UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA TRE

Scuola Dottorale Internazionale "Tullio Ascarelli"

Diritto – Economia – Storia

Dottorato di Ricerca – Sezione "Sistemi Punitivi e Garanzie dei Cittadini"

XXIV Ciclo

"IL RUOLO DELLA LEGGE NELLA EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI FONDAMENTALI NELLO STATO CONTEMPORANEO"

***Relatore**:*

Chiar.mo Prof. Luigi Ferrajoli

***Dottorando**:*

Luiz Fernando Calil de Freitas

***Cordinatore Sezione**:*

Chiar.mo Prof. Mario Trapani

Anno Accademico 2012/2013

CONTRACAPA

Ringrazio immensamente e fraternamente,

il Professore Luigi Ferrajoli, tutor di questa tesi, per aver potuto far tesoro dei suoi insegnamenti;

il Professore Salvatore Mazzamuto e la Repubblica Italiana, che hanno permesso il realizzarsi di tutto questo;

mia moglie ed i miei figli e tutti gli amici – tra i quali ha avuto un ruolo speciale Guilherme Tanger Jardim – che, a loro modo, hanno contribuito affinchè la realtà si trasformasse.

RIASSUNTO

La presente tesi analizza il ruolo della legge nell'effettività dei diritti fondamentali nello Stato contemporaneo, comparando in qualche misura i sistemi giuridici brasiliano e italiano dal punto di vista del Diritto Costituzionale. Innanzitutto, si analizza l'idea di legge elaborata a partire dall'Età Antica e durante l'Età Media, quando il potere di legiferare era caratterizzato dalla sacralità e fondamentato in categorie metafisiche. Posteriormente si esaminano gli apporti teorici derivanti dal rinascimento e dall'illuminismo in relazione alla nozione di legge. In seguito, è analizzata l'idea di legge costruita a partire dalla Rivoluzione Francese, con la desacralizzazione del concetto di legge, l'onnipotenza del legislatore e la supremazia della legge. Il positivismo giuridico diventa l'oggetto d'analisi, verificandosi che la concezione metafisica della politica, così come la sacralizzazione della legge in un momento anteriore, impedisca che la legge compia il ruolo d'istrumento di effettivazione dei diritti fondamentali così come a nostro modo di vedere discende dall'articolo XVI della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789. In fine, superato il momento di crisi più acuta del positivismo con i totalitarismi del secolo XX, si analizzano le condizioni della legge di essere possibile strumento di effettivazione dei diritti fondamentali a partire della teoria della democrazia costituzionale quadridimenzionale e della esistenza e funzionamento di istituzioni e istituti di garanzia.

PAROLE-CHIAVE: costituzione – garantismo – diritti fondamentali – legge.

RESUMO

A presente tese analisa o papel da lei na efetividade dos direitos fundamentais no Estado contemporâneo, comparando em alguma medida os sistemas jurídicos brasileiro e italiano do ponto de vista do Direito Constitucional. De início analisa-se a ideia de lei tal como elaborada a partir da Idade Antiga e ao longo da Idade Média, caracterizando-se o poder de legislar como algo sagrado e fundamentado em categorias metafísicas. Posteriormente são examinados os aportes teóricos advindos do renascimento e do iluminismo relativamente à noção da lei. Em momento posterior é analisada a ideia de lei construída a partir da Revolução Francesa, com a dessacralização do conceito de lei e a construção da ideia de onipotência do legislador e da supremacia da lei. O positivismo jurídico torna-se o objeto de análise, verificando-se que a concepção metafísica da política, tal com a sacralização da lei em momento anterior, inviabiliza que a lei cumpra o papel de ser instrumento de efetivação dos direitos fundamentais tal como a nosso ver decorre do artigo XVI da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Por fim, superado o momento de crise mais aguda do positivismo com os totalitarismos do século XX, analisam-se as condições de possibilidade da lei ser instrumento de efetivação dos direitos fundamentais a partir da teoria da democracia constitucional quadridimensional e da existência e funcionamento de instituições e institutos de garantia.

PALAVRAS-CHAVE: constituição – garantismo – direitos fundamentais – lei.

ABSTRACT

This present thesis analyzes the law's role in the effectiveness of the fundamental rights on the contemporaneous state, comparing two juridical systems, the Brazilian one and the Italian one, by the point of view of the Constitutional Law. First, the idea of law will be analyzed as it used to be elaborated through the Ancient Ages and the Middle Ages, caracterizing the power of legislate as something sacred and based on methafisical cathegories. Then, the theorethical knowledge from the Renaissance and the Iluminism related to the concept of law. Then it will be analyzed the idea of law build by the French Revolution, with the desecration of law's concept and the construction of the idea of the legislator's omnipotence, and the law's supremacy. Legal positivism becomes the object of analysis, verifying that the methafisic conception of politics, with the law's sacration in a previous moment, makes unfeasible that the law fulfills the role of being an instrument of effectuation of the fundamental rights what in our opinion can be derived from XVI article of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen in 1789. Finally, overcoming the hardest moment of positivism crisis with the totalitarian regimes in the XX century, there is an analysis of the conditions of possibilities of the law as an instrument of fundamental rights' effecttiveness through the quadridimensional theory of democracy and through the existence and operation of its institution and lien's organization.

KEY-WORDS: constitution – garantism – fundamental rights – law.

SUMÁRIO

INTRODUZIONE ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

CAPÍTULO 1 - IL PUNTO DI PARTENZA: PARTICOLARISMO VERSUS UNIVERSALISMO ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

1. 1 Il particolarismo temperato dall'universalismo nel caso nordamericano ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

1.2 L'universalismo francese ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

1.3 L'articolo XVI della Déclaration ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

CAPÍTULO 2 - IL CONCETTO DI LEGGE ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

2.1 La legge nella premodernità e le influenze di Tommaso d'Aquino..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

2.2 Le influenze di Duns Scoto e Guglielmo di Ockham nell'idea di legge nella pre-modernità **Errore. Il segnalibro non è definito.**

2.2.1 Guglielmo di Ockham: lo jus poli e lo jus fori ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

2.2.2 I contributi finali di Suarez ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

2.3 L'eredità del pensiero cristiano nella formazione della moderna idea di legge ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

CAPÍTULO 3 - ILLUMINISMO GIURIDICO ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

CAPÍTULO 4 - POSITIVISMO – DAL PALEOPOSITIVISMO AL POSITIVISMO CRITICO .. **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.1 La riduzione del pluralismo attraverso il progredire del legalismo..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.2 Paleogiuspositivismo ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.3 Dalla critica del positivismo al positivismo critico..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.3.1 La scuola storica del Diritto ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.3.2 La giurisprudenza dei concetti ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.3.3 La giurisprudenza degli interessi ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.3.4 La scuola del Diritto libero ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.3.5 Il positivismo critico ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.4 Democrazia, Costituzioni di terza generazione e teoria generale del diritto.. **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.4.1 L'essere e il dover essere del Diritto ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.4.2 Costituzione, diritti fondamentali e democrazia..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.4.3 La concezione quadridimensionale della democrazia costituzionale ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.4.4 Ampliamento della sfera pubblica: sfera del non decidibile e sfera del non decidibile che non ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

4.4.5. Funzioni di governo e funzioni di garanzia..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

CAPÍTULO 5 - IL RUOLO DEL LEGISLATORE NELLA CONFORMAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI ANALIZZATO A LIVELLO GIURIDICO-POLITICO..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

5.1 Leggi conformative e leggi restrittive..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

5.1.1 Leggi conformative..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

5.1.2 Leggi restrittive..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

5.1.2.1 Teoria relativa e assoluta del nucleo essenziale ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

5.1.2.2 Teoria oggettiva e teoria soggettiva del nucleo essenziale .... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

5.2 Ambito di protezione e intensità di intervento legislativo costituzionalmente autorizzato **Errore. Il segnalibro non è definito.**

CAPÍTULO 6 - ISTITUZIONI E ISTITUTI DI GARANZIA NELL'AMBITO DEL DIRITTO COSTITUZIONALE BRASILIANO ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

6.1 Istituzioni con funzione esclusivamente di garanzia nell'attuale modello costituzionale brasiliano ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

6.1.1 – Il Pubblico Ministero brasiliano. ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

6.2 Istituti di realizzazione del garantismo costituzionale ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

6.2.1 Azione diretta di incostituzionalità. ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

6.2.2 Argomentazione di disadempimento di precetto fondamentale .. **Errore. Il segnalibro non è definito.**

6.2.3Mandato di ingiunzione ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

6.2.4 Controllo diffuso di costituzionalità ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

CONCLUSIONE ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

BIBLIOGRAFIA ..... **Errore. Il segnalibro non è definito.**

INTRODUZIONE

La presente tesi ha come obiettivo l'analisi del ruolo della legge nell'effettivizzazione dei diritti fondamentali nello Stato contemporaneo, considerando come premessa essenziale l'impossibilità di superare la necessità di leggi di attuazione affinché i diritti fondamentali possano produrre effetti che sviluppino in maniera più piena le proprie capacità. Vale a dire: diritti fondamentali richiedono leggi di attuazione per essere effettivi.

Tuttavia la condizione di ricercatore, sia come membro del Pubblico Ministero brasiliano dal settembre del 1989, sia come Professore della disciplina di Diritto Costituzionale dal marzo del 1992, ha richiesto un contatto quotidiano con argomenti – relativi al Diritto Costituzionale in generale e ai diritti fondamentali in particolare –, permettendo in tal modo l'accumulo di esperienze, sia teoriche quale docente, sia pratiche quale operatore del Diritto, che hanno mostrato come la legge, o anche la sua assenza, sia uno dei maggiori, se non il maggiore, ostacolo alla concretizzazione di quei diritti.

La ricerca, pertanto, deve necessariamente occuparsi di analizzare il concetto e l'idea di legge nella civiltà occidentale, le trasformazioni per le quali questo concetto e quest'idea sono passati distinguendo tre diversi momenti storici, come la fase pre-moderna, sotto l'influsso del dominio del sapere giuridico secondo concezioni religiose del mondo e del Diritto; la fase moderna, che mescola movimenti storici come il Rinascimento, l'Illuminismo e la Rivoluzione Francese, e la fase contemporanea che ha avuto inizio a partire dal secondo dopoguerra. Ciascuno di questi movimenti delinea una concezione di legge. Nella fase pre-moderna la legge è concepita come prodotto, in ultima analisi, dalla volontà divina, come forma di ordinare il mondo degli uomini a immagine e somiglianza della città di Dio. Nella fase moderna la fede incrollabile nel progresso umano costruito a partire dal sapere scientifico, fa credere che l'intelligenza umana è capace di comprendere il funzionamento delle leggi della natura e, avvalendosi dello stesso metodo valutativo, comprendere il funzionamento delle società umane e dotarle delle leggi più appropriate al progresso permanente diretto a una vita migliore. La legge, così, oggetto di adorazione non più per la sua presunta natura divina, ma per la sua razionalità e per i suoi contenuti di giustizia. Gli orrori dei totalitarismi del XX secolo evidenziarono che la fede nel progresso, costruito attraverso la conoscenza scientifica condotta dalla politica esercitata democraticamente dagli uomini, non si giustifica. La legge così prodotta si trasforma rapidamente in un'essenza metafisica i cui contenuti non possono essere oggetto di critica per l'impiego del metodo scientifico che non considera i valori, poiché questi appartengono all'universo della morale. Il

positivismo giuridico, a partire dalla Rivoluzione Francese, riafferma con veemenza la separazione tra Diritto e morale. Il periodo contemporaneo è segnato dall'introduzione nell'universo giuridico di parametri che, senza rendere fattibile il ricorso alla morale e, di conseguenza, alla metafisica giusnaturalista, costituiscono strumenti necessari e sufficienti per formulare valutazioni giuridiche critiche sulla legge stessa. Con il positivismo critico, a partire dagli influssi di un costituzionalismo rinnovato, si pone la legge ad un livello inferiore alla Costituzione e, di conseguenza, si subordina l'esercizio della politica, in forme democratica, a parametri che le tolgono il carattere metafisico. Forse in questo modo è possibile definitivamente invertire la logica che nel primo positivismo affermava i *diritti fondamentali a misura di legge* per una logica di *legge nella misura dei diritti fondamentali*. Nel periodo contemporaneo, pertanto, la legge è condizionata formalmente dalla Costituzione, ma è, anche e in particolare, condizionata materialmente dalla Costituzione e, in essa in ragione di tale funzione, acquisiscono importanza ed evidenza le norme che stabiliscono i diritti fondamentali.

La proposta della presente ricerca è quella di percorrere questo cammino, rielaborando la premessa secondo la quale i diritti fondamentali dipendono sempre da leggi di attuazione per essere effettivi, a partire da una rinnovata interpretazione dell'articoloXVI della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, secondo cui una società non ha una costituzione se non vi è una previsione della divisione dei poteri e della garanzia dei diritti. In questo senso si afferma che la separazione dei poteri, da cui proviene il Potere Legislativo, è un mezzo, uno strumento per la garanzia dei diritti, e i diritti sono i diritti fondamentali. Quindi la legge nello Stato contemporaneo è in funzione dei diritti fondamentali e, inoltre, la sua validità sostanziale è condizionata dai diritti fondamentali. Questo pensiero rielabora il concetto di legge e il suo ruolo a partire da una rinnovata concezione di democrazia che si basa sulle norme costituzionali e che comporta effetti con profonde conseguenze sulla teoria generale del diritto, dato che introduce una separazione forte e ben marcata tra forma e contenuto, tra essere e dover essere, guidando il ricercatore in un percorso che sfocia nella conclusione secondo cui la Costituzione delimita l'essere e il dover essere del Diritto.

Con questo proposito saranno analizzati sia gli istituti, sia le istituzioni che caratterizzano le più moderne costituzioni, rappresentative di questo rinnovato costituzionalismo, la cui funzione precipua è appunto l'affermazione della supremazia della Costituzione su tutto l'ordinamento giuridico, supremazia formale e materiale e, di conseguenza, di garanzia della concretizzazione delle imposizioni costituzionali. Le imposizioni costituzionali più rilevanti sono appunto quelle che si riferiscono ai diritti fondamentali, in essi risiede il nucleo duro del costituzionalismo contemporaneo. Nulla è immune, nell'universo giuridico, agli effetti prodotti da questa contemporanea maniera di intendere la supremazia costituzionale. Nemmeno il legislatore nella condotta per realizzare la sua opera che è l'elaborazione della legge. Tutti, in particolare i poteri costituiti dalla Costituzione, sono sottomessi ad essa.

In quest'ultima parte, che si occuperà di istituti e istituzioni di garanzia si sovverte la logica delle parti precedenti in cui l'analisi sarà eminentemente teorica e, di conseguenza, eventualmente si farà qualche riferimento a questioni specifiche brasiliane e italiane. Nella parte conclusiva il riferimento riguarderà le istituzioni e gli istituti presenti nel Diritto Costituzionale positivo del Brasile. Non per altro motivo, ma perché in esso esistono e in questo contesto il ricercatore vive le proprie inquietudini teoriche e pratiche, sia come membro del Pubblico Ministero, sia come professore.

Il testo sarà diviso in sei capitoli.

Il primo di essi tratta delle dichiarazioni dei diritti nordamericani e francesi e la dicotomia particolarismo/universalismo, indicando la prevalenza dell'universalismo in quella francese, con particolare attenzione all'articolo XVI della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino.

Nel secondo capitolo sarà affrontata l'idea di legge a partire dalle influenze pre-moderne di autori come Tommaso D'Aquino, Duns Scoto, Guglielmo di Ockham e, successivamente, Suarez, concludendo con l'eredità del pensiero cristiano nella formazione della moderna idea di legge.

Il terzo capitolo tratterà brevemente del periodo dell'Illuminismo giuridico come insieme di forme di pensiero che prepararono l'avvento del positivismo giuridico, ma anche delle idee di onnipotenza del legislatore e della supremazia della legge.

Nel quarto capitolo sarà realizzata un'analisi più dettagliata del positivismo, prendendo in considerazione gli aspetti che si riferiscono direttamente alla presente ricerca, cioè l'impulso iniziale di riduzione del pluralismo delle fonti e l'avanzamento del legalismo. Verrà fatta l'analisi critica della prima manifestazione del positivismo giuridico, denominato paleo-giuspositivismo, e, a seguire, delle cosiddette irrealtà metodologiche, che furono a nostro avviso, dei tentativi di superare il formalismo estremistico acritico, tipico di questa fase del positivismo: saranno brevemente analizzate la scuola storica del Diritto, la giurisprudenza del concetti, la giurisprudenza degli interessi e la scuola del Diritto libero, fino ad arrivare al cosiddetto positivismo critico che, senza aderire a nessuna di quelle proposte metodologiche, sorge come alternativa a esse nella prospettiva in cui il positivismo possa superare la crisi acuta che affrontò nella metà del secolo scorso. Ancora in questo capitolo saranno studiate questioni che sono care al positivismo critico – e che, secondo noi, fanno di esso una concreta, reale e possibile via di superamento della crisi del positivismo giuridico – e che sono l'influsso delle cosiddette costituzioni di terza generazione nella concezione contemporanea di democrazia e nella teoria generale del diritto, specialmente parlando rispetto (a) all'*essere* e al *dover essere del diritto*; (b) i rapporti tra Costituzione, diritti fondamentali e democrazia; particolarmente, alla concezione quadridimensionale della democrazia costituzionalmente configurata; (c) all'ampliamento della sfera pubblica quale conseguenza dell'affiancarsi alla zona di immunità, derivante dagli effetti dei diritti fondamentali di prima generazione (contro lo Stato) della zona di attrazione delle azioni statali, derivante dagli effetti dei diritti fondamentali sociali di prestazione (attraverso lo Stato), sfera pubblica questa che risulta

formata dalla sfera del *non decidibile* (contro la prima generazione dei diritti fondamentali) e della sfera *del non decidibile che non* (a favore della generazione dei diritti fondamentali sociali di prestazioni); e, per finire, (d) alla necessità di rielaborazione della teoria della separazione dei poteri a partire dalla considerazione della separazione delle funzioni, in *funzioni di governo e funzioni di garanzia*.

Nel quinto capitolo si procederà ad uno studio dogmatico diretto alla microfisica dei diritti fondamentali, nella quale saranno analizzate leggi di attuazione dei diritti fondamentali in base alla dottrina che le considera come o leggi conformative o leggi restrittive e, d'altro canto, destinato all'analisi direttamente per i diritti fondamentali, siano essi considerati secondo l'ambito di protezione che li caratterizza, partendo dalla loro natura, del loro contenuto e dei segni semantici utiizzati nella loro previsione costituzionale.

Il sesto e ultimo capitolo è destinato ad esaminare, nel contesto brasiliano, le istituzioni e gli istituti di garanzia dei diritti fondamentali che, essendo costituzionalmente previsti, sono forme di verifica dell'adeguamento della legge ai requisiti ed esigenze costituzionali, il cui soddisfacimento sia necessario e sufficiente affinché venga rispettato il ruolo dello strumento capace di fornire condizioni di effettività dei diritti fondamentali.

CAPITOLO I

Il punto di partenza: particolarismo versus universalismo

Poichè il nostro oggetto di studio è la questione relativa al ruolo della legge nell'effettivizzazione dei diritti fondamentali, l'aspetto problematico che rileva al fine di raggiungere tale obiettivo può essere analizzato tenendo come punto di partenza la Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, pubblicata il 26 agosto 1789, il cui articolo 16 afferma: "*Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri determinata, non ha costituzione"*. Tale analisi, affrontata nei termini a seguire, non esime dall'ulteriore analisi di fattori sociologici e storici, alcuni peraltro anteriori alla stessa Rivoluzione Francese. Ciò in quanto, secondo la tesi che intendiamo sostenere, il fondamento metafisico del potere che ha imperato nell'occidente durante il Medioevo, di carattere prevalentemente religioso, è stato determinante affinchè lo stesso concetto, se non l'idea, di legge risultasse intimamente legata alla manifestazione della religiosità cristiana, oltre ad essere stata analizzata ed esposta nei testi dei dottori della Chiesa e, in particolare, attraverso un'impostazione di carattere chiaramente religioso e attraverso il ricorso ad un vocabolario proprio delle questioni religiose. Associata l'idea di legge alla nozione di divino con l'avvento della Rivoluzione Francese, tutta la riflessione svolta e, crediamo, lo sforzo impiegato aveva come fine il tentativo di rafforzare la legittimazione del legislatore quale soggetto autorizzato a produrre diritto, contrapponendosi alla concezione religiosa che, in ultima analisi, attribuiva al divino, al sacro, tale compito. A nostro modo di vedere, porre l'uomo come soggetto storico e artefice delle norme ordinatrici della convivenza sociale al posto della fede religiosa, è stato probabilmente il principale risultato della Rivoluzione borghese.

1. 1 Il particolarismo temperato dall'universalismo nel caso nordamericano

Il processo storico di nascita e affermazione dei diritti umani, che - una volta inseriti nei testi costituzionali - si trasformano in diritti fondamentali, ha portato al suo interno ad uno scontro di forze antagoniste. Si tratta della controversia tra la concezione particolarista (diritti specifici di un popolo o nazione) e quella universalista (diritti dell'uomo). Nel momento storico in cui è avvenuto, l'atto di dichiarare, in particolare dichiarare diritti, era necessariamente associato all'idea di sovranità, o anche della sua

acquisizione, poiché al tempo rappresentava il chiaro tentativo di misurarsi col potere del sovrano[1]. Nella storia nordamericana è possibile trovare un'oscillazione di tendenza, ora particolarista, ora universalista. La semantica adottata già nella parte iniziale della Dichiarazione di Indipendenza rivela da parte dei coloni la scelta particolarista in contrapposizione alla Corona britannica: "*Quando nel corso degli accadimenti umani, si rende necessario che un popolo sciolga i lacci politici che lo legano ad un altro e assuma tra le potenze della terra la posizione separata e uguale a cui gli danno diritto la Legge di Natura e del Dio della Natura, un giusto rispetto per le opinioni dell'umanità rivendica che egli dichiari le cause che lo spingono alla separazione*", avendo in tal modo come obiettivo evidente quello di sostenere che le colonie si stavano dichiarando quale Stato indipendente e uguale rispetto a quello dal quale si stavano separando, appropriandosi così della propria sovranità[2]. Nel territorio che in seguito avrebbe costituito gli Stati Uniti d'America, già in occasione della crisi verificatasi con la Legge sul Bollo nel decennio del 1760 la riflessione poneva l'accento sui diritti dei coloni quali sudditi dell'impero britannico, in particolare caratterizzandosi per la sua natura particolarista, così come accadeva nella Costituzione del 1787 e nel Bill of Rights del 1791[3]. Inoltre, accanto all'eccezione della parte iniziale sopra citata, la grammatica della Dichiarazione di Indipendenza del 1776, di matrice apertamente universalista, contiene chiaramente l'evocazione dei diritti considerati come appartenenti a tutti gli uomini, a conferma dell'oscillazione che ha segnato il percorso storico nordamericano[4].

Il Regno Unito ha dato i natali a due grandi pensatori universalisti nel XVII^{esimo} secolo: Thomas Hobbes e John Locke, le cui opere erano molto conosciute nelle colonie dell'America del Nord. Si rileva,in particolare, l'influenza di Locke nel pensiero politico nordamericano, ancor più intensa che in Inghilterra[5]. In realtà, il pensiero di Locke può essere ritenuto certamente meno universalista, data la sua convinzione che i diritti naturali si compongano di diritto *alla vita, alla libertà e alla proprietà*, giustificando così la schiavitù di prigionieri catturati in una guerra giusta, e trascurando, di conseguenza, di includere nella condizione di soggetti di diritto le persone in tali condizioni. In un determinato momento, Locke fu sul punto di proporre un testo legislativo che garantiva che "*ciascun uomo libero della Carolina abbia il potere e l'autorità assoluta sui propri schiavi negri*"[6]. Nonostante la grande influenza nel mondo anglosassone di allora, tanto di Locke quanto di Hobbes, e il predominio della chiave universalista del loro pensiero, nella prima metà del XVIII^{esimo} secolo, secondo Hunt[7], si diffuse da entrambi i lati dell'Atlantico, nei territori di lingua inglese, una particolare attenzione sui diritti fondati sulla condizione dell'inglese nato libero, a discapito dei diritti universalmente appartenenti a tutti gli uomini.

---

[1] **HUNT**, Lynn. *A Invenção dos direitos humanos*. *Uma história.* 1ª ristampa, Companhia das Letras: São Paulo, 2009, pag. 113-136;
[2] Idem, pag. 114-115;
[3] Idem, pag. 116-117;
[4] Idem, p. 117;
[5] **HUNT**, op. cit., p. 118;
[6] **HUNT**, op. cit., p; 119;
[7] *Infra*, p. 119;

William Blackstone, nel decennio del 1750, elaborò una tesi particolarista tenendo in considerazione, ed anche contraddicendo, non soltanto Hobbes e Locke, ma tutto un gruppo di pensatori universalisti loro predecessori, tra i quali si ricorda il calvinista olandese Hugo Grotius, il quale nel 1625 aveva proposto una nozione di diritti applicabili a tutta l'umanità[8]; il tedesco Samuel Pufendorf[9], primo professore di diritto naturale ad Heidelberg, che con una pubblicazione del 1768 aveva contribuito a consolidare il pensiero di Grotius come pioniere della corrente universalista; e lo svizzero Jean-Jacques Burlamaqui, che in un'opera del 1747, intitolata *Principes du droit naturel*, aveva sintetizzato vari testi di diritto naturale del secolo XVII[10]. La tesi di Blackstone[11], in breve, sostiene che in tempi precedenti le libertà naturali – messe in evidenza da pensatori di inclinazione universalista in opposizione ai diritti particolari dell'inglese nato libero -, sia per ereditarietà che per acquisizione, erano diritti di tutta

[8] BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma-Bari: Laterza, 2011, sull'opera di Grotius dice letteralmente: "Non concepisco uma buona teoria del Diritto senza la conoscenza di Grozio o di Hobbes, di Kant o di Hegel, di Austin o di Thon; né una buona teoria della giustizia senza il libro V dell'Etica Nicomachea o le analisi di Hume; né una buona teoria della scienza giuridica senza Leibniz o Jhering" (p. 40). Grotius, di cui si è detto sia stato il salvatore delle migliori idee giuridiche degli scolastici per il mondo moderno, ha accompagnato la transizione dal feudalesimo al nazionalismo. Nato nel 1583, morì nel 1645, secondo MORRIS, Clarence (curatore), *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 76. La sua principale opera giuridica, *As leis da guerra e da paz*, pubblicata nel 1625, é considerata il punto di partenza del moderno Diritto Internazionale. W.S.M. Knight, uno dei biografi di Grotius, citato da Clarence sintetizza la rilevanza del suo testo: "... l'Europa, con il feudalesimo in punto di morte, la Chiesa e l'Impero lacerato, aveva l'urgente necessità di una teoria generale del Diritto, della nazione e della sua organizzazione. La teoria contrattualistica di governo nasceva nel momento in cui il sistema feudale si stava dissolvendo, e lì vi era Grotius che elaborava apertamente questa teoria.[…]. Così, questo fu il corso generale degli eventi, l'atmosfera di una Europa che cambiava rapidamente, che determinò la [grande] reputazione e influenza che il *De Jure Belli* meritava e di cui godeva" (apud MORRIS, op. cit., p. 75).

[9] Lyan Hunt chiarisce che Pufendorf pubblicò nel 1678 una storia generale degli insegnamenti di diritto naturale nella quale, nonostante la formulazione di alcune critiche a Grotius, contribuì a consolidare la sua reputazione come fonte primordiale della corrente universalista (op. cit., p. 117). Wolfgang Reinhard, nell'opera *Il pensiero politico moderno*. Bologna: Il Mulino, 2000, cita Pufendorf considerandolo come il primo ad essersi liberato dei fondamenti filosofici che ispiravano i professori tedeschi nel XVII^{esimo} secolo, poichè aveva sviluppato un sistema proprio di diritto naturale nell'opera *De Jure Naturae Gentium Libri VIII*, del 1672, completato più tardi dall'opera *De Officio Hominis et Civis juxta legem Naturalem Libri II*, del 1673, dove rivendicava la secolarizzazione e la sistematizzazione dello studio del Diritto (op. cit., p. 147). Secondo Reinhard, nella concezione di Pufendorf: "*(...)* l'uomo è fondamentalmente incline alla comunità, dato che *personalitas* e *socialitas* si condizionano e si accrescono reciprocamente. Lo stato, la forma suprema di comunità umana, non è comunque dato *eo ipso* per natura, oppure per fondazione divina, ma si realizza attraverso un'esplicita sanzione umana in tre passi successivi: prima, grazie al contratto sociale, gli uomini fondano una comunità per la protezione reciproca delle loro debolezze, poi decidono su di una forma di governo e, in terzo luogo, istituiscono attraverso un contratto di sottomissione un'autorità politica, alla quale promettono ubbidienza in cambio della cura per il bene comune. (...) Nonostante la sua configurazione secolarizzata il pensiero politico di Pufendorf si colloca in maniera del tutto evidente all'interno della tradizione del luteranismo e contiene alcuni momenti che assumeranno un'importanza considerevole per l'autocomprensione politica tedesca" (idem, p. 148).

[10] L'opera del Burlamaqui, anche senza fornire un contenuto specifico, sia giuridico che politico, che potesse essere attribuito alla nozione di diritti naturali universali, occupandosi più di dimostrare che questi esistevano e derivavano dalla ragione e dalla natura umana, ha finito per provocare un vero rinnovamento di queste teorie relative alla legge naturale e ai diritti naturali legati alla moralità interiore di ogni essere umano, con ripercussioni sia in Europa che nelle colonie americane. Il suo pensiero è stato adottato, tra gli altri, da Rousseau, come punto di partenza per la sua concezione contrattualista dello Stato e del Diritto. Così in Hunt, op. cit., pp. 117-118 .

[11] *Commentaries on the Laws of England*, 8ª ed.., 4 vols., (Oxford: Clarendon Press, 1778), vol. 1, p. 129, apud HUNT, op. cit., p. 119.

l'umanità; tuttavia, dato lo stato di degrado e devastazione della maggioranza dei restanti paesi del mondo, continuavano ad esistere soltanto come diritti del popolo d'Inghilterra che aveva saputo mantenerli, conservando la sua superiorità.

A partire dal decennio del 1760 inizia una oscillazione tra le posizioni particolarista e universalista nelle colonie britanniche d'America[12], con un chiaro predominio dal 1770 in poi dell'universalismo a fronte del distacco crescente tra le colonie e la Gran Bretagna, specialmente in ragione della necessità di giustificare e dare fondamento al diritto dei coloni di costituire un nuovo paese andando contro la volontà degli inglesi nati liberi che, nella visione particolarista, presumibilmente avevano il diritto di mantenerli nella condizione di coloni. La riflessione universalista offriva un argomento logico più solido per l'indipendenza, mentre la riflessione particolarista serviva a dare fondamento a ciò che era la sola riforma delle relazioni tra colonie e Regno Unito. Sin dalle elezioni nordamericane nei decenni del 1760 e 1770, erano frequenti le citazioni delle tesi di Burlamaqui, Grotius, Pufendorf e in particolare di Locke, in difesa dei diritti dell'umanità[13], circostanza che ha permesso ai coloni di sentirsi in *stato di natura* quando l'autorità britannica ha cominciato ad avere delle difficoltà nel 1774 (la letteratura prodotta dagli autori più letti riportava tale situazione come conosciuta dalle popolazioni). Il pensiero universalista ha favorito e rafforzato la convinzione di rompere con la sovranità britannica e invocarne una propria, e - ancor prima del Congresso - dichiarare l'indipendenza: i coloni avevano convocato assemblee statali per sostituire il governo britannico, giungendo a redigere le prime bozze di costituzioni, che in maggioranza contenevano dichiarazioni di diritti [14].

In questa fusione dei due pensieri, l'universale e il particolare, in modo comparativo è possibile affermare, come fa Hunt[15], che la Dichiarazione di Indipendenza e la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 1776 contengono un linguaggio molto più universale della Costituzione nord-americana e del *Bill of Rights*, il che semmai spiega come la *Dèclaration* francese abbia rapidamente esercitato maggior forza di attrazione internazionale.

1.2 L'universalismo francese

In Francia, sin dai suoi momenti iniziali, il movimento che è culminato nella Rivoluzione Francese e, successivamente, nella *Dèclaration des droits de l'homme et du citoyen*, ha fatto propria la riflessione di carattere universalista come modo di contrapporsi alla posizione monarchica fondata su rivendicazioni particolariste attinenti alla sua forma di legittimazione tradizionale. In tale ambito il messaggio di Hunt riguardo i dibattiti sulla

[12] In modo ambiguo, i coloni ora invocavano la tesi particolarista relativa ai loro diritti in quanto sudditi britannici, ora formulavano la tesi universalista per rivendicare il diritto universale ad un governo che garantisse i loro diritti inalienabili in quanto uomini uguali.
[13] **HUNT**, op. cit., p. 120.
[14] **HUNT**, op. cit., p. 121.
[15] Idem, p. 126.

redazione della *Dèclaration*, ed in particolare in relazione all'occasione in cui il duca Mathieu de Montmorency aveva suggerito ai suoi colleghi deputati che avrebbero dovuto *"seguire l'esempio degli Stati Uniti: loro diedero un grande esempio nel nuovo emisfero; diamo un esempio all'universo"* [16], metteva in evidenza in tal modo la componente universalista.

Secondo quanto chiarisce Bobbio[17], le teorie filosofiche universaliste relative ai diritti dell'uomo, dotate di efficacia estremamente limitata poiché rimaste mere teorie, si rilevano come accolte da parte del legislatore, per la prima volta, tanto nelle dichiarazioni dei diritti dei coloni nordamericani quanto, più tardi, nella Rivoluzione Francese, divenendo condizione di base per la creazione di una nuova concezione di Stato, con poteri limitati proprio da quei diritti per la cui tutela era stato costituito. Lo Stato alla fine passa alla condizione di strumento di tutela dei diritti dell'uomo. In tal modo, la concezione universalista dei diritti dell'uomo ne ha guadagnato in efficacia. In questo contesto, come afferma Hunt[18], l'atto di dichiarare diritti ha comportato effetti che sono andati ben al di là della Francia stessa, trasformando, a partire dal 1789, il discorso giuridico e politico: poiché i francesi vivevano sotto la monarchia come la maggioranza delle nazioni europee, i loro problemi erano, dunque, universali, e la rispettiva soluzione era caratterizzata da profili di universalità. Tale linguaggio universale, occupandosi di problemi comuni all'immensa maggioranza dei popoli, ha contribuito a diffondere il tema universalista dei diritti umani nel mondo occidentale.

Bobbio avverte espressamente che i principi della *Dèclaration* hanno costituito un punto di riferimento obbligatorio relativamente all'idea di libertà, qualunque sia la posizione che si assume dinanzi ad essa: contraria o favorevole[19]. È interessante osservare, tenendo ancora in considerazione la lezione di Bobbio, la concezione secondo la quale le Dichiarazioni rappresentano un momento di ricostruzione razionale dello Stato e delle relazioni tra governanti e governati. Rompono la tradizione dei fondamenti metafisici del potere politico, che attribuiva agli individui solamente obblighi nei confronti dello Stato, ed affermano l'idea che sono soggetti di diritto anche nei confronti dello Stato, il quale inizia ad essere visto come il risultato della volontà cosciente delle persone e del loro consenso come forma di tutela dei diritti di cui ciascuno è titolare in ragione della sua condizione umana. Qui, tuttavia, i diritti dell'uomo non sono diritti derivanti dalla natura umana, bensì sono diritto costruiti dalla civilizzazione e della razionalità umana, per questa ragione storicamente identificati e, come tali, suscettibili di mutamenti.[20]

A suo modo, Hobsbawm porta la propria testimonianza relativamente alla Rivoluzione Francese, segnalando che questa è l'unica che considera ecumenica, poiché i suoi eserciti sono partiti dalla Francia per rivoluzionare il mondo. E, in effetti, le sue idee lo hanno rivoluzionato, lasciando traccia in tutti i paesi e con ripercussioni, che hanno dato inizio al

---

[16] Secondo HUNT che qui cita direttamente gli Archivi parlamentari dal *1787 al 1860: Recueil complet des débats legislatifs et politiques des chambres françaises*, serie 1, 99 volume (Paris: Librairie Administratif de P. Dupont, 1875-1913), vol. 8, p. 320;

[17] BOBBIO, Norberto. *L'Età dei diritti*. Einaudi: Torino, 1990, pp. 20-21.

[18] Op. cit., pp.134-136.

[19] *A era dos direitos*; p. 92.

[20] Come si vede, in generale, dall'opera *A era dos direitos*, in particolare nell'edizione brasiliana pp. 32 e 100.

processo di liberazione delle colonie in America Latina dopo il 1808, diffondendosi altresì fino al Bengala dove, per sua ispirazione, è stato fondato un movimento di riforma indù e si è costituito il primo grande movimento di idee della cristianità occidentale che ha prodotto effetti reali anche nel mondo islamico.[21]

Nel capitolo intitolato *Il messaggio giuridico della rivoluzione francese*, Paolo Grossi inizia definendo il suo verificarsi come un evento che ha inciso a fondo non solo sulla storia politica e giuridica della nazione francese, ma sulla stessa storia politica e giuridica dell'intera Europa continentale[22], recidendo alla radice la vecchia organizzazione della società e aprendo la strada a futuri esperimenti costituzionali.

La validità universale della Dichiarazione è affermata nel suo stesso testo, che si riferisce ai soggetti destinatari dei diritti, individuati tanto nei cittadini (francesi) quanto negli uomini (di qualunque nazionalità). Ed ancora, oltre a rappresentare il certificato di morte dell'assolutismo monarchico e dei privilegi feudali, si afferma[23] in ragione dell'astrattezza e della generalità delle formule che impiega e si trasforma in paradigma del costituzionalismo universale: questo documento rappresenta il momento iniziale dello Stato di Diritto. La *Dichiarazione*, elaborata dall'Assemblea Nazionale e pubblicata senza l'approvazione del Re, ha costituito l'attuazione concreta della costruzione teoretica di Sieyès, secondo la quale il popolo è detentore della sovranità nazionale, in lui risiedendo il potere costituente originario, da cui derivano i poteri costituiti, tra i quali la figura del Re[24]. Come è stato confermato storicamente, la Dichiarazione ha, inoltre, tanto dimensione nazionale quanto universale.

Villán Durán[25] é dell'opinione che, nonostante i testi che hanno dato inizio al processo di positivizzazione dei diritti umani siano stati primato del Regno Unito (riferendosi alla *Petition of Rights* del 1628, all'*Habeas Corpus Act* del 1679 e alla *Declaration of Rights* del 1689), è stata la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* il punto culminante per la limitazione del potere dello Stato e, contemporaneamente, per aver fondato i diritti umani sulla natura e sulla dignità proprie dello stesso essere umano, senza necessità di fare ricorso ad alcun supporto filosofico o religioso. Soltanto il prescindere dal riferimento a valori filosofici o religiosi specifici costituisce circostanza sufficiente per riconoscere alla *Déclaration* di essere dotata dell'attributo dell'universalità, poiché quei valori potevano essere fatti propri dalle più diverse culture, rispondendo alle rispettive peculiarità.

Bobbio certamente riconosce l'importanza e il significato della *Déclaration* francese, ma sostiene tuttavia che sia stata la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, il documento che ha fondato il consenso universale sull'obbligo di rispettare i diritti umani[26].

---

[21] HOBSBAWM, Eric J. *A era das revoluções. 1789-1848*. 6ª edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, pp. 72-73.
[22] GROSSI, Paolo. L'Europa del Diritto. 3ª edizione, Laterza: Roma-Bari, 2008, p.129**.**
[23] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 132.
[24] COMPARATO, op. cit.
[25] VILLÁN DURÁN, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2006. 2ª ristampa.
[26] BOBBIO, *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 26.

Questa disposizione è l'inizio di un processo di positivizzazione dei diritti dell'uomo, inizialmente a livello di diritto internazionale come diritti umani e, successivamente, a livello costituzionale come diritti fondamentali[27].

A livello di diritti fondamentali, tale processo è sfociato nella previsione espressa nei testi delle costituzioni, in particolare a partire dal secondo dopoguerra, sia dei cosiddetti diritti di prima generazione, direttamente e immediatamente legati alla limitazione dello Stato e alla garanzia di uno spazio di autodeterminazione individuale[28], sia dei diritti sociali, la cui funzione è l'attribuzione degli obblighi di fare che ha come beneficiario il soggetto.

1.3 L'articolo XVI della Déclaration

Secondo la *Déclaration*, articolo 16[29], è possibile considerare che un popolo possieda un documento giuridico al quale può essere attribuita la qualifica di Costituzione soltanto quando in tale documento sono garantiti i suoi diritti ed è determinata la separazione dei poteri ai quali si sottopone. In tale contesto, la Costituzione è essenzialmente separazione dei poteri e diritti fondamentali. Ironicamente, ciò che la storia riscontra da allora è che la subordinazione dei diritti fondamentali al potere legislativo (proprio ciò che attribuisce allo Stato il suo carattere democratico) ha avuto come conseguenza l'ipertrofia della separazione dei poteri a costo dell'atrofia della garanzia dei diritti. Vale a dire: l'effettiva garanzia e l'effettivo esercizio dei diritti fondamentali sono stati, da allora, subordinati alla volontà del legislatore, privilegiandosi nella separazione dei poteri la funzione legislativa a spese di quei diritti trattati nella Dichiarazione come di eguale rilevanza. L'universalizzazione nel mondo occidentale e la preponderanza della concezione elaborata sul suolo europeo devono essere attribuite alla circostanza macrostorica di essere venute alla luce in un periodo di marcata influenza europea.[30] Secondo Lukacs: la diffusione della democrazia ha segnato la storia dell'umanità, certamente negli ultimi duecento anni ma, per molti aspetti, anche durante tutta l'Era Moderna.[31]

D'altro canto, deve senza dubbio avere qualche significato il fatto che la *Dèclaration* (1789), che stabiliva l'inesistenza della Costituzione senza la previsione di diritti

---

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 35-42.

[28] Cfr. *supra* nota 26.

[29] Articolo 16: "Ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata, né la separazione dei poteri stabilita, non ha una costituzione."

[30] Interessante analisi dell'influenza europea durante l'Età Moderna formula LUKACS, John. *O fim de uma era*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, quando alle pagine 17-18 afferma che a partire dalla scoperta dell'America inizia un periodo di indiscutibile dominio europeo: "Dopo il *1492,* l'"Europa" ha aumentato la propria espansione in diversi modi. Continenti interi, di recente scoperta (le Americhe, l'Australia), così come l'estremità meridionale dell'Africa, sono state colonizzate da bianchi e cristiani. (...) infine, le istituzioni, i costumi, le industrie, leggi, invenzioni e costruzioni dell'Europa si sono distribuite su quasi tutto il globo, toccando anche popoli non conquistati dagli europei. Tuttavia, dopo le due guerre mondiali in cui i popoli dell'Europa si aggredirono reciprocamente, quasi tutto questo giunse al termine."

[31] LUKACS, op. cit., p. 19.

e senza separazione di poteri, è stata seguita, centocinquantanove anni dopo, dalla Dichiarazione Universale (1948) e che questa si occupa soltanto del riconoscimento dei diritti. Ossia ciò deve valere in qualche modo come un riconoscimento storico per cui, relativamente alla separazione dei poteri, la concezione universalista della Rivoluzione Francese è stata vista come *vis coactiva*, mentre in relazione all'effettivizzazione dei diritti è stata recepita meramente come *vis directiva*.

La divisione dei poteri è, per eccellenza, la struttura organizzativa dello Stato occidentale moderno [32], essendosi affermata in un contesto storico di superamento dell'assolutismo, costituendo una vera barriera giuridica destinata ad evitare la concentrazione di potere nelle mani di pochi e, conseguentemente, tendente a garantire la libertà dei governati. È in tale contesto di opposizione all'assolutismo che si deve comprendere la concezione classica di separazione dei poteri dello Stato, che voleva dire la necessità di separazione dei poteri dello Stato come salvaguardia per garantire il non ritorno dell'assolutismo, del potere politico illegittimo e smisurato delle religioni e il disfacimento di una società censitaria ove prevalevano nello Stato gli interessi delle classi dominanti.

Il giurista italiano Bognetti sottolinea l'esistenza storica di due modelli di separazione dei poteri. Un modello classico, che riconduce agli ordinamenti liberali e profondamente legato all'affermazione giuridica della libertà individuale, che pone quale parametro essenziale della costruzione dell'ordinamento giuridico e, conseguentemente, per la concezione che si ha dello stesso Diritto.[33] Nella concezione di questo autore, l'altro, invece, del quale per ora non ci occuperemo dettagliatamente, deve ancora essere formulato dalla dottrina ovvero è in elaborazione[34], in linea con i parametri dello stato sociale[35]. La versione classica della separazione dei poteri è l'oggetto prediletto della presente analisi, unitamente alle sue reciproche implicazioni con il positivismo formalista. Il periodo storico che va dal XVI^{esimo} al XVIII^{esimo} secolo segna una profonda trasformazione nelle società europee[36], tracciando un percorso che va dall'estrema frammentazione del potere politico, in vari nuclei come l'Impero, il Re o il principe locale, le corporazioni, i Signori Feudali, etc., alla sua quasi totale concentrazione nella persona del sovrano.[37] La forma tipica di governo diventa, dunque, una monarchia che detiene il quasi monopolio del potere di comando direttamente sulla comunità.[38] Si tratta della risposta storica alla dispersione del potere in vari nuclei che ha caratterizzato il Medioevo. Tale risposta, tuttavia, ha prodotto lo Stato assolutista, che nella sfera privata era nemico delle libertà individuali, e nella sfera pubblica negava qualunque

---

[32] **BOGNETTI**, Giovanni. *La divisione dei poteri*. Seconda edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 11-17.
[33] **BOGNETTI**, op. cit., p. 15.
[34] Ibidem.
[35] Idem.
[36] Si sono verificati cambiamenti temporali e percorsi storici diversi tra loro, dovendosi registrare che nonostante in Inghilterra non si sia mai avuto l'assolutismo propriamente detto, gli Stuart avevano tentato di introdurlo nel secolo XVII^{esimo}. L'instaurazione di un governo con la separazione dei poteri si ebbe tra il 1688 e il 1689 con la Rivoluzione Gloriosa che depose Giacomo II, sostituendo alla dinastia cattolica degli Stuart la dinastia D'Orange, con il re Guglielmo. In vari stati europei continentali la separazione dei poteri venne instaurata definitivamente soltanto a partire dalla metà del secolo XIX^{esimo}. Cfr. **BOGNETTI**, op. cit., p. 21.
[37] Idem, p. 19-20.
[38] Idem, quasi letteralmente come alla pagina 20.

forma di partecipazione popolare all'esercizio del potere. In sostanza, oggi si fa riferimento all'assolutismo quale modello di Stato contro il quale si è concentrata tutta la lotta per la libertà contenuta negli scritti filosofici illuministi.

Montesquieu è l'autore della celebre teoria della tripartizione dei poteri nell'opera 'Lo spirito delle leggi'[39]. L'opera riporta l'ipotesi secondo cui la nascita delle leggi positive rappresenterebbe la risposta allo stato di guerra tra gli uomini dopo la nascita dei gruppi sociali e delle società minimamente organizzate, che avrebbero preteso di imporre delimitazioni al territorio e alla popolazione altrui come modo di ottenere la pace. Tali leggi sono il diritto delle genti (che regola le relazioni tra i popoli), il diritto politico (che regola le relazioni tra governanti e governati) e il diritto civile (che regola le relazioni degli individui tra di loro). Nel libro XI[esimo], dal titolo *Delle leggi che determinano la libertà politica nei suoi rapporti con la Costituzione*, e nel Capitolo VI, intitolato *Della Costituzione di Inghilterra*, Montesquieu sostiene[40] che un cittadino ha la libertà politica nella misura in cui gode della tranquillità di spirito derivante dalla garanzia che il governo sia costituito nella forma della tripartizione del potere.[41]

Francisco Weffort, scienziato politico brasiliano, richiama l'attenzione sul fatto che l'opera di Montesquieu si occupi del funzionamento dei sistemi politici nell'ottica liberale, nonostante egli sia un membro della nobiltà e che, ad ogni modo, l'oggetto della sua riflessione non sia la restaurazione del potere della sua classe, ma la preoccupazione di come dotare di stabilità i sistemi risultanti dalle rivoluzioni democratiche.[42] L'idea-forza che ha unito esperienze storico-politiche tanto diverse è stata, secondo l'espressa opinione del Bognetti, l'idea per cui ogni Stato e il suo rispettivo ordinamento giuridico devono riconoscere e rispettare la concezione liberale dei diritti fondamentali di ciascun individuo e i conseguenti legami tra lo Stato e la società civile.[43] Diritti fondamentali qui come espressione attualizzata di quanto è contenuto nell'articolo 16 della Dichiarazione francese. Come è noto, la concezione liberale dello Stato, che si è andata costituendo alla fine dell'assolutismo, si fonda sull'idea che gli individui godono di un'ampia sfera di libertà, relativa ad estesi settori dell'attività umana che il sistema giuridico liberale riconosce e protegge, essendo vietato allo Stato liberale, a rigore, interferire nella libertà stessa, con il rischio di incorrere in una ipotesi di incostituzionalità per azione. Riacquista vigore così la separazione tra Stato e società civile, tra Diritto e economia, tra sfera pubblica e sfera privata, ora ampiamente e legalmente delimitate in aperto contrasto con la vaghezza e l'incertezza del Medioevo.

Fatte tali considerazioni, è possibile affermare che la previsione dell'articolo 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, nell'affermare che non possiede costituzione la società in cui la tutela dei diritti non è garantita e la separazione dei poteri determinata, pone in evidenza che l'obiettivo che si desidera raggiungere con tali

---

[39] **MONTESQUIEU**, Charles Louis de Secondat. *O espirito das leis*. 2ª edição, 1996, tradotto per il portoghese da Cristina Murachco, São Paulo: Martins Fontes.
[40] **MONTESQUIEU**, op. cit., pp. 167-168.
[41] Idem, p. 168.
[42] **WEFFORT**, Francisco Correa. *Os clássicos da política. Volume 1*. 14ª edição, São Paulo: Editora Ática, p. 114.
[43] **BOGNETTI**, op. cit., p. 21.

misure è la limitazione del potere dei governanti in modo da garantire i diritti degli uomini e dei cittadini. La garanzia dei diritti è dunque il fine, e la divisione dei poteri il mezzo per il suo raggiungimento.

CAPITULO 2

2. Il concetto di legge

La legge è uno degli istituti elementari e fondamentali della natura eminentemente sociale dell'essere umano, costituendo uno strumento capace di dare impulso allo sviluppo della civilizzazione.[44]

Si è abituati a considerare che il concetto di legge nell'antichità era concepito, soprattutto, come una norma giusta, generale e impersonale, finalizzata al raggiungimento del bene comune. La concezione secondo cui la legge ha come funzione e obiettivo regolare il diritto in riferimento agli individui riguarda la preoccupazione politica tipica della Modernità, tesa a limitare l'autorità dei detentori del potere politico nelle loro relazioni con gli individui e determinando la regolamentazione ad opera degli organi legislativi per la possibilità di riconoscimento e esercizio di diritti soggettivi[45]. È indubbia la rilevanza del ruolo della legge quale fenomeno sociale, e della sua funzione come parte rilevante delle forze che rendono solida la regolazione sociale e la possibilità di costruzione di un concetto di società giusta.[46] La natura umana è tale, già si è sostenuto, che soltanto per l'uomo è possibile manifestare la condizione realmente umana in funzione dell'esistenza della legge, dando per presupposti in tale affermazione i fini fondamentali della esistenza umana e quanto risulti necessario per il loro raggiungimento.[47] Tanto che Kant[48], probabilmente il maggior filosofo contemporaneo della Rivoluzione Francese e dell'avvento della moderna concezione di Stato, della Legge e del Diritto, considera come elemento essenziale della nozione di dignità umana - ossia di ciò che ha attribuito all'essere umano una condizione superiore relativamente agli altri animali - la sua capacità di sottomettersi, al di là delle leggi della natura, alle leggi che egli stesso crea, in ragione del convivio con i suoi simili. Tale capacità di creare un sistema di norme e sottomettersi ad esse è, in effetti, la nota essenziale dell'autonomia[49] e

---

[44] LLOYD, Denis. *A ideia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, prefazione, pag. IX.

[45] VAZ, Manuel Afonso. *Lei e Reserva de Lei. A causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*. 1ª ristampa, Porto: Coimbra Editora, 1996, pag. 22.

[46] LLOYD, op. cit., pag. 3.

[47] Idem, pagg. 3-4.

[48] La citazione di Kant si deve al fatto che si tratta del più significativo tra i filosofi idealisti tedeschi coevi alla Rivoluzione Francese, la cui opinione era entusiasta rispetto ai risultati ottenuti, ma di condanna rispetto ai metodi utilizzati per ottenerli.

[49] KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002 (senza numerazione di pagina) elabora il concetto di libertà nei seguenti termini: "La volontà è una specie di causalità degli esseri viventi, in quanto razionali, e libertà è la proprietà di questa causalità, attraverso la quale quella può divenire efficiente, nonostante le cause estranee che possano determinarla; come la necessità naturale è la proprietà della causalità di tutti gli esseri irrazionali di determinarsi alla attività attraverso l'influenza di cause estranee". Il concetto esprime che la causa delle azioni umane è la volontà e la libertà è una delle qualità di tale volontà, essendo presente soltanto nelle azioni degli esseri razionali, costituendo questa la nota differenziale degli animali razionali dagli altri, giacchè questi si sottomettono alle

dell'autodeterminazione dell'essere umano, caratterizzando la sua capacità di trascendere da ciò che è nella natura e convivere immerso in ciò che egli stesso ha costruito. Nella concezione kantiana dello Stato[50] e del diritto[51] la legge svolge un ruolo fondamentale, giacchè l'uomo sacrifica la sua libertà selvaggia dello stato di natura, senza leggi, per ritrovarla, secondo l'ottica kantiana, più adeguata alla condizione umana e più solida, nella dipendenza e nei termini della legge posta dai propri rappresentanti liberamente scelti dopo aver creato lo Stato.[52] In Kant, la legge è l'opera che risulta dalla volontà del legislatore che applica una ragione *a priori*, tanto per ciò che concerne la legge morale prodotta da un legislatore supremo, quanto per ciò che si riferisce alla legge giuridica prodotta dal legislatore civile.[53] Tale ragione aprioristica è la libertà umana.

Innegabile, inoltre, la rilevanza della idea di legge per ciò che riguarda la garanzia e la conservazione della libertà umana. Né sempre, in ogni caso, è prevalsa tale nozione di legge, essendo possibile distinguersi momenti precedenti nei quali, fondata su di un paradigma metafisico essenzialmente religioso, si intendeva la legge umana come il riflesso della legge naturale e questa a sua volta era considerata come derivante dalla legge divina, dato che un creatore supremo sarebbe stato il responsabile della creazione e del perfetto ordine del cosmo e di tutto ciò che in esso esiste.

---

relazioni di causa e effetto derivanti dalla legge di natura, mentre gli esseri umani sono gli unici capaci di trascendere da questa contingenza e elaborare autonomamente altri sistemi di norme, come la morale, la religione e i diritti, ai quali subordinano la convivenza.

[50] Idem, pag. 154: "il congiunto delle leggi che è necessario che siano promulgate in generale al fine di creare una condizione giuridica costituisce il diritto pubblico. Il diritto pubblico è, pertanto, un sistema di leggi per il popolo, una moltitudine di esseri umani, o per una moltitudine di popoli che, poiché interagiscono tra loro, necessitano di una condizione giuridica subordinata ad una volontà che li unisca, una costituzione (*costitutivo*), in modo che possano usufruire di ciò che è formulato come diritto. Questa condizione degli individui in seno ad un popolo nella loro relazione reciproca è detta *condizione civile* (*status civilis*), e il congiunto degli individui in una condizione giuridica, in relazione ai suoi stessi membri, è detto Stato (*civitas*); più avanti, a p. 155: "Uno Stato (*civitas*) é l'unione di una moltitudine di esseri umani subordinata alle leggi del diritto."

[51] KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes, pag. 76: "il diritto è, pertanto, la somma delle condizioni in base alle quali la scelta di qualcuno può essere unita alla scelta di altri secondo una legge universale di libertà." Kant è chiaro nel considerare che il diritto riguarda le relazioni esterne, pratiche di atti concreti, tra le persone nella misura in qui tali atti producano ripercussioni reciproche nelle sfere delle persone coinvolte. Da ciò deriva che il comportamento di ciascuno interferisce in forma legittima con le aspirazioni e i comportamenti di ciascuna altra persona, e, pertanto, è in grado di imporre su questa gli effetti della scelta libera dell'agente, se e quando una norma giuridica attribuisce alla prima persona la libertà giuridica di agire e alla seconda il dovere giuridico di sopportare le conseguenze di tale azione. Ciò che presiede alle relazioni umane è un principio generale di libertà e, di conseguenza, qualunque azione sarà giusta se in grado di coesistere con la libertà di tutti, o, in altre parole, se la massima libertà di scelta di ciascuno possa coesistere con la libertà di tutti (op. ct., pp. 76-7).

[52] KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*, 2ª edição, Edipro: São Paulo: 2008, pag. 158: "L'atto mediante il quale un popolo si costituisce in uno Stato è il contratto originale. Ad esprimersi con rigore, il contratto originale è soltanto l'idea di tale atto, in riferimento al quale possiamo esclusivamente pensare la legittimità di uno Stato. Secondo il contratto originale, tutti (*omnes et singuli*) in seno al popolo rinunciano alla propria libertà esterna per riacquisirla immediatamente come membri di una cosa pubblica, ossia di un popolo considerato come uno Stato (*universi*). E non si può dire: l'essere umano in uno Stato ha sacrificato una parte della sua libertà esterna innata in favore di un fine, ma al contrario che egli ha rinunciato interamente alla sua libertà selvaggia e senza legge per ritrovarsi con la propria libertà tutta non ridotta nella dipendenza dalle leggi, ossia, una condizione giuridica, laddove tale dipendenza sorge dalla stessa volontà legislativa."

[53] BASTIT, Michel. *Nascimento da lei moderna*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, pag. XXVII.

Da questa concezione deriva, secondo la nostra opinione, il carattere sacro e divino attibuito alla legge ancora ai nostri giorni, come se fosse ella stessa l'opera di un essere sovrumano, in modo da rafforzare l'idea dell'onnipotenza del legislatore affermatasi in particolare grazie all'influenza della Rivoluzione Francese e del posivitismo giuridico. La grande Rivoluzione, nel superare il fondamento metafisico del potere, ha contribuito a collocare al suo posto la democrazia realizzata attraverso la politica e, crediamo, muovendo nella convinzione di rafforzare il potere del legislatore di produrre autonomamente – in relazione a Dio e alla natura – leggi imperative, attribuendogli un carattere ugualmente sacro[54] e, di conseguenza, metafisico. In tal modo, tutti gli elementi peculiari relativa all'origine divina, sacra, celestiale delle concezioni delle leggi, elaborate e finemente rifinite dai dottori della Chiesa nella fase pre-moderna del diritto precedente alla Rivoluzione Francese, sono state trasmesse quasi intatte al periodo storico successivo, sebbene prive della connotazione espressamente e apertamente religiosa, anche se ancora metafisica.

L'approccio che si segue ha come elemento catalizzatore l'innegabile e incommensurabile influenza delle idee religiose, in particolare della dottrina cristiana, nella costruzione della moderna concezione di Stato, di diritto, di legge e di cittadinanza. Già al termine della *Res Publica Christiana*[55] nel XVI^{esimo} secolo, il razionalismo illuminista e, ancora alla fine del XVIII^{esimo} secolo con la Rivoluzione Francese, il pensiero religioso permeavano la storia del costituzionalismo che, in una certa misura, non prescindeva dal riferimento a Dio e al divino come fondamenti ultimi dei valori umani[56]. Da ciò discende la ragione dell'analisi degli argomenti forniti dai dottori della Chiesa i quali, oltre ciò, rappresentano quello che il mondo colto e l'attività accademica hanno prodotto ed espresso durante un lungo periodo di tempo. Tempo nel quale tutta la cultura occidentale esistente era prodotta e diffusa nell'ambito dell'universo cristiano[57]. In conseguenza della caduta

---

[54] Il termine sacro è utilizzato intendendo qualcosa che non può essere toccato, violato, rispettabile, venerabile, santo, purissimo, quello che non può mancare, che non si può non adempiere.

[55] L'idea di una repubblica cristiana universale animava l'obiettivo di affermazione universale del cristianesimo come religione e, sulla base degli influssi della sua dottrina e dei suoi principi, elaborata nella sintesi tomista, la sottomissione del Diritto positivo ai canoni religiosi, così come la sottomissione del potere politico al comando dalla Chiesa Cattolica Romana. In accordo con HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. 3ª edição, 2003, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, pp. 89-90: "Sia l'Impero sia la Chiesa avevano ordinamenti giuridici unificati, sebbene coesistessero parallelamente. Per questo, la triade <<una religione, un impero, un diritto>> (*una religio, unum imperium, unum ius*) sembrava esprimere qualcosa di naturale nell'organizzazione del genere umano – una data comunità di governo (*respublica christiana*) e una data unità di diritto (*ius commune*)."

[56] Così secondo MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 23.

[57] WIEACKER, Franz. História do Direito Privado Moderno. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 19-20: "L'organizzazione pedagogica e scolare dell'antichità sopravvisse, nonostante la repressione culturale e la crisi esterna delle invasioni barbariche, sulla base dell'organizzazione del *trivium*; prima, negli istituti di insegnamento laici; dopo, solo nelle scuole conventuali, che dalla fondazione di Monte Cassino, confermarono e ampliarono – nei secoli VI e VII , in Europa Occidentale e, dal secolo VIII, anche in Europa Centrale – il patrimonio scolare dell'antichità e l'insegnamento tardoantico. Ciò significò, da subito, la pratica di leggere e scrivere e dell'espressione letteraria scritta– la prima condizione di sopravvivenza della legislazione, amministrazione, giurisprudenza e attività giurdica – divenne monopolio della formazione letteraria della tarda antichità e delle scuole conventuali e cattedratiche dell'alto Medioevo. Significò inoltre, che ciascuna riduzione allo scritto di un processo giuridico, di una legge, di una minuta o di un documento, restava legata al linguaggio della chiesa o della scuola e che le forme giuridico-negoziali di diritto romano tardo volgare facevano parte

dell'Impero Romano d'Occidente, questo stesso tempo ha assistito alla trasformazione dell'Europa in un immenso spazio politico rarefatto, e proprio lì, dove l'unità imperiale segnava il ritmo e il modo di costituzione delle comunità, solo la Chiesa cattolica si è dimostrata un'istituzione forte a sufficienza per riempire il vuoto politico e culturale, idonea e allo stesso tempo desiderosa di ricondurre la pluralità feudale ad una determinata unità di significato[58]. In tale quadro, come si vuole dimostrare, la costruzione della idea di legge non è in alcun modo destinata alla protezione dei diritti, bensì in primis a mettere in evidenza come la fonte prima dell'ordine dell'universo sia la figura del Dio dei cristiani, da cui deriva il diritto divino, e poi per dimostrare che la natura, essendo stata creata da tale demiurgo, è ordinata secondo un diritto naturale e, infine, essendo l'uomo una creatura di Dio e immerso nella natura, il diritto che egli stesso crea per ordinare le proprie comunità deve osservanza ai principi di diritto divino e di diritto naturale.

2.1 La legge nella premodernità e le influenze di Tommaso d'Aquino

Sono innegabili i contributi e l'influenza della Scolastica[59] nella formazione dell'idea di legge nel mondo premoderno, emergendo soprattutto la figura di Tommaso d'Aquino[60] tra i dottori della Chiesa. Le riflessioni da costui svolte hanno rielaborato gli apporti speculativi offerti nel XII^{esimo} secolo nell'ambito dell'università medievale, avendo elaborato su queste una sintesi personale e originale attraverso un ritorno al pensiero di Aristotele[61]. Nella *Summa Theologica*, sua opera peculiare, Tommaso d'Aquino esplicita gli

---

della circolazione sanguigna della cultura giuridica alto-medievale. Significò, infine, che tutte le dichiarazioni esterne o interne, passavano per le figure scolari della grammatica, della retorica e della logica e , pertanto limitate alle possibilità di espressione di tali strumenti."

[58] *MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva. Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 18, 1996*, pp. 27-8.

[59] SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pp. 70-71, considera che la fioritura degli studi scolastici nelle università italiane fornì un grande contributo all'evoluzione del pensiero politico rinascimentale a partire dalla riscoperta dell'opera di Aristotele che, all'inizio si era dimostrata assolutamente incompatibile con la dottrina di Sant'Agostino: mentre per questi la società politica è un ordine determinato da Dio, imposto agli uomini che, decaduti a causa del peccato, sono condannati a vivere sulla Terra nell'espiazione e nella preparazione per una vita a venire dopo la morte, per Aristotele la polis è una creazione puramente umana destinata al raggiungimento di fini strettamente umani e mondani, costituendosi l'arte del vivere bene nella polis in un ideale completamente autosufficiente privato di qualunque necessità di finalità ulteriore per giustificarsi e trovare piena giustificazione.

[60] É sufficiente per evidenziare lo sfondo sul quale si sviluppa la filosofia tomista definita da Grossi nei seguenti termini: "Il soggetto medievale, interpretato con fedeltà e puntualità da Tommaso d'Aquino, è un uomo *intelligente*, identificato nella sua dimensione razionale, munito soprattutto della *conoscenza*, che lo proietta al di fuori di sé, con un gesto di umiltà psicologica verso il reale circostante, che lo inserisce nel reale e lo rende in qualche modo anche tributario del reale. L'uomo nuovo, che saranno prevalentemente la teologia e la teologia francescane a disegnare, è individuato in un soggetto che *ama* e *vuole*, un soggetto che tra le molte dimensioni psicologiche punta sulla più autonoma, sulla più auto-referenziale – la volontà – per reperirvi una identità ma anche la propria cifra vincente (GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Laterza: Roma-Bari, tereza edizione, 2008, p. 69).

[61] Idem, p. cit., p.31.

elementi sempre presenti in qualunque legge ed in particolare più visibili nelle leggi umane, definendo la legge in generale come quell'*ordine di ragione diretta al bene comune, promulgata da chi ha a suo carico la cura della comunità* [62]. Chiaramente si coglie la dimensione razionale della legge, il suo obiettivo costituito dalla produzione del bene comune attraverso l'organizzazione della comunità, la condizione di autorità di chi la pone, e, in ultimo, la normatività della legge umana derivante dalla autorità di chi la pone e della sua promulgazione esplicita. Emerge la concezione di una unità ontologico-metafisica della legge considerata come *concetto ordinato o qualcosa ordinato*, così considerata in quanto derivante dalla ragione fondata nell'essere umano, e questa, a sua volta, quale riflesso della ragione divina; in tal modo la legge umana ha in comune con la legge divina un'essenza materialmente razionale.[63] Secondo questa dottrina, la forza dei comandi stabiliti dalla legge umana in vigore deriva dal fatto che questa discenda dai principi della legge naturale, alla cui conoscenza l'essere umano ha accesso attraverso la via della ragione speculativa; la legge naturale, a sua volta, deriva dalla ragione contenuta nella legge divina che, in tal modo e in ultima analisi, è fonte e origine della legge umana[64]. Di conseguenza, esiste una razionalità intrinseca e fondante, derivante dal legame della legge umana con la legge naturale e di questa con la legge divina, la quale si perfeziona con la razionalità intenzionale dei suoi contenuti che si orientano al conseguimento del bene comune[65]. La finalità della legge orientata al bene comune – nella misura in cui nella teologia di Tommaso d'Aquino tutte le azioni umane hanno come fine la felicità dell'uomo secondo i precetti cristiani e l'uomo è parte della comunità – corrisponde alla necessità della legge di ordinare la comunità al fine di raggiungere proprio il soddisfacimento di tale obiettivo[66]. L'uomo, secondo Tommaso d'Aquino, é naturalmente orientato verso il bene[67]. In tale costruzione emerge il ruolo del legislatore, sia esso il popolo o il suo rappresentante, a seconda delle forme di Stato e di governo, ad esclusione della tirannia e, conseguentemente, della legittimità della legge imposta dal tiranno, la quale non proviene dalla ragione né è orientata al bene comune, bensì è finalizzata alla felicità del tiranno.[68]

È importante sottolineare, in questa dottrina, la rilevanza della legge e il suo carattere associato al sacro, nonchè il ruolo del legislatore, inteso come colui che accede alla conoscenza di cosa sia il bene comune attraverso il divino, rivelato dalla fede religiosa, al fine

---

[62] VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei*, pp. 75-84.
[63] Idem, p. 76.
[64] Idem, pp. 76-77.
[65] VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da Lei*, p. 77.
[66] Idem, p. 78.
[67] COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 143: "il pensiero etico-teologico di San Tommaso, tutto impregnato di aristotelismo, è profondamente razionalista. Il primo e indubitabile postulato del sistema è dato dalla convinzione che l'uomo è stato dotato dal Creatore della capacità di separare la verità dall'errore, mediante l'uso della ragione. San Alberto Magno, maestro di San Tommaso alla *Sorbonne*, sosteneva che nella ragione umana risiedeva sempre una naturale inclinazione al bene, una specie di scintilla che illuminava rapidamente l'agire umano (*scintilla conscientiae*). Gli scolastici definirono tale facoltà mentale *synderesis*, parola che deriva dal greco *syntêreo* e che la filosofia greca impiegò, a partire da Aristotele, nel senso di salvare, conservare, proteggere. San Tommaso accoglie questa idea e sostiene che la sinderesi è una vera legge del nostro intelletto (*lex intellectus nostri*) che si realizza come un'abitudine di conservare i comandamenti della legge naturale."
[68] Ibidem.

di ordinare la società. La razionalità presupposta nella legge umana si fonda pertanto sulla sua teleologia onto-assiologica, costituita nei termini sopra analizzati, che la trascende, il che fa delle legge umana la manifestazione storica contestualizzata del giusto razionalmente costituito attraverso l'azione del legislatore[69]. La legge è sempre giusta[70], perchè il legislatore storicamente collocato sulla via della riflessione razionale percepisce la legge naturale che, a sua volta, è conseguenza della legge divina in modo che, sebbene concretamente posta ad opera della razionalità del legislatore storico, la legge umana positivizzata riflette l'adeguamento naturale all'istanza divina. In tal modo la legge umana sarebbe un modo di concretizzarsi della legge divina. Il libro sacro del cristianesimo, in tal senso, afferma espressamente*: "È attraverso me che i re governano e i principi promulgano leggi giuste"*.[71]

Nella ricerca della *essentia legis*, Tommaso d'Aquino, dopo aver provveduto ad una prima definizione di legge come *un principio esterno degli atti degli esseri per il loro fine*[72], afferma la ragionevolezza della legge fondata sulla e frutto della ragione, di contro a concezioni volontaristiche. Tommaso d'Aquino dunque individua l'elemento proprio dell'essenza della legge nella circostanza in base alla quale legge obbliga e, allo stesso tempo, svolge la propria indagine in relazione al significato dell'ordine, ossia, analizza perché la legge obbliga, a pena di risultare privo di senso l'ordine legale – non esiste obbligo senza un fine -. La facoltà umana che percepisce e analizza il fine dell'ordine é la ragione, essendo peculiarità umana agire secondo ragione; la ragione è il principio primo dell'azione, è legge che ordina per un fine, e per questo il principio è fonte di regola. La regola, che obbliga sulla base della legge, si costituisce in risposta all'appello enunciato per un fine conosciuto come intermedio dalla ragione umana.[73] Essendo la ragione il principio e allo stesso tempo la capacità di misurare le cose, la regola, che deriva dall'applicazione della ragione al principio che ordina verso un fine, sarà sempre razionale; così, la legge sarà sempre *aliquid iuris* o *rationis ordinatio*.

Anche in Tommaso d'Aquino, come risultato della ricerca della *essentia legis*, si ha la legge finalizzata, ossia, la verifica della finalità della legge, consistente sempre nel bene comune che è il fine ultimo, da ciò risultando la sua fonte di legittimità.[74] La caratterizzazione

---

[69] Idem, p. 79.

[70] COMPARATO, Fábio Konder. *Ética...*: "la legge è qualcosa di razionale, ordinata al bene comune, come suo fine proprio (1ª parte della 2ª parte, questione XC, articoli I e II). Siamo inoltre molto lontano dal dovere vuoto, o dall'adempimento del dovere per il dovere come, secoli più tardi, sarebbe stato sostenuto da Kant. Inoltre, la legge di cui si occupa San Tommaso, come il *nómos* greco, é un principio etico che non stabilisce distinzione tra alcuna legge morale, diritto e religione" (p. 145). E, più avanti, secondo lo stesso autore: "Tutta la legge umana deriva dalla legge naturale. Da cui il non dover considerare legale ciò che è ingiusto (qu. XCV, art. II). La legge ingiusta è, innanzitutto una violenza. Che una legge in stretto senso (qu. XCVI, art. V). E perchè San Tommaso ritenga valida la definizione della legge data da Isidoro di Siviglia: "Legge sarà tutto ciò che sia in accordo con la ragione; che, almeno concordi con la religione, sia adatto alla disciplina, goda della salvezza". Isidoro afferma inoltre: "la legge deve essere onesta, giusta, possibile, naturale, conforme ai costumi patrii, adeguato al tempo e al luogo, necessaria, utile ed anche chiara, in modo da non illudere attraverso l'oscurità; scritta non per l'utilità privata, bensì per l'utilità comune dei cittadini" (qu. XCV, art. III)".

[71] Sacra Bibbia, 4ª ristampa, 1990, Brasília: Edições Paulinas, Proverbi, cap. 8m vers. 15, p. 480.

[72] BASTIT, Michel. *Nascimento da lei moderna*, p. 35.

[73] BASTIT, Michel. *Nascimento da lei moderna*, pp. 38-9.

[74] Idem, p. 49.

del bene comune nella filosofia tomista, secondo Bastit[75], parte dell'idea di comunità, qualunque sia la legge, ordinata secondo un principio di azione, orientato al conseguimento di determinati obiettivi, i quali costituiscono il suo bene comune. Ciascuna parte di comunità si distingue dal tutto e al contempo lo integra, e con questi interagisce sulla base dell'orientamento verso un fine. Il tutto è necessariamente "più" perfetto, comprensibile e universale rispetto alle parti; il tutto non è la somma delle parti, ma al contrario l'ordine delle parti che si uniscono per un unico fine. Viene dato maggior rilievo all'elemento etico, in modo che il fine si presenti come il bene della comunità; l'esistenza di tale fine in comune, unendo le parti in comunità, è determinante perchè a esso si riporta la comunità e alla legge che la governa nella ricerca del proprio bene. La comunità adotta le leggi per raggiungere la realizzazione del proprio bene. In tal modo, spiega Bastit, la relazione della legge con le parti è la stessa relazione della comunità con le sue parti; come il bene comune si realizza attraverso diverse azioni comuni, le leggi si distinguono secondo le azioni comuni, che costituiscono parte del bene comune: legge umana, legge naturale, legge divina realizzano il bene comune universale.[76]

In relazione agli effetti della legge, Tommaso d'Aquino (secondo quanto sostiene Bastit) ritiene che il legislatore non abbia come proprio punto di riferimento la sua stessa volontà, ma il fine della legge, ossia il bene comune derivante dal verificarsi dei suoi effetti; il legislatore vuole gli effetti della legge solo indirettamente e nella misura in cui costituiscano strumenti per la realizzazione del bene comune[77]. Il timore della punizione, che spinge a non contravvenire alla norma di comportamento e all'adempimento della legge, è il suo primo effetto, sottomettendo la persona alla sua ragion pratica che determina sia evitando il male che compiendo il bene; l'intelligenza di coloro che si sottomettono alla legge è subordinata a quella del legislatore attraverso tale ragion pratica. Così, la virtù consiste in non reprimere i desideri e gli appetiti, ma nel sottometterli alla rettitudine attraverso la ragione contenuta nella legge. La virtù consiste nell'essere subordinato a chi deve governare.[78] È chiara l'influenza della filosofia greca classica in tale concezione, che trae origine dalla metafisica di Platone, così come interpretata da Sant'Agostino, e che è poi ampliata dalla dialettica di Aristotele[79] applicata alle Sacre Scritture del cristianesimo.[80] Tommaso d'Aquino realizza la sintesi[81] tra

[75] Op. cit., pp. 50-1.
[76] Ibidem.
[77] Idem, p. 58.
[78] BASTIT, op. cit., pp. 58-9.
[79] "[…] il pensiero tomista è tutto impregnato di categorie aristoteliche: le quattro cause, atto e potenza, sostanza e accidente. In quasi tutte le discussioni teoriche Aristotele è citato come la grande autorità filosofica, praticamente l'unica, attraverso la designazione metonimica "il Filosofo". Il razionalismo di San Tommaso, sebbene abbia provocato all'inizio alcuni sospetti e condanne ecclesiastiche, ha finito rapidamente per imporsi, non soltanto tra i cristiani, ma anche fuori dalla Chiesa. Già nel 1291, il rabbino Hillel da Verona, nella sua opera *Le Retribuzioni dell'Anima*, riconosceva che l'opera di San Tommaso rappresentava una felice conciliazione tra le verità di fede e le verità di ragione. Tra il 1300 e il 1320, un altro rabbino, Iehuda Romano, si impegnava nella traduzione in ebraico di numerosi brani del "Maestro che ci ha donato interpretazioni filosofiche secondo verità". Nel Concilio di Trento (1545-1563), l'opera teologica di San Tommaso fu dichiarata dottrina ufficiale della Chiesa Cattolica Romana", cfr. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética. Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, pp. 132-3.
[80] VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Juridico Moderno*. São Paulo: Martin Fontes, 2ª edição, 2009, p. 122. L'autore riporta quello che definisce la *rinascita della filosofia e la metamorfosi degli studi*, sulla base

Aristotele e le Sacre Scritture.[82] In qualche modo, ciò che emerge è il carattere quasi divino, sacro della legge umana, poichè trae la sua essenza dalla legge naturale e, attraverso questa, dalla legge divina, costituendosi in un vero monumento di fondamentale importanza e rilevantissimo significato nell'ordine della società umana, ad immagine e somiglianza della volontà di un essere superiore inteso come creatore dell'universo.

Questa concezione eredita dalla metafisica platonica l'essenza di ciò che è buono e giusto, rivedendo tale criterio di bontà e giustizia alla luce del parametro contenuto nelle Sacre Scritture del cristianesimo. Dalla dialettica aristotelica si acquisisce la nozione secondo cui la comunità storicamente posta costruisce il tutto dalle parti e individua la sua specifica concezione del bene comune nella dottrina cristiana. Così elaborata la nozione di legge umana, è essa stessa qualcosa di molto potente perchè giusta, buona e conforme ai disegni del creatore, essendo sempre meritevole di rispetto e osservanza poiché su questa si fonda la possibilità di ordinare la comunità orientata al bene comune.

---

dell'analisi del fenomeno verificatosi tra il XI^{esimo} e il XIII^{esimo} secolo, trasformando la cristianità occidentale in un nucleo di studi di grande forza, che poneva al centro dei propri interessi la teologia e la filosofia, e trasferendoli da Bologna a Parigi e in altre capitali dotate di importanti università, con dispute dottrinali che hanno trasformato la cultura europea; in tale contesto si è avuto il passaggio dalla prevalenza delle dottrine di Sant'Agostino, fondate su Platone, all'affermazione della dottrina di San Tommaso d'Aquino, che si fondava sul pensiero di Aristotele.

[81] Gli sforzi per riconciliare la concezione aristotelica dell'autonomia della vita civica con le preoccupazioni orientate al mondo divino e spirituale che caratterizzano il cristianesimo di Sant'Agostino, hanno dato origine ad un movimento nato nell'Università di Parigi con i francescani, da un lato, che si opponeva al sincretismo tra religione e filosofia pagana, e con i domenicani, dall'altro, dediti al compito di elaborazione di un poderoso sistema filosofico che si basava sulla filosofia di Aristotele e sulla dottrina cristiana. Il pioniere fu Alberto Magno, che nel decennio del 1240 fu Professore all'Università di Parigi, ma il rappresentante di rilievo di tale corrente è da sempre considerato San Tommaso d'Aquino, che iniziò a insegnare in quella Università a partire dal 1250, da questa prima assentandosi e poi facendovi ritorno nel periodo tra il 1269 e il 1272, morendo due anni dopo e lasciando praticamente conclusa la sua opera più significativa, la famosa *Summa Theologiae*, nella quale (mancando la terza parte, che non riuscì a scrivere) presentò al mondo un completo sistema di filosofia cristiana fondata sull'integrale accettazione del pensiero morale e politico di Aristotele.

[82] VILLEY, op.cit., pp. 128-9: "La politica papale non si oppone ai progressi della scienza profana, ma li controlla. La Santa Sede sembra essere stata convertita in anticipo innanzitutto alla teologia tomista in cui si può e si deve confidare per la conoscenza naturale, la quale, avendo origine divina, non potrebbe, in ultima istanza, contraddire la Rivelazione, il cui corso sarebbe inutile voler interrompere; ma che questa conoscenza è fallibile, che molte volte i filosofi sbagliano, per lo meno i meno saggi tra loro, e le cui tesi, di conseguenza, è necessario sottoporre al controllo della fede. In modo tale che i papi, lungi dal proibire gli studi filosofici, favoriscano il loro approfondimento: contro i commenti arabi e contro le tesi avventurose di certi maestri parigini fanno ricorso ad Aristotele, confidando che il suo testo autentico non possa comportare gli stessi errori, e altri maestri di scienza e fede comprovata. È così che Alessandro IV invita Alberto Magno a Roma; che Urbano IV, in varie occasioni, convoca presso di sé San Tommaso. Si tratta di affidar loro questo compito positivo: in nessun modo la confutazione di Aristotele o il rifiuto delle sue teorie, ma la *sintesi tra Aristotele e la fede cristiana* che San Tommaso avrebbe realizzato".

2.2 Le influenze di Duns Scoto e Guglielmo di Ockham nell'idea di legge nella pre-modernità

Michel Villey[83] sottolinea l'ingente debito del diritto moderno nei confronti di Tommaso d'Aquino, ma avverte che le caratteristiche che gli attribuiscono maggiore specificità derivano da altra scuola medievale, contraria alla dottrina tomista. Si tratta della scuola francescana, più intensamente vincolata al pensiero di Sant'Agostino, nella quale si inseriscono i pensieri di Duns Scoto e Guglielmo di Ockham, mentre Tommaso d'Aquino apparteneva all'ordine dei domenicani. Scoto e Ockham, sebbene Maestri che insegnarono nelle Università, furono monaci francescani sottomessi alla regola che disponeva la rinuncia alle ricchezze materiali e intellettuali, essendo questo uno dei tratti caratteristici del pensiero filosofico francescano.[84]

Duns Scoto[85], seppur contrario alla letteratura pagana, fu un attento studioso di Aristotele, nella convinzione tuttavia che la validità della filosofia fosse da ricondursi a mero strumento di conoscenza, osservando che le soluzioni delle questioni che riguardano la struttura del mondo, Dio, la natura, l'uomo, hanno come unica autorità sovrana la Sacra Scrittura e i suoi interpreti. Ossia: la fede governa la ragione. La ragione è fonte di orgoglio, difetto umano che deve essere evitato, perché la ragione stessa si pone come ancella della fede[86]. In tal modo, in un certo senso, la filosofia scolastica francescana ha rappresentato un ritorno reazionario al pensiero di Sant'Agostino. Tuttavia, dopo che Tommaso d'Aquino e la dialettica aristotelica raggiunsero il punto più alto, in termini di rispetto e considerazione nel mondo universitario, non fu più sostenibile il rifiuto degli autori pagani, che aveva comportato la negazione e il rifiuto di tutto un pensiero religioso fondato su quella filosofia[87]. Per Scoto, i comandamenti positivizzati nella Sacra Scrittura hanno valore per l'autorità divina che li ha posti, e non perchè il contenuto sia necessario ed essenzialmente giusto. Ciò che è in discussione è l'autorità divina. L'autore, infatti, giunge ad affermare che gli atti considerati malvagi sono tali poichè è la Sacra Scrittura che così li definisce: nel caso della fuga degli Ebrei dall'Egitto, ad esempio, Dio ordinò che costoro derubassero gli Egizi, e tale atto fu considerato meritorio [88]. In sostanza, un uomo che uccide un proprio simile o gli sottrae qualcosa che gli appartiene con l'uso della violenza, compie atti atti malvagi non perchè essenzialmente malvagi (concezione metafisica), ma perchè il libro sacro dei cristiani li qualifica come malvagi (concezione positivista).

---

[83] VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 198.
[84] Idem, p. 200.
[85] Joan Duns Scoto, nato a Maxton, Scozia, nel 1266, viene educato dai padri francescani di Dumfries a partire dagli undici anni di età, essendo entrato nell'ordine dei frati minori nel 1281. Intorno all'anno 1290 fu studente ad Oxford, e fu ordinato padre il 17 marzo 1291, quando lasciò le isole britanniche e si trasferì a Parigi per studiare teologia, ritornando in patria intorno al 1296 e iniziando ad insegnare intorno al 1300, dedicandosi in particolare a commentare le *Sentenze* di Pietro Lombardo. Ritornato in Francia per conseguire il titolo di dottore, viene bandito nel 1303 per aver preso parti contrarie a Filippo il Bello nella disputa pontificia. Nel 1304 ritorna a Parigi, nel 1305 diviene dottore di teologia e inizia ad insegnare a Colonia, dove muore l'8 novembre 1308, secondo Michel Bastit, *Nascimento da Lei Moderna*, p. 211, citando Etienne Gilson, *La Philosophie a o Moyen Age*.
[86] Idem, p. 202.
[87] Ibidem.
[88] VILLEY, Michel. *A formação do Pensamento Jurídico Moderno*, p. 204.

In Scoto la volontà prevale sull'intelligenza[89] (*auctoritas non veritas facit legem*), cosicchè Dio agisce in tutta libertà, non essendo condizionato nè obbligato dalla ragione, dato che detiene un potere assoluto (*potestas absolutas*) su tutte le cose[90]. Proprio lì risiedono i punti iniziali di ciò che più tardi sarà il positivismo[91] giuridico.

Guglielmo di Ockham[92], nelle sue opere speculative, dimostra interessi soltanto trasversali per le questioni di diritto e, sebbene in effetti non si possa ignorare Aristotele dopo la riflessione tomista, quest'ultimo presenta scarso interesse per la metafisica, applicandosi di più alla *Fisica* aristotelica e alla logica. Può essere dunque considerato il teologo che ha sostituito la metafisica con la logica.[93] Sono le circostanze di una vita personale movimentata, per il coinvolgimento e la presa di posizione in relazione alle dispute tra l'impero e il papato, nonché a quelle interne alla Chiesa stessa, che fanno sì che Guglielmo di Ockham, in contatto con la realtà politica del suo tempo e intervenendo in quella, rifletta e scriva su temi aventi ad oggetto la legge e il diritto.[94] Bastit sostiene che è possibile trovare tra gli scritti politici di Ockham gli elementi di una filosofia politica e giuridica, consistenti nei riferimenti ad un mondo contingente in relazione all'onnipotenza divina; la riflessione è una presa di posizione sulla natura della relazione politica; nonché, fra le altre cose, un'analisi circa il significato del diritto naturale[95]. Il suo pensiero, una volta ammessa l'unità del campo religioso con il campo politico proposta da Bastit, parte dalla premessa essenziale che l'individuo è il principio e il fondamento della comunità tanto politica quanto ecclesiastica.[96] Questa è la nota di originalità del pensiero ockhamiano; fino ad allora aveva predominato ampiamente la concezione secondo cui la comunità politica era un tutto che ordina le parti, mentre grazie ai suoi studi, dotati di elevato grado di sistematizzazione e profondo spirito di chiaroveggenza, in relazione ai temi controversi che agitavano il mondo cristiano, tale nozione è stata completamente

---

[89] Idem, p. 206.
[90] Idem, p. 203.
[91] VILLEY, op. cit., p. 209: "L'assassinio, il furto, l'adulterio sono peccati secondo Duns Scoto *perchè Dio così volle* (*mala quia prohibita*); non sono proibiti perchè male (*prohibita quia mala*), come era, al contrario il caso della dottrina di San Tommaso. Pertanto, per incontrare il contenuto del diritto è necessario soffermarsi sul *testo* della proibizione divina, e non più nei ragionamenti fondati sulla natura delle cose: per esempio, secondo Duns Scoto, la pena di morte solo sarà ammessa nei casi ("tali come la blasfemia, l'omicidio, l'adulterio e vari altri") espressamente prescritti da Dio nella legge antica. L'ordine proveniente dalla *volontà* divina, espressa nelle Sacre Scritture, il testo positivo divino avrà un luogo privilegiato tra le regole giuridiche. Ma, subito dopo, poichè le *libertà* dell'uomo tornano ad essere valorizzate e la sua volontà è liberata degli ostacoli della ragione, non meno sovrane sono le leggi positive umane".
[92] Nato a Surey, nei pressi di Londra, intorno al 1290, ha fatto parte dell'ordine francescano, formandosi intellettualmente in un universo marcato dall'agostinismo, ha commentato le *Sentenze* di Pietro Lombardo intorno al 1320. Fu avversario della corrente tomista di Oxford della quale John Lutterell, all'epoca rettore, era uno dei rappresentanti, il che lo portò ad un processo del quale non vi è un registro di condanna. Era chiamato *Venerabilis Inceptor*, sebbene non avesse mai ottenuto il titolo di maestro di teologia. Papa Giovanni XXII lo convocò ad Avignone per rispondere delle sue dottrine eretiche; di lì, una notte di maggio del 1328 fuggì accompagnato da Bonagrazia da Bergamo e Michele da Cesena, ponendosi in aperta lotta con il Papa che li accusò pubblicamente di eresia. Dopo aver chiesto perdono a Papa Clemente VI, morì nel 1349 o 1350, non si sa per certo (Bastit, op. cit., pp. 288-9).
[93] BASTIT, Michel. *Nascimento da Lei Moderna*, pp. 289-290.
[94] Idem, p. 290.
[95] BASTIT, Michel. *Nascimento da Lei Moderna*, p. 293.
[96] Idem, p. 295.

rivista. Siamo di fronte ad una vera rivoluzione, che altera la nozione di legge quale strumento che regola la convivenza nella comunità[97].

Nella prima metà del secolo XIV^{esimo} (con il profondo coinvolgimento di Guglielmo di Ockham) ha luogo una controversia decisiva per l'avvento di quello che Villey[98] identifica come la nota distintiva della nascita del pensiero giuridico moderno, ossia la nozione di diritto individuale. In realtà, dalla sua costituzione in poi l'ordine dei Frati Francescani ha preteso di esistere a margine del diritto, nella zona di *non-diritto* propriamente detto poiché, per mezzo dell'artifício della negazione del diritto di proprietà, i suoi monaci si asoggettavano alla Regola della povertà, la cui accettazione li obbligava a rinunciare alle ricchezze, come aveva fatto in vita San Francesco nel rinunciare ai beni terreni. Queste in sintesi le caratteristiche essenziali della filosofia francescana. La Regola della povertà è stata fonte di problemi per la Santa Sede romana, poichè le chiese, i fienili, i conventi etc. erano gestiti da procuratori romani.[99] Tra la fine del secolo XIII^{esimo} e l'inizio del XIV^{esimo}, il Papato abbandona la posizione i favore nei confronti dei francescani e decide di imporgli il titolo e le responsabilità della proprietà (decisione presa intorno al 1323 da Papa Giovanni XXII)[100]. Questo dibattito fece nascere una posizione rigorista anche dentro l'ordine francescano, con la quale si sosteneva che la Regola della povertà, istituita da San Francesco, andasse seguita alla lettera. In tal modo, si ebbe come conseguenza che il *Testamento* di San Francesco venisse considerato non valido dal Papato e che, successivamente, nel periodo in cui l'ordine era guidato da San Bonaventura[101], fosse ordinato di bruciare tutti i documenti contenenti riferimenti alla vita del fondatore. In Francia e in Italia nasceva così il movimento degli *spirituali*, che ribadiva il culto intransigente della povertà, professando il disprezzo per la proprietà, e condannando qualunque forma di proprietà e qualunque forma di partecipazione all'amministrazione dei beni dei conventi, non accettando nulla al di là dell' *usus pauper* (uso povero)[102]. Il dissenso si diffonde nell'ordine francescano e si ha la ribellione contro il Papa; si impone la risoluzione di talune questioni: cos'è il diritto? Come si distingue tra l'uso e il diritto di proprietà? Dove comincia il diritto?[103] Coinvolto da tali eventi, Guglielmo di Ockham fonda una filosofia nuova, una *via nuova* (la via moderna), ossia una nuova maniera di filosofare: il nominalismo[104] che, per se stesso, ha rappresentato una rivoluzione nella

---

[97] Idem, 296.
[98] VILLEY, Michel. *A formação do Pensamento Jurídico Moderno*, p. 221.
[99] Idem, pp. 216-7.
[100] Idem, p. 220.
[101] VILLEY, op. cit., p. 221.
[102] Idem.
[103] Ibidem.
[104] Secondo MORA, José Ferrater. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp.513-15, il nominalismo, che dopo Roscelin de Compiègne nel secolo XI^{esimo} ebbe come illustre rappresentante Guglielmo di Ockham nel XIV^{esimo} secolo, si caratterizza come una posizione filosofica adottata sulla base della convinzione che l'accettazione dell'esistenza di (idee o essenze) universali implicherebbe necessariamente una forma di limitazione dell'onnipotenza divina che, in ragione di questa, sarebbe condizionata e non completamente libera. Il nominalismo si oppone all'universalismo considerando gli universali come meri *flatus vocis*, un soffio di voce, un suono proferito. Il realismo pone come reali, nel senso scolastico, considera reali gli universali, ossia i generi, le specie, l'animale, l'uomo, il cittadino. Per il nominalismo, il significato non deriva dalle cose, non si trova in queste, ma da una convenzione umana; le cose non comportano il loro significato. Alla fine del Medioevo si impose il nominalismo di Ockham, chiamato *princeps nominalium*, per il quale i segni hanno la

filosofia del diritto[105]. Come fondatore del nominalismo Ockham, in opere come il *Compendium errorum papae Johanis XXII*; l'*Opus nonaginta dierum*; il *Dialogus*; il *Breviloquium de principatu tyrannico*; la *Epistola ad frates minores in capitulo apud Assisium congregatos*, ha trattato questioni politiche e giuridiche, facendosi giurista in un modo che Villey scorge nei suoi scritti - relativamente alla questione delle fonti del diritto – il sorgere del positivismo giuridico e - relativamente alla sua struttura – la nascita della nozione del diritto soggettivo individuale[106].

La metafisica realista degli universali permette di scorgere un diritto nella natura, concependo il mondo come dotato di un ordine che gli è proprio, suddiviso in classi e queste in singoli individui, e di un complesso sistema di relazioni tra gli individui e quanto loro al di sopra.[107] Guglielmo di Ockham rifiuta il realismo attraverso la logica, che gli ha permesso di fare una chiara distinzione tra le cose e i loro segni: le cose soltanto possono esistere isolatamente, individualmente, perciò non esistono l'animale e l'uomo, così come l'animalità e l'umanità, che non sono cose o esseri[108]. Da ciò discende la conclusione che non esiste natura delle cose, natura dell'uomo, forme comuni, cause finali, poiché nella realtà esistono solo gli individui singoli. Allo stesso modo, Ockham nega il generale in favore del singolare, come aveva fatto Aristotele in relazione a Platone. I cosiddetti universali sono segni che servono affinchè gli uomini connotino fenomeni singoli. La metafisica così come concepita, trasmuta per l'universo del linguaggio e del pensiero, per il mondo concettuale, quello che per il tomismo apparteneva al mondo dell'essere. I segni, così come intesi, una volta definito l'ambito della loro esistenza, sono soltanto strumenti per pensare, sono meccanismi propri del processo di conoscenza, che permettono una approssimazione alla realtà[109]. Molte sono le conseguenze storiche di questa nuova filosofia; degno di nota è il successivo[110] sviluppo delle scienze sperimentali moderne sulla base dell'insegnamento di Ockham, secondo cui la ragione naturale dell'uomo ha per oggetto le cose individuali così come Dio le ha disposte nella creazione – il suo nominalismo conduce ad una separazione radicale tra filosofia e fede-. L'una ha ad oggetto il creato, mentre l'altra è il mezzo di accesso alla conoscenza di Dio, la rivelazione che non comporta prova. Da ciò discende il metodo del positivismo in generale, quale conoscenza che ha per oggetto ciò che è stato posto, ed anche il positivismo giuridico, che nega come metodo per la risoluzione di questioni giuridiche il diritto naturale, fondato sull'osservazione della natura e dell'ordine perfetto che da questa (come si riteneva) derivava. Secondo il pensiero di Villey, il positivismo giuridico è figlio del nominalismo, considerato che tutte le caratteristiche essenziali del primo erano già contenute in quest'ultimo[111].

---

funzione di stare in luogo (*supponere pro*) della cosa a cui fanno riferimento, in modo che non sono propriamente le cose, ma le designano. Esiste il nominalismo moderato, l'esagerato e l'assoluto, avendo questi in comune l'affermazione che non esistono entità astratte (idee, universali), esistendo soltanto le entità concrete (individui).

[105] Idem, p. 23.

[106] VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*; p. 225.

[107] VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*; p. 227.

[108] Idem, p. 229.

[109] Idem, pp. 230-1.

[110] Nel XVII^{esimo} secolo, tre secoli dopo l'avvento del nominalismo.

[111] Idem, pp. 232-2.

È importante ancora analizzare il positivismo giuridico di Guglielmo di Ockham. Secondo quanto chiarisce Villey[112] già nei suoi commenti alle *Sentenze di* Pietro Lombardo, Ockham riprende e approfondisce la tesi di Duns Scoto secondo cui i precetti del Decalogo non sono veri nè assolutamente necessari, ma definitivamente obbligatori in virtù del fatto che sono stati positivizzati, disposti dal Creatore, così rifiutando la concezione tradizionale del diritto naturale. Per Ockham, è possibile soltanto accettare l'idea del diritto naturale, quale insieme di derivazioni razionali delle regole positivizzate – ed in tal modo si perde il vincolo con la natura, oltre a perdere i requisiti di universalità e obbligatorietà in relazione alla figura del legislatore che sempre potrà alterare le regole poste, e di conseguenza, dissolvere gli esiti razionali in precedenza osservati[113]. D'altro canto, ciò che caratterizza il nominalismo e, quindi, il positivismo di Ockham é il ritorno all'antico metodo dei teologi, consistente nella sottomissione assoluta al testo positivo, metodo questo che i giuristi presero in prestito e applicarono al positivismo giuridico.[114]

2.2.1 Guglielmo di Ockham: lo jus poli e lo jus fori

È un'altra volta lo stesso Villey[115] a sostenere che, nella pratica medievale precedente al XIV^{esimo} secolo, nulla permette di affermare che la parola *jus* esprimesse una qualunque idea prossima alla nozione di diritto soggettivo. La concezione filosofica nominalista alla quale si avvicinò Guglielmo di Ockham é quella che ha permesso l'avvento di tale categoria giuridica, in riferimento al soggetto individuale come realtà e alla comunità come segno della collettività di soggetti senza corrispondenza nel reale. Nell'opera *Opus nonaginta dierum*, Guglielmo di Ockham, opponendosi alle bolle papali e all'autorità di Papa Giovanni XXII, elabora concetti giuridici a partire da quelli attinenti al dominio, poichè era in gioco la definizione di relazione giuridica tra i membri dell'ordine francescano e i beni materiali di cui questi si servivano. In tale contesto, Ockham sosteneva che lo *jus poli*, quello che si riceve dal cielo (*polus*), dalla ragione o dal diritto divino, corrisponde ad un permesso o ad una facoltà di far uso di una cosa esterna, come abitare, mangiare o bere. I francescani non avevano rinunciato a tali prerogative, giurando di osservare la Regola della povertà, né lo avrebbero potuto fare, così come neanche Gesù Cristo e gli apostoli lo fecero. Ciò che è stato oggetto di rinuncia da parte dei membri dell'ordine francescano, secondo la Regola della povertà istituita dal suo fondatore, è stata un'altra specie di diritto definito *jus fori*, corrispondente a qualcosa che deriva dalla legge umana positiva dotata di pubblica sanzione. L'essenza dello *jus fori* equivarrebbe alla possibilità del detentore di tale diritto di ricorrere alla coercizione statale per far valere il proprio diritto: *potestas vendicandi et defendendi in humano judicio*, ciò che i francescani non farebbero mai[116]. Villey ribadisce: "Pertanto, diviene possibile distinguere, *in relazione ad uno stesso bene*, il cui uso a noi è attribuito, il

[112] Op. cit., p. 236.
[113] Idem, p. 24.
[114] VILLEY, op. cit., p. 247.
[115] Op. cit., p. 264.
[116] Idem, p. 276.

potere che viene dal cielo di goderne e consumarlo, e il potere che deriva dalla legge umana; separare il permesso di fare uso di questo bene, che tutti gli uomini hanno ricevuto dal proprio Creatore, e il potere istituito dal legislatore temporale, la *potestas vendicandi* (o *vindicandi*); riservare il titolo di *diritto*, in senso stretto, a questa ultima specie di potere, che è lo *jus fori*"[117].

Lo *jus fori* é pubblico, perchè è artificiale, trae origine dalle convenzioni e dai costumi umani; d'altro canto, lo *jus poli* deriva da una forma di rivelazione interiore, che attribuisce all'individuo un potere originario direttamente di Dio; lo *jus fori* appartiene alla città, creato artificialmente; lo *jus poli*, appartenente al cielo e alle cose divine, trascende qualunque condizionamento, essendo caratterizzato più fortemente per essere prodotto dalla volontà divina, così come questa vuole il mondo, e deriva dalla *potentia ordinata Dei* che organizza il mondo a partire da determinate regole. Conoscere queste regole e riconoscere la loro autorità è avere coscienza di un essere razionale che possiede superiorità incontestabile su tutto il resto. Lo *jus poli* può essere conosciuto attraverso l'intuito umano della *recta ratio*[118], attraverso la rivelazione che la fede religiosa permette[119]. Una indiscutibile supremazia dello *jus poli* è affermata in maniera ricorrente nelle analisi che Bastit fa dell'opera di Ockham: "... primato di una causa efficiente che si manifesta giustamente nel fatto che questa benefici del privilegio di essere quel potere supremo che può imporre la sua volontà sulle cose.[…] per tale ragione, lo *jus poli*, che è la volontà suprema di Dio, si impone come segno della sua onnipotenza. La sua volontà onnipotente, per trovare applicazione nelle cose inerti può, dunque, per ragioni che solo a questa appartengono, determinare circoli di potere ove regnino volontà differente dalla sua. […] Lo *jus poli* si giova di un primato su qualunque altro diritto che solo può essere di forza inferiore. […] Lo *jus poli* si rivela per quello che è: l'espressione della volontà divina laddove questa si è sostituita alla natura delle cose".[120] Definite tali caratteristiche e identificate tali diversità tra i due diritti nella concezione ockhammiana, conviene chiarire che da questa deriva il riconoscimento per cui l'imperatore, nella condizione che dà lo *jus fori*, deve in ogni caso obbedire al diritto stabilito dalla volontà divina - *jus poli* – pur riconoscendosi che lo stesso imperatore dispone di tutto il potere politico derivante dalla consegna nei suoi confronti,da parte dei sudditi, delle rispettive porzioni di potere[121]. L'imperatore deve, tuttavia, esercitare tale diritto in accordo con le regole del diritto divino e naturale, poiché non facendolo romperebbe il contratto con i sudditi, il che non genera per questi un diritto sul piano dello *jus fori* di resistere e disobbedire al diritto dell'imperatore[122]. L'origine del potere di cui dispongono i sudditi, e che delegano

---

[117] Idem, p. 277.

[118] In tal senso osserva Bastit nell'opera *Nascimento da Lei Moderna*, p. 304, la ragione per Ockham non è quella con accezione metafisica, che ricerca nelle cose ciò che ne identifica le rispettive essenze, ancor meno qualcosa di immutabile e astratto, al contrario è una realtà identificata con la volontà; l'atto di comprensione è un atto di volontà per Ockham, come il processo della ragione, con cui se il mondo si pensa in stato razionale, ciò che è conosciuto dalla ragione è conosciuto per volontà divina.

[119] BASTIT, Michel. *Nascimento da Lei Moderna*, p.p. 302-3.

[120] Idem, p. 309.

[121] Nominalista, Ockham considera che il diritto di ciascun soggetto è ciò che esiste nella realtà, essendo il diritto attribuito all'imperatore una generalizzazione derivante dalla cessione di tale diritto fatta nei suoi confronti da parte di ciascun suddito.

[122] BASTIT, op. cit., p. 323.

all'imperatore mediante contratto, è lo *jus poli*, il diritto con origine nella volontà divina positivizzata che attribuisce agli uomini la capacità di organizzare la loro vita nella città erigendo un'autorità terrena e a questa attribuendo potere (*jus fori*) necessario e sufficiente per disciplinare la convivenza; é lo *jus poli*, in un certo senso, che delimita lo *jus fori*[123]. Nel contesto ockhammiano, le leggi umane devono comportare l'applicazione della legge naturale quando questa regoli la materia, così si avrà una certa quantità di leggi umane che saranno la deduzione delle leggi naturali che determinano ciò che è giusto e ciò che non lo è, mentre le restanti leggi umane sono orientate dall'utilità[124].

Guglielmo di Ockham sostiene sulle leggi umane che richiedano una scienza propria, peculiare, chiusa in se stessa, dovendo ricercare i principi nelle stesse leggi positivizzate dal legislatore; a loro riguardo vale il principio totalmente arbitrario, appartenendo la decisione al solo legislatore; da ciò deriva che il lavoro del giudice consiste nell'applicare la legge, innanzitutto in modo letterale, non potendo, in assoluto, considerare che in un determinato caso speciale la legge non si applichi, giacchè non può lo stesso giudice ricorrere ad equità – il che comporterebbe la disapplicazione della legge, azione vietata-. In tali situazioni è compito del giudice ricorrere al legislatore che, a seconda del caso, potrà a sua volta ricorrere agli specialisti in morale che potranno chiarire ciò che la morale esige che si faccia nel caso concreto[125]. Quanto sin qui riportato mostra chiaramente l'onnipotenza del legislatore ed anche l'origine morale del diritto positivo (*jus fori*), irrobustendo l'imperatività della legge umana, in ragione del suo derivare dalla legge naturale e da questa, a sua volta, dalla legge divina. Nonostante Ockham non vincoli l'esistenza della legge alla sua giustizia, poiché il bene comune non è per costui una realtà dotata di fondamento ontologico, derivando da un accordo volontario prima e da una determinazione volontaria del legislatore[126] poi, la legge più generale é sempre superiore e si pone come fonte di autorità della legge inferiore (diritto divino > diritto naturale > diritto positivo), in modo che ciò che non sia conforme alla legge naturale, alla legge divina o al bene comune sia da considerarsi iniquo.[127]

Guglielmo di Ockham considera la città degli uomini non come un bene che naturalmente deve esistere come tendenza della natura umana così come creata da Dio, ma come un male necessario[128], così che, una volta che l'umanità è caduta nel peccato, la natura rende necessario un artificio politico e, per concessione divina della *potestas appropriandi et dividendi*, nasce per gli individui un potere originale di impossessarsi delle cose (*jus poli*), essendo necessario garantire tale potere sulle cose attraverso la facoltà di istituire un governo che fissi delle leggi (*jus fori*) che limitino e regolino la proprietà.[129] In tal modo, si costituisce il potere dei governanti, che si traduce nel potere di formulare leggi e imporre la loro osservanza agli individui. Si noti che il potere del governante originariamente non appartiene alla costituzione della società; nella concezione particolarmente autoritaria di Ockham, il

[123] Idem, p. 324.
[124] Idem, p. 355.
[125] Ibidem.
[126] Idem, p. 350.
[127] Idem, p. 349.
[128] BASTIT, op. cit., p. 359.
[129] BASTIT, op. cit., pp. 359-360.

potere del governante di dettare le leggi proviene dalla consegna delle libertà individuali che i soggetti fanno al momento della creazione della città, non esistendo realtà giuridica che gli sia anteriore o superiore se non lo *jus poli*. La forza di tale potere si traduce concretamente nella legge umana positivizzata attraverso la volontà del governante. La società politica così concepita, e l'idea di legge che a questa soggiace, non esclude, pertanto, l'obbligo che lo Stato ha di imporre il rispetto della legge naturale, che è l'espressione della volontà divina, fonte prima del potere del governante; esiste tuttavia un vasto campo libero, non coperto dal diritto divino o naturale, circostanza che rafforza il potere dello Stato nell'attribuirgli la possibilità di adottare le leggi considerate utili dal titolare del potere politico per riempire tale spazio. Infatti determinati atti, in ragione del loro stesso oggetto, non dipendono da Dio, configurandosi spazi in cui l'onnipotenza della volontà divina lascia il campo di azione all'ingegno e all'arte strettamente umani[130], da cui, ovviamente, la volontà umana così esercitata possa essere ricondotta alla volontà divina. In tal modo, Ockham svincola il potere politico e il potere religioso come era suo obiettivo svincolarlo in occasione della querelle nata tra Papa Giovanni XXII e Luigi IV di Baviera, intervenendo a favore di questo, e sostenendo, di conseguenza, che la legittimità della legge non è data dalla circostanza che questa sia al servizio del bene comune, giacchè il carattere di autorità pubblica è la volontà più potente nella città degli uomini. Pertanto può esistere una legge umana che non sia giusta e resti valida – da ciò derivando che la causa efficiente dell'autorità della legge è l'autorità di chi la stabilisce. L'essere della legge consiste nella volontà del legislatore.[131] Infine, per comprendere nella sua completezza il pensiero di Guglielmo di Ockham, é necessario considerare che, per costui, la legge umana si fonda sul potere del governante che, a sua volta, si fonda nelle concessioni individuali fatte dai governati, in modo che la società così concepita – nell'ambito del nominalismo che nega gli universali e ammette soltanto le realtà individuali - é un sistema di poteri opposti ove ciascun individuo confronta il suo potere con quello del governante, che è sempre il più forte e si traduce concretamente in legge. Gli individui, a loro volta, conservano il loro diritto naturale (*jus poli*) soggettivo di resistere alla legge umana (*jus fori*) a cui sono sottoposti in ragione del potere del governante come forma di limitazione al suo potere. In definitiva, Ockham intende l'essenza della legge come una decisione volontaria, o di Dio per quanto riguarda la legge divina, o del governante per quanto riguarda la legge umana, pensando addirittura all'individuo che in un certo senso diviene legislatore, per cui può essere considerato un predecessore delle dottrine contrattualiste. Oltre ciò, la sua concezione si fa portatrice di un volontarismo individualista tipico della scuola nominalista e che certamente è stato decisivo per la nascita della nozione di diritto soggettivo.[132]

---

[130] Idem, p. 365.

[131] Idem, p. 367.

[132] Il concetto di diritto soggettivo, essenziale per il funzionalmento dello Stato di Diritto, è stato formulato e sviluppato già nel XIX^{esimo} secolo da Georg Jellinek nell'opera *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libraria, 1912, traduzione italiana di *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2ª ed., Tübingen, 1905, pubblicata in origine in tedesco per la prima volta nel 1892.

2.2.2 I contributi finali di Suarez

Come riferisce Grossi[133], la ricerca di un nuovo ordine giuridico perdurò per secoli fino alla sua concretizzazione, e attraverso una lenta e progressiva crescita è culminata in un modello completo e totalmente rinnovato alla fine del XVIII secolo con l'avvento della Rivoluzione Francese. Passati i secoli XIV^{esimo} e XV^{esimo}, caratterizzati in Europa da importanti correnti di pensiero e azioni umane che hanno consolidato la tendenza sorta già nel XIII^{esimo} secolo di liberazione dell'individualità umana[134], l'affermazione dell'antropocentrismo che, in una certa misura, deriva naturalmente dal nominalismo filosofico, si ha l'umanesimo. Si tratta di una concezione antropologica rinnovata, fondata sulla piena fiducia nell'individuo, considerato come sovrano della società e della natura. Un soggetto che, proprietario di se stesso e dotato di talenti taumaturgici, pensa di essere in condizione di formulare ed eseguire il proprio progetto relativo all'universo. È una valutazione totalmente ottimista in relazione alla capacità del soggetto e alla sua capacità di liberarsi di tutti e di ciascun condizionamento esterno, sia che derivi dalla realtà fenomenica, sia che derivi dalla realtà sociale; é una psicologia di orgoglio e autosufficienza che viene a contrapporsi alla tipica umiltà dell'uomo medievale. I secoli XIV^{esimo} e XV^{esimo} testimonieranno il sorgere di *homines novi*[135]. Alla fine del XV^{esimo} secolo e ancora più tardi, le scienze naturali, superate le inibizioni morali e di natura religiosa, ottengono notevoli sviluppi nella ricerca della conoscenza resa possibile dalla nascita di un nuovo modello che permette, tra gli altri progressi, le scoperte di Galileo[136] e il rilevante contributo di René Descartes[137]. Tra il XVI^{esimo} e il XVII^{esimo} secolo si è avuta una vera rivoluzione culturale che consistette nel superamento delle scienze giuridiche da parte delle scienze naturali – in particolare la fisica e la matematica –guidando per nuovi percorsi tutti e ciascuno scienziato alla ricerca di una correttezza metodologica. Il primato epistemologico della scienza giuridica, che durante il secondo Medioevo offriva l'eredità decantata di quasi due millenni, era egemonico nella postulazione di proposizioni di concetti rigorosi per lo sviluppo del pensiero scientifico sistematico; il modello giuridico crollò e fu superato perché compromesso con il sapere medievale che non era più considerato affidabile, come invece si mostravano sempre più affidabili le ricerche dei matematici e astronomi che cominciavano ora a avvalersi del metodo cartesiano[138]. Tali avvenimenti, secondo Grossi, sono conseguenza dell'evento considerato formidabile che fu, alla fine del 1400, la scoperta del continente americano che, in particolare dal punto di vista economico, innescò movimenti radicali come l'enorme quantità di metalli preziosi provenienti dal nuovo mondo e in circolazione nell'Europa occidentale, e la creazione e l'intensificazione del traffico terrestre e marittimo che produsse profonde modificazioni nella vita economica europea facendo in modo che il continente superasse l'atomismo post-medievale e rendesse possibile la nascita dell'*homo economicus*,

---

[133] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari, terza edizione, 2008, p. 72.
[134] Idem, p. 83.
[135] GROSSI, op. cit., p. 84.
[136] Vissuto tra il 1564 e il 1642.
[137] Vissuto tra il 1596 e il 1650.
[138] GROSSI, p. 87.

profondamente cambiato dal punto di vista psicologico nel confrontarsi con le nuove condizioni che permisero l'affermarsi del capitalismo[139].

In questo contesto, Francisco Suarez (portoghese che insegnò all'Università di Coimbra nel XVII^{esimo} secolo) scrisse l'opera *De Legibus*, la cui prima edizione circolò nel 1612, nella quale definì la legge come un precetto comune, giusto e stabile, regolarmente promulgato[140] da cui, da subito, risulta chiara l'eliminazione del legame con un fine (*ad bonum commune*) così come aveva sostenuto Tommaso d'Aquino nella sua *Summa teologica*. Nella dottrina di Suarez, la legge deve essere giusta in tre modi diversi: primo, essendo conforme alla giustizia legale, puntando sempre alla realizzazione del bene comune; secondo, essendo conforme alla giustizia commutativa, non imponendo più di quanto può imporre; e, terzo, essendo conforme alla giustizia distributiva, imponendo a tutti ugualmente.[141] È ammissibile che la legge umana prescriva atti malvagi, tuttavia, non avendo essa il potere di prescrivere tali atti, in questo caso sarà iniqua e, sebbene promulgata, non sarà una legge con forza obbligatoria, poiché la malvagità degli atti che prescrive è proibita dalla legge naturale e dalla legge divina; da Dio viene il potere, ad Egli ugualmente è sottoposto il legislatore umano[142]. Un atto può, d'altro canto, essere indifferente alla legge naturale o alla legge divina, ma divenire un male solo perchè proibito dalla legge umana; l'atto che era originariamente neutro riceve questa qualificazione di male dalla legge umana; gli atti, che siano buoni o cattivi in se stessi, non ricevono questa qualificazione dalla legge umana, ma dalla legge divina o naturale, restando così nell'eternità[143]. Diversamente dal pensiero tomista, per Suarez la legge cosmica è una nozione metaforica che denota il corso normale degli eventi ma non prescrive un obbligo; comportamenti tenuti sulla base di tale legge sarebbero nell'uomo il riflesso delle inclinazioni naturali derivanti da ciò che Dio in loro ha disposto, ma non propriamente leggi poiché non costituiscono un dovere morale dotato di una qualche coercibilità, caratterizzandosi come meri condizionamenti. La legge, in Suarez, riguarda l'uomo e la sua moralità, che si forma in un ambito separato rispetto al cosmo da cui provengono le sue inclinazioni naturali. Suarez si preoccupa di allontanare l'uomo da qualunque possibilità di determinismo fisico, considerando che questo rappresenterebbe la rovina della sua libertà[144]. Nelle inclinazioni dell'uomo non vi è atto di volontà, pertanto non vi è libertà; d'altro canto, l'atto morale è possibile soltanto nell'ambito della libertà.

Possedendo la legge un valore morale, a questa si deve obbedire liberamente. Così l'atto umano per eccellenza deve essere libero, la legge deve essere obbligatoria, deve essere qualcosa che impone all'uomo dal suo esterno per mezzo della sua forza coercitiva; così la libertà umana esige e dipende sempre di più dalla coercizione della legge esterna: la legge, opera di libertà umana, non riduce la libertà, ma anzi la garantisce[145]. É la prescrizione contenuta nella legge che crea la bontà dell'atto che si realizza nel suo adempimento. In

---

[139] Idem, p. 85.
[140] "*Lex est commune praeceptum, justum ac stabile, sufficienter promulgatum*".
[141] BASTIT, Michel. *O nascimento da lei moderna*, op. cit., p. 391.
[142] Idem, p. 390.
[143] Ibidem.
[144] Idem, p. 383.
[145] Idem, p. 384.

Suarez la legge si riduce ad un comando dell'autorità, smettendo di essere *regula et mensura* come era in Tommaso d'Aquino, e divendo *praeceptum*. Nel pensiero di Suarez, il legislatore inizia con un atto di prudenza, cercando con la sua ragione ciò che è giusto; a questo atto segue un atto di volontà, poichè la legge deve essere una causa efficiente e impulsiva che comandi la condotta umana – il legislatore non deve attenersi ad enunciare delle verità, ma deve imporle-[146]. Tutto il potere del legislatore si concentra nel potere di obbligare attraverso la legge.[147] La legge in se stessa è un atto di volontà del legislatore con forza impositiva. Secondo Bastit, la legge sarebbe dunque un segnale che manifesta la volontà di chi prescrive una specie di regola già scritta nella sua mente, da cui deriva la regola della legge esterna diretta ai soggetti che a questa saranno subordinati. L'intelletto del legislatore contiene l'espressione della legge e gli permette di giudicare relativamente alla bontà della legge, ma tale giudizio pratico del legislatore non costituisce l'imperatività della legge. Nella volontà del legislatore risiede l'origine dell'obbligo che sottomette la volontà dei soggetti subordinati alla legge stessa[148]. La ragione umana crea la legge, la volontà umana la positivizza, rendone l'osservanza obbligatoria.

Come facilmente si può verificare, la concezione che Suarez ha della legge è profondamente volontarista, caratterizzandola come un atto di volontà del legislatore per imporre comportamenti ai soggetti una volta che questi, dopo la caduta nel peccato, non sono più capaci di discernere con chiarezza tra quello che è ontologicamente il bene e quello che è il male; così il buono, il bene, il giusto è prestare obbedienza alla legge, anche perché, in ultima analisi, questa è la volontà di Dio, che ha attribuito agli uomini il potere di istituire un capo che governi la loro vita per mezzo delle leggi. Alla fine dell'opera qui tante volte citata, Bastit conclude che la dottrina della legge, nel suo convincimento personale, rinvia ad una profonda riflessione su tre livelli: innnanzitutto a livello psicologico-filosofico, dato che legiferare é un atto umano, essendo la legge una decisione del legislatore che deriva contemporaneamente dagli influssi della sua psiche e dalla concezione filosofica che abbia del mondo e delle cose che in questo hanno posto; a livello etico-politico, considerato che la legge ha come funzione di reggere i destini di un gruppo politico specifico dotato di caratteristiche e peculiarità; e, infine, a livello ontologico-filosofico, tenendo in considerazione che il gruppo politico retto dalla legge, così come l'azione tanto dei governanti quanto dei governati, si inserisce in una realtà più ampia, che va oltre le loro stesse esistenze e che non può non essere considerata in sede di analisi della legge[149]. Suarez è stato essenzialmente un uomo del suo tempo che ha espresso chiaramente tale condizione nelle sue riflessioni relative alla legge.

La filosofia medievale, di immensa rilevanza per la formazione della idea di legge nel periodo che è seguito alla caduta dell'Impero Romano, tra i vari aspetti rilevanti si

---

[146] Qui si comprende con chiarezza la differenza tra le leggi della natura, del cosmo, che sono scoperte e formulate dall'uomo, e la legge della società che è artificialmente creata dall'elemento umano. Questo pensiero è già chiaramente razionalista, positivista, illuminista, come è proprio delle riflessioni che cominciano ad essere elaborate nel periodo in cui è formulato.
[147] BASTIT, Michel, op. cit., p. 386.
[148] Idem, p. 389.
[149] Idem, p. 445.

caratterizza per i legami tra Dio (che allora è in occidente per la maggioranza il Dio dei cristiani) e l'essere, sia quanto all'esistenza sia quanto ai suoi predicati. Questo legame non ha interessato la filosofia antica e la moderna con la stessa intensità[150]. Tale caratteristica ha chiaramente condizionato il pensiero giuridico[151].

Da tutto quanto si è trattato sino ad ora emerge il mescolarsi innegabile del fenomeno della legge con il fenomeno religioso, a cominciare da ciò che è più significativo che è la stessa forma di costruire il ragionamento che fornisce sostegno all'autorità della legge. Così come Dio, la cui esistenza si comprova perchè in questa si spiega il perfetto e armonico ordine dell'universo, che non è solo ordine, essendo anche giustizia e bontà, la legge si impone come una realtà inevitabile poichè è attraverso questa che si ordina la società. Similmente alle leggi divine che ordinano l'universo, così come le leggi naturali ordinano la natura, le leggi umane sono necessarie poichè ordinano in modo buono e giusto la società umana. Tommaso d'Aquino al riguardo afferma:

> (...) E il principio esterno, che muove verso il bene, è Dio, che istruisce attraverso la legge e ci aiuta con la grazia.[152]

---

[150] MENN, Stephen P. *Metafísica: Deus e ser*, p. 179, in MCGRADE, A. S. *Filosofia Medieval*, 2ª edição, São Paulo: Editora Ideias e Letras, 2008.

[151] WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980: "I primordi degli ordinamenti giuridici europei si ritrovano nelle forme elementari di vita delle società romano-germaniche dell'alto Medievo e nei tre grandi poteri ordinatori che la tarda antichità aveva lasciato: i resti dell'organizzazione dell'Impero Romano *d'Occidente, la Chiesa romana e la tradizione scolastica della tarda antichità, resti che i nuovi popoli e tribù assenti nel corpo del vecchio impero e nel centro dell'Europa ricevettero e finirono per appropriarsene. Ciascuno di questi elementi portò alla cultura giuridica europea e, così anche alla storia del diritto privato, contributi che l'hanno influenzata per molto tempo. Dopo una lunga maturazione e molti arretramenti, fu da questo processo di appropriazione che venne fuori la scienza giuridica dell'alto Medievo."* (op. cit., pp. 15-6). "Probabilmente in maniera ancora più profonda, si fece sentire l'influenza della Chiesa occidentale. Per lo meno da Costantino in poi, questa aveva assunto molte mansioni pubbliche, sociali e morali dell'antico impero. Dopo il suo collasso, la Chiesa si è sostituita come un rifugio per le popolazioni romane e, per i tedeschi, come qualcosa di accettato, nella maggior parte dei casi, da subito e volontariamente. La chiesa appariva ai giovani popoli come una potente creazione reale nella quale sopravvivevano allo stesso tempo, come realtà presenti in carne e ossa, Roma e l'Impero romano; questo molto dopo la caduta dell'impero stesso. I suoi rappresentanti sostituirono, in modo molto più efficace di tutto il resto, l'amministrazione, l'autorità, la cultura, la giurisdizione e le tecniche documentali, processuali e notarili delle autorità secolari. Ma, allo stesso tempo, la cristianità fissò dall'inizio il concetto di diritto. Poiché la fonte di tutto il diritto non scritto – che derivava dalla coscienza vitale spontanea – continuò ad essere l'etica sociale e poichè tutta l'etica europea continuò ad essere, fino a molto tardi nell'epoca moderno, l'etica cristiana, la dottrina cristiana influenzò il pensiero giuridico, anche quando legislatore e giuristi erano poco coscienti di tale relazione. Attraverso il cristianesimo, tutto il diritto positivo entrò in una posizione ancillare rispetto ai valori soprannaturali, dinanzi ai quali doveva sempre essere legittimato. A partire dal momento in cui Sant'Agostino pensò la comunità giuridica terrena dell'impero romano come la copia della città divina, la metafisica del diritto- ancorchè sottoforma di sua negazione– divenne il tema conduttore di tutto il pensiero giuridico fino al secolo passato. Questa metafisica interamente estranea alle orgini della cristianità, così come quelle dell'impero romano, fu la scoperta di Platone, scoperta che i Padri della Chiesa ricevettero e la teologia dell'alto Medioevo rinnovò. Anche se quella sia considerata una scoperta dello spirito greco, certo è che, per il pensiero giuridico europero dall'inizio dell'epoca moderna, fu quasi esclusivamente mediata dalla teologia (op. cit., pp. 17-8).

[152] AQUINO, Tomas de. *Suma Teológica*. 1ª Parte da 2ª Parte – questões 90-114, Da Lei, Da Graça, edição da Faculdade de Filosofia do Instituto Sedes Sapientiae, São Paulo, 1934.

In tale affermazione si percepisce la chiara nozione secondo la quale la legge è uno strumento sacro che definisce e stabilisce l'ordine della società umana. Tale caratteristica, consistente nella componente religiosa di cui erano imbevute le concezioni dello Stato, del Diritto e della legge, ha reso necessari immensi sforzi argomentativi al fine di attribuire al diritto uno statuto proprio e autonomo che, liberato dalle zavorre del pensiero religioso, trovasse un altro modo di giustificarsi come imperativo e capace di disciplinare i comportamenti umani. La questione qui passò a riguardare le modalità di ricerca di un sostituto per la volontà divina come fonte di normatività e, una volta posta in suo luogo la volontà libera degli uomini, ci si interrogava su come legittimare tale volontà affinchè gli uomini si sottomettessero alle loro stesse volontà senza trascurare completamente la volontà di tutti. In una società in cui le cose non si spiegano e non si giustificano sulla base della volontà di Dio, il dovere di agire in un modo o in un altro stabilito nella legge elaborata dagli uomini si legittima attribuendo al legislatore un carattere divino e alla legge, sua opera, una natura sacra. La democrazia così concepita trasforma la politica in metafisica, sebbene abbia sostituto Dio con il legislatore.

2.3 L'eredità del pensiero cristiano nella formazione della moderna idea di legge

Non si può procedere all'analisi e alla comprensione adeguata di qualunque fenomeno verificatosi nel mondo occidentale dopo la conversione di Costantino nel 313 senza considerare la straordinaria influenza del cristianesimo[153]. Ciò che appare di estrema rilevanza osservare è che tutto il discorso accademico che si fece rispetto a cosa sia la legge durante il Medioevo, permeato dalla filosofia medievale, fu prodotto e diffuso sotto la predominanza del cristianesimo. Tale concezione è orientata dal principio di autorità di chi fa le leggi, stante che la sua origine ultima è la volontà divina. Al di là di ciò, e certamente di maggiore rilevanza, è che tale discorso non era propriamente giuridico, ma piuttosto teologico, il che di per sè solo prova definitivamente l'influenza del religioso sul giuridico. La questione religiosa ha contaminato completamente l'idea di legge, il suo contenuto, i suoi effetti e la sua finalità.[154]

---

[153] Secondo MACHADO, Jonatas E. M, *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 19: "in Occidente, la Conversione di Costantino nel *313 d.C. e la caduta dell'Impero Romano nel 476 d.C., ebbero una grande ripercussione nel modo in cui il potere politico si relazionò con la religione, con particolare rilievo per il Cristianesimo. Questo divenne religione lecita, imperiale ed ufficiale, situazione che si perpetuò fino a quando il Vescovo di Roma non iniziò a riconoscere su di se la dignità imperiale di successore di Cesare. In una prima fase, l'impero Romano, sempre sensibile all'appello del trascendente, adottò una nuova religione. In una seconda fase, il Cristianesimo adottò la struttura imperiale. A dispetto delle sue origini umili e remote, a partire dal piccolo popolo giudeo alla periferia dell'Impero Romano, il Cristianesimo divenne, nei due millenni successivi, una religione di civilizzazione , con vocazione universale permeando la politica, il diritto, l'economica, la cultura e la società e conformando tutti questi domini in accordo con una visione del mondo propria e alternativa alla matrice greca e romana"*.

[154] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva. Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos.* Coimbra: Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 18, 1996, evidenzia l'esistenza di due discorsi, perlomeno, quando si discute la questione della libertà religiosa in epoca contemporanea; uno, di natura teologica, che ha come finalità infondere la pretesa di

È evidente che il discorso teologico prevalente nel Medioevo, condizionato dalla pretesa di dimostrare la validità della confessione religiosa dalla quale proveniva, si preoccupò maggiormente di tale necessità rispetto alla esplicazione del fenomeno giuridico identificato nella legge. Ciò non bastasse, come in precedenza analizzato, lo stesso studio delle questioni giuridiche fu sempre, in quel contesto, secondario e in funzione della soluzione delle questioni religiose e politiche che richiedevano l'uso di strumenti giuridici. L'universo giuridico non è stato il tema centrale dell'interesse dei Dottori della Chiesa, se non che di questa si occuparono tra gli altri Sant'Agostino, Tommaso d'Aquino, Duns Scoto, Guglielmo di Ockham, solo e soltanto in quanto e nella misura in cui la comprensione del fenomeno giuridico servì da strumento e argomento per la ricerca della soluzione a problemi di ordine tanto politico quanto religioso.
É evidente che nel presente lavoro, oltre a definirsi con particolare chiarezza la differenza tra il discorso giuridico e il discorso religioso, si afferma categoricamente la supremazia di quest'ultimo sul primo. In tale passaggio, è importante considerare la lezione di Kant riguardo gli atti di *opinare, sapere e credere,* così come espressa nella Sezione Terza del Canone della Ragion Pura[155]. Partendo dall'affermazione che l'atto di considerare qualcosa vero è un evento nella nostra convinzione che riposa tanto su fondamenti obiettivi quanto subiettivi, in una celebre lezione[156] il filosofo di Königsberg chiarisce che intende come *opinare* l'atto di considerare qualcosa come vero in modo insufficiente tanto dal punto di vista oggettivo che soggettivo; nell'ipotesi di considerare qualcosa come vero sufficientemente ossia solo dal punto soggettivo, è l'esercizio del *credere* in qualcosa; infine, il considerarsi qualcosa come vero sufficientemente sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo si qualifica come *sapere*. Per Kant la sufficienza soggettiva si denomina convinzione e riguarda la coscienza dello stesso soggetto, mentre la sufficienza oggettiva si denomina certezza e riguarda ciascun individuo[157]. In accordo con la concezione kantiana, il credo religioso si ritiene a livello dell'oggettivamente insufficiente, nonostante soggettivamente sufficiente per una grande quantità di persone allo stesso tempo. Il credo religioso, afferma Kant[158], é una certezza morale, pertanto sempre ristretta nei limiti della soggettività.[159] In sintesi: la fede religiosa può produrre convinzione, mai certezza. Si può affermare che fu nell'ambito degli sforzi per la costruzione di una convinzione religiosa che il cristianesimo fece proprio il fenomeno religioso e coniò la concezione scolastica dell'idea di legge.

Questo contesto dominato dalla religiosità presente in occidente, largamente predominante durante il Medioevo, presenta ancora un'altra nota distintiva che merita

---

verità di un determinato credo religioso; l'altro, di natura giuridico-costituzionale che ha alla base la concezione che desidera affermare l'uguale dignità e la libertà di tutti gli individui, portatori o meno di fede religiosa.

[155] KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

[156] KANT, op. cit., p. 487.

[157] Ibidem.

[158] Idem, pp. 488-491.

[159] A proposito di tale brano di Kant, Luc Ferry é enfatico nell'affermare: "(...) con Kant, non è più la figura divina dell'Assoluto, dell'onniscienza, che porta alla relativizzazione delle finitezza umana, a definirlo come essere minore. Al contrario, è in nome della finitezza insuperabile, che è quella di tutta la conoscenza umana, che la figura divina dell'assoluto è, a sua volta, relativizzata, ridotta a categoria di semplice "Idea", la cui realtà obiettiva diviene indimostrabile attraverso le vie di una qualunque teoria filosofica o scientifica" (FERRY, Luc. *Kant. Uma leitura das três críticas*. Rio de Janeiro: Difel, 2009, p. 25.

considerazione. Secondo Cicerone[160], che già nell'antichità lo aveva segnalato con acutezza e profondità nel *De Legibus*, la matrice culturale greca fa derivare la nozione di legge (*nomos*) dal verbo *nemein* che indica l'atto di suddividere, di assegnare, da cui deriva l'attribuzione di significato di distribuire a ciascuno quanto di sua appartenenza; in tal modo, l'idea di legge si riporta ad una chiara concezione naturalistica, poiché l'atto del legislatore umano di attribuire attraverso la legge quanto appartiene a ciascuno presuppone l'esistenza di un criterio anteriore che definisca proprio tale appartenenza. Ancora secondo Cicerone, nel mondo latino il comportamento è diverso poichè la nozione di legge proviene da *elego* (eleggere, scegliere). Così, per i primi la legge si riferisce all'equità (*aequitas*), mentre per questi ultimi la legge fa riferimento alla decisione (*vis delectus*); nel primo caso vi è un ordine nell'universo e il legislatore nella elaborazione della legge deve conservare tale ordine, attribuendo a ciascuno ciò che è suo secondo l'ordine, con minore libertà di conformazione della norma giuridica. Nel secondo caso è il legislatore che è incaricato di scegliere le norme che andranno a governare la comunità e attribuisce un ordine a tale universo; per ciò, nella concezione latina il legislatore dispone di maggiore libertà di conformazione, quando elabora le norme giuridiche. Ciò che si propone infine è il superamento del modello che ha preteso ancorare la legittimità del diritto alla metafisica, ed anche il superamento del modello autoreferenziale del positivismo legalista con un modello in cui il fondamento della legittimità del diritto e della politica sia la Costituzione, considerata come il momento democratico per eccellenza della vita sociale. È questo, in parte, ancora un modello da costruire.

La nascita dello Stato moderno a seguito della Riforma Protestante e delle guerre religiose ha rappresentato la soluzione politica per i conflitti religiosi, poiché, con il suo avvento, sono state superate tanto l'ideale della cristianità quanto l'aspirazione verso un impero cristiano attraverso il modello proposto a Vestfalia che riconosceva Stati indipendenti e sovrani[161], sia nelle relazioni degli uni con gli altri sia in relazione alla possibile autorità papale di natura politica. La Chiesa Cattolica, in ogni caso, non ha mai completamente rinunciato alla propria pretesa di contenere il discorso giuridico e quello politico sotto il giogo del linguaggio teologico[162], caratterizzandosi il costituzionalismo liberale figlio della Rivoluzione Francese come un nemico delle sue aspirazioni teologiche e politiche[163].

---

[160] CÍCERO, Marco Túlio. *Tratado das leis*. EDUCS: Caxias do Sul, 1984, p. 48, letteralmente: "perciò, si sostiene che la ragione pratica è la legge la cui forza consiste nell'esigere le buone azioni e vietare le cattive; questa legge porta il suo nome greco di *nomos* nel senso di "dare a ciascuno ciò che è suo", e io, da parte mia, ritengo che il suo nome sia vincolato all'idea di *elegere*. I Greci subordinano la parola *legge* all'equità; noi, i romani, accentuiamo la forza della legge nella scelta; l'uno e l'altro concetto sono attributi della Legge. Se tutto ciò che è stato detto è giusto,come credo che in generale sia, l'origine del Diritto sta nella Legge. Essa è forza della Natura; è la mente e la ragione pratica, è il criterio del giusto e dell'ingiusto."

[161] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva. Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos*, p. 36.

[162] REINHARD, Wolfgang. *Il pensiero politico moderno*. Il Mulino: Bologna, 2000, p. 43 rileva che: "Nessuno tra i capi della Riforma era in primo luogo un pensatore politico. Le idee politiche della Riforma possono perciò essere colte solamente attraverso la mediazione della teologia, come risposta di teologi ai problemi collegati alla crescita del potere statale e cittadino, talvolta addirittura in forma di pareri. Peraltro i teologi non erano per nulla concordi, anzi talvolta vi erano degli approcci differenti nello stesso pensatore, come per esempio Lutero."

[163] Idem, pp. 40-41.

Questa contrapposizione tra pensiero religioso e democrazia rappresentativa come modo di fare politica, a partire dalla Rivoluzione Francese, con l'avvento e l'affermazione dello Stato nazione secolarizzato[164] ha trasferito alla politica l'incarico di legittimare i comandi della legge. Tuttavia, come più avanti si vedrà, in un primo momento il positivismo che si afferma è di tipo formale, che non permette di indagare il contenuto della legge, in modo che l'attività politica così esercitata, in modo assolutamente libero, si trasforma in una essenza metafisica che manifesta queste caratteristiche sia nell'onnipotenza del legislatore quanto nel feticcio della legge. Prima della rivoluzione Francese, il momento illuminista assicurò le condizione perchè un certo assolutismo giuridico si affermasse e consentisse l'esercizio della politica come attività metafisica.

[164] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 52: "Il fenomeno della secolarizzazione è stato nel contempo un grande processo di emancipazione dell'ordinamento mondano da autorità e obbligazioni religiose tradizionali. Esso trovò il suo compimento della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. Questa affidò il singolo a se stesso e alla sua libertà".

CAPITULO 3

3. Illuminismo giuridico[165]

L'illuminismo giuridico del continente europeo può essere considerato un proseguimento, il compimento ed anche il superamento della tradizione giusnaturalista durante il XVIII^{esimo} secolo[166], costituendo per lo più una corrente di pensiero e azione di proiezione europea che, accentuando taluni caratteri e aspetti più specifici del giusnaturalismo, è giunto ad affermare tesi che rappresentavano la negazione delle premesse giusnaturaliste stesse[167]. La tendenza giusnaturalistica intesa come una forte vocazione a trasferire il porprio patrimonio ideale in un progetto di trasformazione del mondo sociale, politico e giuridico, presente nel secolo XVII^{esimo}, si presenta come una intensa tendenza negli illuministi del 1700, i quali si fecero portatori di una vera politica del diritto opponendosi frontalmente e energicamente ai molteplici legami tra soggetto/individuo, stato di natura e potere politico innegabilmente presente nel progetto del XVII^{esimo}, ma non completamente risolto sul piano giuridico.[168] Si tratta di un'ampia comunità di intellettuali liberati grazie alla rivoluzione culturale umanistica e giusnaturalistica, convinta di possedere i lumi necessari e sufficienti per adeguare la realtà storica alle scoperte scientifiche delle leggi naturali.[169]

Da questo contesto trae origine una nuova figura di legislatore, che si sente capace e in dovere di (e predestinato a) concretizzare nella legge la nuova filosofia e, per mezzo di questa, a consolidare la sua fiducia nel progresso dell'umanità attraverso la conoscenza[170] e, conseguentemente – conosciute le leggi di natura grazie all'affermazione del metodo scientifico – crede di essere capace di dotare la società di leggi che possano portare ad una migliore convivenza.[171] Di ciò ne è un esempio la *Lei da Boa Razão*, formulata nel 1769 dal portoghese Marchese di Pombal, rappresentativa dell'influenza dei principi naturalistici nelle

---

[165] Il titolo è una confessata adesione alla lezione di Paolo Grossi (*L'Europa del Diritto*, terza edizione, 2008, Roma–Bari: Laterza, p. 104).
[166] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, terza edizione, 2008, Roma–Bari: Laterza, p. 104.
[167] Idem, pp. 104-105.
[168] Ibidem.
[169] Ibidem. Si tratta qui, evidentemente, di un avvenimento eccezionale e grandioso, con ampia durata nel tempo, in grado di coinvolgere molte persone a molte latitudini, per ciò che riguarda direttamente l'oggetto del presente lavoro,. Meritevole di particolare risalto è la trasposizione del metodo cartesiano dalle scienze naturali alle scienze sociali.
[170] HIRST, John. *Breve história da Europa*. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2013, pp. 53-54: "La generazione post-rivoluzione Scientifica non ha considerato che le sue scoperte avessero ridimensionato la rilevanza dell'Uomo. Al contrario, pensò che, se riusciamo a far questo – se, attraverso l'uso della nostra ragione riusciamo a comprendere come funziona il sistema e descriverlo con esattezza con la nostra matematica-, dunque possiamo usare la ragione per andare ancora più lontano, possiamo applicare la ragione alla condizione umana e perfezionarla oltre ogni limite. È stato questo desiderio di rendere la ragione sovrana che ha informato l'illuminismo, un movimento intellettuale del XVIII^{esimo} secolo che aveva come obiettivo la riformulazione della società, del governo, della morale, della teologia".
[171] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, p. 106.

questioni dello Stato; l'illuminismo si afferma così come vera politica del diritto, innovando nella sistematizzazione delle sue fonti, trasformandosi in oggetto centrale delle riflessioni intellettuali e di azione politica, e, come conseguenza di questo mutamento radicale finisce per attribuire al diritto[172] una connotazione assolutista.[173] I fautori dell'Illuminismo si trovavano dinanzi un mondo in cui l'ignoranza e la superstizione erano le forze governanti, identificate nella Chiesa Cattolica e nel Re di Francia. La proposta illuminista consiste dunque nel superamento di tale stato di cose. Le forze dell'irrazionalità dovevano essere sostituite dall'uso della ragione nel governo delle società.[174] In ambito giuridico, questa trasformazione si ottiene attraverso, secondo Grossi, un processo duplice che ha istituito ciò che il Professore di Storia Medievale e Moderna presso l'Università di Firenze denomina *assolutismo giuridico*[175]. Da un lato la critica feroce e demolitrice nei confronti dell'atteggiamento tradizionale delle fonti del diritto, fondata sulla sistematizzazione medievale del diritto caratterizzata da un congiunto di costumi giuridici, opinioni dottrinali e sentenze giudiziali agendo come precedenti che, nel tempo, si erano trasformati in una realtà caotica e incontrollabile e per, questo stesso, generatrice di profonda incertezza.[176] Fu questo un sistema giuridico condannato tanto dai sovrani quanto dagli intellettuali illuministi; per i primi perchè era un sistema poco suscettibile di controllo da parte del potere; per i secondi perché avevano un profondo disprezzo tanto nei confronti dei giuristi quanto dei costumi, originari entrambi della parte bassa del tessuto sociale, caratterizzata dall'essere priva di luci necessarie e sufficienti per occupare un posto di rilievo nello scenario illuminista nella cui posizione centrale vi erano la ragione e la conoscenza scientifica.[177]

In altra parte del processo, risiedeva una proposta di costruzione di un nuovo modello. *Il processo di rinnovamento giuridico doveva necessariamente cominciare con un rifiuto drastico del passato, sgombrando il terreno dalle vecchie fonti e cancellandole con lo stesso zelo con cui si cancella una infamia*.[178] Svuotando tale spazio, la figura dello Stato emerge come possibilità di riempimento del vuoto, in quanto in questo vada affermandosi il sovrano che sempre di più si propone alla funzione di legislatore per creare in tal modo un diritto che lo stesso sovrano può controllare, diversamente dalle esperienze precedenti[179]. Questa sintonia tra potere politico e *homines novi* della cultura giuridica e politica rafforza il ruolo del sovrano e facilita la concentrazione dei poteri per cui il diritto passa ad essere positivizzato e idealizzato nell'ambiente illuminista come lo strumento di ragione umana per

---

[172] Ibidem.

[173] "Ma le figure più rilevanti dell'Illuminismo non erano dei democratici; gli sarebbe sufficiente che un governante illuminato cominciasse a dare attuazione ai propri piani di società governata dalla ragione. Alcuni dei monarchi dell'Europa del XIX^{esimo} secolo hanno rappresentato, come si usa dire, dei despoti illuminati. Eliminarono le punizioni barbare e la tortura, codificarono le leggi e cominciarono ad occuparsi dell'educazione del popolo." (HIRST, John. *Breve história da Europa*, p. 54).

[174] HIRST, John, op. cit., p. 54.

[175] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, p. 108.

[176] Secondo GROSSI: "...una realtà dove poteva signoreggiare (e signoreggiava) l'arbitrio dei giuristi, ossia dei possessori del sapere tecnico, e dove la confusione, l'oscurità, la indecifrabilità venivano a cozzare proprio con il bisogno di chiarezza, di certezza, di semplicità, insomma di linee geometriche, emerso prepotentemente nel dopo-umanesimo giuridico" (op. cit., p. 107).

[177] Idem, p. 107-108.

[178] Idem, p. 108.

[179] Ibidem.

dotare la società di meccanismi necessari e sufficienti ad una buona vita[180]. In tale aspetto risiede, a nostro modo di vedere, la trasposizione del fondamento dell'autorità dalla legge che nel mondo pre-moderno era rinvenibile nella sua dimensione divina e nel vincolo con le questioni religiose, a una nuova fonte di legittimazione attraverso la politica, passando ad essere caratterizzata come un attività propria dello Stato da realizzarsi per il tramite del sovrano. Il principe legislatore, il despota illuminato, è una figura quasi mitologica che si presenta come un modello di uomo, non contaminato dalle passioni umane, oggettivo osservatore del bene comune e per questo capace di essere il possibile fautore della felicità pubblica e, come tale, l'unico personaggio a cui si potrebbe attribuire un compito di elaborazione della legge.[181] Nella società secolarizzata del 1700 , il monopolio della verità e la custodia assoluta del diritto naturale appartenenti alla Chiesa Cattolica cedono terreno alla figura del principe, nelle cui mani tale potere è depositato, poichè egli è un osservatore privilegiato della società, posizionato in modo equidistante e estraneo alle dispute tipiche delle passioni umane, capace di separare i principi naturali dalle creazioni artificiali di superstizione e misticismo. Il principe si esprime nella legge. La legge è tutta ragione illuminata dal sapere scientificio. Sono così poste le condizioni per l'assolutismo politico e, in breve tempo, per il verificarsi della Rivoluzione Francese e la successiva affermazione del positivismo giuridico. Tali condizioni permettono il passaggio dall'universalismo giusnaturalista al particolarismo statale rappresentando l'antinomia sulla quale si costruisce la base della modernità tanto politica quanto giuridica.[182]

Il nuovo edificio del diritto si costruisce sopra questa contrapposizione (universalismo/individualismo), debitamente nascosta, essendo uno dei pilastri la figura del principe e l'altro la legge, strumento al servizio della ragione illuminata. La legge è fonte attraverso la quale si manifesta la volontà del principe e, in quanto tale, proietta autoritativamente il suo potere sui sudditi.[183] *Ma una abilissima propaganda entra in campo a tessere um sonoro elogio della legge*.[184] Inizialmente la legge proviene da un personaggio che possiede molto di simbolico, un vero modello di ragione illuminata, impegnato nel provvedere al bene dei sudditi, e pertanto i suoi comandi espressi attraverso la legge sono totalmente privi di odiosità che deriverebbe invece da eventuali comandi emessi da un uomo in carne ed ossa e dall'ugualmente odioso vincolo di dipendenza personale che provocherebbe. La legge è la ragione umana, emanata da un principe che incarna e impersonifica lo spirito di una nazione, e, per questo stesso, è anche espressione della volontà generale.[185] L'obbedienza alla legge non offende la libertà del cittadino, ma, al contrario, obbedire alla legge significa poter fare affidamento su quella sicurezza che solo la legge è in

---

[180] Paolo Grossi sottolinea l'importanza dei cosiddetti *fisiocratici*, i quali rifiutavano l'assorbimento dell'economia nella politica come semplice strumento in mano al potere, esprimendo il desiderio di progettare i principi e le regole di una nuova scienza costruita sull'autentica natura della società. I fisiocratici sarebbero stati i primi economisti, poiché operavano nell'ottica dell'economia della società. (Conforme la nota 10. pp. 106-107, op. cit.).

[181] Così, quasi letteralmente, in ROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, pp. 108-109.

[182] Idem, op. cit., p. 110.

[183] Idem, p. 111.

[184] Ibidem.

[185] Secondo Paolo Grossi, op. cit., p. 111, con riferimento a Montesquieu riguardo la ragione umana, e a Rousseau relativamente alla volontà generale.

grado di offrire, nel senso che gli uomini solo autorizzati ad agire solo nel rispetto di quest'ultima. Inoltre, la legge è astratta, generale e rigida, ed è per questo che servire la legge è esattamente l'opposto del servire un uomo.[186] É meglio servire la legge che servire un uomo.

> E comincia un lungo período non solo di legalismo ma di autentica legolatria: la legge come tale, come emanazione di una volontà sovrana, diviene oggetto di culto prescindendo dai suoi contenuti. Atteggiamento grave di rischio, che un'onda lunghissima porterà fino alle nostre spalle e di cui ci stiamo faticosamente liberando proprio in questi ultimi decenni. Dal Settecento illuminista in poi, sul continente europeo, si faranno i conti unicamente con la volontà del legislatore, perché solo a lui spetterà la capacità di trasformare in giuridica una generica regola sociale. Una conclusione, nel suo tentativo di operare un completo controllo di quel prezioso cemento sociale che è il diritto, si è rivestita della corazza ferrea di un autentico assolutismo giuridico.[187]

Situando tra gli anni 1750 e 1814 l'età delle riforme, che a nostro modo di vedere, preparano la nascita del positivismo di tipo formale, o paleogiuspositivismo, Schioppa[188] guarda alla crisi crescente del diritto comune a partire dalla seconda metà del 1700 in Europa, la quale trae origine tanto da una crisi di certezze, derivante dalla molteplicità delle fonti e delle dottrine accumulate, quanto da una crisi di contenuto, causata dalle nuove tendenze di pensiero e dalle nuove esigenze relative all'esercizio del potere nelle società più mature dell'Età Moderna.[189] La critica al giusnaturalismo esaltava implicitamente la qualità superiore delle norme positive, poiché nasceva la convinzione che la società potesse essere trasformata secondo un progetto organico e razionale, che competeva allo stato rendere effettivo tale progetto e che lo strumento per eccellenza utile al conseguimento di tale obiettivo fosse la legge.[190] La legge positivizzata ad opera del sovrano dello Stato diviene la fonte primaria e dominante del diritto, lo strumento privilegiato quando non esclusivo della sua trasformazione ed evoluzione, allo stesso tempo in cui lo Stato smette di essere il braccio secolare della religione[191] con la funzione di combattere l'eresia e le deviazioni di ordine religioso.[192] Si ha

---

[186] Ibidem. Vi è, ancora a pagina 111, un espresso riferimento a Pietro Verri a cui è attribuita la frase: "La felicità pubblica e la benefica verità fanno desiderare che finalmente cessi il governo degli uomini e cominci il governo delle leggi e che la sacra facoltà di far leggi sia custodita gelosamente presso il trono e non altrove".

[187] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, p. 113.

[188] SCHIOPPA, Antonio Padoa. *Storia del Diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporânea*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 389-393.

[189] SCHIOPPA, op. cit., p. 392.

[190] Ibidem.

[191] BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*. Roma-Bari: Laterza, 2007, pp. 33-54, nel capitolo suggestivamente intitolato *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, si afferma che la questione relativa alla lotta per le investiture è all'origine della separazione tra politica e religione, facendo notare che già nel 1562 Michel de L'Hospital, cancelliere del Re di Francia, a proposito della guerra degli ugonotti, asseriva che non era importante la definizione di quale fosse la vera religione, ma di come fosse possibile la convivenza delle diverse religioni. Secondo Böckenförde, perchè divenisse possibile la convivenza pacifica dei vari credo religiosi il principio della secolarizzazione era indispensabile. "Il principio della secolarizzazione indispensabile per rendere possibile una separazione tra religione e politica quale L'Hospital auspicava ha origini ben più lontane. Esse vanno ricercate nella Lotta delle Investiture (1057-1122), quel confronto politico-spirituale condotto con la massima decisione da parte sia del papato sia dell'Impero, per l'assetto da dare alla cristianità occidentale. In esso venne scossa dalle fondamenta l'antica unità politico-religiosa dell'*orbis christianus*, e nacque la distinzione e separazione tra "spirituale" e "mondano" che da allora è un tema fondamentale della storia europea" (p. 35). Ciò perché dopo la conversione

il definitivo superamento del sistema di diritto comune che dominò durante approssimativamente sette secoli nel continente europeo, poiché nasce in Francia il 21 marzo 1804 la prima codificazione di diritto privato: il *Code* napoleonico. Subito dopo venne redatto il *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* – Codice Civile Austriaco, pubblicato il 1 giugno 1811, e che entrò in vigore il 1 gennaio 1812.[193]

Con le parole di Sir John Robert Seeley, pronunciate a Cambridge nel 1885 riguardo le tappe di sviluppo dello Stato, la *legolatria* pare affiorare limpidamente: "*Noi viviamo (...) in uno Stato di Legislazione, che non è assolutamente la stessa cosa del Rechtstaat, ma, prima, una forma di Stato dedicata alla questione di migliorare continuamente la vita della comunità per mezzo di innovazioni giuridiche esplicite, attraverso la legislazione parlamentare*".[194] Si tratta di una riflessione molto chiara, poiché, restando nel seminato del pensiero illuminista, attraverso la legge positivizzata dallo Stato la vita delle persone migliorerà continuamente. Di questo è espressione concreta il criterio cronologico per la soluzione delle antinomie normative, il quale si fonda sulla convinzione che il trascorrere del tempo coincide con il progresso e con l'approfondimento della conoscenza umana e, di conseguenza, quando il legislatore elabora una nuova norma con un trattamento previsto diverso rispetto a quello dato alla stessa materia dalla norma antecedente, deve necessariamente prevalere la norma più moderna - *lex posterior derogat priori*.[195] L'era in cui si iniziò ad operare in tal maniera è l'era del positivismo giuridico che, secondo Bobbio, può essere caratterizzato da tre aspetti essenziali: i) un modo di avvicinarsi allo studio del diritto;

---

di Costantino, durante un lungo periodo di tempo, si ebbe un realtà fluida e sovrapposta alle realtà concrete dei regni e dell'Impero. "L' "impero" non viveva dell'eredità degli imperatori romani, anche se vi si richiamava, bensì della teologia cristiana, della storia e dell'attesa escatologica, era il regno del *populus christianus*, la forma in cui si manifestava l'*ecclesia*, e come tale tutto impegnato nel compito di realizzare il *regnum Dei* sulla terra e fermare l'assalto del Maligno nell'eone presente (*kat-echon*). Imperatore e papa non erano rappresentanti dell'ordinamento spirituale o mondano, piuttosto si trovavano entrambi *dentro* la stessa *ecclesia* come titolari di diversi uffici (*ordines*), dove l'imperatore, in quanto capo e difensore della cristianità, era una persona consacrata e santificata al pari del papa (*Novus Salomon*); in entrambi viveva la *res publica christiana* come unità politico-religiosa. Il corso della politica era quindi fin dal principio iscritto nel quadro cristiano della storia, dal quale riceveva la sua direzione e legittimazione" (p. 36).

[192] SCHIOPPA, op. cit., p. 392.

[193] Idem, p. 393.

[194] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 7.

[195] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª edição, 1996, Brasília: Editora da Universidade de Brasília, pp. 92-93. In Brasile questo principio generale di diritto è stato inserito nell'ordinamento giuridico attraverso il Decreto-Legge nº 4.657, del 4 settembre 1942 – allora denominato Legge di introduzione al Codice Civile – e modificato con Legge nº 12.376, del 2010, denominata Legge di introduzione alle norme del Diritto Brasiliano, che nel suo articolo 1º, § 1º, dispone espressamente: "La legge posteriore abroga l'anteriore quando espressamente lo dichiari, quando sia con quella incompatibile o quando regoli per intero la materia ad oggetto della legge anteriore". In Italia, il *Codice Civile* é preceduto dalle *Disposizioni sulla legge in generale*, formate da 31 articoli, dei quali restano in vigore solo i primi sedici. Tra questi, l'articolo 15 riguarda espressamente l'abrogazione della legge anteriore a favore della posteriore nei seguenti termini, *verbis*: "*Le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*." Approvato il 16 marzo 1942, il *Codice Civile* italiano essendo preceduto dagli articoli delle *Disposizioni sulla legge in generale,* denota ancora l'influsso dell'era delle codificazioni, periodo storico in cui i Codici Civili erano il centro degli ordinamenti giuridici, per questo al loro interno o in norme di questi introduttive si inserivano norme generali sulla produzione e il vigore delle norme giuridiche.

ii) una determinata teoria o concezione del diritto; e, iii) una determinata ideologia della giustizia.[196]

Questo positivismo iniziale, che è perdurato fino all'avvento delle Costituzioni di terza generazione del secondo dopoguerra – da Ferrajoli denominato paleogiuspositivismo - é tendenzialmente formale e acritico, poiché riconosce quale elemento principale la validità formale della norma giuridica e non ne indaga il contenuto, a differenza del parametro anteriormente vigente (periodo pre-moderno), che rinveniva nel diritto naturale il paradigma per la verifica del principio *veritas non auctoritas facit legem*. La vicinanza del primo (paleo) positivismo al formalismo giuridico é, del resto, considerata come esistente dallo stesso Bobbio che indica: a) avere una stretta parentela tra formalismo etico e positivismo come ideologia; b) il formalismo nella definizione del diritto (diritto come forma), il formalismo della scienza giuridica (scienza giuridica come scienza formale), e il formalismo dell'interpretazione (interpretazione giuridica come operazione logica) possono essere considerati caratteri peculiari del positivismo giuridico in quanto considerato come teoria del diritto; c) soltanto quando considerato come un modo specifico di avvicinarsi allo studio del fenomeno giuridico, il positivismo non si inserisce in nessuna delle accezioni del formalismo giuridico.[197]

L'illuminismo giuridico è culminato nel positivismo giuridico formale e acritico, poichè senza il parametro metagiuridico del diritto naturale la legge può ora contare solo su dei criteri formali di controllo della propria validità.

Di ciò ci occuperemo più avanti.

[196] BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma-Bari: Laterza, 2011, p. 87 e, anche in BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 132.
[197] BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Roma-Bari: Laterza, 2011, p. 85.

CAPÍTULO 4

Positivismo – dal paleopositivismo al positivismo critico

Il continente europeo, terreno dove proliferò e prevalse l'universalismo francese espresso nella Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, di conseguenza si dimostrò ugualmente fertile per lo sviluppo del positivismo giuridico. Tali fenomeni furono possibili soltanto in ragione del verificarsi del superamento del paradigma pluralista del diritto[198], che presidia il fenomeno giuridico e la sua sostituzione con un sistema attentamente definito di fonti del diritto che ha avuto nella legge la sua più elevata manifestazione. In effetti, nel periodo pre-positivista del Diritto la sua produzione si otteneva sia attraverso l'opera della dottrina che rielaborava il Diritto Romano[199], sia attraverso l'attività del Giudice, che decideva[200] sulla base di una amalgama di fonti statutarie e elaborazioni dottrinarie. Dal punto di vista strettamente giuridico, il nuovo regime si preoccupò innanzitutto di assicurare alla legge positiva la condizione di fonte del diritto per eccellenza, superando e cercando di eliminare le fonti precedenti, come il costume[201], le decisioni giudiziali[202] e la dottrina.[203]

---

[198] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. 3ª edição, 2003, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, p. 118: "Dai paragrafi precedenti risulta che, nella società europea medievale convivevano diversi ordini giuridici – il diritto comune temporale (fondamentalmente identificabile con il diritto romano, sebbene reinterpretato), il diritto canonico (diritto comune in materie spirituali) e i diritti propri."

[199] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Terza edizione, 2008, Roma-Bari: Laterza, pp. 48-54, chiarisce che i giuristi, nel loro subconscio, nutrivano convinzioni naturalistiche e fattuistiche di generazioni di pratici medievali, sedimentate nella coscienza collettiva, risiedendo in questo l'effettività del diritto, ma avevano identica coscienza che gli mancasse un supporto di validità, ossia, un modello superiore, generale e autorevole nel quale fosse possibile ancorare l'immenso insieme di creature effettive che essi erano chiamati a disegnare concettualmente e tecnicamente. (p. 48). Questo modello, superiore, generale e sufficientemente dotato di autorità, anche dopo la dissoluzione dell'Impero Romano, fu rinvenuto nel Diritto Romano. È fissato l'anno 1076 come la data in cui per la prima volta un documento giudiziario proveniente dalla Toscana faceva espresso riferimento al *Digesto* (op. cit., p. 49).

[200] "Ciò che caratterizzava il diritto premoderno era la sua forma non legislativa, ma prevalentemente giurisprudenziale e dottrinaria, frutto della tradizione e della sapienza giuridica sedimentatesi nel corto dei secoli" (FERRAJOLI, Luigi. *Lo Stato di diritto fra passato e futuro*, in COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo. *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Terza edizione, 2002, p. 350). "In queste condizioni, in assenza di un sistema unitario di fonti e in presenza di una pluralità di ordinamenti concorrenti, l'unità del diritto era perciò assicurata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, tramite lo sviluppo e l'aggiornamento della vecchia tradizione romanistica, entro la quale le diverse fonti statutarie venivano sistemate e coordinate come materiali dello stesso genere dei precedenti giudiziari e delle opinioni dei dottori" (op. cit. pp. 350-351).

[201] "La terza situazione, in cui la legge prevale sulla consuetudine (onde si ammette solo la consuetudine *secundum legem*, o al massimo *praeter legem*, ma non *contra legem*) è quella che si è realizzata con il positivismo giuridico. Così in Francia l'articolo 7 della Legge di applicazione del Codice Civile del 30 Ventoso anno XII (1805) abroga le consuetudini generali e locali relative a materie formanti oggetto del codice stesso, lasciando in vita solo le consuetudini cui la legge espressamente si riferisce (e, secondo l'interpretazione più benevola, anche quelle relative a materie non regolate dal Codice)", BOBBIO, Norberto, *Il positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli, 1996, p. 173.

Sorto lo Stato come una nuova realtà in termini di potere politico, incentrato l'esercizio del potere nella figura del principe, si ebbe la necessità di garantire l'esistenza di un unico strumento giuridico di esercizio del potere, che era la legge. Nella felice espressione di Grossi:

> "Al vecchio caotico pluralismo giuridico si va sostituendo un rigidissimo monismo giuridico: la dimensione giuridica è ormai vincolata all'apparato di potere dello Stato e tende a immedesimarsi in una dimensione legislativa".[204]

Sono così poste le condizioni affinchè il potere dello Stato si manifesti attraverso la legge e affinchè la comprensione del fenomeno giuridico sia integrata con la sua dimensione legale, come fu per il paleogiuspositivismo. Quello che segue è un lungo periodo non solo di legalismo ma di vera e propria legolatria[205], in seno alla quale la legge, indipendentemente dai suoi contenuti, si trasforma in oggetto di culto perchè espressione della volontà sovrana; a partire dal XVIII^{esimo} secolo, illuminista per eccellenza, in tutto il continente europeo sarà inteso che alla volontà del legislatore compete la trasformazione di una norma sociale in norma giuridica[206]. Il culto della legge e del legislatore il motore in virtù dell'influsso del positivismo. Il pensiero positivista si caratterizza per la subordinazione sia dell'argomentazione sia dell'immaginazione all'osservazione, abbandonandosi la preoccupazione relativa alla causa dei fenomeni, che era invece propria del pensiero metafisico o teologico[207], e orientandosi alla ricerca delle relazioni esistenti tra i fenomeni suscettibili di osservazione alla ricerca delle leggi immutabili che li governano. La conoscenza positiva si caratterizzarebbe, in tal modo, per la prevedibilità scientifica che

---

[202] BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*, op. cit., p. 174: "La storia del potere giudiziario come fonte è del tutto analoga a quella della consuetudine: nel processo di formazione dello Stato moderno il giudice perde la posizione, che precedentemente aveva, di fonte principale di produzione del diritto per trasformarsi in un organo statale subordinato al potere legislativo e incaricato di applicare fedelmente (potremmo dire, meccanicamente) le norme stabilite da quest'ultimo."

[203] Durante un lungo periodo del Medioevo la dottrina è stata fonte del diritto e ciò è indiscutibile, caratterizzandosi più propriamente per la rielaborazione dei testi di Diritto Romano. Al riguardo, è interessante la riflessione di HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. 3ª edição, 2003, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, p. 89: "La dottrina giuridica dei secoli XV^{esimo}, XVI^{esimo} e XVII^{esimo} ha ricevuto diverse definizioni - <<bartolismo>>, <<scolastica giuridica>>, <<mos italicus>>, etc.; ma la sua definizione più corretta è quella di <<diritto comune> perchè rivela meno unilateralmente rispetto a qualunque altra di quelle anteriori e perchè fornisce da subito questa idea: quella di presentare, come caratteristica primaria, l' *unità* – (i) sia quando *unifica* le varie fonti di diritto (diritto giustinianeo [cf. *infra*, 5.1.], diritto canonico [cf. *infra*, 5.2.] e diritti locali); (ii) sia poichè costituisce un oggetto *unico* (o comune) di tutto il discorso giuridico europeo; (iii) sia ancora perché <<tratta>> tale oggetto secondo metodi e stili di ragionamento comuni; (iv) forgiati in un insegnamento universitario del diritto che era *identico* in tutta Europa; e (v) diffuso da una letteratura scritta in una lingua allora *universale* – il latino".

[204] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Terza edizione, 2008, Roma-Bari: Laterza, pp. 112-113.

[205] L'espressione è utilizzata da Paolo Grossi, in *L'Europa del Diritto*, p. 113.

[206] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, p. 113.

[207] SCHMILL O, Ulises. *El positivismo jurídico*, in VALDÉS, Ernesto Garzón e LAPORTA, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Segund edición, 2002, Madrid: Trotta, pp. 65-76: "La teología e la metafísica fueron citadas ante el tribunal de la ciencia y se descalificaron sus pretensiones cognoscitivas y Morales, declarándose no confiables e insuficientemente justificadas por los únicos patrones disponiblies para el ser humano: su própria y limitada razón y experiencia" (p. 66).

permetterebbe lo sviluppo della tecnica e, così, lo stato positivo corrisponde all'industria umana, così inteso lo sfruttamento e il dominio della natura da parte dell'uomo[208].

L'essere umano, emancipatosi dal pensiero religioso e metafisico, si sente dunque capace di costruire e ricostruire, in maniera totalmente indipendente da qualunque tradizione o autorità, le conoscenze che lo orienteranno in questo nuovo mondo, così come le istituzioni che in questo esisteranno; la scienza si converte a strumento di questa rivoluzione del pensiero.[209] La scienza passa ad occupare la posizione indicata come unico criterio per l'accertamento della verità, di ciò che è e di ciò che non è, di ciò che esiste e di ciò che non esiste, così come di quello che deve essere oggetto valido di interrogativi e ottenimento di risposte corrette, ossia di ciò che debba essere oggetto della speculazione umana[210]. Essendo la scienza l'unica fonte della conoscenza valida, soltanto i fatti empirici possono essere oggetto di conoscenza[211]. Secondo tale insieme di postulati, le scienze possono solamente fornire descrizioni delle relazioni tra i fenomeni osservabili, la conoscenza scientifica soltanto può chiarire *come* i fenomeni si verificano, non *perchè* si verificano, considerato che nel contesto positivista si ritiene che qualunque spiegazione sul "perchè" abbia valenza metafisica e, come tale, non scientifica[212]. Il positivismo scientifico in generale si deve ad Augusto Comte[213], mentre il positivismo giuridico ha tra i suoi principali esponenti Bentham, Austin, Hart e Kelsen. I principi del positivismo filosofico, secondo Schmill[214], sono strettamente applicabili al positivismo giuridico. I tre principi strutturali del pensiero positivista sarebbero, secondo Schmill, i seguenti: a) esistono solo fenomeni e leggi descrittive di tali fenomeni, per questo l'oggetto dell'analisi scientifica sono le esperienze empiriche; b) le scienze si

---

[208] GIANOTTI, Jose Arthur. *Augusto Comte: vida e obra*, in TRINDADE, Hélgio (organizador), *O Positivismo. Teoria e prática*. 2ª edição, 2007, Porto Alegre, p. 24.

[209] SCHMILL O, Ulises. *El positivismo jurídico*, p. 66.

[210] Idem, p. 67: "Si la Edad Media fue una época en la que la totalidad de la vida estaba permeada por la religión, al grado que no existía uma sola actividad que no tuviera una coloración ultramundana, el positivismo creó un ambiente radicalmente antimedieval, en donde ninguna questión religiosa tenía cabida o podía legitimarse.

[211] Ibidem.

[212] SCHMILL O, Ulises. *El positivismo jurídico*, p. 68.

[213] Nato a Montpellier, in Francia, il 19 gennaio 1798, Comte morì a Parigi il 5 settembre 1857, dopo una vita movimentata durante la quale pubblicò numerose opere, tra le quali si ricordano *Piano dei lavori scientifici necessari per riorganizzare la società* (1822), anche conosciuto come *Opuscoli di filosofia sociale*; *Corso di filosofia positiva*, in sei volumi pubblicati a partire dal 1830; *Discorso sullo spirito positivo* (1844); *Politica positiva o Trattato di sociologia che istituisce la religione dell'umanità*, in quattro volumi pubblicati tra il 1851 e il 1854; e, nel 1852 *Catechismo positivista o esposizione sommaria della religione universale*. Il nucleo essenziale della filosofia comtiana risiede nell'idea per cui la società può essere convenientemente riorganizzata soltanto attraverso una completa riforma intellettuale dell'uomo. Comte credeva che fosse necessario fornire agli uomini nuove abitudini di pensiero secondo lo stato evolutivo delle scienze del proprio tempo, ed in considerazione di ciò i suoi tre temi fondamentali erano la filosofia della storia, con la funzione di evidenziare le ragioni per le quali una determinata forma di pensare si deve imporre tra gli uomini; un fondamento e classificazione delle scienze, avendo come criterio la filosofia positiva; e, infine, una sociologia che, rendendo chiari la struttura e il processo di modificazione della società, rendesse possibile la riforma delle istituzioni. Verso la fine della vita di Comte, tale convinzione acquisisce connotazione religiosa, tanto che egli stesso propone il positivismo come religione dell'umanità (GIANOTTI, Jose Arthur. *Augusto Comte: vida e obra*, pp. 19-22). Secondo Schmill, il positivismo di Comte si è avvalso dei contributi fondamentali di Descartes, Hume, Locke, Berkeley, Bacon, Kant, Mach, Avenarius e del cosiddetto Circolo di Vienna (op. cit., p. 66).

[214] Ibidem.

distinguono tra loro per le modalità peculiari di organizzare i fenomeni e per i particolari punti di vista che utilizzano per adempiere al proprio compito descrittivo; e, c) tutta la considerazione che va al di là dei ristretti limiti restrittivi delle scienze empiriche deve essere esclusa in quanto di natura metafisica. Considerato che il positivismo giuridico ha come proprio obiettivo le norme positive, si ha l'applicazione, nell'ambito giuridico, del principio 'a' del positivismo scientifico generale. Poiché la funzione della scienza giuridica consiste nella descrizione delle relazioni funzionali tra le norme positive, si verifica in tale constatazione l'applicazione al positivismo giuridico del principio 'b' del positivismo scientifico. Infine, escludendosi dall'universo giuridico, dopo l'avvento del positivismo, tutta la concezione che include le norme non positivizzate dal legislatore come parte dell'universo giuridico, la metagiuridica (= metafisica), si ottiene così l'applicazione al positivismo giuridico del principio 'c' del positivismo scientifico in generale. Da ciò deriva che il positivismo giuridico è un'applicazione del positivismo scientifico in generale. Ciò può essere altresì verificato nella definizione che lo stesso Kelsen ha attribuito al positivismo giuridico, inteso come la teoria del Diritto che concepisce o accetta come suo esclusivo oggetto di studio il diritto positivo ed esclude da tale ambito qualunque altro ordine normativo, anche laddove sia designato con tale nome, come è il caso del diritto naturale.[215] Schmill[216] accosta i tre principi sopra enunciati alla proposizione di Bobbio[217], in relazione alle modalità in cui il positivismo storicamente si è presentato; nell'analisi del positivismo, quale modo di avvicinarsi allo studio del diritto, esiste una coincidenza con il principio 'a', secondo il quale lo studio del diritto è lo studio delle norme giuridiche positive; inteso come una determinata teoria o concezione del diritto, si ha coincidenza con il principio 'b', secondo il quale la funzione della scienza giuridica è la descrizione delle relazioni funzionali tra norme giuridiche; ed, infine, inteso come una determinata ideologia di giustizia, si ha una vicinanza con il principio 'c' del positivismo scientifico generale nella misura in cui tale ideologia significa totale obbedienza alla legge.

Wieacker[218], sulla base di una diversa riflessione, afferma che il positivismo scientifico del XIX^{esimo} secolo si distingue tanto dal positivismo legalista, secondo il quale tuttto il diritto è creato dal legislatore statale e consiste nei suoi comandi, e il positivismo scientifico, definito da costui generale, di Comte, che ne limita le possibilità di spiegazione del mondo all'osservazione e organizzazione scientifica dei fatti fisici, sociali e psicologici. La diversità del pensiero di Wieacker in relazione a Schmill risiede nel fatto che il primo considera che il positivismo scientifico ha in comune con gli altri due solo il rifiuto di un fondamento metafisico del diritto e il riconoscimento dell'autonomia assoluta della scienza specializzata.

Il positivismo si è affermato a partire dalla Rivoluzione Francese, e per questo è importante procedere all'analisi di alcuni fenomeni verificatisi in Francia a seguito della trasformazione operata nel Diritto, che passa dunque ad essere considerato come il comando

[215] Ibidem.
[216] Idem, pp. 68-69.
[217] BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 129-145.
[218] WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª edição, Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 493.

del legislatore attraverso la legge. Il primo di questi, al tempo stesso giuridico e politico, è la riduzione ad opera della legge di una società complessa e frammentata in una struttura semplice e compatta, rigorosamente unitaria, attraverso il principio dell'uguaglianza (legale)[219]. La Legge Chapelier, promulgata nel giugno 1791, pose fine al corporativismo che era l'elemento caratterizzante la società nel Medioevo, trasformando la nazione in un popolo senza volto che aveva ora solo la funzione di eleggere i propri rappresentanti, essendo condannato a identificarsi con coloro che divennero portatori autorizzati di una volontà concreta.[220] L'artificio della legge come espressione della volontà generale operò una deformazione nella rappresentanza politica in favore del rappresentante e a danno del rappresentato e fece fiorire un centralismo di natura tanto giuridica quanto politica che apparve come una costruzione elitaria del nuovo Stato così costituito.[221] Tale struttura, formalmente democratica, può facilmente degenerare in dispotismo della libertà, come osserva Grossi, e come poi effettivamente avvenne nel caso del terrore giacobino.

Artificialmente attraverso la legge si stabilirono tanto l'unità perfetta della nazione quanto l'unità perfetta del diritto. La Rivoluzione, in tale ambito, significò la completa riduzione del diritto a legge (legalismo); la legge divenne l'unica fonte di diritto in ragione del fatto che, grazie alla sua astrattezza, generalità e rigidità poteva garantire l'unità giuridica dello Stato francese.[222] Ma tutto questo ebbe un costo molto elevato; la collocazione della legge e del legislatore su una specie di altare sacrosanto della nuova religione scientifica, dove germoglierebbero solo norme giuste adeguate al progresso della società, il che ha preteso la costruzione di un supporto protettivo della legge e del legislatore e la creazione nell'immaginario collettivo di una figura mitologica perché, nella lucida concezione di Paolo Grossi[223], generatore di una fede fondata in verità non dimostrate e indimostrabili.[224] Il legalismo prende forma e sviluppa il proprio corso.

4.1 La riduzione del pluralismo attraverso il progredire del legalismo

Il XVII^{esimo} secolo ha assistito alla realizzazione del progetto del dispotismo illuminato, nel senso della riduzione del pluralismo giuridico e del conseguente rafforzamento del potere della corona[225], mentre nell'epoca precedente le fonti del diritto erano i costumi, la

---

[219] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, p. 130.
[220] Idem, 131.
[221] Idem, p.p. 131-132.
[222] GROSSI, Paolo. *L'Europa dei Diritto*, p. 133.
[223] Ibidem.
[224] Ibidem. Grossi fonda la propria visione sull'articolo 6º della Dichiarazione: "La legge è l'espressione della volontà generale" e, sull'articolo 8: "La conservazione della libertà dipende dalla sottomissione alla legge", e, ancora nell'Atto Costituzionale del 24 giugno 1793, il cui articolo 4 dice espressamente: "La legge non può ordinare che ciò che è giusto e utile alla società".
[225] HESPANHA, António. *Lei e Justiça: História e prospectiva de um paradigma* in HESPANHA, António. *Justiça e litigiosidade. História e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 16: "Il 'dispotismo illuminato' settecentesco portava con sè un progetto di riduzione del pluralismo, per il rafforzamento del potere della corona. Lì si integrava una politica di valorizzazione della legge, come manifestazione della volontà del

dottrina dei giuristi e l'insieme delle decisioni giudiziali che sostenevano gli uni o le altre. Anche con l'avvento del legalismo e l'affermarsi della legge come fonte del diritto, questa esclusività prese forma soltanto successivamente alla Rivoluzione. Fuori dai grandi centri urbanizzati e colti, in pieno secolo XVII[esimo] l'universo periferico era regolato non esattamente dalla legge, ma da quello che Hespanha definisce *tecnologie disciplinari* che corrispondevano, e, pertanto, variavano secondo le condizioni sociali locali.[226] Il superamento di questo modello pluralista attraverso l'imposizione del legalismo, costituito dal diritto ufficiale originario della fonte legale che si va affermando sempre più, ha dato forma ad una strategia che ha permesso l'affermazione, nel periodo post-rivoluzionario, del primo positivismo di tipo espressamente legalista e, inoltre, ha contribuito notevolmente all'onnipotenza del legislatore.

Secondo la concezione che sarà presentata, fondata in prevalenza sul pensiero di Ferrajoli[227], vi sono tre fasi ben distinte nell'evoluzione del Diritto considerandosi come punto di partenza il Medioevo. Vi è stato un Diritto pre-moderno restato in vigore durante tutto il Medioevo, caratterizzato dalla produzione giurisprudenziale, dottrinaria e dei costumi. Un secondo periodo, denominato paleogiuspositivismo da Luigi Ferrajoli, che ha avuto inizio con la Rivoluzione Francese. Lo Stato Moderno così sorto, secondo l'autore, è uno Stato Legislativo di diritto, nel quale vige un giuspositivismo formalista fondato sulla legge e caratterizzandosi solo come formale la supremazia della Costituzione. Successivamente alla fine della Seconda Guerra Mondiale ha avuto luogo l'affermazione di uno Stato costituzionale di diritto, caratterizzato essenzialmente dalla supremazia formale e materiale della costituzione, che passa dunque ad occupare il centro del sistema giuridico e condizionare tutta la produzione del Diritto.

Il primo positivismo, affermatosi immediatamente dopo la Rivoluzione Francese sul suolo europeo non riuscì a sviluppare con la stessa intensità l'articolo 16 della *Dèclaration* relativamente alla proposizione che afferma che la costituzione esiste solamente se è assicurata la garanzia dei diritti. Più avanti ci occuperemo di esaminare le cause per cui ciò è accaduto. Come spiega Bobbio nella sua opera classica[228], il monopolio della produzione del diritto per lo Stato, una delle caratteristiche essenziali del positivismo giuridico, é un tratto comune per l'assolutismo e il liberalismo, che in quanto a questo si differenzia solo per la circostanza che nel primo la funzione di creare diritto è affidata al principe, mentre nel secondo incombe sul legislatore. L'onnipotenza del legislatore[229] manifestata nel liberalismo

---

monarca, che doveva imporsi tanto sui corpi politici periferici quanto, soprattutto, al potere giudiziario. La cadenza della produzione legislativa aumenta, è riaffermata la precedenza della legge sulle restanti fonti del diritto, lo stesso stile legislativo si enfatizza, caricandosi di formule che, sebbene carenti di contenuto regolatore, svolgano una funzione anche disciplinante, ma a livello della retorica".

[226] HESPANHA, idem, p. 19.

[227] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, op. cit., oltre ad altre opere dell'autore citate nel corso del presente testo.

[228] BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Ícone, 1999, p. 39.

[229] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991, p. 57. Un passaggio del testo offre un ritratto fedele della concezione di Rousseau riguardo chi doveva essere il legislatore, ossia un soggetto capace di cogliere la volontà generale della società ed esprimerla attraverso la legge: "Il Legislatore, sotto tutti gli aspetti, è un uomo straordinario nello Stato. Se lo deve essere per il genio, non lo sarà di meno

allora nascente è calibrata attraverso due strumenti che Bobbio definisce accorgimenti costituzionali: la separazione dei poteri e la rappresentatività[230]. Per quanto riguarda la separazione dei poteri, la funzione di fare diritto passa da principe ad un collegio, facendo sì che la funzione esecutiva venga sottomessa alla legge. Per la rappresentatività invece la funzione legislativa – e di conseguenza la legge come prodotto del suo lavoro – non è più manifestazione del pensiero delle oligarchie, divenendo espressione della volontà generale, di tutta la nazione che esercita la sovranità in forma rappresentativa. In questi due elementi specifici si riscontra il passaggio dall'assolutismo al liberalismo. Il liberalismo può essere definito democratico qualora lo Stato liberale così strutturato abbia al centro la legge che si afferma come espressione della volontà generale poiché prodotto dai rappresentanti del popolo. Questo momento produce, a nostro modo di vedere, l'integrale completamento del vuoto che l'Illuminismo aveva iniziato e la Rivoluzione Francese perfezionò superando il fondamento metafisico del diritto, di natura eminentemente religiosa, come era stato durante il Medioevo. Nel luogo ove vi erano fondamenti metafisici, l'illuminismo e il positivismo posero la legge prodotta dal legislatore scelto democraticamente attraverso un procedimento politico. La democrazia rappresentativa e l'idea di legge come espressione della volontà generale, elaborata come risultato del processo politico divenne il fondamento e la giustificazione illuministica della legge. Ma la legge concepita nel modo poc'anzi descritto si trasforma in qualcosa di metafisico così come era il precedente fondamento del diritto, nella fase pre-moderna. Come insegna Grossi

> (...) quello statalismo che l'illuminismo giuridico aveva legittimato con la sua idealizzazione e gigantizzazione della figura del principe ...fecero sì che il messaggio universalista della Rivoluzione fosse ridotto a messaggio fondativo di uno Stato tanto politicamente quanto giuridicamente solido[231].

Ciò che seguì fu il Codice Civile francese del 1804 e la cosiddetta epoca delle codificazioni. La codificazione porta a compimento l'idea delle due rivoluzioni: la prima è una rivoluzione culturale prodotta dal giusnaturalismo e dall'illuminismo, la seconda è la rivoluzione fattuale avvenuta tra gli anni 1789-1795. Ma essenzialmente la codificazione porta con sè due innovazioni fondamentali, che sono un nuovo modo di comprendere e concepire le relazioni tra i fenomeni politico e giuridico – poichè ora il politico ufficialmente produce il giuridico –e la modifica del modo di produrre diritto, che in precedenza si fondava sui costumi, sulla dottrina e sulla giurisprudenza e diviene legale[232]. Il Codice civile francese è modellato sulla base di tre indirizzi che lo attraversano: essere la fonte dell'unità del (nuovo) Stato, cementando tale unità; essere la fonte più completa possibile; essere fonte esclusiva. Il Codice rafforza la concezione mitologica dell'onnipotenza del legislatore e dell'essenza giusta della legge, poiché presenta una sistematizzazione presumibilmente completa e che conclude con la previsione di tutti e ciascun fatto rilevante che possa avvenire nella vita di

---

per il suo ufficio". Ossia, tanto che per l'intelletto che lo anima, quanto per l'ufficio che svolge (la legge), il legislatore è un essere straordinario, da cui deriva logicamente la sua onnipotenza.

[230] BOBBIO, *O Positivismo Jurídico. Lições de filosofia do direito*; pp. 38-39.

[231] GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*, p. 134.

[232] Iem, 136.

una persona, regolando anche fatti che accadranno dopo la sua morte come è il caso dell'inventario e della divisione dei beni ereditari.

Secondo quanto affermato da Bobbio[233], la causa immediata del positivismo giuridico deve essere ricercata nelle codificazioni prodotte tra la fine del secolo XVIII^{esimo} e l'inizio del XIX^{esimo}, le quali resero concreto il principio dell'onnipotenza del legislatore. All'illumismo si deve la difesa della possibilità e necessità di sostituzione del diritto consuetudinario ereditato dal Medioevo con un insieme di norme razionalmente e sistematicamente prodotte e poste dallo Stato. Si coniugano così idee illuministe care al positivismo: il diritto all'espressione dell'autorità (statale) e della ragione (umana).[234]

Bobbio[235] presenta le linee generali del positivismo descrivendolo come la teoria opposta al giusnaturalismo, caratterizzandosi per ridurre la giustizia alla validità del diritto. Mentre per il giusnaturalista, secondo l'autore, soltanto la norma giusta ha valore di comando, per il positivista è giusto quello che è comandato, esattamente perché stabilito dalla legge positivizzata dal legislatore[236]. O, detto in altro modo – sempre in accordo con Bobbio che avverte espressamente che non vi è più stato altro giurista o filosofo positivista che affermasse perentoriamente tali tesi - se per un giusnaturalista una norma non è valida se non è giusta (facendo riferimento come criterio di giustizia alla concezione metafisica della fede nel diritto naturale), per il positivista la norma è giusta perché è stata validamente posta dal legislatore[237]. Per il giusnaturalista *veritas non auctoritas facit legem*, mentre per il giuspositivista *auctoritas non veritas facit legem*.[238]

Ancora conformemente al pensiero espresso da Bobbio[239], il positivismo giuridico deve essere considerato per tre aspetti essenziali: (i) uno specifico modo di affrontare lo studio del Diritto; (ii) una specifica teoria del Diritto; e, (iii) una specifica ideologia del Diritto. Da questi aspetti derivano quelle che l'autore definisce le caratteristiche essenziali del positivismo giuridico: il (i) modo specifico del positivismo giuridico di affrontare il Diritto ha come conseguenza la comprensione del Diritto come fatto e non come valore, così come risultante dalla trasposizione del metodo scientifico di approccio alle scienze naturali per

---

[233] BOBBIO, op. cit., p. 54.
[234] Idem, pp. 54-55.
[235] BOBBIO, Norberto. *Teoria generale del Diritto*. Torino: Giappichelli, 1993, pp. 35-38.
[236] BOBBIO, *Teoria generale del Diritto*, p. 35.
[237] Idem.
[238] Qui vi è un evidente richiamo ad Hobbes, il quale fu uno dei difensori del positivismo contro il sistema di *common law* nel Regno Unito, secondo quanto riferito da Luigi Ferrajoli in *Lo Stato di Diritto fra passato e futuro*, op. cit., p. 351 e da Norberto Bobbio in *Il positivismo giuridico*, Torino: Giappichelli Editore, 1996, p. 25. Questa convinzione, in Hobbes, deriva dall'idea secondo la quale nello stato di natura esistono leggi pertinenti al diritto naturale, alle quali l'uomo obbedisce per criteri di coscienza, ma nelle relazioni con gli altri uomini solo obbedisce alle leggi del diritto naturale nella stessa misura in cui gli altri le rispettino. Così nell'ottica di Hobbes, norme come *pacta sunt servanda* e non uccidere acquisiscono significato solo se tutti gli uomini rispettino i patti e se tutti gli uomini non attentino alla vita altrui. Nello Stato di Natura, essendo gli uomini uguali, ciascuno è titolare di egual diritto di usare la forza per difendere i propri interessi (non essere ucciso ad esempio), inesistendo la certezza che le leggi naturali saranno adempiute. Nel passaggio allo Stato di Società, con la creazione dello Stato e l'attribuzione a questo della capacità coercitiva congiuntamente al potere di imporre norme, la sua autorità è ciò che determina il comportamento umano.
[239] Idem, pp. 131-134.

l'analisi delle scienze sociali tra le quali il Diritto, con oggettività e senza valutazione; dalla (ii) specificità della teoria del Diritto si deducono le caratteristiche della (a) concezione del Diritto come un insieme di norme coattive; (b) la considerazione della legislazione come fonte preminente dell'ordinamento giuridico; (c) la concezione secondo la quale la norma giuridica è un comando (teoria della norma giuridica) che attribuisce al Diritto imperatività; (d) la nozione secondo cui l'ordinamento giuridico compone un tutto coerente e completo (teoria dell'ordinamento giuridico); e (e) il riconoscimento, di un metodo peculiare della scienza giuridica consistente nell'interpretazione meccanicistica che pone l'elemento dichiarativo come essenziale per l'interpretazione, a discapito dell'elemento creativo. Infine, l'aspetto attinente l'ideologia del Diritto produce la teoria dell'obbedienza, riferendosi all'obbedienza alla legge in quanto tale, quale concretizzazione dell'ideale illuminista del progresso dell'umanità attraverso la conoscenza razionale riflessa nella norma giuridica prodotta dal rappresentante della volontà generale. Il congiunto di tali considerazioni consolida, approfondisce ed intensifica particolarmente l'onnipotenza del legislatore. Il legislatore e la legge risultante dal suo lavoro così considerati sono conseguenza della separazione dei poteri, che ha soddisfatto solo dal punto di vista formale al contenuto dell'articolo 16 della Dichiarazione. Quanto è più approfondito il feticcio della legge, maggiore è l'onnipontenza di chi la fa. La garanzia dei diritti risulta accantonata dinanzi all'ipertrofia della separazione dei poteri, ipertrofia rappresentanta dall'onnipotenza del legislatore e dal corrispondente feticcio della legge nel cammino storico che fonda le proprie radici nel Rinascimento[240]. In effetti, Dennis Lloyd identifica nell'importanza data agli studi secolari della scienza umana durante il Rinascimento l'impulso fondamentale che, al combinare tra loro empirismo e osservazione dei fenomeni per effettuare l'epurazione delle leggi di natura, trasferisce il metodo scientifico in tutti i campi della conoscenza umana, includendo le scienze sociali e tra queste il diritto[241]. In accordo con la ragione illuminista[242], l'impiego del metodo scientifico alle scienze sociali comporterebbe la perfetta conoscenza delle società e, di conseguenza, della capacità umana di apprendere da tali fenomeni, comprenderli ed elaborare leggi positive capaci di attribuire alle

[240] LLOYD, Dennis. *A Ideia de Lei*. 2ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 111-132.
[241] LLOYD, op. cit., p.111.
[242] FERRONE, Vincenzo. *Lezioni Illuministiche*. Roma-Bari: Laterza, 2010. "Un abisso separava la nuova religione naturale, universale, razionalistica e senza Chiese di Voltaire da quella agostiniana di Pascal. Il Dio lontano e assente del primo, se da un lato dava legalità e legittimità all'universo-macchina di Newton soddisfacendo comunque il bisogno naturale di religiosità di fronte al mistero e al sacro, dall'altro apriva di fatto la strada maestra dell'emancipazione dell'uomo attraverso l'uomo stesso, imponendo la nascita di una cultura originale in grado di trasformare radicalmente valori e idee già presenti nel mondo antico come eguaglianza, tolleranza, libertà, felicità; creando nuove pratiche, linguaggi, rappresentazioni, modalità di comunicazione. Il mutamento di gerarchia tra Dio e uomo, che responsabilizzava quest'ultimo nella ricerca della felicità terrena, divenne in breve tempo uno dei presupposti intellettuali più efficaci e caratterizzanti del moderno umanesimo illuministico. Chiarito che l'obiettivo finale dell'uomo era quello di vivere, per quanto fosse consentito nei limiti della sua finitudine, con libertà, dignità e responsabilità il dramma della vita, cogliendo i pochi attimi disponibili di felicità terrena, il tema centrale divennero il modo, i mezzi, gli strumenti necessari per raggiungere un simile obiettivo. Al riguardo, Voltaire, come tanti altri, non aveva il minimo dubbio che fosse prima di tutto indispensabile ridefinire i saperi, sostituire la teologia con la filosofia, il primato della tradizione con lo spirito critico e la volontà di conoscere, la grazia con la ragione, come invitava a fare polemicamente la voce *Philosophe* nell'*Encyclopédie*; studiare infine l'essere umano partendo della natura, far nascere finalmente le scienze dell'uomo (...)", op. Cit., pp. 138-9.

società la miglior forma di funzionamento orientato ad una convivenza adeguata.[243] Per questo si riconosce il legislatore come onnipotente e si attribuisce alla norma giuridica da lui posta la qualità di giusta.

4.2 Paleogiuspositivismo

Nonstante la grandezza dei propositi dell'ideale illuminista[244], costruito sulla base della fede nella conoscenza e nel continuo progresso umano e, anche considerandosi innegabile il miglioramento rappresentato dalla sostituzione dell'assolutismo dallo stato di Diritto, ossia, la sostituzione della volontà del principe con la volontà della società, si rende necessario riconoscere che il modo di funzionamento dello Stato di Diritto attraverso la via del Positivismo, nella sua prima manifestazione, si è mostrato insoddisfacente per una adeguata garanzia dei diritti, così come stabilito nell'articolo 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino.

In effetti, la costruzione kelseniana é eminentemente formale e adeguata al contesto storico in cui era inserito l'autore e, in particolare, coerente con il suo progetto di difesa del positivismo giuridico, attraverso l'affermazione della separazione tra diritto e morale. Qualunque preoccupazione per il contenuto delle norme giuridiche positivizzate dal legislatore e l'ipotesi del loro contrasto con alcuni parametri, posti al di fuori dell'ordinamento giuridico, rappresenta un ritorno alla metafisica e, specialmente, un ritorno alle fondamenta del diritto. Già a partire dal 1934, in occasione della prima pubblicazione dell'opera Teoria Pura del Diritto, era evidente il suo desiderio di presentare la scienza del diritto come teoria del diritto. Questa separazione tra diritto e scienza del diritto risponde ad una esigenza epistemologica causata dal tramonto della produzione giuridica dottrinaria e giurisprudenziale, che predominava nel periodo anteriore alla Rivoluzione Francese. La questione da risolvere era dunque: come è possibile una giustificazione del diritto che si svincoli dalle autorità metafisiche come Dio o la natura umana quali insiemi di norme universalmente valide? Come interpretare il significato dell norme giuridiche oggettivamente valide esprimibili in proposizioni giuridiche? La risposta si costruisce a partire da una norma fondamentale, ma questa, a sua volta, ugualmente priva di contenuto, si situa gerarchicamente al di sopra della prima costituzione di un popolo e, alla luce del principio della gerarchia delle

---

[243] AMARAL, Diogo Freitas do. *História do Pensamento Político Ocidental*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 184: "L'illuminismo fu un grande movimento che, essendo cominciato in Inghilterra e in Olanda, alla fine del sec. 17, si estese e si amplificò nel sec. 18, grazie alla forte influenza francese, a tutto il mondo occidentale. Le tre caratteristiche fondamentali del pensiero illuminista furono: la fede incrollabile nella Ragione umana, lo spirito di contestazione delle concezioni tradizionali, (v.g., nella Religione dominante) e la volontà di cambiamento, ispirata dalla convinzione della capacità dell'Uomo di trasformare il mondo."

[244] FERRONE, Vincenzo. *Lezioni Illuministiche*, alle pp. 122-3, quelle che sono considerate le idee-forza dell'illuminismo: "(...) la critica al fanatismo religioso, il forte rilancio della tolleranza religiosa e civile, la nuova fiducia di scienziati e filosofi nell'osservazione e nell'esperienza, l'esame critico e spregiudicato dei costumi e delle istituzioni di uomini e società in ogni angolo del mondo, la riformulazione del legame politico e sociale a partire dall'idea di libertà naturale dell'uomo, la definizione di una morale naturale universale e tanto altro ancora".

norme, una volta che la costituzione abbia avuto la sua formulazione autorizzata dalla norma fondamentale, tutte le restanti norme si posizionano al di sotto della costituzione, facendo derivare da questa il loro fondamento di validità. Precisamente, Kelsen afferma che una norma giuridica ritrova il proprio fondamento di validità da una norma, dal punto di vista gerarchico, immediatamente superiore e così successivamente fino alla costituzione, che a sua volta si fonda sulla norma fondamentale. Il fondamento di validità, tuttavia, non riguarda in nessun caso il contenuto[245]. È evidente che la costruzione di Hans Kelsen[246] ha rappresentato un progresso in relazione a ciò che vi era anterioremente, tuttavia va ugualmente riconosciuto che, qualora si prescinda dall'analisi del contenuto della norma al momento della sua applicazione al caso concreto, e dunque fondando l'analisi solo su di un criterio formale – ossia se la norma sia stata prodotta o meno in accordo con la norma di competenza costituzionalmente stabilita –, si è dinanzi ad una supremazia costituzionale sulla norma ordinaria di natura relativa, poiché tale superiorità ha riguardo solo per l'aspetto formale, trascurando completamente il criterio materiale. Questa supremazia relativa è, evidentemente, insufficiente per assicurare l'effettiva protezione dei diritti nella misura in cui (e giustamente perché) lascia il legislatore completamente libero rispetto al contenuto della norma ordinaria che elaborerà, nonché rispetto al se e quanto farlo. La proposta qui non è la lotta al positivismo giuridico, al contrario, è un sostegno per la sua riaffermazione, ma in modo rinnovato, ricostruito a partire da una specifica concezione che riconosca la Costituzione come attrice privilegiata della scena giuridica, a questa attribuendo la funzione di positivizzare, attraverso i suoi principi e i diritti fondamentali, parametri di giustizia che dotino l'ordinamento giuridico di una porzione nomostatica che, nella concezione kelseniana, non esisteva e che, di conseguenza, relegava la questione della giustizia ad un problema di natura metagiuridica.

Identica considerazione può essere svolta nei confronti della concezione di Hart[247] sul diritto, rispetto a quanto sopra affermato in ordine alla dottrina di Kelsen. Hart, insieme a Kelsen, é uno dei grandi esponenti del positivismo avendo proposto nel 1961 - con il libro *Il concetto di Diritto* - una revisione delle teorie di John Austin, proponendo che il modello

---

[245] Tutta la costruzione del presente paragrafo è fondata su DIAS, Gabriel Nogueira. *Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na obra de Hans Kelsen*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 241-259. Merita di essere trascritto il seguente brano: "attraverso questa costruzione teorica, Hans Kelsen ci fornisce la prova che il legame tra norme *giuridiche* e norma *fondamentale* può essere compresa interamente senza un processo deduttivo del modello statico di validità. Al contrario del modello statico, secondo il quale tutte le norme del sistema giuridico sono relazionate *deduttivamente* al *contenuto* della norma fondamentale, nel modello kelseniano le norme giuridiche formano un "sistema normativo *dinamico*" che non è legato *a priori* ad un contenuto fisso. Così la norma fondamentale ha come contenuto, intesa all'interno della teoria generale del diritto di Kelsen, la *Teoria Pura del Diritto*, (...) nulla oltre l'istituzione di una ipotesi fattuale generatrice di norme – di una regola che determina come devono essere prodotte le norme generali e individuali dell'ordinamento basato su questa norma fondamentale. Questo conferma che la norma fondamentale fornisce *solo il fondamento di validità, non il contenuto della validità* a quelle norme su questa fondate (op. cit., pp. 258-260).

[246] La costruzione teorica di Hans Kelsen presentata nella *Teoria pura del diritto* (facciamo riferimento alla 5ª edizione brasiliana del 1996, Editora Martins Fontes, tradotta in portoghese da João Baptista Machado) é molto probabilmente la teorizzazione più completa e profonda del positivismo giuridico e, senza alcun dubbio, una delle opere più influenti nell'ambito giuridico durante tutto il XX secolo.

[247] HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 2ª edição, 1994, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

semplice di quest'ultimo potesse essere sostituito da un modello migliorato. La base della concezione di Hart sul diritto (che, del resto, è un'analisi strutturale e in questo in nulla differisce da Kelsen,) risiede nella distinzione di due tipi di regole, ossia regole primarie e regole secondarie[248]; nella caratteristica di obbligatorietà delle norme[249]; nell'esistenza di una norma di riconoscimento[250] come criterio per definire se una determinata norma esiste e appartiene ad un determinato ordinamento e, come tale, applicabile. In questa concezione della regola del riconoscimento, si rinviene, secondo noi, il grande contribuito di Hart per il positivismo giuridico, giacchè deriva dall'essenza di tale modo di concepire il Diritto l'idea secondo la quale è diritto ciò che è stato positivizzato, essendo così necessario stabilire criteri precisi e chiari riguardo come si proceda alla positivizzazione di una norma. Ora, la norma di riconoscimento in Hart si caratterizza in primo luogo per essere funzionalmente selettiva, operando tanto come formula inclusiva, quando riconosce una determinata norma come facente parte di un determinato ordinamento, e esclusiva quando avviene il contrario; ciò deriva, in maniera inesorabile, dalla pura e semplice analisi della costruzione di Hart. Si caratterizza, ugualmente, come la norma suprema dell'ordinamento giuridico che definisce il criterio di validità della norma che lo compone[251]. In ultimo, la teoria di Hart contiene altresì il principio secondo cui alla norma di riconoscimento non possa attribuirsi validità o invalidità, poichè quella non è una norma interna dell'ordinamento giuridico, ma un giudizio che si attua rispetto alle norme che compongono un determinato ordinamento. In ordinamenti come il brasiliano e l'italiano, da sempre appartenenti alla famiglia del diritto romano-germanico, identificata come la famiglia del diritto positivizzato nella legge, la norma di riconoscimento è positivizzata nelle costituizione e, di regola, è data dal fatto che *una norma sarà riconosciuta come esistente, valida e appartenente ad un determinato ordinamento di uno Stato se prodotta dall'organo autorizzato e purchè sia stato osservato il procedimento legislativo*. Questa è la concezione normalmente accettata, essendo da rilevare che la norma di riconoscimento così formulata si presenta solo con una accezione formale poichè in questa nulla è riferito in relazione al contenuto che deve presentare o che non può presentare la norma passata sotto il setaccio della norma di riconoscimento. Negli scritti di Hart, relativamente alla norma di riconoscimento, non vi è alcun riferimento al contenuto, alla sostanza. D'altro canto, in Kelsen é logicamente accettabile che il criterio di esistenza e validità delle norme di un determinato ordinamento giuridico sia esclusivamente formale, poichè la sua teoria parte dalla differenziazione tra i vari sistemi di norme, siano sistemi di norme morali, sistemi di norme religiose e sistemi di norme giuridiche, tra gli altri aspetti i primi due si caratterizzano per essere nomostatici, ossia per operare sulla base di una norma di riconoscimento eminentemente di contenuto. Nei sistemi nomostatici, dunque, ciò che permette di verificare se una determinata norma (morale o religiosa) appartenga ad un determinato sistema (morale o religioso) é l'analisi del suo contenuto, in relazione al

[248] HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*, pp. 89-135.
[249] Op. cit., pp. 23-31.
[250] Idem, pp. 111-135.
[251] Secondo lo stesso Hart: "la regola di riconoscimento, che introduce i criteri attraverso i quali la validità delle altre regole del sistema è valutata è, in un senso importante che tenteremo di chiarire, una regola *ultima*: e laddove, come è usuale, si abbiano tanti criteri ordinati secondo la subordinazione e il primato relativo, uno di questi è *supremo*. Queste idee del carattere ultimo della regola di riconoscimento e della supremazia di uno dei suoi criteri meritano particolare attenzione" (op. cit., p. 117).

contenuto nucleare del sistema; nel caso in cui sussista compatibilità logica tale da poter concludere che la norma in esame possa essere dedotta naturalmente dai principi informatori del sistema, sarà corretto affermare che tale norma è parte del sistema. Kelsen sottolinea come il principio statico (sistema nomostatico) é effettivamente quello, secondo il quale il fondamento di validità della norma riguarda il suo contenuto, che può essere dedotto attraverso una operazione logica, partendo dalla norma fondamentale presupposta (che, in questo caso, possiederà anche essa contenuto materiale)[252]. Nei sistemi nomodinamici, invece, come è il caso del diritto, vige il principio dinamico relativamente al fondamento di validità delle norme, che funziona come norma di riconoscimento. Qui il criterio è esclusivamente formale, e ciò si esplica attraverso la necessità/possibilità del legislatore, con il passare del tempo, di poter modificare la legislazione in ragione del progresso della conoscenza umana e della derivante possibilità di una migliore normazione delle condotte umane. In questa concezione, se il Diritto fosse un sistema statico, la nuova legislazione non potrebbe modificare la precedente perché lo farebbe introducendo nuovi contenuti nell'ordinamento giuridico e questi non sarebbero conformi alla (il contenuto della) norma fondamentale presupposta. Nel Diritto così come concepito in Kelsen, la norma fondamentale che svolge la funzione di norma di riconoscimento fornisce solo il fondamento di validità (l'essere del Diritto), non il contenuto di validità (il dover essere del Diritto). In sintesi, analizzate le teorie esplicative del Diritto elaborate da due dei più importanti esponenti del positivismo giuridico del XX^{esimo} secolo, si può affermare che queste corrispondono ad uno specifico modello di Stato e ad uno specifico modello di Diritto, che ben si può comprendere alla luce delle condizioni e del livello dell'evoluzione, tanto della storia – degli eventi in relazione allo Stato e al Diritto -, quanto della scienza giuridica dell'epoca.

Contemporaneamente, considerato sia il prosieguo del corso della storia sia l'evoluzione della scienza giuridica, Luigi Ferrajoli[253] propone una distinzione tra due tipi di Stato di Diritto, intendendo il primo come quello (Stato di Diritto in senso lato, in senso debole o in senso formale) in cui i poteri sono posti dalla legge, essendo da questa conferiti, e che devono essere esercitati nel modo e in osservanza dei procedimenti da questa previsti, intendendo invece il secondo (Stato di Diritto in senso forte o sostanziale) come il modello in cui vige un ordinamento nel quale i poteri pubblici si assoggettano alla legge, sia per quanto riguarda la forma che per quanto riguarda il contenuto dei propri atti.[254] Ferrajoli classifica, in particolare, il primo modello come quello in cui vige il paleogiuspositivismo, o positivismo pre-moderno, fondato sul principio di legalità come norma di riconoscimento del diritto esistente - effettivamente plasmato sul modello formale formulato nelle teorie di Hart e Kelsen. Il paleogiuspositivismo, secondo Ferrajoli, é coevo a quello che egli definisce Stato legislativo di Diritto (o Stato legale), storicamente concretizzato con la nascita delle codificazioni, avendo il principio di legalità come fonte esclusiva del diritto valido.[255] Questo modello, per così dire, risponde alla concezione kelseniana secondo la quale ciò che

[252] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5ª edição, 1996, São Paulo: Martins Fontes, p. 218.
[253] FERRAJOLI, Luigi. *Lo Stato di Diritto fra passato e futuro*, in COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (a cura di) *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*. Milano: Feltrinelli, terza edizione: 2006, pp. 349-386.
[254] FERRAJOLI, op. cit., p. 349.
[255] FERRAJOLI, op. cit., p. 352.

costituisce diritto è la validità formale delle norme giuridiche che compongono un determinato ordinamento.[256]

Questa distinzione elaborata da Ferrajoli é fondamentale perchè si comprenda il ruolo delle costituzioni nell'ambito della protezione e della garanzia dei diritti. Considerando che l'idea che la democrazia sia costituita attraverso il Diritto, e che può aversi Diritto senza democrazia, mentre non è vero il contrario, é necessario comprendere che l'attività politica esercitata dal legislatore deve essere costituzionalmente regolata. Da ciò deriva che la costituzione condiziona tanto formalmente quanto materialmente l'esistenza e la validità degli atti legislativi, determinando sia ciò che non deve essere fatto, con la previsione dell'incostituzionalità per azione, sia quanto deve essere realizzato, con la previsione dell'incostituzionalità per omissione. Si riduce, così, per effetto della Costituzione, lo spazio di libertà di azione del legislatore.

Ferrajoli[257] sottolinea che, mentre il giusnaturalismo è stato la teoria del diritto pre-moderno, il positivismo lo è stato del diritto moderno. Egli distingue la nozione di giusto, che nel giusnaturalismo è riconducibile all'adeguamento ad un paradigma metafisico, mentre nel positivismo è una funzione esercitata attraverso l'adeguamento alla Costituzione. Si verifica così la separazione tra diritto e morale, laddove una norma diviene valida non in ragione del suo contenuto, considerato giusto e vero, ma perchè così è stata proclamata dalla legge, così è stata posta, stabilita dalla fonte a cui la costituzione riconosce l'autorità di produrre norme[258]. Questo è il primo cambiamento di paradigma operato dal paleogiuspositivismo, così come preconizzato nella radicale separazione tra diritto e morale di Hart e Kelsen. Il secondo cambiamento paradigmatico ha a che fare con la perdita del carattere normativo della scienza giuridica, di cui al contrario la stessa era dotata nel periodo antecedente all'avvento del positivismo, ossia nella circostanza in cui, nell'ambito del giusnaturalismo, diritto e scienza non erano separati. L'attività del giurista, così come quella del giudice, era l'elaborazione del diritto o la sua definizione; con l'avvento del positivismo una cosa è la norma positiva, un'altra è lo studio sistematico che di questa si fa. Nel positivismo, la scienza del diritto assume carattere descrittivo, assumendo la funzione di spiegare il diritto positivo, ossia il suo oggetto.[259] Si fissa così il principio di legalità, alterandosi la natura della giurisdizione che si assoggetta alla legge che diviene la sua nuova fonte di legittimazione. A partire da allora, il giudice deve decidere i casi che gli sono sottoposti applicando la norma positivizzata dal legislatore, sì da affermare che un problema

[256] Kelsen afferma espressamente: "Il sistema delle norme che si presenta come un ordine giuridico ha essenzialmente un carattere dinamico. Una norma giuridica non ha valore perché ha un determinato contenuto giuridico, ossia perchè il suo contenuto può essere dedotto attraverso il ragionamento logico da una norma fondamentale presupposta, ma perché è creata sulla base di una formula determinata – in ultima analisi, in un modo fissato da una norma fondamentale presupposta. Per tale ragione, e solo per questo, essa appartiene all'ordine giuridico le cui norme sono create conformemente alla norma fondamentale. Per questo, tutti e ciascun contenuto può essere Diritto. (...) la validità di questa non può essere negata per il fatto che il suo contenuto possa entrare in contrasto con il contenuto di un'altra norma che non appartenga all'ordine giuridico la cui norma fondamentale è il fondamento di validità della norma in questione (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 221.

[257] FERRAJOLI, Luigi. *O Estado de Direito entre o passado e o futuro*, op. cit., p. 422.

[258] Idem, p. 423.

[259] Ibidem.

giuridico si risolva a partire dalla definizione della norma valida che a questo sarà applicata. Dopo l'affermazione del positivismo giuridico, il compito del giudice diviene– una volta che siano stati delimitati e individuati i fatti contestati sottoposti alla decisione – individuare la norma applicabile al fatto. Da ciò, l'onnipotenza del legislatore, che si afferma con il principio di legalità, attraverso il monopolio statale della produzione del Diritto.

Tra i teorici che più hanno contribuito all'attuale nozione di legge va ricordato Montesquieu che ha rotto i legami con le concezioni religiose che lo hanno preceduto, in particolare nel definire le leggi come *relazioni necessarie che derivano dalla natura delle cose*[260], e nello stabilire un legame tra il Diritto e le scienze naturali, le cui leggi sono note sulla base del metodo empirico e, in modo molto speciale, con la fisica di Newton[261]. Ciò che Montesquieu affermava, assolutamente in accordo con le tesi del razionalismo illuminista di allora, è che è possibile che l'intelligenza umana apprenda e comprenda ciò che vi è di uniforme e costante nella convivenza umana e, attraverso la politica, definisca le norme che governeranno la vita in società. Norme che, ispirate alla retta ragione umana che è idonea attraverso la conoscenza a raggiungere la verità, sono dotate di capacità di governare adeguatamente le relazioni tra gli uomini.

Tuttavia, questa prima manifestazione del positivismo giuridico, completamente acritica in ordine al contenuto della norma giuridica, e che opera sulla base della sua imperatività poichè prodotta dal legislatore competente e secondo il processo legislativo, non è riuscita a realizzare l'aspirazione contenuta nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, ed espressa dal principio per cui una costituzione deve garantire la divisione dei poteri come strumento per la garanzia dei diritti. Poiché il legislatore resta completamente libero nella sua funzione di innovare nel mondo giuridico, introducendo comandi generici, astratti e impersonali, ciò che si può osservare con il corso degli anni è stata, da un lato, la necessità di istituire un sistema di controllo di costituzionalità in vista dell'attività legiferante che, in disaccordo con il testo delle Costituzioni, causasse violazioni dei diritti fondamentali di prima generazione, dando luogo a incostituzionalità per azione; dall'altro alto, con l'avvento dei diritti fondamentali sociali di prestazione, la considerevole inazione del legislatore nella realizzazione del suo compito e la produzione di norme necessarie e sufficienti all'esercizio di tali diritti che più sentitamente richiedono l'elaborazione delle leggi di attuazione dando luogo a incostituzionalità per omissione.

La nascita delle Costituzioni, dotate di entrambe le generazioni di diritti fondamentali e contenenti sia obblighi di fare sia obblighi di non fare da parte dello Stato, ha permesso l'affermazione del positivismo critico, nel cui ambito è possibile la critica all'azione del legislatore dall'interno del sistema giuridico, attraverso meccanismi di controllo di costituzionalità, che sia formulata con base nelle imposizioni costituzionali,– se e qualora essa non garantisca più i diritti fondamentali-.

---

[260] MONTESQUIEU, op. cit., p. 11, nell'integrale: "le leggi, nel loro significato più completo, sono relazioni necessarie che derivano dalla natura delle cose; e, in tale senso, tutti gli esseri hanno le proprie leggi*; la Divinità possiede le proprie leggi, il mondo materiale possiede le proprie leggi, le intelligenze superiori agli uomini possiedono le proprie leggi, l'uomo possiede le proprie leggi."*

[261] WEFFORT, op. cit., p. 115.

4.3 Dalla critica del positivismo al positivismo critico

Ciò che si può intendere per positivismo critico, come la stessa espressione propone, non sfugge all'ambito del diritto positivo, non fa ricorso alla metafisica né agli irrealismi metodologici.[262] Affinchè si comprenda ciò che si intende attraverso l'espressione positivismo critico, é necessario analizzare innanzitutto i vari tentativi di superamento del rigido formalismo legalista, introdotto dal positivismo giuridico nella sua fase iniziale. Tali tentativi sono definiti dal giurista portoghese António Menezes Cordeiro come irrealismi metodologici. Nella prospettiva di Cordeiro[263], l'irrealismo metodologico di cui è stato vittima il Diritto deriva da un apparente paradosso frequente nelle scienze umane, ossia la circostanza per cui il formalismo ed il positivismo o, secondo la nostra terminologia, il positivismo formale o paleogiuspositivismo, che sempre è stato difeso in nome della sicurezza giuridica, ha dato origine alla nascita di significativi fattori di insicurezza.[264] Secondo il giurista portoghese, il Diritto diviene scienza a partire dalla "*(...) preoccupazione armonizzatrice dei jurisprudentes romani* [che] *ha permesso un passo di grande importanza, che non sarebbe stato dimenticato: la ricerca incessante di regole predeterminate o predeterminabili per la risoluzioni dei problemi"*.[265]

A partire dall'attività della scuola storica, il cui maggior esponente è stato Savigny, e dall'elaborazione di un metodo puramente giuridico, fondato sulla concezione neokantiana relativa alla formazione intuitiva dei concetti, sulla base della ricostruzione delle istituzioni storiche che, a sua volta, trova la propria origine nel giusrazionalismo, diviene egli stesso oggetto di altre riflessioni e dà luogo all'autonomia metodologica del Diritto. Il costo è stato quello della costituzione di un metadiscorso non propriamente riguardo il diritto, ma riguardo il metodo del Diritto – facendo sorgere un metalinguaggio, con meta concetti e una lunga sequenza di astrazioni sempre più distante dai casi concreti e, di conseguenza, disinteressata *a* e eventualmente addirittura impeditiva *che* il Diritto si concretizzi.[266] I tentativi di risposte metodologiche alla crisi del positivismo formale (paleopositivismo) sono state tanto il discorso metodologico, nel quale predominavano le categorie interpretative della scuola storica di Savigny[267], quanto la giurisprudenza dei concetti di Puchta[268], il funzionalismo tardo di Heck[269] e la sua giurisprudenza degli interessi, passando per la scuola del Diritto libero, i cui nomi più rilevanti furono Hermann Kantorowics e Ernest Fuchs.[270]

---

[262] L'espressione "irrealismo metodologico" si deve al giurista portoghese António Menezes Cordeiro che l'ha utilizzata nella prefazione all'edizione portoghese dell'opera *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, di Claus-Wilhelm Canaris, che conosciamo nella sua seconda edizione 2ª edição, 1996, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

[263] CORDEIRO, Antonio Menezes. *Introdução à edição portuguesa* de KANARIS, Claus-Wilhelm. *O pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do Direito*, pp. IX-CXIV.

[264] Idem, p. XXIV.

[265] Ibidem.

[266] Idem, p. XXV.

[267] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª edição, 1997, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 9-19.

[268] Idem, pp. 21-29.

[269] Idem, pp. 63-77.

[270] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito.* 3ª edição, 1997, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 77-83.

4.3.1 La scuola storica del Diritto

La scuola storica del Diritto è sorta e si è diffusa in Germania tra la fine del secolo XVIII^{esimo} e l'inizio del secolo XIX^{esimo}, avendo in Savigny[271] il suo più noto esponente, come risultato del contrasto tra la filosofia giusnaturalista e lo storicismo.[272] Le caratteristiche fondamentali dello storicismo in generale saranno di seguito esaminate. La prima di queste riguarda la varietà della storia dovuta alla varietà dell'uomo; tale corrente di pensiero sostiene che non esista l'Uomo con determinati e immutabili caratteri fondamentali come pretendevano i giusnaturalisti, esistendo, al contrario, una grande diversità che dipende dalla razza, dal clima, dal periodo storico, etc.[273] La seconda caratteristica è il senso irrazionale della storia che, al contrario di quanto affermato dagli illuministi, non ha nella ragione, nel calcolo, nella valutazione razionale il proprio motore che, in realtà, risiede nell'elemento passionale dell'uomo, nell'impulso e nella passione; in tal senso, si può facilmente giungere alla conclusione che lo Stato non è sorto come risultato di una decisione razionalmente ponderata di creare un'organizzazione politica destinata a correggere gli inconvenienti dello stato di natura; il ruolo di protagonista della storia al posto della ragione è proprio dell'irrazionalità.[274] In terzo luogo, lo storicismo si caratterizza per il pessimismo antropologico, che vede nella storia dell'umanità una continua tragedia e non crede nella possibilità della ragione umana di migliorare la società e trasformare il mondo.[275] Altra caratteristica dello storicismo è l'elogio dell'amore per il passato, considerato che in assenza di fiducia nella possibilità di miglioramento dell'umanità, il passato è oggetto di ammirazione idealizzato, al contrario dell'illuminismo che lo disprezza, in particolare in ragione dell'ingenuità e dell'ignoranza degli antichi. Questa polemica tra storicisti e illuministi ha come oggetto centrale il Medioevo che rappresenta, per gli uni, un periodo che ha visto l'esistenza di una civilizzazione profondamente umanizzata e che ha espresso lo spirito del popolo e la forza di sentimenti elevati, mentre per gli altri rappresenta un periodo barbaro ed oscuro[276]. Un ultimo elemento caratteristico dello storicismo, intimamente legato al precedente, è il rispetto per la tradizione, le istituzioni e i costumi che sono espressione della società attraverso uno sviluppo lento e quasi impercettibile. Anche in questo caso, sussiste una netta opposizione al pensiero illuminista, poiché per quest'ultimo la tradizione era quello che gli uomini ripetevano meccanicamente per forza di inerzia, senza rendersi conto che avrebbero potuto e dovuto impegnare il loro spirito innovatore per trasformare le istituzioni e i costumi in modo da adeguarli ai dettami della ragione umana illuminata attraverso la conoscenza scientifica[277]. Considerati gli elementi essenziali dello storicismo e la loro applicazione alle questioni giuridiche, si giunge in tal modo a delineare un quadro sufficientemente esaustivo della dottrina della scuola storica di Diritto. Essendo l'uomo un essere segnato dalla varietà e dalla diversità individuale, ogni popolo costruisce storicamente

---

[271] Per un'analisi del contributo di Savigny per la scuola storica del Diritto dal punto di vista sistematico, cfr, soprattutto, LOSANO, Mario Giuseppe. *Sistema e estrutura no direito. Vol. 1 Das origens à escola histórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
[272] BOBBIO, Norberto. *Il positivismo*. Torino: Giappichelli, 1996, pp. 35-36.
[273] Idem, p. 39.
[274] Ibidem.
[275] Idem, p. 40.
[276] Idem, pp. 40-41.
[277] BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*, pp. 41-42.

il suo diritto, secondo le caratteristiche comuni che fanno di questo un popolo, essendo il Diritto un prodotto della storia e non della ragione, come tutti i fenomeni sociali e, come tale, non esistendo un uomo universale, non esiste una storia universale, e di conseguenza, il Diritto varia nel tempo e nello spazio. Oltre ciò, si considera che risiede nell'irrazionalità delle forze storiche, sottostanti alle costruzioni artificiali del Diritto stabilite nello Stato moderno, il sentimento del giusto e dell'ingiusto, che non deriva da un calcolo razionale, ma si esprime nelle forze primitive e popolari che sono alla base delle società. D'altro canto, sussiste la necessità di conservare gli ordinamenti esistenti e di impedire che le nuove istituzioni e le innovazioni giuridiche si impongano alle società poichè, stante la sfiducia nel progresso umano, lo storicismo non crede nell'efficacia delle riforme[278]. La scuola storica del Diritto, nel suo amore per il passato, ha proposto che in Germania si andasse oltre la ricezione del Diritto Romano per riscoprire e riportare alla luce l'antico diritto germanico. Si affermava, infatti, che la ricezione del Diritto Romano fosse più espressione dell'ispirazione tipicamente illuminista di applicare un diritto straniero non adeguato al popolo tedesco fondato sulla sua *ratio scripta*. Al riguardo, si ebbe una forte contrapposizione tra germanisti e romanisti. Infine, per la scuola storica del Diritto la forma privilegiata di produzione del Diritto è il costume che nasce direttamente dal popolo e esprime il suo sentimento e il suo spirito.[279] É importante sottolineare che tanto la scuola storica del Diritto che lo storicismo in generale sono forme di opposizione al giusnaturalismo e antesignane del positivismo giuridico, poichè abbandonano i concetti universali e privilegiano le peculiarità di ciascun popolo in ciascun periodo storico, fondando una critica radicale al diritto naturale così concepito dall'illuminismo, ossia, come un diritto universale e immutabile prodotto dalla ragione, a cui viene opposto un diritto consuetudinario, considerato come forma genuina del diritto poiché espressione della realtà storico sociale di un popolo.[280] L'analisi, ancorchè sommaria, della scuola storica di Diritto non può essere terminata senza che si ricorra alla dovuta contestualizzazione storica perché meglio si comprenda l'ambito all'interno del quale sono state svolte tali argomentazioni. La diffusione del *Code Napoléon* in Germania si ebbe successivamente all'invasione degli eserciti napoleonici, introducendo la nozione nuova dell'uguaglianza formale di tutti dinanzi alla legge, in un luogo ove vigeva la codificazione prussiana del 1797, che invece riconosceva una stratificazione sociale data da nobilità, borghesia e classe contadina, il che necessariamente portò alla nascita di una corrente di pensiero formata da giuristi, che sosteneva l'elaborazione e la redazione di un nuovo codice che unificasse il diritto tedesco (o anche che si adottasse la codificazione francese), con la finalità di affrontare e superare le difficoltà derivanti dall'enorme pluralità e dal frazionamento del diritto allora vigente.[281] Anton Friedrich Justus Thibaut difese la codificazione del diritto tedesco adducendo l'argomento, sulla base del quale si sosteneva che l'unificazione del diritto privato poteva dotare di maggiore razionalità le relazioni tra i vari

[278] Questo aspetto riporta direttamente alla disputa tra Savigny e Thibaut riguardo l'adozione o meno, per la Germania, di una codificazione sul modello del *Code Napoléon*, (questa disputa è descritta da Bobbio alle pagg. 44-54 del libro *Il positivismo giuridico*).

[279] La sintesi qui presentata delle caratteristiche della scuola storica si deve a Norberto Bobbio, in *Il positivismo giuridico*, pp. 42-44.

[280] BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*, pp. 44-45.

[281] BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*, p. 47.

Stati tedeschi[282], a cui Savigny rispose con l'opera *Della vocazione della nostra epoca per la legislazione e per la giurisprudenza*, pubblicata nel 1814[283], in risposta al libro *Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania*, pubblicato nello stesso anno da Thibaut anteriormente alla pubblicazione di Savigny.[284] Iniziò così la polemica. Gli argomenti a favore della codificazione riguardavano l'impulso decisivo che da questo sarebbe derivato per la definitiva unificazione della Germania[285], oltre, non solo nel campo prettamente giuridico, agli innegabili vantaggi per i giudici, gli studiosi del Diritto e gli stessi cittadini comuni. E, inoltre, le divergenze tra i vari Diritti in vigore in Germania in quel periodo erano più frutto dei capricci del principe che riflessi dello specifico spirito del popolo, e , per ciò che concerne le questioni più rilevanti per la vita sociale, le divergenze erano poche e di scarso rilievo. In senso contrario, riassumendo, Savigny sosteneva che, pur non essendo contrario di principio alla codificazione del Diritto, riteneva che la Germania dell'epoca non fosse preparata ad una codificazione, poichè si trovava in una particolare fase di decadenza, in particolare in relazione alla scienza giuridica, e che una codificazione in tale momento avrebbe prodotto una sorta di cristallizzazione della società decadente. Nella concezione di Savigny le fonti del Diritto sono essenzialmente il diritto popolare, che è proprio delle società in formazione; il diritto scientifico, proprio delle società più mature; e il diritto legislativo, che corrisponde alle società in decandenza, ragion per cui sosteneva che il modo di impedire e di invertire la tendenza decadente del Diritto della Germania dell'epoca era la promozione di un diritto scientifico più opportunamente prodotto dai giuristi, così come immaginato e praticato nella sua ricostruzione del Diritto Romano a partire dal metadiscorso teorico. La codificazione, dunque, in quel momento avrebe soltanto aggravato la crisi.[286]

Da questo dibattito, il positivismo legalista di tipo formale incarnatosi nella codificazione ne uscì sconfitto, per lo meno per un secolo intero.

4.3.2 La giurisprudenza dei concetti

Georg Friedrich Puchta è stato colui che, a partire dal 1837, ha affermato che la scienza giuridica dovesse essere concepita come una piramide di concetti, ritenendo espressamente:

> Le proposizioni giuridiche singole che costituiscono il Diritto di uno popolo si ritrovano, in relazione alle altre, in un nesso organico che si esprime, innazitutto,

[282] DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do Direito*. 5ª edição, 1979, Coimbra: Armênio Amado Editor, p. 159.
[283] Ibidem.
[284] BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, p. 49.
[285] L'unificazione della Germania è stato un processo che si è svolto durante il XIX^{esimo} secolo, concludendosi nel 1871, con l'ingresso degli Stati tedeschi di Hesse, Baden, Baviera e Würtemberg nel Secondo Reich.
[286] BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, p. 54.

> attraverso la sua derivazione dallo spirito del popolo, nella misura in cui l'unità di tale fonte si estende a tutto qui che suo tramite è stato prodotto.[287]

Oliveira Ascenção[288] ricorda che è stato in funzione del problema dell'interpretazione della norma e del problema dell'integrazione delle lacune che sono sorte le scuole di pensiero con divergenze metodologiche e, essendo questa una questione dogmatica, difende l'idea secondo cui – nella posizione della giurisprudenza dei concetti – la funzione dogmatica non si riassuma nella comprensione e esposizione delle categorie giuridiche. La metodica della giurisprudenza dei concetti difende la concezione secondo cui il sistema porta con sè la totalità delle soluzioni giuridiche e che, per ritrovarle, il giurista deve considerare le connessioni esistenti tra i concetti e, attraverso processi logici, deve estrarre dal sistema la regola più adeguata per la disciplina di una determinata situazione, anche quando in apparenza la regola sembri inesistente, poiché questa si troverà sempre (quantomeno) implicita nel sistema.[289] Wieacker[290] rinviene in Christian Wolf il vero padre del *Begriffsjurisprudenz*, e descrive tale scuola di pensiero come quella che, nascendo dall'idea positivista per cui un determinato ordinamento giuridico costituisce un sistema chiuso di istituzioni e norme, e, in vista di ciò, indipendente dalla realtà sociale delle situazioni della vita che esso stesso regola, sarà possibile decidere correttamente tutte le situazioni giuridiche, attraverso il solo ricorso ad una operazione logica che sussuma il caso concreto alla fattispecie ipotetica contenuta in un principio generale di natura dogmatica. Una decisione così presa sarà anche giusta purchè fondata su di un secondo presupposto, ossia la circostanza che i concetti giuridici non posseggano solo un valore ordinatorio di carattere sistematico, semantico o pedagogico, in ragione del quale questi servano da elemento per la comprensione scientifica del sistema in cui sono inseriti, ma siano una realtà. In questi concetti, sono resi autonomi i principi validi (in modo permanente) riguardo la correzione del diritto, in un modo tale che la loro applicazione logica conduca necessariamente ad una decisione giusta.[291] Al limite, questa concezione riporta al formalismo per vie diverse, una volta che il giurista abbia acquisito il tenore del concetto, sarà sufficiente un ragionamento logico sussuntivo perchè si raggiunga una soluzione (dal punto di vista logico) giusta. Questa metodica avrebbe come base una previa opzione morale, attraverso una teoria dei doveri vincolante. In una fase successiva, ha permesso l'evoluzione da una dogmatica giuridica autoritaria ad una dogmatica razionale e alla restituzione del Diritto ad un sistema coerente.[292] Tuttavia, l'influenza di questa metodologia è davvero incisiva, poichè ha prestato fondamento a numerose codificazioni giusnaturaliste (Codice prussiano, Codice civile austriaco e Codice napoleonico), fino a culminare nel Codice Civile Tedesco e ha, inoltre, fornito lo schema per

---

[287] PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, apud LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3ª edição, 1997, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 23.
[288] OLIVERIA ASCENÇÃO, José de. *O Direito. Introdução e teoria geral*. 13ª edição, 2005, Coimbra: Almedina, pp. 473-475.
[289] Idem, p. 474.
[290] WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2ª edição, 1993, Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, p. 363.
[291] Idem, p. 495.
[292] Idem, p. 363.

la deduzione logica della decisione giuridica, partendo dai principi superiori e dai concetti generali, lasciando un importante segno nella scienza giuridica.[293]

4.3.3 La giurisprudenza degli interessi

All'inizio del secolo XX^{esimo}, si deve a Philipp Heck la formulazione della dottrina denominata giurisprudenza degli interessi, cioè la metodica interpretativa della norma, fondata sulla valutazioni relative agli interessi individuali e di gruppo che opera il legislatore in sede di elaborazione della legge, nella quale sono ricompresi anche i precetti relativi all'ordine di natura formale; il modo, in cui il legislatore valuta i distinti interessi e le necessità e come riconosce il prevalere di alcuni di questi, a scapito di altri, è descritto nella norma e permette al giurista di estrapolare elementi per l'interpretazione della legge e per colmare le lacune di tutti quei casi non espressamente e direttamente regolati, trattandoli in modo analogo sulla base dei medesimi criteri di valutazione.[294] Una prima analisi della giurisprudenza degli interessi la posiziona sull'orizzonte opposto della giurisprudenza dei concetti, la cui metodica limitava l'attività del giudice ad una sussunzione logica dalla materia fattuale ai concetti giuridici, stabilendo così il primato della logica nell'attività dello scienziato del diritto. La giurisprudenza degli interessi tende invece al primato della valutazione degli interessi più rilevanti per la vita, poichè compie un'azione di Diritto inerente alla vita stessa, che comporta una facilitazione della funzione del giudice Ciò mir a far sì che l'analisi tanto della norma quanto delle relazioni vitali possa contribuire alla risoluzion dei casi concreti da parte del giudice, soddisfacendo le necessità di vita presenti nella comunità giuridica.[295] Heck identifica gli interessi come desideri e tendenze appetitive, siano questi materiali o ideali.[296] Il nucleo forte della giurisprudenza degli interessi, secondo Heck, consiste nel concepire il Diritto come tutela degli interessi, poichè le proposizioni legislative non hanno come unico obiettivo il delimitare gli interessi, ma sono loro stesse il risultato di tali interessi tanto di ordine materiale, quanto nazionale, religioso e etico, che nell'ambito di ogni comunità giuridica ci contrappone a quelli che non hanno ottenuto ma lottano per il proprio riconoscimento.[297] In tale quadro si richiede al giurista un'attitudine metodologica, essenziale alla conoscenza con rigore storico degli interessi reali, che sono all'origine della norma giuridica, i quali devono essere presi in considerazione nel momento dell'applicazione della norma a ciascun caso concreto. In tale visione del diritto, la figura del legislatore è stata sublimata nella figura delle forze sociali definite interessi che, per suo tramite, sono risultate prevalenti nella legge. Così secondo Heck l'interpretazione esige che si operi considerando gli interessi che costituiscono la causa della legge, essendo il legislatore un mero attore sociale, che ha solo trasformato qualcosa di latente – già presente nella società - in legge.[298] Ma tali interessi, poichè cause di concetti giuridici, non sono visti come astrazioni, come un nesso

[293] WIEACKER, op. cit., p. 362.
[294] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, p. 164.
[295] Idem, p. 64.
[296] Ibidem.
[297] Idem, p. 65.
[298] LARENZ, op. cit., p. 66.

logico, ma come fatti e, come tali, nell'ambito della scienza positiva, cause efficienti per l'azione del legislatore. Per tale ragione, il metodo interpretativo proposto da Heck esige un'indagine storica degli interessi – nel ragionamento tipicamente positivista la conoscenza scientifica di un fatto richiede l'individuazione delle sue cause fisiche, biologiche o, come è il caso del diritto e della norma giuridica, storiche - Comprendere le cause storiche efficienti per l'elaborazione del precetto è decisivo per interpretare adeguatamente il precetto stesso.[299] La norma elaborata dal legislatore sarebbe dunque un effetto delle cause storiche che hanno portato alla sua formulazione e il lavoro dell'interprete è trovare tale vincolo per meglio comprendere e applicare la norma.

Vi è inoltre un secondo elemento di forza nel pensiero giuridico costruito nell'ambito della giurisprudenza degli interessi, che va al di là del punto di partenza della teoria genetica degli interessi. Secondo tale posizione, si afferma che il legislatore vuole ordinare, all'interno della norma, gli interessi della vita reale che in questa risultano tra loro in contrasto, così da permettere al legislatore di emettere un giudizio di valore relativo agli interessi, che è a sua volta da ricondursi a quell'ordine specifico, che il legislatore desidera promuovere come ideale sociale. In tal modo ogni proposizione giuridica autonoma contiene, in modo indiretto, un giudizio di valore circa il conflitto ad essa sottostante, poiché ogni valutazione costituisce una presa di posizione da parte di chi la effettua, e perciò questa stessa valutazione sarà guidata da un criterio di valore.[300] Così, il valore risiede nell'origine della proposizione contenuta nella norma come conseguenza risultante dall'applicazione della norma – l'interesse sarebbe tanto oggetto di valutazione, come criterio di valutazione, e tanto il fatto causativo della valutazione, circostanza che solleva perplessità circa la validità delle proposizioni di questa scuola. In qualche modo, lo stimolo al giudice per l'applicazione dei valori contenuti nella legge al caso concreto ha prodotto una forma di liberazione della giurisprudenza dal pensiero formalista del positivismo legalista, in ragione dell'affidamento al giudice della possibilità di sviluppare il Diritto non soltanto come fedele applicazione del testo della legge, ma anche in armonia con le esigenze concrete della vita.[301]

4.3.4 La scuola del Diritto libero

La scuola del Diritto libero nasce in relazione al radicalizzarsi del sociologismo giuridico, ed ha avuto tra i suoi maggiori esponenti Kantorowicz, Ehrlich, Léon Duguit, Oliver Wendell Holmes e Roscoe Pound.[302] L'espressione si deve ad una conferenza di Eugen Ehrlich nel 1903, che si opponeva alla posizione metodologica di applicazione schematica del precetto della norma alla situazione concreta della vita, e che proponeva la rilevanza di una libera indagine del Diritto. La prima manifestazione di tale pensiero si rinviene nella lezione

[299] LARENZ, op. cit., pp. 66-67.
[300] Idem, p. 68.
[301] Idem, pp. 69-70.
[302] KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico. Da prudência antiga à ciência moderna*. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006, p. 209.

del giurista pratico Ernst Fuchs, che nel 1907 pubblicava l'opera *Il carattere socialmente dannoso della giurisprudenza costruttiva* (*Die gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*), nella quale si constatava che il giudizio nell'attività di ricerca della soluzione giuridica ha come punto di partenza il suo personale senso di giustizia (*Rechtsgefühl*) e non della legge; successivamente, lo storico Hermann Kantorowicz (*Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1910) e il sociologo del diritto Eugen Ehrlich (*Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, 1912) diedero maggiore consistenza teorica a tale contestazione radicale relativa sia al positivismo logico, che al positivismo concettuale, nel senso di superare il parametro statale, legalista e razionalista del Diritto in favore di una fondamentazione "libera".[303] Non si tratta, dunque, della difesa di una giurisprudenza fondata sulla discrezionalità del giudicante, ma di una giurisprudenza che parta dalla tradizione giuridica per giungere al Diritto giusto.[304] Wieacker sottolinea al riguardo che per buona parte degli adepti della scuola del Diritto Libero l'attribuzione al giudice della possibilità di creare liberamente il Diritto deriva dal dovere di soddisfare le necessità e gli interessi rilevanti della società, essendo importante riferire che la maggior parte di costoro tentò di integrare il ricorso alla sensibilità giuridica con l'esigenza della sicurezza giuridica.[305] Ciò è frutto del sociologismo giuridico in un momento di critica radicale alla giurisprudenza dei concetti, di inclinazione dogmatica-esegetica eccessiva.[306] La scuola del Diritto libero, tenendo in considerazione che la giurisprudenza dei concetti ancora predominava pochi anni dopo la codificazione, fu una forma di reazione tanto contro il legalismo postivista quanto contro la giurisprudenza concettuale.[307] Mentre il positivismo negava al giudice la possibilità di creazione del Diritto dal testo della legge, come nella fase pre-moderna, la scuola del Diritto libero sosteneva che la decisione giudiziale non si basava su processi intellettuali di sussunzione dei fatti in relazione alla legge ai concetti ma, soprattutto, in processi intuitivi fondati sul sentimento del giudice – facendo derivare da tale affermazione la conclusione per cui il giudice è autorizzato (o anche obbligato) a prendere le distanze dalla legge, qualora consideri ingiusta o inadeguata la sua applicazione al caso concreto.[308] Si sostiene che il rilievo dato alla natura politica della decisione giudiziale, che pone in evidenza la responsabilità personale che ad essa soggiace e

---

[303] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio.* 3ª edição, 2003, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, pp. 288- 289.

[304] LARENZ, Karl, op. cit., p. 79. Si ha qui, nell'espressione "Diritto giusto" un riferimento a Rudolf Stammler il quale ha attribuito alla scienza giuridica dal punto di vista metodologico gli strumenti di 'mezzi-fini', in contrapposizione a 'causa e efeito' delle scienze naturali per, fondato nella concezione neokantiana relativa alla teoria della conoscenza. Si riconosce il Diritto come un modo di volere e, la scienza giuridica una scienza finale che, di conseguenza, costruisce i propri concetti in modo indipendente dalle metodo delle scienze naturali. I concetti propri della scienza giuridica, per Stammler, sono concetti giuridici puri. Che si caratterizzano per essere emanazioni immutabili del concetto che sia incondizionatamente certo del Diritto, come le forme pure di pensiero (un a priori della conoscenza) e i concetti giuridici condizionati che si ottengono mediante astrazione a partire dai contenuti di un determinato ordinamento giuridico; in tal modo, una particolare volontà giuridica espressa in una norma sarà giusta, sempre che questa si lasci includere nezza contraddizione nell'insieme delle volontà giuridiche pensabili all'interno di un determinato ordinamento specifico. Diritto giusto qui è un ideale sociale, che vuole significare che tutto il "volere sociale" si ordina in una radicale armonia (pp. 119 e 121).

[305] WIEACKER, *História do direito privado moderno*, p. 671.

[306] KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico*, p. 209.

[307] WIEAKCER, op. cit., p. 671.

[308] Ibidem.

risiede nell'impegno etico e sociale del giudice, esprime un impegno tipico della metodica propria del positivismo legalista che presenta il giudice come un esecutore della legge e dei principi scientifici del diritto come se fosse un automa.[309] Questa proposizione che pone in posizione di rilievo gli interessi concreti del caso in questione, tuttavia si discosta dalla normatività tanto del Diritto quanto dell'idea di giustizia, che determina un trattamento uguale a cose uguali, rompendo con la possibilità di generalizzazione dei doveri concreti e della formulazione di principi normativi dotati a loro volta di generalità – ciò perché la funzione del giudice non è più la concretizzazione della norma e diviene una specie di ingegneria sociale, partendo dal suo punto di vista personale riguardo la nozione di giusto.[310] Questa è stata, in sintesi, la ragione del discredito di tale metodologia che, del resto come già affermato, viola il principio di uguaglianza.

Tutte queste costruzioni teoretico-metodologiche e altre qui non menzionate non hanno raggiunto il risultato di una soluzione per la definizione di un fondamento di giustizia nell'ambito del diritto positivo. É lecito affermare che la disputa metodologica, sopra sommariamente descritta, aveva come scopo quello di comprendere il contenuto materiale della norma e rompere con il formalismo del diritto così come appariva nell'ambito del paleogiuspositivismo. Qui dove la teoria del diritto non ottenne risultati sono state l'evoluzione della storia e l'influsso dei fatti che la compongono sull'esercizio dell'attività politica che hanno prodotto un significativo cambiamento che, elaborato teoricamente in modo adeguato, potrebbe costituire la soluzione per il problema oggetto della presente ricerca. Dagli scontri politici, sociali, culturali ed economici del XX^{esimo} secolo è derivata la nascita delle costituzioni con caratteristiche diverse da quelle con le quali gli Stati avevano attraversato il periodo che va dalla Rivoluzione Francese al secondo dopoguerra.

Queste costituzioni, secondo la nostra tesi, sono state adeguatamente analizzate e hanno permesso di rielaborare, loro tramite, la teoria della Costituzione in modo esemplare da Luigi Ferrajoli in vari suoi scritti, ma, in modo particolarmente completo, nell'opera *Principia iuris.* Secondo quanto emerge da uno studio attento dell'opera menzionata, le modifiche verificatesi nelle costituzioni hanno fatto venire alla luce la necessità di rielaborare il loro ruolo, nell'ambito della costituzione dello Stato e, di conseguenza, della politica e, d'altro canto, per la costituzione del Diritto e, conseguentemente, per la teoria generale del Diritto. A nostro modo di vedere, questo percorso è, contemporaneamente, l'unica possibilità di far sì che la legge adempia al suo compito di fornire gli elementi necessari e sufficienti all'effettivizzazione dei diritti fondamentali e, in tal modo, risponda all'articolo 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino che, chiaramente, pone la legge come un mezzo per assicurare i diritti fondamentali.

[309] HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. 3ª edição, 2003, Mira-Sintra: Publicações Europa-América, p. 289.
[310] Idem, 672.

4.3.5 Il positivismo critico

Con la pubblicazione di *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*[311], alla fine degli anni '80 del secolo scorso in Italia, ha avuto luogo una intensa discussione accademica e una non meno importante intensa produzione di testi giuridici, che hanno contribuito alla elaborazione della teoria generale del garantismo. In ordine all'oggetto del presente lavoro, la pubblicazione più importante, derivante dalle idee presentate dal giurista fiorentino, è stata certamente *Le ragioni del garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli*[312], pubblicata nel 1993. L'opera, curata da Letizia Gianformaggio, ha contato, all'epoca, sulla collaborazione di importanti giuristi italiani, che hanno contestato le tesi di Ferrajoli con argomenti estremamente complessi di tre diversi ordini: questioni metateoriche, questioni teoriche e questioni di filosofia politica, che hanno messo in discussione l'allora denominato *positivismo critico* presentato da Ferrajoli. In realtà, la costruzione completa della teoria generale del garantismo, con la presentazione della democrazia costituzionale costituita da una dimensione formale e un'altra sostanziale, così come l'influenza di questa concezione nella produzione del diritto, tanto nell'*essere* quanto nel *dover essere* del Diritto, venne alla luce soltanto con la pubblicazione di *Principia iuris. Teoria del Diritto e della democrazia*[313], nel 2007, poiché l'opera precedente (*Diritto e ragione*) si occupava maggiormente di una applicazione del garantismo alla sfera del Diritto Penale rispetto ad una analisi completa e approfondita di cosa si intendesse con teoria generale del garantismo. Le questioni di metateoria riguardano il ruolo normativo attribuito da Ferrajoli alla scienza giuridica e che rivestono una posizione importantissima nella sua costruzione. Le questioni teoriche si riferiscono alle differenze concettuali tra vigore e validità che, di conseguenza, esigono un compito critico tanto dalla dogmatica giuridica quanto dall'attività giurisdizionale. Infine, per ciò che concerne le questioni di filosofia politica, esse riguardano la relazione strutturale tra democrazia e stato di diritto, nonché l'asserito privilegio del punto di vista esterno al diritto e l'ambivalenza attribuita al Ferrajoli tra un ottimismo normativo e un pessimismo politico.

La questione metateorica è riferita al carattere epistemologico della funzione pragmatica attribuita alla teoria giuridica nella concezione del Ferrajoli; é altresì riferita alla normatività conferita alla scienza del Diritto. Qui il problema risiede nel fatto che il modello garantista formulato da Ferrajoli é dotato di normatività, è cioè un modello di *diritto come dover essere* che si riflette sul *diritto come è* in un duplice significato. Il primo è il significato presuntivamente positivista, poichè deriva dal modello costante delle costituzioni dotate di determinate caratteristiche. Il secondo aspetto del carattere normativo è metagiuridico poiché non positivizzato, ma suscettibile di essere desunto in modo coerente considerando il nesso logico costante dei principi ispiratori dei modelli giuridico-costituzionali oggi in vigore. Pietro Costa[314] afferma che la teoria del garantismo di cui si parla nel libro (*Diritto e ragione*) é effettivamente la teoria sviluppata a partire dal modello (garantista), rivendicando

---

[311] FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari, Laterza, 2004.

[312] GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.

[313] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del Diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

[314] COSTA, Pietro. *Un modello per un'analisi: la teoria dels garantismo e da comprensione storico-teorica della modernità penalistica*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 15.

l'attribuzione all'espressione modello garantista di un significato preciso e rigoroso, inteso come "*un insieme coerente di definizioni che individuano i tratti essenziali di un sistema giuridico perfetto nel difendere l'individuo dalle pretese offensive del potere statuale*" e ribadisce "*La teoria del garantismo di cui si parla nel libro è la messa a punto di un siffatto modello*".

A sua volta, Letizia Gianformaggio considera che, sebbene Ferrajoli sia legato alla corrente di pensiero del positivismo analitico italiano degli anni '60 e '70, fondato, tra l'altro, sulla separazione tra *essere* e *dover essere*, nonché sulla separazione tra *diritto e morale*, egli si avvicina alle concezioni di Diritto che si dichiarano anti-positiviste che rifiutano quelle separazioni, posizionandosi in accordo con il carattere normativo della teoria del Diritto L'autrice sostiene inoltre che Ferrajoli in qualche misura denuncia l'ideologia del positivismo giuridico.[315] Gianformaggio rafforza il carattere normativo proposto da Ferrajoli nell'affermare che la scienza giuridica, in *Diritto e ragione*, é concepita come una garanzia: "*Accanto al Diritto, e forse ancora più di esso, la scienza del Diritto ha un'importante funzione di denunciare, e dunque è in grado di impedire, che le garanzie giuridiche si svoltino*".[316] In questo esattamente risiede il *positivismo critico* proposto e sostenuto da Ferrajoli, secondo Gianformaggio, che si interroga su quanto sia possibile conservare del positivismo a fronte di tale carattere critico. A nostro modo di vedere, la natura positivista della concezione di Ferrajoli risiede esattamente nella circostanza per cui la sua costruzione non prescinde dalla positivizzazione nella costituzione dei criteri che vincolano l'*essere* e il *dover essere* del Diritto, dando luogo così a qualcosa che potrebbe denominarsi positivismo di livello costituzionale, ma sempre positivismo. Si noti, ancora, la condivisione di Gianformaggio della prospettiva del garantismo proposto da Ferrajoli, secondo cui la scienza giuridica svolge una funzione pragmatica, critica e progettuale, considerato che ha come obiettivo di analisi sia l'*essere* che il *dovere essere* del Diritto: "*Ferrajoli guarda alla scienza giuridica dalla filosofia giuridica; ed a questa rivendica la funzione di guida nel momento stesso in cui richiede alla scienza del Diritto di assumere un punto di vista esterno nei confronti dei diritto positivo. La scienza del diritto torna così a legarsi, oltreché al diritto, alla filosofia:* **in primis** *attraverso la costruzione del concetto di* **validitá** *giuridica*".[317] Come si vedrà più avanti,lo stesso Ferrajoli é chiaro nel rivendicare alla scienza del diritto un ruolo attribuito in via esclusiva alla filosofia politica, esercitato fuori dal diritto positivo e con carattere normativo.

---

[315] GIANFORMAGGIO, Letizia. *Diritto e ragione tra essere e dover essere*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 34: "Il garantismo di Ferrajoli, dunque, consiste in una denuncia della ideologia giustificazionista nascosta nel positivismo giuridico o in un positivismo giuridico malinteso, nella malintesa scientificità della giurisprudenza di cui questo giuspositivismo si fa interprete. Ed in questa funzione, il secondo significato di <<garantismo>> di Ferrajoli si salda con il terzo, perchè individua un diritto valido che è superiore persino al testo scritto delle Costituzioni, e che è costituito dalla filosofia, dai principi che ne sono l'ispirazione. È persino banale, direi, notare come la distanza di questo significato di garantismo dal giuspositivismo classico sia ancora superiore e più evidente."

[316] Idem, p. 35.

[317] Ibidem, p. 48.

Riccardo Guastini[318], proclamando l'avalutabilità del discorso della scienza giuridica, si contrappone alla affermazione di Ferrajoli, per la quale invece la scienza giuridica deve valutare e criticare il diritto positivo (oltre a conoscerlo e descriverlo) provvedendo alla denuncia dell'inosservanza e non applicazione delle norme valide, e in particolare, dell'invalidità delle norme vigenti.[319] Sono quattro le obiezioni avanzate da Guastini: 1) non si discute che i giudizi di validità facciano parte del discorso dei giuristi, tuttavia, questi non sono giudizi di valore e la pertinenza dei giudizi di validità non permette che la scienza giuridica smetta di fare ricorso ad un discorso avalutativo; 2) la critica interna al diritto vigente è compito del giurista, anche se ritenuta scienza, essendo molto probabilmente politica del diritto; 3) non è giustificato il discredito attribuito da Ferrajoli alle teorie che attribuiscono alla scienza giuridica la sola descrizione del suo oggetto, ossia il diritto vigente; 4) la raccomandazione alla scienza giuridica di limitarsi alla funzione descrittiva non comporta di impedire ai giuristi che realizzino qualunque specie di politica del Diritto, ma solo di sostenere che si debba distinguere e separare il discorso scientifico dal politico, giacchè riguardano universi diversi. In modo sommario, in ragione del fatto che devono essere qui esaminate in blocco, si riportano le critiche opposte da Danilo Zolo[320], il quale afferma che il modello garantista presentato da Ferrajoli si avvicina più ad un programma di *politica del diritto*, una ideologia giuridica, rispetto a "*un sistema di relazioni logiche e di vincoli procedurali che possa essere applicato con sicuri esiti garantistici alla produzione, all'interpretazione e all'amministrazione del Diritto*."[321] Ferrajoli risponde a tali critiche sostenendo che il riconoscimento di carattere non puramente descrittivo e non avalutativo della teoria del Diritto, ma normativo, non produce l'effetto asserito da Riccardo Guastini di pregiudicare il suo statuto di scienza e, d'altro canto, non corrisponde alla sua opzione personale metateorica, ma è imposto non solo per la natura convenzionale delle definizioni e dei postulati teorici comuni a tutte le teorie, ma anche per due caratteristiche intrinseche del diritto; in primo luogo, quello che rappresenta la caratteristica specifica del Diritto moderno, il suo carattere positivo e, in secondo luogo, la sua stessa soggezione al diritto, per cui la stessa produzione giuridica é disciplinata dalle norme di diritto positivo, tanto formali che sostanziali.[322] La prima parte dell'argomentazione di Ferrajoli si riconduce alla separazione tra diritto e morale, imponendosi attraverso l'affermazione secondo cui il Diritto esistente non deriva dalla morale, né dalla natura, ma è stato posto dall'autorità, caratterizzandosi per l'artificialità e la convenzionalità. La seconda argomentazione trova fondamento nel diritto costituzionale vigente, ugualmente diritto positivo, il quale permette l'elaborazione delle norme giuridiche, per le caratteristiche di cui è dotato, tanto relativamente all'aspetto formale (*essere* del Diritto) quanto all'aspetto sostanziale (*dover essere* del Diritto). Senza dubbio l'aspetto sostanziale rappresenta un'innovazione strutturale nel

---

[318] GUASTINI, Riccardo. *I fondamenti teorici e filosofici del garantismo*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.
[319] Idem, pp. 62-63.
[320] ZOLO, Danilo. *Ragione, diritto e morale nella teoria del garantismo*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993.
[321] Idem, p. 448.
[322] FERRAJOLI, Luigi. *Note critiche ed autocritiche intorno alla discusione su "Diritto e ragione"*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, quasi letteralmente cfr. pag. 461.

positivismo giuridico, ma questa circostanza non rende tale concezione meno positivista poiché ancorata a norme (costituzionali) positive. Inoltre, rappresenta innovazione quando confrontata con la teoria giuspositivista elaborata nell'epoca storica in cui le Costituzioni erano poste e considerate come mere norme organiche, dotate di natura ipotetica, norme meramente procedimentali relative alle modalità di adozione degli atti idonei alla innovazione e modifica dell'universo giuridico (legislativo). Contemporaneamente le stesse costituzioni sono state modificate, e tale modifica è intervenuta a livello delle norme in queste contenute. Ignorare ciò è escludere il Diritto dalla realtà in modo da farne qualcosa di assolutamente privo di significato.

Tra le questioni teoriche, la più tormentata e che ha prodotto più polemica è stata in effetti quella relativa al concetto di validità nella teoria contemporanea del Diritto. Le critiche si sono indirizzate più specificamente all'affermazione di Ferrajoli secondo cui che i giudizi sul vigore della norma sarebbero giudizi di fatto, e, in quanto tali, possono essere veri o falsi e, a loro volta, i giudizi sulla validità della norma sarebbero giudizi di valore che, di conseguenza, della norma non potrebbero affermare se sia vera o falsa. Esistono così, come in relazione alle questioni di metateoria, convergenze e divergenze. Si deve notare che le divergenze appaiono come di minore complessità, mentre le convergenze sono più ampie e di natura strutturale in relazione al pensiero di Ferrajoli. Pietro Costa, Letizia Gianformaggio, Vittorio Villa e Eligio Resta individuano nella teoria della validità proposta da Ferrajoli particolare importanza, mentre Riccardo Guastini e Mario Jori obiettano argomenti diversi tra loro. Gianformaggio é critica nei confronti della posizione kelseniana tra esistenza e validità, riconducendo l'insistenza di Kelsen sul punto al dogma della presunzione di regolarità degli atti di potere (presunzione di costituzionalità delle leggi, presunzione di legittimità degli atti amministrativi), identificandolo con quello che Carl Schmitt definì "*il premio superlegale al possesso del potere legale*".[323] Vittorio Villa ritiene oggetto di equivoco l'equivalenza proposta da Kelsen tra positività e validità, ritenendo fondamentale la formulazione di Ferrajoli che "*testimonia, tra le altre cose, l'esistenza di un processo di profondo ripensamento che oggi attraversa il giuspositivismo analitico, quanto meno nei suoi esponenti più sensibili nei confronti di istanze di rinnovamento epistemologico e teorico*".[324] Eligio Resta, a sua volta, incentra la propria analisi sulle nuove categorie sulle quali si fonda la teoria del garantismo – giustizia, vigore, validità ed efficacia – che, oltre ad arricchire il vocabolario già inadeguato perchè insufficiente nella sua descrizione, permettono in ogni caso la valutazione critica del distacco tra l'esigenza di rispetto dei diritti fondamentali e gli arbitri verificatisi nelle decisioni.[325] Mario Jori presenta la critica più incisiva, sebbene affermi di condividere le tesi del garantismo; la sua divergenza si situa nella natura qualitativa della distinzione fatta da Ferrajoli tra vigenza e validità, e sebbene riconosca che questo non sia di grande rilevanza per la teoria del garantismo, valuta che Ferrajoli non porti le sue stesse

[323] GIANFORMAGGIO, op. cit., p.29.

[324] VILLA, Vittorio. *Garantismo e verificazionismo, validità e vigore*.In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 181.

[325] RESTA, Eligio. *La ragione* dei diritti. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993, p. 442.

definizioni alle loro conseguenze ultime.[326] Secondo Jori, che in ciò coincide con quanto sostenuto da Luzzati[327], giudizi riguardo il vigore della norma non possono essere trattati come questioni di fatto, poichè queste sono questioni empiriche, di carattere sociologico e tanto il *vigore* quanto la *validità* appartengono alla stessa dimensione del *dover essere giuridico*, così come si ritiene il caso dell'interpretazione, e per questo implicano giudizi di valore. Jori afferma:

> Ciò che Ferrajoli chiama validità (deduzione <<sostanziale>> del contenuto della norma inferiore da quello della norma superiore) e ciò che egli chiama vigore (dezuzione <<formale>>) sollevano dunque alla fine gli stessi problemi, di interpretazione e di scelte, e anche di interpretazione di valori...[ ] Non è più dunque una questione di fatto contro una scelta di valore, ma di interpretazione più o meno incerta, e di relativa scelta discrezionale.[328]

La risposta di Ferrajoli inizia con l'accettazione della critica di Jori relativamente alla sua distinzione di giudizio tra vigore e validità, riconoscendo che la loro affermazione è stata eccessivamente approssimativa e, a rigore, falsa e che, come ben ha osservato Jori, da un lato tanto il giudizio relativo al vigore della norma è un giudizio giuridico che si realizza sull'atto normativo e anche sulla sua qualificazione giuridica; d'altro lato, il giudizio sulla validità, anche comportando una interpretazione più o meno discutibile di parametri normativi a volte espressi in termini valutativi, non è necessariamente in sé un giudizio di valore.[329] Tuttavia, Ferrajoli insiste sull'esigenza di una componente fattuale, che determina l'assimetria dei concetti di validità e vigore:

> "[...] il concetto di <<vigore>> si riferisce (non genericamente agli atti ma) alla forma degli atti normativi: inteso con questa espressione l'insieme dei requisiti empirici (formalità, procedure, competenza e simili) che fanno di un atto linguistico precettivo una decisione giuridica (per esempio una legge, o un negozio, o una sentenza, o un atto amministrativo); mentre il concetto di <<validità>> si riferisce al significato dei medesimi atti, ossia alle norme da essi prodotti.[330]

Procedendo un poco oltre, poiché è di fondamentale importanza per la teoria del garantismo formulata da Ferrajoli, egli sostiene che nell'osservanza o inosservanza del vigore e della validità della legge sono coinvolti due tipi di fenomeni: osservanza delle norme formali, da cui dipende il vigore (riferita alla forma delle decisioni); osservanza delle norme sostanziali, dalle quali dipende la validità (riferita al contenuto delle decisioni):

> Io credo che in questi termini la distinzione tra vigore e validità sai del tutto evidente e, soprattutto, che ne sai chiara la portata decisiva per comprendere il rapporto tra forma e sostanza su cui si fonda la teoria del garantismo. La validità è una questione

---

[326] JORI, Mario. *La cicala e la formica*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 81.
[327] LUZZATI, Claudio. *Sulla giustificazione della pena e sui conflitti normativi*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, pp. 120-157.
[328] JORI, op. cit., pp. 86-87.
[329] FERRAJOLI, *Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su "Diritto e ragione"*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, quasi letterale, cfr. Pagg. 465-466.
[330] Idem, p. 467.

> di coerenza tra significati, sicché uma norma è invalida se il suo significato contraddice, ossia è incompatibile logicamente con quello di una norma sostanziale ad essa superiore. Il vigore è invece una questione di conformità sicché una norma non è vigente solo se la sua forma è difforme, ossia non corrisponde empiricamente ai requisiti presdisposti dalla norma formale ad essa superiore.[331]

L'affermazione di Ferrajoli relativa alla suddivisione del concetto di validità in validità formale e validità sostanziale è di fondamentale importanza per la costruzione dello Stato costituzionale di Diritto. Essa si rimette alla supremazia della Costituzione e, in particolare, al controllo formale e materiale di costituzionalità delle leggi, così come è nel mondo contemporaneo, superando il modello di stretta legalità vigente al tempo in cui si faceva riferimento soltanto al controllo formale di costituzionalità. Inoltre, è anche cruciale che si consideri che la confusione tra vigore e validità – debitrice di una concezione tipicamente kelseniana e, pertanto, legata ad una nozione meramente formale del principio della legalità – faciliterebbe, oggi, sul piano teorico, la percezione dell'esistenza di norme vigenti ma invalide, come è il caso delle leggi ordinarie come contenuto incompatibile con la norma costituzionale; sul piano metateorico, si affronterebbe la funzione normativa del Diritto relativamente all'azione dei poteri pubblici[332], così come la realizzazione di giudizi critici riguardo norme subcostituzionali invalide, riducendo, quando non eliminando completamente, la funzione pragmatica della giurisprudenza e della scienza del Diritto.[333]

La seconda delle obiezioni attinenti la teoria del Diritto deriva logicamente dalla prima e riguarda la discordanza relativa alla critica interna del diritto che può essere resa effettiva attraverso l'azione dei suoi operatori, quando sia ammessa la proposta di Ferrajoli di distinzione tra vigore e validità. Questa ipotesi, secondo Gianformaggio, modifica ciò che può intendersi come oggetto della scienza del Diritto e, di conseguenza, comporta la necessità di verificare cosa cambia tra i compiti dello scienziato del Diritto dinanzi alla teoria di validità di Ferrajoli.

---

[331] FERRAJOLI, *Note critiche ed autocritiche intorno alla discusione su "Diritto e ragione"*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, pp. 467-468.

[332] In tal senso è interessante la decisione pronunciata nel 2007 dal Tribunale di Giustizia dello Stato del Rio Grande do Sul, nell'ambito dello Statuto Del Bambino e dell'Adolescente, Legge nº 8.069, del 13 luglio 1990, Il quale interviene regolando l'articolo 227, *capoverso*, della Costituzione Federazione che recita: "É dovere della famiglia, della società e dello Stato garantire al bambino e all'adolescente, con priorità assoluta, Iil diritto alla vita, alla salute, all'alimentazione, all'educazione, al riposo, alla preparazione professionale, alla cultura, alla dignità, al rispetto, alla libertà e alla convivenza familiare e civile, oltre a garantire la tutela da ogni forma di negligenza, discriminazione, sfruttamento, violenza, crudeltà e oppressione." La decisione citata, su azione del Pubblico Ministero contro il Municipio di Alvorada, nello Stato di Rio Grande do Sul, è stata emessa nei seguenti termini: "**ECA**. **AZIONE CIVILE PUBBLICA**. **DIRITTO ALLA SALUTE**. **CREAZIONE DI UN PIANO DI ASSISTENZA INTEGRALE** (**CLINICO, AMBULATORIALE E OSPEDALIERO), DA PARTE DEL MUNICIPIO, AD ADOLESCENTI ALCOLISTI E TOSSICODIPENDENTI**. É obbligo del Municipio garantire a bambini e adolescenti con assoluta priorità, l'effettivizzazione dei diritti, tra gli altri, relativi alla vita, alla salute, all'educazione. Nell'impossibilità di fissare un termine di sei mesi perché il Municipio elabori, istituisca e renda esecutivo un piano di assistenza integrale, in ragione del carattere obbligatorio del bilancio preventivo. Si stabilisce che l'ente pubblico includa, nel suo piano di priorità sociali dell'anno successivo, l'elaborazione, l'istituzione e l'esecuzione del piano di assistenza richiesto. In caso di inadempimento dell'obbligazione prevista, è stabilito il dovere di garantire dei posti letto per la degenza e la continuità di assistenza dopo la dimissione, laddove risultasse necessario. **RICORSO PARZIALMENTE ACCOLTO**."

[333] Idem, pp. 468-469.

> La teoria del Diritto, in questo modo, offre alla scienza um più ampio campo di operatività: le offre sia un panorama più esteso entro cui muoversi, sia una responsabilità superiore nella determinazione dell'oggetto dell'indagine. La validità non è più infatti l'esistenza del diritto, non è più oggetto de mera ricognizione, o constatazione di fatto. Il diritto può esserci, essere vigente (o positivo), magari essere stato efficace eppure essere invalido. E sta alla scienza rivelarlo. D'altro canto alla scienza del diritto neanche deve bastare il riscontrare se il diritto vigente è pure valido: essa deve, ancora, curarsi della eventuale inefficacia di questo, posto che tale inefficacia può significare addirittura la invalidità del diritto al livello inferiore.[334]

Vittorio Villa assume una posizione identica a quella di Ferrajoli, opponendosi alla metodologia del positivismo giuridico (di tipo legalista, o, con una espressione del Ferrajoli, il paleogiuspositivismo) che riguarda la neutralità della conoscenza giuridica:

> [..].egli rileva – a mio avviso correttamente – che questa tesi non può più essere mantenuta, e proprio perché le operazioni conoscitive dei giuristi e dei giudici che operano all'interno degli stati costituzionali di Diritto sono inevitabilmente contaminate dalla presenza di giudizi di valore; si tratta, prendendo come esempio specifico la nostra organizzazione giuridica, di giudizi che esprimono apprezzamenti di carattere etico-politico sulla conformità del contenuto delle norme rispetto ai valori postulati dai principi costituzionali.[335]

Ferrajoli afferma che la possibilità di critica interna del Diritto permette di superare la presunzione di legittimità dell'ordinamento giuridico (presunzione di costituzionalità delle leggi), e fa sì che - oltre alla critica metagiuridica formulata dalla filosofia politica e dalla stessa politica (quando il legislatore abroghi norme e introduca nuove norme modificando l'ordinamento giuridico) - la critica interna formulata dalla scienza del Diritto costituisce più di una garanzia. Per questo nell'ambito dello Stato costituzionale di Diritto si impone alla dogmatica giuridica una maggiore responsabilità, poiché a questa si attribuisce un ruolo critico-normativo nel realizzare giudizi di invalidità rispetto alle norme vigenti.[336]

Le questioni di matrice politico-filosofica opposte alla concezione di Luigi Ferrajoli sono state tre. La prima di queste, sviluppata da Michelangelo Bovero[337], si riferisce alla concezione di democrazia elaborata da Ferrajoli che include, accanto alla classica dimensione formale, un'altra dimensione, di natura sostanziale. Questo tema è affrontato nel presente lavoro nel paragrafo 4.4.2, ragione per la quale ci limitereno a riprodurre la risposta data da Luigi Ferrajoli, il quale ha affermato che le due prime generazioni di diritti fondamentali, una volta previste nelle costituzioni – scritte, rigide e dotate di istituti e istituzioni di garanzia come il controllo di costituzionalità, il Pubblico Ministero (come istituito in Brasile) e la Pubblica Difesa (istituto esistente in alcuni paesi dell'America del Sud, tra i quali il Brasile) – dal secondo dopoguerra esercitano funzione di legittimazione e delegittimazione e invalidità delle leggi e atti normativi subcostituzionali:

---

[334] GIANFORMAGGIO, op. cit., p.32

[335] VILLA, op. cit., p.184.

[336] FERRAJOLI, *Note critiche ed autocritiche intorno alla discusione su "Diritto e ragione"*, pp. 470-471.

[337] BOVERO, Michelangelo. *La filosofia politica di Ferrajoli*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni *del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, p. 405.

> [...] i diritti fondamentali sono stabiliti – non a tavolino né tantomeno <<teoricamente>> ma per il loro imporsi nei processi storici – in quei contratti sociali in forma scritta che sono le carte costituzionali, solitamente emanate da maggioranze qualificate (pur se spesso elitarie e di fatto minoritarie) in momenti particolarmente solenni e impegnative e, per cosi dire fondative o costituenti della democrazia. Tuttavia ciò che contraddistingue lo stato costituzionale di Diritto è precisamente il fatto che, una volta stabiliti quei diritti, i principi valgono <<indipendentemente dalle opinione manifesta nel processo formale democratico>>, ciò indipendentemente della volontà della maggioranza.[338]

Ulteriore questione dal punto di vista della filosofia politica, affrontata da Mario Jori, riguarda l'esistenza o meno di un dovere morela o politico di obbedienza al Diritto, a partire dal quale Jori verifica la possibilità della proposta di Ferrajoli come una formulazione elegante del principio secondo il quale è possibile allo stesso tempo pretendere obbedienza alle norme giuridiche da parte degli altri e la facoltà di disobbedirle per se stessi.[339] Il garantismo non può esigere dai cittadini una forma di adesione morale al diritto, ma non si può aderire al garantismo senza un impegno morale di osservanza al diritto garantista.[340] La risposta di Ferrajoli, a nostro modo di vedere, elimina il problema proposto nell'obiezione:

> A me pare che rispondere positivamente a queste due domande significa cadere nel legalismo etico; e che, d'altra parte, accontentarsi del carattere solo <<giuridico>> e non anche <<morale>> dell'obbligo di obbedire alle legge in generale sia un rischio connesso alla logica stessa dello stato di diritto, che le democrazie devono accettare di correre. Per questo ho scritto che la mia adesione morale allo stato di diritto dipende dal fatto che esso non la richiede.[341]

La risposta, come si può verificare, evita la trappola del vincolo tra diritto e morale e sottrae dalla proposta di garantismo formulata da Ferrajoli la sua appartenenza all'universo del positivismo giuridico, nel fondare moralmente l'adesione a tale modello. Come di consueto, la risposta è profonda, corretta ed elegante nel chiarire che la questione di fondo a cui è necessario dare risposta è se l'obbligo di obbedire alle leggi è un obbligo universalizzabile, come sono gli obblighi morali e, oltre ciò, se uno Stato costituzionale di Diritto può esigere dai suoi cittadini un'adesione morale al di là della mera osservanza giuridca delle norme.

L'ultima delle questioni di natura politico-filosofica é proposta da Danilo Zolo, che attribuisce, a Ferrajoli, ciò che egli definisce *ottimismo normativo*, ossia un pensiero illuminista che confida nella virtù chiarificatrice della ragione giuridica e nella capacità del Diritto moderno, e allo nello stesso tempo un *pessimismo político*, derivante dall'assunzione di una posizione critica dinanzi alla non effettivizzazione dei diritti fondamentali nello Stato di Diritto. Nel primo caso la critica è indirizzata alla fiducia franca e apertamente posta da Ferrajoli nel governo delle leggi in opposizione al governo degli uomini, che, a causa della discrezionalità, spesso si trasforma in arbitrio e violazione dei diritti fondamentali. Tuttavia,

---

[338] FERRAJOLI, *Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su "Diritto e ragione"*, p. 507.
[339] JORI, Mario. *La cicala e la formica*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, pp. 102-108.
[340] Idem, p. 105.
[341] FERRAJOLI, *Note critiche ed autocritiche intorno alla discusione su "Diritto e ragione"*, p. 513.

secondo Zolo, il problema riguarda la volontà del giurista di non accantonare il progetto illuminista di Diritto Moderno, e in tal modo non affrontando questioni come i limiti della razionalità funzionale del Diritto, come Luhmann e Habermas, per affrontare temi come la capacità regolativa del Diritto nelle società contemporanee.[342] Zolo ribadisce che:

> [...] un aproccio politico meno pessimistico forse potrebbe riconoscere non solo che non esiste potere politico senza discrezionalità – e cioè l'assenza di presupposti etici della decisione politica che siano universalizzabili nella forma di un imperativo kantiano – è l'essenza del potere.[343]

Ferrajoli di contro argomento che sono sempre stati utilizzati gli aggettivi con i quali è stato qualificato il suo pensiero – *ottimismo normativo* e *pessimismo politico* – per procedere alla distinzione tra i regimi liberali e i regimi autoritari segnati da una concezione finalistica e ottimistica del potere, e che in verità non esite divergenza significativa tra il suo pensiero e quello di Zolo, nei termini seguenti:

> Zolo avverte, realisticamente, che <<la discrezionalità è l'essenza del potere>>. Ma è proprio nella <<riduzione del carattere assoluto della sovranità statale>> attraverso la sua soggezione al diritto, e quindi nei limiti e nei vincoli imposti alla discrezionalità ove impedirne la degenerazioni nell'arbitrio che egli stesso riconosce <<la maggiore conquista delle istituzioni giuridiche liberali>>. In questo senso [...] il diritto in generale può essere caratterizzato, nel suo modelo garantista, come una tecnica di massimizzazione di tutte le aspettative garantite come diritti fondamentali.[344]

A fronte di tali considerazioni riguardo il positivismo crítico – il quale, essendo critico, non smette di essere positivismo, ma gli fornisce nuovo vigore promuovendo una specie di trasformazione strutturale – il passo successivo sarà l'analisi dettagliata della costruzione teorica di Luigi Ferrajoli e della sua relazione con il ruolo della legge nell'effettivizzazione dei diritti fondamentali nello Stato contemporaneo.

4.4 Democrazia, Costituzioni di terza generazione e teoria generale del diritto

Si afferma a ragione che la storia del costituzionalismo è la storia del progressivo ampliamento della sfera pubblica dei diritti fondamentali e delle loro connesse funzioni statali di garanzia.[345] Poiché il potere è un elemento inerente le relazioni umane, è possibile affermare che la funzione del Diritto sia di mediare il rispettivo esercizio fissando criteri di validità, o, detto altrimenti, definire e render chiari i limiti e vincoli ai quali è subordinato il loro esercizio affinché si possa avere democrazia. In ultima istanza, dunque, è vera l'affermazione secondo cui la funzione del diritto, in linea generale, è garantire che

[342] ZOLO, Danilo. *Ragione, Diritto e morale nella teoria del garantismo*. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di), *Le ragione del garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli*. Torino: Giappichelli, 1993, pp. 450-452.
[343] Idem, p. 453.
[344] FERRAJOLI, *Note critiche ed autocritiche intorno alla discussione su "Diritto e ragione"*, p. 516.
[345] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del Diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 824.

l'esercizio del potere, qualcosa di inevitabile nelle relazioni umane, avvenga in modo democratico e pertanto, legittimo. In questa sede, inoltre, ci occupiamo di analizzare il modo in cui si può risolvere il problema creato dalla ipertrofica idea di legge che dal sacro e divino dell'Antichità si è trasformata in un feticcio della Modernità illuminista fondata sull'onnipotenza del legislatore e sulla sua totale libertà di decidere se legiferare, quando legiferare e come legiferare. Soltanto la subordinazione della legge alla costituzione, come accade nella concezione positivista critica, nell'ambito del pensiero costituzionalista più contemporaneo, che concepisce il diritto come centrato sulla costituzione e non sulla legge, è in grado di permettere la ricostruzione del suo ruolo di definitore e garante della democrazia.

Vale la pena ricordare che l'agglutinazione dello Stato Sociale allo Stato liberale classico ha generato il declino del normativismo legalista a metà del XX^{esimo} secolo.[346] I diritti fondamentali in particolare, così come le norme costituzionali con struttura di principio in generale, hanno cominciato ad essere considerati come direttive materiali, idonee alla produzione di effetti giuridici e dotate di contenuto che vincola non soltanto in modo negativo – dovere di non agire contro i diritti fondamentali, come era prassi nello Stato Liberale, pena l'incostituzionalità per azione-, ma anche in modo positivo –dover agire in favore della concretizzazione dei diritti fondamentali, pena l'incostituzionalità per omissione - tutti gli organi con funzioni statali (di legislazione, amministrazione e giurisdizione). In tal modo, i diritti fondamentali, oltre a produrre effetti nell'ambito del diritto soggettivo dei suoi titolari, agiscono in una prospettiva oggettiva del Diritto, allorquando si costituiscono in norme supreme dell'ordinamento giuridico dato il loro status costituzionale.

È importante, a questo punto, indagare su cosa possa intendersi per democrazia, quale il suo contenuto e significato, come si è costituita e come entra in relazione con il Diritto attraverso la costituzione. Di queste relazioni tra democrazia, costituzione e teoria generale del diritto ce ne occuperemo da questo punto in poi, allo scopo di dimostrare che il concetto comunemente accettato di democrazia è insufficiente, essendo possibile l'adesione ad un concetto alternativo più completo. La difesa di tale modello trae le proprie basi dall'evoluzione del costituzionalismo, in particolare fondata su quello che Luigi Ferrajoli denomina costituzioni di terza generazione per, alla fine di queste considerazioni, rivendicarsi la produzione di determinati effetti a livello politico come a livello della teoria generale del diritto.

---

[346] CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali. Libertá e Diritti sociali*. Terza edizione, 2011, Torino: Giappichelli, pp. 15-16. L'autore affronta la trasformazione del costituzionalismo contemporaneo, sottolineando che innanzitutto si altera il concetto di costituzione come fonte e garanzia dei diritti di libertà, la distinzione tra il potere costituente e poteri costituiti e, di conseguenza, l'affermazione della rigidità costituzionale e di un sistema di giustizia costituzionale orientato alla neutralizzazione degli abusi del legislatore. In secondo luogo, è recuperata l'idea della costituzione come programma nel quale rientra la definizione dei valori da concretizzare da parte dei poteri pubblici, prima di tutto dal legislatore che inizia a ritrovare nella costituzione rigida e protetta da un sistema di controllo di costituzionalità un limite all'azione del Potere Legislativo, con la conseguente valorizzazione dei diritti fondamentali non solo come libertà negativa, ma anche come libertà positiva, attraverso la garanzia dei diritti sociali e di partecipazione politica. Conclude il Caretti affermando che tali costituzioni rappresentano un tentativo di conciliare garantismo e statalismo.

4.4.1 L'essere e il dover essere del Diritto

La teoria generale del diritto muta sotto l'influenza delle costituzioni di terza generazione e questo cambiamento è profondo e significativo. Aumenta la subordinazione della legge alla Costituzione, in conseguenza di due questioni molto rilevanti. La prima riguarda l'ampliamento dell'universo di norme con contenuto, norme sostanziali[347], norme tetiche che da subito stabiliscono diritti di livello costituzionale, che dunque smettono di essere solo quelle dei diritti fondamentali di prima generazione, a queste aggiungendosi quelle di seconda generazione e successivamente anche quelle di terza generazione. Con ciò si amplia il paradigma costituzionale per effetto del controllo materiale di costituzionalità, aggiungendosi all'universo delle norme che a livello costituzionale determinano all'ente statale ciò che non può fare (sfera individuale protetta da immunità), quelle che impongono cosa fare (sfera sociale dei diritti ad una prestazione positiva dello Stato). Norme sostanziali che rendono possibile al di là del controllo formale il controllo materiale di costituzionalità. La seconda attiene alla teoria della norma giuridica, e più in particolare alla sua validità.[348] La legislazione, nell'ambito di ciò che Luigi Ferrajoli denomina Stato Costituzionale di Diritto[349], oltre che a criteri formali di produzione normativa, alla base del controllo formale di costituzionalità, diviene anche suscettibile di subordinazione a criteri materiali di verifica della validità dei suoi contenuti attraverso la via del controllo materiale di costituzionalità.

Dunque, è corretto affermare che il controllo di costituzionalità nello Stato Costituzionale di Diritto permette di verificare l'*essere* del Diritto, attraverso criteri formali, e il suo *dover essere*, attraverso criteri materiali. Una norma che soddisfa i criteri formali di produzione, ossia osservi pienamente il processo legislativo così come previsto in Costituzione, è formalmente valida, ma potrà essere considerata invalida se e quando il suo contenuto materiale ledesse con il contenuto della norma costituzionale. Si intende: potrà essere formalmente valida, ma materialmente invalida. In tale contesto, mentre il criterio formale di produzione valida delle norme giuridiche viene definito nelle norme costituzionali attinenti al processo legislativo, che costituiscono l'aspetto formale della democrazia costituzionale, il criterio materiale di produzione valida delle norme giuridiche viene definito

---

[347] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1 Teoria del diritto*. L'autore opera una distinzione, che riteniamo di somma importanza, tra norme tetiche e ipotetiche (o. cit., pp. 419-428), le prime intese come regole che sono immediatamente, da subito e sempre, prescrizioni, mentre le seconde si caratterizzano per costituire aspettative o ipotesi che si concretizzeranno se e quando si verificheranno gli elementi da queste regolati. L'espressione tetica trae origine dal greco *thétikos*, che significa *ciò che è posto, ciò che è stabilito, creato,* o anche *positivo*; mentre ipotetico trae origine dal greco *hypothétikos* o dal latino *hypotheticu*, che sta a significare *ciò che è fondato su ipotesi, dubbio, incerto*. In questo contesto, le norme costituzionali sostanziali, dotate di contenuto, sono effettivamente i principi costituzionali tra cui occupano una posizione privilegiata i diritti fondamentali. Tutte le altre norme costanti dei testi costituzionali sono, secondo tale pensiero, norme meramente formali poiché veicolano ipotesi di procedimenti da osservare nel caso in cui si voglia porre in essere atti seguiti dalla produzione di effetti giuridici validi, come ad esempio le regole della maggioranza e il processo legislativo.

[348] FERRAJOLI, Luigi. *Lo Stato di Diritto fra passato e futuro*. In COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (a cura di). *Lo Stato diritto. Storia, teoria. Critica*. Terza edizione, 2006, Milano: Feltrineli, pp. 354-357.

[349] Questo modello statale, vigente nella sua pienezza con l'avvento delle costituzioni di terza generazione, supera il modello di Stato legalista, nel quale la legge era considerata il centro dell'universo giuridico e la costituzione serviva soltanto a verificare la validità formale della norma subcostituzionale.

dall'insieme di norme costituzionali dotate di contenuto materiale, come sono appunto i principi costituzionali in generale e i diritti fondamentali in particolare.

Questa concezione, come chiaramente si comprende, supera il paradigma paleogiuspositivista kelseniano che era ancorato all'idea di equivalenza tra concetti di validità e esistenza delle norme, il che si soddisfa con la mera esistenza di norme dotate di imperatività.[350] Nel saggio intitolato *La dottrina pura del Diritto. Metodo e concetti fondamentali*[351], Hans Kelsen avverte sin da subito che si tratta di teoria pura del diritto, di una dottrina del diritto positivo che, come teoria, punta a conoscere esclusivamente e unicamente il suo oggetto nel tentativo di rispondere alla domanda relativa a cos'è il diritto e non alla domanda come deve essere il diritto. Si occupa della scienza del diritto, non della politica del diritto.[352] Come si comprende, il dover essere del diritto positivo non fa parte del suo oggetto, il cui ambito può essere denominato primo positivismo, centrato *nella* e avente come oggetto *la* legge. L'analisi del contenuto del diritto, nello stadio evolutivo della scienza giuridica nel momento storico descritto da Kelsen, non era qualcosa su cui si riflettesse, poichè la scienza del diritto si occupava solo e semplicemente di analizzare come era il diritto dal punto di vista del suo aspetto formale strutturale.

Come già in precedenza riferito, l'avvento delle costituzioni di terza generazione, caratterizzate da numerosi elementi quali, una più intensa rigidità, un più ampio catalogo di diritti fondamentali, l'esistenza di riserve di bilancio legate all'effettivizzazione dei diritti sociali di prestazione[353], l'esistenza del controllo di incostituzionalità per omissione[354], oltre al

---

[350] Come è il caso descritto dal classico esempio offerto da Kelsen dalla banda di rapinatori. Il privilegiare, per Kelsen, l'aspetto meramente formale della produzione del diritto come sufficiente per la sua validità e imperatività e il totale disinteresse per l'aspetto sostanziale emerge chiaro ed evidente nel seguente passaggio: "*Una norma giuridica non è valida perchè ha un determinato contenuto, ossia, perchè il suo contenuto può essere dedotto attraverso un ragionamento logico da una norma fondamentale presupposta, ma perché è creata secondo una forma determinata – in ultima analisi, per una forma stabilita da una norma fondamentale presupposta. Per questo, ogni e ciascun contenuto può essere Diritto. (...) Le norme di un ordine giuridico devono essere prodotte attraverso un atto speciale di creazione. Sono norme poste, ossia, positive, elementi di un ordine positivo*" (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 221).

[351] KELSEN, Hans. *La dottrina pura del Diritto. Metodo e concetti fondamentali*, in SCHIAVELLO, Aldo e VELLUZZI, Vito. *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*. Torino: Giappichelli, 2005, pp. 24-47.

[352] KELSEN, op. cit., p. 24.

[353] La Costituzione della Repubblica Federale del Brasile contempla ciò che convenzionalmente si definisce *riserva di bilancio* relativamente alla prestazione del diritto fondamentale all'educazione. L'articolo 212, *capoverso*, recita espressamente: "Art. 212. Annualmente, non meno del diciotto per cento, da parte dell'Unione, e come minimo il venticinque per cento, da parte degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni, delle entrate risultanti da imposte, comprese quelle derivanti da trasferimenti, saranno destinati al mantenimento e allo sviluppo dell'insegnamento". Per ciò che concerne la *riserva di bilancio* destinata alla prestazione del diritto fondamentale alla salute, la tecnica costituzionale è diversa, lasciando aperta la percentuale da osservare, la quale, secondo il paragrafo 3º dell'articolo 198 deve essere annualmente definita dalla Legge Complementare (alla Costituzione) nº 141 del 13 gennaio 2012. Oggi, nell'articolo 6, tale Legge Complementare stabilisce che gli Stati Membri e il Distretto Federale applicheranno annualmente in azioni e servizi pubblici sanitari almeno il 12% (dodici per cento) della riscossione delle imposte derivanti dal trasferimento di proprietà e donazione di qualunque bene e diritti (ITCD); dalla riscossione delle imposte sulla circolazione di merci e servizi (ICMS); e, dalla riscossione di imposte sulla proprietà dei veicoli a motore (IPVA), oltre alle stessa percentuale sui trasferimenti che ricevano dall'Unione Federale corrispondenti alla riscossione delle imposte sulla rendita e i profitti di qualunque natura (IR) e sulle imposte sui prodotti industrializzati (IPI), che sono istituiti e sostenuti dall'Unione Federale e in parte restituiti agli altri enti federali. Sia i Comuni che il

tradizionale controllo di incostituzionalità per azione, l'esistenza di un Pubblico Ministero costituzionalmente vocato alla difesa dei diritti fondamentali[355], l'esistenza di un Difensore

---

Distretto Federale sono obbligati, dall'articolo 7º della citata Legge Complementare, ad applicare annualmente in azioni e servizi pubblici sanitari, almeno del 15% (quindici per cento) della riscossione delle imposte sulla proprietà territoriale urbana (IPTU) e dei trasferimenti fatti dall'Unione Federale di parti della riscossione delle imposte sul trasferimento dei beni immobili tra vivi (ITBI) e sui servizi di qualunque natura (ISSQN), istituiti e sostenuti a livello federale, oltre alla stessa percentuale incidente sul 50% (cinquanta per cento) della imposta territoriale rurale (ITR) istituita e incassata dall'Unione Federale, sul 50% (cinquanta per centro) dell'imposta sulla proprietà dei veicoli a motore (IPVA) istituita incassata dagli Stati Membri, e, del 25% (venticinque per cento) della riscossione dell'imposta sulla circolazione di merci e servizi (ICMS), istituito e incassato dagli Stati Membri; devono ancora applicare identica percentuale minima del 15% (quindici per cento) dei trasferimenti che ricevono dalla Unione dal prodotto della riscossione delle imposte sulla rendita e i profitti di qualunque natura (IR) e delle imposte sui prodotti industrializzati (IPI), e, dei trasferimenti che ricevono dallo Stato Membro incui è situatoin collaborazione con il Fondo di Partecipazione dei Municipi nella raccolta del ICMS costituito dal 22,5% (ventidue e mezzo per cento) del totale della raccolta.

[354] In America del Sud, sono già in vigore Costituzioni che espressamente sanzionano l'omissione costituzionale. La Constituición de La República de Bolívia, del 2009, contempla, nell'articolo 134, la *Acción de Cumplimiento* a cui può farsi ricorso in casi di *incumprimento de disposições constitucionais* o legali da parte dei dipendenti pubblici, con la finalità di garantire l'esecuzione della norma omessa, potendo essere presentata da qualunque persona individuale o collettiva interessata. La Constituición de La República del Ecuador, del 2008, nel disciplinare la competenza della Corte Costituzionale, all'articolo 436, nº 10, si impegna a "declarar la inconstitucionalidade em que incurran las instituiciones del Estado o autoridades públicas que por *omission* inobservem, em forma total o parcial, los mandados contenidos em normas constitucionales, dentro del plazo estabelecido em la Constituición o em el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. *Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la nomra o ejecutará e lacto omitido*, de acuerdo com la ley." La Constituición de La República Bolivariana de Venezuela, del 1999 ampliata in occasione delle riforme del 2009, definisce i compiti della Sala Constitucional del Tribunale Supremo di giustizia all'articolo 336, elencando tra questi, al nº 7 quello di "*declarar la inconstitucionalidad de las omisiones* del legislador o la lesgisladora nacional, estadal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la Constituición, o las haya dictado de forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesário, los lineamientos de su corrección." La Costituzione della Repubblica Federale del Brasile del 5 ottobre 1988 è stata, in realtà, quella che per prima ha formulato nel proprio testo il controllo di costituzionalità per omissione. Il sistema costituzionale brasiliano in vigore permette tanto il controllo diffuso quanto quello concentrato. Il controllo diffuso, poichè tende alla protezione dei diritti soggettivi e può essere realizzato attraverso qualunque giudice o Tribunale in qualunque processo giudiziale, qualunque sia il tema in discussione stante il fatto che la costituzionalità o meno di una determinata norma costituisce questione pregiudiziale che deve precedere la soluzione del merito della causa. Nel caso brasiliano, al di là di tale generica ipotesi, si può considerare come forma di controllo di costituzionalità per omissione che si realizza in forma diffusa la garanzia costituzionale del *mandado de injunção* che, così come previsto all'articolo 5º, LXXI, della Costituzione Federale, costituisce una azione giudiziale da proporre "(...) tutte le volte che la mancanza di norme di regolamento renda impraticabile l'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali e delle prerogative inerenti alla nazionalità, alla sovranità e alla cittadinanza." Ciò che il principio tende ad ottenere, con tutta evidenza, è la soppressione dell'omissione incostituzionale del legislatore che impedisce l'esercizio del diritto fondamentale. D'altro canto, nell'ambito del controllo astratto di costituzionalità, orientato alla protezione del sistema costituzionale oggettivamente considerato, la costituzione brasiliana qualifica l'omissione legislativa ostativa all'esercizio del diritto fondamentale un'offesa alla sua supremazia, considerando l'incostituzionalità e, all'articolo 103, § 2º, prevede *l'azione diretta di incostituzionalità per omissione*.

[355] Costituzione della Repubblica Federale del Brasile, "Art. 127. Il Pubblico Ministero è un'istituzione permanente, essenziale per la funzione giurisdizionale dello Stato, a cui spetta la difesa dell'ordine giuridico, del regime democratico e degli interessi sociali e individuali irrinunciabili." "Art. 129 Sono funzioni istituzionali del Pubblico Ministero :I. promuovere, esclusivamente, l'azione penale pubblica, nella forma di legge; II. curare che i poteri pubblici e i servizi di pubblico interesse rispettino effettivamente i diritti garantiti nella presente Costituzione, adottando i provvedimenti necessari alla loro tutela; III. Promuovere l'inchiesta civile e l'azione

Pubblico, costituzionalmente istituito per l'orientamento giuridico e la difesa giudiziale dei meno abbienti[356], permette che, in modo più intenso, si producano gli effetti delle norme costituzionali tetiche sulla legislazione ordinaria, consentendo un più acuto controllo materiale di costituzionalità e atti normativi.

Da ciò deriva che tali costituzioni, delle quali è un esempio indiscutibile la vigente Costituzione della Repubblica Federale del Brasile, sono determinanti non solo per l'essere del diritto, ossia, per l'aspetto formale di come devono essere validamente prodotte le norme subcostituzionali, come anche e principalmente, per il loro dover essere, considerato che, nell'ambito delle norme costituzionali, si materializzano imperativi di contenuto che, a pena di incostituzionalità sostanziale – non possono non essere osservati a livello subcostituzionale. Si noti che l'esistenza del controllo di costituzionalità per azione, qualora si tratti di pretesa di incostituzionalità materiale, guarda al contenuto della norma subcostituzionale ed è riferito all'imposizione fondata sul contenuto della norma costituzionale, diretta al contenuto che *non può contenere* la norma inferiore, a pena di invalidità. D'altro canto, l'esistenza del controllo di costituzionalità per omissione, che sempre e soltanto potrà riguardare il contenuto di una norma mancante nell'ordinamento equivale all'imposizione della supremazia della norma costituzionale diretta a ciò che necessariamente *deve contenere* la norma inferiore. Innegabile, dal punto di vista della logica formale, che in sistemi costituzionali dotati di controllo di costituzionalità materiale per azione e omissione[357], di cui sono esempi le Costituzioni del Brasile, Bolivia, Ecuador e Venezuela, risulta inevitabile che la posizione di supremazia della costituzione condizioni tanto l'*essere* (formale) quanto il *dover essere* (sostanziale) di tutto

---

civile pubblica, per la protezione del patrimonio pubblico e sociale, dell'ambiente e di altri interessi diffusi e collettivi;[…]".

[356] Costituzione della Repubblica Federale del Brasile "Art. 134. L'Ufficio della Difesa Pubblica è un'istituzione essenziale alla funzione giurisdizionale dello Stato, a cui spetta fornire orientamento giuridico e difesa, in tutti i gradi di giudizio, a chi ne abbia necessità, nella forma dell'art. 5°, LXXIV". "Art. 5º, LXXIV – lo Stato presterà assistenza giudiziaria integrale e gratuita a coloro che provino di non avere sufficienti risorse."

[357] Il Tribunale di Giustizia dello Stato di Rio Grande do Sul è intervenuto in ordine ad una azione diretta di incostituzionalità contro l'omissione del Capo del Potere Esecutivo Municipale che, quale titolare del potere di iniziativa per progetti di legge riguardanti l'aumento di remunerazione dei titolari di incarichi, impieghi e funzioni pubbliche, non aveva provveduto ad osservare quanto contenuto nell'articolo 37, X, della Costituzione Federale, che prevede la revisione annuale delle remunerazioni del servizio pubblico. La decisione, pronunciata in data 7 novembre 2011, è stata la seguente: **AZIONE DIRETTA DI INCOSTITUZIONALITÀ. REVISIONE GENERALE ANNUALE DELLA REMINERAZIONE DEI PUBBLICI IMPIEGATO. OMISSIONE DEL CAPO DELL'ESECUTIVO MUNICIPALE NELLA ELABORAZIONE DEL PROGETTO DI LEGGE A FRONTE DELL'ARTICOLO37, X DELLA EC 19/98 E PARTE FINALE DEL PARAGRAFO 1º DELL'ARTICOLO 33 DELLA COSTITUZIONE STATALE.EFFETTI DI DICHIARAZIONE DELLA MORA. SCIENZA AL POTERE ESECUTIVO. IMPOSSIBILITÀ DI FISSAZIONE DEL TERMINE DA PARTE DEL POTERE GIUDIZIARIOPER L'EMANAZIONE DELL'ATTO NORMATIVO,OSSERVANZA DEL PRINCIPIO DELLA SEPARAZIONE DEI POTERI.** La EC 19/98, modificando l'articolo 37, X, ha garantito la revisione generale annuale delle remnerazioni dei pubblici dipendenti, sempre nella stessa data e nella stessa misura senza distinzione di indici, regola ripetuta dalla parte finale del paragrafo 1º dell'articolo 33 della Costituzione Statake. Dai dispositivi della Carta della Repubblica e dello Stato deriva l'obbligo di invio per il Potere Esecutivo di almeno un progetto di legge annuale riguardo la rideterminazione del potere di acquisto della remunerazione dei dipendenti pubblici. Riguardando norme di efficacia limitata dipendenti da atti legislativi ulteriori in ordine ai quali il diritto in quelle previsto possa essere reso effettivo, , il ritardo comporta incostituzionalità per omissione, introdotta mediante azione diretta (CF – articolo 103, paragrafo 2º). Nel riconoscre l'incostituzionalità per omissione, non compete al Potere Giudiziario determinare provvediementi o fissare termini per l'emanazione dell'atto normativo, nel rispetto del principio della Separazione dei Poteri (CF – art. 2º).

l'ordinamento giuridico. Ferrajoli parla di una interazione tra mutamenti istituzionali e mutamenti culturali[358] per indicare quello che si è affermato solamente nel secondo dopoguerra (elemento storico-culturale), quale che sia l'istituzionalizzazione dell'annullamento della legge incostituzionale (elemento istituzionale) da parte di Corti costituzionali responsabili per l'affermazione della supremazia gerarchica delle costituzioni sulle leggi.[359] Il tratto caratteristico del costituzionalismo giuridico, ossia, la subordinazione della legge alla costituzione e, come tale, allo stesso Diritto dissolve l'onnipotenza del legislatore ordinario, trasformando il principio di legalità (formale) del paleo giuspositivismo in principio di stretta legalità (sostanziale), o principio di costituzionalità, in ragione del quale una norma è valida, oltre che vigente, se e soltanto se anche i suoi contenuti non contraddicano i principi e diritti fondamentali stabiliti nella costituzione.[360]

Il passaggio dal giusnanturalismo al paleopositivismo e da questo al giuscostituzionalismo, oltre ad accentuare il carattere artificiale e convenzionale della esperienza giuridica[361], permette di identificare in ciascuno di questi momenti il mutamento del titolo di legittimazione del Diritto e dei suoi criteri di validità. Al tempo del giusnaturalismo del diritto giurisprudenziale premoderno era immediatamente sostanziale, poiché la validità di una proposizione giuridica dipendeva dalla valutazione soggettiva della giustizia oggettiva dei suoi contenuti. Nella fase paleogiuspositivista, la validità della norma dipendeva soltanto dalla forma legale attraverso la quale fosse stata prodotta. La fase dello Stato costituzionale di Diritto, che è tanto formalista quanto sostanzialista, la validità della legge dipende tanto dall'adeguamento formale della sua produzione alla norma costituzionale sovraordinata, quanto al suo adeguamento sostanziale alla norma costituzionale sovraordinata. La dimensione formale, nomodinamica, fondata sulla norma costituzionale ipotetica condiziona l'essere del Diritto, mentre la dimensione sostanziale, nomostatica, fondata sulla norma costituzionale tetica, condiziona il dover essere del Diritto.

4.4.2 Costituzione, diritti fondamentali e democrazia

L'accentuata rigidità propria delle carte costituzionali venute alla luce a partire dal secondo dopoguerra mondiale impone considerazioni relative al pensiero politico, rivendicando una riflessione circa le relazioni tra diritto e democrazia. Innanzitutto si impone un'analisi sulla sufficienza o insufficienza di un concetto meramente formale di democrazia[362]. La prima delle ragioni presentate in favore della concezione

[358] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 39.
[359] Idem, pp. 36-37.
[360] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 36.
[361] Idem, p. 40.
[362] In questo passo, l'analisi che qui si svolgerà ha alla base il dibattito tra Luigi Ferrajoli e Michelangelo Bovero riguardo la necessità o meno, così come la convenienza o meno, della considerazione, accanto al concetto formale di democrazia, di un concetto materiale. Questa discussione, dal punto di vista degli argomenti sostenuti da Ferrajoli, è esposta in FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Segunda edición, Madrid: Trotta, 2010, pp. 77-89. Il dibattito è rinvenibile anche in lingua italiana in FERRAJOLI, Luigi. *Diritti*

quadridimensionale della democrazia costituzionalmente costituita è quella secondo cui l'esistenza anche di una dimensione materiale (accanto alla dimensione formale) deriva dal livello di rigidità costituzionale raggiunto in epoca attuale, in cui il controllo di costituzionalità è previsto come possibile in carte costituzionali vigenti, tanto quanto si tratti di incompatibilità formali tra norme subcostituzionali e la forma costituzionalmente prevista per la sua elaborazione, tanto quanto si tratti di incompatibilità sostanziali tra il contenuto della norma subcostituzionale in relazione alla norma costituzionale sovraordinata. Inoltre, in Costituzioni come la vigenti in Brasile, esiste sia la previsione che una Corte proceda al controllo di costituzionalità per azione, ossia, quando il Potere Legislativo legifera e lede, formalmente o sostanzialmente, la norma costituzionale. Esiste altresì, va detto. la previsione della possibilità di dichiarazione di incostituzionalità per omissione[363], che, del resto, può essere riconosciuta nel controllo diffuso ugualmente vigente nel sistema giuridico-costituzionale brasiliano. Un secondo argomento riguarda l'insufficienza in senso stretto di un concetto puramente formale di democrazia[364], una volta che a rigor di logica la completa inesistenza di limiti sostanziali attinenti al contenuto delle decisioni, che si possono considerare legittime in una democrazia puramente procedimentale, fa sì che sia sempre possibile che, attraverso questi stessi procedimenti democratici, siano soppresse norme che stabiliscono procedimenti democratici. Ossia, lo stesso procedimento democratico, debitamente osservato il processo legislativo, può servire per eliminare i procedimenti democratici. Come afferma Ferrajoli, perchè un sistema possa essere democratico vi è la necessità dell'esistenza di regole che sottraggano alla maggioranza il potere della maggioranza e questo è innegabilmente un elemento sostanziale che sarà forzatamente assente in una democrazia puramente formale. Episodi come il fascismo e il nazismo sono dimostrazioni storiche dell'insufficienza di un concetto puramente formale di democrazia e della necessità di una dimensione sostanziale a questa affiancata..

Michelangelo Bovero[365] oppone alla concezione formulata dal Ferrajoli della democrazia costituzionale, come costituita necessariamente di una dimensione formale e una dimensione materiale, l'affermazione secondo cui l'espressione *democrazia sostanziale* corrispondente al modello di Stato di diritto presentata da questi è in contrasto con l'unico significato plausibile che può essere attribuito all'espressione democratica, così qualificata

---

fondamentali. Um dibattito teórico (A cura di Ermanno Vitale), Terza edizione, 2008, Roma: Bari, pp. 5-39 e 235-260.

[363] Costituzione della Repubblica Federale del Brasile, art. 103, § 2º: "Dichiarata l'incostituzionalità per omissione in modo da rendere effettiva la norma costituzionale, sarà informato il Potere competente, affinchè adotti i provvedimenti necessari e, nel caso si tratti di organo amministrativo, per farlo entro trenta giorni." Questa norma si occupa del tema in sede di controllo concentrato di costituzionalità. in Brasile è anche possibile il controllo diffuso che, diversamente dal concentrato, tende alla tutela del diritto soggettivo. Per tale ragione, è importante segnalare che l'incostituzionalità per omissione pùo essere rilevata anche attraverso il ricorso al mandato di ingiunzione, previsto all'articolo 5º, LXXI, CF, per le ipotesi in cui taluno si veda privato della possibilità di esercitare il diritto stabilito dalla norma costituzionale in ragione della assenza di norma sub costituzionale regolatrice.

[364] FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y constitucionalismo*, op. cit., p. 79.

[365] BOVERO, Michelangelo. *Derechos fundamentales y democracia em la teoría de Ferrajoli. Um acuerdo global y uma discrepancia concreta*, in FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, pp. 215-242. In lingua italiana BOVERO, Michelangelo. *Diritti e democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di Ermanno Vitale), Roma-Bari: Laterza, pp. 235-260.

una decisione non con base nel suo contenuto, ma esclusivamente con base nella forma in cui è stata presa.[366] Bovero sembra non considerare l'affermazione di Ferrajoli nel senso che la concezione di cosa sia qualificabile come democrazia è costituita dalla costituzione, ossia, il diritto costituzionale vigente costituisce e condiziona cosa possa essere considerato come decisione democratica emanata dagli organi statali (anche questi costituiti). Non si discute, al contrario, si ha come certo che la dimensione formale della democrazia trova la propria sede materiale nelle costituzioni, giacchè è in tali documenti che si definiscono le norme organiche su quali siano organi statali che emanano atti sovrani[367], quali siano le funzioni esercitate da tali organi, come si accede a questi e quali siano i comportamenti da tenere in relazione agli stessi, nonchè la pratica di atti destinati alla produzione di effetti giuridici. Norme sulla separazione dei poteri, cosa sono i poteri, come sono, cosa fanno e come le persone hanno accesso a ciascuno di questi in condizione di membri di un Potere di Stato, le relazioni tra i poteri, etc., sono sempre, dopo la Rivoluzione Francese, norme costituzionali. Tuttavia, è innegabile il carattere meramente formale, procedimentale, o, con il linguaggio proprio dell'autore la cui concezione qui si adotta, norme ipotetiche.[368] Vi sono eccezioni al carattere meramente procedimentale di tali norme; chiaramente, ad esempio nella Costituzione brasiliana, il principio della separazione dei poteri inserito nell'articolo 2º é dotato di contenuto materiale, di sostanza, è dunque norma tetica, che dalla sua vigenza produce l'effetto di introdurre nell'universo giuridico-costituzionale l'esistenza del Potere Legislativo, del Potere Esecutivo e del Potere Giudiziario. In realtà, non si può trascurare di considerare che, in conseguenza di tale norma tetica, si ha nella Costituzione brasiliana un congiunto di altre norme meramente ipotetiche, procedimentali, formali, che attengono a ciascuno dei poteri, al loro funzionamento, alla composizione e struttura[369], ossia in un'espressione: Norme che definiscono quali formalità e procedimenti devono essere osservati affinchè gli organi statali producano atti giuridicamente (costituzionalmente) validi e, come tali, idonei a produrre gli effetti giuridici che si pongono come fine. In questo modo, ad esempio, volendo il legislatore brasiliano introdurre modifiche nel testo della Costituzione Federale nell'esercizio del potere costituente derivato, dovrà osservare le disposizioni dell'articolo 60 della norma suprema che esige, nel caso di iniziativa da parte del legislatore, la volontà concorde di almeno un terzo dei membri del Senato della Repubblica o della Camera dei Deputati[370] affinchè possa essere validamente presentata la proposta di revisione costituzionale (PEC). Avviato il procedimento, la proposta di revisione costituzionale deve essere sottoposta a due votazioni in ciascuna delle sedi legislative (Senato e Camera), e sarà considerata approvata laddove ottenga, per ognuna delle quattro votazioni, tre quinti dei voti

---

[366] BOVERO, Michelangelo. *Diritti e democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico (a cura di Ermanno Vitale)*, Roma-Bari: Laterza, p.p. 253-254.

[367] I quali, semplicemente e genericamente, possiamo identificare come atti legislativi, amministrativi e giurisdizionali.

[368] Secondo FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del Diritto e della democrazia. 2 Teoria della democrazia*, pp. 5-302. Ver também FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Segunda edición, Madrid: Trotta, 2010, pp. 77-89; FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Tercera edición, Madrid: Trotta, 1998, pp. 864-866.

[369] Nella Costituzione della Repubblica Federale del Brasile a partire dall'articolo 44, fino all'articolo 135, pertanto 91 articoli si occupano del funzionamento dei poteri della Repubblica, su un totale di 250 articoli che compongono il testo permanente della Costituzione Federale.

[370] CF, art. 60, I.

dei rispettivi membri di ciascuna delle camere.[371] La promulgazione, in omaggio alla teoria del potere costituente che non ammette la sottoposizione a veto da parte del potere da questo costituito, è compito delle Mesas[372], ossia gli organi direttivi delle due camere federali.[373] Soltanto così il legislatore brasiliano potrà determinare una modifica della Costituzione Federale che sia in grado, dal punto di vista formale, di produrre effetti giuridici validi. Tuttavia, lo stesso articolo 60, nel suo paragrafo 4º prevede l'espresso divieto di delibera della proposta di revisione costituzionale, avente ad oggetto l'abolizione della forma federale dello Stato; il voto diretto, segreto, universale e periodico; la separazione dei Poteri; e , infine, i diritti e le garanzie individuali. Tali divieti, in Brasile conosciuti come *clausole petree* costituiscono limiti materiali al potere di revisione della Costituzione e si qualificano indubbiamente come norme sostanziali con contenuto materiale. Tali norme, secondo Ferrajoli, rappresentano la dimensione formale della democrazia, che si presenta tanto come democrazia politica per ciò che concerne le decisioni prese a livello statale, quanto come democrazia civile per ciò che concerne l'autonomia degli individui per prendere decisioni nella propria vita privata. La democrazia civile, a sua volta, è costituita da un congiunto di norme ugualmente procedimentali, formali e ipotetiche situate nell'ambito di quello che si conosce come diritto privato. Sono quasi tutte così ad eccezione di quelle che definiscono istituti come la proprietà, il possesso, i beni, le persone, etc., norme che conferiscono alle persone facoltà di agire e, osservando rigorosamente il procedimento definito nella stessa norma, ottengono come risultato la produzione di effetti giuridici validi. Così, ad esempio, il proprietario di un bene immobile in Brasile, qualora desideri procedere ad un valido trasferimento di proprietà, dovrà farlo mediante un atto pubblico redatto da un notaio e, successivamente, dovrà depositarlo al Registro degli Immobili.

Bovero aggiunge inoltre, in contrapposizione alla tesi di Ferrajoli, che le norme sui diritti ambientali sono certamente sostanziali, dotate di contenuto, ma esattamente per questo non riferibili alla democrazia, che ritiene abbia un unico significato chiaro e distinto: ossia è un metodo per prendere decisioni collettive. I diritti fondamentali sono, secondo il suo modo di intendere, vincoli esterni al processo decisionale democratico, una sorta di pre-delimitazione di ciò che può essere deciso democraticamente.[374] Letteralmente, afferma Bovero:

> La radice del nostro (residuo) dissenso sta nell'allontanamento, dichiarato e provocatorio, di Ferrajoli dalla nozione storicamente più consolidata – ancorchè variamente interpretata – di democrazia come **forma di governo.**"[375][…] "... si ha democrazia quando **tutti** coloro ai quali saranno rivolte le decisioni collettive hanno **egual** diritto-potere di partecipare, direttamente o indirettamente, alla formazione delle medesime decisioni".[376]

[371] CF, art. 60, § 2º.
[372] Mesa é il nome dato nel Diritto Costituzionale brasiliano ad una specie di amministratore che dirige ciascuno degli organi del Potere Legislativo, sia in ambito federale, che distrettuale, che statale e municipale.
[373] CF, art. 60, 3º.
[374] BOVERO, Michelangelo. *Diritti e democrazia costituzionale*, op. cit., p.p. 254-255.
[375] Idem, p. 255.
[376] BOVERO, Michelangelo. *Diritti e democrazia costituzionale*, op. cit., p.p. 256-257.

La sintesi della contrapposizione di Bovero e del suo disaccordo con Ferrajoli si fonda, da un lato, sulla estrema generalità del concetto di democrazia utilizzato da quest'ultimo, il che implicherebbe un indefinito sistema giuridico-politico e, dall'altro lato, sulla vaghezza e l'abiguità della sua concezione di democrazia derivante dagli sforzi di attribuirgli specificità attraverso l'articolazione di livelli e dimensioni. Sebbene, insiste Bovero, Ferrajoli ancori constantemente la sua idea di democrazia a quella di uguaglianza, tale ancoraggio si mostra poco solido, poichè lo stesso fondamento della democrazia nell'uguaglianza é, a sua volta, tanto generico quanto ambiguo; poichè l'uguaglianza su cui Ferrajoli fonda la nozione di democrazia sarebbe uguaglianza in tutti i diritti fondamentali, di ogni specie, mentre Bovero sostiene che soltanto l'uguaglianza nei diritti fondamentali di natura politica può effettivamente fondare una concezione adeguata di democrazia.[377] Inoltre, un'ulteriore critica è formulata dal professore di Filosofia Politica della Università di Torino, contro la tesi di Ferrajoli, sulla base della convizione che i diritti fondamentali, al loro corrispondere agli interessi e alle aspettative di tutti, si pongono nel fondamento e nel parametro di uguaglianza giuridica e, per questo, della cosiddetta dimensione sostanziale della democrazia, pregiudiziale rispetto alla sua dimensione formale, che si fonda sui poteri della maggioranza.[378] Pur concedendo che il contenuto sostanziale, che ritiene debba essere meglio precisato, sia pregiudiziale all'esercizio del potere democratico, Bovero contesta la sua identificazione con una dimensione della stessa idea di democrazia[379], difendendo la tesi secondo cui quello che nel pensiero di Ferrajoli correttamente e adeguatamente ricade nella sfera del non decidibile, poichè limitato dai diritti di difesa e vincolato dai diritti sociali di prestazione, è in realtà collocato fuori dalla democrazia.[380] L'interrogativo è formulato in modo che ci si chieda se ha senso chiamare democrazia (o una delle sue dimensioni) il congiunto di regole che stabiliscono ciò che non è decidibile attraverso procedimenti democratici? Ciò in relazione a cui il potere democratico non possiede potere? Afferma Bovero che, certamente nell'ambito di uno Stato costituzionale di Diritto, il potere democratico è un potere limitato, ma avverte altresì che, a suo modo di vedere, se il contenuto delle sue decisioni fosse completamente determinato dai (limiti e vincoli definiti dai) diritti fondamentali il potere democratico sarebbe completamente annullato. L'espressione democrazia sostanziale, in sintesi, secondo Bovero è una contraddizione in termini: se è democrazia, non è sostanziale; se é sostanziale,non è democrazia.[381] La conclusione di Bovero esprime chiaramente quello che nel suo pensiero diverge e quello che converge con la tesi di Ferrajoli in relazione alla democrazia costituzionale:

> La democrazia costituzionale – così mi sembra di poter accogliere e interpretare, modificandola un poco, la teoria di Ferrajoli – è quel regime, o quella forma di governo, in cui il potere di decisione collettiva, fondato sull'attribuzione universale di diritti politici a tutti i membri adulti della collettività, incontra vincoli di sostanza, e non solo di forma, al proprio esercizio: questi vincoli sono costituiti precisamente dai diritti fondamentali, e principalmente dai diritti di libertà e dai diritti sociali –

[377] Idem, p. 256.
[378] Idem, p. 257.
[379] Ibidem.
[380] Idem, p. 258.
[381] Idem, pp. 258-259.

alcuni dei quali debbono essere considerati pre-condizioni della democrazia, non però incorporati in una delle (pretese) 'dimensioni' di essa.[382]

Tali critiche meritano considerazione, sono profonde e significative, sebbene possano essere opposte proprio facendo riferimento alla concezione di democrazia formulata da Ferrajoli, ed in particolare a quella che si configura come la sua versione più completa e definitiva, esposta in *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, pp. 5-157. Innanzitutto, una considerazione si impone in relazione all'insieme di critiche, formulate da Michelangelo Bovero e sopra sinteticamente riportate. Tale considerazione riguarda l'inadeguatezza della critica alla tesi di Ferrajoli, fondata su di un concetto e una concezione storica di cosa possa intendersi per democrazia. È evidente, e lo stesso Ferrajoli[383] lo ammette, che non si può trascurare il concetto storicamente condiviso e predominante rispetto a cosa sia la democrazia e questo, senza alcun ombra di dubbio, coincide con quello presentato da Bovero: democrazia é una forma di governo che osserva le deliberazioni della maggioranza nelle decisioni. Oltre ciò, e anche lo stesso Ferrajoli lo ammette espressamente[384], é certo che la democrazia non sia solo un fenomeno essenzialmente o prevalentemente giuridico, poiché la concezione giuridica rappresenta una forma solo parziale dell'analisi della democrazia stessa. Sono infatti possibili analisi da prospettiva economica, sociologica, politico-istituzionale, psicologica, antropologica, etc. Tuttavia, la costruzione di da Ferrajoli ha come punto di partenza l'influenza su una possibile concezione giuridica della democrazia di quelle che egli denomina costituzioni di terza generazione. Da subito due aspetti risaltano: il primo riguarda l'approccio così proposto all'idea di democrazia, intesa come un concetto dinamico, storicamente posto, di contro ad una concezione statica, concepita in un determinato momento storico, nel quale si rifletteva sulla norma. La tesi di Ferrajoli, per ciò che appare, non contiene l'affermazione per cui ogni e ciascuna costituzione, da sempre, a partire dalla sua carta di diritti fondamentali, produrrebbe una specie di cambiamento nel concetto di democrazia. Al contrario, l'affermazione sta a significare che a partire da un determinato momento storico in cui si verifica chiaramente la presenza di determinati elementi e categorie giuridiche nelle costituzioni, è possibile che, di conseguenza, dal punto di vista di una prospettiva giuridica diviene insufficiente una concezione meramente formale di cosa sia democrazia. Il secondo aspetto che appare rilevante considerare, chiaramente preso in considerazione nella critica formulata alla posizione del Ferrajoli, é che questo autore, dichiaratamente, considera come esempio più perfetto e completo, rispetto a ciò che chiama costituzione di terza generazione, le Costituzioni del Brasile, della Bolivia, dell'Ecuador e del Venezuela, le quali contengono evidentemente le caratteristiche già menzionate. In aggiunta a tali considerazioni, è importante osservare ugualmente che la concezione formulata da Ferrajoli non trascura il

[382] BOVERO, Michelangelo. *Diritti e democrazia costituzionale*, op. cit., p. 259.

[383] FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Segunda edición, Madrid: Trotta, 2010, literalmente:"*Según la concepción seguramente dominante, la democracia consiste únicamente en un método de formación de las decisiones colectivas: precisamente, en el conjunto de las reglas que atribuyen al pueblo, y por tanto a la mayoria de sus miembros, el poder – directo o a través de representantes – de assumir decisiones. Ésta no es sólo la acepción etimológia de <<democracia>>, sino también la concepción unanimemente compartida – desde Kelsen a Bobbio, desde Schumpeter a Dahl – de la teoria de la filosofia política*" (p. 77).

[384] FERRAJOLI, Luigi. *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, pp. 119-175, in FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico (a cura di Ermanno Vitale)*, Roma-Bari: Laterza, p. 146.

significato e il valore delle opzioni della maggioranza, ma sposta l'accento relativo a tali opzioni dal compimento degli atti di decisione - tanto da parte degli individui quanto da parte dei poteri costituiti – al momento costituente. Nel definire il contemporaneo Stato di diritto come Stato Costituzionale di diritto, in opposizione allo Stato legale di diritto, ciò che Ferrajoli vuole evidenziare é l'importanza del ruolo svolto dalle Costituzioni relativamente alla costituzione del fenomeno politico e alla costituzione del fenomeno giuridico. La Costituzione costituisce tanto il diritto quanto lo Stato e l'affermazione della sua rilevanza non porta ad ignorare il concetto di democrazia formale, fondata su regole di competenza e maggioranza, ma afferma che il momento democratico per eccellenza è il momento costituente e che la sua più piena forma di espressione è l'elaborazione di una costituzione. Di conseguenza, il documento legislativo suo proprio, e intensamente vincolato all'esercizio della democrazia (ancorchè si consideri solo un suo aspetto) formale, è una Costituzione. È a partire da questa, infatti, che tutto è costituito ed è in questa che vengono definiti forma e contenuto di ciò che esisterà successivamente rispetto al fenomeno della vita in società con le relazioni mediate dal diritto. Pertanto, affermare che la costituzione contemporaneamente é costitutiva di ciò che si può intendere come democrazia, invece di negarla, comporta in realtà la sua affermazione nella forma più intensa e profonda possibile. Per tale aspetto, nell'universo giuridico contemporaneo ciò che accade non è il superamento del positivismo, ma la configurazione di un positivismo di livello costituzionale. Ma innegabilmente, questa democrazia fondata in ciò che sia stabilito a livello costituzionale senza indicazione di limiti e vincoli sostanziali al potere della maggioranza permette altresì che la stessa maggioranza superi le regole procedimentali relative alle competenze e decisioni della maggioranza, finendo per distruggere la stessa democrazia. D'altro canto, concedendosi che al potere costituente originario sia dato non solo stabilire regole formali e procedimentali di competenza e maggioranza, ma anche regole materiali e sostanziali su limiti e vincoli all'esercizio del potere di decisione, tanto privato quanto pubblico, si ottiene di poter garantire la conservazione di una specifica concezione di democrazia, fino a quando l'unico potere riconosciuto giuridicamente come superiore alla costituzione, che è il potere costituente originario, non si ponga nuovamente in attività e elabori una nuova costituzione con nuovi parametri tanto formali quanto procedimentali relativi alla democrazia voluta in un determinato momento storico. Infine, prendendosi a riferimento la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, nel più volte citato articolo XVI, , sarà lecito concludere che quel documento, che a livello universale ha progettato la democrazia moderna e la concezione che di questa si possa avere, ha definito definire come caratteristiche essenziali di una costituzione la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri, tenendo in considerazione che la finalità dello Stato – nello stile delle dichiarazioni liberali di diritto –è garantire diritti (considerati naturali, e di conseguenza, anteriori allo stesso Stato) e il mezzo per ottenere tale obiettivo è l'istituzione della separazione dei poteri. Dunque, stando così le cose, in questa concezione di democrazia è abbastanza chiara la convivenza di un aspetto sostanziale (garanzia dei diritti) con un aspetto formale e strumentale (separazione dei poteri).

In estrema sintesi, é importante analizzare gli aspetti più rilevanti della tesi relativa alla democrazia costituzionalmente costituita, così come formulata da Luigi

Ferrajoli.[385] La distinzione tra dimensione formale e dimensione sostanziale, secondo l'autore, riduce ad una dicotomia tutta la teoria del diritto da costui svolta, ossia la dicotomia tra segno e significato; tra causa ed effetto; tra forma e sostanza; tra fonte e norma; tra mezzi e fini; tra validità formale e validità sostanziale; tra nomodinamica e nomostatica; tra funzione di governo e funzione di garanzia; tra norma di riconoscimento e ragione sociale di qualunque istituzione.[386] Secondo l'autore i diritti fondamentali sono giustamente i fondamenti costituzionali della democrazia, da cui deriva, da un lato, una dimensione formale, nomodinamica, fondata sui diritti fondamentali di natura politica nell'ambito della sfera pubblica, e ugualmente fondata sui diritti civili nell'ambito della sfera privata e, dall'altro, una dimensione sostanziale, nomostatica, fondata in parte sui diritti fondamentali di difesa dell'individuo, anche definiti come libertà e immunità, e in parte nei diritti fondamentali sociali di prestazione.[387] Quattro aporie della concezione esclusivamente formale e procedimentale della democrazia sono individuate da Ferrajoli come determinanti di quattro ragioni per cui il concetto sia integrato con limiti e vincoli sostanziali.[388]

La prima aporia è basata su delle osservazioni teoriche formulate da Anna Pintore[389] alla teoria di Luigi Ferrajoli in occasione della pubblicazione di *Diritto e ragione*[390] nella convinzione che così come è concepita la tesi, i diritti fondamentali si presentano come insaziabili, poiché divoratori di democrazia, dello spazio politico e della propria autonomia morale dalla quale li facciamo sorgere.[391] Secondo l'opinione della Professoressa di Filosofia del Diritto della Università di Cagliari "*... una definizione di 'democrazia' che incorporasse un riferimento a contenuti (in realtà a un intero catalogo di diritti civili, politici, sociali e di libertà) finirebbe per allontanarsi notevolmente dal significato lessicale dell'espressione 'democrazia', che storicamente ha sempre incorporato un riferimento al 'chi' e al 'come' decidere, piuttosto che ai contenuti del* government"[392], senza peraltro trascurare che le moderne teorie della democrazia, anche quelle che si proiettano in maniera più incisiva sul suo aspetto procedimentale, considerano indispensabile il riferimento ad un congiunto di diritti come il diritto al voto, alla libertà di associazione, alla libertà di espressione, il diritto al *habeas corpus* etc., la cui previsione costituzionale e l'effettivo godimento si considerano condizioni *sine qua non* affinchè si possa qualificare un sistema come democratico[393]. Questi sono presupposti, ma non il contenuto, parte (sostanziale) della democrazia. Ciò perché, secondo tale ricostruzione, l'attribuzione ai diritti fondamentali della condizione di parte (sostanza) integrante del concetto di democrazia comporterebbe l'impossibilità per la libertà di decidere, così privandola della propria essenza. Ferrajoli risponde a tali osservazioni chiedendo se una concezione puramente formale della democrazia come potere del popolo

[385] Mi riferisco a quanto esposto in *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, pp. 5-157.
[386] Idem, p. 24.
[387] Ibidem.
[388] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, pp. 6-9.
[389] PINTORE, Anna. *Diritti insaziabili*, in FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*. Terza edizione, Roma-Bari: Laterza, pp. 179-200.
[390] FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Laterza, 1998.
[391] PINTORE, Anna. *Diritti insaziabili*, p. 179.
[392] Idem, p. 183.
[393] Ibidem.

permette di affermare che un sistema così concepito sia democratico. E, inoltre, se i diritti fondamentali, intesi come limiti e vincoli sostanziali alla dimensione politica della democrazia effettivamente possono, in quanto insaziabili, negare la stessa democrazia. Ferrajoli sostiene che una definizione che contenga le sole connotazioni formali della democrazia possiede una capacità esplicativa ridotta, in ragione del suo ristretto campo di applicazione empirico[394], poiché non in grado di dar conto delle democrazie contemporanee, alle quali risulterebbe applicato il concetto esclusivamente formale, e che pertanto non sarebbero qualificabili come democrazie. Nello stesso modo, il concetto che si limiti ad esigere che i poteri pubblici siano esercitati dal popolo (direttamente o indirettamente) e configuri la democrazia come una specie di potere popolare assoluto ignora il paradigma dello Stato di diritto, nel quale il potere risulta essere subordinato alla legge, e ancor più ignora il paradigma dello Stato costituzionale di diritto nel cui ambito non è vera l'affermazione per cui il potere del popolo sarebbe illimitato.[395] Ossia: il potere del popolo nella democrazia si esprime attraverso i poteri costituiti, in particolare il Legislativo e l'Esecutivo eletti democraticamente a tal fine, mentre, le maggioranze legislative non possono collocare la volontà popolare da queste rappresentata al di sopra della costituzione, che è sempre un limite tanto formale quanto materiale a tale maggioranza legislativa. La maggioranza legislativa cede alla maggioranza costituente che elabora i limiti e i vincoli materiali quando fa una costituzione. Affinchè sia possibile il superamento di tali criteri materiali costituzionalmente stabiliti, soltanto l'esercizio del potere costituente originario e l'elaborazione di una nuova costituzione sarebbe sufficienti, perchè in tal caso si tratterebbe della manifestazione di una maggioranza maggiore (nonostante la tautologia).

La seconda aporia risiede una volta ancora in una contestazione da parte di Michelangelo Bovero, espressa in *Diritti e democrazia costituzionale*[396]. La questione qui riguarda il ruolo dei diritti fondamentali intesi come pre-condizioni esterne, affinchè la democrazia possa essere attuata, o, secondo Bovero, come limiti e vincoli interni al concetto di democrazia. Con un sostegno teorico[397] in Norberto Bobbio, Hans Kelsen e anche in Robert Alan Dahl, il quale espressamente fa propria la concezione esclusivamente formale della democrazia considerata come metodo di prendere decisioni sulla base della volontà della maggioranza, Ferrajoli sostiene la necessità dell'esistenza di una dimensione sostanziale nel concetto di democrazia affinchè sia garantita la sopravvivenza dello stesso regime democratico. Considerati alcuni diritti fondamentali come quelli di natura politica e, ad esempio, i diritti all'opinione, alla manifestazione, alla libertà di stampa, libertà di associazione, libertà di riunione, come dichiara Bobbio[398], non propriamente come regole del gioco democratico, ma come regole preliminari che permettono che il gioco si verifichi, è così possibile che, osservate tali pre-condizioni, democraticamente una forza politica diventi

---

[394] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 6.
[395] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 6.
[396] BOVERO, Michelangelo. *Diritti e democrazia costituzionale*, in FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, terza edizione, 2008, Bari: Laterza, pp. 235-260, in particolare le pagine 256-259.
[397] Si vedano le note 6 e 7 (pp. 112-113) al *Capitolo tredicesimo* che apre la *Parte quarta* de *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, de Luigi Ferrajoli.
[398] In lingua portoghese *O futuro da democracia, Uma defesa das regras do jogo*, 5ª edição, 1986, Rio de Janeiro: Paz e Terra.

egemonica e, nel momento successivo, elimini quelle libertà e partecipi al gioco in assenza di libertà democratiche, come è avvenuto negli esempi storici del fascismo e del nazismo. Bobbio sembra dunque ritenere necessario, secondo quanto sostiene Ferrajoli, l'elemento sostanziale, il che lo caratterizza come *conditio sine qua non*, riferendosi a tale aspetto nei seguenti termini:

> Nel frattempo, proprio per una definizione minima di democrazia, come è quella accettata, non sono sufficienti né l'attribuzione ad un elevato numero di cittadini del diritto di partecipare direttamente o indirettamente alle decisioni collettive, né l'esistenza di regole procedimentali come quella della maggioranza (o , a limite, della unanimità). É indispensabile una terza condizione: è necessario che quelli che sono chiamati a decidere o ad eleggere coloro che dovranno decidere siano posti dinanzi ad alternative reali e posti in condizione di poter scegliere tra una e l'altra. Affinchè si realizzi questa condizione è necessario che ai chiamati a decidere siano garantiti i cosiddetti diritti di libertà, di opinione, di manifestazione del pensiero, di riunione, di associazione, etc…i diritti in base ai quali è nato lo stato liberale ed è stata costruita la dottrina del diritto in senso forte, dello Stato che non soltanto esercita il potere sub lege, ma lo esercita altresì all'interno dei limiti derivanti dal riconoscimento costituzionale dei diritti inviolabili dell'individuo. Qualunque sia il fondamento filosofico di questi diritti, sono il presupposto necessario per il corretto funzionamento degli stessi prevalenti meccanismi procedimentali che caratterizzano un regime democratico. Le norme costituzionali – che attribuiscono tali diritti- non sono esattamente regole del gioco sono regole preliminari che permettono lo svolgimento del gioco stesso.[399]

A sostegno della tesi di Ferrajoli, si parte dalla distinzione presentanta da Bobbio[400] tra governo *sub lege*, così inteso il governo che si sottomette al Diritto, e governo *per leges*, inteso come quello i cui comandi emanano attraverso la legge. In tale ambito, é possibile affermare che da subito la prima manifestazione del positivismo giuridico post-rivoluzionario era di un governo *per leges*. Solo se si pensa ad un governo esercitato tanto *sub lege* (aspetto materiale dell'esercizio del potere), quanto *per leges* (aspetto formale dell'esercizio del potere) , nel caso si abbia una costituzione, il principio di legalità acquisisce un significato materiale, accanto al suo significato meramente formale, facendo discendere da ciò la dimensione tanto formale quanto materiale della democrazia.[401]

---

[399] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia, Uma defesa das regras do jogo*, 5ª edição, 1986, Rio de Janeiro: Paz e Terra. p. 20.

[400] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5ª edição, 1992, São Paulo: editora Paz e Terra, pp. 156-157, distingue tra governo sub lege e governo per leges. Più avanti afferma Bobbio: "nella formazione dello Stato moderno la dottrina del csotituzionalismo, nella quale si riassume ogni forma di govenro sub lege, procede nellos tesso senso che la dottrina del primato della legge come fonte di diritto, intesa la legge, da un lato come espressione della volontà del sovrano (siq auesto il principe o il popoleo), e, d'latro lato come norma generale ed astratta, in opposizione agli ordini dati uno per volta" (p. 157).

[401] BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política*. 4ª edição, 1992, São Paulo: editora Paz e Terra. L'autore allude, secondo la nostra timida opinione, alla bipartizione del concetto di democrazia, avvicinando, senza approfondire, la sua concezione a quella difesa contemporaneamente da Luigi Ferrajoli in *Principia iuris*. È innegabile che, se Bobbio era un passo avanti rispetto a Kelsen, Ferrajoli era un passo avanti in relazione a Bobbio. Secondo Bobbio: "Il discorso sul significato della democrazia non può essere considerato concluso se non si dà conto del fatto che, al di là che la democrazia come forma di governo di cui si è parlato sino ad ora, ossia democrazia come insieme di istituzioni caratterizzate dal tipo di risposta che è data alle domande "Chi governa?" e "Come governa?", il linguaggio politico moderno conosce anche il significato di

Si deve considerare, ancora e sempre in accordo con Ferrajoli, che quando si afferma che le norme procedimentali predominano nella caratterizzazione di un regime democratico, come fa Bobbio nel passaggio sopra riportato, non si sta attribuendo loro l'esclusiva qualificazione del concetto, semmai una maggiore rilevanza.

La terza aporia risiede nella mancata considerazione del nesso, considerato indissolubile da Ferrajoli, tra sovranità popolare e diritti fondamentali tanto di libertà quanto sociali di prestazione, ignorato dalla concezione esclusivamente formale della democrazia.[402] Nel primo caso, relativamente al nesso tra democrazia e diritti di libertà, l'autore sostiene che con tutta evidenza la volontà popolare si manifesta autenticamente se e quando può essere liberamente espressa, così la libertà considerata come assenza di ostacoli all'esercizio di una azione voluta è indiscutibile condizione intrinseca alla formazione della volontà generale (*rectius* democrazia). Secondo questa linea di pensiero, vi è chi ritiene i diritti fondamentali di natura liberale fondamento funzionale della democrazia, quale istituto a questa connesso.[403] Si afferma che in assenza di tutela delle libertà fondamentali, non esiste la possibilità della minoranza di divenire maggioranza, esattamente per quei diritti fondamentali della dimensione di difesa che si pongono come una caratteristica essenziale della democrazia liberale, la quale necessita per il suo funzionamento e la sua sussistenza di un cittadino politico.[404] Relativamente al nesso tra diritti fondamentali sociali di prestazione e democrazia ritenuto esistente da Ferrajoli, si deve valutare che i diritti fondamentali di matrice liberale, definiti da Bobbio come pre-condizioni affinchè il gioco democratico evolva, isolatamente non generano l'effetto voluto senza che si rendano effettivi i diritti sociali di prestazione. Ad esempio, la libertà di opinione e la libertà di manifestazione del pensiero, come il diritto al voto risultano assolutamente destituiti di fondamento – tanto per sè considerati, quanto per la

---

democrazia come regime caratterizzato per i fini o valori in direzione dei quali un determinato gruppo politico tende ed opera. Il principio di questi fini o valori, adottato per distinguere non solo formalmente ma anche contenutisticamente un regime democratico da un regime non democratico è l'uguaglianza giuridica, introdotta nelle Costituzioni liberali proprio quando queste non erano formalmente democratiche, ma vi era uguaglianza sociale ed economica (almeno in parte). Così venne introdotta la distinzione tra democrazia formale che riguarda precisamente la forma di governo, e democrazia sostanziale, che riguarda il contenuto di questa forma. Questi due significati possono essere rintracciati in perfetta fusione tra loro nella teoria rousseauiana della democrazia, poiché l'ideale egualitario che la ispira si realizza nella formazione della volontà generale, e pertanto sono entrambi storicamente legittimi. La legittimità storica, tuttavia non autorizza a ritenere che abbiano, nonostante l'identità del termine, un elemento connotativo in comune. Tanto è vero che ben può avvenire storicamente che una democrazia formale non sia in grado di mantenere le principali promesse contenute nel programma di democrazia sostanziale e, viceversa, una democrazia sostanziale che si sostenga e si sviluppi attraverso l'esercizio non democratico del potere. Da questa assenza di un elemento connotativo in comune, abbiamo la prova della sterilità del dibattito sulla maggiore o minore democraticità dei regimi che si ispira talvolta al principio del governo del popolo, talatra al principio del governo per il popolo. Ciascuno dei due regimi è democratico secondo il significato di democrazia scelto dal difensore e non è democratico nel significato scelto dall'avversario. L'unico punto di convergenza potrebbe essere l'idea di una democrazia allo stesso tempo formale e sostanziale"(pp. 157-158).

[402] FERRAJOLI, *Luigi. Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 7.

[403] HÄBERLE, Peter. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*. 4ª ristampa, 2005, Roma: Carocci, p. 51. L'attribuzione ai diritti fondamentali della condizione di fondamento funzionale della democrazia si deve a Z. Giacometti (*Die Verfassungsgerichttsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts*), riportato da Häberle nella nota 75 alla p. 51. L'allusione ai diritti fondamentali come istituti connessi alla democrazia è da attribuirsi a M. Drath (*Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*), citato da Häberle nella nota 76 alla p. 51.

[404] HÄBERLE, Peter. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, op. cit., p. 51.

loro ritenuta rilevanza (presumibilmente) pre-costitutiva dela democrazia - se e quando non siano accompagnati da diritti sociali di prestazione all'educazione, all'abitazione e all'alimentazione. Nel caso di un individuo che, in ragione di carenze economiche, non ha avuto accesso ad una abitazione degna, alla sicurezza alimentare secondo i parametri stabiliti dalla Organizzazione Mondiale della Salute e, in particolare, non ha avuto accesso all'educazione, restano completamente svuotate le libertà di opinione, la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto al voto – quale opinione e su cosa inciderà l'opinione, e quale rilevanza potrà avere l'opinione di chi versi, analfabeta o semianalfabeta, nella quasi totale ignoranza, affamato e senza avere un luogo dove vivere con dignità? Sarà colui, ignorante, affamato e senza luogo dove risiedere dignitosamente, in grado di decidere, di avere un'opinione, di manifestare la propria volontà ed esercitare il diritto al voto? Che democrazia risulterà dalle decisioni prese da codesta maggioranza? É evidente che essere adeguatamente nutrito, avere un luogo minimamente dotato di condizioni che garantiscano dignità umana ove risiedere e avere accesso all'educazione formale sono mezzi (forniti dai diritti sociali di prestazione) affinchè si raggiunga la capacità di avere libertà di opinione, libertà di manifestazione, affinchè si eserciti il diritto al voto. Senza tali presupposti, gli individui sono una massa di manodopera, come furono e ancora oggi lo sono quanti permangono in questa condizione prossima all'indigenza sociale. Certamente, un individuo è in condizione di sentirsi libero e di esercitare le proprie libertà solo se non ha fame, se possiede un luogo degno ove abitare, se non è malato, se ha conoscenza del mondo in cui è inserito e dei suoi accadimenti e, in particolare, della sua stessa condizione quale parte di questo mondo. O una costituzione si occupa di garantire nel minimo tali condizioni, o non si potrà parlare di democrazia.

Come osserva Ferrajoli[405] con acutezza, nelle società contemporanee caratterizzate da un elevato grado di interdipendenza e sviluppo tecnologico, vivere e sopravvivere esigono garanzie giuridiche; la sopravvivenza, non solo come garanzia di vita contro le aggressioni indebite, diviene ogni volta meno un fenomeno naturale e ogni giorno più un fenomeno che richiede interventi artificiali e sociali. In virtù di tale realtà anche le garanzie ai diritti alla sussistenza, alla previdenza, al lavoro, alla salute, all'educazione e tanti altri denominati diritti sociali di prestazione devono comporre ciò che Ferrajoli chiama ragione sociale della democrazia costituzionale.[406] Ciò si deve, spiega l'autore, a due ragioni connesse ai profondi cambiamenti avvenuti nella struttura della società. La prima ragione risiede nell'essere divenuto impossibile oggi quello che era possibile all'epoca della nascita dello Stato Liberale, quando esisteva ancora un vincolo diretto tra vita e natura e la sopravvivenza dell'individuo poteva essere attribuita alla sua autonomia, alla sua capacità di adattamento e alla sua libera e spontanea iniziativa (alla sua volontà di lavorare, come, per esempio, coltivare le terre libere dell'America o in qualunque altro luogo).[407] Tale possibilità non esiste più e la mancanza di lavoro è la questione principale nelle società contemporanee, non perchè le persone non vogliano lavorare, ma per ragioni di ordine di politica economica. La seconda ragione, in senso contrario alla prima, è perchè attualmente è materialmente

[405] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 392.
[406] Ibidem.
[407] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*. P. 392.

possibile quello che tempo fa era assolutamente impossibile anche solo immaginare. L'enorme progresso tecnologico e il crescente sviluppo della ricchezza e della produzione applicati, per esempio, alla medicina e alla produzione di beni materiali, hanno reso possibile la riduzione delle diseguaglianze naturali tra le persone.[408] Tuttavia, la mano invisibile del mercato non porta naturalmente i risultati del progresso tecnologico e dello sviluppo economico nella direzione della riduzione delle diseguaglianze con azioni di superamento delle carenze umane laddove queste si mostrano evidenti, essendo questo un compito di cui si occupano le norme giuridiche impositive, aventi ad oggetto interventi finalizzati ala riduzione delle diseguaglianze attraverso la via della soddisfazione di carenze: sono esattamente i diritti fondamentali di prestazione di natura sociale, culturale ed economica.

La quarta aporia ha carattere filosofico-politico.[409] Ferrajoli insorge qui contro l'idea secondo cui la democrazia è concepita alla base della nozione di 'auto-nomia', 'auto-governo' 'o auto-determinazione' popolare, intesa come una libertà positiva del popolo che gli garantirebbe il diritto di non essere sottoposto ad altre decisioni (limiti e vincoli) che non siano quelli deliberati da egli stesso.[410] Come ricorda l'autore, vi è una specie di trasposizione del tutto per la sua rappresentazione che ha come conseguenza che la maggioranza legislativa, decida riguardo qualcosa che non riguardi soltanto la maggioranza, ma la totalità del popolo, come è il caso dei diritti fondamentali. In tale situazione, una parte del tutto (minoranza) dovrà necessariamente sottomettersi alla decisione della maggioranza deliberante rispetto a ciò di cui tutti e ciascuno sono titolari.[411] Per tale ragione, ai diritti fondamentali si attribuisce una condizione ed anche una funzione contromaggioritaria, ossia, contemporaneamente i diritti fondamentali hanno, oltre a tante altre, la funzione di protezione delle minoranze contro le decisioni delle maggioranze legislative occasionali.[412] In tal senso, la lezione del Ferrajoli,il quale afferma che uno dei significati possibili per l'espressione di sovranità popolare, compatibile con la concezione costituzionale di democrazia è quello che intende

---

[408] Idem, p. 393.
[409] Idem, p. 8.
[410] Ibidem.
[411] Ibidem.
[412] Tra gli altri, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. "Proponiamo qui di procedere ad un riflessione sulle relazioni complesse tra Stato di Diritto, democrazia e diritti fondamentali, ricorrendo fondamentalmente all'idea originaria di DWORKIN secondo il quale avere un diritto fondamentale, in Stato di Diritto, equivale ad aver una briscola nel gioco di carte. La carta briscola prevale sulle altre, anche su quelle con il valore nominale più alto; la forza della qualità della briscola che gli è riconosciuta secondo le regole del gioco, batte la forza del numero, della quantità, delle carte degli altri semi. Applicata al sistema giuridico di Stato di Diritto, e tenendo in considerazione che l'altro "giocatore" é lo Stato, giacchè, innanzitutto, i diritti fondamentali sono posizioni giuridiche individuali di fronte allo Stato, avere un diritto fondamentale significherà, dunque, avere una briscola contro lo Stato, contro il Governo democraticamente legittimato, il che, in regime politico fondato sulla regola della maggioranza, deve significare, dunque, che avere un diritto fondamentale è avere una briscola contro la maggioranza, anche quando questa maggioranza decide secondo i procedimenti democratici istituiti" (op. cit., pp. 17-19). La rappresentazione metaforica dei diritti fondamentali come briscole contro la maggioranza è presa in prestito da Ronald Dworkin che la riferisce in almeno tre sue opere: *Freedom's Law*, de 1996; *Sovereign Virtue*, de 2000; e, *Justice in Robes*, de 2006. Si ritrova l'utilizzazione dei *diritti fondamentali come briscole* ne *introdución* dell''edizione spagnola de *Los derechos em serio*, de Ronald Dworkin, 4ª reimpressión, 1999, Barcelona: Ariel, p. 37. Nella edizione brasiliana, in portoghese, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. XV.

contemporaneamente i diritti fondamentali come finalizzati a svolgere la funzione, tra tante altre, di attribuire forma e contenuto alla volontà popolare.[413] Questa volontà popolare o volontà generale considerata come somma della volontà di ciascuno dei suoi membri non può manifestarsi in forma autentica, se non può esprimersi liberamente, e non potrà costituirsi ed esprimersi liberamente se non sarà protetta, non solo attraverso le garanzie dei diritti politici e di libertà, ma anche attraverso le garanzie dei diritti sociali. [414]

> La formula <<la sovranità appartiene al popolo>> vuole quindi dire, in questo secondo senso, che essa appartiene all'insieme dei suoi cittadini, cioè di tutte le persone di cui il popolo si compone: appartiene, in breve, a tutti e a ciascun cittadino, quanto equivale alla somma di quei poteri e contro-poteri di tutti – i diritti politici, i diritti civili, i diritti di libertà e i diritti sociali che sono i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Questi diritti, conseguentemente, non sono soltanto dei limiti al suo concreto esercizio, ma ne sono altresì la sostanza democratica, dato che si riferiscono al popolo in un senso ben più concreto e pregnante della stessa rappresentanza politica, cioè a tutti e a ciascuno dei suoi membri in carne ed ossa.[415]

In relazione a tale concezione, vi sono autori[416] che sostengono l'integrazione o assimilazione tra diritti fondamentali e democrazia, dando luogo a ciò che si è convenzionalmente ritenuto di poter riportare nell'alveo dello Stato di Diritto Democratico[417] o Stato Democratico di Diritto[418], caratterizzato dall'essere costituito da una democrazia caratterizzata dalla presenza e dalla garanzia dei diritti fondamentali in generale. Qui i diritti fondamentali eserciterebbero una funzione profilattica contro una concezione della sovranità popolare intesa come *potestas legibus soluta* attraverso la rappresentanza esercitata dal legislativo. Tuttavia, questa concezione affronta direttamente la stessa concezione più usuale di democrazia che si è definita, in tempi moderni, dopo il verificarsi della Rivoluzione Francese, che ebbe come principale scopo quello di porre fine alla concezione della monarchia come dotata di potestà assoluta. Il costituzionalista portoghese Reis Novais[419] considera come punto di partenza ciò che ritiene essere il luogo di convergenza di tre elementi essenziali che sono la sicurezza giuridica, risultante dalla protezione dei diritti fondamentali, l'obbligo sociale di configurazione della società da parte dello Stato e l'autodeterminazione democratica come definizione del significato dei contemporanei Stati costituzionali di Diritto; tuttavia, afferma che in tale modello di Stato la volontà popolare democraticamente espressa non è elevata a condizione di fonte incondizionata e potere assoluto nell'esatta misura in cui il principio della dignità della persona umana e l'autonomia individuale funzionano come limiti

[413] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 10.
[414] Idem, pp. 10-11.
[415] IDEM, P. 11.
[416] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*, ibidem.
[417] Come è la denominazione espressamente adottata dalla vigente Costituzione della Repubblica Portoghese del 1976 nel suo articolo 2º.
[418] Così dispone il capoverso dell'articolo 1º, della Costituzione della Repubblica federale del Brasile del 1988.
[419] NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Separata dal volume XXIX del Supplemento al Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 224.

originari del suo potere.[420] In un'opera più recente[421], il costituzionalista lusitano affronta le relazioni tra Stato di Diritto e democrazia a partire dall'idea che questo si caratterizza per essere oggi un modello di Stato vincolato all'osservanza di un schema materiale di valori tra i quali si distinguono il principio della dignità della persona umana[422] e i diritti fondamentali e, considerando questi come garanzie giuridico-costituzionali dotate di supremazia gerarchica (tanto formale quanto materiale), spiega l'esistenza di due correnti di pensiero che sono, la tesi dell'integrazione e, dall'altra parte, la tesi dell'opposizione potenziale. Nella concezione di Novais, l'idea a cui espressamente aderiamo nel presente lavoro, si colloca all'interno di quelle tesi che sostengono l'integrazione tra democrazia e diritti fondamentali[423] caratterizzandosi come democrazia costituzionale quella costituita dal principio di maggioranza come dimensione formale-procedimentale e dai diritti fondamentali e principi costituzionali come dimensione sostanziale.

In sintesi, ciò che si afferma, a partire dalla idea della cosiddetta democrazia costituzionale, è che autonomia, autogoverno o autodeterminazione della società, attraverso le regole della maggioranza che permettono che la legge esprima la volontà della società, in assoluto possono rappresentare la possibilità illimitata che la legge, se osservate le formalità procedimentali vigenti, si volti contro i diritti fondamentali per la semplice ragione che, essendo la legge il risultato dell'esercizio di un atto democratico, anche la costituzione lo è, sebbene a livello gerarchico superiore. Questa è la base a fondamento delle nozioni di Stato di Diritto democratico[424], Stato sociale e democratico di Diritto[425], o Stato democratico di Diritto[426], espressioni che possono esse prese come sinonimi e riconducibili alla formula di

---

[420] Idem, p. 226. Ciò che si afferma qui, con il ricorso ad altra terminologia, è che i diritti fondamentali costituiscono la democrazia, sia permettendo al potere Statale di qualificare la società attraverso i diritti sociali di prestazione al cui adempimento è vincolato, quanto limitando l'agire statale dinanzi ai diritti fondamentali di difesa, contro il potere dello Stato e, di conseguenza, relativizzando la portata della legge, al di là delle altre manifestazioni del potere statale, anche quale espressione della volontà della maggioranza rappresentata nei parlamenti, al condizionare la sua validità al rispettivo adeguamento formale e materiale alla norma costituzionale.

[421] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de direito democrático*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 17-36.

[422] Art. 1º, III, Costituzione della Repubblica Federale del Brasile: "Art. 1º La Repubblica Federale del Brasile, formata dall'unione indissolubile degli Stati, dei Municipi e del Distretto Federale , si costituisce in Stato Democratico di Diritto e ha come fondamento: III – la dignità della persona umana".

[423] La corrente di pensiero che difende l'integrazione o l'assimilazione dei diritti fondamentali alla nozione contemporanea di democrazia (costituzionale, aggiungiamo, poichè caratterizzata dalle norme costituzionali), nel senso di aggiustare e risolvere il conflitto potenziale tra tali poli che sarebbero così reciprocamente condizionati converge verso la nozione di *democrazia deliberativa* (secondo la quale il regime democratico non si riassume nel principio di maggioranza ma trova nei diritti fondamentali la sua condizione di esistenza); la nozione di *democrazia costituzionale* (che rivendica l'esistenza di una dimensione materiale fondata sui diritti fondamentali, accanto e con ugual peso di una dimensione formale-procedimentale fondata sul principio della maggioranza); e, la concezione difesa da Habermas dell'esistenza di una connessione interna e di una forza di attrazione reciproca tra Stato di Diritto e democrazia, o, in altre parole, tra libertà personale e libertà politica (secondo HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

[424] Secondo quanto espresso dalla Costituzione della Repubblica Federale Portoghese, articolo 2º.

[425] Secondo quanto adottato dalla Legge Fondamentale di Bonn, articolo20, nº 1, e dalla Costituzione Spagnola, articolo 1º, nº 1.

[426] Definizione ufficiale espressamente adottata dalla Costituzione Della Repubbblica Federale del Brasile, articolo 1º, *capoverso*.

Stato costituzionale di Diritto[427] che è caratterizzata dall'avere nella costituzione l'asse centrale intorno al quale tutto gira, in opposizione al modello anteriore che ha caratterizzato il positivismo nella sua fase iniziale, al quale Ferrajoli dà il nome di Stato legislativo[428] o paleogiuspositivismo[429], nel quale la legge era la misura di tutte le cose e nel quale effettivamente i diritti fondamentali sino ad allora consacrati (libertà civili e politiche) potevano soltanto essere considerati pre-condizioni per lo svolgimento del gioco democratico.

Del periodo anteriore alla nascita del positivismo giuridico, subito dopo l'avvento della Rivoluzione Francese, già ci siamo occupati quando abbiamo esaminato, nel presente lavoro, l'idea di legge nell'antichità con particolare rilievo per la produzione giurisprudenziale e dottrinaria del diritto e della concezione della legge come qualcosa di sacro e divino. L'interesse invece ora si sofferma, a fronte del tema che si sta sviluppando, nell'affrontare le conseguenze dell'unificazione delle fonti del diritto nell'attività statale del legislatore e il significato e la portata del derivante principio di legalità. Lo Stato moderno sorge, come afferma Ferrajoli, sotto forma di Stato legislativo in quanto l'universo giuridico pone al centro la legge.[430] Il monopolio statale della produzione del diritto opera un mutamento di paradigma relativamente alle condizioni di esistenza e validità del diritto, essendo imperativo affermare che la forma supera il contenuto, affermandosi il principio convenzionale coniato da Hobbes *auctoritas non veritas facit legem* e utilizzato da Ferrajoli[431] par evidenziare la contrapposizione con il principio etico-cognitivo vigente nel periodo di produzione giurisprudenziale, consuetudinaria e dottrinale del Diritto precedente alla Rivoluzione Francese. Prima del 1789, nella fase pre-moderna del Diritto, la sua formazione era dottrinaria e giurisprudenziale e indipendentemente dalla forma, dipendeva dalla sua intrinseca ragionevolezza, dalla giustizia dei suoi contenuti – e qui sarebbe lecito affermare che *veritas facit legem* – in una evidente concezione metafisica del Diretto che cercava e trovava la giustificazione della sua validità nell'adeguamento dei suoi contenuti a quello che si considerava giusto – in sostanza, una concezione influenzata dalla religione. Il Diritto che derivava dalla ragionevolezza e dalla giustizia delle decisioni giudiziali e degli apporti dottrinari nel periodo pre-moderno, elementi attinenti solo al contenuto delle sue proposizioni, si trasformava, già allora nel suo primo momento di modernità, in qualcosa che dipendeva solo ed esclusivamente dal modo in cui era stato prodotto perché fosse considerato valido. Ciò che muta, afferma con lucidità Luigi Ferrajoli, é la norma di riconoscimento e il titolo che legittima chi pone il Diritto; non più l'autorità di dottori, non più la verità, non più la sostanza, ossia, la intrinseca giustizia, ma l'autorità della fonte di produzione (il legislatore), la legalità, la forma convenzionalmente pre-stabilita come l'unica riconosciuta: la legge.[432]

La giurisdizione smette di essere modo di produzione del Diritto, il giudice non pone più Diritto, ma passa ad essere subordinato alla legge ed al principio di legalità come

---

[427] Espressione generica utilizzata da Luigi Ferrajoli in numerosi scritti, in particolare in *Principia iuris*.
[428] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*.
[429] FERRAJOLI, Luigi. *Lo Stato di Diritto fra passato e futuro*, in COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (a cura di) *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, pp. 349-386.
[430] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 30.
[431] Idem, p. 31.
[432] Ibidem.

unica fonte di legittimazione degli atti giurisdizionali.[433] Ugualmente si trasforma la funzione della scienza giuridica che, nel periodo anteriore al positivismo, svolgeva un ruolo nella stessa produzione e creazione del Diritto, unitamente alle decisioni giudiziali; il Diritto era ciò che risultava recepito dal Diritto Romano, rielaborato dalla dottrina in congiunto con le tradizioni e i costumi peculiari di ciascun popolo. A partire dall'affermazione del principio di legalità la scienza giuridica ha terminato il proprio compito essenzialmente normativo e si è trasformata in disciplina cognitiva e esplicativa, fondandosi su un oggetto che gli è dato dal legislatore.[434] Un ultimo importantissimo cambiamento si è verificato relativamente alla separazione tra scienza giuridica – la cui autonomizzazione è stata una delle più acute conseguenze del principio di legalità e del nuovo modo di produzione del Diritto – e filosofia politica, dando luogo alla scientificizzazione del Diritto attraverso la via della autoreferenzialità epistemologica, il che emerge nella concezione secondo la quale i limiti e vincoli del diritto si configurano come giusnaturalistici e, come tali, metagiuridici, potendo al massimo avere riguardo per i criteri politici (esterni al Diritto), in ordine alla giustizia o ingiustizia del contenuto di una norma giuridica ma, non essendo più suscettibile di essere considerato come un problema giuridico, e dunque non potendo più intervenire nell'ambito del dover essere del Diritto che si rivela così totalmente svincolato da tali parametri.[435]

Il Diritto così concepito acquisisce carattere metafisico, poichè la sua autoreferenzialità impedisce e rende inattuabile l'analisi del contenuto delle sue proposizioni, bastando che una maggioranza legislativa occasionale segua i procedimenti stabiliti e elabori la norma perché, una volta rispettato il requisito strettamente formale, si abbia quest'ultima come valida e applicabile. In effetti questo è il problema, così riteniamo, che ha permesso le innominabili vicende delle esperienze fasciste e naziste del secolo XX. Da qui rendendosi necessario individuare dei limiti e dei vincoli internamente al fenomeno giuridico, attribuendo alle costituzioni, dopo il secondo dopoguerra, la capacità di esercitare tale funzione a partire dal contenuto dei loro principi, in particolare i diritti fondamentali, come sostiene Luigi Ferrajoli. Ma, si osservi, qui non vi è un indebito regresso al giusnaturalismo che caratterizzava la fase pre-moderna del diritto. Stiamo ora parlando di un positivismo di livello costituzionale attraverso cui è possibile muovere critica al sistema giuridico formulandola al suo stesso interno.

La nascita di ciò che si chiama Stato costituzionale di diritto ha prodotto nuovi cambiamenti di paradigma nel Diritto.[436] Così come il primo cambiamento di paradigma dello Stato (e del Diritto) pre-moderno si è espresso nella affermazione del principio di legalità, il secondo cambiamento, caratterizzato dal passaggio dallo Stato legislativo (positivismo formale) allo Stato costituzionale di diritto, si afferma nel principio di costituzionalità. Il parametro di razionalità e di giustizia del Diritto non si ricerca più nella filosofia politica giusnaturalista nè si soddisfa con meri criteri formali, ma si va a cercare nelle norme costituzionali con sostanza e contenuto. Si tratta di un modello in cui la legge si sottopone ad una rigida osservanza tanto dei criteri formali che dei criteri materiali, stabiliti nelle

[433] Ibidem.
[434] FERRAJOLI, Luigi. *Principia, iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 31.
[435] Idem, p. 32.
[436] Ibidem.

costituzioni. Le costituzioni di terza generazione producono, a loro volta, quattro cambiamenti nell'ambito della produzione del Diritto. Nell'ambito della natura e della struttura del Diritto, in modo che nelle costituzioni siano presenti norme che, previamente alla elaborazione della legge, definiscano le scelte di contenuto che devono essere necessariamente osservate dal legislatore, a pena di incostituzionalità. Questo cambiamento riguarda la norma di riconoscimento che, nell'ambito di un sistema giuridico dotato di costituzione rigida e con le caratteristiche di quella di terza generazione, acquisisce maggiore complessità rispetto al solo criterio di validità formale. Considerazione espressa, chiara e inequivoca:

> Precisamente, mentre la norma di riconoscimento del vigore resta il vecchio principio di legalità, che riguarda unicamente la forma della produzione normativa e che ho perciò chiamato principio di legalità formale o di mera legalità, la norma di riconoscimento della validità diventa più complessa, essendo integrata da quello che ho chiamato principio di legalità sostanziale o di stretta legalità dato che vincola anche la sostanza, cioè i significati dalla costituzione.[437]

Nello scenario brasiliano, il costituzionalista Paulo Bonavides[438] affronta il problema dell'influenza dei diritti fondamentali sulla concezione di Stato e della democrazia in vigore, tracciando un interessante profilo. Afferma l'eminente costituzionalista che, con il superamento del positivismo (paleogiuspositivismo, positivismo formale o positivismo legalista) da parte della teoria materiale della costituzione, il centro di interesse nel Diritto Costituzionale – che fino ad allora si situava nella questione della separazione dei poteri e della distribuzione delle competenze poichè è stata questa la forma giuridica con cui lo Stato Liberale aveva risolto il problema della limitazione del potere e della definizione chiara e precisa della strutturazione dell'unificazione delle fonti di produzione del Diritto – si è spostato ora verso i diritti fondamentali che sono stati affiancati dai diritti sociali di prestazione, dando luogo alla nascita dello Stato sociale.[439] Mentre nella costituzione la tripartizione dei poteri e la rispettiva organizzazione e norme di procedimento sono l'immagine dello Stato, i diritti fondamentali compongono l'immagine della società.[440] La dimensione oggettiva dei diritti fondamentali (riferita al diritto positivo oggettivamente considerato), considerato che le costituzioni sono scritte, rigide e dotate di lunghe carte di diritti di tutte le generazioni, attribuisce alle costituzioni stesse qualità di norma giuridica e, come tale, normativamente costitutiva delle realtà giuridiche di cui si occupa, tra cui la democrazia. Se, come afferma Bonavides, e come giustamente ci sembra, uno dei tratti distintivi del positivismo giuridico é la riduzione della costituzione alla condizione di una legge tecnica di organizzazione del potere e esteriorizzazione formale dei diritti che limitano quel potere il che finisce per conferire al legislatore ordinario un potere illimitato per disporre sul Diritto[441], nell'ambito dello Stato costituzionale di diritto dotato delle caratteristiche già menzionate, l'azione del legislatore è giuridicamente condizionata dai limiti e vincoli tanto formali quanto sostanziali definiti dalla norma costituzionale.

---

[437] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 33.
[438] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª edição, 2012, São Paulo: Malheiros Editores.
[439] Idem, p. 620.
[440] Idem, p. 621.
[441] Idem, p. 178.

A livello di applicazione giurisdizionale del Diritto, la giurisdizione si sottopone alla legge soltanto se costituzionalmente conforme. La possibilità che esistano norme subcostituzionali invalide poiché dotate di contenuto incompatibile con il contenuto della norma costituzionale rende possibile l'esistenza di norme che si sottopongono al giudizio critico del giudicante al momento della loro applicazione, venendo così meno la condizione di soggezione acritica e incondizionata alla legge. L'interpretazione e applicazione della legge da parte del Giudice è sempre anche un giudizio che si svolge intorno alla validità formale, ed in particolare alla validità sostanziale della legge in contrasto con i contenuti della costituzione.[442] La critica al sistema giuridico che nello Stato legislativo poteva essere avanzata solo al di fuori del sistema, e solo dal legislatore, è stata resa possibile nel nuovo Stato anche all'interno del sistema stesso e sulla base di parametri essenzialmente giuridici.

A livello di scienza giuridica, che smette di aver un compito meramente descrittivo, come aveva nel positivismo formale dello Stato legislativo, e acquisisce una funzione critica e progettuale del sistema giuridico, avendo così la scienza del Diritto assunto un ruolo importante, nella proiezione dell'insieme di norme considerate quali strumenti di costruzione di soluzioni giuste, sulla base di parametri dal contenuto costituzionalmente definito.

Infine, cambiamenti peculiari si hanno anche in ordine alla struttura e alla teoria della democrazia che non è più solo oggetto della politica, ma diviene una vera e propria categoria giuridica.[443] Si osserva infatti che la democrazia quale categoria giuridica, è essendo costituita sulla base della Costituzione, nella quale i diritti fondamentali svolgono un compito essenziale, e non più solo delle mere pre-condizioni perché il gioco democratico inizi e si sviluppi. L'avvento delle costituzioni di terza generazione modifica i vincoli tra scienza giuridica e filosofia politica e, di conseguenza, lo statuto epistemologico della teoria della democrazia poiché i limiti al potere dello Stato non sono più formulati solo sulla base di questa, ma divengono espressione di norme contenute nelle costituzioni. I limiti e i vincoli del potere dello Stato divengono così categorie giuridiche, di ambito costituzionale perchè positivamente espresse e, come tali, fanno sì che debbano essere necessariamente considerate nella formulazione del concetto di democrazia. È ovvio che la filosofia politica mantiene il suo spazio epistemologico esterno all'universo giuridico, così come la sua autonomia. Entrambe, filosofia politica e teoria giuridica del costituzionalismo si occupano della riflessione critica relativa alla separazione tra *essere* e *dover essere del diritto* e nella progettazione di tecniche, istituti e istituzioni di garanzia delle disposizioni costituzionali idonee a rimuovere le lacune e le antinomie nelle quali tale separazione si manifesta.[444]

[442] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 34.
[443] Idem, p. 33.
[444] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 35.

4.4.3 La concezione quadridimensionale della democrazia costituzionale

La concezione quadridimensionale della democrazia normativizzata dalla costituzione (democrazia costituzionale) in un primo momento è concepita in due prospettive che sono la democrazia formale e la democrazia sostanziale. Ciascuna di queste dimensioni, a sua volta, si suddivide in due. La dimensione formale della democrazia è composta dalla *democrazia politica*, riferita all'insieme di norme costituzionali di natura formale (procedimentale) che definiscono tanto *chi* è autorizzato a prendere decisioni politiche valide, quanto *come* tali decisioni devono essere prese perché siano considerate valide. Compone inoltre la dimensione formale la *democrazia civile*, lo spazio di autonomia della volontà delimitato dal diritto privato, così inteso l'insieme di norme che definiscono tanto *chi* in quali circostanze può e la forma *come* devono essere prese le decisioni relative alla vita privata dell'individuo affinchè producano effetti giuridici validi. La dimensione sostanziale (di contenuto della democrazia), a sua volta, è suscettibile di suddivisione in *democrazia* (con contenuto) *liberale*, istituita dall'insieme di diritti di libertà da un lato e, dall'altro, *democrazia* (con contenuto) *sociale*, costituita dall'insieme dei diritti sociali di prestazione, entrambe delimitanti la sfera del decidibile e la sfera del non decidibile o del non decidibile di no.[445] In tal modo, la *democrazia formale* è costituita dalla *democrazia politica* e dalla *democrazia civile*, mentre la *democrazia sostanziale* è costituita dalla *democrazia liberale* e dalla *democrazia sociale*.

Posta la premessa secondo cui, oggi, la costituzione rappresenta tanto lo Stato quanto il Diritto e , di conseguenza, definisce giuridicamente ciò che è democrazia, appare opportuno analizzare come si presenta, genericamente, questa democrazia costituzionale.

Essendo la democrazia un insieme di norme relative all'esercizio del potere, ancorchè sia possibile l'esistenza del Diritto senza democrazia, non esiste democrazia senza Diritto, poichè le regole che definiscono cosa sia democrazia sono regole giuridiche di ordine costituzionale. Solo una concezione positivista formale e totalmente acritica del Diritto può concepire l'idea per cui ogni Stato è Stato di Diritto, poichè la nozione contemporanea di Stato di Diritto presuppone e ed esige *la democrazia come conseguenza imposta per il riconoscimento del principio di uguale dignità di tutte le persone che sta alla base dell'edificio del moderno Stato di Diritto*.[446] Le condizioni giuridiche della democrazia, pertanto, sono stabilite da norme giuridiche positivizzate nella costituzione, le quali sono riferite alla produzione di norme, sia per ciò che concerne l'aspetto materiale sia per ciò che concerne quello formale, poiché inizialmente si deve suddividere il concetto di democrazia in formale e sostanziale.[447] Le norme formali sulla produzione di norme, come è noto, riguardano *chi* è autorizzato a produrre norme e *come* si deve procedere affinchè le decisioni (secondo tale criterio) validamente prodotte siano idonee a garantire che tali norme siano espressione diretta o indiretta delle scelte dei propri destinatari, e possano produrre effetti

[445] Questa, in estrema sintesi, è la formulazione della democrazia quadridimensionale elaborata e presentata da Luigi Ferrajoli nell'opera *Principia iuris, teoria del diritto e della democrazia*, già tante volte qui richiamata.
[446] NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 19.
[447] In accordo con quanto sostenuto da FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 13.

giuridici validi.[448] Così dunque, le norme sostanziali riguardo la produzione di norme riguardano *il che*, o, detto altrimenti, il contenuto delle decisioni, affinchè quest'ultime, (secondo tale criterio) validamente prodotte, siano idonee a garantire, a pena di invalidità, il rispetto dei limiti e dei vincoli fondamentali, stabiliti nei diritti fondamentali posti a favore di tutti.[449] La contrarietà alle norme formali e, ugualmente, la contrarietà alle norme sostanziali relative alla produzione del Diritto, comportano, nell'ambito dello Stato costituzionale di diritto, l'incostituzionalità. Esiste, pertanto, un chiaro ed evidente nesso tra democrazia e diritto[450], poichè i diritti fondamentali non appartengono alla maggioranza (e sono indisponibili per la maggioranza legislativa), ma sono propri di tutti e ciascun individuo che fa parte del popolo.[451] La comprensione del nesso strutturale tra diritti fondamentali e democrazia presuppone l'analisi delle tre tipologie di diritti elaborata da Ferrajoli[452] che consta di: 1) loro quadripartizione in diritti umani, diritti pubblici, diritti civili e diritti politici che deriva dall'incrocio tra la distinzione tra diritti primari e diritti secondari e la distinzione tra diritti della persona e diritti del cittadino; 2) la loro quadripartizione tra diritto sociali, *libertà di*, *libertà per*, e diritti secondari di autonomia derivante dall'applicazione ai diritti fondamentali della distinzione dei diritti soggettivi in diritti positivi, diritti di immunità, diritti facoltativi e diritti potestativi; 3) la loro quadripartizione in diritti politici, diritti civili, diritti di libertà e diritti sociali, che deriva dalla quadripartizione originata dalla scomposizione dei diritti secondari di autonomia in diritti civili, diritti politici e dall'unione nelle libertà *di* e *per* in un'unica categoria di diritti di libertà.[453]

La prima delle distinzioni, detta soggettiva[454], si lega ai diversi status del titolare (soggetto) dei diritti fondamentali: la personalità, la cittadinanza e la capacità di agire. La seconda, detta oggettiva[455], è legata alla stessa struttura dei diritti in sè considerati, ossia, alla sua caratterizzazione come diritto (ad una prestazione) positivo sociale, o di diritto (ad una omissione) individuale negativo (che si suddividono in libertà *di* e potestà *di*). La terza distinzione si ottiene con la dimostrazione che i diritti primari sono la somma dei diritti sociali e dei diritti di libertà, così come i diritti secondari (o di autonomia) sono la somma dei diritti civili e dei diritti politici.[456] Secondo quanto insegna Ferrajoli, la separazione dei diritti in primari e secondari è insuperabile poichè connessa alla capacità di agire richiesta per l'esercizio dei poteri necessari relativi ai diritti secondari. Mentre i *diritti primari* sono quelli che designano interessi o necessità, ossia quelli umani o pubblici, di libertà o sociali – come ad esempio, il diritto alla vita, all'integrità personale, alla libertà, alla salute, all'educazione, all'ambiente salutare, etc..-, invece i *diritti secondari* o di autonomia, siano civili o politici, consistono in diritti-poteri e designano il mezzo di autodeterminazione al quale è affidato, in un sistema democratico, il raggiungimento dei fini giuridici o economici. Così, i diritti

[448] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 13.
[449] Ibidem.
[450] Ibidem.
[451] Idem, p. 15.
[452] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, pp. 725-845.
[453] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, pp. 15-16.
[454] Ibidem.
[455] Ibidem.
[456] Ibidem.

secondari consistono in mezzi o strumenti per il conseguimento dei diritti primari. Per tale ragione, gli uni sono strumentali (o formali) e gli altri sono finali (o sostanziali) ovvero, in altre parole, gli uni sono diritti –mezzo (secondari) che sono riferiti al *come* delle decisioni, e gli altri sono diritti-fine (primari), da riferirsi a *il che*, delle decisioni, permettendo di verificare cosa è sottratto alla possibilità di essere deciso e cosa è imposto sia deciso dalla norma costituzionale.[457]

In tal modo, distinzione tra diritti primari e diritti secondari coincide, nell'ambito dello Stato costituzionale di diritto, con la concezione costituzionalmente normativizzata della democrazia, ossia, la democrazia costituita da una dimensione formale, con fondamento nei diritti secondari, e la democrazia costituita da una dimensione sostanziale, fondata sui diritti primari. Le regole della democrazia formale disciplinano i mezzi e la forma delle decisioni, tanto pubbliche quanto private, consistendo nell'attribuzione di *diritti secondari o strumentali, o* di autonomia, attraverso norme formali che condizionino al loro valido esercizio l'innovazione (legislazione) o la trasformazione (autonomia privata) giuridica.[458] D'altro canto, le regole della democrazia sostanziale consistono in limiti e vincoli tanto alla autodeterminazione individuale (atti di autonomia privata) quanto all'azione pubblica (legislazione, amministrazione e giurisdizione) al fine di tutelare gli interessi e le necessità di tutti, consistendo nell'attribuzione di *diritti primari* che riflettono gli interessi o le necessità di tutti attraverso le norme sostanziali (giusfondamentali) che disciplinano l'esercizio dei poteri di autodeterminazione, in cui consistono i diritti secondari che, ove non fosse così, sarebbero assoluti.[459] Il primo insieme di norme, le procedimentali, che rappresentano la dimensione formale della democrazia, costituiscono le norme di riconoscimento tanto dei poteri legittimi, sia pubblici che privati, quanto delle decisioni formalmente valide. Il secondo insieme di regole, le sostanziali, che rappresentano la dimensione sostanziale della democrazia, costituiscono norme che esprimono la *ragione sociale* dello Stato costituzionale di diritto al quale sia le une che le altre sono subordinate. Le norme di riconoscimento fondano la dimensione nomodinamica del diritto, le norme che fanno parte della ragione sociale dello Stato costituzionale fondano la dimensione nomostatica della democrazia costituzionale.

La dimensione formale della democrazia, pertanto, è costituita sia dalla democrazia politica quanto dalla democrazia civile. La democrazia politica é data da norme costituzionali che configurano il carattere rappresentativo o il diritto della democrazia relativamente alla funzione legislativa del governo, oltre al suffragio universale, al principio di maggioranza e alle norme attinenti al processo legislativo. É la *forma politica* della dimensione formale della democrazia. La stretta osservanza di tali norme è sufficiente e necessaria per garantire il vigore e la validità formale delle decisioni politiche. La *forma civile* della dimensione formale della democrazia o democrazia civile é costituita dalle norme di diritto privato, in particolare di Diritto Civile che configurano possibilità di tutti e di ciascuno, una volta che sia dotato di capacità giuridica, di prendere decisioni valide relativamente alla propria vita privata. Qui, come nella democrazia politica nella dimensione

[457] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, pp. 16-17.
[458] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, p. 17.
[459] Ibidem.

formale, l'osservanza delle forme è sufficiente e necessaria per garantire l'esistenza e la validità formale delle decisioni private. Intimamente relazionata alla questione del potere a livello pubblico e alla capacità a livello privato, la concezione formale della democrazia è una tipica preoccupazione dello Stato Liberale, sorto immediatamente dopo la Rivoluzione Francese, nel quale l'unificazione delle fonti del Diritto a livello pubblico e la definizione di uno spazio di autonomia individuale a livello privato erano all'ordine del giorno e qualificavano il nuovo paradigma. Si tratta qui, con tutta evidenza, di una trasformazione del diritto, promossa dal paleogiuspositivismo attraverso il privilegiare l'aspetto formale del diritto, non casualmente associato alla pretesa dello Stato liberale di delimitare l'ambito di azione statale e lo spazio di libertà degli individui ove potessero liberamente esercitare l'autonomia della volontà attraverso lo strumento del contratto.[460] In una espressione, ciò che stava in gioco era la libertà. Le norme sulle quali si fonda la dimensione formale della democrazia sono norme ipotetiche, che prefigurano solo ipotesi di modalità di azione che, se si verificano come stabilito, produrranno determinati effetti giuridici sia in ambito politico nella forma di produzione legislativa che innova il mondo giuridico, sia nell'ambito privato in forma di atti che producono trasformazioni nella sfera privata del mondo giuridico.

D'altro canto, la dimensione sostanziale della democrazia è costituita tanto dalla dimensione liberale quanto dalla dimensione sociale, che corrispondono alle prime due generazioni di diritti fondamentali inseriti all'interno delle costituzioni. La *dimensione liberale* della democrazia è riferita ai diritti della dimensione di difesa delle autonomie dell'individuo dinanzi al potere dello Stato. In ambito brasiliano le norme costituzionali proprie della democrazia liberale, senza pregiudizio di altre sparse nel testo costituzionale, sono quelle contenute nell'articolo 5º della Costituzione Federale, che hanno ad oggetto i cosiddetti diritti e doveri individuali e collettivi. Nella Costituzione Italiana la dimensione liberale della democrazia risiede negli articoli da 2 a 34, con eccezione dell'articolo 32, e anche negli articoli dal 48 al 54. Tali norme, che si ritrovano nella prima parte di entrambe le Costituzioni citate, si qualificano come norma sostanziali, tetiche, sovraordinate sulla produzione di altre norme, disciplinando la sostanza delle norme subordinate che saranno

[460] ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. "l'organizzazione economica (ossia il modo di produrre e scambiare beni) dal canto suo, si lega strutturalmente, in larga misura (determinandola e fino, in un certo senso, identificandosi) con l'organizzazione sociale. Così, anche, l'evoluzione di questa si riflette nell'evoluzione del contratto, trasformando il suo ruolo e modificando il suo ambito di incidenza con il cambiamento della fisionomia delle relazioni sociali. *Su questa materia esiste, nella storia del pensiero giuridico istituzionale, un'applicazione esemplare, operata da una dottrina molto famosa: quella di Henry Summer Maine, studioso inglese del secolo passato, secondo il quale tutto il processo di sviluppo delle società umane può descriversi sinteticamente, come un processo di transizione dallo <<status>> al* contratto. Con questa formula – conosciuta semplicemente come *<<legge di Maine>> - si vuole esprimere l'idea che, mentre nelle società antiche le relazioni tra gli uomini –potrebbe dirsi il loro modo di stare in società - era determinato, in larga misura, dall'appartenza di ciascuno ad una certa comunità o categoria o ordine o gruppo (per esempio la famiglia) e per la posizione occupata nel rispettivo ambito, derivando così, pertanto, in modo meccanico e passivo, il suo* status*, al contrario, nella società moderna, si tende, ogni giorno di più, ad essere il frutto di una scelta libera degli stessi interessati, della loro iniziativa individuale e della loro volontà autonoma, che trova precisamente nel contratto il suo simbolo e il suo strumento di attuazione*" (op. cit., p. 26). Dalla vecchia qualificazione delle persone originaria della civiltà romana in *status familiae*, *status civitatis* e *status libertatis* che si è affermata nell'antichità e i cui requisiti sono rimasti inalterati con il recepimento del Diritto Romano durante l'Età Media, si è arrivati, nella modernità al contratto come strumento giuridico dell'esercizio della libertà nell'ambito della vita privata.

elaborate. La stretta osservanza di queste norme è sufficiente e necessaria per garantire la validità materiale delle norme subordinate prodotte dal Potere Legislativo, poiché si tratta di potere costituito e, come tale, subordinato alla Costituzione. La *dimensione sociale* della democrazia costituzionale, a sua volta, viene identificata con quella che convenzionalmente è definita seconda generazione dei diritti fondamentali, corrispondente alla dimensione dei diritti sociali di prestazione. Nella Costituzione Italiana tali norme si ritrovano negli articoli 32 e da 35 al 47. Nella Costituzione brasiliana, tali norme, denominate diritti sociali, sono stabilite dall'articolo 6 all'articolo 11. La produzione di norme giuridiche da parte del legislatore ordinario che produca una violazione alla *dimensione liberale* della democrazia sostanziale determina una incostituzionalità per azione. Nel diritto costituzionale brasiliano[461], per espressa previsione costituzionale già qui menzionata alcune volte, la mancanza di produzione di norme giuridiche da parte del legislatore ordinario che abbia come conseguenza l'impossibilità dell'esercizio di un diritto fondamentale di *dimensione sociale* della democrazia sostanziale comporta l'incostituzionalità per omissione. La dimensione sostanziale della democrazia costituzionale costituisce la porzione nomostatica del diritto vigente, la cui possibilità di modificazione non esiste per il potere costituente derivato, dinanzi alla previsione dell'articolo 60, § 4º, della Costituzione della Repubblica Federale del Brasile che sottrae al potere di riforma la deliberazione di proposta tendente ad abolire i diritti fondamentali. Ciò comporta affermare che la porzione nomostatica di diritto potrà soltanto essere modificata ad opera del potere costituente originario che, questo sì, può costituire tutta una realtà giuridica nuova istituendo un altro e nuovo Stato ove sarà in vigore un altro e nuovo Diritto.

Quanto sin qui riportato dunque offre un quadro della nota democrazia costituzionale quadrimensionale, composta da una dimensione formale, che si suddivide in democrazia politica e democrazia civile, e da una dimensione sostanziale, che si suddivide in democrazia liberale e democrazia sociale.

4.4.4 Ampliamento della sfera pubblica: sfera del non decidibile e sfera del non decidibile che non

Il secondo dopoguerra è stato caratterizzato dall'avvento delle costituzioni scritte, rigide, dotate di ampi cataloghi di diritti fondamentali che si affiancavano ai cosiddetti diritti di prima generazione. Si affacciavano infatti nel panorama costituzionale, i diritti sociali di prestazione, o di seconda generazione, caratterizzati in particolare dalla presenza di previsioni di istituti e istituzioni con funzioni finalizzate alla concretizzazione di tali diritti.

Le costituzioni così caratterizzate hanno prodotto nella struttura dello Stato e nella concezione del Diritto notevoli conseguenze che non possono in assoluto essere trascurate. Innanzitutto, deve essere osservata la trasformazione nella sfera pubblica che Luigi Ferrajoli

[461] Così come accade nel caso del diritto costituzionale boliviano, equadoregno e venezuelano che, secondo il modello brasiliano, prevedono espressamente nelle rispettive Costituzioni l'incostituzionalità per omissione.

denomina ampliamento della sfera dell'indecidibile[462] derivante dalla nascita e affermazione della seconda generazione di diritti fondamentali. Mentre nel periodo anteriore alla nascita dello Stato costituzionale di diritto, vigeva il paradigma dello Stato legislativo di diritto, la sfera pubblica, nell'ambito dell'*indecidibile* consisteva solo nei diritti fondamentali di prima generazione, della dimensione di difesa dell'individuo contro il potere dello Stato. Nell'ambito dello Stato costituzionale, l'affermazione degli elementi sopra riportati all'interno dei testi costituzionali ha prodotto un ampliamento della sfera pubblica. Accanto ai diritti fondamentali, che stabiliscono immunità in favore dell'individuo e generano verso lo Stato un dovere di non agire contro, si sono aggiunti i diritti sociali di prestazione, che corrispondono alle aspettative e alle necessità degli individui e che producono per lo Stato un dovere di agire, un obbligo di fare.[463]

Di conseguenza, laddove la sfera pubblica era composta solo di una classe di diritti fondamentali, si ebbe un chiaro ed evidente ampliamento della categoria dei diritti fondamentali.[464] La sfera pubblica dunque viene ad essere costituita dalla sfera dell'*indecidibile* e dalla sfera del *non decidibile che non*[465]: ossia nell'ambito dei diritti

---

[462] *Principia iuris*, op. cit. Si veda anche in lingua spagnola FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Segunda edición, 2010, Madrid: Editorial Trotta, in particolare pp. 77-109.

[463] VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. Quinta edizione, 2006, Bologna: CEDAM: "Accanto al concetto di libertà dallo stato si afferma quello di liberta nello stato con riferimento alla partecipazione attiva della persona alla attività politica. Mentre la libertà negativa tende a salvaguardare il profilo <<privato>> della persona, quella attiva garantisce quello <<pubblico>> e quindi l'inserimento dinamico nel contesto sociale e politico: partecipazione alle elezione, alla procedura referendaria, alle associazioni politiche e in particolare ai partiti. Infine, nel secolo ventesimo si afferma progressivamente una concezione della libertà positiva che comporta un ruolo attivo dello stato a favore della persona. La ragione è semplice: il precedente concetto di libertà dallo stato e nello stato era stato elaborato pensando a soggetti che partendo da una posizione di inferiorità prevalentemente politica e giuridica verso il potere statale domandavano il riconoscimento giuridico di posizioni di libertà nei confronti dello stato ma che erano già economicamente attivi e autosufficienti. L'affermarsi di ceti diversi dalla borghesia che acquistavano progressivamente, tramite l'espansione del diritto di associazione politica e del diritto di voto, un ruolo sempre più rilevante ma che si trovavano ai margini del potere economico conduceva a presentare allo stato una serie di pretese di intervento nel campo dell'assistenza, della previdenza, della sanità, della cultura. Si richiedevano in particolare interventi finanziari e servizi sociali. Di qui l'elaborazione della categoria dei diritti sociali, consistenti prevalentemente in pretese di prestazione da parte dello stato, e la formulazione del concetto di libertà positiva, nettamente distinta da quella consolidata di libertà negativa, che comunque non veniva cancellata" (op. cit., p. 267).

[464] SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, José Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012: "l'impatto della industrializzazione e i gravi problemi sociali e economici che l'hanno accompagnata, le dottrine socialiste e la constatazione che la consacrazione formale di libertà e uguaglianza non generava la garanzia del suo effettivo godimento, sono finiti, già durante il secolo XIX, generando ampi movimento rivendicatoti e il riconoscimento progressivo dei diritti, attribuendo allo Stato un comportamento attivo nella realizzazione della giustizia sociale. La nota distintiva di questi diritti è la loro dimensione positiva, laddove si occupo non più di evitare l'intervento dello Stato nella sfera delle libertà individuali, ma sì , nella lapidaria affermazione di Celso Lafer, di offrire un "diritto di partecipare al benessere sociale" (op. cit., p. 261).

[465] Anche nel caso italiano, in cui la Costituzione non contempla espressamente l'incostituzionalità per omissione, la dottrina registra nelle decisioni della Corte Costituzionale un modo di verificare e qualificare l'assenza di legge che ostacoli l'esercizio dei diritti sociali, anche se in alcuni casi non si tratti di diritti di matrice propriamente prestazionale, ma di libertà sociali. Tre situazioni sono riconosciute come un modo mitigato della Corte Costituzionale Italiana di sindacare la scelta del legislatore relativamente all'elaborazione della legge di attuazione di un diritto sociale. Il primo caso riguarda l'individualizzazione della Corte Costituzionale dei diritti sociali tutelabili come diritti soggettivi, ossia, rivendicabili giudizialmente, come è stato il caso del diritto alla

all'immunità e libertà di agire, si richiede che lo Stato non adotti decisioni (sfera dell'*indecidibile*) che violino lo spazio di autonomia individuale, mentre nell'ambito dei diritti sociali di prestazione si richiede dallo Stato che adotti decisioni (sfera del *non decidibile che non*) necessarie e sufficienti all'effettivizzazione di tali diritti. Gli atti compiuti a livello politico con fondamento in una norma formale, così come quello compiuti a livello privato[466],

---

libertà di scelta della propria attività lavorativa e della libertà di accesso al mercato del lavoro (nell'ambito del diritto del lavoro) e del diritto al consenso informato (nell'ambito del diritto alla salute). Il secondo caso è quello che viene espresso nella sentenza in cui la Corte costituzionale considera l'insufficienza della disciplina legislativa di un determinato diritto sociale e, anche rimettendo alla discrezionalità del legislatore, l'adozione di soluzioni più appropriate per garantire una piena implementazione, pronuncia sentenza monitoria che stimola un intervento riformatore. Questo è stato il caso dell'assistenza giudiziaria per gli indigenti, che nel caso di compenso insufficiente, la Corte ha stabilito che sia lo Stato a sostenere la differenza tra il valore fissato dalla legge e quello determinato dalla Corte Costituzionale. Il terzo tipo di caso riguarda l'esame della Corte sulla ragionevolezza della scelta del legislatore in merito ad una ipotesi di disciplina discriminatoria, per la quale sarebbero stati riconosciuti alcuni diritti di carattere economico a determinate categorie di soggetti e non sarebbero più stati riconosciuti ad altre, seppur entrambe considerate categorie in condizioni di uguaglianza. In questa ipotesi, una volta fondata sul giudizio la non ragionevolezza della scelta legislativa, e pertanto, la sua incostituzionalità per lesione del principio di uguaglianza, la Corte obbliga lo Stato a sostenere una spesa maggiore in conseguenza dell'ampliamento dell'elenco dei titolari del diritto in questione (Secondo CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*. Terza edizione, Torino: Giappichelli, 2011,pp. 490-491).

[466] I diritti fondamentali, nonostante idealizzati per la regolazione delle relazioni tra l'individuo e lo Stato, passarono notoriamente già dalla metà del secolo passato ad essere considerati adatti alla produzione di effetti nelle relazioni degli individui tra sè, nella cosiddetta efficacia privata o orizzontale dei diritti fondamentali. MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de Derechos Fundamentales.* Madrid: Editorial Dykinson, pp. 334-343, difende l'ideia, non condivisa dagli altri studiosi, secondo cui l'origine contrattuale dello Stato a partire da un patto di soggezione quando gli uomini vivevano ancora nello stato di natura, pertanto in situazione di uguaglianza non mediata dallo Stato che ancora non esisteva, si fonda nell'idea di creazione dello Stato e del Diritto per mediare le relazioni tra gli uomini e non tra costoro e lo Stato. Riguardo ciò l'autore conclude tenendo in considerazione il passaggio alla modernità e tra i documenti più significativamente rappresentativi di tale momento la Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America, del 4 luglio 1776 (la quale afferma espressamente: "Noi riteniamo che sono per se stesse evidenti queste verità: che tutti gli uomini sono creati eguali; che essi sono dal Creatore dotati di certi inalienabili diritti, che tra questi diritti sono la Vita, la Libertà, e il perseguimento della Felicità; che per garantire questi diritti sono istituiti tra gli uomini governi...") e la Dichiarazione francese del 1789 (il cui articolo secondo afferma: "Il fine di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo. Questi diritti sono la libertà, la proprietà, la sicurezza, e la resistenza all'oppressione".) inesistenza nell'origine storica dei diritti fondamentali che giustifichino la loro esclusione dall'ambito delle relazioni private (op. cit., pp. 334-335). In lingua portoghese nello scenario brasiliano, sono di particolare rilievo le monografie sul tema ad opera di SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 e por STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. Nell'ambito del diritto costituzionale portoghese sostiene la tesi dell'efficacia privata dei diritti fondamentali, tra gli altri, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, pp. 1150-1161; QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais (Teoria geral)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 227-280 e ANDRADE, Antonio Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 4ª edição, 2009, Coimbra: Almedina, pp. 252-256. Nel caso del diritto tedesco emerge la figura di Konrad Hesse, che ugualmente difende l'applicazione dei diritti fondamentali alle relazioni private: "la libertà umana è posta in pericolo non solo dallo Stato, ma anche da poteri non statali, che nell'attualità possono risultare maggiormente minacciosi rispetto alle sole minacce dello Stato. La libertà, tuttavia, non garantisce più efficacemente solo come libertà uniforme: poichè questa non deve essere soltanto una libertà dei potenti, manca di protezione anche verso i pregiudizi sociali. Tale compito è stato anticamente inteso solo come obiettivo del diritto positivo, in particolare del Diritto Civile, del Diritto Penale e del Diritto di procedura relativo. In epoca recente, la validità dei diritti fondamentali è stata estesa, in misura per certi versi ancora aperta, anche a questo ambito, nel quale secondo tale aspetto sia ammesso un dovere dello Stato per la protezione dei diritti fondamentali e, in relazione a ciò, un certo "effetto nei confronti di terzi" di diritti fondamentali." (HESSE, Konrad. *Elementos de*

fondati sulla stessa specie di norma ricadono nella *sfera del decidibile*, poiché colui che agisce è autorizzato a disporre liberamente in relazione al contenuto di tali atti, essendo vincolato solo a questioni di natura procedimentale. Gli atti che siano compiuti con fondamento nella norma sostanziale, dotata di contenuto, tanto a livello politico quanto a livello privato, ricadono nella *sfera del non decidibile o non decidibile che non*, poiché coloro che li pongono in essere non possono liberamente disporre della loro sostanza che è costituita dai diritti fondamentali.

La sfera dell'*indecidibile*, così come la *sfera del non decidibile che non*, che sottrae agli organi statali la disponibilità di decidere contro e di non decidere in favore dei diritti fondamentali, costituisce una zona immune alle forme giuridiche subcostituzionali, sia di legislazione ordinaria, sia di adozione di atti amministrativi o di atti giurisdizionali, in ragione del fatto che, essendo composta di diritti fondamentali fissati in norme con status costituzionale, non si ammette, come conseguenza del principio della supremazia gerarchica della costituzione, siano lesi nel loro contenuto materiale ad opera dell'azione dei poteri costituiti. Ciò comporta l'affermazione che una ampia sfera composta da diritti fondamentali di prima generazione, con funzione di difesa dell'individuo contro il potere dello Stato, a cui si sommano i diritti fondamentali di seconda generazione, di connotazione sociale, culturale ed economica con funzione di imposizione di funzioni agli organi statali e, ancora, quei diritti di terza, che in generale si caratterizzano per la titolarità collettiva o diffusa per la protezione ai beni considerati essenziali all'esistenza umana, è intangibile.

La sfera dell'indecidibile riguarda, nel classico Stato Liberale, quella zona libera dall'intervento statale in ragione dei diritti fondamentali di prima generazione che producono immunità in favore degli individuo, limitando il potere e la capacità dello Stato di compiere atti in grado di produrre effetti giuridici validi. Dinanzi ad una prima generazione di diritti fondamentali si crea per lo Stato un obbligo di non fare, uno dovere di non ledere. Con la nascita della seconda dimensione, che introduce nei confronti dello Stato un obbligo di fare, un dovere di agire, si amplia la sfera dell'indecidibile. In un primo momento, nello Stato liberale classico, la sfera del non decidibile era composta esclusivamente da diritti fondamentali di difesa. Con la nascita dei diritti sociali che caratterizzano lo Stato Sociale, si amplia l'ambito di azione dello Stato sottoposto alle imposizioni costituzionali, dunque non più solo di non agire in determinate situazioni ma anche di agire in tante altre. Nel primo caso, in conseguenza dei diritti di prima generazione, corrisponde nella sfera pubblica un non decidibile, ossia, i poteri costituiti devono astenersi dal decidere nuovamente ed in modo diverso quello che già è stato oggetto di decisione a livello costituzionale. In caso contrario, il legislatore incorrerà in incostituzionalità per azione nell'elaborazione di una norma ordinaria il cui contenuto sia contrario ad una norma costituzionale. Così, per esempio, se vi è a livello costituzionale la previsione normativa di un diritto fondamentale alla libertà di manifestazione, il legislatore non può proibire genericamente tutte e qualunque manifestazione. D'altro canto, in conseguenza dei diritti sociali di prestazione, essendo impossibile il rispettivo esercizio senza l'emanazione di leggi attuative, la sua mera previsione

---

Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 278).

a livello costituzionale produce nella prospettiva obiettiva il dovere di legiferare in modo che siano create le condizioni necessarie e sufficienti per la sua concretizzazione. In tal caso, al legislatore non spetta decidere di non intervenire poiché così facendo verrebbe meno alle prescrizioni costituzionali derivanti dalla mera previsione normativa dell'esistenza del diritto, incorrendo incorrerà in incostituzionalità per omissione. La Costituzione della Repubblica Federale del Brasile, come è noto, attualmente in vigore, prevede tanto il controllo di costituzionalità per azione quanto per omissione.[467] La sfera dell'indecidibile, pertanto, è composta dell'insieme di principi costituzionali, norme di natura tetiche che sono sottratte alla volontà della maggioranza del popolo rappresentata dalle maggioranze legislative , laddove riguardino ciò che è attribuito a ciascuno, e solo con la volontà di tutti e ciascuno potrà essere modificato.

4.4.5. Funzioni di governo e funzioni di garanzia

Tutto ciò che è stato fino ad ora analizzato impone una attualizzazione della teoria della separazione dei poteri. Le decisioni di governo, più propriamente la legge – tema del quale si tratta nel presente lavoro relativamente alla sua funzione di attribuire effettività ai diritti fondamentali -, ma anche le decisioni in ambito privato sono libere per ciò che riguarda il contenuto e solo condizionate relativamente alla forma quando abbiano a fondamento la norma ipotetica, procedimentale. Un organo statale, che abbia come compito di decidere in tali condizioni, starà esercitando funzione di governo, la cui legittimazione è la rappresentanza politica democraticamente stabilita. Si può affermare, dunque, che gli organi pubblici legittimati a tali attività – legislazione, amministrazione, attività ausiliarie di governo decentralizzate – fondano la propria investitura sul voto e l'elezione democratica.[468] Ugualmente i privati compiono funzioni di governo delle loro vite e patrimoni privati quando compiono atti che trovano fondamento in norme di diritto privato prive di contenuto, norme meramente formali, procedimentali, ipotetiche, in relazione alle quali il soggetto è solo obbligato a rispettare la forma, poiché stabiliscono la facoltà di agire e, agendo, producono determinati effetti validi che comporteranno modifiche della realtà nel mondo giuridico. Tali atti ricadono nella sfera del *decidibile*, per questo sono liberi nel contenuto che potrà essere deciso, in funzione di governo, per chi li compie.

---

[467] Il controllo di costituzionalità per azione è previsto nell'articolo 102. I, 'a': "Art. 102. E' compito del Supremo Tribunale Federale principalmente la salvaguardia della Costituzione, spettandogli: I – processare e giudicare, originariamente: a) l'azione diretta di incostituzionalità di legge o atto normativo federale o statale e l'azione dichiaratoria di incostituzionalità di legge o atto normativo federale;" Mentre il controllo di costituzionalità per omissione si ritrova nella previsione dell'articolo 103, § 2º: " Dichiarata l'incostituzionalità per omissione del provvedimento per rendere effettiva una norma costituzionale, sarà informato il Potere competente, affinchè adotti i provvedimenti necessari e, nel caso si tratti di organo amministrativo, per farlo entro trenta giorni." Nel medesimo senso l'articolo 5º, LXXI contempla la specifica forma di controllo dell'omissione incostituzionale per la protezione di diritto soggettivo individuale o collettivo nei seguenti termini: "LXXI – il mandato di ingiunzione verrà concesso tutte le volte che la mancanza di norme di regolamento rendano impraticabile l'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali e delle prerogative inerenti alla nazionalità, alla sovranità e alla cittadinanza."

[468] FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Segunda edición, 2010, Madrid: Trotta, p. 106.

D'altro canto, tanto gli organi pubblici quanto i cittadini privati, quando compiono atti fondati su norme tetiche, dotate di contenuto, norme, pertanto sostanziali, sono vincolati sia all'osservanza della forma quanto all'osservanza del contenuto, in ragione della indisponibilità del contenuto delle norme (principi costituzionali e diritti fondamentali) che sono il fondamento del loro agire. In tal caso, l'atto compiuto si inserisce nell'esercizio della funzione di garanzia. Garanzia di quello che è stabilito nel contenuto della norma. Ciò che legittima il compimento di tali atti è la rigorosa subordinazione alla norma (principio costituzionale o diritto fondamentale) su cui si fonda l'atto, ossia, l'atto deve necessariamente qualificarsi come garanzia dell'adempimento di quello che è stabilito dalla norma. L'adozione di tali atti ricade nella sfera del *non decidibile*, se la norma su cui sono fondati è un diritto fondamentale di prima generazione (libertà negative, immunità). Ricadrà nella sfera del *non decidibile che non* il compimento dell'atto fondato su un diritto fondamentale di seconda generazione (diritti a prestazioni positive), poiché questi richiedono una azione statale che li renda effettivi.

Restringendo la nostra analisi a ciò che è strettamente oggetto del presente lavoro, ossia , il ruolo della legge nell'effettività dei diritti fondamentali, è ragionevole concludere con Ferrajoli che la sfera del *decidibile* é la sfera della competenza delle funzioni politiche di governo, tra le quali si include l'attività legislativa legittimata democraticamente. Quando investiti di funzioni di governo, i poteri pubblici esercitano poteri di disposizione e sono costituzionalmente autorizzati a produrre innovazioni giuridiche.[469] D'altronde, la sfera del *non decidibile* riguarda le funzioni e istituzioni di garanzia, tra le quali sono incluse oltre alle funzioni e istituzioni giudiziarie, anche le istituzioni e funzioni amministrative di garanzia, legittimate per la sostanziale applicazione della costituzione. Quando si esercitano funzioni di garanzia, con poteri di cognizione del contenuto della norma costituzionale, gli organi pubblici, sono costretti a garantire l'attuazione concreta del contenuto delle norme costituzionali che sono alla base della loro azione. Come ha spiegato lo stesso Ferrajoli:

> Es sobre esta diversidad de sus fuentes de legitimación sobre la que se basa, desde mi punto de vista, la división de los poderes: deben estar separados y ser reciprocamente independientes los poderes que tienen fuentes de legitimación distintas. Así, la representación política, aunque legitima las funciones de gobierno – es decir, las atividades de innovacioón y transformación del derecho, siempre respetando la constitución -, no habilita para la interferencia em la esfera de lo indecidible: la política, en suma, y especificamente los gobiernos y las mayorías políticas, no pueden condicionar las funciones de garantía, como lo es tipicamente la judicial, cuya legitimación es contramayoritaria.[470]

Oltre alla classica separazione dei poteri in legislativo, esecutivo e giudiziario, la concezione quadridimensionale della democrazia costituzionale rivendica, come si è già in precedenza affermato, un'attualizzazione relativa alla separazione delle funzioni in *funzione di governo* e *funzione di garanzia,* alle quali possono corrispondere *istituzioni di governo e istituzioni di garanzia*. Alcune istituzioni possono compiere tanto *funzioni di governo,* quando i propri atti ricadano nella sfera del *decidibile,* quanto *funzioni di garanzia,* quando i loro atti

[469] FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, op. cit., p. 107.
[470] Ibidem.

ricadano nella sfera del *non decidibile* o *non decidibile che non*. É il caso del Potere Legislativo e del Potere Esecutivo, che ora esercitano la funzione di governo, ora esercitano la funzione di garanzia, a seconda che il fondamento dei loro atti sia una norma ipotetica o una norma tetica. Queste sono, pertanto, istituzioni di governo e allo stesso tempo istituzioni di garanzia. Non vi sono, dunque, istituzioni che, nell'ambito dello Stato costituzionale di Diritto, si caratterizzino esclusivamente come istituzioni di governo, in quanto esercitino solo funzioni di governo. D'altro canto vi sono istituzioni, ad esempio in Brasile è il caso del Potere Giudiziario[471], del Ministero Pubblico[472], della Difesa Pubblica[473], della Polizia Federale[474], della Polizia Civile[475] e della Polizia Militare[476], che soltanto esercitano *funzioni di garanzia*, qualificandosi, pertanto, come *istituizioni di garanzia*, facendo eccezione evidentemente gli atti di autogestione di tali istituzioni.

La sfera pubblica, pertanto, si compone di una parte di tutela degli interessi generali che si realizza attraverso l'esecuzione delle *funzioni di governo*, con osservanza del principio della maggioranza e, di un'altra, della garanzia dei diritti fondamentali, che si realizza attraverso le *funzioni di garanzia* di quello che è attribuito a tutti e a ciascuno e, come tale, non si sottomette al principio della maggioranza ma, al contrario, è per sua natura contromaggioritario.[477] Probabilmente qui può ravvisarsi la ragione per cui i membri del Potere Giudiziario, come anche del Ministero Pubblico e della Difesa Pubblica (dove questa istituzione esista), ad eccezione dei casi parzialmente verificabili negli Stati Uniti d'America, non siano scelti attraverso il voto, proprio alla luce della convinzione che la loro legittimazione debba essere espressione del carattere contromaggioritario della funzione di garanzia dei diritti fondamentali, da questi esercitata.

Si deve richiamare l'attenzione sulla circostanza che il principio della divisione del potere non solo è diverso, ma è anche opposto al principio della separazione dei poteri[478], risiedendo in quest'ultimo la norma di riconoscimento della democrazia costituzionale. Il fondamento della separazione dei poteri non è l'interdipendenza tra i diversi soggetti che lo esercitano, ma sì la reciproca indipendenza tra poteri fondati su fonti di legittimazione diversa. La separazione dei poteri può essere organica, così intesa la concezione secondo cui i titolari delle funzioni - legislativa, esecutiva e giudiziaria – in ragione delle quali si determina la separazione non possono essere le stesse persone, né possono costoro essere investiti o destituiti dei propri incarichi da parte di titolari di altre funzioni. La separazione potrà essere altresì funzionale, in modo da escludere che atti precettivi, attraverso i quali si esercita la funzione, possano essere compiuti da titolari di altra funzione.[479]

---

[471] Constituição da República Federativa do Brasil, art. 92 *usque* 126.
[472] Constituição da República Federativa do Brasil, art. 127, *caput*.
[473] Constituição da República Federativa do Brasil, art. 134, *caput*.
[474] Constituição da República Federativa do Brasil, art. 144, I.
[475] Constituição da República Federativa do Brasil, art. 144, IV.
[476] Constituição da República Federativa do Brasil, art. 144, V.
[477] FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, op. cit., p. 108.
[478] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoriza della democrazia*, p. 200.
[479] Ibidem.

Tenendo in considerazione il tema del presente lavoro, conviene affrontare più nitidamente l'attività svolta dal Potere Giudiziario, nell'ambito dello Stato Costituzionale di diritto, come istituzione di garanzia. Le istituzioni di garanzia, investite costituzionalmente di funzioni vincolate all'applicazione sostanziale della legge, e non soltanto alla mera applicazione formale e acritica della legge stessa, come accadeva nel caso dello Stato legislativo di diritto caratterizzato dal paleogiuspositivismo, sono, come nel caso della funzione giurisdizionale, incaricate della tutela dei diritti universali per natura, come sono i diritti fondamentali. Per questo, tali istituzioni devono decidere in modo indipendente e, nell'eventualità, anche contro la volontà espressa dalla maggioranza , sempre che lo facciano nel rigoroso rispetto di quanto determinato dalla norma costituzionale tetica.[480]

Questa rigida subordinazione alla legge, evidentemente, non è propria solo della giurisdizione, ma la caratterizza anche quale istituzione tipicamente di garanzia che, pertanto, esercita sempre una funzione di garanzia, in modo da agire nella sfera del non decidibile e del non decidibile che non. La funzione di garanzia di ciò che è stabilito a livello costituzionale è per eccellenza la giurisdizione che è la funzione di *dire diritto*, completamente vincolata all'accertamento della verità processuale come presupposto delle sue decisioni.[481] Inoltre, la funzione giurisdizionale è attribuita anche la capacità di decidere relativamente alla validità degli altri poteri, negando loro validità giuridica quando rappresenti una violazione della legge o della Costituzione.[482]

È chiaro che la realizzazione di quanto costituzionalmente stabilito, qualora ricorrano gli elementi logico-giuridici necessari e sufficienti ad una effettiva imposizione della supremazia gerarchica delle norme costituzionali, dipende anche in larga misura da

---

[480] FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. 2. Teoria della democrazia*, P. 206.

[481] Idem, pp. 203-204.

[482] In totale e assoluta contraddizione con tale concezione, vige ancora oggi in Brasile la Súmula nº 339, del 13 dicembre 1963, emanata quando ancora era in vigore la Costituzione del 1946. Questa Súmula, emanata dal Supremo Tribunale Federale che, nel contesto del diritto costituzionale brasiliano si comporta a volte come Corte Costituzionale nell'esercitare il controllo concentrato di costituzionalità, quanto come ultimo grado di giurisdizione e ancora come giudice di unica istanza per questioni di particolare natura (essendo pertanto, anche organo del Potere Giudiziario), colloca il principio della legalità formale in posizione gerarchica superiore rispetto al principio di uguaglianza, entrambi di eguale status costituzionale tanto nella vigenza della Costituzione del 1946, quanto nella vigenza dell'attuale Costituzione Federale del 1988. É vero che durante la vigenza della Costituzione Federale del 1946 non si ammetteva nell'ordine giuridico brasiliano, come oggi invece espressamente si ammette, l'esistenza dell'incostituzionalità per omissione. Tale Súmula, evidentemente, dovrebbe essere considerata non recepita dal nuovo ordine costituzionale brasiliano inaugurato il 5 ottobre 1988, per la semplice ragione che in questo vige l'incostituzionalità per omissione. Ora, quando una legge, per esempio, stabilisce un aumento remunerativo per una determinata categoria di dipendenti pubblici e trascura di includere tra i beneficiari un'altra categoria che, dinanzi al criterio stabilito dalla legge si pone in condizione di uguaglianza giuridica, questa si qualifica come parzialmente incostituzionale per omissione. Curiosamente, nel contesto della Costituzione italiana, nella quale non è prevista l'incostituzionalità per omissione, la Corte Costituzionale assume integralmente la sua funzione di organo incaricato di rendere effettiva la Costituzione e, esaminando la ragionevolezza delle scelte del legislatore in relazione a criteri discriminatori che riconoscono alcuni diritti di carattere economico a determinate categorie di soggetti e non le riconosce in favore di altre categorie che si trovino in condizioni di uguaglianza, una volta riscontrato nel giudizio la non ragionevolezza della scelta legislativa, e, pertanto, la sua incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza, obbliga lo Stato ad affrontare una spesa maggiore in ragione della determinazione dell'ampliamento dell'elenco dei titolari del diritto in questione (Conforme CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*. Terza edizione, Torino: Giappichelli, 2011, pp. 491).

quello che Konrad Hesse ha definito *volontà di costituzione* [483] per esprimere , con tale felice espressione, la concezione secondo la quale una Costituzione si compone di norme nelle quali sono contenute le esigenze della condotta umana, e non propriamente la condotta stessa. Queste norme resteranno lettera morta se il loro contenuto non sarà trasferito nella condotta umana. Soltanto quando, in conclusione, le condotte umane pretese nel contenuto delle norme costituzionali si compiranno, la Costituzione prenderà vita, formando e configurando una determinata realtà storica, compiendo così la sua missione di costituire giuridicamente la realtà.[484] La forza normativa della Costituzione è condizionata dalla volontà di ciascuno dei partecipanti alla vita costituzionale e dipende in buona sostanza dal comportamento degli attori umani, che considerino i suoi contenuti come obbligatori e dalla rispettiva determinazione alla realizzazione di tali contenuti anche contro la resistenza di chi pensi in senso contrario.[485] Interessante notare che il fenomeno giuridico si verifica sempre nel mezzo della tensione tra fatto e norma, nel senso che la pretesa della norma di regolare le condotte umane conta sempre sulla possibilità di incontrare ostacoli alla sua concretizzazione nella stessa volontà umana, che si qualifica come fatto o fattualità. Ora, quando si tratta di diritto costituzionale si opera in effetti con un ramo del diritto in cui la tensione tra fatto e norma è più intensa e profonda, dove la volontà di resistere al comando della norma ha più potere e capacità di sottrarsi agli imperativi normativi perché i contenuti della norma costituzionale hanno come destinatario (incaricato del suo compimento) organi pubblici che esercitano parte della sovranità statale. Proprio in tale ambito, l'efficacia normativa incontra una resistenza più intensa, specialmente nel mondo politico e in funzione di criteri politici.

Per concludere, sulla base della riflessione del costituzionalista tedesco che ha insegnato nella Università di Freiburg ed è stato giudice del Tribunale Costituzionale Federale tra il 1975 e il 1987, al Potere Giudiziario spetta un ruolo fondamentale nella concretizzazione della Costituzione, ritrovandosi nella norma costituzionale tutti gli strumenti necessari e sufficienti per la sua realizzazione. Ove non fosse presente la cultura democratica, repubblicana e costituzionalista, già non sarà possibile la concretizzazione della Costituzione, a dispetto di ciascuna pseudocultura giuridica di matrice formalista e legalista.

---

[483] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 47-49.
[484] HESSE, Konrad, op. cit., p.47.
[485] Idem, p. 49.

CAPITULO 5

5. Il ruolo del legislatore nella conformazione dei diritti fondamentali analizzato a livello giuridico-politico

Dopo aver svolto le diverse considerazioni relative all'ambito dello Stato costituzionale di Diritto, è opportuno passare ad analizzare nello specifico l'attività del legislatore relativamente agli interventi che compie, attraverso la legge, nell'ambito dei diritti fondamentali. L'analisi del tema relativo al ruolo del legislatore nella conformazione ai diritti fondamentali, considerando irrinunciabile l'esigenza di una legislazione di attuazione delle previsioni costituzionali che, di regola, si caratterizzano per la astrattezza, generalità e indefinitezza[486], esige innanzitutto un esame delle differenti possibilità di intervento legislativo, in considerazione delle conseguenze che possono derivare dalla condizione di sovra e subordinazione che caratterizza le relazioni tra la Costituzione – diritti fondamentali – e la legge.[487] Dal punto di vista di ciò che convenzionalmente si definisce prospettiva oggettiva[488], a causa del vincolo dei poteri costituiti – tra cui il Potere Legislativo – nei confronti della Costituzione deriva, come prima situazione da considerare individuiamo la produzione di *diritti a prestazioni in senso ampio*, tra cui innanzitutto il *diritto a prestazioni normative*.[489] Questa condizione trasforma quelli che erano i *diritti fondamentali a misura di legge* in *legge a misura dei diritti fondamentali*, dato che l'inesistenza di legge o l'esistenza di legge che in quale modo leda e violi i diritti fondamentali comporta l'incostituzionalità per azione. In tal senso dunque, esistendo un diritto fondamentale, il legislatore dovrà rigorosamente provvedere in ordine alla norma subcostituzionale che regoli l'esercizio del diritto stesso.

Non essendo politicamente libero, come si è già visto in occasione della teoria quadridimensionale della democrazia, non lo è ugualmente dal punto di vista dogmatico. Pertanto l'azione del legislatore in attuazione dei diritti fondamentali non si può considerare come decisione completamente libera. Il legislatore deve in ogni caso farlo e nel farlo, deve

---

[486] PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2010, nell'operare la distinzione tra principi e regole attribuisce ai primi, tra le altre, le caratteristiche di possedere un rilevante grado di generalità, astrattezza e indeterminatezza, poichè sono norme con *fattispecie* estremamente aperta o anche norme senza *fattispecie* (p. 52).

[487] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 158.

[488] La prospettiva oggettiva si riferisce agli effetti prodotti dai diritti fondamentali per la semplice esistenza della loro previsione in una norma costituzionale, non pensandodi e nè essendo necessario pensare all'esistenza di un soggetto, titolare di diritto soggettivo nell'esercizio di un diritto costituzionale. Uno degli effetti più significativi nella prospettiva oggettiva, nell'ambito dello Stato Costituzionale di Diritto è in effetti il dovere di legislare.

[489] FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 72-73.

attenersi alle peculiarità tanto strutturali quanto funzionali della norma giusfondamentale sulla quale incide la sua attuazione. In tale prospettiva, è importante a questo punto analizzare le modalità e l'intensità con cui il legislatore interviene nei diritti fondamentali attraverso la norma subcostituzionale.

Al fine di meglio comprendere il ruolo svolto dalla norma subcostituzionale nell'effettivizzazione dei diritti fondamentali, è importante iniziare analizzando le modalità riconosciute nell'ambito dello studio di diritto costituzionale come forme di intervento del legislatore.

Vale infine la pena ricordare che nello Stato costituzionale di Diritto, l'azione del legislatore che caratterizza l'intervento nell'ambito dei diritti fondamentali potrà (e dovrà) essere sempre subordinata al controllo di costituzionalità con le modalità che ciascun sistema giuridico specificamente stabilisce.

5.1 Leggi conformative e leggi restrittive

In tema di interventi legislativi, per ciò che concerne il modo in cui questi si verificano, è essenziale porre la premessa che si rinviene nel pensiero di Vieira de Andrade, il quale, sostenuto da Otto Bachof e Madison, afferma: *contrariamente a quanto si pensava anteriormente, il legislatore, oltre a continuare ad essere il rappresentante della volontà popolare, è anche un "nemico" (in molti casi, il principale nemico) delle libertà, che, per ciò, hanno bisogno di protezione contro di lui*. In virtù di tale considerazione, ossia la potenziale lesione derivante dall'azione delle eventuali maggioranze legislative sulla norma giusfondamentale, Vieira de Andrade sostiene che esistono due tipi di norma ordinaria a seconda della conseguenza della sua vigenza in relazione ai diritti fondamentali sia, da un lato, l'atto di conformazione o concretizzazione sia, dall'altro lato, l'imposizione di restrizioni astratte. In relazione al tema dell'intervento del legislatore nell'ambito dei diritti fondamentali, la formulazione teorica di Friedrich Müller[490], considerato ciò che egli definisce ambito di protezione[491] del diritto fondamentale, stabilisce una relazione di tipo determinante/determinato tra la norma costituzionale e la legge.

---

[490] Nella visione di Müller, in sintesi, si ha una differenza tra testo della norma, costituito dall'enunciato, e norma (propriamente detta); l'enunciato sarebbe solo il punto di partenza, mentre la norma sarebbe la formulazione concreta a cui si giunge alla fine dell'operazione logica di sussunzione al caso concreto (norma di decisione); la decisione dovrebbe essere compatibile con il testo della norma. L'enunciato non può essere considerato come una norma definita e immediatamente applicabile, poiché il suo significato acquisisce valore attraverso la concretizzazione. La norma da costruire è costituita da due elementi. Il primo, l'ambito della norma, ossia, la realtà fattuale o l'insieme di fatti che possono essere connessi alla norma in questione o, in altre parole, il settore della realtà della vita che è possibilmente trattato dalla norma. Il secondo, il programma della norma, così intesa il quadro ordinatorio della realtà concreta sussunta alla norma (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ª edição, 1997, Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, pp. 183-184).

[491] Secondo SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição, 2009, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p.

5.1.1 Leggi conformative

La modalità[492] dell'intervento del legislatore nel campo dei diritti fondamentali si rivela attraverso leggi con natura *concretizzatrice*, anche dette *leggi conformative*, che tanto esprimono, interpretano, chiariscono il contenuto dei diritti fondamentali, quanto li introducono e li collocano nell'universo giuridico, come il caso specifico di quei diritti fondamentali in cui predomina l'aspetto istituzionale. Si veda, in tal caso, l'esempio, nel contesto brasiliano, delle garanzie istituzionali contenute nell'articolo 5º, incisi XXII[493] e XXX[494] relative al diritto di proprietà e al diritto di successione. La norma concretizzatrice, nel Codice Civile Brasiliano[495], é quella che stabilisce dettagliatamente il contenuto, significato e portata sia del diritto di proprietà, quanto di una delle sue forme di acquisizione che è la successione. A livello costituzionale è presente solo la garanzia dell'esistenza di tali istituti di diritto privato nell'ordinamento giuridico brasiliano. Il Codice Civile, agli articoli da 1.228 a 1.368, contiene le norme ordinarie che definiscono il diritto di proprietà in Brasile, così come, relativamente al diritto di successione, la conformazione è data dalle norme degli articoli da 1.784 a 1.990 dello stesso Codice.

Le leggi conformative non fanno altro che chiarire, specificare, dettagliare espressamente i limiti di contenuto del diritto fondamentale, quando, data la loro astrattezza e ampiezza, le disposizioni costituzionali reclamino tale intervento. Inoltre, in relazione ai diritti fondamentali di natura istituzionale, come è il caso delle garanzie procedimentali, processuali e istituzionali, in cui la norma giusfondamentale costituisce istituto di diritto privato o istituto di diritto pubblico, c'è una innegabile necessità di intervento conformativo da parte del legislatore ordinario al fine di illustrare i contorni e il reale contenuto del diritto fondamentale. Tuttavia, relativamente alle garanzie procedimentali e processuali, la norma conformativa non potrà violare i profili normativi, già attribuiti al diritto fondamentale dalla norma costituzionale. Nel caso brasiliano, sono diritti fondamentali del tipo di garanzia processuale l'*habeas corpus* (regolato dal Codice di Procedura Penale, articoli 647 e seguenti), il *mandado de segurança individual* e *o mandado de segurança coletivo* (entrambi disciplinato dalla Legge nº 12.016, del 7 agosto 2009), il *mandado de injunção* (ancora non regolato da legge specifica; secondo la Legge nº 8.038, del 28 maggio 1990, all'articolo 24, paragrafo unico, si deve guardare, per quanto compatibili, le norme del *mandado de segurança*, poiché non emanata legislazione specifica), o *habeas data* (regolato dalla Legge nº 9.0507, del 12

387: "L'ambito di protezione di un diritto fondamentale, seconod una posizione corrente che, in termini generali, è possibile sostenere, ricomprende i diversi preupposti fattuali istituiti attraverso la rispettiva norma giuridica. In altre parole, si tratta del bene giuridico protetto, ossia, dell'oggetto tutelato, che non sempre si presenta di facile identificazione, in particolare in conseguenza delle indeterminazioni semantiche invariabilmente presenti nei testi normativi (disposizioni) che garantiscono diritti fondamentali, ma anche, tra le altre ragioni, in virtù della doppia dimensione oggettiva e soggettiva e della connessa multifunzionalità dei dei diritti fondamentali."

[492] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, reimpressão, 1998, pp. 224-233.

[493] Costituzione Federale, articolo 5°, XXII – è garantito il diritto di proprietà.

[494] Costituzione Federale, articolo 5°, XXX – è garantito il diritto di successione.

[495] Legge nº 10.406, del 10 gennaio 2002, in vigore dal 10 gennaio 2003, secondo quanto stabilito all'articolo 2.044.

novembre 1997) e l'azione popolare[496] (regolata dalla Legge nº 4.717, del 29 giugno 1965). In tali casi, gli enunciati delle norme costituzionali che istituiscono tali diritti fondamentali del tipo garanzia contengono elementi linguistici necessari e sufficienti alla delimitazione del contenuto del diritto, caso in cui la rispettiva norma disciplinante non potrà violare ciò che si può definire nucleo essenziale, a pena di incostituzionalità. L'articolo 5º, comma LXVIII della Costituzione Federale brasiliana ha introdotto l'*habeas corpus*, dicendo: si concederà l'*habeas corpus* ogniqualvolta qualcuno subisca o sia sottoposto a minaccia di subire violenza o restrizione della propria libertà di locomozione, per azione illegale o abuso di potere. I segni linguistici dell'enunciato permettono da subito di concludere che si tratta di un'azione costituzionale che protegge la libertà fisica delle persone contro la lesione o la minaccia di lesione posta in essere da una pubblica autorità. La norma subcostituzionale conformativa dell'*habeas corpus* non può, a pena di incostituzionalità per azione, ridurre ad esempio il suo ambito di garanzia, escludendo la minaccia di lesione e mantenendo solo la lesione che effettivamente si sia concretizzata. Altrettanto accade con ciascuno degli istituti sopra elencati e il fondamento è il medesimo, ossia, l'enunciato costituzionale che istutisce il diritto è dotato di segni linguistici necessari e sufficienti a delimitare, da subito, il contenuto e l'ambito di protezione del rispettivo diritto fondamentale.

5.1.2 Leggi restrittive

Può inoltre accadere, per ciò che concerne le modalità di intervento del legislatore nell'ambito dei diritti fondamentali, che questo derivi dalla elaborazione di *leggi restrittive*, le cui disposizioni ineriscono il contenuto del diritto fondamentale. In questo caso, trattandosi di *leggi restrittive*, si è davanti alla necessità di verificare l'autorizzazione costituzionale per questo e in che estensione e con quale teleologia la norma costituzionale autorizza un intervento legislativo restrittivo. Si pone qui, evidentemente, una questione relativa alla gerarchia delle norme, sempre complessa e di difficile individuazione quando abbia ad oggetto diritti fondamentli, secondo quanto si ravvisa nell'opera dell'i mportante costituzionalista portoghese.[497] Nel contesto brasiliano, esemplificativo è il caso di considerare il diritto fondamentale noto come libertà di lavoro, ufficio o professione[498], il cui enunciato costituzionale dice: *é libero l'esercizio di qualunque lavoro, ufficio o professione, rispettate le qualifiche professionali stabilite dalla legge.* Si pensi alla professione di avvocato, il cui esercizio è regolato dalla Legge nº 8.906, del 4 luglio 1994, che esige la capacità civile; il diploma o il certificato di laurea in giurisprudenza, conseguito in istituti di insegnamento ufficialmente autorizzati e accreditato; titolo di elettore e esonero dal servizio militare, se brasiliano; superamento dell'esame dell'Ordine; non esercizio di attività incompatibili con la professione di avvocato; idoneità morale; e prestare giuramento dinanzi

[496] Previsti nella Costituzione Federale, articolo 5º, rispettivamente, ai commi LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII e LXXII.

[497] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

[498] Costituzione Federale, articolo 5º, XIII.

al Consiglio. Tali requisiti, dal punto di vista logico-giuridico, restringono la possibilità di esercizio del diritto fondamentale alla libertà di lavoro, ufficio o professione a quelle persone che rispondano ai requisiti di legge. In situazioni di tale genere, quando si tratti di una norma subcostituzionale restrittiva, il controllo sarà effettuato sia riguardo la ragionevolezza sia riguardo la proporzionalità delle restrizioni imposte. Qualora si riscontrasse una situazione svantaggiosa non ragionevole[499] ovvero sproporzionata[500], la norma regolatrice sarà incorsa in una ipotesi di incostituzionalità poichè avrà prodotto uan situazione svantaggiosa nel diritto fondamentale senza la dovuta autorizzazione costituzionale.

Se prendiamo ad esempio una ipotesi che riguardi le norme che regolano la circolazione delle automobili nelle strade pubbliche[501] , possiamo notare che si tratta di una legislazione che stabilisce una serie di condizioni svantaggiose alla libertà di locomozione, ma che sono assolutamente necessarie – norme, genericamente considerate,che stabilescono limiti di velocità, obbligo di interrompere la marcia alle intersezioni stradali, di dare la precedenza ai pedoni, divieto di sosta e fermata, etc – e senza le quali il traffico di automobili sarebbe assolutamente ingestibile in città di medie e grandi dimensioni[502]. Di tali norme, in teoria, si può dire che sono ragionevoli. Tuttavia, esaminate in circostanze specifiche di situazioni concrete, alcune di queste norme possono mostrarsi sproporzionate, ma non per questo smetteranno di essere astrattamente ragionevoli.[503]

Le leggi restrittive devono, ancora, per imperativo implicito derivante dalla supremazia della costituzione e, di conseguenza, dei diritti fondamentali, preservare il nucleo essenziale di quest'ultimi. Oltre al dovere di ragionevolezza e proporzionalità della legge restrittiva, la condizione svantaggiosa da questa derivante nel diritto fondamentale regolato non può svilire la stessa essenza del diritto fondamentale: il nucleo essenziale. Il cosiddetto

---

[499] Nel contesto accademico, così come nella giurisprudenza brasiliana, vi sono due correnti di pensiero per ciò che concerne la corrispondenza o la diversità tra i concetti di ragionevolezza e proporzionalità. Seppur consapevoli che in alcune situazioni l'applicazione del postulato della proporzionalità al caso concreto possa evidenziare una somiglianza eccessiva con il postulato della ragionevolezza, riteniamo si tratti di realtà diverse, inparticolare in virtù del fatto che una voltà evidenziata la ragionevolezza di determinata misura che imponga circostanziatamente il trattamento svantaggioso di un diritto fondamentale, non per questo sarà garantita la proporzionalità. Tuttavia, non è vero il contrario. Ossia: quando una misura che determina un trattamento svantaggiosa di un diritto fondamentale può essere considerata proporzionale poichè atta a produrre l'effetto voluto o per lo meno a stimolare la sua produzione; in quanto necessaria, e in assenza di altra misura più idonea che produca o stimoli la produzione degli stessi risultati con minore svantaggio per il diritto fondamentale in questione; e, ancora, perchè nel calcolo della relazione costo/beneficio in cui si sostanzia l'analisi della proporzionalità in senso stretto sia corretto concludere che il beneficio concretamente prodotto ne sopporti il costo, in misura più che proporzionale sarà ragionevole.

[500] Nello stesso senso riferisce PINO, Giorgio. *Diritti e interpretazione*, p. 205, che nella giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana la proporzionalità si ritiene strettamente legata all'esame della ragionevolezza della limitazione di un diritto fondamentale.

[501] Nel caso brasiliano questa modalità di esercizio del dirtto fondamentale statuito nell'articolo5º, XV, comunemente definito come *direito de ir e vir* è regolato dalla Legge nº 9.503, del 23 settembre 1997, nota come Codice di Circolazione Brasiliano.

[502] Si pensi a Roma, São Paulo, Milano, Rio de Janeiro, Napoli, Porto Alegre, etc.

[503] Si prenda ad esempio il limite di velocità di 60 km orari lungo Via Ostiense, in Roma. Tale limite appare assolutamente ragionevole, nonostante si mostrerà sproporzionato rispetto alla libertà di locomozione nella cirocstanza in cui il soggetto che conduce il proprio veicolo si trovi in condizione di grave problema di salute e necessiti di un immediato intervento medico-ospedaliero, essendo a rischio di vita.

principio del rispetto del nucleo o contenuto essenziale del diritto fondamentale è garanzia concepita attraverso la Legge Fondamentale di Bonn con la finalità di restringere la libertà di conformazione del legislatore ordinario e proteggere i diritti fondamentali dall'azione erosiva della legislazione ordinaria[504]. Cosa considerare come nucleo essenziale di un diritto fondamentale è compito estremamente difficile da portare a capo. Due tipi di approccio con il tema possono essere adottati e ciascuno con il proprio criterio di riferimento. Nel caso in cui si scelga come criterio di analisi la definizione dell'oggetto protetto attraverso il principio di protezione del nucleo esseziale esiste una corrente di pensiero che ritiene che la protezione debba essere diretta all'ordinamento giuridico oggettivamente considerato (*teoria oggettiva*) e, in senso contrario si pone invece la tesi secondo cui la protezione deve essere considerata come diretta verso le posizioni individuali in manifestazioni concrete del diritto (soggettivo) fondamentale (*teoria soggettiva*). Visto il problema da un'ulteriore prospettiva, vi è anche chi sostiene che il nucleo essenziale è la porzione indisponibile del diritto che può essere identificato e non può essere trattata in maniera svantaggiosa in nessun caso (*teoria assoluta*); in posizione diametralmente opposta vi è la tesi secondo cui il nucleo essenziale è una categoria che si confonde con la necessità di giustificazione dei trattamenti svantaggiosi dei diritti fondamentali e, pertanto, avendo giustificazione ragionevole e proporzionale, potrà verificarsi una lesione del nucleo essenziale (*teoria relativa*).[505]

5.1.2.1 Teoria relativa e assoluta del nucleo essenziale

La teoria relativa del nucleo essenziale parte dalla premessa secondo cui gli eventuali trattamenti svantaggiosi imposti al diritto fondamentale esigono una giustificazione[506], in caso di autorizzazione costituzionale implicita o esplicita, sempre che corrisponda alla necessità di tutelare altri diritti fondamentali o altri beni costituzionalmente protetti.[507] Da ciò deriva la ragione per cui Alexy[508] afferma che il contenuto essenziale è quello che risulta dopo una ponderazione rispetto a quei beni che giustificano il trattamento svantaggioso. Questa concezione non opera con l'idea di esistenza di un elemento fisso, permanentemente identificabile come è il nucleo essenziale di un determinato diritto fondamentale. Si ottiene il nucleo essenziale di un diritto fondamentale, in questa linea di considerazione, a partire da un giudizio di ponderazione presieduto dal principio di proporzionalità che si verifica nel caso concreto, come modo di verificare se la misura restrittiva è adeguata alla protezione del bene costituzionale che questa vuole tutelare, se la

[504] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 366-382.
[505] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 368.
[506] SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 233.
[507507] MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 20-21.
[508] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 288.

forza dell'intervento svantaggioso nel diritto fondamentale è causa inevitabile, in ragione dell'inesistenza di alternativa meno sfavorevole e, infine, se la lesione prodotta dal trattamento svantaggioso del diritto fondamentale è proporzionale alla protezione conferita per suo tramite al bene costituzionalmente garantito che si presenti in contrapposizione.[509] In tale contesto dogmatico, il nucleo essenziale sarà protetto quando, nel caso concreto, tale trattamento si ritenga giustificato. Questa teoria riceve il proprio nome dalla circostanza che, in questa, il nucleo essenziale è variabile rispetto a ciascun caso concreto, in dipendenza del risultato della ponderazione. L'estensione della protezione da questa proporzionata al nucleo essenziale è raggiungibile nella misura in cui, applicati i propri concetti e postulati, che relativizzano ciò che può essere considerato come nucleo essenziale di un diritto fondamentale, si raggiungerà un maggiore o minore svantaggio del diritto e anche del suo nucleo essenziale per essere questa andata oltre il sacrificio strettamente necessario e accettabile di un diritto fondamentale per la conservazione di altro con questo confliggente. Come ben riferisce Sanchís[510], il punto debole di questa teoria è che può permettere, nel limite e in determinate circostanze, la totale eliminazione o il totale sacrificio di un diritto fondamentale ogni volta che il trattamento legislativo svantaggioso si mostri giustificato o sufficiente per la protezione di altro bene giuridico costituzionalmente protetto. In vista di questo, Sanchís difende la tesi della *doble barrera protectora*, che consiste nella seguente formula: ogni trattamento svantaggioso al diritto fondamentale deve essere costituzionalmente giustificato e deve rispettare il suo nucleo essenziale.[511]

La teoria assoluta del nucleo essenziale, in posizione diametralmente opposta, considera l'esistenza di una sfera di contenuto permanente di ciascun diritto fondamentale – giustamente quello che definisce e identifica il significato che un diritto fondamentale possiede nella cultura giuridica -, la quale costituisce il suo nucleo essenziale[512] independentemente dalle circostanze dei casi concreti e, anche, di conflitti con altri diritti fondamentali o beni giuridici protetti da norma costituzionale. Secondo Reis Novais *si tratta di una prospettiva ontologico-sostanzialista che considera il nucleo essenziale come una randezza statica e intertemporale;* una interpretazione materiale del contenuto dei diritti fondamentali, la quale procede con un ragionamento che divide chiaramente ogni diritto fondamentale in due parti: una composta dal suo nucleo essenziale e l'altra da elementi accidentali che possono o far parte del suo ambito protetto a seconda della variazione delle circostanze del caso concreto.[513] Il contenuto che compone il nucleo essenziale del diritto fondamentale sarà sempre protetto rispetto ad eventuali interventi legislativi lesivi del diritto che pertanto saranno considerati incostituzionali.

---

[509] In proposito si veda,tra gli altri, MARTINEZ-PUJALTE, op. cit., pp. 21-22; ALEXY, Robert, op. cit., pp. 286-291.
[510] SANCHÍS, Luis Pietro, op. cit., p. 233.
[511] Ibidem.
[512] MARTINEZ-PUJALTE, op, cit., p. 22.
[513] NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 782.

5.1.2.2 Teoria oggettiva e teoria soggettiva del nucleo essenziale

Questo teorie si contrappongono affermando, l'una, che la protezione del nucleo essenziale si orienta in favore del diritto oggettivamente considerato, in quanto categoria giuridico-costituzionale astratta che compone l'ordinamento giuridico e, l'altra, che, concretamente, la protezione si rivolge a favore del diritto soggettivo prodotto in favore di un soggetto di diritto posto in una determinata situazione concreta. Hesse[514] sostiene che non vi è ragione per scegliere una posizione con la totale esclusione dell'altra, preferendo invece riconoscervi una natura complementare, tenendo in considerazione che entrambe le dimensioni oggettiva/soggettiva dei diritti fondamentali siano ugualmente degne di protezione dato che gli effetti prodotti nell'una e nell'altra sono diversi ma ugualmente rilevanti. Nello stesso senso della posizione di Martínez-Pujalte[515], Hesse afferma che la protezione del nucleo essenziale dei diritti fondamentali deve tanto dirigersi verso una prospettiva oggettiva che, in astratto, considera l'esistenza, l'istituzione e la produzione di effetti di tali diritti nell'ordinamento giuridico, quanto dirigersi alla situazione di diritto soggettivo che si configura in capo al titolare di un diritto fondamentale. Dal punto di vista logico, non avrebbe senso logico la preferenza della protezione orientata esclusivamente ai diritti soggettivi fondati su norme giusfondamentali se al contempo non esistesse tale protezione verso le stesse norme oggettivamente considerate, poiché da queste deriva il diritto soggettivo. Leso il nucleo essenziale della norma oggettiva, si troverebbe fatalmente leso anche il nucleo del diritto soggettivo con fondamento nella norma D'altro canto, protetta solo la dimensione oggettiva, con totale libertà di trattamento svantaggioso del nucleo essenziale del diritto soggettivo, resterebbe soltanto l'esistenza della norma senza attitudine a produrre effetti nella prospettiva oggettiva. Le due sfaccettature devono essere coniugate affinchè una più intensa protezione del nucleo essenziale sia possibile onde metterlo al sicuro da eventuali azioni erosive di leggi restrittive.

5.2 Ambito di protezione e intensità di intervento legislativo costituzionalmente autorizzato

Analizzandosi il fenomeno di intervento del legislatore nel campo dei diritti fondamentali da altra prospettiva, relativa all'intensità con cui si realizza l'intervento della legge ordinaria nei diritti fondamentali, l'evoluzione del diritto costituzionale e, in particolare della dottrina dei diritto fondamentali, ha permesso un'analisi minuziosa della relazione tra i diritti fondamentali e la legge ordinaria. Questa relazione mai negata quanto alla necessità di leggi di attuazione[516] che permettano e perfezionino la produzione di effetti ai diritti fondamentali fornisce al legislatore almeno tre diverse tipologie di intervento. In particolare in Germania, gli studi svolti da Friedrich Müller rispetto alla struttura della norma costituzionale

[514] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 266-268.
[515] Op. cit., p. 36.
[516] CALAMANDREI, Piero. *La Costituzione e le leggi per attuarla*. Milanbo: Giuffrè Editore, 2000.

avendo come punto di partenza la non coincidenza tra il testo della norma e la norma propriamente detta[517] hanno condotto a quella conclusione. L'autore tedesco analizza le questioni relative alla normatività della norma e del testo della norma operando con le categorie del *programma della* norma che coincide con il suo tenore letterale; *ambito della norma*, così inteso il congiunto di realtà sociali preso in considerazione nella struttura della norma e la *norma* propriamente detta o *normatività*, che corrisponde al comando che in un dato caso concreto si può validamente estrarre dagli enunciati costituzionali nel processo di interpretazione/applicazione.[518] Trattandosi di norma giusfondamentale che protegge posizioni giuridiche, l' *ambito della norma* si trasforma in *ambito di protezione*.

In tal senso insegnano Pieroth e Schlink:

> I diversi diritti fondamentali si applicano a differenti campi della vita. In questi, ora limitati ora ampi, i diritti fondamentali, nell'imporre allo Stato l'onere di fornire una giustificazione giuridica delle ingerenze, protegge il singolo contro le ingerenze dello Stato, sia nella sua condotta generale, sia solo nell'ambito di modalità di condotta determinate. (...) questo è il dominio della vita protetto dai diritti fondamentali, l'*ambito di protezione* dei diritti fondamentali. A volte anche definito *ambito normativo* del diritto fondamentale, il dominio della la norma giuridica. Fondamentale ritaglia dalla raltà della vita come oggetto di protezione. Quando parliamo di *ambito di regolazione*, si tiene in considerazione non l'ambito di protezione, ma il dominio della vita a cui si applica il diritto fondamentale e in cui solo questo può determinare l'ambito di protezione.[519]

La natura e l'intensità dell'intervento del legislatore per mezzo della norma subcostituzionale dipendono, a loro volta, dalla natura del diritto fondamentale, a seconda di come questo sia classificabile. Questa classificazione dipende dalla circostanza che il diritto fondamentale sia dotato di un ambito di protezione puramente normativo, quando si occupi di realtà artificialmente create dalla norma giuridica; di ambito di protezionr materiale o naturale, quando riguardi le realtà corrispondenti a realtà esistenti nel mondo naturale; o ancora, di ambito di protezione mista, quando il diritto fondamentale sia inteso che abbia ad oggetto situazioni in parte corrispondenti a realtà esistenti nel mondo naturale e, in parte create artificialmente per effetto di una norma che le ha istituite.[520]

Prendendo in considerazione la Costituzione Brasiliana e solo come esempio, sarebbero classificabili come diritti fondamentali con ambito di protezione puramente

---

[517] MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2ª edição, tradotto in portoghese da Peter Naumann, São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, in particolare pp. 53-67.

[518] Considerato qui come premessa il metodo strutturale di diritto, profilato da MÜLLER, Friedrich nella sua opera *Teoria Estruturante do Direito*, avente ad oggetto la concretizzazione delle norme giuridiche, in particolare delle norme costituzionali. 3ª edição, São Paulo: RT, 2012, in particolare, cfr pp. 236-288.

[519] PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 115-116.

[520] "*dal punto di vista della teoria normativa, i diritti fondamentai costituiscono norme in senso ampio, anche se la loro concretizzazione possa portare con sè peculiari difficoltà. Tra le altre cose, queste difficoltà derivano dal fatto che ambiti normativi che ricomprendono dati reali e che sono fortemente segnati dalla singolarità, e (in parte) non prodotti dal diritto, come il credo religioso, coscienza e culto, arte e scienza, matrimonio, famiglia, associazione e ordinamento della proprietà, così come l'inclusione di un testo normativo dei programmi normativi che garantiscono e riconoscono tali ambiri, solo possono essere ottenuti in modo impreciso e per mezzo di parole-chiave*" (MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*, p. 261).

normativo il diritto all'assicurazione per la disoccupazione[521], il diritto dal fondo di garanzia per il servizio prestato[522], il diritto al salario minimo[523], il piano salariale proporzionale all'estensione e alla complessità del lavoro[524], il diritto alla tredicesima[525] etc.: in tutte queste ipotesi il contenuto di tali diritti fondamentali non corrisponde a qualcosa che esiste nel mondo reale, riguardando invece qualcosa creato '*ab ovo'* dal legislatore esclusivamente ad opera e con forza di norma giuridica. In tale circostanza, come è opportuno concludere, il legislatore ordinario opererà con grande libertà di conformazione in occasione dell'elaborazione della legislazione di attuazione, considerato che il suo lavoro non potrà essere confrontato con alcun dato della realtà materiale e, di conseguenza, non sarà suscettibile di critica per l'eventuale mancanza di corrispondenza con un paradigma da seguire. Non esiste, in tal caso, paradigma.

Classificabili come diritti fondamentali con ambito di protezione naturale o materiale, ad esempio, nella Costituzione brasiliana, sarebbero l'inviolabilità, tra gli altri, della libertà di coscienza o di religione[526], la libertà di espressione nelle attività intellettuali, artistiche, scientifiche e di comunicazione[527], il diritto alla vita[528], il diritto alla libertà, alla sicurezza e alla proprietà[529], così come i diritti sociali alla salute, al lavoro, all'abitazione, al riposo, alla tutela della maternità e dell'infanzia[530]. Secondo la concezione di Müller, nel caso dei diritti fondamentali così costituiti, il legislatore dispone di una limitata libertà di conformazione al momento della regolazione della norma costituzionale attraverso la legge di attuazione. Accade che trattandosi della realtà della vita, esistente nel mondo materiale, la funzione legislativa sempre resta suscettibile di giudizio critico, avendo come punto di riferimento quelle situazioni di cui si occupa. Vita, salute, lavoro, abitazione, riposo, maternità, etc., sono situazioni reali e a tali realtà necessariamente devono corrispondere gli elementi di rispettiva normazione, diversamente il legislatore snaturerebbe la realtà attraverso il ricorso alla norma giuridica.

In situazione intermedia, sono quei diritti fondamentali il cui contenuto in parte coincide con le realtà esistenti e in parte sono costituiti a partire dalla norma giuridica, rendendo possibile al legislatore in termini di configurazione attraverso la legge di attuazione un margine di intervento più ampio rispetto a quello di cui dispone relativamente ai diritti fondamentali con ambito di protezione naturale, e più ristretta di quella su cui conta nel caso dei diritti fondamentali con ambito di protezione puramente normativo. Sono esempi di questa situazione il diritto al congedo per maternità[531], il diritto delle detenute a condizioni che

[521] Costituzione Federale, articolo 7º, II.
[522] Idem, art. 7º, III
[523] Idem, art. 7º, IV.
[524] Idem, art. 7º, V.
[525] Idem, art. 7º, VIII.
[526] Costituzione Federale, articolo 5º, VI.
[527] Idem, art. 5º, IX.
[528] Idem, art. 5º, *caput*.
[529] Ibidem.
[530] Costituzione Federale, articolo 6º.
[531] Costituzione Federale, articolo 7º, XVIII.

permettano di restare con i figli durante l'allattamento[532], il diritto all'assistenza gratuita per i figli e i familiari a carico dalla nascita fino ai 5(cinque) anni di età, negli asili e nelle scuole materne [533] etc., giacchè fanno riferimento a realtà materialmente esistenti ma le disciplinano istituendo posizioni, situazioni o condizioni di vantaggio giuridico che non esistono nel mondo reale.

Così, secondo l'analisi svolta nel capitolo ormai giunto a conclusione, l'intervento che il legislatore attraverso la legge ordinaria realizza nei diritti fondamentali potrà essere, quanto a modalità, intervento *concretizzatore* o intervento *restrittivo* e, quanto alla natura e all'intensità, potrà essere di massima formulazione in relazione ai diritti fondamentali con ambito di protezione strettamente normativo, di formulazione minima per ciò che concerne i diritti fondamentali con ambito di protezione naturale, e di formulazione relativa per i diritti fondamentali con ambito di protezione misto, in parte materiale e in parte normativamente costituito.

L'analisi di tali situazioni è compito della scienza giuridica che deve informare l'azione del Potere Giudiziario, poiché nell'ambito dell'azione di quest'ultimo è possibile che nello Stato Costituzionale di Diritto si proceda alla verifica della conformità costituzionale dell'intervento del legislatore nel campo dei diritti fondamentali. Il controllo di conformità della legge di intervento nel campo dei diritti fondamentali alla Costituzione, in Brasile, si può svolgere sia in forma accentrata (esame della norma in astratto) a livello federale con il Supremo Tribunale Federale e a livello statale con i Tribunali di Giustizia degli Stati, quanto in forma diffusa (esame dell'applicazione della norma al caso concreto) in via incidentale attraverso la disapplicazione della norma incompatibile formalmente o materialmente con la Costituzione (federale e statale).

In questo contesto, si ricorda la lezione di Nicola Picardi[534], il quale richiama l'attenzione sulla vocazione del nostro tempo alla giurisdizione, fenomeno che identifica con il passaggio dallo Stato Liberale al *Welfare State* di carattere assistenziale, distributivo e amministratore, e il derivante aumento delle attribuzioni del legislatore e dell'amministratore con un corrispondente ampliameno del potere del giudicante, fenomeno questo che appare sempre più in accelerazione, soprattutto a causa di una patologia della legislazione che oscilla tra inflazione in alcune aree e inattività in altre. [535]

[532] Idem, articolo 5º, L.
[533] Idem, articolo 7º, XXV.
[534] PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè Editore, 2007.
[535] PICARDI, op. cit., pp. 6-5.

CAPITOLO 6

Istituzioni e istituti di garanzia nell'ambito del diritto costituzionale brasiliano

Nella Costituzione della Repubblica Federale del Brasile in vigore[536], oltre alle istituzioni e agli istituti che svolgono funzioni sia di governo, sia funzioni di garanzia, esiste l'esplicita previsione di istituzioni e istituti che, partendo dai contenuti discussi nel presente lavoro, sulla base della dottrina di Luigi Ferrajoli, si presentano esclusivamente con funzione di garanzia dell'applicazione delle norme costituzionali. Si caratterizzano, con questa tendenza, come istituzioni di garanzia. In quest'orizzonte, oltre al Potere Giudiziario che, come è tipico, esercita esclusivamente una funzione di garanzia e compone il quadro dei poteri costituiti dello Stato sin dall'inizio dell'era moderna, individuiamo istituzioni che – se si considera l'entrata in vigore dell'attuale Costituzione Federale il 5 ottobre 1988 – o sono completamente nuove, poiché create da questa Costituzione, come nel caso del Pubblico Difensore, oppure hanno subito una profonda e significativa trasformazione, come nel caso del Pubblico Ministero. Per quanto riguarda il Potere Giudiziario in generale, riteniamo non sia il caso di occuparcene nel presente capitolo, vista la sua tradizionale esistenza nell'ambito dello Stato di Diritto. A fianco delle istituzioni dello Stato che svolgono esclusivamente funzioni di garanzia, è rilevante presentare gli istituti costituzionali che, formando il sistema costituzionale brasiliano, si caratterizzano esclusivamente come strumento di realizzazione di funzioni di garanzia. Sono esse l'azione diretta di incostituzionalità (per azione o omissione), la dimostrazione del mancato rispetto di un precetto fondamentale, il mandato di ingiunzione e il controllo diffuso di costituzionalità.

6.1 Istituzioni con funzione esclusivamente di garanzia nell'attuale modello costituzionale brasiliano

Il Titolo IV della Costituzione Federale del Brasile si occupa dell'organizzazione dei poteri, diviso in quattro Capitoli, di cui i primi tre si riferiscono, rispettivamente, al Potere Legislativo, al Potere Esecutivo e al Potere Giudiziario. Il capitolo IV, subito dopo quello del Potere Giudiziario, si occupa delle cosiddette Funzioni Essenziali della Giustizia, tra le quali, nella Sezione I, vi è il Pubblico Ministero e nella Sezione III quella del Pubblico Difensore.

[536] Il Brasile organizzandosi come Repubblica federale, possiede una Costituzione Federale – CF, ciascuno dei suoi 26 Stati federati possiede la propria Costituzione statale – CS (CF, art. 32, *caput*). Ciascuno dei Comuni possiede la propria *Legge Organica Municipale* – LOM (CF, art. 29, *caput*) che fa le veci della Costituzione; il Distretto Federale, con caratteristica di figura ibrida tra lo Stato federale e il Comune, possiede una *Legge Organica* (CF, art. 32, *caput*) che fa le veci della Costituzione.

Di queste due ultime istituzioni, Pubblico Ministero e Pubblico Difensore, che svolgono esclusivamente funzioni di garanzia, tratteremo a seguire.

6.1.1 – Il Pubblico Ministero brasiliano.

L'istituzione del Pubblico Ministero esiste in Brasile sin dalla sua indipendenza e, nonostante non vi fosse una previsione complessiva del profilo istituzionale nella Costituzione Imperiale del 1824, la prima che ebbe il paese, il suo articolo 48 alludeva al Procuratore della Corona.[537] Successivamente nel 1832 è stato redatto il Codice di Procedura Criminale dell'Impero che conteneva una sezione specificamente riservata al Pubblico Ministero, dove venivano stabiliti i requisiti per la sua nomina e le principali attribuzioni.[538]Oltre a questa funzione di natura criminale, con la promulgazione della Legge del "Ventre Livre" (Legge nº 2.040 del settembre 1871), che liberava dalla schiavitù i figli degli schiavi nati a partire dalla sua entrata in vigore, ai membri del Pubblico Ministero fu conferita la funzione di *protettore dei deboli e degli indifesi*, la cui funzione era quella di controllare che i figli delle donne schiave fossero adeguatamente registrati e iscritti presso istituti scolastici[539], dato che la Costituzione Imperiale garantiva il diritto all'istruzione di primo grado.[540] Da allora tutte le Costituzioni brasiliane, con intensità e portata variabili, si sono occupate dell'istituzione del Pubblico Ministero. Con la Costituzione del 1937, promulgata dall'allora Presidente della Repubblica Getúlio Vargas, che sciolse il Congresso Nazionale e inaugurò un periodo di autoritarismo nella storia politica brasiliana denominata "Estado Novo"[541], ispirata al fascismo italiano e alla dittatura di Oliveira Salazar, instauratasi in Portogallo, curiosamente il Pubblico Ministero iniziò ad avere contorni istituzionali più definiti nella legislazione subcostituzionale. Nel 1941 fu redatto il nuovo Codice di Procedura Penale, influenzato dalla legislazione italiana, attribuendo al Pubblico Ministero il potere di richiedere l'instaurazione dell'indagine di polizia e la realizzazione di provvedimenti, mentre l'indagine è in corso – questa legislazione è tutt'ora in vigore in Brasile. Nell'area non penale, il Codice di Procedura Civile del 1939 stabilì la partecipazione obbligatoria del

---

[537] Costituzione Politica dell'Impero del Brasile, del 25 marzo 1824; art. 48. Nell'ambito criminale, la cui accusa non appartiene alla Camera dei Deputati, accuserà il Procuratore della Corona e la Sovranità Nazionale.

[538] JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4ª edizione, 2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, pag. 9.

[539] Ibidem.

[540] Costituzione Politica dell'Impero del Brasile, del 25 marzo 1824; art. 179, XXXII; L'Istruttoria primaria è gratuita per tutti i Cittadini.

[541] FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13ª edizione, 1ª ristampa, 2009, São Paulo: Editora Universidade de São Paulo: "Il 10 novembre 1937, truppe della polizia militare accerchiarono il Congresso e impedirono l'accesso ai parlamentari. Il Ministro della Guerra – Generale Dutra – si oppose al fatto che l'operazione fosse realizzata da forze dell'Esercito. Nella notte Getúlio Vargas annunciò una nuova fase politica e l'entrata in vigore della Carta costituzionale, elaborata da Francisco Campos. 'inizio dello "Estado Novo". Lo "Estado Novo" fu costituito sul modello autoritario, senza grandi mobilitazioni. Il movimento popolare e i comunisti erano stati sconfitti e non potevano reagire; la classe dominante accettò il colpo di stato come inevitabile e persino benefico. Il dissolto Congresso si sottomise, al punto che ottanta dei suoi membri offrirono la loro solidarietà a Vargas, il 13 novembre, quando diversi loro colleghi erano in prigione" (pagg. 364-365).

Pubblico Ministero in qualità di *custos legis* in taluni procedimenti allo scopo di proteggere quegli interessi considerati rilevanti dal legislatore (protezione di incapaci e controllo della stretta applicazione delle disposizioni del Diritto di Famiglia), dando inizio a una nuova tradizione in cui, oltre a prender parte come autore dell'azione penale pubblica nella sfera criminale, il Pubblico Ministero opera nella sfera civile con funzioni di controllo della legge, emettendo pareri anchenel merito della richiesta, nel caso in cui il legislatore identificasse la necessità di intervento a causa della natura del diritto in questione o delle caratteristiche di perlomeno una delle parti del processo – minori, incapaci, ecc.

Questo quadro divenne quindi predominante rispetto all'istituzione del Pubblico Ministero: l'attività come parte, agendo come autore nell'azione penale pubblica incondizionata che, a tutt'oggi corrisponde alla stragrande maggioranza dei processi giudiziali nella sfera criminale; nell'area civile il Pubblico Ministero aveva la possibilità di agire giudizialmente in due modi, come *custos legis*, a condizione che la legge richiedesse esplicitamente l'obbligo del suo intervento e, inoltre, nel caso in cui si evidenziasse questa necessità a causa della natura del diritto discusso o a causa della condizione della parte in favore di coloro che il Pubblico Ministero avrebbe dovuto prendersi cura. Come autore, nella sfera civile, l'azione del Pubblico Ministero era minima, registrando l'azione civile *ex delicto* prevista dall'articolo 68 del Codice di Procedura Penale, che potrebbe essere proposta da parte di un membro dell'istituzione per richiedere l'indennizzo derivante dalla pratica di un crimine, in favore della vittima o della sua famiglia quando questi non disponessero di mezzi economici per sostenere le spese relative all'assistenza legale.[542]

Il 24 luglio 1985 entrò in vigore la Legge nº 7.347, che disciplinava l'azione civile pubblica di responsabilità per danni causati all'ambiente, al consumatore, a beni e diritti di valore artistico, estetico, storico, turistico e al paesaggio, fornendo altri provvedimenti. È divenuta nota come la Legge dell'Azione Pubblica Civile, il cui articolo 5º, con il testo modificato dalla Legge nº 11.448/2007, attribuisce al Pubblico Ministero e ad altri enti[543], la legittimità della sua proposta. In realtà, sin dalla redazione originale della citata legge, nel 1985, il Pubblico Ministero figurava già come legittimato a proporre tale azione, dato che la Legge nº 11.448/2007 inserì il Pubblico Difensore tra questi, mentre questa istituzione fu creata solo dalla Costituzione Federale che è successiva alla Legge dell'Azione Pubblica Civile. È interessante evidenziare che il paragrafo primo dell'articolo 5º, stabilisce esplicitamente che il Pubblico Ministero, se non interviene nel processo come parte, agirà obbligatoriamente con funzioni di controllo della legge. Cioè, vista l'importanza sociale dei temi che possono essere oggetto dell'azione pubblica civile, quando il Pubblico Ministero non

[542] Decreto Legge nº 3.689, del 3 ottobre 1941, art. 68: "Quando il titolare del diritto alla riparazione del danno è povero (art. 32, §§ 1º e 2º), l'esecuzione della sentenza di condanna (art. 63) o l'azione civile (art. 64) sarà favorita, a sua richiesta, dal Pubblico Ministero."

[543] Legge 7.347/85 - art. 5º: "Ha legittimità per proporre l'azione principale e l'azione cautelare: I – Il Pubblico Ministero; II – Il Pubblico Difensore; III – L'Unione, gli Stati, il Distretto Federale e i Comuni; IV – l'autarchia, l'impresa pubblica, la fondazione o società di economia mista; V – l'associazione che, in concomitanza: sia costituita da perlomeno 1 (un) anno secondo i termini della legge civile; b) comprenda, tra i suoi scopi istituzionali, la protezione dell'ambiente, il consumatore, l'ordine economico, la libera concorrenza o il patrimonio artistico, estetico, storico, turistico e del paesaggio."

ne è stato il suo autore, dovrà necessariamente intervenire nel processo nella condizione di *custos legis*. Infine è estremamente importante considerare che tale legge, nel suo articolo 8º, paragrafo 1º, conferisce al Pubblico Ministero, con esclusività, la possibilità di instaurare, sotto la sua presidenza, un'indagine civile o richiedere, da parte di qualsiasi organismo pubblico o privato, certificati, informazioni, esami o perizie, entro il periodo che indicherà, e che non potrà essere inferiore a 10 (dieci) giorni feriali. A causa di questa norma che attribuisce al Pubblico Ministero la possibilità di realizzare un'indagine preliminare, di natura civile, ciò che si verifica, nella pratica forense è che la grande maggioranza delle azioni pubbliche civili presentate ha come autore proprio il Pubblico Ministero poiché, nonostante l'esistenza degli altri legittimati attivi, la fattibilità del giudizio di origine aumenta in vista della possibilità di un'indagine preliminare, strumento di cui gli altri legittimati non dispongono.[544] Inoltre accade frequentemente che istituzioni legittimate per la proposta dell'azione pubblica civile optino per una rappresentazione da parte del Pubblico Ministero, affinché questi instauri l'inchiesta civile, realizzi l'indagine e possa così, con maggiori e migliori elementi di prova, conseguire la necessità e l'opportunità di presentazione dell'azione. Inoltre, nell'ambito dell'inchiesta civile è concesso al Pubblico Ministero realizzare un accordo con la parte indagata, elaborando la cosiddetta "Dichiarazione di Adeguamento di Condotta" e, invece di presentare l'azione, favorire fondamentalmente archiviazione dell'indagine civile che dipenderà dall'omologazione del Consiglio Superiore del Pubblico Ministero, ai sensi dell'articolo 9º, *caput*, della citata legge.[545] Con ciò è possibile ottenere che venga soddisfatto l'oggetto dell'azione senza che sia necessario il suo giudizio. La legge dell'Azione Pubblica Civile ha prodotto una vera rivoluzione giuridica nel contesto brasiliano, per quanto riguarda le possibilità di azione del Pubblico Ministero come autore nella sfera civile, trasformando quello che era una limitatissima eccezione in regole, permettendo che questa istituzione agisca come autore nella protezione dei cosiddetti nuovi diritti. Questi nuovi diritti, come si constata facilmente, sono nella loro totalità diritti fondamentali.

L'influsso della Legge dell'Azione Pubblica Civile ha permesso che la Costituzione Federale del 1988 elaborasse tutta una nuova configurazione per l'istituzione del Pubblico Ministero che, a grandi linee, ha cessato di essere ciò che tradizionalmente era in Brasile e si mantiene in termini universali, ossia, un'istituzione destinata all'azione nella sfera criminale. Nel Brasile contemporaneo, mentre il Pubblico Ministero propone nella sfera criminale l'azione pubblica penale contro illeciti penali, attuando come un'istituzione di controllo sociale nella repressione alla criminalità, nella sfera civile agisce come autore dell'azione pubblica civile nella divulgazione dei diritti fondamentali della cittadinanza,

---

[544] BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais. Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá Editora, 2005: "Il Pubblico Minstero è il principale soggetto attivo dell'azione pubblica civile, la cui legittimità per la tutela degli interessi diffusi e collettivi deriva dall'art. 129, comma III della Carta del 1988. La legittimità del Pubblico Ministero per la difesa degli interessi individuali omogenei, è stata riconosciuta solo dopo l'edizione del Codice di Difesa del Consumatore" (pagg. 256-257).

[545] Legge 7.347/85 - Art. 9º: "Se l'organo del Pubblico Ministero, completate tutte le verifiche, si convince dell'assenza di fondamento per la proposta dell'azione civile, proporrà l'archiviazione degli atti dell'indagine civile o dei documenti informativi, con dimostrata giustificazione."

conquistando un alto livello di legittimità e prestigio da parte sia della società brasiliana, sia delle altre istituzioni.

L'attuale Costituzione definisce il Pubblico Ministero come un'istituzione permanente, essenziale alla funzione giurisdizionale dello Stato, alla quale spetta la difesa dell'ordine pubblico, del regime democratico e degli interessi sociali e individuali indisponibili.[546] La crescita dell'istituzione del Pubblico Ministero data l'importanza che ha acquisito nel contesto di una società economicamente non sviluppata, come nel caso brasiliano, dove le differenze sociali ed economiche sono determinanti affinché l'accesso all'effettivo esercizio dei diritti fondamentali come la sanità, l'abitazione, l'istruzione e la sicurezza alimentare sia estremamente difficile, quando non impossibile, per immense fasce della popolazione, ha prodotto un'abbondante letteratura specializzata, analizzando le caratteristiche di questa istituzione considerata, allo stesso tempo, come essenziale alla protezione dei diritti fondamentali e caratterizzandosi come agente di trasformazione[547] sociale[548] nell'esatta misura in cui attua come ispiratore di politiche pubbliche. Il Pubblico Ministero è legittimato per proporre l'azione diretta di incostituzionalità, sia per azione, sia per omissione[549], certo pertanto che l'elaborazione legislativa di politiche pubbliche per la realizzazione dei diritti fondamentali può essere oggetto di controllo giudiziale, come per

---

[546] Constituição della Repubblica Federativa del Brasile, articolo 127, *caput*.

[547] JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito. Perspectivas constitucionais e atuação institucional*, pagg. 71-73.

[548] Tra l'altro è necessario evidenziare: RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público. Dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. MAZZILLI, Hugo Nigri. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito. Perspectivas constitucionais de atuação institucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de princípios institucionais do Ministério Público* 4ª edizione, 2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris. ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré, 2002. PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Ministério Público. Reflexões sobre princípios e funções institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010. VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Ministério Público na Constituição Federal. Doutrina esquematizada e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009.

[549] La Costituzione della Repubblica Federativa del Brasile, articolo 103: "Possono proporre l'azione diretta di incostituzionalità e l'azione dichiarativa di costituzionalità: (...) VI – il Procuratore Generale della Repubblica". In Brasile il Procuratore Generale della Repubblica è il capo del Pubblico Ministero Federale, secondo l'articolo 128, paragrafo primo: "Il Pubblico Ministero dell'Unione ha come capo il Procuratore Generale della Repubblica, nominato dal Presidente della Repubblica tra gli integranti di carriera, con più di trentacinque anni, dopo l'approvazione del suo nome con maggioranza assoluta dei membri del Senato Federale, con un mandato di due anni, consentendo la rielezione." Nell'ambito degli Stati federati, il capo del Pubblico Ministero è il Procuratore Generale di Giustizia, ai sensi del paragrafo 3º dello stesso articolo. Per quanto riguarda il controllo di costituzionalità di leggi e atti normativi municipali e statali, vista la Costituzione Statale, secondo l'articolo 125, paragrafo 1º della Costituzione Federale, spetta alle stesse Costituzioni Statali prevedere la competenza dei Tribunali di Giustizia degli Stati per processare e giudicare tali azioni dirette di incostituzionalità. Nel caso dello Stato del Rio Grande do Sul, come del resto è il caso di tutti gli Stati federati del Brasile, la Costituzione dello Stato del Rio Grande do Sul prevede, all'articolo 95, XII, lettera "d", che compete ai Tribunali di Giustizia dello Stato processare e giudicare l'azione diretta di incostituzionalità di legge o atto normativo statale rispetto a questa Costituzione, e municipale rispetto a questa, anche per omissione. Nel paragrafo primo, III del citato articolo 95 della Costituzione Statale consta: "Possono proporre l'azione di incostituzionalità di legge o atto normativo statale, o per omissione: (...) il Procuratore Generale di Giustizia."

adeguamento della norma ai dettami costituzionali. D'altro canto, l'esecuzione delle politiche pubbliche di realizzazione di diritti fondamentali si sottopone, nel contempo, al controllo giurisdizionale per iniziativa (non esclusiva) del Pubblico Ministero, attraverso la via dell'azione pubblica civile, ogni volta che vi è lesione o minaccia all'ambiente, al consumatore, al patrimonio storico, culturale, al paesaggio, all'erario pubblico e agli altri beni e interessi tutelabili dall'azione pubblica civile.[550]

6.1.2 La Pubblica Difesa

In Brasile, secondo esplicita previsione risultante dall'articolo 134 della Costituzione Federale, il Pubblico Difensore è un'istituzione essenziale alla funzione giurisdizionale dello Stato, al quale spetta l'orientamento giuridico e la difesa, in tutti i gradi, dei bisognosi, ai sensi dell'articolo 5º, comma LXXIV che, a sua volta, esprime il dovere statale di prestare assistenza giuridica integrale e gratuita a coloro che dimostrino insufficienza di risorse. Dall'interpretazione congiunta delle norme sopra citate è subito possibile qualificare il Pubblico Difensore come garanzia istituzionale destinata, in parte, a consentire l'accesso universale alla giustizia[551] per la protezione di diritti, in condizioni di uguaglianza[552] rispetto a coloro che dispongono di risorse economiche necessarie e sufficienti a sostenere le spese di assistenza legale e quelle del processo giudiziale. In parte perché il Pubblico Difensore si destina non solo all'attuazione giudiziale, ma anche nell'orientamento giuridico dei bisognosi per la garanzia della preservazione dei loro diritti.

Per determinazione costituzionale che emergedalla lettura dell'articolo 134, §§ 1º e 2º, vi è l'obbligo di istituzione di un Pubblico Difensore dell'Unione, destinato ad agire dinanzi alla Giustizia Federale, e di Pubblici Difensori Statali, in ciascuno degli Stati federati, per agire presso le rispettive Giustizie comuni statali, riflettendo così la struttura sia del Potere Giudiziario, sia del Pubblico Ministero, che si costituiscono nell'ambito federale e statale. La struttura dei Difensori è prevista in leggi (federali e statali), considerando che la legge federale contempla norme generali applicate sia a livello federale, sia statale. L'accesso alla carriera di Pubblico Difensore è obbligatoriamente attraverso un concorso per esami e titoli e

---

[550] Costituzione Federale, articolo 129, III: "Sono funzioni istituzionali del Pubblico Ministero: (...) III – promuovere indagine civile e l'azione pubblica civile, per la protezione del patrimonio pubblico e sociale, dell'ambiente e di altri interessi diffusi e collettivi." Legge di Azione Pubblica Civile (nº 7.3447/85), articolo 1º: "Sono rette dalle disposizioni di questa Legge, senza danni all'azione popolare, le azioni di responsabilità per danni morali e patrimoniali causati:

I – all'ambiente; II – al consumatore; III – ai beni e diritti di valore artistico, estetico, storico, turistico e del paesaggio; IV – a qualsiasi altro interesse diffuso o collettivo. V – per infrazione di ordine economica; VI – all'ordine urbanistico."

[551] Costituzione Federale, articolo 5º, XXXV: "la legge non escluderà dall'analisi del Potere Giudiziario lesione o minaccia al diritto."

[552] Costituzione Federale, articolo 5º, *caput*: "Tutti sono **uguali dinanzi alla legge**, senza distinzione di qualsiasi natura, garantendo ai brasiliani e agli stranieri residenti nel Paese l'inviolabilità del diritto alla vita, allla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza e alla proprietà, secondo il testo a seguire: (...)".

vi è una struttura di mansioni di carriera, come è il caso del Potere Giudiziario e del Pubblico Ministero. Ai Pubblici Difensori, ai quali è assicurata l'inamovibilità, è vietato l'esercizio dell'avvocatura privata al di fuori delle attribuzioni istituzionali. La Costituzione Federale assicura ai Pubblici Difensori Statali un'autonomia funzionale e amministrativa, oltre al potere di iniziativa di legge per quanto riguarda la propria proposta di bilancio. Si verifica, pertanto, che i Pubblici Difensori sono dotati, a livello costituzionale, di autonomia che si svincola da qualsiasi Potere della Repubblica, risultando completamente autonomi.

Il Pubblico Difensore è chiaramente un'istituzione di garanzia dei diritti fondamentali, visto che la sua funzione è esclusivamente quella di permettere la protezione dei diritti dei bisognosi che, ove non vi fossetale istituzione, risulterebbero alla mercé della disuguaglianza di armi, quando sono parte giudiziale senza condizioni economiche per sostenere le spese di assistenza legale e, alla mercé dell'ignoranza e della disinformazione dei propri diritti, quando non siano in grado di consultare un professionista con conoscenze tecniche e con idonea abilitazione per chiarire situazioni di importanza giuridica. In un paese come il Brasile, segnato da disuguaglianze sociali esasperate, dove il tessuto sociale è sfigurato da una vergognosa distribuzione del reddito e di opportunità di accesso a migliori condizioni di vita, in una società dove si constata un immenso deficit economico, sociale e culturale per fasce sempre più grandi della popolazione il Pubblico Difensore è un tentativo degno di plauso nell'intuito di superare la già vetusta osservazione di Ovidio: *Cura pauperibus clausa est*.

Una Costituzione, come quella brasiliana, che contempla un'istituzione come il Pubblico Difensore è senza dubbio una Costituzione garantista nel senso attribuito al termine da Luigi Ferrajoli.

6.2 Istituti di realizzazione del garantismo costituzionale

La Costituzione Federale brasiliana attualmente in vigore prevede l'esistenza di istituti con funzione tipicamente di garanzia dei diritti fondamentali, proprio secondo lo stile del costituzionalismo di terza generazione. Questi istituti sono l'azione diretta di incostituzionalità di leggi e atti normativi, che può essere per azione o per omissione; la dimostrazione di mancato rispetto di un principio fondamentale, che ugualmente può riferirsi all'azione od omissione legale o normativa che preveda il mancato rispetto di una norma costituzionale; il mandato di ingiunzione, che mira alla protezione di un diritto soggettivo impedito nel suo esercizio a causa di omissione incostituzionale; il controllo diffuso di costituzionalità che permette la non applicazione di una legge o di un atto normativo incompatibile con la Costituzione da parte di qualsiasi Giudice o Tribunale; e, infine, l'azione pubblica civile, destinata alla protezione di diritti fondamentali colpiti o minacciati di lesione da parte del potere pubblico o da privati.

Tutti questi sono istituti di natura processuale, che si caratterizzano come garanzie costituzionali di natura giurisdizionale, come si esaminerà più dettagliatamente a seguire.

6.2.1 Azione diretta di incostituzionalità.

L'azione diretta di incostituzionalità (ADI) è una forma di controllo concentrato realizzato dal Supremo Tribunale Federale in tesi, relativamente a una legge, ad atti normativi federali e statali rispetto alla Costituzione Federale[553] e dai Tribunali di Giustizia degli Stati, rispetto a leggi e atti normativi statali e municipali rispetto alla Costituzione Statale.[554] Il controllo astratto sorse in Brasile con la Costituzione del 1934 che prevedeva la rappresentazione, attraverso intervento, da proporre da parte del Procuratore Generale della Repubblica, nelle ipotesi in cui le leggi statali violassero il principio repubblicano e il principio della democrazia rappresentativa; l'indipendenza e il coordinamento dei poteri; la temporaneità delle funzioni elettive nele stesse scadenze degli incarichi federali corrsipondenti e la proibizione della rielezione di Governatori degli Stati e dei Sindaci dei Comuni; il principio dell'autonomia dei Comuni; le garanzie dei membri del Potere Giudiziario e del Pubblico Ministero, il dovere del rendiconto della pubblica amministrazione e la possibilità di riforma costituzionale e la competenza del Legislativo per decretarla. In questo modo lo Stato della Federazione che approvasse una legge che offendesse alcuni principi sopraccitati, ai sensi il paragrafo secondo dell'articolo 13 di quella Costituzione, poteva essere obiettivo di intervento federale nel caso in cui il capo del Pubblico Ministero federale proponesse alla Suprema Corte (in conformità con quanto stabilito in quel periodo) e se tale *azione diretta di incostituzionalità di intervento* fosse accolta. Il 26 novembre 1965, l'Emendamento Costituzionale nº 16 introdusse nella Costituzione Federale del 1946, allora in vigore, veramente il controllo astratto di costituzionalità in Brasile, alterando la linea *k* dell'articolo 101, per introdurre la competenza del Supremo Tribunale Federale per processare e giudicare l*a rappresentazione contro l'incostituzionalità di legge o atto di natura normativa, federale o statale, presentata dal Procuratore Generale della Repubblica*. Come si constata, l'azione diretta di incostituzinalità di intervento non proteggeva in maniera chiara e diretta diritti fondamentali attraverso il controllo di costituzionalità, con eccezione di quei principi costituzionali già citati. L'Emendamento Costituzionale 16/1965 della Costituzione Federale del 1946 è quello che, nell'ambito del controllo astratto di costituzionalità di leggi e atti normativi, ha permesso la verifica astratta della legittimità costituzionale delle norme in tutta la loro estensione, anche e specialmente per quanto riguarda questo lavoro, per mancato rispetto alla norma costituzionale giusfondamentale.

[553] Secondo la disciplina dell'articolo 102, I, lettera "a", della Costituzione della Repubblica: "Compete al Supremo Tribunale Federale, principalmente, la salvaguardia della Costituzione, spettandogli: I – processare e giudicare originariamente: L'azione diretta di incostituzionalità di legge o atto normativo federale o statale e l'azione dichiarativa di costituzionalità di legge o atto normativo federale."

[554] Costituzione Federale, articolo 25,§ 2º.

L'attuale Costituzione permette il controllo astratto della costituzionalità delle leggi e degli atti normativi per azione e per omissione[555], per vizio formale[556] e per vizio materiale.[557] Anche la modifica del testo della stessa Costituzione, opera del potere costituente dedivato, deve adeguarsi ed è limitata a quanto stabilito dal potere costituente originario.[558] L'articolo 60 disciplina il processo formale dell'emendamento all'attuale Costituzione, attribuendo l'iniziativa a un terzo dei membri della Camera dei Deputati o del Senato, al Presidente della repubblica e a oltre la metà delle Assemblee Legislative, ciascuna esprimendosi a maggioranza relativa dei propri membri.[559] Il paragrafo primo dell'articolo 60 contempla una limitazione circostanziale al potere di riforma della costituzione, stabilendone

---

[555] Secondo SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012: "Il STF ha già avuto opportunità di stabilire la nitida separazione teorica tra le due forme di incostituzionalità. Nella ADIn 1458, il cui relatore era il Ministro Celso de Mello, si stabilì che 'il mancato rispetto della Costituzione può avvenire sia mediante azione statale, sia mediante inerzia governativa. La situazione di incostituzionalità può derivare da un comportamento attivo del Potere Pubblico, che agisce o emette norme in disaccordo con quello che dispone la Costituzione, offendendo così i precetti e i principi che in essa sono registrati. Questa condotta statale, che implica in un *facere* (azione positiva), crea l'incostituzionalità d'azione. Se lo Stato non adotta le misure necessarie alla realizzazione concreta dei precetti della Costituzione, per renderli efficaci, operanti e realizzabili, astenendosi, di conseguenza, dal rispettare il dovere di prestazione che la Costituzione gli impone, inciderà in una violazione negativa del testo costituzionale. Da questo *non facere* o *non praestare* risulterà l'incostituzionalità per omissione, che può essere totale, quando nessun provvedimento viene adottato, o parziale quando è insufficiente alla misura effettiva del Potere Pubblico" (pagg. 786-787; la decisione del Supremo Tribunale Federale è pubblicata nel "Diario da Justiça" del 20.09.1996).

[556] Idem: "La produzione di legge esige l'osservanza di presupposti e requisiti procedurali, il cui rispetto è imprescindibile affinché la legge sia costituzionale. La Costituzione regola il modo come la legge e altri atti normativi primari – previsti nell'art. 59 – devono essere creati, stabilendo chi ha la competenza per produrli e i requisiti procedurali che devono essere osservati per la sua produzione. Mancanze relative alla cmpetenza o al rispetto delle formalità procedurali, viziano il processo di formazione della legge, rendendola formalmente incostituzionale" (pag. 776).

[557] Così in MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007: "I vizi materiali riguardano il contenuto stesso o l'aspetto della sostanza dell'atto, avendo origine da un conflitto di regole o principi stabiliti dalla Costituzione. L'incostituzionalità materiale comprende, però, non solo il contrasto diretto dell'atto legislativo con il parametro costituzionale, ma anche la valutazione della deviazione di potere o dell'eccesso di potere legislativo. È possibile che il vizio di incostituzionalità sostanziale derivante dall'eccesso di potere legislativo costituisca uno dei più tormantati temi del controllo odierno di costituzionalità. Si ha cura di valutare la compatibilità della legge con gli scopi costituzionalmente previsti o di constatare l'osservanza del principio della proporzionalità, cioè, di procedere alla censura sull'adeguamento e necessità dell'atto legislativo" (pag. 963).

[558] MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, pagg. 106-107. Il caso che serve da esempio è il processo, da parte del Supremo Tribunale Federale, della ADIn nº 4.307, presentata dal Procuratore Generale della Repubblica contro l'art. 3º, comma I, dell'Emendamento Costituzionale nº 58/2009, che ha modificato il comma IV del *caput* dell'art. 29 e dell'art. 29 e della Costituzione Brasiliana. L'Emendamento Costituzionale in causa dispone sulla ricomposizione delle Camere Municipali degli Assessori (organo legislativo dei Municipi) a causa dell'aumento del numero di posti, determinando che fossero insediate nei posti aggiunti i candidati che avvessero ottenuto appena la condizione di supplente. Il STF decise, argomentando che nelle elezioni del 2008 i supplenti non erano stati votati per i seggi creati dall'emendamento alla Costituzione, ragion per cui era in gioco il diritto inerente alla cittadinanza ed è stata sospesa l'applicazione del dispositivo per incostituzionalità, a causa dell'offesa della norma costituzionale che istituisce la democrazia rappresentativa nella composizione deglo organi del Potere Legislativo.

[559] Art. 60, commi I, II e III, Costituzione Federale. L'espressione maggioranza relativa prende in considerazione la maggioranza dei membri presenti alla sessione di votazione.

la sua impossibilità quando è in vigore un intervento federale[560] o quando è in vigore lo stato di difesa o lo stato d'assedio. Il procedimento, previsto dal § 2º, stabilisce la necessità di due votazioni in ognuna delle case legislative federali con approvazione dei tre quinti dei rispettivi membri. Il § 5º, a sua volta, determina che la materia che consta nella proposta di emendamento respinta o considerata non idonea, non può essere oggetto di una nuova proposta durante la stessa seduta legislativa. Nel § 4º vengono stabiliti i limiti materiali al potere di riforma costituzionale[561], tra i quali, nel comma IV, sono elencati i diritti e le garanzie individuali. Nella dizione costituionale, considerando il § 4º, IV, *non sarà oggetto di delibera la proposta di emendamento tendente ad abolire diritti e garanzie individuali*. Questa è senza dubbio la più forte protezione che una costituzione brasiliana ha stabilito in favore dei diritti fondamentali contro la forza erosiva del potere costituente derivato. Inoltre gli stessi emendamenti costituzionali si sottopongono al controllo di costituzionalità[562], sia relativamente alla forma, sia al contenuto.

È conveniente riferire, tuttavia, che da un lato ciò che è stato vietato è l'abolizione dei diritti fondamentali, non l'alterazione pura e semplice del suo contenuto o anche del suo obiettivo[563]. D'altro canto conquista rilevanza la protezione se consideriamo che basta che la proposta di emendamento tendenzialmente provochi l'abolizione di un diritto fondamentale, senza l'esigenza della Costituzione che la proposta di emendamento ne causi direttamente la soppressione. In questo senso è rilevante la lezione di Sarlet, quando afferma:

> (...) lascia intravedere due direttive: non solo alterazioni della Costituzione che hanno come obiettivo la soppressione dei principi portati a condizione di "clausole fondamentali", ma anche quelle che rivelano una tendenza alla loro soppressione sono vietate; b) i progetti di emendamento minacciano questi principi, non potranno giammai essere analizzati e votati dal Congresso, in modo tale che anche prima della sua promulgazione si renda possibile il controllo giurisdizionale di costituzionalità.[564]

Infine è necessario far citare che nella dottrina brasiliana si è già consolidata l'interpretazione che l'espressione *diritti e garanzie individuali*, utilizzata nel comma IV, § 4º, dell'articolo 60 della Costituzione Federale comprende, in realtà, diritti individuali e

---

[560] L'intervento dell'Unione Federale negli Stati e nel Distretto Federale è disciplinata dagli articoli 34 fino al 36 della CF e solo per eccezione gode di autorizzazione costituzionale affinché avvenga quando presenti le ipotesi di fatto elencate ai commi dell'articolo 34. È rilevante menzionare che l'articolo 34, VII, lettera 'b', contempla una forma di protezione ai diritti della persona umana nel decretare l'intervendo federale, avendo come scopo assicurare la rispettiva osservanza. Il comma trattato si occupa della protezione dei cosiddetti *principi costituzionali sensibili*, considerati così data la loro importanza, e ciò fa si che, in caso di violazione di uno qualsiasi di essi per atto dello Stato membro della federazione o da parte del Distretto Federale, la Costituzione autorizzi il decreto di intervento federale nell'ente statale che ha causato la violazione.

[561] Abbiamo preso a prestito l'espressione di **SARLET**, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 10ª Edizione, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, pagg. 412-420.

[562] GiÀ il 1º ottobre 1926, in occasione del processo di Habeas Corpus nº 18.178, il Supremo Tribunale Federale affermò la fattibilità del controllo di costituzionalità di riforma della Ocstituzione, nello specifico relativamente alla Costituzione del 1891, diventando prassi in Brasile la concezione secondo la quale le modifiche costituzionali sono passibili di controllo di costituzionalità.

[563] Questo, in caso di riduzione è protetto dalla clausola implicita dello Stato Democratico di Diritto della *proibizione di peggioramento sociale*.

[564] Op. cit. pag. 419. Il Supremo Tribunale Federale ha già avuto l'opportunità di affermare l'applicazione di misura giudiziale contro un atto del Potere Legislativo che, nell'esercizio del Potere Costituente Derivato, sottopone la delibera proposta di emendamento costituzionale che affronta la norma contenuta nell'art. 60, § 4º, IV della Costituzione Federale, quando giudicò l'Aione Diretta di Incostituzionalità nº 466-2, del Distretto Federale, il 3 aprile 1991.

collettivi, diritti sociali e diritti diffusi senza nessuna esclusione.[565] Cioè, nel sistema costituzionale brasiliano in vigore, l'interezza dei diritti fondamentali è protetta dalla clausola di limite materiale al potere di riforma costituzionale.

L'azione diretta di incostituzionalità ha svolto in Brasile un importante ruolo garantista nella misura in cui impedisce l'azione e l'omissione legislativa erosive dei diritti fondamentali, specialmente a partire dall'entrata in vigore della Legge nº 9.868, del 10 novembre 1999, il cui articolo 28, paragrafo unico, applica esplicitamente l'interpretazione secondo la Costituzione e la dichiarazione parziale di incostituzionalità senza riduzione di testo, ipotesi in cui l'enunciato la cui costituzionalità è messa in discussione rimane in vigore, ma con interpretazione fissata dalla decisione del Supremo Tribunale Federale che, ovviamente, farà un'interpretazione in conformità alla Costituzione o, più specificamente, potrà fissare un'interpretazione conforme ai diritti fondamentali. In queste ipotesi il Tribunale va oltre la condizione di legislatore negativo, attribuendo validità appena all'interpretazione che favorisca una normatività non in disaccordo con la Costituzione e affermando l'incostituzionalità di tutti gli altri significati attribuiti alla norma in questione e non quella da esso definita.

6.2.2 Argomentazione di disadempimento di precetto fondamentale

La "arguição de descumprimento de preceito fundamental"[566] (ADPF) è un istituto di natura giurisdizionale che, in una delle sue modalità, è un mezzo di controllo di costituzionalità concentrato che è previsto nel testo costituzionale brasiliano sin dalla sua entrata in vigore il 5 ottobre 1988. Tuttavia l'azione denominata ADPF si è concretizzata solamente quando la sua caratteristica divenne più chiara e definita dopo che sono trascorsi undici anni dall'entrata in vigore della Legge nº 9.882 del 3 dicembre 1999. Secondo la citata legge si applica la ADPF quando è rilevante il fondamento della controversia costituzionale sulla legge o atto normativo federale, statale o municipale, anche se in vigore prima dell'inizio dell'attuale Costituzione. Immediatamente due aspetti si mettono in evidenza. Innanzitutto che esista la necessità che esista una controversia rilevante sulla compatibilità logica di una determinata norma con una norma costituzionale. Deve pertanto accadere un dissenso di giurisprudenza sulla costituzionalità della norma presentata che non rispetta il precetto fondamentale. In secondo piano la circostanza per cui la legge autorizza l'esame della costituzionalità sia della norma pre costituzionale, sia intesa quella con vigenza recedente all'attuale Costituzione e anche il fatto secondo cui la norma a livello municipale può entrare in contrasto diretto con la Costituzione Federale, attraverso il controllo

[565] Secondo quanto informa **SARLET** nell'opera già citata, pagg. 424-427,difendono questa posizione M. A. Ribeiro Lopes, *Poder Constituinte Reformador*; G. J. da Costa e Silva, *Os Limites da Reforma Constitucional*; R. Brandão, *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*; L. C. Pinto Netto, *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*, tra gli altri.

[566] Costituzione Federale, art. 101, § 1º: "la ADPF, derivante da questa Costituzione, sarà analizzata dal Supremo Tribunale Federale, ai sensi della legge."

concentrato che è formulato in tesi. Nell'universo giuridico brasiliano dopo l'entrata in vigore dell'attuale Costituzione Federale, il Supremo Tribunale Federale ha avuto l'opportunità di pronunciarsi e l'ha fatto affermando la tesi secondo cui la norma precedente all'entrata in vigore della Costituzione, non essendo con essa compatibile dal punto di vista logico, visto che il suo contenuto offende il contenuto della norma costituzionale, non si tratta di norma incostituzionale, ma di una norma che non è stata recepita dal nuovo ordine costituzionale, il che equivale alla revoca.

> La materia ha provocato un acceso dibattito presso il Supremo Tribunale Federale, con la vittoria della tesi della revoca, tradizionale nel Diritto brasiliano. Il relatore del *leading case* dopo il 1988 (ADI 02-DF, DJ de 21-11-1997), Ministro Paulo Brossard, ha invocato la dottrina tradizionale secondo la quale se l'incostituzionalità della legge causa la sua nullità assoluta, provoca sempre la sua invalidità. Ma, ha ponderato, se la legge è stata redatta correttamente durante la Costituzione precedente, essa non può essere considerata nulla, da sempre, solo perché la nuova Costituzione è incompatibile con essa. La legge appena cessa di operare con l'avvento della nuova Carta. Il fenomeno potrebbe verificarsi solo, per questo, come ipotesi di revoca.[567]

D'altro canto, con la motivazione secondo cui il controllo concentrato di costituzionalità è ecceionale e deve essere esplicitamente previsto nel testo della Costituzione, in Brasile si è sempre interpretato che, in assenza di una previsione esplicita della possibilità di controllo con azione diretta di incostituzionalità (ADI) nel testo della Costituzione Federale – l'articolo 102, I, "*a*" dice: *azione diretta di incostituzonalità di legge o atto normativo federale o statale (...)* senza nessun tipo di riferimento alla legge o atto normativo municipale, poiché non regolamentata da ADPF dalla Legge nº 9.882/99, si interpretava come assente il controllo astratto di cstituzionalità di legge o atto normativo municipale rispetto alla Costituzione Federale. In questo modo è possibile concludere che la regolamentazione della presentazione del mancato rispetto del principio fondamentale, nel comprendere tra i suoi possibili oggetti sia il diritto pre costituzionale, sia il diritto municipale, ha sensibilmente ampliato la protezione dei diritti fondamentali, allargando l'universo raggiunto dall'imposizione del contenuto delle norme costituzionali che precedentemente si limitava a leggi e atti normativi statali e federali la cui entrata in vigore fosse iniziata dopo la promulgazione della Costituzione attuale. Deve si deve aggiungere che sia l'incostituzionalità per azione, sia l'incostituzionalità per omissione[568] possono essere oggetto della ADPF che,

[567] MENDES, Gilmar e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 6ª Edizione, São Paulo: Saraiva, pag. 125.

[568] Il Supremo Tribunale Federale, nonostante la Legge nº 9.882/1999 non faccia nessun riferimento esplicito all'omissione incostituzionale, in occasione del processo della ADPF nº 4, a maggioranza di voti, decise che è ammissibile la ADPF in caso di omissione incostituzionale e, quando è stata discussa l'esistenza dell'applicazione dell'Azione Diretta di Incostituzionalità per Omissione come mezzo idoneo, si è interpretata favorevolmente l'applicazione della ADPF proprio perché nel caso della ADI per omissione, in presenza di basi, la disposizione giudiziale si limiterà a informare il Potere competente per l'adozione di provvedimenti necessari e, solo tratandosi di organo amministrativo, potrà essere fissato il periodo di trenta giorni, secondo i termini dell'art. 103, § 2º, della Costituzione Federale. Così la ADI per omissione non sarebbe un mezzo idoneo, trattandosi di legge o oggetto della ADPF, perché non si potrebbe stabilire, per il legislatore, un periodo per l'elaborazione della legge.

per esplicita previsione legale[569], solamente sarà ammessa, elaborata e giudicata quando non vi sarà nessun altro mezzo efficace a sanarne la nocività, il che implica affermarne la sua natura residua. Infine, per meglio definire i contorni dell'istituto di cui si sta trattando, è importante considerare che la ADPF ha senso non solo contro leggi o atti normativi, ma anche nei confronti di atti amministrativi, visto che l'articolo 1º della Legge che la regolamenta menziona che tale azione *avrà come oggetto quello di evitare o riparare un danno a un precetto fondamentale, derivante da atto del Potere Pubblico*. La ADPF dovrà sempre passare dal il Supremo Tribunale Federale[570] e può essere un'azione autonoma o incidentale ad un altro processo che sia già in analisi quando ha come oggetto una legge o atto normativo. In qualsiasi ipotesi, avendo come oggetto un atto normativo, il giudizio spetterà al Supremo Tribunale Federale e la decisione avrà efficacia contro tutti ed effetto vincolante agli altri organi del Potere Pubblico[571], caratterizzandosi come controllo concentrato. Per concludere, è interessante osservare che la ADPF prevede una decisione cautelare che potrà consistere nella determinazione che giudici e tribunali sospendano l'andamento del processo[572] o gli effetti delle decisioni giudiziali o di qualsiasi altra misura che abbia un rapporto con la materia oggetto della ADPF, eccetto quelle derivanti da cosa giudicata.[573]

6.2.3Mandato di ingiunzione

Il mandato di ingiunzione è previsto dall'articolo 5º, LXXI, per i casi in cui l'assenza di norma regolamentatrice, cioè l'omissione legislativa incostituzionale, renda impraticabile l'esercizio di diritti e libertà costituzionali e delle prerogative inerenti alla nazionalità, alla sovranità e alla cittadinanza. Come si constata facilmente, si tratta di una garanzia destinata appositamente al diritto soggettivo. Sin dall'inizio della vigenza dell'attuale

---

[569] Legge 9.882/1999, art. 4º, § 1º: "Non sarà ammessa l'ADPF in presenza di qualsiasi altro mezzo efficace di sanare la lesività"

[570] Legge 9.882/1999, art. 1º, *caput*.

[571] Negli esatti termini dell'art. 10, § 3º della Legge nº 9.882/1999.

[572] In un processo estremamente polemico sulla possibilità di interruzione provocata della gravidanza in caso di dimostrata gestazione di feto anencefalico, allontantando la figura penale del crimine di aborto, il Supremo Tribunale Federale, vista la ADPF presentata dal Pubblico Ministero incidentalmente al processo in cui una coppia richiedeva l'autorizzazione giudiziale per la realizzazione di aborto, decise cautelativamente nei seguenti termini: "ADPF – ADEGUAMENTO – INTERRUZIONE DELLA GRAVIDANZA – FETO ANENCEFALO – POLITICA GIUDIZIARIA – MACROPROCESSO. Non appena possibile, deve essere data continuità al processo obiettivo, arrivando, quanto prima, alla decisione del Supremo Tribunale Federale. In gioco vi sono valori consagrati nella Legge Fondamentale – come sono la dignità della persona umana, la sanità, la libertà e l'autonomia della manifestazione della volontà e della legalità -, considerati l'interruzione della gravidanza di feto anencefalo e le differenti prospettive sulla configurazione del crimine di aborto, adeguata sorge la ADPF. ADPF - CAUTELARE - ANENCEFALIA - INTERRUZIONE DELLA GRAVIDANZA - GLOSSA PENALE - PROCESSI IN CORSO - SOSPENSIONE. La ADPF in attesa di giudizio, processi criminali in corso, vista l'interruzione della gravidanza in caso di anencefalia, devono rimanere sospesi fino fino all'analisi da parte del Supremo Tribunale Federale ADPF – CAUTELARE – ANENCEFALIA – INTERRUZIONE DELLA GRAVIDANZA – GLOSSA PENALE – ATTENUAZIONE. Nell'interpretazione della maggioranza, rispetto alla quale ho delle riserve, non prevale, nella ADPF, cautelare nel senso di escludere la glossa penale relativamente a coloro che partecipino all'interruzione di gravidanza in caso di anencefalia."

[573] È esattamente ciò che consta nell'art. 5º, § 3º, della Legge nº 9.882/1999.

Costituzione Federale si formarono tre correnti di dottrina sul contenuto e l'importanza del diritto fondamentale del mandato di ingiunzione. La maggioranza della dottrina intese che l'oggetto del mandato di ingiunzione è, innanzitutto, il riconoscimento dell'omissione legislativa che non rende possibile l'esercizio di diritti e libertà costituzionali e delle prerogative inerenti la nazionalità, la sovranità e la cittadinanza, e in un secondo momento, l'attribuzione della norma regolamentare mancante spettando al Potere Giudiziario, nel giudicare tale azione, emettere una decisione sia con contenuto dichiarativo, sia normativo.[574]. Un'altra corrente attribuì all'oggetto del mandato di ingiunzione, oltre al riconoscimento della mora legislativa e della disposizione normativa, anche la disposizione giudiziale sostanziale relativamente al diritto materiale che la parte autrice desideri esercitare. Questa posizione estremista è sempre stata minoritaria nella dottrina e non trovò risonanza nella giurisprudenza brasiliana. All'estremo opposto una posizione intese che spetta al Potere Giudiziario, nel giudicare il mandato di ingiunzione, appena analizzare e dichiarare, se fosse il caso, la mora legislativa, informandone il contenuto della sua decisione all'organo competente per la sua elaborazione[575], secondo i modelli esplicitamente previsti dalla Costituzione Federale per l'azione dichiarativa di incostituzionalità per omissione[576] - fu questa la prima ad essere adottata dal Supremo Tribunale Federale. Contemporaneamente nel Supremo Tribunale Federale si consolidò l'interpretazione nel senso che la posizione intermediaria – né quella che intravede nell'istituto l'oggetto appena dichiarativo, né quella, dall'altra estremità, che in esso ne intravede il contenuto dichiarativo, normativo e di condanna -, ossia, quella che attribuisce al mandato di ingiunzione il contenuto dichiarativo e normativo, deve prevalere. In caso di giudizio del mandato di ingiunzione (MI) nº 758, nel 2008, il Supremo Tribunale Federale determinò, all'unanimità, l'applicazione analogica di una norma per regolare la situazione in cui si trovava l'autore:

> Mandato di ingiunzione – Natura. Secondo quanto disposto dal comma LXXI dell'articolo 5º dela Costituzione Federale, si concederà mandato di ingiunzione quando necessario all'esercizio di diritti e libertà costituzionali e delle prerogative inerenti la nazionalità, la sovranità e la cittadinanza. Vi è un'azione di mandato e non semplicemente dichiarativa dell'omissione. La responsabilità della dichiarazione non è oggetto della richiesta, ma premessa dell'ordine che sarà formalizzato. Mandato di ingiunzione – Decisione – Fattori. Trattandosi di un processo soggettivo, la decisione possiede efficacia considerato il rapporto giuridico in esso rivelato. Pensione – Lavoro in condizioni speciali – Danno alla salute del lavoratore – Assenza di legge complementare – Articolo 40, § 4º della Costituzione Federale. La disciplina specifica della pensionistica speciale del dipendente pubblico

[574] VELOSO, Zeno. *Controle de constitucionalidade.* 2ª edizione, 2000, Belo Horizonte: Editora Del Rey, pag. 274.

[575] Questa è stata la posizione adottata dal Supremo Tribunale Federale in occasione dei primi mandati di ingiunzione, dove il MI nº 107 fu la prima opportunità in cui il STF analizzò questa questione e adottò la posizione più ristretta, attribuendo al mandato di ingiunzione appena un contenuto dichiarativo. Successivamente la posizione della Corte, pian piano, si modificò fino a quando, a partire dal MI nº 283 il STF, per la prima volta, stipulò una scadenza affinché fosse fissata la mora legislativa.

[576] Costituzione Federale, art. 103, § 3º: Dichiarata l'incostituzionalità per omissione di misura per rendere effettiva una norma costituzionale, sarà informato il Potere competente per l'adozione dei provvedimenti necessari e, trattandosi di organo amministrativo, per farlo entro trenta giorni.

> è assente, si impone l'adozione, attraverso dichiarazione giudiziale, della stessa ai lavoratori in generale – art. 57, § 1º, della Legge nº 8.213/91.[577]

In questo modo il Tribunale, una volta riconosciuta la mora legislativa, ha concesso la norma da applicare, anche se analogicamente, al caso concreto, come forma per consentire l'esercizio del diritto fondamentale relativamente al quale vi era omissione legislativa. Con questa interpretazione il Supremo Tribunale Federale ha attribuito al mandato di ingiunzione caratteristiche adeguate al suo profilo costituzionale, assicurandogli la condizione di garanzia costituzionale di esercizio dei diritti che tutela attraverso l'imposizione della supremazia della norma costituzionale alla legge ordinaria. Si noti che questa soluzione non si addentra nell'esame dell'esistenza o meno, nel caso concreto, di requisiti necessari e sufficienti affinché nella stessa azione del mandato di ingiunzione già risulti deciso se l'autore ha o meno il diritto che pretende sia preservato. Il giudicante fa appena la verifica dell'esistenza di omissione legislativa e, verificandosi questo caso, indica la norma da adottare in considerazione, quando in futuro venga realizzata la verifica della quantificazione o meno del diritto in favore dell'autore. Di grande ripercussione in Brasile e rappresentativo dell'evoluzione della giurisprudenza nel senso dell'affermazione delle imposizioni costituzionali è stato il caso relativo al diritto di sciopero del lavoratori del pubblico impiego. Nel 1996 il Supremo Tribunale Federale giudicando il MI nº 20 decise che i diritto fondamentale allo sciopero[578] da parte dei dipendenti pubblici non sarebbe potuto essere esercitato fino a quando fosse regolamentato da una legge complementare, con base in cui la norma costituzionale che lo istituisce è di efficacia limitata e, pertanto, non autoapplicabile.[579] Nel 2002 i MI 485 e MI 585 ricevettero una decisione con lo stesso indirizzo.[580] In tali opportunità il Ministro Carlos Velloso esprimeva la sua interpretazione nel senso che si applicasse provvisoriamente ai pubblici dipendenti civili, la regolamentazione in vigore per i lavoratori dell'iniziativa privata[581], come pure per il caso del giudizio del MI 631, nel 2002, dove il citato Ministro del Supremo Tribunale Federale ha emesso voto nei seguenti termini:

> Così, Sig. Presidente, faccio quello che la Costituzione determina che io faccia come giudice: elaborare la norma per il caso concreto, la norma che consentirà, ai sensi di quanto disposto nell'art. 5º, LXXI della Legge Maggiore, l'esercizio del diritto di sciopero del pubblico impiego. La norma per il caso concreto sarà la legge di sciopero dei lavoratori, la Legge 7.783 del 28.6.89. Cioè, determino che venga applicata, nel caso concreto, la legge che dispone in merito all'esercizio del diritto di sciopero dei lavoratori in genere, che definisce le attività essenziali e che regola il servizio delle necessità urgenti della comunità. Se che nella Legge 7.783 viene disposto che essa non si applica ai dipendenti pubblici. Tuttavia, dato che devo

[577] MI nº 758, Relatore Ministro Marco Aurélio, decisione pubblicata nel "Diario da Justiça" del 26.9.2008. Decisioni con lo stesso senso sono state emesse nei MI 788, Relatore Ministro Carlos Britto, DJ 8.5.2009 e MI 795, Relatore Ministro Cármen Lúcia, DJ del 22.5.2009.

[578] Costituzione Federale, art. 9º, caput: "È garantito il diritto allo sciopero, spettando ai lavoratori decidere sull'opportunità di esercitarlo e sugli interessi che debbano, attraverso questo mezzo, difendere."

[579] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 6ª Edizione, 2011, São Paulo: Saraiva, pag. 1325.

[580] Ibidem.

[581] La Legge nº 7.783 del 28 giugno 1989, regolamenta l'esercizio del diritto allo sciopero per i lavoratori dell'iniziativa privata.

> fissare la norma per il caso concreto, penso che devo e posso estendere ai dipendenti pubblici la norma già esistente, che dispone a proposito del diritto di sciopero.[582]

Il voto del Ministro, implicitamente, è ancorato alla concezione secondo la quale la Costituzione, nell'ambito dello Stato costituzionale di Diritto, impone doveri a tutti, compresi gli organi di Stato, tra essi considerato il legislatore e, questa imposizione di doveri ha come obiettivo la garanzia dell'esercizio dei diritti fondamentali e con questo l'idea stessa di separazione dei poteri diventa funzionale a tal fine, dovendo essere necessariamente rielaborata a partire da tali considerazioni.

Nella seduta del Supremo Tribunale Federale del 7 giugno 2006, quatro anni dopo, i Ministri Eros Grau, relatore del MI 712-PA, e Gilmar Mendes, relatore del MI 670/ES, hanno proposto che fosse rivista l'opinione della Corte, postulando l'adozione di una soluzione normativa per i mandati di ingiunzione.[583] Il 25 ottobre 2007, con la maggioranza dei voti, il Supremo Tribunale Federale adottò la decisione normativa per quei mandati di ingiunzione, stabilendo come soluzione all'omissione legislativa impeditiva dell'esercizio del diritto di sciopero nel pubblico impiego civile l'applicazione, quando possibile, della Legge 7.783, poiché non specificamente regolamentato dal legislatore ordinario lo sciopero nel pubblico impiego.

Infine è necessario riferire che, avendo il mandato di ingiunzione come oggetto la protezione del diritto soggettivo all'esercizio di un diritto costituzionalmente stabilito non praticabile per omissione legislativa, gli effetti della decisione devono limitarsi all'universo *inter partes*. Però in casi come quello del diritto allo sciopero, il Supremo Tribunale Federale ha esposto una posizione affinché tali decisioni comportino una dimensione oggettiva, con l'efficacia *erga omnes*, vista la speciale protezione che necessita l'ordine costituzionale attraverso meccanismi processuali celeri ed efficaci, come risulta dall'attribuzione di effetti normativi generali alle decisioni in mandati di ingiunzione.[584] Questa interpretazione divenne esplicita quando venne giudicato il Ricorso[585] Costituzionale nº 6.200-0/RN, in cui fu rafforzata l'interpretazione degli effetti *erga omnes* derivanti dalla dimensione oggettiva delle decisioni emesse nei MI 670/ES, 708/DF e 712/PA. [586]

---

[582] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª Edizione, 2011, São Paulo: Saraiva, pag. 1326.
[583] Ibidem.
[584] Idem, pagg. 1334-1335.
[585] Il Ricorso è previsto nella Costituzione Federale, art. 102, comma I, lettera 'l', come misura da proporre dinanzi al Supremo Tribunale Federale per la salvaguardia della sua competenza e garanzia dell'autorità delle sue decisioni.
[586] MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª Edizione, 2011, São Paulo: Saraiva, pag. 1335, nota 35.

6.2.4 Controllo diffuso di costituzionalità

Come è noto il controllo diffuso di costituzionalità ebbe origine nel caso *Marbury v. Madison*[587] giudicato dalla Suprema Corte degli Stati Uniti nel 1803, quando venne deciso che qualsiasi giudice ha il potere e il dovere di negare la validità e non applicare la legge che si mostri incompatibile con la Costituzione. Pertanto in qualsiasi processo giudiziale che sia stato proposto per risolvere un conflitto di interessi di qualsiasi tipo, e la soluzione del caso deve aver decorrere dall'applicazione di una norma giuridica, si mette la questione indispensabile della verifica della compatibilità di tale norma rispetto al parametro costituzionale. Come gli effetti della decisione di merito del processo si producono solo rispetto alle parti che in esso abbiano preso parte, allo stesso modo la decisione sul controllo incidentale di costituzionalità avrà effetti *inter partes*.[588] Nel contesto brasiliano il controllo incidentale di costituzionalità può essere reso efficace sia attraverso documento del giudice, sia su richiesta della parte o del Pubblico Ministero, se interviene nel caso[589], non essendoci preclusione perché possa esser sollevata la questione costituzionale, dato che l'incostituzionabilità non prescrive. Il controllo diffuso di costituzionalità comprende il controllo dell'omissione costituzionale[590], dato che è costituzionalmente concesso al giudice effettuare il controllo diffuso dell'incostituzionalità per azione e con ciò non applicare una norma incompatibile con la Costituzione, non vi sarà ragione logica che impedisca al giudice di riconoscere, dato il caso concreto, l'incostituzionalità per omissione e prendere in considerazione questa constatazione al momento dell'emissione del proprio giudizio della causa. In questo senso si posiziona la dottrina brasiliana più contemporanea che tratta della materia:

> Sono frequenti le azioni collettive in cui il legittimato, nel richiedere la tutela di un determinato diritto fondamentale di natura diffusa o collettiva, deduce, come causa di richiesta, una violazione per il cui mancato avvenimento sarebbe necessaria una norma di protezione o tutela. Sono comuni anche le azioni individuali nelle quali, in base a un diritto fondamentale non *protetto normativamente*, si richiede una p*restazione fatica* che sarebbe a carico dello Stato. Si noti che la protezione di un diritto fondamentale può dipendere da una norma impositiva o proibitiva. Così è possibile che, per la tutela del diritto ambientale, del diritto del consumatore, ecc., sia necessaria una norma imponendo una condotta positiva o negativa all'amministrato. Per obbligarlo, per esempio, ad installare (norma positiva) una tecnologia destinata a diminuire l'emissione di gas inquinanti o a non vendere (norma negativa) un prodotto con una determinata sostanza. Inoltre vi sono casi in cui la prestazione statale, nonostante sia di natura fatica, dipende da una norma attributiva di diritto. È il caso, per esempio, dei farmaci in cui l'individuo, affermando il diritto fondamentale alla salute, postula, nei confronti dello Stato-

[587] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).
[588] SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pag. 812.
[589] Idem, pagg. 813-820.
[590] Idem, pag. 891.

Amministrazione, un determinato farmaco non disciplinato nella legislazione in vigore.[591]

È interessante osservare che un fenomeno simile a questo avvenga in un paese come l'Italia, in cui l'ordinamento giuridico non contempla esplicitamente la categoria dogmatico-costituzionale del'incostituzionalità per omissione. La dottrina che si occupa del tema dei diritti fondamentali[592] in evidenza nello scenario italiano analizza, per esempio, l'attribuzione giurisprudenziale di protezione costituzionale al diritto all'identità personale che non trova un'esplicita previsione nell'ordinamento costituzionale, ma che si desume dalla Costituzione come "(...) un <<*nuovo diritto fondamentale*>>, *il prodotto di un orientamento giurisprudenziale maturato a partire circa dalla metà degli anni settanta del secolo scorso*."[593] Prendendo in considerazione che l'azione giudiziale così realizzata implica la creazione del diritto, Pino[594] propone tre forme di risposta alla domanda se e in che misura i giudici creano diritto. Questo approccio è rilevante se consideraimo che, mentre in Brasile vi è una previsione esplicita dell'omissione incostituzionale e in Italia no, e, allo stesso modo, in Brasile è possibile il controllo diffuso di costituzionalità e, come già analizzato, il controllo diffuso di costituzionalità per omissione (che funziona in molte opportunità come forma di attribuzione di diritti considerati come impliciti in norme costituzionali). In Italia non esiste il controllo diffuso di costituzionalità.[595] Nella prospettiva teorico-generale, secondo l'autore è utile far ricorso alla distinzione elaborata da Pierluigi Chiassoni tra potere *nomotetico* e potere *nomopoietico*, dove il primo corrisponde al potere di dettare regole che creano un obbligo giuridico di osservanza da parte dei destinatari e il secondo si riferisce al potere di formulare nuovi precetti giuridici, non precostituiti e di una certa rilevanza per l'ordinamento giuridico. [596] L'autore continua chiarendo che la funzione *nomotetica* sarebbe contenuta nel dispositivo della sentenza giudiziale, mentre la funzione *nomopoietica* risiederebbe nella motivazione.[597] Ciò si caratterizza come un problema di ordine dogmatico e la risposta sul potere del giudice dipenderà dalla contingenza dell'ordinamento giuridico considerato in merito alla possibilità della motivazione della decisione di essere o meno dotata di effetto vincolante, anche per i giudici che giudichino casi simili. Nella prospettiva dogmatica l'autore intende che nel caso italiano, il giudice detiene contemporaneamente un potere *nomotetico* in generale e un potere *nomopoietico* in particolare quando, per esempio, può colmare lacune. La prospettiva empirico-sociologica si riferisce al potere di influenza che una decisione può esercitare sulle decisioni future di casi analoghi. La risposta dell'autore alle domande iniziali sono nel senso che, in una prospettiva teorico-generale, i giudici realizzano funzioni *nomopoietiche* quando

[591] SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, pag. 891-892.
[592] PINO, Giorgio. *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*. Bologna: Il Mulino, 2003.
[593] PINO, op. cit., pagg. 34-35.
[594] Idem, pag. 60.
[595] CICCONETTI, Stefano Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli, 2006, pagg. 8-9: "In Italia, come è già in precedenza in Austria nel 1920 e come sucessivamente in Germania nel 1949 ed in Spagna nel 1978, la scenta dell"Assemblea costituente fu per l'introduzione di un giudizio di legitimità costituzionale di tipo accentrato, affidato ad un organo hiamato Corte costituzionale".
[596] PINO, op. cit., pag. 60.
[597] Idem, pag. 60-61.

formulano regole di comportamento generali e astratte, specialmente nel caso di riempimento di lacune o quando formulano regole generali e astratte nel rimuovere antinomie dell'ordinamento o, ancora, quando coniano definizioni di concetti giuridici indeterminati e clausole generali. [598]

Ora, secondo il nostro punto di vista questa forma di agire del giudice nel contesto italiano corrisponde a quello che il controllo diffuso di costituzionalità permette al giudice nel contesto brasiliano, sia rimuovendo antinomie quando si tratta di incostituzionalità per azione che viola diritti fondamentali, sia colmando lacune quando si tratta di incostituzionalità per omissione che impedisce l'esercizio di un diritto fondamentale. Tuttavia, trattandosi di un controllo diffuso, in Brasile la natura di questa attuazione sarà sempre *nomotetica*.

In qualsiasi caso il controllo diffuso di costituzionalità consente un rafforzamento nell'imposizione della supremazia gerarchica della Costituzione e, di conseguenza, una maggior possibilità di effetto dei diritti fondamentali.

[598] Qui sempre l'approccio ha come riferimento l'opera di Giorgio Pino *Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, in particolare il capitolo terzo.

CONCLUSIONE

La presente tesi ha come scopo quello di rispondere a una domanda iniziale: la legge, come concepita a partire dalla Rivoluzione Francese, è capace di permettere l'efficacia dei diritti fondamentali nello Stato contemporaneo? Col rischio che la risposta sia negativa, vi è la necessità di identificare e considerare i problemi da superare.

La ricerca realizzata permette l'elaborazione di una risposta complessa dovuta all'insieme di elementi e di circostanze di ordine politico, di natura di teoria generale del diritto e di ordine giuridico-dogmatico che si presentano.

La questione iniziale si riferisce all'interpretazione che si può e si deve avere sul significato del contenuto dell'articolo XVI della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino elaborata in Francia nel 1789. Ma prima che ciò possa essere analizzato a livello di conclusione, è necessario tornare nel tempo storico e analizzare il periodo pre-moderno del Diritto e la concezione di legge che in esso si costruì durante i secoli.

Il problema iniziale è l'idea di legge che durante un lungo periodo di tempo fu elaborata dai dottori del cristianesimo quando il sapere scientifico in generale, e giuridico in particolare, furono associati alla conoscenza del mondo attraverso l'ottica religiosa cristiana predominante nel mondo occidentale. Costruita in questo contesto, la nozione di legge si installa su una base metafisica, di natura religiosa, a partire dall'idea secondo la quale, visto che gli uomini sono caduti nel peccato ed espulsi dal paradiso, vissero nel pianeta dove vi era abbondanza di risorse e beni necessari e sufficienti fino a quando l'aumento della popolazione determinò l'autorizzazione divina affinché gli uomini eleggessero un capo e avessero leggi umane che li governasse. Così, creata la necessità della legge e derivante da una necessità umana riconosciuta dalla divinità, risulta evidente il quadro di fondo che è la volontà e l'autorizzazione divina alla creazione della legge umana che, del resto, deve essere adeguata alla legge naturale e, attraverso questa via alla legge divina. Questo filo conduttore che unisce la legge umana alla legge naturale e, infine, alla legge divina è di natura logica, che deriva dalla constatazione nel senso che il pensiero religioso parte dalla premessa per cui un ente superiore creò l'universo e tutti gli esseri che in esso abitano. Se la natura fu creata, il creatore creò anche le leggi che reggono il suo funzionamento e, se gli animali, tra cui anche gli uomini furono creati, essi in quanto dotati di intelligenza possono creare le proprie leggi che non si devono rivoltare contro la volontà del creatore espressa nelle leggi divine e naturali. Vi sono, così, tre livelli sovrapposti dove la gerarchia si manifesta. Però la logica di questa gerarchia, ma anche quello che possano essere le leggi divine e il diritto naturale dipendono

da una conoscenza metafisica nella quale si ha accesso solo attraverso la fede religiosa. In questo orizzonte la legge è la forma di espressione di chia detiene il potere, la legge è autorizzata dal creatore alle creature, affinché queste regolino situazioni non cogitate nelle sacre scritture e, in particolare, regolino il diritto di appropriazione dei beni che con il passare del tempo diventano scarsi e disputati. Queste, insomma, sono le lezioni che si recuperano da giuristi teologi come Sant'Agostino, Tommaso D'Aquino, William di Ockham e Francisco Suarez. La legge, pertanto, è espressione di potere divino, la legge è sempre buona, perché Dio è buono, la legge è sempre giusta, perché Dio è giusto, la legge è sempre poderosa, perché Dio è poderoso, creatore di tutto ciò che esiste. La legge così concepita non si colloca, né può essere posta a servizio di nulla, la legge così è autosufficiente, riflette una realtà criteriosamente elaborata a partire da concetti e categorie religiose, attraverso un discorso religioso nel quale è utilizzata una grammatica teologica, ossia, la legge in questo momento è a servizio del suo creatore iniziale.

Il superamento del fondamento metafisico-religioso del Diritto avvenne, in definitiva, con la Rivoluzione Francese, ma un lungo percorso è stato fatto per la soluzione del problema originale, a causa del quale la legge non svolse il ruolo di realizzazione dei diritti. In realtà questa base metafisico-religiosa del potere della legge cede terreno a quella politica a partire dal Rinascimento, passando per un rafforzamento anticlericale nell'Illuminismo e raggiungendo il suo zenit nella Rivoluzione Francese. Ora la legge degli uomini è dissociata dalla legge di Dio, visto che la rivoluzione scientifica consentì di credere nel sapere umano illimitato, bastando per questo l'uso del metodo scientifico. Gli uomini, dotati di conoscenza scientifica, sono in condizione di conoscere le leggi che reggono il funzionamento delle società umane, così come furono capaci, attraverso la conoscenza scientifica, di conoscere le leggi della natura. Conosciute e analizzate scientificamente, per la scienza positiva, le leggi che reggono le società umane, gli uomini sono in piena condizione di elaborare, nel campo giuridico, leggi positive che regolano adeguatamente la vita in società. La novità è che il sapere necessario a ciò non è ottenuto attraverso la fede religiosa, ma per il metodo scientifico. Così il creatore viene sostituito dagli uomini e questi ricorrono alla democrazia ateniese per elaborare le proprie leggi, ma, non essendo già più possibile riunirsi tutti in assemblee in piazza pubblica per decidere sugli argomenti di interesse generale, lo fanno attraverso dei rappresentanti. I rappresentanti sono eletti da tutti e si incaricano dell'elaborazione della legge positiva che regge i destini della società, così, la legge sarà l'espressione della volontà generale perché elaborata dalle stesse persone che ad esse saranno applicate. La base del potere è l'esercizio della politica per la formazione democratica: il popolo decide in merito all'elaborazione delle proprie leggi attraverso i suoi rappresentanti. A partire da allora, vi è il feticcio della legge come espressione della volontà generale, la *legolatria*, fondata sul mito dell'onnipotenza del legislatore che come un Dio vede tutto, tutto comprende e tutto sottomette ai dettami della legge. Null'altro è superiore alla legge e al di fuori della sua portata. Tutto è sottomesso alla legge. L'era delle codificazioni è la conseguenza di questo feticismo della legge. I codici, come il primo di essi che sorse, il Codice Civile, contiene soluzioni giuridiche suppostamente per tutte le situazioni che possono avvenire nella vita quotidiana degli uomini – sin da prima della nascita, quando delle norme mettono in salvo i diritti del nascituro, fino a dopo la morte, relativamente alle

norme sull'inventario e la divisione dei beni del deceduto. L'elaborazione del Diritto avviene attraverso l'esercizio della politica. Le costituzioni, sorte a partire dalla Rivoluzione Francese, si caratterizzano in questo momento per una funzione precipuamente organica – organizzano lo Stato, definendo organi di potere e la forma come esso sarà esercitato e, inoltre, come avviene la disputa politica per il potere. Inserito in questa realtà, il legislatore è completamente libero di fare la legge che considera conveniente, quando ritiene che sia necessario e con il contenuto che gli sembri ragionevole, in fondo il risultato del gioco democratico lo ha posto nella condizione di dare il Diritto attraverso la legge. A nessuno è permesso discutere la supremazia della legge e dei parlamenti, ancor meno non rispettare il principio della legalità che determina che le azioni umane debbano avvenire a norma di legge. La politica così esercitata diventa un'attività metafisica, perché definice delle verità essenziali alla convivenza umana. La norma giuridica così elaborata, come nella fase pre-moderna, ritorna a basarsi su fondamenti metafisici, poiché se il legislatore è onnipotente, la legge sarà sempre buona, giusta e adeguata e nessuno potrà metterla in discussione. Questo contesto caratterizza lo Stato legislativo di Diritto, nel quale la politica, come espressione della maggioranza, era onnipotente perché non si sottometteva a nessuna regola giuridica. Non essendo questo contesto il causatore, permise l'ascesa dei totalitarismi del XX secolo, visto che nella concezione allora vigente del positivismo giuridico (paleo-giuspositivismo) di natura, forma e totalmente acritico secondo i modelli delle scienze della natura che per definizione sono avvaloranti, qualsiasi norma che non sia morale o religiosa, che sia stata elaborata da un organo legislativo è norma giuridica e, come tale, dotata di imperatività e deve essere osservata se si verificano le situazioni di fatto che danno effetto alla sua applicazione. Ogni Stato è Stato di Diritto.

Il Diritto e la legge così concepiti possono servire a propositi non salutari e trasformare qualcosa – lo Stato, il Diritto – che fu costruito dall'intelligenza umana per permettere una convivenza più adeguata, proprio nel suo contrario. In alcuni casi storicamente verificabili fu proprio ciò che avvenne. La politica esercitata con controlli appena formali, trasformando la volontà politica in legge, fece della legge e del Diritto delle categorie metafisiche impossibili da essere messe in discussione per mezzo di criteri e argomenti propriamente giuridici. Da qui alcune irrealtà metodologiche che si verificarono nel tentativo di sfuggire al formaliso legalista del paleo-giuspositivismo.

L'esercizio della politica in un contesto regolato appena per quanto riguarda la forma, permette – come ha permesso già nel secolo scorso – scostamenti di tipo populista, quanto non totalitaria. La personalizzazione della politica sfocia nel populismo; la verticalizzazione raggiunge forme coperte di totalitarismo. D'altro canto, con un ragionevole grado di facilità è possibile constatare il fracasso di sistemi politici che, nonostante osservino rigorosamente le regole formali della democrazia, si dimostrano incapaci di prestare servizi considerati fondamentali secondo quello che i popoli esigono dai governi. La soluzione possibile richiede una rielaborazione strutturale del proprio positivismo che, a sua volta, esige che siano ripensate la politica e la teoria generale del Diritto. I rapporti tra Stati, Diritto e politica sono sempre stati una fonte di inesauribili problemi e discussioni, questo è innegabile. Sono stati anche fonte di innumerevoli costruzioni teoriche che indicano cause e soluzioni

varie per un grande contingente di problemi derivanti dall'intreccio di quegli universi. All'inizio del terzo millenio Luigi Ferrajoli a portato alla luce una complessa ed estesa costruzione teorica che, allo stesso tempo, offre una soluzione al problema della politica trasmutata in metafisica, per i problemi derivanti dal concetto strettamente formale di democrazia e, infine, per il problema dell'inefficacia della legge nel dare efficacia ai diritti fondamentali. Nel costruire una teoria del Diritto affianco a una teoria della Democrazia, l'autore ha propiziato una concezione della democrazia giuridicamente costituita. Questa struttura concettuale si basa sulla realtà delle Costituzioni sorte nel secondo dopoguerra alla metà del XX secolo, con caratteristiche peculiari che richiesero un aggiornamento della teoria della costituzione e inaugurarono un nuovo capitolo nella storia del costituzionalismo. La circostanza che tali Costituzioni siano scritte e rette, fa si che siano inaccessibili alla legge infracostituzionale e all'azione del legislatore, posizionando la legge ad un livello definitivo e chiaramente inferiore. Inoltre, marca queste carte costituzionali la presenza di un lungo elenco di principi e di diritti fondamentali che, oltre a essere per natura indisponibili per i suoi titolari – non posseggono contenuto patrioniale – sono intangibili per lo Stato, attraverso le sue forme di manifestazione (legislazione, atto amminnistrativo, decisione giudiziale). Oltre a ciò, come mezzo di incremento e riaffermazione della supremazia costituzionale, le denominate costituzioni di terza generazione contemplano il controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti normativi attraverso la previsione di uno svariato elenco di istituti di garanzia delle decisoni costituzionali. Infine, sono anche una caratteristica del costituzionalismo di terza generazione la previsione di istituzioni, delle quali sono un esempio il Pubblico Ministero e il Pubblico Difensore brasiliani (a causa delle attribuzioni che gli conferisce la Costituzione brasiliana), con funzioni eminentemente di garanzia dei diritti fondamentali. In questo contesto è opportuno affermare, scusandomi per la ridondanza, che la Costituzione costituisce. La Costituzione crea lo Stato nelle sue norme organiche, di natura formale-procedurale, e crea il Diritto che è in vigore in questo Stato nelle sue norme di natura sostanziale. La concezione *principiologica* del Diritto ha contribuito molto, nella misura in cui, attraverso di essa, pian piano si attribuì eficacia giuridica ai principi costituzionali, superando così una forte tradizione del paleo-giuspositivismo, nel senso che i diritti fondamentali (come, per esempio, i principi costituzionali) sono dichiarazioni di intenti da applicare se e quando il legislatore infracostituzionale regolamenta tali norme.

Intesa la democrazia come proposta di una dimensione formale, da sempre conosciuta (e considerata come unica) e anche di una dimensione materiale, basata sui principi costituzionali e in particolre in quei principi che sanzionano i diritti fondamentali, invece non sarà una realtà il conflitto tra diritti fondamentali e democrazia, perché ciò che si può considerare come democrazia è materialmente condizionato dai diritti fondamentali previsti da uno specifico ordine costituzionale. Inotre questa concezione di democrazia permette di considerare la politica come una pratica che non ha accesso ai diritti fondamentali, sia per agire contro di essi (producendo leggi che implicheranno incostituzionalmente per azione), sia per cessare di agire in favore di essi (non elaborando le leggi necessarie al rispettivo esercizio, incorrendo in incostituzionalità per omissione). Questa idea di democrazia, infine, permette di aggiornare la separazione dei poteri e, nel contempo, posizionare la separazione delle funzioni. Le funzioni saranno di governo quando si starà

trattando la pratica di atti basati su una norma costituzionale di natura formale-procedurale, spettando all'ente pubblico incaricato della pratica di decidere sul contenuto dell'atto. Le funzioni, d'altro canto, saranno di garanzia quando si starà trattando della pratica di atti basati su una norma costituzionale di natura sostanziale, norme tecniche, che sin dall'inizio pongono il diritto e che danno luogo, in caso di inosservanza , al giudizio di incostituzionalità. Qui risiede la condizione di superamento del carattere metafisico della politica che si trasferisce alla legge nello Stato legislativo di diritto (paleo-giuspositivismo formale e acritico), visto che è possibile dall'interno del sistema giuridico realizzare la critica della norma giuridica avente come parametro il contenuto della norma costituzionale. In questo modo, gli atti di Stato, in particolare gli atti legislativi che si riferiscono all'oggetto del presente lavoro, una volta praticati ricadranno in una delle due sfere: nella sfera del *decidibile*, quando si occupano di una funzione di governo, perché si tratta della pratica di atti fondati in norma costituzionale con natura formale-procedurale, che condiziona appena la validità dell'atto all'osservanza di una determinata forma nel definire chi può praticarlo e come deve agire; o nella sfera del *non decidibile*, o *non decidibile che no*, quando si occupano di una funzione di garanzia, trattandosi della pratica di atti fondati in norme sostanziali che istituiscono principi costituzionali o diritti fondamentali, che condizionano la validità sostanziale dell'atto (legge) all'osservanza del contenuto di una determinata norma costituzionale (trattandosi di norma di diritto fondamentale della prima generazione, si occuperà della sfera del *non decidibile*; trattandosi di una norma di diritto fondamentale della seconda generazione, si occuperà della sfera *del non decidibile che no*.

In conclusione riteniamo che sia possibile affermare che, rimosso il fondamento metafisico-religioso del Diritto da parte della Rivoluzione Francese e, successivamente rimosso il fondamento metafisico positivista attraverso la concezione sostanziale della democrazia costituzionale, la risposta alla domanda iniziale è nelle condizioni di essere presentata.

Si; la risposta è si. La legge può essere uno strumento di effettività dei diritti fondamentali, se viene intesa come mezzo di garanzia di tali diritti e sottoposta, per quanto riguarda la sua validità, sia a criteri formali, sia a criteri sostanziali costituzionalmente stabiliti. Quanti più sono gli istituti e istituzioni di garanzia contemplati in un ordine costituzionale, più intensa sarà la possibilità di effettività dei diritti fondamentali. Ciò, ovviamente, non interessa affermare che in paesi come il Brasile, in cui vige una Costituzione dotata di tutti gli attributi necessari e sufficienti all'effettività dei diritti fondamentali, questi siano esercitati in modo soddisfacente dai suoi titolari.

Bibliografia:

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Diogo Freitas do. História do Pensamento Político Ocidental. Coimbra: Almedina, 2011.

AQUINO, Tomas de. Suma Teológica. 1ª Parte da 2ª Parte – questões 90-114, Da Lei, Da Graça, edição da Faculdade de Filosofia do Instituto Sedes Sapientiae, São Paulo, 1934.

ARANTES, Rogério Bastos. Ministério Público e política no Brasil. São Paulo: Editora Sumaré, 2002.

BASTIT, Michel. Nascimento da lei moderna. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

Bíblia Sagrada, 4ª reimpressão, 1990, Brasília: Edições Paulinas.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política. 4ª edição, 1992, São Paulo: editora Paz e Terra.

BOBBIO, Norberto. Giusnaturalismo e positivismo giuridico. Roma-Bari: Laterza, 2011.

BOBBIO, Norberto. Il positivismo giuridico. Torino: Giappichelli, 1996.

BOBBIO, Norberto. L'Eta dei diritti. Einaudi: Torino, 1990.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo. 5ª edição, 1992, São Paulo: Paz e Terra.

BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 7ª edição, 1996, Brasília: Editora da Universidade de Brasília.

BOBBIO, Norberto. Teoria generale del Diritto. Torino: Giappichelli, 1993.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all"Europa unita. Roma-Bari: Laterza, 2007.

BOGNETTI, Giovanni. La divisione dei poteri. Seconda edizione, Milano: Giuffrè Editore, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27ª edição, 2012, São Paulo: Malheiros Editores.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. Direitos sociais. Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

BOVERO, Michelangelo. Derechos fundamentales y democracia em la teoría de Ferrajoli. Um acuerdo global y uma discrepancia concreta. In: FERRAJOLI, Luigi. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, ANO?.

BOVERO, Michelangelo. Diritti e democrazia costituzionale. In: FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. Un dibattito teorico. Terza edizione, 2008, Bari: Laterza..

BOVERO, Michelangelo. La filosofia politica di Ferrajoli. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993

CALAMANDREI, Piero. La Costituzione e le leggi per attuarla. Milano: Giuffrè Editore, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARETTI, Paolo. I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali. Terza edizione, Torino: Giapichelli, 2011.

CHIOPPA, Antonio Padoa. Storia del Diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporânea. Bologna: Il Mulino, 2007.

CICCONETTI, Stefano Maria. Lezioni di giustizia costituzionale. Torino: Giappicheli, 2006.

CÍCERO, Marco Túlio. Tratado das leis. EDUCS: Caxias do Sul, 1984.

Codice Civile Italiano.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética. Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Constituição Espanhola.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Constituição Política do Império do Brasil, de 1824.

Constituición de La República Bolivariana de Venezuela, de 1999.

Constituición de La República de Bolívia, de 2009.

Constituición de La República del Ecuador, de 2008.

CORDEIRO, Antonio Menezes. Introdução à edição portuguesa de KANARIS, Claus-Wilhelm. O pensamento sistemático e o conceito de sistema na ciência do Direito, pp. IX-CXIV, 1996.

COSTA, Pietro. Un modello per un'analisi: la teoria dels garantismo e da comprensione storico-teorica della modernità penalistica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993.

Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do Direito. 5ª edição, 1979, Coimbra: Armênio Amado Editor.

DIAS, Gabriel Nogueira. Positivismo Jurídico e a Teoria Geral do Direito na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. Los derechos em serio. 4ª reimpressión, 1999, Barcelona: Ariel.

FAUSTO, Boris. História do Brasil. 13ª edição, 1ª reimpressão, 2009, São Paulo: Editora Universidade de São Paulo.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia y garantismo. Segunda edición, Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e raggione. Teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. I diritti fondamentali nella teoria del diritto. In: FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. Un dibattito teorico (a cura di Ermanno Vitale), terza edizione, 2008, Roma-Bari: Laterza.

FERRAJOLI, Luigi. Lo Stato di Diritto fra passato i futuro. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (a cura di) Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica. Milano: Feltrinelli, terza edizione: 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Note critiche ed autocritiche intorno alla discusione su "Diritto e ragione". In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007.

FERRONE, Vincenzo. Lezioni Illuministiche. Roma-Bari: Laterza, 2010.

FERRY, Luc. Kant. Uma leitura das três críticas. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direitos fundamentais: limites e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e ragione tra essere e dover essere. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993.

GIANOTTI, Jose Arthur. Augusto Comte: vida e obra. In: TRINDADE, Hélgio (organizador), O Positivismo. Teoria e prática. 2ª edição, 2007.

GROSSI, Paolo. L'Europa del Diritto. Terza edizione, 2008, Roma-Bari: Laterza.

GUASTINI, Riccardo. I fondamenti teorici e filosofici del garantismo. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993.

HÄBERLE, Peter. Le libertà fondamentali nello Statto costituzionale. 4ª ristampa, 2005, Roma: Carocci.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert Lionel Adolphus. O conceito de Direito. 2ª edição, 1994, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HESPANHA, António Manuel. Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio. 3ª edição, 2003, Mira-Sintra: Publicações Europa-América.

HESPANHA, António. Lei e Justiça: História e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António. Justiça e litigiosidade. História e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOBSBAWM, Eric J. A era das revoluções. 1789-1848. 6ª edição, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

HUNT, Lynn. A Invenção dos direitos humanos. Uma história. 1ª reimpressão, Companhia das Letras: São Paulo, 2009.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. Curso de princípios institucionais do Ministério Público. 4ª edição, 2009, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito. Perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JELLINEK, Georg. Sistema dei diritti pubblici subbiettivi. Milão: Società Editrice Libraria, 1912. GROSSI, Paolo. L'Europa del Diritto. Roma-Bari, terza edizione, 2008.

JORI, Mario. La cicala e la formica. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993.

KANT, Immanuel. Crítica da Razão Pura. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1996.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes, 2ª edição, Edipro: São Paulo: 2008.

KELSEN, Hans. La dottrina pura del Diritto. Metodo e concetti fondamentali. In: SCHIAVELLO, Aldo e VELLUZZI, Vito. Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia. Torino: Giappichelli, 2005.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KRETSCHMANN, Ângela. História crítica do sistema jurídico. Da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2006.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do Direito. 3ª edição, 1997, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Lei de Introdução ao Código Civil – com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

Lei Fundamental de Bonn.

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Lei nº 7.347/85.

Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989.

Lei nº 9.882/1999.

LLOYD, Denis. A ideia de lei. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOSANO, Mario Giuseppe. Sistema e estrutura no direito. Vol. 1 Das origens à escola histórica. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

LUKACS, John. O fim de uma era. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

LUZZATI, Claudio. Sulla giustificazione della pena e sui conflite normative. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993.

MACHADO, Jonatas E. M. Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade Religiosa Numa Comunidade Constitucional Inclusiva. Dos Direitos da Verdade aos Direitos dos Cidadãos. Coimbra: Coimbra Editora, Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica 18, 1996.

Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. Lecciones de Derechos Fundamentales. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

MARTINEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. La garantia del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigri. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª edição, 2011, São Paulo: Saraiva.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de Direito e jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENN, Stephen P. Metafísica: Deus e ser. In: MCGRADE, A. S. Filosofia Medieval. 2ª edição, São Paulo: Editora Ideias e Letras, 2008.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. O espirito das leis. 2ª edição, 1996, São Paulo: Martins Fontes.

MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORRIS, Clarence (organizador). Os grandes filósofos do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do Direito Constitucional. 2ª edição, São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito. 3ª edição, São Paulo: RT, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Separata do volume XXIX do

Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de direito democrático. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais. Trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVERIA ASCENÇÃO, José de. O Direito. Introdução e teoria geral. 13ª edição, 2005, Coimbra: Almedina.

PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIEROTH, Bodo e SCHLINK, Bernhard. Direitos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2012. PICARDI, Nicola. La giurisdizione all'alba del terzo millennio. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

PINO, Giorgio. Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2010.

PINO, Giorgio. Il diritto all'identità personale. Interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale. Bologna: Il Mulino, 2003.

PINTORE, Anna. Diritti insaziabili. In FERRAJOLI, Luigi. Diritti fondamentali. Un dibattito teorico. Terza edizione, Roma-Bari: Laterza, 2008.

QUEIROZ, Cristina M. M. Direitos fundamentais (Teoria geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REINHARD, Wolfgang. Il pensiero politico moderno. Il Mulino: Bologna, 2000.

REINHARD, Wolfgang. Il pensiero politico moderno. Il Mulino: Bologna, 2000. HIRST, John. Breve história da Europa. Alfragide: Publicações Dom Quixote, 2013.

RESTA, Eligio. La ragione dei diritti. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Ministério Público. Reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Ministério Público. Dimensão constitucional e repercussão no processo penal. São Paulo: Saraiva, 2003.

RITT, Eduardo. O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1991.

SANCHÍS, Luis Pietro. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales Madrid: Editorial Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHMILL O, Ulises. El positivismo jurídico, in VALDÉS, Ernesto Garzón e LAPORTA, Francisco J. El derecho y la justicia. Segund edición, 2002, Madrid: Trotta.

SKINNER, Quentin. As fundações do pensamento político moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. Ministério Público na Constituição Federal. Doutrina esquematizada e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2009.

VAZ, Manuel Afonso. Lei e Reserva de Lei. A causa da lei na Constituição portuguesa de 1976. 1ª reimpressão, Porto: Coimbra Editora.

VELOSO, Zeno. Controle de constitucionalidade. 2ª edição, 2000, Belo Horizonte: Editora Del Rey, p. 274.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, reimpressão, 1998.

VILLA, Vittorio. Garantismo e verificazionismo, validità e vigore.In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di). Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli. Torino: Giappicheli, 1993.

VILLÁN DURÁN, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid: Editorial Trotta, 2006. 2ª reimpression.

VILLÁN DURÁN, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Madrid: Editorial Trotta, 2006. 2ª reimpression.

VILLEY, Michel. A Formação do Pensamento Jurídico Moderno. 2ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEFFORT, Francisco Correa. Os clássicos da política. Volume 1. 14ª edição, São Paulo: Editora Ática.

WEFFORT, Francisco Correa. Os clássicos da política. Volume 1. 14ª edição, 2010, São Paulo: Editora Ática.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2ª edição, 1993, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ZOLO, Danilo. Ragione, Diritto e morale nella teoria del garantismo. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (a cura di), Le ragione del garantismo: discutendo com Luigi Ferrajoli. Torino: Giappichelli, 1993.