

La teoria del potere di Alessandro Paternostro

GIAN PAOLO TRIFONE

1. *Un comune progetto costituzionale*

Nei suoi scritti di diritto costituzionale, Alessandro Paternostro¹ affronta «i due eterni problemi cardinali della scienza politica: conseguimento della libertà per l'individuo, conciliazione della libertà con l'autorità ch'è vincolo necessario dei consorzi umani»². Obiettivo del presente saggio è fare luce sulla figura di un giurista ricordato più spesso per la sua attività in politica che per il suo contributo alla scienza del diritto pubblico³. È invece attraverso le categorie giuridiche che Paternostro provvede ad una rielaborazione del costituzionalismo come forma ordinamentale della sovranità popolare e secondo i criteri di una «scienza sociale»⁴, laddove la democrazia risulta un particolare stadio del progresso civile: «il progresso nella scienza della politica è segnato dal successivo ridursi delle plebi a popoli consci dei diritti della personalità umana»⁵. La storia restituisce fatti ed il costituzionalismo è mani-

festazione concreta dell'ordine sociale, di là da ogni presunzione idealistica.

In via di premessa, è opportuna una contestualizzazione. Paternostro si ascrive alla fase della giuspubblicistica italiana di generazione "pre-orlandiana", a voler considerare un certo spartiacque⁶, i cui numerosi esponenti – dai nomi che ricorreranno nel prosieguo della trattazione come interlocutori del Nostro, tra i quali Palma, Balbo, Pessina, Casanova, Brusa, Melegari, Pierantoni – si occupano della ricostruzione scientifica del fenomeno istituzionale sulla base di quello politico e sociale, ai sensi di quanto è stato ben definito un «patriottismo costituzionale»⁷. Dopo il crollo delle costituzioni giacobine⁸, nel clima liberale delle Carte spagnola del 1812 e francesi del 1814 e del 1830, la scienza giuridica italiana è avvertita dell'esigenza di un nuovo "progetto costituzionale"⁹, partendo dal «momento fondativo della comunità politica», elaborando nessi tra le tematiche della nazione, della costituzione,

della sovranità, mettendosi al servizio di una unità civile da realizzare. Per una tale prospettiva, l'impostazione di Romagnosi è esemplare. Nel suo sforzo di dar vita ad un ordine sistematico compiuto – corrispondente ad una monarchia rappresentativa in cui la costituzione si elevi a «tutela contro ogni dispotismo»¹⁰ – rilievo essenziale assume la «ragion pubblica», ovvero «il complesso dei mezzi e delle azioni miranti al perseguimento dell'interesse pubblico»¹¹; ne consegue la valorizzazione delle forme associative primarie – famiglia, municipio, provincia – corpi intermedi predisposti come tessere del mosaico della complessione sociale secondo, appunto, la sua «costituzione materiale».

Trama, per questa generazione di giuristi, è l'idea di *costituzione* come fondamento identitario di matrice storica e valoriale, prima che documento politico. Per Pellegrino Rossi, il diritto costituzionale è «rivelazione vivente dello sviluppo d'un grande popolo in un determinato periodo della sua esistenza», i cui principi vanno intesi solo alla luce della evoluzione storica¹². E, da una visuale internazionalista, Mancini adopera il concetto di nazionalità assiomatizzandolo in quello di «popolo», laddove configura i rapporti internazionali tra popoli prima che tra Stati¹³.

Tale impostazione "giusnaturalistica" si conferma dopo l'unificazione. Sotto l'impulso della dottrina francese da un lato – e del modello inglese dall'altro¹⁴, lo sviluppo delle istituzioni si vuole legato al fine politico prescritto dalla costituzione. Che, come osservato, è soprattutto "materiale", corrispondendo – secondo Saredo – al "complesso vitale" della società di suo riferimento. Per conseguenza, «la legittimità di una costituzione scritta dipende esclusiva-

mente dalla sua conformità con la costituzione naturale»¹⁵. Di «prodotto principale dello sviluppo civile di un popolo»¹⁶ parla Palma, mentre Luzzatti pone in evidenza «il carattere e la sostanza dei fatti sociali» che nella costituzione si riflettono¹⁷. Fino al punto di negare – come fa Pessina – il requisito stesso della perpetuità di una costituzione, data l'inadeguatezza della scrittura a fissare i principi di libertà, di per sé mutevoli in relazione al cambiamento delle situazioni sociali cui il diritto deve raffrontarsi¹⁸. In breve, la costituzione rileva per il suo significato politico e i suoi studiosi conferiscono primazia al diritto costituzionale rispetto a quello privato. Tra tutti, basti ricordare Filomusi-Guelfi per la sua polemica riportata nella *Enciclopedia giuridica* con i gius-formalisti tedeschi e relativa al criterio metodologico, per cui le dinamiche privatistiche non potrebbero considerarsi adeguate allo schema pubblicistico¹⁹.

In questa congiuntura, lo Stato non si vede ancora assegnata la rilevanza centrale che già stava ricevendo in Germania da parte dell'indirizzo dogmatico, poi sussumto dalla 'scuola' orlandiana²⁰; esso si ritiene «meramente funzionale al perfezionamento economico della comunità»²¹. Esplicitamente, Carnazza lo vede quale «mezzo della società»²²; ovvero della nazione, nella misura in cui è quest'ultima che «preme definire con esattezza, per coglierne le potenzialità legittimanti, mentre lo Stato appare, nella migliore delle ipotesi, la scontata conseguenza del principio nazionale»²³. E dunque, per il suo ruolo di tutela giuridico-sociale, si è di fronte – in qualche modo ancora fino agli anni ottanta del Secolo – alla forma di Stato cosiddetta «risorgimentale»²⁴ di cui, a ben vedere, lo stesso Orlando, agli esordi del suo piano di

edificazione nazionale, non oscura il profilo²⁵. Certo, il rapporto Stato-costituzione è destinato, di lì a poco, a cambiare alla luce di diverse idealità, pur rimanendo i due termini ancora collegati: «la costituzione non è una forma astratta [...], essa è la forma della vita dello Stato»²⁶. Fino al pieno capovolgimento da parte dell'indirizzo formalistico, che vuole abbandonati tutti quegli elementi – etici, filosofici, politici – vizianti l'essenza pura dei principi giuridici. Ma si tratta già di una pagina successiva della storia del diritto pubblico italiano, cui pure si è dedicata attenzione in altre sedi²⁷.

2. *Il giurista, il politico*

Gli scritti di diritto costituzionale, oggetto di analisi nel presente lavoro, sono compiuti da Paternostro tutti durante la prima fase della sua carriera universitaria, in un breve lasso di tempo, tra il 1875 ed il 1879²⁸, corrispondente agli anni della crisi della Destra storica e della prima stagione di Depretis²⁹. Il temperamento "radicale" emerge già durante gli studi in giurisprudenza, prima del mutamento legislativo favorevole alla sinistra di Depretis – poiché di «rivoluzione parlamentare» non può parlarsi – che lo lascia deluso, per le mancate promesse elettorali di segno democratico³⁰ e le privatizzazioni in campo industriale, che saldano definitivamente il legame tra la classe politica e le forze economiche³¹. La tesi di laurea, discussa a Napoli e pubblicata a Roma, nel 1875, col titolo *Studio sulla questione sociale*, è rappresentativa delle posizioni del giovane studioso. La «nuova» forma della questione sociale – a suo dire – non è diversa da quella di sem-

pre: «le moltitudini povere ancora contro i nuovi ricchi, in nome del lavoro contro il capitale»³². Sistematicamente, il capitalismo arresta il progresso trasformando l'individuo in un «meccanismo», privandolo della possibilità di sviluppare liberamente le proprie facoltà. Fin dalle prime pagine, si chiarisce la posizione dello scrittore favorevole ad un giusto compromesso tra le idee socialiste ed una forma di capitalismo "progressivo". Osservato che «il capitale non volle scendere a patti col lavoro, ed il lavoro negò la legittimità del capitale»³³, lo scontro tra proletariato e capitalismo offrirebbe in alternativa due esiti altrettanto inquietanti: la «tirannide» del socialismo reale da un lato; e la sperequazione sociale dall'altro, a detrimento della nazione tutta, cui mancherebbe il sostegno del suo popolo. Occorre invece salvare il miglior portato del socialismo, «lo spirito di associazione». D'altro canto, ispirandosi all'*arbeiter-bildung-vereine* tedesco, Paternostro intravede nelle associazioni cooperative coi relativi istituti di mutue assicurazioni lo strumento di riscatto dei lavoratori, nella prospettiva per cui, «essendo tanto il lavoro quanto il capitale fattori ugualmente necessari alla produzione, eguali ne debbono essere attuandoli i pericoli e i profitti»³⁴. La speranza è per una legge speciale o l'introduzione nel codice civile in materia di società di una nuova sezione per le cooperative³⁵. Sono idee che Paternostro non abbandonerà più nel corso della sua attività di giurista e di politico.

In *Della Camera elettiva*, del 1877, il Nostro comincia a porre le basi della sua teoria del potere. Dividendo la trattazione in due parti, separa le tematiche della sovranità e della sua *altera facies*, la rappresentanza politica, da quelle della natura del potere legi-

slativo e del potere costituente, considerato in sé stesso e come limite al primo. Per le già espresse posizioni ideologiche, il suo scritto *Sulla dottrina della rappresentanza proporzionale delle minoranze*, dell'anno successivo, incontra il dissenso dei suoi esaminatori al concorso per una cattedra a Parma. Frattanto, sulla scena politica, l'operazione di consolidamento del potere ministeriale – con le strumentalizzazioni delle prefetture ad opera di Nicotera, le infornate di senatori ed il trasformismo – hanno già dato i loro frutti³⁶. Ma è l'imminente riforma elettorale³⁷ l'oggetto preminente del dibattito politico e dottrinale. Contro l'opinione prevalente, Paternostro si espone a sfavore della rappresentanza delle minoranze, una minaccia per la compattezza del partito governativo, che, realisticamente, lavora più efficacemente se unito. Non le minoranze, dunque, devono porsi ad argine dell'abuso di potere, ma l'opinione pubblica, in un Paese che punti sull'istruzione. Nello stesso anno, il giurista riesce ad ottenere la libera docenza presso l'Ateneo napoletano. *Dello svolgimento del problema politico* è la prolusione al corso di diritto costituzionale in quella Università. Dopo una partenza "classica", in cui gli echi romagnosiani risuonano nella teoria del progresso, nel concetto del diritto di natura, nella genesi della società dai nuclei primari, Paternostro entra nel vivo delle sue argomentazioni: il nesso tra sovranità e libertà e il principio di uguaglianza alla base della democrazia. Tornano i temi della *Questione sociale*, rielaborati in sistema: la libertà degli individui si traduce in affrancamento economico e coscienza culturale; è il presupposto del principio di nazionalità. La conseguenza naturale del progresso politico è la sovranità popolare, a discapito delle forme di governo "miste".

Infine, è con il trattato di *Diritto costituzionale teorico, patrio, comparato* che, nel 1879, Paternostro definisce compiutamente la sua teoria. Le tematiche sono già quelle della Prolusione dell'anno precedente, ma più ampiamente articolate. L'opera si divide in quattro parti. La prima, *Dei principii*; la seconda sui *Diritti individuali*; la terza su *Ordinamento ed azione dei pubblici poteri secondo i principii generali delle costituzioni*; la quarta su *Il governo rappresentativo in azione. Diritti politici – diritto parlamentare*. Riguardo alla domanda: «in che consista il diritto pubblico», il costituzionalista cerca di chiarire «fino a che punto sia libera a un popolo la scelta della sua forma di governo e fino a che punto egli possa regolare i propri destini»³⁸. È necessario approfondire.

Paternostro è un personaggio poliedrico: avvocato, giornalista, docente universitario, consigliere diplomatico, infine deputato nella sinistra radicale³⁹. Sebbene egli non abbia mai mostrato una dedizione totale alla sua corrente, conservando sempre una certa indipendenza di vedute e definendosi «un irregolare della politica» con le prospettive di un «possibilista»⁴⁰. Si tratta di essere "realisti", sui banchi del Parlamento come sulla cattedra universitaria. Per il giovane giurista, la Sinistra avrebbe dovuto rappresentare «le idee avanzate di un partito sempre costituzionale», da difendere contro «l'astrattezza dell'idealismo nelle discipline giuridiche». Più concretamente, occorre individuare i rapporti tra individui – nel rispetto di due parametri: i "diritti" di garanzia della libertà individuale; e, specularmente, i "doveri" dei singoli di coordinare la libertà propria alla libertà altrui e, dunque, con lo Stato, nella misura in cui questo provveda un sistema di leggi informate al conseguimento

dei fini sociali. Scrivendo a Bertrando Spaventa, Paternostro parte dalla questione dei socialisti italiani, per delegittimare ogni azione politica extra-parlamentare come anticostituzionale: «fuori dei partiti politici è metafisica parlare di minoranze»⁴¹. È lo Stato liberale che, per farsi democratico, deve risolvere la questione sociale, a partire dalla «istruzione ed educazione nazionale», chiave della libertà per tutti i cittadini; il rischio è il populismo: «bisogna che i nemici del liberalismo non abbiano il pretesto di calunniarlo innanzi alle masse del malessere economico»⁴².

Lo Statuto dovrebbe garantire la libertà individuale⁴³. Tuttavia, la legislazione di emergenza e la cosiddetta legge di pubblica sicurezza⁴⁴ violano apertamente la lettera dell'articolo 26; Paternostro non risparmia critiche severe al sistema giudiziario⁴⁵ soffermandosi sulla responsabilità della magistratura⁴⁶. Fino a non escludere, in *extrema ratio*, il diritto di resistenza in capo ai cittadini «di opporsi a quegli esecutori della legge che volessero invece, usandone il nome, violarne i pronunciati»⁴⁷.

Ma la rivoluzione è sempre un rischio da evitare. Il giurista propende per quella che egli definisce «evoluzione», attraverso cui pervenire allo «Stato di diritto»: «l'evoluzione in politica è [...] lenta trasformazione degli elementi costitutivi delle diverse forme, sicché attraverso l'evoluzione la forma complessa o si trasforma serbando caratteri di unità, o si dissolve per dare luogo ad unità nuova o diversa, secondo che le lente trasformazioni degli elementi suoi costitutivi siano omogenei o no alla natura sua prima»⁴⁸.

Idee politiche favorevoli ad un ordinato bipolarismo – contro il trasformismo⁴⁹ e le dottrine proporzionalistiche – ampiamen-

te supportate dall'analisi giuridica, come si avrà modo di osservare⁵⁰. Per intanto, basti accennare al principio che le sostiene: in presenza di «due campi nettamente delineati, per cui al potere si succedano partiti forti, atti al governo, che si bilanciano, si frenano, si sorvegliano, creano e conducono l'opposizione reciproca»⁵¹, è fuorviante parlare di minoranze: «gli eletti rappresentano la nazione, non i cittadini; il suffragio universale dà per suo principio a tutti il voto, non la sicurezza della vittoria»⁵².

Al suo ritorno dal Giappone, il socialismo «puro» appare a Paternostro come pericolosamente eversivo⁵³; non di meno egli dubita dell'«individualismo assoluto». Insomma, la sua condanna è rivolta alle posizioni estreme, che conducono «a due conseguenze, che diverse ed opposte nei mezzi di soluzione, s'incontrano nel risultato»: rendono cioè impossibile la soluzione del «problema sociale»⁵⁴. Da democratico moderato, egli non può ignorare la portata epocale del movimento socialista, pur confutando le idee marxiste e proudhonianne come utopiste⁵⁵. È invece il momento di portare il socialismo ad una fase pratica, non rinnegando la libertà personale e dunque il concetto di proprietà privata: «un alto ideale di individuale possesso per ogni uomo come assoluta condizione della sua libertà e della sua moralità, di quell'individualismo che riconosce un diritto sociale come garanzia medesima della coesistenza del diritto di ciascuno»⁵⁶; ma senza nemmeno escludere una funzione sociale della proprietà dal momento che lo Stato ne ravvisi l'utilità e provveda a regolamentarla⁵⁷: «la democrazia – afferma Paternostro – riconosce la legittimità della questione sociale ed intende risolverla sostituendo così allo Stato-Dio, come allo Stato-passivo, lo

Stato-aiuto, rispettando sempre la base dell'edificio, cioè il diritto individuale»⁵⁸. Secondo tale impostazione – definita «una terza via tra liberismo e dirigismo»⁵⁹ –, è invece inaccettabile il collettivismo, che mortifica la libera iniziativa, imponendo criteri artificiali in merito alla qualità e quantità di produzione⁶⁰; d'altro canto, esso provocherebbe un accrescimento della burocrazia, non meno oppressiva rispetto al sistema che si vorrebbe sovvertire; per cui questi «nuovi depositari della gestione sociale» non farebbero che produrre le «nuove classi dell'avvenire dei dirigenti e dei diretti», conseguentemente aggravando la condizione di dipendenza delle classi lavoratrici⁶¹.

A parere del giurista, è proprio il principio che informa la lotta di classe a dover essere superato, perché dà luogo soltanto a «reazioni di tutti gli interessi che si sentono minacciati». Rivolgendosi ai socialisti: tali diffidenze non farebbero che produrre un ritardo «nel movimento legislativo di quella stessa parte delle vostre idee destinate a trionfare». È piuttosto la conciliazione dei gruppi sociali il traguardo cui mirare. In accordo con Cavallotti, Paternostro si esprime a favore di una politica conservatrice per un risanamento della finanza pubblica attraverso un piano liberista e un progetto di decentramento regionale. Un programma di riforme che interessino la materia agraria – in particolare l'attività consortile per le esigenze della coltura estensiva –, quella fiscale e un sovvenzionamento statale alle cooperative per le grandi industrie. Ma sempre cercando di «regolare con piena autonomia tutto quanto nella vita economica e sociale possa essere sottratto alla direzione centrale dello Stato senza rompere la coesione dell'unità politica»⁶².

Per provvedere a ciò, c'è bisogno di un «discentramento amministrativo», ovvero una «forte unità e libertà politica intiera collegata ad una generale autonomia amministrativa locale»⁶³. La libertà è garantita da norme certe, prerogativa dei sistemi complessi. I governi semplici, a parere del Nostro, sono i più dispotici, poiché favoriscono l'arbitrio da parte degli interessi dominanti. Lo stato federale, alla cui costituzione Paternostro fa riferimento, «è stato nazionale» in virtù del fatto che gli interessi dei suoi cittadini sono «collettivi». A ciò si aggiunge la delimitazione dell'esercizio dei poteri per cui quello centrale e quello locale sono definitivamente circoscritti dalla costituzione, a tutela della quale deve vegliare una «suprema legislatura». Il modello di Paternostro è il federalismo statunitense, che è stato ordinato «per atto di volere»: cioè quella stessa costituzione⁶⁴ «la quale sappia far valere nelle parti, che si reggono da sé stesse, le leggi del centro, sapendo rendere responsabili di queste non solamente gli Stati, ma gli stessi individui»⁶⁵. Posizioni non proprio in linea con i progetti "regionisti" che – da Rattazzi a Cavour, fino a Farini e Minghetti – cercavano di sviluppare le autonomie comunali evitando accentramento alla francese da un lato; federalismo americano e svizzero dall'altro⁶⁶. Eppure, a ben vedere, neanche Paternostro contesta fino in fondo «il prevalente trattato istitutorio dall'alto [...], in linea con lo Statuto Albertino e con la tradizione riformistica piemontese»⁶⁷. L'Italia, egli afferma, deve mantenere l'unità faticosamente conquistata e, ciò non di meno, aspirare al *self-government*: «la piaga sta ancora in ciò, che mentre la Deputazione provinciale è un corpo doppiamente elettivo, deve essere provveduta da un agente nominato dal Go-

verno e questa tutela governativa sulle Province e sui Comuni toglie ogni vera efficace autorità ai corpi sociali»⁶⁸. Insomma, un profilo decentratore che riguardi provincia e comune come associazioni «naturali»⁶⁹, spontaneamente in grado di armonizzarsi col centro. Certo che il tempo delle riforme non è oltremodo procrastinabile, onde ottenere, a dire del giurista, «tutto quanto è possibile di miglioramento e di giustizia e senza sacrificio dell'individualità, e senza tirannide nuova, dai mezzi presenti»⁷⁰.

3. *Potere sociale*

Influenzato dalla dottrina sociologica⁷¹, Paternostro parte dall'elemento collettivo per definire meglio quello individuale: «la società è un fatto necessario allo sviluppo umano». In questa prospettiva tutta scientifica, il contratto sociale è una presunzione idealistica: «lasciamo la forma del contratto, lasciamo il lirismo dello stato di natura, reazione degli ingegni che assalgono un cattivo stato di civiltà»⁷². L'uniformità è un "fatto"; non esisterebbero i diritti individuali senza un contesto sociale in cui farli valere. In altre parole, la sussistenza dei diritti dipende da una presa di consapevolezza, nell'ordine di una più ampia regolamentazione collettiva. La coscienza individuale si forma parallelamente alla coscienza sociale, sicché «vi è una concordanza riguardo alla nascita inevitabile del diritto»; sebbene, appuratane l'inevitabilità, le «diversità presso i vari popoli» producono una «asimmetria» quanto al suo progresso. In ogni caso, «il diritto appare come una regola indispensabile per conservare la struttura sociale»⁷³.

Pur di vedute realiste, Paternostro talvolta indulge agli stessi idealismi cui oppone resistenza. La coscienza individuale si perfeziona attraverso la cultura, secondo un «progressivo liberarsi dai legami contingenti della natura per riconoscere quelli assoluti della ragione». Sembra che il giusnaturalismo torni a fare capolino, non di meno di un certo fideismo nei riguardi della «progressiva conformità alla ragione» da parte del diritto, in modo che esso provveda a quella assimilazione che la natura non era stata in grado di garantire: «l'uomo ha avuto in sé germi di perfezionamento continuo; la società è l'ambiente necessario di questo perfezionamento»⁷⁴. La consapevolezza dei diritti della persona ha trasformato le plebi in popoli liberi. Il progresso del diritto consiste nel sostituire, alla supremazia «primitiva» della forza, «un principio necessario regolatore delle azioni e delle relazioni»⁷⁵. Paternostro spinge i suoi ideali "progressisti" fino alla giustificazione del principio di nazionalità come futuribile «mezzo razionale e possibile alla coesistenza pacifica e amichevole di popoli varii per origine, costumi, caratteri, fede, tradizioni». In una parola, il «cosmopolitismo», figurabile, anch'esso, attraverso la teoria dell'aggregazione: «la coscienza della nazionalità spinge i popoli come la coscienza del diritto spinge gli individui» fino al termine ultimo del progresso delle nazioni, lo «Stato umano», forte della «base comune d'idee, di credenze e d'interessi alle società future»⁷⁶.

Più pregnante si rivela la sua teoria dell'autorità, la quale si manifesta attraverso i «reggimenti politici», classificabili tipicamente in monarchia, aristocrazia e democrazia, ciascuno con la relativa degenerazione: tirannia, oligarchia e demagogia.

Quest'ultima, intesa come dittatura della maggioranza, conduce al cesarismo, la forma peggiore di governo assoluto. Riferendosi al caso di Napoleone III, Paternostro rileva il nesso tra il "Cesare" e la volontà del popolo, di cui il primo si fa interprete. In realtà, non della volontà di tutti i cittadini si tratta, quanto dell'appoggio di un gruppo ristretto di grandi interessi, per cui ne risulta l'uso della forza – come strumento di governo – bilanciato dai favoritismi alla classe sostenitrice. Un sistema che, alla lunga, non paga; tanto più che il regime si dissolve alla morte del "Cesare": come sostenuto da Baggehot, non essendo esso perpetrabile, non è un sistema politico solido⁷⁷.

A fronte di tali diverse declinazioni dell'autorità, esiste invece un unico «potere», quello «sociale», che rappresenta «l'azione coattiva-collettiva» la cui legittimità ha sempre fondamento «nel diritto di ogni singolo di conseguire i fini della persona umana col mezzo ad essa naturale della società»⁷⁸; o, per converso, dello Stato, il quale, infatti, «sorge, e sia pure nel modo più informe e rudimentale, appena si manifesta una società umana», regolata da un governo: «ecco la genesi dell'autorità». Ma nello Stato si muovono, per l'appunto, individui, ciascuno con caratteri, aspirazioni, tendenze proprie, tutte in varia misura partecipanti «ai fini dello Stato» stesso; per il motivo che «la natura non li comporta disgregati», essi debbono sottostare alla sua autorità, ma «lo Stato deve essere per essi, non essi per lo Stato: ecco la genesi della libertà»⁷⁹.

Parafrasando Jules Simon, lo Stato è il luogo della politica, nella misura in cui questa «è il discernimento di ciò che deve essere lasciato alla libertà in virtù del suo diritto, e all'autorità in virtù della sua ne-

cessità»⁸⁰. Si tratta, kantianamente, di individuare i limiti della sua azione onde determinare l'insieme delle condizioni «sotto le quali l'arbitrio di ciascuno possa coesistere con l'arbitrio di tutti secondo un principio generale di libertà»⁸¹. Ma è Humbolt il principale riferimento del Nostro. Pur senza arrivare a considerare il potere politico un «male necessario», Paternostro condivide, dell'illustre tedesco, l'idea per cui gli scopi di una costituzione – nel senso di una determinata configurazione politica e, in tali termini, corrispondente allo Stato come forma ordinamentale – siano quelli di creare un legame tra governanti e governati «che garantisca agli uni il possesso del potere loro confidato e agli altri il godimento delle libertà che rimangono», al fine di rinforzare «l'interesse privato dei cittadini, senza che ne risulti indebolito l'interesse pubblico». Lo Stato, in breve, dovrebbe congiungere l'interesse privato a quello pubblico di modo che «il primo dipenda completamente dall'altro». Si badi, non si tratta di una pretesa acquiescenza del "suddito" nei confronti del pubblico potere, quanto, all'opposto, di affermare il primato della società, intesa come insieme di associazioni spontanee e volontarie, che il potere deve sostenere; anche al punto di limitare «i comodi degli individui in vista dei risultati da conseguire»⁸².

Tuttavia, le suggestioni humboltiane si stemperano nella consapevolezza dello «Stato-aiuto». Riprendendo Dupont-White⁸³, per soddisfare i sempre più pressanti bisogni sociali, l'intervento dello Stato si fa viepiù necessario, concorrendo a «formare il progresso politico, economico e morale sì col togliere gli ostacoli che ad esso si oppongono, sì col creare le forze che debbono produrlo, e facilitare loro

l'azione»⁸⁴. D'altro canto, aspettarsi ogni assistenza da parte delle istituzioni significa abdicare alla propria autonomia individuale, rimanere inermi «contro le possibili usurpazioni della nostra autorità»: «lo Stato moderno deve essere considerato nello esercizio del potere sociale, come la manifestazione collettiva del diritto di ogni singolo»⁸⁵.

Secondo tali coordinate, la forma più consona alla necessità dei tempi moderni è quella del governo rappresentativo⁸⁶. In questi termini, la democrazia, declinabile in «diritti politici, educazione ad esercitarli, libertà, lavoro ed eguaglianza»⁸⁷ non è in contrasto con la monarchia, che, anzi, in Europa è stata «la forza precipua dell'elemento popolare», attraverso l'accenramento assolutistico anti-feudale e l'unificazione territoriale. Tenuto conto della evoluzione storica come processo costante di modificazione degli elementi costitutivi di una determinata forma complessa di governo, «oggi» la monarchia costituzionale rappresentativa, in Europa, è compatibile con la sovranità popolare; l'art. 2 dello Statuto, infatti, coniuga governo rappresentativo ed ereditarietà del trono. Se è vero che, all'origine, lo Statuto è stato concesso dal monarca, «i plebisciti relativi alle diverse annessioni intendono costituire la monarchia sulla base del voto popolare». A tal proposito, la legge 17 marzo 1861 sancisce la forma di governo risultante dalla tradizione monarchica e dalla volontà della Nazione⁸⁸.

Come lo studioso avrebbe anche sostenuto nella prolusione al corso napoletano di diritto costituzionale del 1878, «il problema della libertà non è altro che il problema della sovranità». E il sovrano «è implicitamente libero». Eppure, il diritto si conforma all'idea della morale e si sostitui-

sce all'idea di forza nella misura in cui rende possibili i rapporti di libertà attraverso reciproche limitazioni. In che relazione sono, dunque, libertà e limitazioni? Lo stabilisce la «scienza politica», che, a parere di Paternostro, «ricerca la ragione ultima di ogni costituzione politica nelle sue origini e nelle sue necessità e determina i fini che deve proporsi ogni sano reggimento politico». La garanzia della libertà è riposta nei suoi stessi limiti, ossia nelle «leggi costituzionali» per cui «l'uomo civile [...] regola sempre meglio la sua attività con una norma che rende possibile l'attività degli altri». L'organizzazione è un elemento inevitabile del consorzio umano, al punto che «non si ritrovi popolo senza una costituzione politica, per quanto imperfetta, come prima esso abbia una qualunque manifestazione storica»⁸⁹. In tale ottica, il diritto è «livellatore» in quanto assicura a tutti i suoi destinatari uniforme tutela delle loro posizioni giuridiche soggettive. Detto altrimenti, è garantendo la libertà attraverso la uguaglianza che il diritto si fa sociale.

Specularmente ai diritti individuali, anche la democrazia, prima ancora che una dottrina politica, è un prodotto della «coscienza». A questo punto bisogna intendersi sul significato del termine secondo Paternostro: «i principii della democrazia non sono altri che i principii della grande scuola liberale di tutt'i paesi, logicamente svolti»⁹⁰; al contrario del dispotismo della maggioranza, essa «non conosce forme sacre [...]»; al domma oppone la discussione, il libero esame senza confini di sorta [...]; a tutti i sofismi accettati, siano politici, religiosi od economici, la ragione». È lo stadio più progredito della libertà, tanto più dopo che la Dichiarazione dei diritti del 1789 ne ha iscritto il concetto «nella coscienza dei

popoli civili sotto il duplice aspetto di garanzia dei diritti della personalità umana, e di partecipazione al governo della cosa pubblica». Ma garanzia e partecipazione implicano il concetto di limitazione: la libertà non è mero arbitrio. E se la democrazia, come pare, è il carattere del momento storico attuale, la Rivoluzione francese non è ancora compiuta: «nella questione sociale la democrazia moderna, prodotto della evoluzione storica, vuole un popolo e non classi, individui liberi e non meccanismi legali»⁹¹. Al riparo, dunque, dalla strumentalizzazione del concetto in chiave destabilizzante del costituzionalismo liberale.

Contro i giacobinismi e, di conseguenza, gli estremismi socialisti e individualisti – due facce della stessa medaglia –, l'individuo è libero solo all'interno della società ordinata nei suoi gangli "vitali": «la democrazia difende la famiglia, scuola di morale; difende in massima, salve speciali applicazioni, la proprietà come elemento di ricchezza nella nazione e garanzia di libertà nei cittadini; difende il principio di nazionalità, come applicazione del principio di eguaglianza nelle relazioni fra popolo e popolo»⁹².

In considerazione di questo "baluardo", il progresso, si è già detto, è un elemento razionale, cioè un atto di volontà. E, come tale, è il procedimento per cui gli individui raggiungono la consapevolezza dei propri limiti in funzione di una ordinata convivenza: «gli Stati, come persone giuridiche, sono sorti per volontà cosciente della nazione [...]; conseguenza della natura socievole dell'uomo». In questa luce, i diritti della persona sono alla base del principio di nazionalità, da cui, a sua volta, origina lo Stato quale «manifestazione dell'umanità sotto forma di un aggregato indipendente»⁹³.

4. *Potere sovrano*

La sovranità non può concepirsi a sé stante: «è nello Stato» come «potere sociale in atto» su cui non si ha altro potere e la sua legittimità è riposta «nella necessità di coesione delle società civili». Secondo una definizione del giurista, la «sociabilità umana» è il presupposto essenziale di ogni ordinamento giuridico "formato" a Stato, il cui fine è conseguire i risultati migliori a quella rispondenti. Ne consegue che sono violente e innaturali quelle forme di società che contrastino col fine suddetto.

Quanto al suo carattere, la sovranità non può né essere *suprema potestas*, su base dogmatica, né *suprema voluntas*, su base contrattuale⁹⁴. Paternostro parte dal confutare la dottrina della "patriarchia", ovvero l'analogia del potere monarchico col potere paterno, secondo la quale alle origini della sovranità può intravedersi solo la conquista. Pur assoggettati con la forza, i sudditi devono obbedienza a coloro che li ha sottomessi perché egli assicura loro protezione, attraverso il mantenimento della legge e dell'ordine. Il che, peraltro, riconduce a una sacralizzazione del conquistatore, tale per legittimazione divina – poiché solo Dio decide della sorte di vincitori e vinti⁹⁵ – e, pertanto, *legibus solutus*. Si tratta di una delle due facce della stessa medaglia: l'altra è quella utilitaristica – a dire di Paternostro – di Hobbes, che, pur partendo da una giustificazione mondana del potere, afferma allo stesso modo la sua illimitatezza: «la forza unico generatore, unico vincolo delle società civili, che dà all'uomo come naturale lo stato di guerra, che vuole obbedienza cieca dal suddito alla volontà del principe»⁹⁶.

Non di meno è fallace la teoria di Rousseau, «il gran romanziere del contrat-

to sociale»⁹⁷, nella misura in cui la sovranità popolare che ne risulta avrebbe la base «autoritaria d'un popolo, emanata dal contratto di assentimento alla associazione». Invece, a parere di Paternostro, la sovranità è «manifestazione della volontà generale come espressione collettiva del diritto inviolabile delle singole persone umane». In altre parole, essa è la rappresentazione del *diritto sociale*, ossia il complesso del diritto di tutti i consociati considerati singolarmente⁹⁸. Il dato di fatto è l'esistenza delle società politiche composte da individui, ciascuno dei quali ha la sua personalità; e «nella unione non si trova ragione sufficiente per stabilire la superiorità assoluta d'un uomo sopra un altro». Tutt'altro che in ragione di un egualitarismo artificiale, perché le disuguaglianze naturali sono innegabili, dunque è impossibile valutare le proporzioni di ciascuna disuguaglianza, o meglio «stabilire il valore sociale d'ogni singolo per trarne la somma dei suoi diritti politici». Rimane dunque un solo criterio: «riconoscere la personalità umana, ed oltre il diritto individuale, che le è proprio, riconoscerle il diritto politico»⁹⁹. Altra cosa è stabilire la *capacità* di esercizio di tale diritto politico; tema sul quale Paternostro concorda con Carutti: «la sovranità popolare significa la signoria della pubblica opinione operante per mezzo degli uomini più capaci»¹⁰⁰. Una posizione – che, in ultima analisi, sconfessa ogni fiducia nella massa – peraltro diffusamente condivisa da tutti coloro i quali considerano la sovranità popolare o nazionale non «il dispotismo della maggioranza ma la inviolabilità dei diritti di tutti di forma che il reggimento rappresentativo non altra Sovranità nazionale riconosce che quella dei diritti della Nazione»¹⁰¹. In questo senso, la sovranità popolare non

può altro che esprimersi come rappresentativa. Se ne dirà in seguito, affrontando il tema del suffragio.

In quanto «principio vitale motore del potere sociale», la sovranità ha carattere di unicità, ma «si manifesta» in tre momenti diversi: «quando fa la legge, quando la fa eseguire, quando giudica»¹⁰². Tali tre «funzioni» si dividono all'interno delle costituzioni contro il pericolo del suo eccesso. Ancora, essa è inalienabile, perché fondata sul diritto «costante, norma alle società civili, assolutamente opposto al principio della forza». Se la sovranità è manifestazione collettiva di ciascun diritto individuale dei consociati, è chiaro che non possa essere ceduta, ma, a scanso di fraintendimenti "rousseauviani", può essere rappresentata, perché titolarità di un diritto e suo esercizio sono cose distinte, come si vedrà a suo luogo. Oltremodo, essa non è divisibile; tuttavia, la indivisibilità non esclude la varietà delle sue forme. Ciò rileva in merito all'assetto degli Stati, che non sempre si compongono di parti omogenee, come vale per le confederazioni o le federazioni¹⁰³. Paternostro riafferma il paragone tra lo Stato-nazione e l'individuo come parte del complesso sociale. Nella misura in cui un individuo è legato alla società «per le necessità stesse della natura sua propria», allo stesso modo ogni parte della nazione è legata al tutto; ma, come ogni membro della società mantiene la sua individualità all'interno di essa, così «ciascuna parte della nazione ha diritto che il tutto sia ordinato nei modi più convenienti allo universale». Ad ogni buon conto, va riaffermato che la sovranità «non è mera astrazione», rilevando esclusivamente la sua espressione concreta¹⁰⁴.

5. *Potere costituente*

Tale è – per definizione del giuspubblicista – «quello che determina la costituzione di uno Stato», che si verifica ogni volta che un popolo va incontro a un rivolgimento politico, in conseguenza del quale muta la propria forma di governo: «è il più grande atto di sovranità», dunque lo può esercitare «solo la nazione»¹⁰⁵.

Sul tema, le posizioni dottrinali divergono. A confutarlo decisamente è Palma, convinto assertore della costituzione come processo storico e più ampiamente culturale; per questo giurista, il potere costituente consiste in una distruttiva applicazione del razionalismo antistorico, strumento di cesura piuttosto che di composizione. La costituzione non è un meccanismo, bensì un organismo «vivente, che è perciò suscettibile di accrescimento, di sviluppo, di modificazioni»¹⁰⁶. Carnazza è nettamente a favore¹⁰⁷; e anche Prestandrea, non dissimilmente da Paternostro, riconosce il potere costituente «come la stessa Nazione nel momento in cui si afferma la sua personalità politica colla costituzione dell'ordinamento del suo governo»¹⁰⁸. Tuttavia, al momento di ravvisarne l'«entità», Prestandrea lo considera separatamente dalla società: «il potere costituente deve per regola essere riconosciuto esistente potenzialmente come entità propria; giacché, diversamente, le società si fossilizzerebbero»¹⁰⁹. Così come Pierantoni, che, per qualificare i poteri «costituiti», non può fare a meno di considerarne uno ad essi superiore, quindi autonomo¹¹⁰. Non che Paternostro disconosca il dato storicistico, per ridurre tutto in termini volontaristici. Secondo lui, la ragione è elemento coesenziale allo sviluppo della storia, che,

pertanto, non si svolge fatalisticamente; *ragione e tempo* sono i due elementi definitivi del processo di civilizzazione, o, secondo la formulazione che ne dà il giurista, «la dottrina della perfettibilità applicata non più all'uomo singolo, ma all'umanità»¹¹¹. In ogni caso, il potere costituente, come quello sovrano, si manifesta solamente al momento della sua messa in pratica da parte di un soggetto agente, sicché ragionarvi per astrazioni teoriche risulta artificioso.

Senza soffermarsi sulle vicende che hanno interessato i vari Paesi d'Europa, primi tra tutti Inghilterra e Francia¹¹², culle dei costituzionalismi antichi e moderni, Paternostro si occupa della Costituzione del Regno d'Italia¹¹³. E si interroga sulla sua legittimazione. Lo Statuto è stato promulgato da Carlo Alberto; ma, come si è accennato, la nazione lo ha accettato nei suoi plebisciti. La Carta, dunque, è valida per volontà popolare; quella stessa per cui i deputati sono i rappresentanti del popolo. Può una legislatura abrogarla? Se gli elettori dessero mandato ai propri rappresentanti di «procedere a un nuovo patto costituzionale», sì: «la sovranità nazionale avrebbe dichiarato la sua volontà, quella legislatura avrebbe il potere costituente». Fuori di questo caso, «il Parlamento deve stare nella Costituzione accettata solennemente dal Paese; agire altrimenti sarebbe sorprenderlo»¹¹⁴.

Il nodo da sciogliere è il seguente: o gli eletti, in forza del mandato, possono cambiare la Costituzione, in ragione del suo impianto flessibile; oppure devono muoversi soltanto all'interno delle sue regole. Peraltro, in assenza di mandato imperativo – *ex art. 41 dello Statuto* –, i deputati possono decidere “in vece” degli elettori; il che li renderebbe liberi di modificare la Costituzione anche al di là del volere della Nazione.

Ci si troverebbe esposti ad una confusione dei poteri legislativo e costituente, malgrado chi sostiene l'inviolabilità della Costituzione da parte del legislativo per la ragione che quest'ultimo non può alterare le facoltà che la prima gli ha attribuito¹¹⁵. Per Patermostro, «sarebbe meglio» che gli articoli dello Statuto fossero inviolabili, in accordo con Mamiani che, negli stessi anni, loda la «legge fondamentale» come faro di moralità ed indirizzo politico¹¹⁶. Dato però che la costituzione è flessibile, è comunque da evitare che la si modifichi per consultazione diretta del popolo; il referendum è stato necessario al momento di accettare una costituzione già esistente per il fine di consolidare l'unità nazionale, ma, con ogni evidenza, «la votazione diretta sopra un semplice sì od un semplice no a cui si chiami il popolo, [sembra] tale da non garantire né una completa e sincera manifestazione della volontà nazionale, né la tutela dei legittimi interessi politici ed amministrativi del Paese»¹¹⁷. Ottimo esempio di sistema costituzionale "delle regole" pare, a Patermostro, la Costituzione federale degli Stati Uniti, rigida, per le cui modifiche è richiesta una procedura speciale: «il Congresso, sulla domanda dei due terzi delle Legislature dei diversi Stati, convocherà una Convenzione». Quindi, scartata l'alternativa referendaria; e malvisto il sistema di revisione costituzionale secondo una procedura semplice, che attribuirebbe un potere esuberante al Parlamento¹¹⁸, la soluzione ideale del giuspubblicista media tra le due opzioni suesposte: una assemblea speciale legittimata dal suffragio universale.

Tuttavia, *rebus sic stantibus*, bisogna quanto meno tenere presente la natura dello Statuto, di «guarentigia scritta». Volendo dunque stabilire un principio di le-

gittimità dell'azione del Parlamento, esso «può svolgere, per non dire modificare, lo Statuto, ma quando dimentica che le costituzioni siano precipuamente a guarentigia dei diritti individuali, abusa del suo potere»¹¹⁹. Quali, infatti, i caratteri di una buona costituzione? Innanzitutto, che garantisca i diritti fondamentali; l'organizzazione dei poteri pubblici e il relativo loro esercizio, come l'indirizzo dei mezzi del governo, sono funzionali allo scopo essenziale. Ma la costituzione – aggiunge Paternostro – deve essere anche «progressiva», per adattarsi convenientemente ai cambiamenti in seno alla società. Insomma, rigida o flessibile? È un problema da valutare caso per caso, fermo il principio garantista che informa la natura stessa del diritto pubblico: «dove la costituzione è opera della nazione, dove tutte le leggi costitutive vi trovano luogo, il Parlamento non può, non deve uscire dai confini della costituzione; dove invece per necessità è forza al Parlamento dettare delle leggi costitutive, non deve mai perdere di veduta i principi della sovranità popolare e la guarentigia dei diritti individuali»¹²⁰.

Nella indeterminatezza di tale criterio, sembra però che resti irrisolto il problema di fondo: *quis custodiet custodes?* Se il Parlamento si fa tiranno, cioè agisce contro il volere del popolo, può questo decidere di delegittimarlo oltre le forme consentite dal cambio della legislatura? Riemerge il motivo della *resistenza*, vale a dire della rivoluzione, *ultima ratio* scongiurabile, ma pur sempre riconosciuta alla base dei grandi mutamenti politici e, conseguentemente, costituzionali. In questo senso, il nostro giurista non si allontana da posizioni come quella secondo cui «l'opinione pubblica è un organo del governo costituzionale», formando un concetto «che ha un

vero carattere giuridico»¹²¹. D'altra parte, per un'osservazione storica, le costituzioni idealmente perfette sono «pura metafisica», dipendendo esse dal carattere di un popolo e dal suo stadio di evoluzione civile. Non rimane che appellarsi al «principio razionale», evitando di credere che esistano forme ideali di governo applicabili indistintamente a tutti i consorzi umani; e, all'opposto, vedere solo «singoli fatti sociali», trascurando lo «studio fisiologico dell'uomo», valutando evoluzioni non più che parziali. Se «la soggezione crea ribelli», l'unica soluzione possibile è il diritto politico, «strumento di educazione» esteso universalmente. Il popolo deve acquisire gli strumenti culturali perché «tutti partecipino in un modo o nell'altro alla cosa pubblica», onde divenire «il custode naturale» dell'ordine e della stabilità delle istituzioni¹²².

6. *Potere delegato*

Per le ragioni suesposte – ossia che «nell'unione [sociale] non si trova ragione sufficiente a stabilire la superiorità assoluta di un uomo su un altro»¹²³, una volta esclusa la legittimazione della forza –, è stata definita la necessità dell'affermazione dei diritti in capo a tutti i consociati, al fine di non esporre la società al pericolo dell'instabilità¹²⁴. Dunque, posto che «la sovranità risiede nella Nazione [e che] ogni cittadino deve godere dei diritti politici»¹²⁵, ne deriva la necessità del suffragio universale come base del sistema rappresentativo, stabilito «il governo autonomo della Nazione per mezzo dei suoi rappresentanti ad evitare le difficoltà insuperabili in un

grande Stato, i pericoli, gli ostacoli d'ordine specialmente economico, dello esercizio diretto della Sovranità dei cittadini»¹²⁶.

Sappiamo che la sovranità agisce attraverso le sue funzioni, ma non vi coincide: ne è il presupposto; per lo stesso principio, è erroneo parlare di «potere elettorale». La «azione» elettorale «delega i poteri ma non è potere essa medesima»¹²⁷. Il suffragio è un *diritto* attraverso cui il *potere* – di legiferare – viene conferito ai rappresentanti. Si può dunque ritenere che la sovranità popolare sia un potere *in fieri*, che trova perfezionamento solo dopo la scelta elettorale, nell'Assemblea parlamentare. Ecco cosa intende Paternostro quando sostiene che la sovranità popolare non può concretamente esistere che «in atto», per il tramite della rappresentanza¹²⁸.

Seguendo tale percorso, dopo aver avallato l'universalità del suffragio, il giurista si trova di fronte al problema del riconoscimento della «capacità» elettorale. Una contraddizione solo apparente, se, presupposta l'uguaglianza giuridica, esiste il limite della «coscienza» dell'atto politico, a scongiurare i pericoli della mediocrità del corpo elettorale e, per conseguenza, della dittatura come rischio dell'acclamazione da parte di una massa inconsapevole¹²⁹. Tracciando una distinzione tra il *diritto* ed il suo *esercizio*, Paternostro riconosce che la capacità non è, con le parole di Brusa, un «diritto aristocratico»¹³⁰ e, perciò, è potenzialmente alla portata di tutti. Nell'interesse generale, «i singoli dimostrino per esercitare diritti politici la piena coscienza di questo atto»¹³¹.

Che sia il censo a determinare le categorie dell'elettorato attivo e passivo è immorale¹³², dato che ciascuno – attraverso la tassazione o con il proprio pegno personale

nel servizio di leva – offre il suo contributo allo Stato e ne ricava il diritto di decisione politica. L'unico criterio discriminante è quello culturale: occorrerebbe almeno l'istruzione elementare obbligatoria per tutti i cittadini¹³³. D'altronde, sappiamo che l'esercizio del diritto politico è esso stesso strumento di educazione civica, dal momento che un popolo che decide consapevolmente del suo governo «è il custode naturale dell'ordine e della stabilità delle istituzioni»¹³⁴.

Riguardo alla natura del mandato: partendo dal concetto di sovranità nazionale, esso non può che essere una delegazione; ma, secondo il sistema rappresentativo, si esclude che sia imperativo¹³⁵. Paternostro cerca di conciliare i due principi: le Assemblee ricevono il loro potere dalla «sovranità sociale», ma questo potere non è illimitato e deve esercitarsi nei «confini» stabiliti dalla costituzione. Il che apre una «questione morale» in ordine alla «efficacia» del vincolo politico: «il rappresentante sia nelle questioni fondamentali tenuto ad agire nel senso delle opinioni prevalenti nel collegio che lo ha eletto». Egli può agire con assoluta libertà «nelle questioni amministrative, di legislazione che non violino i principii che rappresenta»; ma il voto degli elettori al rappresentante è dato in previsione della osservanza, da parte di questo, del programma della sua coalizione politica. L'eletto che non si muovesse, libero sì, ma tra i «confini» delle sue promesse politiche, tradirebbe i suoi principi fondamentali e la fiducia degli elettori. In tale ottica, si dovrebbe configurare una sorta di rapporto di sorveglianza continua tra delegante e delegato, che, se non tira nuovamente in ballo il controllo dei funzionari à la Rousseau, pure ammette come «i rapporti fra eletto ed

elettori è utile che siano continui per mezzo delle visite al collegio e del rendiconto che dopo ogni sessione i rappresentanti dovrebbero fare del loro operato agli elettori». In mancanza di tali rapporti reciproci, che – a dire di Paternostro – forniscono al mandatario responsabilità e ai mandanti coscienza pubblica, «il primo perde il sano criterio dei limiti e dei fini della sua autorità; i secondi cadono nell'indifferentismo politico» che produce corruzione¹³⁶.

Poste le premesse teoriche, il giuspubblicista perviene al problema sostanziale: ravvisare il sistema più efficace per la rappresentanza dell'intero corpo elettorale. Com'è noto, l'allargamento del suffragio è stato il primo vessillo della Sinistra sin dagli anni Sessanta, dapprima con i progetti Crispi e Petruccelli, poi con quello Cairoli, tutti incompiuti. Occorre attendere il "sorpasso" del 18 marzo 1876 perché Nicotera presenti la necessità di intervenire sulla legge elettorale col «ridisegnare i canali d'accesso alla partecipazione politica»¹³⁷. Dieci anni dopo, Paternostro è coinvolto in pieno nel dibattito politico nella duplice veste di parlamentare e giurista¹³⁸. Sono i giorni della discussione intorno all'estensione – secondo una prospettiva di suffragio universale «potenziale», di graduale integrazione delle masse nello Stato attraverso il programma di istruzione previsto con la l. Coppino del '77 –, ed allo scrutinio di lista su collegi plurinominali creati *ad hoc*¹³⁹.

«Col sistema del suffragio universale, qual è organizzato oggi, si viene al governo di tutto il popolo per una semplice maggioranza»¹⁴⁰. Paternostro pone subito in luce le obiezioni che vengono mosse al sistema maggioritario da parte dei sostenitori del plurinominal, tutte orientate attorno

al perno della tutela delle minoranze, che abbiano «parità di mezzi a fare riconoscere le proprie ragioni e i propri intendimenti»¹⁴¹. Sul punto, il confronto obbligatorio è con Stuart Mill. Posto che «un uomo è degradato ogni qualvolta altri impadroniscasi di un potere illimitato sul destino di lui»; e che, di conseguenza, «niun ordinamento di suffragio può durevolmente soddisfare, qualora per la sua organizzazione una classe o una persona trovisi assolutamente esclusa, o il privilegio elettorale non sia accessibile a tutti gli adulti che desiderano ottenerlo»¹⁴², Mill considera scongiurabile la prevaricazione del maggior numero sulla minoranza e sui suoi rappresentanti¹⁴³. Ma, per Paternostro, «non devesi confondere il diritto di discussione che appartiene al maggior numero, col diritto di rappresentanza»¹⁴⁴. In controtendenza rispetto alla dottrina prevalente¹⁴⁵, il Nostro si schiera contro il sistema proporzionale e lo scrutinio di lista per quanto già si è detto, ovvero che gli eletti rappresentano la nazione, non i singoli cittadini¹⁴⁶; per cui il suffragio universale assicura il diritto al voto, non la vittoria elettorale. Quest'ultima è data dal progresso nella opinione dell'elettorato, per la validità delle proposte dei candidati. In un sistema bipolare, l'alternativa tra maggioranze e minoranze si misura sul consenso elettorale, che restituisce vincitori e vinti, in un processo di alternanza dinamico e non per «artificioso meccanismo di una forma convenzionale»¹⁴⁷. Così, «il creare per forza di legge una rappresentanza delle minoranze nelle assemblee decidenti è [...] il riconoscere implicitamente nelle minoranze non il solo diritto ad essere rappresentate, ma il diritto a governare nella cosa pubblica, il che non può ammettersi, se non quando siano divenute

maggioranze»¹⁴⁸. Paternostro si riferisce alle maggioranze *reali*, espressione delle idee e dei bisogni «prevalenti» nel Paese. Quest'ultimo ha bisogno di una efficace "opposizione", corrispettivo istituzionale del sunnominato diritto di resistenza, il quale deve tradursi nella dialettica politica, necessaria e viepiù costruttiva, purché si risolva all'interno del sistema costituzionale. Quanto allo scrutinio di lista, esso sarebbe il nemico peggiore della trasparenza politica, stringendo – tramite il sistema del quoziente – «fra loro i gruppi con nodi più stretti dei partiti» raccolti per fini estranei alla competizione politica nell'interesse della cosa pubblica¹⁴⁹; è di tali «Stati dentro lo Stato»¹⁵⁰ che il Paese non ha affatto bisogno, dato che essi produrrebbero un governo «fiacco, vacillante, illogico»¹⁵¹. La dottrina proporzionalista – è opinione del giurista – «sconosce il carattere deliberativo del voto» ed esclude ogni rappresentanza che «al carattere personale congiunga la sincera manifestazione dell'elemento dominante e dei dati tutti della vita pubblica nei singoli punti del suo territorio». Invece, il sistema uninominale, presupposto un allargamento del collegio, rimarrebbe l'unico a scongiurare la composizione dell'Assemblea per consorterie: «la rappresentanza deve perdere ogni carattere di territorialità ed essere personale, ma in ordine al diritto degli individui, ad affermare sempre più il carattere giuridico del voto come diritto personale»¹⁵².

Il reale pericolo è che le minoranze coalizzate rendano disarmonico il potere legislativo ed esuberante il governativo, tagliando il necessario cordone che deve unirle, onde garantirne efficacemente l'«azione»¹⁵³.

7. *Potere «in azione»*

L'espressione è dell'A. e dà il titolo, come detto, all'ultima parte del suo volume di *Diritto costituzionale*¹⁵⁴. A tal proposito, quando si è stabilito che la sovranità si esercita attraverso le funzioni di governo, va inteso che di vera «manifestazione attiva» deve parlarsi soltanto in riferimento al potere legislativo, secondo due requisiti fondamentali che la legge deve possedere: la certezza – «che ne assicura l'imperio»; e l'obbligatorietà per chiunque di uniformarsi; persino per il Capo dello Stato, che difatti non può sospendere l'osservanza o dispensare da essa. Una preminenza assoluta, al punto che «le leggi possono modificare i limiti di competenza dell'esecutivo e del giudiziario», semplici «funzioni del potere sociale». Dunque la Camera elettiva è «la prima ruota della macchina». Nei governi rappresentativi moderni, il Senato si limita a partecipare all'esercizio del potere legislativo, al pari del Re, a cui spetta un ruolo di moderatore che, in altri Stati, è esercitato da un Presidente¹⁵⁵. Per cui non c'è sostanziale differenza tra repubbliche e monarchie rappresentative quanto al principio della sovranità nazionale. Contrariamente a coloro che affermano l'esistenza di un effettivo potere in capo al Sovrano in base alla prerogativa regia¹⁵⁶, Paternostro nega decisamente che si possa parlar d'altro che di «funzione moderatrice», non oltre «i confini nei quali lo pone la costituzione»; se la carta va interpretata in senso progressivo, l'esigenza dei tempi correnti mette al primo posto la decisione del «parlamento revisivo», come già si è detto. Con ciò, non s'intende affatto disconoscere che «le costituzioni danno allo Stato un Capo perché le diverse funzioni del potere socia-

le abbiano unità, perché non restino isolate, perché lo Stato abbia un centro d'azione, perché infine possa essere rappresentato tanto nei rapporti interni che negli internazionali da un'istituzione costante, visibile, attiva, completa»¹⁵⁷. Ma si tratta di una figura "rappresentativa", non "rappresentante", perché non elettiva. L'unica vera rappresentanza è nella Camera che esercita il "solo" potere, quello legislativo¹⁵⁸.

Ha esso dei confini? È la costituzione a determinare la sfera di azione delle funzioni pubbliche e a creare tra loro contrappesi che garantiscano contro i possibili abusi di ciascuna; però, aggiunge Paternostro, «se è possibile l'equilibrio, non è tale che la prevalenza non sia da qualche parte». Delle due l'una: o il *potere sociale* è limitato dallo Statuto, che, dunque, lo regola; oppure è supremo, «complemento dell'intero sistema di governo», al di sopra persino delle costituzioni. Se, come riconosciuto, la sua autorità non può che risiedere nelle camere elettive, esse «non debbono» rompere gli equilibri costituzionali, pur tuttavia «li piegano alla necessità del tempo interpretandone lo spirito». D'altronde, «la costituzione deve rispondere alla forma affermata dalla coscienza nazionale», eccedendo le formule scritte: «dai reggimenti più antichi fino ai moderni si vede il potere sociale presentarsi sotto una triplice forma – il comando della legge – la legge posta in atto – i giudizi dei fatti secondo le leggi». La legge è una, perché una è la sovranità della nazione; sono le funzioni ad essere divise «per rispondere al modo naturale, col quale funziona in tre momenti diversi il potere sociale»¹⁵⁹. Pertanto, è in base all'elemento razionale corrispondente al principio del progresso che il potere legislativo si auto-limita.

In ultima analisi, Paternostro non sembra tener distinti potere costituente e potere legislativo, riconoscendo piuttosto due diversi momenti del secondo. Rielaborando la teoria di Ahrens¹⁶⁰, il nostro giurista sostiene che il legislativo si può manifestare in due forme: per l'appunto, «come potere costituente quanto alle leggi ed alle istituzioni fondamentali e come potere legislativo che formula i principi generali destinati a regolare tutti i rapporti» tra i cittadini e tra la società e le istituzioni¹⁶¹. In entrambi i casi – atto costituente e atto legislativo – si intende il potere unico della nazione. Per tali ragioni, il costituente deve contenersi alla funzione – essenziale – di limite e garanzia senza alcuna «demarcazione geometrica». Dunque, la costituzione si pone non tanto al di sopra, quanto “al di fuori” della sovranità, con il compito di orientare l'esercizio delle funzioni «al fine che [il potere sociale] si propone»¹⁶².

La Camera pone in atto il suo “potere”, oltre che «col fare le leggi» anche «col curarne l'imperio», cioè mediante il potere di sindacato, di cui la costituzione scritta non esaurisce l'ampiezza della portata. A parere di Paternostro, «è questo supremo potere di azione su tutta la cosa pubblica [...], riposto nella facoltà di tutto sindacare, di controllare tutti gli atti del governo, questo potere si vede nell'azione [...] ma non se ne determinano tutte le attribuzioni, che l'emanazione circostanziata è impossibile». Di certo riguarda l'approvazione del bilancio, «perché senza di ciò il sistema rappresentativo non avrebbe significato»¹⁶³. Proprio in ossequio al principio del suffragio popolare¹⁶⁴, si tratta di compiti che la Camera deve adempiere unita. Paternostro non condivide le posizioni di chi, come Stuart Mill, riguarda l'utilità delle

commissioni esecutive all'interno del Parlamento, per il motivo che «un'assemblea numerosa è altrettanto impari alle materie speciali di legislazione, quanto lo è a quelle di amministrazione». La remora dell'Inglese riguarda pure l'esattezza nella compilazione della legge, per cui sarebbe d'uopo che i provvedimenti non venissero «votati clausola per clausola in un'assemblea composta di elementi diversi»¹⁶⁵. Paternostro sindaca ogni punto, per lo stesso principio, suesposto, per cui la rappresentanza non dev'essere parcellizzata. Il pericolo evidenziato è che anche le suddette commissioni possano diventare potentati mediatori di interessi relativi, contro quello generale della Nazione.

Per tali motivi, oltre a legiferare unita, la Camera deve farlo da sola. In una costituzione al passo coi tempi, il potere di iniziativa¹⁶⁶ da parte del Re dovrebbe essere soltanto nominale, dacché esercitato per mezzo dei Ministri responsabili che, seppure preposti dal sovrano, escono «dal seno della maggioranza» e, dunque, «svolgono nelle loro proposte di legge il programma di questa maggioranza medesima»¹⁶⁷. Conseguenziale al diritto di iniziativa è quello di emendamento, di cui alcuni arrivano a negare l'utilità. Il “bersaglio” è ancora Mill, secondo cui il diritto di emendamento, rallentando i lavori del legislatore, sarebbe più di suo danno che di correttivo. Diversamente, per Paternostro, che le Camere si limitino ad approvare o meno le leggi, lasciandone la formazione, come detto, a corpi speciali altamente competenti¹⁶⁸, è «un controsenso a tutto il sistema parlamentare». È certamente utile demandare all'Esecutivo la funzione di redigere regolamenti¹⁶⁹, lasciandogli anche, con l'iniziativa delle leggi, campo aperto a quelle

proposte riconosciute necessarie in materia amministrativa¹⁷⁰; ciò detto, al contrario di quanto sostenuto da Mill, «un'Assemblea legislativa è sempre, qualunque sia il suo livello, al di sopra di un qualunque consesso ristretto»¹⁷¹, sia per competenze – dato che non si vede perché coloro che sono ritenuti capaci non debbano essere già presenti nella Camera –, sia per rispetto alla Nazione, che «manda a rappresentarla quelli che reputa più atti all'ufficio di legislatori», contro ogni concetto di «gruppo speciale»¹⁷². Se la libertà dei cittadini non può che garantirsi attraverso la mediazione parlamentare, Paternostro subisce come un *vulnus* al sistema rappresentativo l'autoritarismo governativo e rimarca i pericoli della sua invadenza¹⁷³. Basti soltanto pensare all'ingerenza nel giudiziario, contro ogni garanzia della sua indipendenza¹⁷⁴.

Sono posizioni che, talvolta, possono apparire di retroguardia, a sostegno di un ideale repubblicano, negli stessi anni, già

oggetto di discussione; con buona pace del potere sociale e del suffragio universale¹⁷⁵. Di lì a poco, l'indirizzo giusformalistico avrebbe fatto della rappresentanza parlamentare un'espressione della "personalità giuridica" dello Stato, titolare ultimo della sovranità scevra dalle sue connotazioni politiche¹⁷⁶, a tutela della conservazione borghese¹⁷⁷. Ciò non di meno, alcune sue aspirazioni – sebbene inevitabilmente incerte – ad un sistema di *welfare* proto-“liberal-democratico”, garantito da un organo giudiziario preposto alla vigilanza delle leggi costituzionali, pongono il giurista oltre certi schematismi del suo tempo. E, in ogni caso, non si può evitare di riconoscergli una costante coerenza tra impegno personale e «principii, pur assoluti, con l'ardore appassionato della parola»¹⁷⁸.

¹ Cfr. D. Galliani, voce *A. Paternostro*, in *Dizionario dei giuristi italiani*, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. II, pp. 1521-1522.

² A. Paternostro, *Sulla dottrina della rappresentanza proporzionale delle minoranze. Considerazioni*, Roma, Tipografia del Senato, 1878, p. 122.

³ Eccezion fatta per L. Borsi, che dedica al giurista dense pagine nel corso di una più ampia trattazione (cfr. *Storia Nazione Costituzione. Palma e i 'preorlandiani'*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 375-391).

⁴ A. Paternostro, *Dello svolgimento del problema politico*, Napoli, Stab. Tip. Partenopeo, 1878, p. 10.

⁵ Ivi, p. 20.

⁶ Cfr. anche M. Galizia, *Diritto co-*

stituzionale (profili storici), in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. XII, pp. 962 ss.

⁷ Borsi, *Storia* cit., p. 2.

⁸ Come noto, le prime cattedre di Diritto costituzionale risalgono al periodo giacobino, a partire da quella di Ferrara, istituita con D. 31 marzo 1797 e affidata al Compagnoni; e, poco dopo, Pavia con Alpruni e Bologna con Algerati. Nel 1799 (D. 21 gennaio), se ne aggiunge una quarta, a Brera, per il Fusinieri (cfr. Galizia, *Diritto costituzionale* cit., p. 962).

⁹ Per un prospetto storico, P. Alvazzi Del Frate, *Il costituzionalismo moderno. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico*, Torino, Giapichelli, 2007, pp. 59 ss.

¹⁰ G.D. Romagnosi, *Della costituzione di una monarchia nazionale rappresentativa (la scienza delle costituzioni)*, in *Opere scelte*, Roma, a cura della Reale Accademia d'Italia, 1937, vol. II, p. 867. Sull'A., tra tutti, L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1984. Di recente pubblicazione S. Parini Vincenti, *Un 'vecchio' noi ed un 'nuovo' loro. L'introduzione enciclopedica allo studio del diritto di G.D. Romagnosi*, in «Italian Review of Legal History», n. 8, 2015, pp. 1-16.

¹¹ G.D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tessere le istituzioni*, Milano, Stamperia Malatesta, 1814.

¹² Cfr. P. Rossi, *Cours de droit consti-*

- tutionnel, Paris, Guillaumin, 1866.
- ¹³ Sul punto, G.S. Pene Vidari, *La prolusione di P.S. Mancini all'Università di Torino sulla nazionalità (1851)*, in Id. (a cura di), *Verso l'Unità italiana. Contributi storico-giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 21-34.
- ¹⁴ Cfr. Alvazzi Del Frate, *Il costituzionalismo cit.*, pp. 15-20, 55-58.
- ¹⁵ G. Saredo, *Principi di Diritto costituzionale*, Parma, Crazzoli, 1862, vol. I, p. 21.
- ¹⁶ L. Palma, *Corso di Diritto costituzionale (1877)*, Firenze, Pellas, 1883, p. 58.
- ¹⁷ L. Luzzatti, *Del metodo nello studio del diritto costituzionale*, Padova, Sacchetto, 1867, p. 9.
- ¹⁸ E. Pessina, *Manuale del diritto pubblico costituzionale (1849)*, Napoli, St. Poligrafico, 1900, pp. 30 ss. Sul giurista, tra gli altri contributi, cfr. F.P. Casavola, *Ritratti italiani. Individualità e civiltà nazionale tra XVIII e XXI secolo*, Napoli, Guida, 2010, pp. 107 ss.
- ¹⁹ Sul punto, cfr. Galizia, *Diritto costituzionale cit.*, p. 966.
- ²⁰ Sul tema, tra gli altri, M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979; Id., *La Scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001.
- ²¹ A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 9.
- ²² G. Carnazza, *Il diritto costituzionale italiano*, Catania, Giannotta, 1886, p. 10.
- ²³ P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3. *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 211.
- ²⁴ Borsi, *Storia cit.*, p. 8.
- ²⁵ Ho affrontato il problema in G.P. Trifone, *Il diritto al cospetto della politica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. 18-29 e *passim*.
- ²⁶ B. Spaventa, *Principi di etica (1867)*, Napoli, Piero, 1904, p. 139.
- ²⁷ Mi permetto di rinviare, oltre a Trifone, *Il diritto cit.*, a Id., *Rappresentanza armonica e crisi del mandato politico in Vincenzo Miceli*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 16, 2008, pp. 129-153; Id., *Il dovere elettorale in uno scritto di Luigi Rossi*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 17, 2009, pp. 207-218; Id., *La sovranità come "funzione" dello Stato. Una critica di Alfredo Codacci-Pisanelli al dogmatismo volontaristico*, in «Jura gentium», n. 12, 2015, pp. 7-32.
- ²⁸ Invero, è del 1883 l'ultimo tra gli scritti di argomento giuspubblicistico, *L'uomo morale e la vita degli Stati* (Palermo, Tipografia dello Statuto) – se si esclude il manoscritto mai edito delle lezioni di filosofia del diritto tenute a Tokyo nel 1889, su cui M. Losano, *Tokyo 1889: il corso di filosofia del diritto del consigliere giuridico Alessandro Paternostro*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», n. 3, 2006, pp. 355 ss.). Si tratta del discorso inaugurale all'Università di Palermo per la riapertura degli studi dell'Anno accademico 1882-1883. Ma è uno scritto minore, in cui il tema, ormai non più nuovo, del progresso – dell'individuo e dello Stato – è affrontato in chiave sociologica e comparativa delle scienze biologiche. Il popolo non è un'astrazione, ma un organismo i cui elementi sono gli individui singoli. Libertà individuale si coniuga con solidarietà collettiva.
- ²⁹ Che, come noto, va dal 1876 al 1887, con le "pause" dei governi Cairoli, che non segnano una sostanziale discontinuità (cfr. C. Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia (1974)*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 154-195).
- ³⁰ Si ricordino i provvedimenti del 1877: la l. 13 maggio sulle ineleghibilità parlamentari, la l. Copino del 15 luglio sulla pubblica istruzione, la l. 28 febbraio sulla riforma dell'imposta di ricchezza mobile. Tutte partite da progetti di motivo democratico e tradotte in altrettante scelte di iniquità sociale (cfr. *ivi*, pp. 172 ss.).
- ³¹ *Ivi*, pp. 162 ss.
- ³² A. Paternostro, *Studio sulla questione sociale*, Roma, Gilberti, 1875, p. 10.
- ³³ *Ivi*, p. 12.
- ³⁴ *Ivi*, p. 15.
- ³⁵ Cfr. *ivi*, p. 83.
- ³⁶ Cfr. Ghisalberti, *Storia cit.*, pp. 169-172, 181-183.
- ³⁷ Tradottasi nel T.U. 24 settembre 1882. Ampiamente *ultra*, paragrafo 6.
- ³⁸ Paternostro, *Dello svolgimento cit.*, p. 7.
- ³⁹ A Palermo riceve i primi incarichi e viene eletto deputato nel suo collegio il 23 maggio 1886. Nel 1888, parte per il Giappone e *ivi* trascorre quattro anni come consigliere giuridico presso il ministero della Casa Imperiale. Fa ritorno in Italia successivamente al passaggio alla presidenza del Consiglio da Crispi a Giolitti, ed entra a far parte di un ristretto gruppo parlamentare definitosi legalitario. In effetti, la lunga missione giapponese, pur densa di soddisfazioni personali e professionali – il Nostro avrebbe altresì avuto un ruolo in importanti faccende diplomatiche e tenuto corsi di diritto costituzionale e di filosofia del diritto –, è dovuta alle divergenze con Crispi, acuitesi nel 1888, in seguito alle critiche mosse da Paternostro al primo ministro in merito alle modificazioni della legge comunale e provinciale e alla legge di pubblica sicurezza (M. Losano, *La traduzione della costituzione Meiji di Alessandro Paternostro, consigliere giuridico in Giappone dal 1888 al 1892*, <http://www.dircost.unito.it/cs/pdf/18890211_giapponeCostituzione2_ita_nota.pdf>, *passim*, pp. 1 ss.).
- ⁴⁰ R. Dimichino (a cura di), *A. Paternostro, L'ideale e l'interesse. Tre discorsi politici*, Palermo, Sellerio, 1995, p. 14. Nel suo primo discorso politico per la candidatura a parlamentare, Paternostro afferma la natura non rivoluzionaria della "sua" sinistra: «la sinistra dinastica crede alla durata dell'al-

leanza della democrazia con la Monarchia e vi ha fede. La sinistra evolutiva non vi crede e non vi ha fede. Le due sinistre dovranno nella nuova demarcazione dei partiti di necessità unirsi, perché la dinastia vuole con l'altra le riforme, l'evolutiva affida all'evoluzione storica la realizzazione dei suoi ideali ultimi» (A. Paternostro, *Discorso agli elettori del I° Collegio di Palermo nella sera del 30 ottobre 1882*, Palermo, Tip. Del Giornale di Palermo, 1882, pp. 6 ss.). Una posizione affermata anche altrove: «cosa deve intendersi per disciplina di partito? Abdicare forse alla propria logica, rinunciare ai propri convincimenti, sconfessare all'uopo i principi seguiti in tutta la vita? [...] Ad una disciplina di partito simile, [per la quale] colla prepotenza del numero si opprime la ragione, preferisco l'agitarsi di forze individuali sparse e discordi» (Id., *Della Camera elettiva*, Napoli, St. Tip. Partenopeo, 1877, p. 148).

⁴¹ Dimichino, A. *Paternostro* cit., p. 13.

⁴² A. Paternostro, *Diritto costituzionale teorico, patrio e comparato*, Napoli, Stab. Tip. V. Morano, 1879, pp. 496 e *passim*: «i poveri si numerano a masse, e le masse sono forze, brute, cieche, ma forze. [...] Siano illuminate da qualche voce eloquente, e minacciose insorgono» (p. 49).

⁴³ Art. 26. — La libertà individuale è garantita. Niuno può essere arrestato, o tradotto in giudizio, se non nei casi previsti dalla legge, e nelle forme ch'essa prescrive (*Statuto albertino*, Fonti, in Alvazzi del Frate, *Il costituzionalismo* cit., p. 135).

⁴⁴ «La vecchia storia dell'ordine salvato colle leggi di eccezione in momenti di eccezione, o con una legge di pubblica sicurezza che mantenga l'arbitrio delle polizie, è la storia dei colpi di Stato, delle libertà manomesse, degli innocenti confusi coi rei, del terrore esercitato con polizie corrotte,

disoneste, corruttrici» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 78).

⁴⁵ In particolare: gli artt. 194 — 205 c.p., dall'obbedienza gerarchica all'autorità finno alla violazione di domicilio, sono «da un canto troppo miti, tenuto conto della gravità della violazione e degli interessi che possono essere mossi per perpetrarla; sono d'altra parte insufficienti alla guarentigia», soprattutto l'art. 194: «l'obbedienza cieca è propria di schiavi, non di cittadini, e sotto il funzionario, qualunque siano le sue funzioni civili o militari, vi è il cittadino; al di sopra di tutti vi sono le leggi e il diritto». ma la garanzia del cittadino non si ferma ai casi di possibile abuso; essa si estende «ai casi di uso legittimo della potestà sociale per reprimere in ciascun cittadino l'abuso ch'egli facesse della libertà propria a danno del diritto altrui» (ivi, p. 79).

⁴⁶ A fronte del principio della divisione dei poteri, è da stabilire «1 — quale potere debba conoscere delle accuse e delle prove, ed ordinare, occorrendo, la privazione della libertà personale; 2 — quali casi facciano legittimo l'arresto; 3 — quali formalità debbano osservarsi». Nell'applicare il diritto e la procedura penale, il potere giudiziario è tenuto a rispettare il dettato dell'art. 71 dello Statuto, ovvero il diritto del cittadino di non essere distolto dai propri giudici naturali. Pertanto, tribunali e commissioni straordinarie sarebbero inammissibili. Gli artt. 70-76 e l'art. 105 fino al 109 delle leggi di pubblica sicurezza (Modificazioni alla legge di pubblica sicurezza del 20 marzo 1865, n. 2248, allegato B, e 6 luglio 1871, n. 294) pongono nelle mani di un Pretore e della Autorità di pubblica sicurezza la facoltà di comminare pene come ammonizione e domicilio coatto a categorie di sospetti, non di rei, nonché la sorveglianza speciale a chi ha già scontato la pena. «I mandati di

cattura debbono essere eseguiti dagli agenti di polizia giudiziaria esclusivamente, e l'ordine ad essi impartito è illegale se venga da altra autorità che non siano i funzionari dalla legge designati», ex artt. 188 e 182 c.p.p. L'art. 186 sancisce, per il giudice istruttore, il divieto di mandato sulla base di semplici querele e denunce, ma, nella pratica, il principio che richiede indizi sufficienti viene violato di continuo in base a criteri personali del giudice ed altre eccezioni. Eseguito l'arresto, gli articoli 197, modificato ex l. 30 giugno 1876, e 231 c.p.p. non sono sufficientemente garantisti: la Camera di Consiglio comprende il giudice istruttore e relatore; tarda la sua azione di mesi; non garantisce all'imputato un giusto processo. Infine, la legge sulla libertà provvisoria, modificata il 30 giugno 1876, non risponde ai principii liberali. In breve, «molto manca alla legislazione italiana, e con talune leggi espressive di carattere poliziesco e non giuridico troppo è viziata, perché possiamo dire che nel nostro Paese sia tutelata la libertà individuale» (cfr. Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., *passim*, pp. 76-87 e Id., *Note sui giudizi penali*, Napoli, Stab. Tip. Partenopeo, 1876).

⁴⁷ «Il cittadino che si neghi a pagare una tassa non consentita dalle Camere o dichiarata non imponibile dalla Costituzione, esercita il suo diritto di resistenza. Il cittadino che si oppone anche colla forza al proprio arresto arbitrario, fuori dei casi e delle forme previste dalla legge, è nel suo diritto [...]. Non è chi si vede arbitrariamente leso che deve considerarsi in dovere di sottilizzare sulla legalità del titolo esecutivo; è chi procede all'arresto di un cittadino quegli che deve essere in perfetta regola» (ivi, p. 79). Il giurista non è isolato. Tra gli altri sostenitori del diritto di resistenza, Pessina, *Manuale* cit.; D. Carutti, *Dei principi del governo libero*, Torino, Tip. Ferrero e Franco, 1852; L.A. Me-

legari, *Sunti delle lezioni del diritto costituzionale*, Torino, Tip. Laudi, 1859; P. Castiglioni, *Della monarchia parlamentare e dei diritti e doveri del cittadino secondo lo Statuto e le leggi del Piemonte*, Milano, Tip. Guglielmini, 1859; L. Casanova, *Del diritto costituzionale. Lezioni*, Genova, Tip. Lavagnino, 1859-60.

⁴⁸ Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 518.

⁴⁹ La sua intransigenza a tal proposito lo porta a militare in un ristretto gruppo guidato da Felice Cavallotti; pur rimanendo sempre fedele all'idea che la battaglia politica andasse combattuta all'interno delle istituzioni, e non contro di esse: «presi posto in quella sinistra storica che rappresentava le idee avanzate di un partito sempre costituzionale, e stetti al mio posto e combattei il trasformismo e, senza stancarmi di citazioni, gli atti parlamentari fanno fede che io non fui né deputato muto, né deputato ciecamente fedele alla disciplina del mio partito, quando il partito non mi pareva conseguente a quelle idee di libertà che erano state il mandato imperativo degli elettori di Palermo» (A. Paternostro, *Discorso politico agli elettori del IV Collegio di Palermo nel Teatro Bellini il 17 maggio 1896*, Palermo, Tip. F.lli Vena, 1896, p. 5).

⁵⁰ Paternostro si inserisce in un dibattito amplissimo, che vede coinvolti studiosi come R. Bonghi (*I partiti politici nel Parlamento italiano*, in «Nuova Antologia», n. VII, 1868), A. Scialoja (*Della mancanza dei veri partiti politici in Italia e del come potrebbero sorgere*, in «Nuova Antologia», n. XIII, 1870), L. Palma (*I partiti politici in Italia*, in Id., *Questioni costituzionali* cit.). Anche la letteratura sull'argomento è vasta; mi limito a ricordare P. Pombeni, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 1985; Borsi, *Stato* cit.; M. Gregorio, *Le dottrine costituzionali del partito politico*, Firenze, University Press, 2012; D. Palano,

Il potere della moltitudine, Milano, Vita e Pensiero, 2002.

⁵¹ Paternostro, *Discorso* cit., p. 5.

⁵² Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 18.

⁵³ Dopo aver fatto da mediatore tra proprietari terrieri e contadini nei giorni della repressione crispina contro i Fasci siciliani, Paternostro, in un acceso dibattito parlamentare, bolla lo stato d'assedio come atto lesivo della libertà costituzionalmente garantita (*Discorso alla Camera dei Deputati, Legisl. XVIII – Sess. I – Discussioni, tornata del 2 marzo 1894*). Rimostranze ribadite nel 1896, all'atto della denuncia di una politica inquinata dalle clientele personali. La corruzione della politica istituzionale reca in sé il rischio delle derive insurrezionali ed anticostituzionali (cfr. Dimichino, *L'ideale* cit., pp. 18 ss.). Per un punto di vista diverso, secondo cui il socialista, «partito dei poveri e delle plebi affamate» piuttosto che di classe, è stato favorevole alla tenuta della monarchia negli anni successivi ad Adua, in quanto che «funzionava come un'ancora di salvezza, lanciando le masse alle conquiste economiche ed evitando tutte le questioni istituzionali», cfr. M. Missiroli, *La monarchia socialista* (1913), Firenze, Le Lettere, 2015, pp. 74 ss. Su una particolare analisi liberale dell'incombente "pericolo" socialista, mi permetto di richiamare G.P. Trifone, «*Colmare il baratro*». *Il pericolo socialista secondo Emile de Laveleye e Manfredo Siotto Pintor*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 25, 2013, pp. 352-271.

⁵⁴ Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 7.

⁵⁵ Per la sua critica al socialismo "utopistico", rinvio a A. Paternostro, *Della permanenza dei governi popolari*, Roma, Tip. E Lib Tiberina di F. Seth, 1895.

⁵⁶ Paternostro, *Discorso agli elettori del IV Collegio*, cit., in Dimichino, *L'ideale* cit., p. 64.

⁵⁷ «Oggi la proprietà si legittima su

fondamenti diversi: il lavoro, utile sociale; la guarentigia del prodotto del lavoro, attività sociale. [...]» I termini della questione, a dire del giurista, sono i seguenti: «parte che deve toccare al capitale, parte che deve toccare al lavoro nella distribuzione della ricchezza prodotta». Le masse cooperano alla produzione della ricchezza da cui vengono escluse. In sintesi, compiti dello Stato liberale sono: garantire l'istruzione pubblica; tendere ad eliminare le disuguaglianze, rendendo la proprietà raggiungibile per tutti attraverso il lavoro equamente retribuito, quindi evitare l'accentramento della ricchezza; garanzia per il risparmio, la vecchiaia, la malattia; assistenza all'infanzia e alle donne (cfr. Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., *passim*, pp. 49-53). Lo studioso accoglie più favorevolmente il «socialismo possibilista» di Benoit Malon (sul punto, G. Cerrito, *Radicali e socialisti in Sicilia (1860-1882)*, Messina, D'Anna, 1958). Sugli aspetti del socialismo giuridico, tra gli altri, cfr. C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 1985, pp. 149 ss.

⁵⁸ Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 23.

⁵⁹ Borsi, *Stato* cit., p. 379.

⁶⁰ Cfr. Losano, *Tokyo 1889* cit., p. 353.

⁶¹ «A rispondere dunque se la proprietà debba essere individuale o collettiva, sarebbe da porre, secondo a me pare, la possibilità della coesistenza intrecciata dei due sistemi, nonché la distinzione delle diverse forme della proprietà privata. E per vero, se la legittimità della proprietà frutto del proprio lavoro è incontestabile; se l'accumulazione sicura e guarentita dei capitali torna a vantaggio della società, la cui esistenza è legata alla produzione; si potrà applicare eguale criterio ad ogni ordine di proprietà? [...] E la questione sociale non potrà condurci forse ad un sistema per cui le diverse proprietà, strumento

- di produzione nuova, non venga-
no accentrate nelle stesse mani?
Oggi il problema sociale è riposto
nel non negare il diritto alla pro-
prietà, ma nell'aprire per tutti la
via alla proprietà» (Paternostro,
Diritto costituzionale cit., p. 132).
- ⁶² Sul progetto di riforme, più am-
piamente Paternostro, *Discorso*
agli elettori del IV Collegio cit., p.
70.
- ⁶³ «Il principio regolatore è quello
dell'autonomia locale, perché il
piccolo centro prepara l'ammi-
nistratore per centri maggiori e
perché amministrando ciascu-
no la cosa propria, si sviluppa il
sentimento della responsabilità,
il che è guarentigia di libertà,
perché coloro che amministra-
no sono sotto le influenze del di
fuori» (Paternostro, *Diritto costi-
tuzionale* cit., p. 239).
- ⁶⁴ Sul "modello" costituzionale
nord-americano, tra gli altri, cfr.
M. Fioravanti, *Appunti di storia*
delle costituzioni moderne, Torino,
Giappichelli, 1995, pp. 74 ss.; Id.,
Costituzionalismo. Percorsi della
storia e tendenze attuali, Roma-
Bari, Laterza, 2009, pp. 53 ss.
- ⁶⁵ Paternostro, *Diritto costituzionale*
cit., p. 58.
- ⁶⁶ Sul punto, A. Caracciolo, *Stato e*
società civile problemi di unifica-
zione italiana, Torino, Einaudi,
1960; C. Pavone, *Amministrazione*
centrale e amministrazione perife-
rica da Rattazzi a Ricasoli (1859-
1866), Milano, Giuffrè, 1964; E.
Ragionieri, *Politica e amministra-*
zione nella storia dell'Italia unita,
Roma, Editori Riuniti, 1979.
- ⁶⁷ C. Malandrino, *Democrazia e fe-*
deralismo nell'Italia unita, Torino,
Claudiana, 2012, p. 53. Sul punto,
anche F. Felis, *Italia unita o disu-*
nita? Interrogativi sul federalismo,
Roma, Armando, 2013, pp. 9 ss.
- ⁶⁸ Paternostro, *Diritto Costituzionale*
cit., p. 238.
- ⁶⁹ *Ibidem*.
- ⁷⁰ Paternostro, *Discorso* cit., p. 70.
- ⁷¹ In particolare H. Spencer, *Prin-*
cipes de sociologie, tr. par E. Ca-
zelles (et J. Gerschel), Paris,
Germer Bailliere, 1880; E. Littré,
Application de la philosophie posi-
tive au gouvernement des sociétés
et en particulier a la crise actuelle,
Paris, Librairie Philosophique de
Ladrangé, 1850; F. de Coulanges,
La Cité antique: étude sur le culte, le
droit, les institutions de la Grèce et
de Rome, Paris, Hachette, 1866.
- ⁷² Paternostro, *Dello svolgimento* cit.,
p. 37.
- ⁷³ Cito il carteggio inedito del Corso
di filosofia del diritto che Pater-
nostro scrisse durante il soggior-
no giapponese, quale riportato da
Losano, *Tokyo 1889* cit., pp. 356 ss.
- ⁷⁴ Paternostro, *Diritto costituzionale*
cit., p. 8.
- ⁷⁵ Ivi, p. 13.
- ⁷⁶ Paternostro, *Dello svolgimento* cit.,
p. 35 e Id., *Diritto costituzionale*,
cit., pp. 30-31.
- ⁷⁷ Paternostro si riferisce a W. Ba-
gehot, *The English Constitution*,
London, Chapman & Hall, 1867,
Lect. XIII (cfr. *Diritto costituziona-*
le cit., pp. 164-167).
- ⁷⁸ Ivi, p. 23.
- ⁷⁹ Paternostro, *Dello svolgimento* cit.,
p. 36.
- ⁸⁰ J. Simon, *La liberté politique*, Paris,
Hachette, 1871, Cap. V, *Conclu-*
sion, cfr. Paternostro, *Diritto costi-*
tuzionale cit., p. 41.
- ⁸¹ Il richiamo è a E. Kant, *Saggio sui*
limiti dell'attività dello Stato (1792)
1851, cit., in *Ibidem*.
- ⁸² Cfr. W. Humbolt, *Saggio sui limiti*
di attività dello Stato, a cura di G.B.
Bianchi, Milano, Garzanti, 1947,
pp. 90 ss.
- ⁸³ Cfr. *L'individu et l'État*, Paris,
Librairie de Guillaumin et C.le,
Editeurs, 1865.
- ⁸⁴ Paternostro, *Diritto costituzionale*
cit., p. 43.
- ⁸⁵ Ivi, p. 45.
- ⁸⁶ Per una teoria del governo rap-
presentativo puro, «fondato sul
principio, che tutti i diritti e tutti
i poteri appartengono sempre al
corpo intero della nazione», cfr.
anche D. Soria, *Corso di Diritto*
pubblico parlamentare, Torino,
Tip. Pavesio e Soria, 1851, vol. I, p.
24.
- ⁸⁷ Paternostro, *Della Camera* cit., p.
9.
- ⁸⁸ «La l. 17 marzo 1861, con cui al
Re di Piemonte fu dato il tito-
lo di Re d'Italia, e la legge dello
stesso anno per la intitolazione
degli atti completano il concetto
di una forma di governo che è il
risultato della tradizione monar-
chica e della volontà popolare
ragionevolmente indicata colla
seconda parte della formola: per
volontà della Nazione» (Pater-
nostro, *Diritto costituzionale* cit.,
p. 173). Sul punto, anche E. Pes-
sina: «la Costituzione non è una
largizione del potere reale, né un
contratto fra principe e popolo,
ma una convenzione che gli in-
dividui tutti di una associazione
politica concludono tra loro, sia
per espresso modo sia per tacito,
sulle norme che deve seguire la
sovranità» (*Manuale* cit., p. 196).
- ⁸⁹ Paternostro, *Diritto costituzionale*
cit., p. 7.
- ⁹⁰ Ivi, p. 21.
- ⁹¹ Ivi, p. 22.
- ⁹² *Ibidem*.
- ⁹³ Ivi, p. 33.
- ⁹⁴ Cfr. Paternostro, *Della Camera*
cit., pp. 12 ss.
- ⁹⁵ Il riferimento di Paternostro è
a Robert Filmer, autore del *Pa-*
triarcha, or the natural power Kings,
pubblicata postuma nel 1680. La
teoria di Filmer diviene il più effi-
cace strumento della propaganda
Tory per la restaurazione dell'as-
solutismo monarchico contro le
pretese da parte dei Whigs negli
anni '70 del secolo XVII (sul tema,
L. D'Avack, *Costituzione e rivolu-*
zione, La controversia sulla sovra-
nità legale nell'Inghilterra del '600,
Milano, Giuffrè, 2000, pp. 304
ss.).
- ⁹⁶ Paternostro, *Diritto costituzionale*
cit., p. 25.
- ⁹⁷ Ma soprattutto «il maggior filo-
sofo del più assoluto dispotismo
democratico». La frase è di L.
Palma (*Il diritto costituziona-*
le negli ultimi cent'anni, in Id.,
Questioni costituzionali, volume
complementare del Corso di dirit-
to costituzionale di Luigi Palma,
Firenze, Pellas, 1885, p. 15), ma
l'"antirousseauvianesimo" è un

atteggiamento diffusissimo nella cultura giuridica liberale (la letteratura è vastissima; tra tutti, almeno P. Costa, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986).

⁹⁸ Altri, come P. Castiglioni, riconoscono il potere sociale quale definito da una costituzione «approvata dalla maggioranza dei cittadini» (*Della monarchia*, cit., vol. I, p. 49). Per Paternostro, il potere sociale precede il momento costituente (cfr. *ultra*).

⁹⁹ Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 27.

¹⁰⁰ Carutti, *Dei principii* cit., p. 147.

¹⁰¹ Pessina, *Manuale* cit., p. 124.

¹⁰² Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 28. L.A. Melegari riconosce l'insieme dei tre poteri politici in un unico potere, quello legislativo «in cui risiede, ferma nella sua unità la sovranità dello Stato» (*Sunti* cit., pp. 237 ss.). Per una posizione nettamente divergente, rigettante la classica tripartizione come astratta e riconoscente due poteri «reali» in capo al Re e in capo alle Camere, C. Balbo, *Della monarchia rappresentativa in Italia, Saggi politici di Cesare Balbo, Della politica nella presente civiltà, abbozzi, del medesimo Autore*, Firenze, Le Monnier, 1857, pp. 214 ss.

¹⁰³ «La separazione di una parte dello Stato, la sua costituzione a Stato indipendente, la sua unione ad altro Stato, trattandosi di Stati composti di nazionalità diverse, non trova ostacolo nel carattere di indivisibilità dello Stato sovrano, perché questo carattere, tutela della sovranità legittima di un popolo, non può mutarsi in arme di oppressione quando un popolo voglia staccarsi da un corpo dove egli non è sovrano, ma soggetto a sovranità non legittima. Ciò avviene nelle rivendicazioni di nazionalità, perché il principio di nazionalità rappresenta per gli Stati quella autonomia giuridica, che il principio di libertà indi-

viduale rappresenta per ciascun uomo» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 28).

¹⁰⁴ Cfr. ivi, pp. 31 e 173.

¹⁰⁵ Ivi, p. 32.

¹⁰⁶ L. Palma, *Questioni di diritto costituzionale*, Firenze, Pellas, 1885, p. 13. Sull'A., K. Lavagna, *Le trasformazioni istituzionali nell'Italia liberale: il contributo di Luigi Palma*, Roma, Aracne, 2010.

¹⁰⁷ Carnazza, *Il diritto costituzionale* cit., pp. 105-115.

¹⁰⁸ E. Prestandrea, *Del potere costituente e se lo Statuto italiano possa riformarsi ed in qual modo*, Catania, Tip. Rizzo, 1881, p. 5.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ «Ciò ch'è costituito suppone un atto costituente, come un orologio ricorda il suo artefice» (A. Pierantoni, *Trattato di Diritto costituzionale*, Napoli, Marghieri, 1873, p. 224).

¹¹¹ Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 19.

¹¹² Basti soltanto un accenno: «in Inghilterra il parlamento ha svolto con atti successivi la costituzione fondandosi sui propri diritti di rappresentanza. In Francia, ora i Re, ora le Assemblee hanno esercitato di fatto il potere costituente; tuttavia il principio che vi prevale è che il potere costituente passi i confini del potere legislativo» (Ivi, p. 32. Più ampiamente *ultra*).

¹¹³ Senz'altro non è il solo. Tra i molti esponenti della letteratura di commento allo Statuto, P. Castagna, *Comentario allo Statuto italiano*, Firenze, G. Barbera, 1865; A. Vismara, *Statuto fondamentale commentato e spiegato al popolo italiano con alcuni confronti colle Carte e Costituzioni straniere*, Milano, Stab. Tip. F. Manini, 1865; F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, 3 voll., Torino, Ute, 1909.

¹¹⁴ Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 33.

¹¹⁵ «Ovunque esiste costituzione scritta, il corpo dei rappresentanti non ha e non può avere altre facoltà legittime se non quelle che

sono dalla stessa costituite e terminate» (Casanova, *Del diritto* cit., vol. I, p. 153).

¹¹⁶ «Anfora tersa e innocente che piglia il liquore che gli si mette» (T. Mamiani, *Il potere costituente e le condizioni attuali in Italia*, in «Nuova Antologia», Seconda serie, fasc. XIII, 1 luglio 1879, pp. 3-45).

¹¹⁷ Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 35. Anche in questo caso si rileva la divergenza con Prestandrea, per cui miglior sistema è l'approvazione delle modificazioni costituzionali dal voto popolare diretto: il popolo, «quale componente la nazione è l'organo stesso del potere costituente (*Del potere* cit., p. 87).

¹¹⁸ «Il Parlamento ha, secondo i casi, provveduto, senza tener conto delle circostanze indicate dallo Statuto», a partire dall'art. 1 e, a seguire, dagli artt. 28, 76, 82. La necessità del caso concreto ha di fatto lasciato che le Camere si sovrapponessero alla costituzione. «Sarebbe stato meglio — afferma Paternostro — riordinare lo Statuto, ma non è stato possibile, per le circostanze politiche del Paese, convocare una Costituente. Sicché il Parlamento ha dovuto fare e farà leggi costituzionali. Non è il migliore sistema» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 33).

¹¹⁹ Il che, tra l'altro, varrebbe non diversamente per un'assemblea costituente: «la sovranità le è solo delegata, e si porrà fuori dal diritto ogni qual volta la sua azione non sia di guarentigia ai diritti individuali» (Ivi, p. 37).

¹²⁰ Ivi, p. 38. Sembra che Paternostro non accenni esplicitamente alla necessità di una legge di revisione costituzionale. Diversamente, Prestandrea e Palma (cfr. Borsi, *Stato* cit., p. 383).

¹²¹ L. Minguzzi, *La teoria della opinione pubblica nello Stato costituzionale*, Bologna, Zanichelli, 1887, p. 137.

¹²² «L'esercizio del diritto politico è strumento di educazione perché il cerchio delle idee si allarga,

perché il meccanismo delle leggi nella discussione dei pareri viene compreso; perché la esclusione del diritto costituendo una rara eccezione la fa sembrare una diminuzione di capo, una inferiorità sociale, da cui ciascun uomo vorrà uscire. È strumento di progresso, perché richiede la capacità intellettuale e l'onestà, perché affermando sempre il concetto di diritto, spinga innanzi la società per vie piane con minor pericolo di sbalzi e reazioni» (Paternostro, *Della Camera* cit., p. 29).

¹²³ Ivi, p. 15.

¹²⁴ Sul punto, J.S. Mill: «il favore concesso all'educazione, giusto in sé stesso, raccomandasi inoltre validamente perché garentisce i ceti educati dalla calamità d'una legislazione di casta emanata da coloro che di educazione sono sorniti» (*Il governo rappresentativo*, trad. it. di F.P. Fenili, Torino, Tip. Riv. Comuni Italiani, 1865, p. 171).

¹²⁵ Paternostro, *Della Camera* cit., p. 26.

¹²⁶ Paternostro, *Dello svolgimento* cit., p. 44.

¹²⁷ Paternostro, *Della Camera* cit., p. 103. In piena concordia con A. Pierantoni, per cui «la elezione è l'esercizio della sovranità nazionale. Non è un potere; ma la condizione di molti poteri» (Id., *Trattato* cit., p. 271).

¹²⁸ Altro problema è quello della remunerabilità della funzione rappresentativa, non approvata da Paternostro, dal momento che il deputato non fa che esercitare un suo diritto: «se l'esercizio del mandato legislativo non è che esercizio del diritto di sovranità, come non convenire che alla sua natura ripugni la retribuzione? [...] Procuratore o deputato libero è sempre una persona singola che siede a dettare la legge quasi fosse la persona collettiva. Esercita l'atto supremo di sovranità e questo esercizio non può essere logicamente pagato» (Paternostro, *Della Camera* cit., p. 55).

¹²⁹ Cfr. Paternostro, *Sulla dottrina*

cit., p. 12.

¹³⁰ Brusa, *Introduzione a Casanova, Del diritto costituzionale* cit., p. XXXIII.

¹³¹ Paternostro, *Della Camera* cit., p. 27. Brusa – vicino a Paternostro per inclinazioni repubblicane e polemico sulla teoria della rappresentanza dei capaci come «diritto aristocratico» – è d'accordo sulla distinzione tra diritto ed esercizio: «la capacità è una condizione all'esercizio dei diritti, qualunque siano, non certo del diritto stesso [...]». La capacità all'esercizio di un diritto non può non essere una condizione di fatto, mutevole» (*Note a Op. ult. cit.*, vol. I, pp. 35-36).

¹³² Non così Minghetti, per cui «il censo non rappresenta solo la proprietà, ma il lavoro e il risparmio», diventando strumento promozionale per le classi proletarie (Atti parlamentari. Camera dei Deputati. Leg. XIV, sess. 1880-81. Discussioni, tornata del 5 maggio 1881, p. 5348).

¹³³ Si tratta, notoriamente, dei due criteri di capacità all'attenzione del dibattito parlamentare del 1876 (sul punto, tra gli altri M.S. Piretti, *Le elezioni politiche in Italia dal 1848 ad oggi*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 54 ss.).

¹³⁴ In merito ad altre forme di suffragio, «alcuni ammisero il suffragio universale e crearono poi una nuova forma di limite. Così si ha l'elezione a doppio grado. Ma se questa è utile per nominare elettori che debbono rimettere un mandato speciale a persone perfettamente idonee ad esercitarlo, riesce un congegno inutile, una mistificazione nell'ordinamento del suffragio. Così si sostiene la teoria della pluralità dei voti a seconda della capacità [...]. Pure non rispondeva al concetto moderno della pluralità dei voti, perché era basata sul censo, e dappiù l'unione delle prime classi poteva di fatto eliminare il voto delle altre. Il concetto moderno della pluralità dei voti è basato sul valore sociale di ogni

singolo individuo. Ma non per questo sembrava meno utopistica la speranza che si possa giungere a determinare il valore sociale di ogni individuo. Rispondo dunque affermativamente intorno al voto universale» (Paternostro, *Della Camera* cit., p. 29).

¹³⁵ Ex art. 41 St. – I Deputati rappresentano la Nazione in generale, e non le sole province in cui furono eletti. Nessun mandato imperativo può loro darsi dagli Elettori.

¹³⁶ Paternostro, *Della Camera* cit., *passim*, pp. 46-48.

¹³⁷ Il progetto Nicotera viene alla luce il 22 novembre 1877 (Piretti, *Le elezioni* cit., p. 60).

¹³⁸ Dai banchi della Destra, i timori per il sistema plurinominal sono relativi ai nuovi rapporti inverrabili tra elettori ed eletti: «da un lato infatti la nuova figura di deputato che si profila all'orizzonte avrebbe più le sembianze di un procuratore di clientele e d'interessi privati, che quella del rappresentante della nazione che si va decantando, dall'altra il rapporto tra elettore e partito verrebbe costretto all'interno delle fredde maglie della *regularity*». Ben diversamente, da parte della Sinistra «l'elettorato attivo viene percepito come un diritto naturale che va riconosciuto all'uomo in quanto cittadino e il parametro che definisce la cittadinanza è innanzitutto il senso dello Stato come appartenenza a una comunità, che si acquista attraverso il processo di nazionalizzazione a cui la scuola pubblica deve ottemperare» (Ivi, pp. 68 ss.).

¹³⁹ I cardinali del progetto Depretis, presentato alla Camera il 17 marzo 1879 (Cfr. Ivi, pp. 61 ss.).

¹⁴⁰ Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 11.

¹⁴¹ Ivi, p. 12.

¹⁴² Sebbene passando attraverso «il saper leggere e scrivere e [...] conoscere le prime regole di aritmetica»: «l'universale insegnamento debbe procedere il suffragio universale» (Mill, *Il governo* cit., p. 162).

- ¹⁴³ «Senza di ciò anziché aversi uguaglianza, si ha nel governo disuguaglianza e privilegio: una parte del popolo governa il resto: a una porzione di cittadini si rifiuta la parte d'influenza che a loro spetta per diritto nella rappresentanza, e ciò contro ogni sociale giustizia, e soprattutto contro il principio della democrazia che proclama l'uguaglianza sua radice e fondamento» (Ivi, p. 129).
- ¹⁴⁴ Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 12.
- ¹⁴⁵ Tra tutti Palma, che intende arginare la forza numerica dell'«incolta moltitudine» attraverso la prerogativa regia, la rappresentanza proporzionale, il senato moderatore, il giudiziario indipendente (cfr. Palma, *La democrazia in Europa*, in Id., *Questioni costituzionali* cit., pp. 123-153). Di orientamento analogo anche F. Genala, *Metodo per applicare la rappresentanza proporzionale in Italia. Emendamenti al progetto di legge elettorale*, Firenze, Tip. Dell'Arte della Stampa, 1879; R. Mirabelli, *Il suffragio a popolo e la rappresentanza giusta*, Napoli, De Angelis, 1881; A. Morelli, *Di un nuovo progetto di rappresentanza proporzionale*, Firenze, Tip. Della Gazzetta d'Italia, 1879; Id., *La rappresentanza proporzionale dinanzi alla giunta per la legge elettorale*, Firenze, G.B. Randi, 1881; F. Racioppi, *Sulla rappresentanza proporzionale*. Studio, Roma, Tip. Botta, 1883.
- ¹⁴⁶ «I rappresentanti tutelano gli interessi nazionali, tutelano anche gli interessi locali, ma non gli interessi dei singoli cittadini [...]. Ne discende che i singoli delle minoranze sono rappresentati nella rappresentanza collettiva, in ordine all'interesse che hanno per la nazione [...]. Una rappresentanza singola data per forza di legge altro non sarebbe che disconoscere l'utilità di affidare alle maggioranze l'indirizzo della cosa pubblica» (Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 21).

- ¹⁴⁷ *Ibidem*.
- ¹⁴⁸ Ivi, p. 22.
- ¹⁴⁹ «I danni dello scrutinio di lista implicano tutt'i danni delle liste che i comitati presentano agli elettori tutte d'un pezzo, la bandiera copre la merce, un bel nome a capo lista fa passare gli altri meno degni, che vi compaiono per ragioni non sempre oneste, nomi che l'elettore vota per non fare screzio» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 308).
- ¹⁵⁰ Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 113.
- ¹⁵¹ Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., *passim*, pp. 292-303.
- ¹⁵² Paternostro, *Sulla dottrina* cit., p. 114. «In Italia proporrei da un canto il suffragio universale; dall'altro darei un deputato non per ogni cinquantamila abitanti, ma per ogni settantamila. Così allargato il collegio, non sarebbe più in piena balia d'uno o più individui come un feudo, e si eviterebbe il pericolo senza cadere in sistemi che possano falsare l'elezione. [Quanto a ridurre il numero dei rappresentanti]: ridurre in giuste proporzioni il numero dei deputati si può, purché si serbi questa misura, e 372 deputati ben scelti sarebbero più autorevoli e utili che 508 eletti come oggi» (Id., *Diritto costituzionale* cit., p. 309).
- ¹⁵³ Paternostro, *Della Camera* cit., p. 73.
- ¹⁵⁴ Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 203.
- ¹⁵⁵ Di idee consimili A. Pierantoni, secondo cui il Senato «partecipa con differente misura all'azione degli altri poteri dello Stato, e perciò non può costituirne uno autonomo»; parimenti «il Capo della Nazione è il centro dei tre poteri, è il rappresentante dello Stato, non già un potere proprio» (*Trattato* cit., pp. 265 e 267).
- ¹⁵⁶ Casanova parla di «prerogative maiestatiche» — a parte le altre previste dalla costituzione: lo scioglimento della Camera — come atti fuori dalla responsabilità ministeriale (*Del*

- Diritto costituzionale* cit., pp. 49 ss.). Posizione confutata da Paternostro per una ragione di «convenienza»: «Il Capo dello Stato non ha bisogno di consultare il Paese; questo ha parlato per mezzo dei suoi rappresentanti. La Camera agendo non oltre i poteri che ha della delegazione agisce legittimamente». Dunque, se il Re scioglie il Parlamento di propria iniziativa, si pone al di fuori dei limiti dell'«ordine costituzionale» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 191).
- ¹⁵⁷ Ivi, p. 105.
- ¹⁵⁸ Come inquadrare la prerogativa di veto assoluto che, pure, la costituzione riconosce al sovrano? Paternostro critica questo privilegio perché perlomeno anacronistico. Basti considerare le funzioni di veto sospensivo che la Costituzione degli Stati Uniti riconosce al proprio Presidente. Non è con il veto assoluto che questo, sciogliendo le Camere ed indicando nuove elezioni, rimette il potere alla deliberazione popolare. Al contrario, il veto sospensivo, restituendo la legge all'osservazione dei Deputati, rispetta la democrazia rappresentativa. In breve, «il voto del Capo dello Stato assoluto e non sospensivo è un attentato alla sovranità nazionale legittimamente espressa dai suoi rappresentanti, e sul terreno costituzionale, nei paesi sinceramente liberali, il rifiuto assoluto di sanzionare la legge non è concesso al Capo dello Stato» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 377).
- ¹⁵⁹ Paternostro, *Della Camera* cit., *passim*, pp. 73-76.
- ¹⁶⁰ Cfr. A. De Giorgi (a cura di), *Esame del diritto filosofico ossia del sistema e delle dottrine del Pof. H. Ahrens*, Padova, A. Sicca, 1853, Capo III, § IV, pp. 343 ss.
- ¹⁶¹ Paternostro, *Della Camera* cit., p. 87.
- ¹⁶² Ivi, p. 99. E ancora: «il potere sociale è uno e per divisione dei poteri non s'ha da intendere altro che un frazionamento nell'eser-

cizio delle funzioni [...], frazionamento istituito a garanzia che un solo ordine di persone non abusi accentrando nelle proprie mani tutta l'autorità» (Id., *Diritto costituzionale* cit., p. 176).

¹⁶³ Paternostro, *Diritto costituzionale*, cit., *passim*, pp. 381-385.

¹⁶⁴ «Dalla origine che ha la Camera nella sovranità nazionale» (Ivi, p. 381).

¹⁶⁵ Mill, *Il governo rappresentativo* cit., pp. 95-96.

¹⁶⁶ «Ossia del diritto di proporre un progetto di legge alla discussione delle Camere, diritto che generalmente spetta ad entrambe le Camere e perciò a ciascun membro di esse, come al Re» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 376).

¹⁶⁷ Quanto alla fiducia in un ministero, dovrebbe essere nei poteri della camera il ritirarla: «innanzi a questo fatto, quando non trattasi di controversia costituzionale, il Capo dello Stato non ha bisogno di consultare il Paese. Questo ha parlato per mezzo dei suoi Rappresentanti». Consentire, quindi, al Re questo «incondizionato scioglimento», equivale, a parere del giurista, ad una «usurpazione». Altro pericolo è la possibilità, data al Capo dello Stato, di proroga della legislatura: «i ministri possono prender tempo per governare malgrado la Camera chi fossero invisi; possono ottenere la sospensione dei lavori legislativi; possono, secondo le convenienze loro, stabilire la durata delle sessioni», contrariamente all'esigenza per cui la data delle convocazioni dovrebbe essere stabilita e la durata delle sessioni determinata. Paternostro è stentoreo: la maggior parte delle costituzioni vigenti registrano il veto assoluto ma, a parer suo, non sono democratiche. Al contrario della costituzione americana, che, nella sez. IV, art. 2, dispone il veto sospensivo e la firma obbligatoria del Presidente dopo la seconda approvazione a maggioranza di due terzi. Colà, il principio di co-

stituzionalità delle legge è tutelato dal sistema giudiziario, «fino le controversie fra i diversi Paesi dell'Unione sono giudicate dalla Suprema Corte Federale». In definitiva, «le costituzioni debbono avere i mezzi di guarentigia contro l'eccesso di potere da qualunque parte venga. Ma la teoria dei limiti non deve essere esagerata tanto da paralizzare l'azione di funzioni legittime e necessarie. E specialmente per quanto si tratta della rappresentanza che deve per diritto di origine controllare nello Stato ogni autorità» (Paternostro, *Della Camera* cit., *passim*, pp. 107-113). Su posizioni non dissimili quanto al rapporto tra deputati e ministri, P. Peverelli, che ravvede una stretta influenza tra il governo e la Camera, indipendentemente dal diritto che il Sovrano ha di nomina e dimissione dei ministri stessi (*Comenti intorno allo Statuto del Regno di Sardegna*, Torino, Tip. Castellazzo e Degaudenzi, 1849, p. 133).

¹⁶⁸ Mill, *Il governo* cit., *passim*, Cap V.

¹⁶⁹ «Le Camere che facciano anche i regolamenti per l'esecuzione delle leggi entrano in tutti i particolari dell'amministrazione; è lavoro speciale, minuto, che richiede tempo e cognizione piena della pratica amministrativa. [Inoltre] il modificare un regolamento non altera, quando non si violi la legge, le ragioni dell'opera legislativa; è in pratica che l'amministratore studia gli effetti di un regolamento e vede quali modificazioni richieda a raggiungere i fini della legge; rimandare lo studio dei regolamenti alle Camere è togliere tempo e cure ai più gravi lavori legislativi» (Paternostro, *Diritto costituzionale* cit., p. 378).

¹⁷⁰ «Per difendere queste leggi innanzi il Parlamento nel modo più efficace, non manca il mezzo»: il sistema italiano prevede la nomina, da parte del Re, di un «Commissario per sostenere innanzi al Parlamento una determinata legge» (*Ibidem*).

¹⁷¹ «Gli uomini tecnici, pratici,

speciali, propongono, difendono nelle Camere i progetti di legge; una grande Assemblea di persone per lo più illuminate delibera» (Ivi, p. 379).

¹⁷² Ivi, p. 380.

¹⁷³ «Solo che si ponga mente a tutta l'attività che il governo spiega sopra ogni singola manifestazione della vita del Paese a cui è preposto, [...] chiaro apparirà essere sua speciale funzione non solo il fare eseguire la legge, ma altresì il governare». E, di là dalla distinzione che viene fatta tra esecutivo e amministrativo, «come governare senza amministrare?». Si presenta la questione sulla responsabilità ministeriale che, secondo lo studioso, è del tutto aperta: «fino a che tutte le questioni di responsabilità non siano poste e risolte la materia del Potere esecutivo sarà incerta come carattere e come limiti» (Ivi, pp. 220 e 231).

¹⁷⁴ «La nostra legge sull'ordinamento giudiziario fa completa questa ingerenza coll'art. 129: "il Pubblico Ministero è il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ed è posto sotto la direzione del Ministero della giustizia". Sono poche parole, ma bastano a gettare la confusione nelle idee, il disordine nel nostro sistema costituzionale» (Paternostro, *Della Camera* cit., pp. 94-95).

¹⁷⁵ Se ne sarebbe riparlato nel 1913, ma la vera riforma ha luogo solo dopo il Primo conflitto mondiale (sul tema, G.P. Trifone, *Un confronto sulla Proporzionale: Francesco Ruffini e Gaspare Ambrosini*, in «Iura and Legal Systems», I, 2014, <http://www.unisa.it/uploads/12847/opinioni_7_-_trifone_per_stampa.pdf>).

¹⁷⁶ Temi nuovi che, invero, si propongono già nel 1875, con l'opera di G. Trono, 'orlandiano' prima ancora di Orlando nel definire oggetto del diritto costituzionale la determinazione della «forma organica dello Stato» e la sovranità «un diritto della persona

dello Stato» (Id., *Elementi di diritto costituzionale*, Napoli, Vallardi, 1875, *passim*, pp. 23-30). Nonché F. Filomusi Guelfi, sulla scorta di Gerber: «lo Stato è la costituzione, l'ordinamento, la forma giuridica di un popolo: è l'elevazione dello stesso a Persona» (Id., *Enciclopedia giuridica*, III ed. 1885, p. 221).

¹⁷⁷ Sul giusformalismo ed il suo Caposcuola, Vittorio Emanuele Orlando, la bibliografia è vastissima. Mi limito a citare A. Volpicelli, *Vittorio Emanuele Orlando*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», n. 1, 1927-28; G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980; A. Mazzacane, *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra otto e novecento*, Napoli, Jovene, 1986; L. Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999; M. Fioravanti, *La vicenda intellettuale del giovane Orlando (1881-1897)*, Firenze, Eurografica, 1979; Id., *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. I; A. Schiavone, *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990.

¹⁷⁸ E. Lombardo Pellegrino, *Alessandro Paternostro, della dottrina costituzionale. Prolusione al corso di diritto costituzionale nella R. Università di Palermo*, Roma, s.t., 1899, p. 25.