza di un numero potenzialmente illimitato di verità alternative», secondo l'insegnamento di Locke può, invece, svilupparsi un approccio cognitivista che, ad ogni modo, si assume orientato a realizzare il progetto di una convivenza sociale tra persone (diverse, ma) libere ed eguali nella dignità. Quest'ultimo implica l'accoglimento, a livello costituzionale, del principio di laicità inteso come separazione e reciproca autonomia degli ambiti spirituale e temporale: tale principio, frutto di un plurisecolare processo di rielaborazione culturale⁶⁰, trova in Locke una delle sue più significative declinazioni.

⁵⁶ Ivi, p. 82 nonché ID., *Abbozzo del saggio sulla tolleranza*, trad. it. a cura di C.A. Viano, Roma-Bari, 2006, p. 95.

⁵⁷ F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999, pp. 372 s.

⁵⁸ Ivi, p. 373.

⁵⁹ J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Roma-Bari, 2018, pp. 98 ss.

⁶⁰ O. CULLMANN, *Dio e Cesare*, trad. it. a cura di E. Zerbino, Roma, 2023, pp. 21 ss.

3. Sulla forma di Stato: il principio della separazione dei poteri

La costituzione al fine di tutelare le libertà dei consociati deve accogliere il principio della separazione dei poteri. Locke perviene a questa conclusione sulla base dell'esperienza costituzionale inglese, tuttavia prefigurando soluzioni che saranno riprese specialmente negli Stati Uniti d'America. Egli mostra di essere consapevole del «nesso tra la “dimensione” costituzionale dei diritti di libertà [...] ed il sistema delle garanzie», del fatto che i “congegni di tutela” non sono «*neutri* rispetto agli orientamenti di fondo e ai “valori” che i diversi beni e interessi riconosciuti in costituzione incarnano»⁶¹.

«La prima e fondamentale legge positiva di tutte le società politiche» – osserva Locke – «consiste nello stabilire il potere legislativo»⁶². Poiché, però, compito di quest'ultimo è porre norme generali e astratte, risulta indispensabile individuare un altro potere che di quelle norme curi la particolare e concreta esecuzione:

Poiché le leggi, che sono fatte una volta e in breve tempo, hanno vigore costante e duraturo, e richiedono una continua esecuzione e osservanza è necessario che vi sia un potere sempre in funzione che vigili all'esecuzione delle leggi, che son fatte, sì che rimangano in vigore. E così il potere legislativo e il potere esecutivo vengono spesso a essere separati⁶³.

Il potere esecutivo – «quasi sempre» unito a quello che Locke denomina “federativo”⁶⁴ – «quando non sia collocato in una persona che abbia anche parte nel legislativo, è evidentemente subordinato e responsabile verso di questo»⁶⁵. Assume, dunque, particolare rilievo (non la partecipazione, o meno, ma) la forma della partecipazione del vertice dell'esecutivo al procedimento di formazione delle leggi. Ove – differentemente da quanto avviene nel caso in cui sia contemplata la sanzione regia⁶⁶ – il potere esecutivo sia escluso dall'*approvazione* delle

⁶¹ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, p. 6.

⁶² J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 327.

⁶³ Ivi, p. 338.

⁶⁴ Ivi, pp. 338 s.: «Il potere di guerra e di pace, di fare leghe, alleanze e ogni altro negoziato con tutte le persone e le comunità estranee alla società politica [...], se si vuole, può chiamarsi federativo».

⁶⁵ Ivi, p. 343.

⁶⁶ Naturalmente il riferimento è al caso in cui la sanzione regia equivalga a vera e

leggi, la separazione dei poteri può essere sensatamente affermata (e, preferibilmente, dovrebbe esserlo) così da investire l'esecutivo di una responsabilità dinanzi al legislativo.

Per converso, «il potere di radunare e sciogliere il legislativo, quando sia posto nell'esecutivo, non conferisce a questo una superiorità su di quello, ma è un potere fiduciario posto in esso in vista della sicurezza del popolo»⁶⁷. Non si tratta, quindi, di escludere meccanismi di reciproco controllo, senza i quali la separazione dei poteri può essere intesa soltanto in modo caricaturale, ma di sancire la spettanza della competenza relativa all'approvazione delle leggi a un potere distinto dall'esecutivo. Tale postulato trova notoriamente la sua più forte, conseguenziale, affermazione nella perentoria esclusione della delegazione legislativa: «Il legislativo non può trasferire il potere di far leggi in altre mani, perché, dal momento che non è che un potere delegato dal popolo, coloro che l'hanno non possono passarlo ad altri»⁶⁸.

Come si è osservato, che in Locke «la delegazione legislativa non [sia] ammessa [è] principio destinato a entrare in alcune costituzioni, principale tra tutte quella degli Stati Uniti d'America»⁶⁹. Anche nel costituzionalismo francese, del resto, esso avrà non trascurabile impatto: il parlamento – si dirà – è chiamato a far leggi e non legislatori⁷⁰.

Ad ogni modo, in Locke è viva senz'altro la concezione del potere legislativo come “alta corte”⁷¹, chiamata non a una creazione *ex nihilo* delle norme di legge, ma a una loro “invenzione”, nell'accezione che si lega alle radici etimologiche della parola⁷². Non pare dunque che il giusnaturalismo lockiano implichi «ripugnanza per le fattualità di cui si intesse la vita degli uomini», considerati come individui astratti nelle cui vene «non scorre vero sangue»⁷³. In Locke, un ruolo crucia-

propria approvazione della proposta di legge, non a quello in cui essa sia ridotta a un mero passaggio formale.

⁶⁷ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 346.

⁶⁸ Ivi, p. 335.

⁶⁹ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, cit., p. 257.

⁷⁰ Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *La legge espressione della volontà generale*, trad. it. a cura di M. Calamo Specchia, Milano, 2008, part. pp. 67 ss.

⁷¹ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, cit., p. 168 («La supremazia politica del parlamento venne teorizzata in una linea di sostanziale continuità con il retaggio del primato della *iusdictio*»).

⁷² Cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, p. 111.

⁷³ Così, invece, P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 11 e, con particolare riferimento a Locke, p. 64.

le spetta, infatti, proprio al potere giudiziario, indispensabile affinché nell'attuazione delle leggi sia fatta giustizia e quindi per prevenire o sanzionare violazioni dei diritti, da parte tanto di chi esegue le leggi quanto di privati nei loro reciproci rapporti. A ben vedere, infatti, «la funzione legislativa è un *prius* logico e cronologico rispetto a ogni altra funzione, ma non realizza il fine fondamentale dello Stato [Pertanto, in Locke,] la funzione preminente deve essere quella giudiziaria»⁷⁴.

Se il potere legislativo ha un indiscusso primato nella nomopoiesi⁷⁵, poiché tutti i giudici (le “altre corti”) alle leggi del parlamento sono soggetti⁷⁶, il potere giudiziario ha, a sua volta, un ruolo cruciale per assicurare, in casi specifici, in relazione alle circostanze di fatto, la garanzia dei diritti inviolabili, la quale è – in ultima analisi – la ragione per la quale (e la condizione alla quale), a parere di Locke, gli uomini si uniscono in società. Per questa via, separazione dei poteri e primazia del diritto – in ultima analisi, del diritto costituzionale – sono legate: «Per la prima volta la separazione dei poteri viene connessa al principio di legalità e assume una funzione principalmente garantista»⁷⁷.

Una separazione netta tra legislativo ed esecutivo – almeno relativamente all'approvazione delle leggi – e un potere giudiziario garantito nella sua autonomia e imparzialità sono gli aspetti salienti di un sistema istituzionale in grado, secondo Locke, di garantire il rispetto delle libertà fondamentali dei componenti della comunità politica. Viceversa, «la vera dittatura» si realizza allorché «tutti i poteri, legislativo, esecutivo e giudiziario» siano concentrati «nelle medesime mani»⁷⁸.

Al tempo stesso, un assetto istituzionale, qual è quello prefigurato nel *Secondo trattato*, richiede una cultura diffusa dei diritti inviolabili

⁷⁴ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, cit., pp. 251 e 253.

⁷⁵ Riscoprire tale primato risulta fondamentale per il costituzionalismo contemporaneo (cfr. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, ann. IX, Milano, 2016, pp. 391 ss.) e si pone dunque il problema – cui si farà cenno *infra* – di precisare che l'invenzione delle leggi è attività oggi inseparabile dall'istanza democratica di legittimazione del potere legislativo.

⁷⁶ Cfr. P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, cit., p. 171 («nella versione lockiana, il principio della separazione dei poteri si “istituzionalizzava” e assumeva il carattere precipuo di “garanzia di tipo organizzatorio” della prevalenza del diritto creato dal parlamento»).

⁷⁷ G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, cit., p. 259 (corsivi testuali).

⁷⁸ J. MADISON, *Il Federalista n. 47*, in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista (Commento alla Costituzione degli Stati Uniti)*, trad. it. a cura di B.M. Tedeschini Lalli, Pisa, 1955, p. 326.

e anche una certa consapevolezza, da parte degli attori istituzionali, delle specificità dei rispettivi ruoli. Senza cultura dei diritti e consapevolezza istituzionale, la separazione dei poteri – *se è intesa rigidamente* (come, almeno in parte, in Locke) – può persino risultare «fatale»⁷⁹; ed è per questo che, ove tali presupposti sociali risultino piuttosto deboli, un sistema contraddistinto da un tasso più elevato di “interferenze funzionali” può essere indispensabile per la salvaguardia delle libertà fondamentali.

3.1. *Il principio di legalità e la soggezione integrale del potere al diritto*

Locke muove dalla convinzione per la quale

né un potere assoluto e arbitrario, né un governo privo di leggi fisse e stabilite, possono conciliarsi con i fini della società e del governo [...] E perciò, quale che sia la forma della società politica, il potere dominante deve governare in base a leggi dichiarate e conosciute, e non in base a ordini estemporanei e decisioni indeterminate⁸⁰.

A partire da una precisa concezione della legge, distinta dai provvedimenti particolari⁸¹, Locke afferma *unico actu* il principio di legalità inteso a limitare l'azione della pubblica amministrazione e, più ampiamente, il principio della *rule of law*, e quindi dell'integrale soggezione di qualsivoglia manifestazione di potere pubblico al diritto. Infatti, a seguire tale impostazione, «ogni potere che gli uomini pongono al di sopra di se stessi è sempre una funzione, nel senso che esso è dato o stabilito per raggiungere un certo fine e pertanto si trova definito, ma anche limitato, da quest'ultimo»⁸².

La legge è il prodotto di un procedimento nel quale tutti i consociati sono parimenti coinvolti *al fine* di definire i contorni dell'esercizio dei diritti inviolabili. Non solo il rispetto delle norme regolative del procedimento di formazione della legge – e, in ultima analisi, degli eguali

⁷⁹ Per riprendere le osservazioni di W. BAGEHOT (*La Costituzione inglese*, trad. it. a cura di S. Pastorino, Bologna, 1998, p. 233) sulla forma presidenziale di governo.

⁸⁰ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 331 s.

⁸¹ Ripresa part. da V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.

⁸² G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, cit., p. 245.

diritti dei cittadini cui queste norme sono rispondenti – ma anche la ragionevolezza delle leggi rispetto ai loro fini consente di distinguere tra la violazione delle libertà fondamentali e la loro limitazione⁸³. Così, per riprendere due celebri esempi addotti da Locke, mentre il diritto di proprietà è inviolabile, nel senso che il godimento della proprietà di ciascuno non è esposto all'arbitraria volontà di altri soggetti pubblici o privati, esso può essere ragionevolmente limitato per via legislativa (e quindi con le garanzie correlate al procedimento di formazione delle leggi)⁸⁴. Ancora, mentre il sergente di un esercito «potrebbe comandare a un soldato di marciare verso la bocca di un cannone», non potrebbe «comandare a quel soldato di dargli anche soltanto un soldo del suo denaro»⁸⁵.

Si coglie qui il contributo offerto dalla teoria di Locke all'elaborazione della categoria della “riserva di legge”. Nel costituzionalismo, infatti, le riserve di legge sono volte a proteggere i diritti esattamente nel senso inteso da Locke: è in virtù del rispetto, o meno, di quanto stabilisce la legge che un dato provvedimento (ad esempio, un prelievo fiscale) è limitativo di una certa libertà ovvero in violazione di quella stessa libertà⁸⁶. Evidentemente, nell'attività posta in essere dagli organi legislativi – e quindi nelle scelte squisitamente politiche che essi sono chiamati ad assumere – è insito anche un orientamento alla salvaguardia dei diritti. In tal senso può davvero dirsi che l'attività legislativa è la «forma ordinaria di mantenimento e di sviluppo della costituzione»⁸⁷ perché proprio (e anzitutto) attraverso le previsioni legislative vengono definiti i contorni dei diritti sanciti a livello costituzionale.

Da questa constatazione si è talvolta voluta ricavare erroneamente la conclusione della «presunta competenza illimitata» o «onnipotenza» del potere legislativo, benché, al contrario, «la ordinarietà della legislazione, contrapposta alla straordinarietà della costituzione, val[ga] specificamente, per il suo stesso significato contenutistico, a rendere limitabile e limitato il potere legislativo», in quanto la legislazione si

⁸³ M.J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1998, pp. 116 ss.

⁸⁴ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 333.

⁸⁵ Ivi, p. 334.

⁸⁶ Cfr. R. BALDUZZI, F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1207 ss.

⁸⁷ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge. Studio logico-positivo sul sindacato di legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi valore di legge dello Stato e delle regioni*, Milano, 1969, p. 114.

pone come «sviluppo» della costituzione «e quindi – salvo il caso di una esplicita modifica della costituzione – essa deve mantenersi nei limiti fissati dalle norme costituzionali»⁸⁸.

Occorre, però, ancora domandarsi se Locke accolga una concezione meramente formale della legalità e quindi se l'assetto costituzionale delineato nel *Secondo trattato* corrisponda, puramente e semplicemente, al modello – che più tardi si consoliderà – dello Stato “borghese”, o “monoclasse”, nel quale l'attività amministrativa «è retta dai principi di astensionismo da parte dei pubblici poteri nella vita economica e sociale», sia pur con talune «eccezioni che si introducono per ragioni di attuazione dei principi costituzionali di libertà, e per ragioni di miglioramento della condizione umana»⁸⁹. O se, invece, la rimessione alla legge della definizione dei limiti nel godimento dei diritti apra l'impostazione di Locke a sviluppi dell'assetto costituzionale, (almeno) in via di legislazione ordinaria, anche differenti da quelli caratteristici di un sistema ispirato ai principi del liberismo economico e/o del libertarismo. In vero, una «costruzione “personalista” delle libertà fondamentali» dovrebbe impedire «di ridurre il principio di libertà alla legalità in senso formale»⁹⁰.

3.2. *Le libertà fondamentali*

Nella teoria di Locke i diritti inviolabili che la costituzione è chiamata a riconoscere e garantire sono i seguenti: vita, libertà (personale, di domicilio, di corrispondenza, di riunione, di associazione, di coscienza, ecc.), salute, legittima difesa e, come noto, proprietà.

L'unico diritto di natura al quale si è costretti a rinunciare nel momento del “passaggio” alla società civile è quello di punire le trasgressioni dei diritti naturali in modo proporzionale all'offesa subita da chi si sia visto arrecare un danno. A tale diritto si deve rinunciare per gli “inconvenienti” che a esso si ricollegano, tra i quali l'incertezza relativa alla comminazione della sanzione, l'impossibilità per chi sia vittima di omicidio o gravi violenze di esercitare questo diritto e, soprattutto,

⁸⁸ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, cit., pp. 117 s.

⁸⁹ M.S. GIANNINI, *Il potere pubblico. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, p. 45.

⁹⁰ P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, cit., p. 34.

la difficoltà che la sanzione sia effettivamente commisurata all'offesa da sé o da altri patita.

Ci sono anzitutto tre precisazioni che si rendono necessarie per intendere adeguatamente la concezione delle libertà fondamentali veicolata dall'impostazione in discussione.

In primo luogo, è bene sottolineare che in Locke i diritti fondamentali non sono semplicemente inviolabili – nel senso, che già si è tentato di chiarire, per il quale è possibile limitarli, ma non violarli. Essi sono, al contempo, “inalienabili”.

Si legge in proposito nel *Secondo trattato*: «Nessuno può trasferire a un altro un potere maggiore di quello che ha in sé, e nessuno ha su di sé o su altri il potere assoluto e arbitrario di distruggere la propria vita o togliere la vita o la proprietà a un altro»⁹¹. Questo vuol dire che ciascuna persona umana non può disporre a piacimento dei propri diritti fondamentali. Essi sono insiti nella dignità di ciascuno e quindi non è possibile volontariamente abdicarvi. Non si può, ad esempio, scegliere di alienare il proprio diritto di libertà e rendersi schiavi di un'altra persona.

Questo discorso, secondo Locke, può ripetersi per qualsiasi diritto, ivi compreso il diritto alla vita. Ciò, nella già richiamata prospettiva del liberalismo politico come prodotto della secolarizzazione, e cioè tenendo conto dell'esistenza di uno sfondo etico (non relativistico) presupposto, in Locke, dalla disciplina costituzionale del pluralismo, è agevolmente comprensibile. Al tempo stesso, non si può negare che per il costituzionalismo contemporaneo possa risultare non sempre agevole associare all'invulnerabilità, l'inalienabilità del diritto. Ciò risulta particolarmente evidente se si prende in considerazione il tema del diritto alla vita e del diritto alle cure.

Si è osservato:

Indubbiamente, in uno Stato costituzionale pluralista ognuno dovrebbe essere libero di conformare il proprio progetto di vita all'una o all'altra visione [inalienabilità o alienabilità, disponibilità o indisponibilità dell'esistenza]. È scontato, in particolare, che non si possa legittimamente impedire a qualcuno di considerare e trattare la *propria* vita come sacra e indisponibile [...] Il problema si pone per le decisioni che ricadono sulla vita altrui: qui il ragionamento si complica e pare difficile sostenere che

⁹¹ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 328.

abbia la medesima libertà di scelta chi, istituzionalmente, decide sulla vita degli altri, ad es. il legislatore o il giudice [...] È tutto da dimostrare che il dettato costituzionale assegni alla decisione istituzionale sulla vita altrui la medesima libertà di scelta che assegna alla decisione individuale sulla propria⁹².

Non è possibile dilungarsi sul complesso tema appena evocato, ma la soluzione che Locke consegna al costituzionalismo non si concilia con l'idea di confinare la questione dell'inalienabilità dei diritti fondamentali (tutti) alla sfera delle mere scelte private. Se i diritti sono fondamentali, secondo Locke, sono anche inalienabili e quindi si tratta, piuttosto che di dissociare inalienabilità e inviolabilità, di capire cosa rientri nell'esercizio del diritto (anche in termini negativi, come quando si afferma che la libertà di riunione implica la libertà di non riunirsi, ecc.) e cosa, invece, non vi rientri, dovendosi considerare come "alienazione" del diritto. Locke non pensa, insomma, che gli esseri umani siano "padroni" dei "beni" (vita, libertà, salute, ecc.) dei quali sono "titolari"; egli concepisce tali "beni" come "doni" dei quali si ha legittimamente diritto di godere, senza ingiuste interferenze altrui, ma non il diritto di rinunciarvi o di alienarli ad altri.

In secondo luogo, il quadro generale dei diritti delineato da Locke non risponde all'immagine del "pensatore individualista". Infatti, l'attenzione prestata, nella sua opera, ai corpi intermedi non è trascurabile, se si tiene conto del contesto storico. In particolare, i diritti risultano inviolabili non solo nelle relazioni tra individui o tra individuo e Stato, ma anche nelle relazioni tra individui e corpi intermedi. A questo proposito possono farsi due esempi. Nel *Primo trattato* Locke, al fine di criticare la teoria assolutistica di Filmer, si occupa delle relazioni tra coniugi e, in generale, delle relazioni all'interno della famiglia. La sua è un'impostazione ispirata (sebbene non linearmente) dall'idea dell'eguaglianza tra uomo e donna e dal rifiuto della concezione paternalistica delle relazioni familiari, specialmente per quanto riguarda il rapporto tra padre e figli⁹³. Venendo al secondo esempio, Locke si preoccupa di precisare che ciascuna persona umana dev'essere protet-

⁹² A. ALBERTI, *La vita nella Costituzione*, Napoli, 2021, p. 69.

⁹³ Cfr. J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., pp. 120 s. («Dio, per quanto io vedo, non conferisce autorità a Adamo su di Eva, o agli uomini sulle loro mogli»); p. 135 («La Scrittura eguaglia l'autorità del padre e della madre rispetto a quelli ch'essi hanno generato a tal punto che talvolta [...] la madre è posta per prima»); pp. 160 ss.

ta, nel godimento dei suoi inviolabili diritti, anche rispetto alla confessione religiosa della quale faccia parte. Scrive, ad esempio:

Nessuna Chiesa è tenuta, in nome della tolleranza, a mantenere nel suo seno chi, pur ammonito, si ostina a peccare contro le leggi stabilite in quella società [...] Tuttavia bisogna badare che al decreto di scomunica non si accompagni insulto verbale o violenza di fatto, che procuri in qualsiasi modo un danno al corpo o ai beni di colui che è cacciato⁹⁴.

I diritti fondamentali sono dunque intesi come inalienabili e, pur spettando al singolo, non riguardano quest'ultimo come individuo irrelato, ma implicano la relazione con l'altro, disciplinata sulla base di principi di eguaglianza e di libertà. Locke scrive che

il fine della legge non è abolire o reprimere la libertà, ma conservarla e accrescerla, perché in tutte le condizioni di esseri creati capaci di leggi, là dove non c'è legge, non c'è libertà; perché la libertà consiste nell'esser libero dalla repressione e violenza di altri, il che non può essere ove non c'è legge; ma la libertà non è, come si dice, "la libertà per ciascuno di fare ciò che gli piace" [...] bensì la libertà di disporre e ordinare la sua persona, le sue azioni, i suoi possessi e tutt'intera la sua proprietà come gli pare entro i limiti di ciò che permettono quelle leggi cui sottostà, senza essere in ciò soggetto alla volontà arbitraria di un altro, ma seguendo liberamente la propria⁹⁵.

Si fraintenderebbe, perciò, il lascito della teoria lockiana ove si concepissero libertà e legge (più ampiamente, diritto) antitetivamente e si affermasse che si ha libertà laddove manca la disciplina giuridica.

Secondo parte della dottrina, invece,

se è vero [...] che "là dove non c'è legge, non c'è libertà", è anche vero però che la "libertà" e la "legge" non sono, non possono essere, la medesima cosa: la prima si definisce in antitesi alla seconda, cioè come possibilità di compiere le azioni non regolate giuridicamente, e la seconda trae la

per rilievi contro l'idea di un potere assoluto dei padri sui figli; pp. 178 ss. per osservazioni critiche sul diritto di primogenitura.

⁹⁴ J. LOCKE, *Lettera sulla tolleranza*, cit., p. 15.

⁹⁵ Ivi, p. 267.

propria *legittimità* dal fatto di essere *funzionale* alla conservazione della prima⁹⁶.

Tuttavia, così ragionando, si dà un'interpretazione del rapporto libertà-diritto incompatibile, secondo Locke, con il rifiuto dell'assolutismo, specialmente nella versione offertane da Hobbes. È quest'ultimo – e non Locke – a concepire la libertà come assenza di regola giuridica: la libertà del suddito, in Hobbes, consiste precisamente nel fare ciò che si vuole per quanto non sia diversamente comandato dal sovrano⁹⁷, «con la conseguenza che la libertà stessa deve definirsi propriamente come “assenza *assoluta* di restrizioni”, finanche di quelle previste dal diritto»⁹⁸. Hobbes non arriva all'estremo di ritenere possibile, per il suddito, agire soltanto *previo* comando del sovrano. Ciascuno è libero, però, solo per quanto non sia diversamente disposto dal diritto il quale riflette la sovranità soggettivamente intesa. È l'estensione del comando del sovrano – in una simile visione – a definire i giusti confini della libertà.

Viceversa, non si è portati a intendere la libertà, a seguire Locke, come assenza di regolamentazione giuridica. Locke assume che, salvo diversa previsione, la libertà *sia* norma giuridica. La libertà è, anzi, principio di base, norma fondamentale che governa i rapporti tra gli esseri umani in società. Sebbene non sia possibile dilungarsi in proposito, da questa cruciale differenza discendono importanti conseguenze sul terreno dell'interpretazione costituzionale. Nel quadro teorico di un costituzionalismo di matrice lockiana, in termini generali, assenza di (altra) norma non significa anomia, ma vigenza del principio di libertà. E – cosa non meno importante – tale principio limita ciò che può essere giuridicamente stabilito, in modo legittimo, dagli organi pubblici.

⁹⁶ O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, p. 10 (corsivi testuali).

⁹⁷ Cfr. T. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 225 («In tutti i generi di azioni non menzionate dalle leggi, gli uomini hanno la libertà di fare ciò che la ragione suggerirà loro come più giovevole [...] La libertà dei sudditi si trova perciò solo in quelle cose che il sovrano, nel regolare le loro azioni, non ha menzionato»), nonché pp. 229 s. (laddove si legge che la libertà del suddito risiede nel fare «quelle cose il cui diritto non può essere trasferito per patto», come non uccidere se stessi ove pure il sovrano lo comandi) e p. 307 («Dire, infatti, che tutto il popolo di uno Stato ha libertà in un caso qualsiasi, è dire che in tale caso non è stata fatta alcuna legge, oppure, se anche è stata fatta, ora è abrogata»).

⁹⁸ O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, cit., p. 14.

Fatte queste precisazioni, rimane però da chiarire se dal principio di libertà possa farsi discendere l'attribuzione a ciascuna persona umana anche di inviolabili diritti sociali e di partecipazione politica.

A quest'ultimo proposito, benché tutti siano parimenti abilitati a prendere parte al processo costituente, governato – come ricordato – da un criterio di scelta unanimistico, rimane controverso se, nel sistema delineato da Locke, il godimento dei diritti politici possa (o addirittura debba) essere subordinato al possesso di un determinato *status* economico.

In caso di risposta affermativa, questo sarebbe davvero, per il costituzionalismo contemporaneo, un limite di non poco conto.

Si è ritenuto di intendere l'opera lockiana nel senso che assumerebbe, appunto, come fisiologica una correlazione tra censo e titolarità dei diritti politici⁹⁹. Locke abbraccerebbe, allora, l'impostazione tipicamente “borghese” basata su una sfera pubblica solo formalmente aperta a tutti i componenti della comunità politica¹⁰⁰.

Non manca chi si spinge, all'opposto, a offrire una lettura della teoria lockiana per la quale i diritti politici costituirebbero prerogative inviolabili del tutto indipendenti dallo *status* economico¹⁰¹.

In vero, le coordinate del costituzionalismo lockiano sono tali da consentire alla società politica di prescegliere sia un assetto democratico sia un assetto aristocratico (anche nella forma di una monarchia parlamentare con suffragio attivo e passivo ristretto su basi censitarie)¹⁰².

È però dubbio che, secondo Locke, le uniche libertà da garantire siano quelle c.d. “negative”.

Per verificare se, in Locke, vi sia spazio anche per la tutela di diritti sociali, in costituzione o almeno per legge, sono tuttavia necessari ulteriori approfondimenti.

⁹⁹ Per tutti, v. C.B. MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford, 1990, pp. 194 ss.

¹⁰⁰ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. it. a cura di A. Illuminati, F. Masini, W. Perretta, Roma-Bari, 2005, pp. 103 ss.

¹⁰¹ Per tutti, v. J. WALDRON, *God, Locke and Equality: Christian Foundations of John Locke's Political Thought*, Cambridge, 2002, pp. 83 ss.

¹⁰² J. RAWLS, *Lezioni di storia della filosofia politica*, trad. it. a cura di V. Ottonelli, Milano, 2012, p. 166.

3.3. *Il diritto di proprietà privata e i suoi limiti. Giustizia e “carità” nella disciplina dei rapporti economici*

Non c'è dubbio che il diritto di proprietà assuma, nella teorica lockiana, grande rilevanza: «Il diritto che nel passaggio dallo stato di natura allo Stato politico il governo deve assolutamente garantire è la proprietà, la proprietà privata, diritto, istituto, rapporto fondamentale dell'immaginazione lockiana dello stato di natura e dello Stato politico-giuridico»¹⁰³.

In Locke, il diritto di proprietà può acquistarsi a titolo originario o derivativo. L'acquisto del diritto si riconnette al lavoro, proprio o altrui (come nel caso in cui si eredita un bene¹⁰⁴ o in quello in cui il bene sia acquistato per il tramite del lavoro di un proprio dipendente¹⁰⁵):

Dio, che ha dato il mondo agli uomini in comune, ha anche dato loro la ragione, per farne l'uso più vantaggioso alla vita e più comodo [...] Sebbene la terra e tutte le creature inferiori siano comuni a tutti gli uomini, pure ognuno ha la proprietà della propria persona [...] Il lavoro del suo corpo e l'opera delle sue mani possiamo dire che sono propriamente suoi. A tutte quelle cose dunque che egli trae dallo stato in cui la natura le ha prodotte e lasciate, egli ha congiunto il proprio lavoro [...] e con ciò le rende proprietà sua¹⁰⁶.

Si ha qui non soltanto la consacrazione del diritto di proprietà, ma più in generale dei basilari diritti caratterizzanti le dinamiche economiche entro un sistema di tipo capitalistico. Il diritto di proprietà è strettamente correlato al diritto di iniziativa economica privata, oltretutto a un certo nucleo essenziale di garanzie nei (e a un preciso assetto dei) rapporti di lavoro.

Va detto chiaramente che, sotto questo riguardo, la ricostruzione lockiana appare, però, inadeguata rispetto alla complessità e vastità dei problemi di ordine sociale ed economico cui un ordinamento giuridico deve apprestare rimedio di fronte alle asimmetrie correlate ai processi

¹⁰³ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, cit., p. 45.

¹⁰⁴ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 277.

¹⁰⁵ Ivi, p. 250: «Le zolle che il mio servo ha tagliato [...] diventano mia proprietà». Per il rifiuto, invece, della schiavitù v. pp. 244 ss.

¹⁰⁶ Ivi, p. 249.

di produzione capitalistica; asimmetrie, peraltro, aggravatesi – in forme che, ovviamente, Locke non poteva prevedere – a seguito della piena industrializzazione (e, poi, della finanziarizzazione) dell'economia.

Ciò nonostante, la concezione lockiana dei diritti economici non si basa sull'assolutizzazione del diritto di proprietà rispetto agli altri diritti. Il diritto di proprietà incontra, infatti, alcuni precisi limiti.

In primo luogo, Locke pone una condizione cui l'accumulazione individuale deve sottostare per essere legittima: l'acquisto della proprietà deve avvenire senza violare i diritti (non solo economici) di alcuno. In mancanza di ciò, Locke veicola l'idea della necessità di procedere a una *rettificazione nella distribuzione dei beni*. La legittimità di un diritto di proprietà dipende dal processo mediante il quale tale proprietà è stata acquistata. La proprietà è legittima se si fonda su un "titolo valido"¹⁰⁷. Benché la rettificazione possa apparire, in concreto, un'eventualità remota, essa è stata ritenuta implicita nel quadro teorico offerto da Locke¹⁰⁸.

In secondo luogo, la legittimità dei diritti di proprietà di ciascuno dipende anche dai diritti di proprietà degli altri e quindi dalla complessiva distribuzione delle risorse. Scrive Locke: «Poiché [il] lavoro è proprietà incontestabile del lavoratore, nessun altro che lui può avere diritto a ciò ch'è stato aggiunto mediante esso, almeno quando siano lasciate in comune per gli altri cose sufficienti». Ciò significa che neppure il lavoro svolto può essere invocato a legittimo titolo di acquisizione di certi beni, quando non ne siano lasciati in comune in quantità sufficiente per gli altri. Locke mostra di essere consapevole del fatto che alcuni aspetti della sua teoria potrebbero prestarsi a giustificare l'individualismo e scrive:

Forse si obietterà che se il raccogliere le ghiande o altri frutti della terra, e così via, crea un diritto su di essi, un uomo può accaparrarsene quanti ne vuole. Al che rispondo di no. La stessa legge di natura che ci conferisce con quel mezzo la proprietà, ce la limita anche [...] Di quanto si può prima che vada perduto far uso a vantaggio della propria vita, di tanto si può col proprio lavoro istituire la proprietà: tutto ciò che oltrepassa questo limite, eccede la parte di ciascuno e spetta ad altri¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Ivi, p. 253.

¹⁰⁸ R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia*, trad. it. a cura di G. Ferranti, Milano, 2008, pp. 167 ss.

¹⁰⁹ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 251.

L'invenzione della moneta, certo, consente di aggirare, per molti versi, il limite posto dalla condizione "*enough and as good left for others*", ma comunque il ragionamento lockiano comporta dei limiti per la proprietà privata, specialmente in relazione a risorse collettive che risultino indispensabili alla vita di tutti e che, come tali, non potrebbero legittimamente essere acquistate e godute soltanto da pochi.

In terzo luogo, Locke afferma simultaneamente la responsabilità di ciascuna persona umana per la propria vita e il dovere di solidarietà nei confronti degli altri. Ciò può apparire singolare se si muove dall'immagine di Locke "pensatore individualista". Eppure egli scrive:

Come la giustizia conferisce a ciascuno un diritto al prodotto del proprio onesto lavoro, e degli equi acquisti che gli avi gli hanno trasmesso, così la carità conferisce a ciascuno un diritto a quella parte dell'abbondanza altrui che basti a preservarlo dall'estremo bisogno, quando egli non abbia modo di sussistere altrimenti¹¹⁰.

Ciò è molto significativo. Per un verso, si afferma il diritto «che ognuno ha di pensare e provvedere alla propria sussistenza», si lega la libertà all'esercizio ragionevole delle proprie facoltà, all'assunzione di responsabilità per il proprio destino di vita; per un altro verso, si afferma che *la carità* conferisce a ciascun essere umano *un diritto* strumentale a preservarlo dall'estremo bisogno, quando (si deve assumere, senza che sia sua responsabilità) si trovi in condizioni di indigenza. È, *in nuce*, un riconoscimento del fatto che i cc.dd. "diritti sociali" sono diritti inviolabili e "indivisibili" dai tradizionali diritti di libertà¹¹¹.

Senza negare, quindi, che l'opera di Locke si sia prestata alla celebrazione dell'individualismo borghese e di un utilitarismo «brutale»¹¹², si può dunque dubitare del fatto che sia basata su un'etica consequenzialista così come si può contestare che essa consenta di legittimare unicamente uno Stato "minimo"¹¹³.

¹¹⁰ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 116, ove ancora si legge: «E chi approfitta della necessità di un altro onde forzarlo a diventar suo vassallo col rifiutargli quell'aiuto che Dio esige ch'egli rechi ai bisogni del fratello, non agisce meno ingiustamente di chi, avendo più forza, s'impadronisca di uno più debole, lo costringa all'obbedienza, e, puntandogli un pugnale alla gola, gli offra o la morte o la schiavitù».

¹¹¹ A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, pp. 23 ss.

¹¹² G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, cit., p. 46.

¹¹³ Così, invece, R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia*, cit., pp. 163 ss.

Quanto al rapporto con il consequenzialismo, si è già visto che l'etica cognitivista soggiacente alla teoria lockiana non è a questo riducibile. Vi sono svariati passi che bilanciano, se non altro, quelli di tenore apparentemente consequenzialista. Tra questi ultimi, perdipiù, spiccano quelli in cui Locke sembra dolersi del fatto che l'evoluzione dei rapporti economici comporti avidità e sprechi¹¹⁴. L'utilità è, però, una categoria alla quale, generalmente, nei *Due trattati*, si presta attenzione entro un più ampio contesto, nel quale essa non può essere, in ultima analisi, disgiunta dalla giustizia. Ad ogni modo, se i diritti sono *vincoli* per l'azione altrui, come sicuramente afferma Locke, il consequenzialismo è escluso¹¹⁵.

Quanto alla legittimazione dell'intervento pubblico in ambito economico, le premesse della teoria di Locke si prestano a esiti forse sorprendenti.

In primis, anche a ragionare nei termini di un'espansione dei compiti delle pubbliche istituzioni giustificabile solo mediante un ipotetico consenso unanimistico raggiunto per motivazioni meramente egoistiche¹¹⁶, si potrebbe pervenire alla giustificazione di un ruolo dello Stato non coincidente con quello ascritto al c.d. "*Minimal State*". Paradigmatico il caso del diritto alla salute, che – come visto – Locke espressamente comprende tra i diritti inviolabili. Se l'esigenza di prevenire e reprimere comportamenti violenti (che danneggiano la salute) giustifica la nascita di sistemi pubblici di protezione (autorità giudiziaria, autorità di pubblica sicurezza, ecc.), l'esigenza di contrastare la diffusione di malattie (o, almeno, di alcune malattie) dovrebbe giustificare, per le medesime ragioni, l'insorgenza di strutture pubbliche a questo preposte.

Lasciando pure in disparte ciò, si è fatto notare che, in Locke, l'espansione dei compiti delle pubbliche istituzioni è ammessa, purché dipenda da decisioni assunte, nelle forme stabilite a livello costituzionale, dal potere legislativo¹¹⁷.

¹¹⁴ Cfr., ad es., J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 255 («...prima che il desiderio di possedere più di quanto si abbia bisogno avesse alterato il valore intrinseco delle cose...») e p. 262 («l'eccedere i limiti della giusta proprietà non sta nell'estensione del possesso, ma nel fatto che qualcosa vada in rovina inutilizzato nel possesso di alcuno»).

¹¹⁵ R. NOZICK, *Anarchia, Stato e utopia*, cit., pp. 49 ss.

¹¹⁶ Ivi, pp. 74 ss.

¹¹⁷ Cfr. M.J. SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, cit., pp. 116 ss.

Scrivendo Locke: «È un errore credere che il potere supremo o legislativo di una società politica possa fare ciò che vuole o disporre degli averi del suddito arbitrariamente, o toglierne una parte a suo piacimento»¹¹⁸. “Arbitrariamente”, “a suo piacimento”, sono espressioni impiegate per sottolineare la differenza tra illegittima violazione del diritto di proprietà e legittima limitazione (v. *supra*). Osserva, infatti, Locke:

Il governo non può sostenersi senza gravi spese, ed è opportuno che chiunque partecipi della sua protezione paghi dei propri averi, una parte proporzionale per il suo mantenimento. Ma ciò deve sempre aver luogo col suo consenso, cioè a dire col consenso della maggioranza, dato o direttamente dai membri della società o dai loro rappresentanti da essi eletti¹¹⁹.

Pertanto, si mette in rilievo il nesso tra diritto di proprietà e altri diritti, inclusa la libertà politica. Ad emergere è, infatti, il principio cardine del costituzionalismo espresso dalla celebre formula “*no taxation without representation*”, la cui forza – dal punto di vista storico – risiedeva nelle «ragioni profonde della raggiunta primazia del Parlamento nell’ordinamento statale inglese»¹²⁰. Certamente Locke considera la proprietà inviolabile perché è convinto che, senza di essa, non potrebbe aversi neppure la garanzia degli altri diritti fondamentali. Con ciò egli assume una posizione ben precisa nel quadro di un discorso ormai secolarizzato sulla proprietà nel quale può, nondimeno, scorgersi l’eco di epoche e dispute “lontane”, dal sapore ancora teologico. Fin dai tempi di Duns Scoto si era messa in dubbio l’appartenenza del diritto di proprietà al diritto naturale e, ancor prima, tale questione era stata al centro di *querelle* avviate dall’ordine francescano e da altri movimenti religiosi sul finire del medioevo¹²¹. Non a caso, gli interrogativi sulla possibilità di ascrivere il “terribile diritto”¹²² al novero delle libertà inviolabili si è riproposto ancora nel corso del Novecento¹²³.

¹¹⁸ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 333.

¹¹⁹ Ivi, p. 334.

¹²⁰ G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, cit., p. 77.

¹²¹ Cfr. J. HABERMAS, *Una storia della filosofia*, II, cit., pp. 271 ss.

¹²² «Terribile, e forse non necessario», secondo la nota definizione di C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2006, p. 71. L’espressione è ripresa, tra gli altri, da S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1990, pp. 374 ss.

¹²³ *Ex plurimis*, v. in proposito le riflessioni di P. BARILE, *La libertà nella Costituzione. Lezioni*, a cura di R. Zaccaria, Padova, 1972, p. 241. Si v. anche S. MANGIAMELI, *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986, pp. 6 ss.

Basti qui, senza entrar nel merito della complessa questione, ricordare che dal plesso teorico lockiano viene un'indicazione precisa in proposito. Un'indicazione, però, dalla quale non sembra anche potersi trarre il genere di conclusioni tipiche della impostazione c.d. "neo-lockiana", la quale riduce la giustizia (anche costituzionale), in campo economico, all'analisi costi-benefici¹²⁴. Si pensi, per far cenno a questioni oggi di grande rilievo, alla salvaguardia dell'ambiente o all'esigenza di porre dei limiti ai processi di privatizzazione. Se il costituzionalismo dovesse davvero rimaner fedele alle premesse teoriche di Locke, come vorrebbero i neo-lockiani, dovrebbe oggi porre limiti ben precisi ai diritti economici, e quindi anche al diritto di proprietà privata, (tra l'altro) in funzione della salvaguardia ambientale e della protezione del carattere collettivo di determinati servizi e di talune risorse.

4. Sul sistema istituzionale: costituzionalismo politico e giustizia costituzionale

Nel sistema istituzionale prefigurato da Locke le decisioni politiche hanno rilievo fondamentale. Dopo la nascita della comunità politica (*pactum unionis*) i consociati sono chiamati, secondo Locke, a decidere, deliberando a maggioranza (a meno che non abbiano convenuto «un numero maggiore che la maggioranza»)¹²⁵, quale assetto istituzionale intendono darsi¹²⁶. Le opzioni contemplate da Locke sono: 1) democrazia (intesa come democrazia diretta); 2) oligarchia; 3) monarchia (ereditaria o elettiva); 4) "governo misto"¹²⁷. Conferito il potere legislativo a un collegio, questo assumerà le decisioni ancora a maggioranza ovvero, se così si è stabilito, previo raggiungimento di un *quorum* speciale.

Si può notare che, per questo aspetto, Locke non concepisce le maggioranze speciali come strumento di tutela delle minoranze. Tuttavia il suo riferimento a queste ultime costituisce un passo determinante nella direzione che, successivamente, verrà presa, in proposito, dal

¹²⁴ Cfr. part. A.J. SIMMONS, *Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations*, Cambridge, 2001, pp. 154 ss.

¹²⁵ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 300.

¹²⁶ Ivi, p. 296.

¹²⁷ Ivi, pp. 324 ss. Quanto alla democrazia rappresentativa, v. ancora pp. 334 ss.

costituzionalismo americano¹²⁸. Ciò non toglie che, in Locke, sia vivo il problema dei limiti delle decisioni che il legislativo può assumere. Ed è su questo aspetto della sua teoria – forse il più controverso – che occorre ancora soffermarsi.

Da un certo punto di vista potrebbe dirsi che esistano tre possibili soluzioni al problema del rapporto tra legislazione e giustizia costituzionale nell'opera lockiana. Singolarmente, ma non casualmente, esse coincidono con le tre principali interpretazioni della "sovranità parlamentare" ancor oggi discusse nel costituzionalismo inglese¹²⁹.

Secondo una prima impostazione, il legislativo sarebbe pienamente "sovrano" e non potrebbe scegliere neppure di limitarsi, poiché, in ogni legislatura, il Parlamento avrebbe la piena disponibilità di quanto deciso nelle precedenti. In questo senso, il legislativo sarebbe l'interprete ultimo e supremo dei diritti inviolabili, perché ne regolerebbe l'esercizio, in concreto, definendone i limiti, senza che nessuno (fuorché il legislativo stesso, in un momento successivo) possa "sindacarne" l'operato. A ragionar così, ciò che è giusto per costituzione sarebbe ciò che è deciso, secondo una logica politica, dal legislativo: «Il legislativo, come qualunque istituzione politica umana, sul diritto naturale può errare. [Tuttavia] affidarsi alle formulazioni di un altro corpo legislativo, un super-legislativo, una convenzione costituzionale, o simili, equivale», secondo Locke, «a posporre o riprodurre la medesima difficoltà»¹³⁰. E, d'altronde, neppure un sindacato sull'operato del legislatore potrebbe – a intendere così gli scritti di Locke – essere rimesso a un giudice, perché «ogniquivolta insorgono controversie sulla legge di natura, è importante che sia un'assemblea *rappresentativa* a risolverle»¹³¹.

A seguire, invece, una seconda linea di argomentazione, il legislativo sarebbe sì "sovrano", ma sarebbe sempre possibile che esso fissi delle condizioni vincolanti per le legislature successive. Così, il rife-

¹²⁸ Solo nel costituzionalismo americano le maggioranze speciali saranno intese, per la prima volta, non più come un "surrogato" dell'unanimità, ma come strumenti (seppur imperfetti) di tutela delle minoranze, atti a «controllare gli impulsi che spingono a sacrificare la parte più debole o un individuo poco gradito» (J. MADISON, *Il Federalista n. 10*, in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *Il Federalista*, cit., p. 61).

¹²⁹ M. ELLIOTT, R. THOMAS, *Public Law*, Oxford, 2017, p. 252.

¹³⁰ J. WALDRON, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, trad. it. a cura di A. Pintore, Milano, 2001, pp. 103 s.

¹³¹ Ivi, p. 106.

rimento di Locke alla maggioranza speciale lascerebbe intendere che, se per assumere una certa decisione, si è stabilita l'insufficienza della maggioranza semplice, tale norma procedurale condiziona il legislativo: la legittimità della decisione, che questi potrà in futuro assumere, sarebbe dunque condizionata al rispetto delle previsioni procedurali precedentemente poste. Dopotutto, lo si è visto, Locke intende subordinare il potere pubblico (tutto) al rispetto di un diritto superiore: «Il problema pratico che lo assilla è come impedire che il potere, da chiunque esercitato, divenga arbitrario»¹³². Pertanto, sembrano doversi affermare almeno dei limiti sul piano procedurale. Di modo che il giudice non potrebbe riconoscere come legge una deliberazione non rispettosa delle procedure *ex ante* stabilite per la sua approvazione.

Infine, si potrebbe ritenere che il legislativo non sia “sovrano”, se con ciò si intende che la distinzione tra limitazione e violazione dei diritti sia una mera questione di rispetto delle procedure. Indubbiamente Locke non concepisce la costituzione come una realtà statica:

*A constitution [...] is also an action, a continuing process of self-definition and redefinition [...] The idea of a constitution as an action derives from the Lockean consent theory of legitimacy, which rests on the people's acts of express and tacit consent to validate their government [...] A constitution is ever in constitution*¹³³.

Tuttavia, se la costituzione è da intendersi come una realtà dinamica, in continua evoluzione, ciò non significa che, in questa continua evoluzione, il fine della società politica – per il quale la costituzione è posta – possa essere liberamente trasfigurato attraverso l'esercizio del potere. Neppure il legislativo – questa sembra la lettura preferibile e, conviene ribadire, il cuore dell'impostazione lockiana – può legiferare per un fine diverso da quello che rende legittimo l'assetto istituzionale nel suo complesso. Ciò significa che questo fine – la tutela dei diritti inviolabili – non solo deve orientare l'interpretazione delle leggi, ma può giustificarne anche la disapplicazione in tutti i casi in cui esse siano ritenute incompatibili con la costituzione.

¹³² F.A. HAYEK, *La società libera*, trad. it. a cura di M. Bianchi di Lavagna Malagodi, L. Infantino, N. Iannello, Soveria Mannelli, 2011, p. 317.

¹³³ R. ALBERT, *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*, cit., p. 196.

4.1. Centralità del parlamento e prerogative dell'esecutivo

Sulla scorta di quanto rilevato nell'ultimo paragrafo, oltreché di quel che si è osservato in precedenza, in relazione al rilievo accordato al potere giudiziario, l'affermazione di un sistema di giustizia costituzionale appare, a partire dalla teoria della costituzione di Locke, possibile e forse addirittura necessaria.

Naturalmente, perché le implicazioni della teoria lockiana potessero tramutarsi in realtà costituzionale, si è dovuto attendere. Il ragionamento sviluppato nella storica *Marbury v. Madison* può comunque dirsi già implicito nell'affermazione dell'esistenza di fini intrinseci all'esercizio del potere tutto, compreso il potere legislativo: «Ogni potere, conferito con fiducia per il conseguimento di un fine, è limitato da questo fine medesimo»¹³⁴.

Per concludere in tal senso, però, è opportuno soffermarsi, in questa sede, almeno su un altro aspetto dell'assetto istituzionale prefigurato da Locke. Bisogna, infatti, chiarire il rapporto intercorrente tra potere legislativo e potere esecutivo. Ciò può avvenire attraverso la considerazione delle osservazioni rinvenibili nei *Due trattati* in merito alla convocazione del parlamento e, più in generale, alla c.d. "prerogativa".

Locke afferma recisamente l'autonomia del legislativo, il quale deve riunirsi secondo quanto prevede la costituzione o secondo quanto da esso stesso stabilito con mozione di aggiornamento: e, in ogni caso, laddove la costituzione nulla preveda espressamente al riguardo, il parlamento «ha il diritto di radunarsi e tornare a deliberare»¹³⁵.

Come visto, che lo scioglimento possa essere deciso, secondo costituzione, dall'esecutivo non implica una subordinazione a quest'ultimo del legislativo. Questa non è solo un'affermazione di teoria della costituzione, ma anche l'interpretazione che Locke dà della costituzione inglese: «Il potere di convocare i parlamenti in Inghilterra e fissarne il tempo, il luogo e la durata è certamente una prerogativa del re, ma sempre con questa fiducia, che se ne farà uso per il bene della nazione»¹³⁶. Si ha qui l'esempio di cosa Locke intenda per "prerogativa". Muovendo dalla premessa per la quale l'esecutivo – a differenza del

¹³⁴ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 340.

¹³⁵ Ivi, p. 344.

¹³⁶ Ivi, p. 355.

legislativo – dev’essere «sempre in funzione» perché «è sempre necessaria l’esecuzione delle leggi che si son fatte»¹³⁷, Locke – fermo il potere parlamentare di autoconvocazione – attribuisce all’esecutivo anche il potere di intervenire in assenza di previsioni legislative, o anche in deroga a queste ultime, ove le circostanze di fatto lo richiedano, per convocare il Parlamento. Ciò, però, non significa ammettere un esercizio arbitrario del potere: proprio in Locke trova, infatti, come visto, lucida espressione «l’idea costituzionalistica della necessità di *limiti* al potere politico»¹³⁸.

In generale, se la delega legislativa è esclusa e spetta al potere legislativo controllare l’esecutivo (v. *supra*), al tempo stesso non è possibile escludere che l’esecutivo debba esercitare competenze in assenza di previa disposizione legislativa o anche in violazione delle leggi, se ciò è indispensabile per il bene della collettività. Scrive Locke che il riconoscimento di tali “prerogative” dipende dal fatto che «possono verificarsi molti casi, in cui una stretta e rigorosa osservanza delle leggi tornerrebbe di danno»; pertanto «è conveniente che il governante [...] abbia il potere di deliberare secondo discrezione, per il pubblico bene senza la prescrizione della legge, e talvolta anche contro di essa»¹³⁹.

Se questo potere fosse inteso, però, come abilitazione dell’esecutivo a derogare alla costituzione, l’idea di quest’ultima come *higher law* – idea che, come si è cercato di mostrare, acquista nella teoria lockiana primario rilievo – verrebbe meno. Piuttosto, la prerogativa non è intesa da Locke come potere di agire in violazione della costituzione, ma solo in deroga alle leggi, in casi eccezionali di necessità e urgenza, e di usare talune competenze – anche in assenza di apposite prescrizioni legislative – nell’interesse pubblico, il che presuppone comunque l’integrale rispetto dei diritti inviolabili. Sul rispetto dei diritti inviolabili sono chiamati a vigilare, nelle forme proprie per un organo d’indirizzo politico, il parlamento e, più ampiamente e diversamente, i giudici e i cittadini tutti.

¹³⁷ Ivi, p. 344.

¹³⁸ C. FARALLI, *Stato*, in A.A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Roma-Bari, 2012, p. 176.

¹³⁹ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 351.

5. Recuperare la capacità “ordinante” della costituzione

Al netto dei limiti e meriti storici, il contributo offerto da Locke al costituzionalismo risulta ancora di grande attualità. La concezione della costituzione come “*higher law*”, e alcune delle implicazioni che ne scaturiscono sul piano della tutela dei diritti inviolabili e dell’organizzazione del potere pubblico, oggetto di esame nei paragrafi precedenti, risultano importanti e, per molti versi, da riscoprire.

Oggigiorno «la sofferenza dei sistemi costituzionali è determinata molto più dai processi esterni prodotti dalla globalizzazione dei rapporti giuridici, dalla mondializzazione delle economie e dei sistemi politici, che non dalle trasformazioni interne degli ordinamenti giuridici e politici nazionali»¹⁴⁰. In questo contesto, «non tanto muta la politica in sé, quanto la capacità del diritto costituzionale di governarla», cioè la «capacità ordinante» delle costituzioni¹⁴¹.

Se la “capacità ordinante” delle costituzioni deve affermarsi, non è soltanto rispetto ai poteri pubblici, ma anche in relazione ai grandi agglomerati di potere privato. Sotto questo profilo, si è visto che l’opera lockiana offre spunti interessanti. Infatti, Locke intendeva formulare argomenti volti non solo a salvaguardare le libertà economiche, ma anche a fare in modo che queste libertà (e le altre) potessero dar vita a rapporti sociali equi, improntanti al contempo alla responsabilità individuale e alla solidarietà sociale. Ciò corrobora l’idea del carattere indisgiungibile, e, anzi, reciprocamente convertibile, dei supremi principi del costituzionalismo contemporaneo: libertà ed eguaglianza¹⁴².

Al tempo stesso, viene dalla lettura dell’opera di Locke l’invito a riscoprire come, al fine della tutela dei diritti inviolabili, non contino solo le garanzie *dalla* “politica” – pure indispensabili e da preservare da ogni tentativo di indebita intromissione da parte, specialmente, dell’esecutivo – ma anche le garanzie *della* “politica” e, dunque, offerte dagli organi nei quali la “politica” è chiamata a prendere forma istituzionale. La capacità “ordinante” delle costituzioni non può affermarsi nelle sole forme della giurisdizione. In Locke la necessità di dare svolgimento alla costituzione per il tramite di decisioni legislative

¹⁴⁰ G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, 2018, p. 8.

¹⁴¹ Ivi, pp. 30 e 32.

¹⁴² G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, pp. 113 ss.

è particolarmente avvertita, anche sulla scorta dell'ideologia *whig* e dell'esperienza costituzionale inglese, nella quale d'altronde il confine tra *legislatio* e *iurisdictio*, come si è visto, non appariva netto¹⁴³. In questa prospettiva, che pare preziosa per il futuro del costituzionalismo, la centralità degli organi nei quali si esprime la rappresentanza politica e la superiorità della costituzione, se necessario fatta valere in forma giurisdizionale, non sono contrapposte. Anch'esse, al contrario, sembrano vicendevolmente implicarsi.

* * *

ABSTRACT

ITA

Il lavoro è dedicato alla teoria della costituzione di John Locke. Si approfondiscono le implicazioni dell'idea di costituzione come "*higher law*" per il costituzionalismo contemporaneo, in un tempo nel quale le costituzioni sembrano perdere la loro capacità di governare e plasmare la realtà politica e sociale. Senza voler nascondere i limiti o esagerare i meriti del contributo lockiano, il saggio si sofferma su alcuni aspetti salienti di un'impostazione ricca di spunti in merito al concetto di costituzione (par. 2), alla forma di Stato e al modo di intendere la tutela dei diritti inviolabili (par. 3) oltretutto, infine, al sistema istituzionale (par. 4).

EN

The paper is dedicated to John Locke's theory of constitution. The implications of the idea of constitution as "*higher law*" for contemporary constitutionalism are explored, in a time in which constitutions seem to lose their ability to govern and shape political and social reality. Without wanting to hide the limits or exaggerate the merits of Locke's contribution, the essay focuses on some salient aspects of an approach rich in ideas regarding the concept of constitution (par. 2), the form of State and the way of understanding the protection of inviolable rights (par. 3) as well as, finally, the institutional system (par. 4).

¹⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, cit., pp. 68 ss. e 72 ss.



Costituzionalismo.it

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)