



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

**SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE DI DIRITTO ED ECONOMIA
“TULLIO ASCARELLI”
SEZIONE DI DIRITTO COSTITUZIONALE
(XXVI CICLO)**

Tesi di Dottorato

**L'ETÀ DEI DIRITTI E DEI DOVERI:
PER UN COSTITUZIONALISMO LIBERO E RESPONSABILE**

Pedro Ivo de Sousa
Dottorando

Prof. Marco Ruotolo
Tutor

Prof. Mario Trapani
Coordinatore

Anno Accademico 2014-2015

A Colui Che È...

RINGRAZIAMENTI

“Le persone felici ricordano il passato con gratitudine, si rallegrano del presente e affrontano il futuro senza timore.”
(Epicuro)

All'inizio di questo lavoro, sarebbe impossibile non ringraziare quelle persone che sono, in gran parte, la ragione della mia vera felicità, soprattutto perché mi hanno accompagnato, nei modi più diversi, al completamento di un'altra tappa importante nella mia vita.

“Indescrivibile”, forse, sarebbe la parola sceglierei per cercare di spiegare meglio il sentimento di appagamento che viene fuori su tutto il mio essere con lo scorrere delle pagine di questo lavoro, che sono il frutto di un lungo viaggio della mia vita.

Percorso, questo, che mi ha portato grandi gioie che si sono materializzate in nuove esperienze sviluppate oltre l'Atlantico, con la conquista, per esempio, di nuovi amici, nuove conoscenze, nuove sensazioni e nuove visioni del mondo.

Ma che, d'altra parte, mi ha fornito anche alcune delle più grandi angosce che ho vissuto in tutta la mia vita, che ovviamente non meritano qui di essere menzionati, essendo, tuttavia, veri e propri motivi della mia eterna gratitudine alle persone che camminarono con me nei momenti più delicati.

Per tutto ciò che vivo, sono molto soddisfatto di questo prodotto che, in un modo o nell'altro, abbiamo costruito insieme e che oggi presento con rispetto e soddisfazione per la comunità accademica al fine di una necessaria critica e valutazione, essendo certi che il futuro ci riserva sicuramente il meglio.

Vorrei quindi ringraziare, soprattutto, la mia amata e dolce moglie Mariana, che amo incondizionatamente, persona che ha accettato la sfida di vivere con me i suoi giorni sulla terra, sempre paziente e amorevole e, soprattutto, mio grande sostegno e stimolo nei tempi difficili, condividendo con me gioie e dolori, dubbi e certezze, delusioni e successi nella costruzione di una bella e benedetta famiglia.

Al mio caro figlio Daniel Luca, straordinario frutto della nostra esperienza vissuta in Europa che, nonostante non comprenda bene le mie mancanze, si accontenta semplicemente del mio amore e, d'altra parte, mi fornisce magnifici gesti di affetto e comprensione.

Alla mia bellissima bambina Ana Clara che si sta generando nel grembo di sua madre, che mi concede l'onore di partecipare a questo momento così speciale della mia vita e che sarà, sicuramente, una grande benedizione, una gioia meravigliosa nella vita di tutta la nostra famiglia. Che sia benvenuta!

Anche tutta la mia famiglia, soprattutto mio padre Eliezer, mia madre Terezinha, i miei fratelli Sandro, Eliezer Junior, Paulliany, Eduardo e Thaiz, i miei suoceri Alcino e Cilda, i miei cognati Robert e Thais e le mie nipotine Bruna, Thalia, Maria Eduarda, Rebecca, Stella e Camila, che hanno avuto sempre fiducia nelle mie capacità e nei miei propositi, anche quando io stesso non ci ho creduto.

Al mio tutor, il professor Marco Ruotolo che, fin dall'inizio, ha accettato la sfida di guidare uno straniero senza ulteriori informazioni o contatti, non risparmiando sforzi nella realizzazione di questo lavoro, persona di cui conserverò profonde lezioni di semplicità, disponibilità e competenza, di cui terrò conto come riferimento scientifico.

Gli altri insegnanti italiani che ho incontrato presso l'Università Roma Tre e la Scuola Dottorale Tullio Ascarelli, che terrò in speciale considerazione, in particolare i Professori Paolo Benvenuti, Salvatore Mazzamuto, Giuseppe Grisi, Mario Trapani, Paolo Carnevale, Alfonso Celotto, Carlo Colapietro, Giovanni Serges e Giorgio Pino.

Ringrazio anche tutti gli altri componenti della commissione, in particolare il Prof. Sergio Moccia, Università Studi di Napoli Federico II, il Prof. Claudio De Fiores, Seconda Università degli Studi di Napoli, e il Prof. Luca Luparia, Università degli Studi di Milano, impegnati per darmi l'onore di ricevere preziosi contributi sull lavoro presentato.

Non posso fare, altresì, a meno di esprimere il mio sincero ringraziamento agli insegnanti che sono stati i miei principali interlocutori nella costruzione di questo lavoro, con il quale ho condiviso idee, domande e proposte, a volte in conversazioni informali, in altri momenti durante eventi di rilievo, non trovando parole per ringraziare per la collaborazione di ciascuno di loro, che nomino: Ronald Dworkin, Franco Modugno, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Eligio Resta, Paolo Ridola, Gaetano Azzariti, Peter Häberle, Dian Schefold, Jorge Miranda, Jorge Reis Novais, José Casalta Nabais, António Manuel Hespanha, Gregorio Camara Villar, Lenio Streck, Ingo Sarlet e Luis Roberto Barroso.

A tutti coloro che mi hanno accolto così gentilmente presso la Facoltà di Giurisprudenza di Roma Tre, con particolare attenzione e considerazione che non

dimenticherò mai, soprattutto Stefano Passera, Antonella Massaro, Dario Ippolito, Gianpaolo Fontana e Giovanna Pistorio.

Ai miei amici brasiliani, che hanno condiviso, in qualche modo, la mia esperienza a Roma, Hermes Zanetti Junior, Alexander Araujo de Souza, Ana Cupelo, Nathalia, Humberto Jacques de Medeiros, Marina Selos Ferreira, Ana Julia, Antonio Coelho, Mab Nathasje, Maria Luiza, Luiz Fernando Calil de Freitas, Janaina Thaddeu Calil Freitas, Sandra Vial, Alexandre Salim, Marco Paulo Ferreira Lima, Patricia Couto Villela, Daniel Martini, Leticia Ghellere, Marines Assmann, Paulo Henrique Teston, Isadora Rebeschini Migliavacca e Thais Zandona.

Ai miei amici insegnanti brasiliani che hanno partecipato alle mie riflessioni nella formulazione di questo studio e che mi hanno sempre incoraggiato alla ricerca scientifica, tutti miei grandi esempi di onestà intellettuale, seria ed etica, tra i quali menziono, soprattutto, Alexandre de Castro Coura, Américo Bedê Freire Junior, Bruno Taufner Zanoti, Cassius Guimarães Chai, Claudio de Oliveira Santos Colnago, Daniel Giotti, Daury Cesar Fabriz, Eugenio Pacelli de Oliveira, Felipe Dutra Asensi, Geovany Jevaux Cardoso, José Adércio Leite Sampaio, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Menelick de Carvalho Netto, Rodrigo Francisco de Paula, Rodrigo Reis Mazzei e Rogerio Greco.

Grazie a tutti i miei grandi amici brasiliani che mi accompagnano da molto tempo, facendo sempre il tifo per la mia realizzazione e felicità, e che non hanno risparmiato parole di incoraggiamento in modo da poter rendere il sogno una realtà.

A coloro che hanno reso la mia vita a Roma molto più piacevole per la generosità e bontà dispensati in tempi estremamente difficili, ossigenando la mia anima e riscaldando il mio cuore per vincere tutte le sfide, rivolgendomi a Mariateresa Veltri, Leonardo Pace, Roberto Falvo, René Breuel, Sarah Breuel, Matteo Chiarelli, Davide Picelli, Giada Picelli, Suely Costa, Jhonny Maatranga, Fjorilda Kreku, Gabriele Fertitta, Giusy Giaccio e Giulia Mazzeschi.

Infine, voglio ringraziare di tutto cuore il CEDEMP e il Pubblico Ministero brasiliani, in particolare Pubblico Ministero di stato dello Spirito Santo, che mi ha conferito importante missione miglioramento funzionale e istituzionale. Certamente, un'istituzione che, soprattutto nella realtà politica e giuridica brasiliana, merita di essere riconosciuta e valutata come importante strumento per garantire gli ideali del costituzionalismo contemporaneo, in particolare per la tutela dei diritti fondamentali,

la cui importanza e rilevanza fu resa già da Luigi Ferrajoli affermando che “ci sarà pure un Pubblico Ministero a Berlino”¹.

¹ FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013, p. 247. Sulla rilevanza del Pubblico Ministero, si porta a conoscenza, tra gli altri, la lettura dell'importante e recente opera: COURA A.D.C.- FONSECA B.G.B., *Ministério Público brasileiro: entre unidade e independência*, São Paulo, LTr, 2015.

INDICE

SOMMARIO

INTRODUZIONE

1	COSTITUZIONALISMO E COSTITUZIONALISMI	019
1.1	Introduzione	019
1.2	Costituzionalismo(i)	021
1.2.1	Considerazioni iniziali	021
1.2.2	Significato(i)	025
1.2.2.1	Antico e moderno	025
1.2.2.2	Filosofico e storico	026
1.2.2.3	Ampio e stretto	028
1.2.2.4	Politico e giuridico	029
1.2.3	Concetto(i)	030
1.2.4	Caratteristiche generali	036
1.3	L'evoluzione storica del pre-costituzionalismo	044
1.3.1	Pre-costituzionalismo antico: tra <i>Politeia</i> e <i>Constitutio</i>	045
1.3.1.1	Pre-costituzionalismo greco: <i>Πολιτεία</i> e <i>Εὐνομία</i>	047
1.3.1.2	Pre-costituzionalismo romano: <i>Constitutio</i> e <i>Aequabilitas</i>	054
1.3.2	Pre-Costituzionalismo medievale: <i>Potestas Temperata</i>	060
1.4	L'evoluzione storica del costituzionalismo	069
1.4.1	Prime note: la nascita del costituzionalismo	069
1.4.2	Evoluzione storica del costituzionalismo moderno	074
1.4.2.1	Costituzionalismo delle origini	075
1.4.2.2	Costituzionalismo delle rivoluzioni	082
1.4.2.3	Costituzionalismo dell'età liberale	089
1.4.2.4	Costituzionalismo e totalitarismi	094
2	IL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO E LA SUA	
	CRISI	099
2.1	Note introduttive	099
2.2	La nascita delle Costituzioni democratiche	106
2.2.1	L'esperienza italiana	113
2.2.2	L'esperienza brasiliana	118
2.3	L'affermazione dell'età dei diritti	124
2.3.1	Il crepuscolo dell'età dei doveri	129
2.3.2	La concretizzazione dell'età dei diritti	134
2.4	Il paradigma dello Stato costituzionale di diritto	140
2.4.1	Costituzionalismo positivista: un'ulteriore visione positivista del diritto	146
2.4.2	Costituzionalismo principialista: concezione neocostituzionalista ...	147
2.4.3	Costituzionalismo garantista: visione neopositivista	153
2.5	La crisi e le crisi del costituzionalismo contemporaneo	159
2.5.1	Globalizzazione, Diritto e Stato	165
2.5.2	Giurisdizione, democrazia e integrità	171
2.5.3	Individualismo, libertà e responsabilità	176

3	L'ETÀ DEI DIRITTI E DEI DOVERI E IL COSTITUZIONALISMO LIBERO E RESPONSABILE	182
3.1	L'età dei diritti e dei doveri	187
3.1.1	Alla ricerca dell'essenza dell'affermazione dei diritti	192
3.1.2	La consapovolezza dell'importanza dei doveri	197
3.1.3	L'evoluzione: possibile equivalenza tra diritti e doveri	203
3.2	Costituzionalismo libero e responsabile	208
3.2.1	Principali fondamenti ideologici	212
3.2.1.1	Poteri e controllo	218
3.2.1.2	Libertà, uguaglianza e solidarietà	221
3.2.1.3	Democrazia	229
3.2.2	Ripercussioni teoriche finali	242
3.2.2.1	Diritti alla solidarietà	243
3.2.2.2	Diritti e doveri	244
	CONCLUSIONI	248
	BIBLIOGRAFIA	272

ESTRATTO

La presente tesi compie un'analisi scientifica sullo stato attuale del *costituzionalismo* in modo da fornire spunti propositivi per affrontare alcune dei suoi fattori di crisi. Le verifiche operate partono da una visione iniziale del fenomeno del *costituzionalismo*, di cui ne sono state date definizione, classificazione e caratteristiche proprie. Tra le classificazioni presentate, si evidenziano due fasi: il pre-costituzionalismo e il *costituzionalismo*, che viene diviso tra *costituzionalismo moderno* e *costituzionalismo contemporaneo*. Dopo aver concentrato l'attenzione sull'analisi del *costituzionalismo contemporaneo*, si sottolinea l'importanza della nascita delle Costituzioni democratiche, l'affermazione dell'Età dei diritti e della istituzione paradigmatica dello Stato costituzionale di diritto per la caratterizzazione di questa attuale fase del *costituzionalismo*. Tra le costituzioni democratiche, vengono esaminate le realtà dell'Italia e del Brasile. Per quanto riguarda l'età dei diritti, si mette in evidenza il crepuscolo dell'età dei doveri e l'attuazione della nuova età dei diritti. Invero, nel paradigma dello Stato costituzionale di diritto, dopo aver illustrato alcune delle sue caratteristiche principali, si prendono in esame i tre filoni di pensiero teorico: il costituzionalismo positivista, il costituzionalismo principialista e il costituzionalismo garantista. Fatte queste considerazioni, la ricerca si avvia verso alcune delle ragioni della crisi del *costituzionalismo contemporaneo*, orientando gli studi sugli effetti prodotti dalla globalizzazione per l'esercizio inadeguato della giurisdizione costituzionale e il generarsi di un individualismo "egoista". Dalla costruzione di alcuni dei problemi attuali del *costituzionalismo*, si passa a sostenere la necessità di sviluppare una nuova età dei diritti e dei doveri, in modo da consentire l'evoluzione del *costituzionalismo contemporaneo* verso un paradigma che riconosce l'importanza della libertà e della responsabilità. L'età dei diritti e dei doveri viene prospettata, allora, ben comprendendo l'essenza dell'affermazione dei diritti e dell'importanza dei doveri, come un modo per consentire l'evoluzione del sistema stesso per la possibile equivalenza tra diritti e doveri. Attraverso queste considerazioni, la riflessione è fatta al fine di costruire un'idea di *costituzionalismo libero e responsabile*. In questo nuovo paradigma, si esprime la necessità di portare avanti un piano principiologico fondamentale dove la libertà e l'uguaglianza dialogano al meglio con la solidarietà. I fondamenti ideologici vengono presentati, con la riflessione su poteri e controllo, in relazione a libertà, uguaglianza e solidarietà e, in ultimo, alla democrazia. In questo senso, vengono fornite tre proposte aventi impatto considerevole sul *costituzionalismo contemporaneo*. La prima, formale-spaziale, che si occupa di diritto transnazionale. La seconda, sistematico-interpretativa, che cerca di difendere l'integrità del diritto; la terza, sostanziale-temporale, che pone una visione di maggiore responsabilità del diritto. Le ripercussioni teoriche finali sono fatte tenendo in particolare attenzione la solidarietà e la connessione tra diritti e doveri. Le conclusioni vengono tratte al fine di sostenere la tesi della possibile equivalenza tra diritti e doveri.

Parole-Chiavi: Costituzionalismo. Età dei diritti. Costituzionalismo contemporaneo. Crisi. Età dei diritti e dei doveri. Costituzionalismo libero e responsabile.

ABSTRACT

This thesis is a scientific analysis on the current state of constitutionalism in order to present some proposals for dealing with some of its crises. The verifications start from an initial understanding of the phenomenon of constitutionalism, which presents definition, classification and characteristics. Among the classifications presented, two great phases are prominently defended: the pre-constitutionalism and the constitutionalism, which is divided between modern constitutionalism and contemporary constitutionalism. After focusing on the analysis of contemporary constitutionalism the importance of the emergence of the democratic constitutions is evidenced, as well as the assertion of the Age of Rights and the establishment of the Constitutional State of Law paradigm to characterize this current phase of constitutionalism. Among the democratic constitutions, it examines the constitutional realities of Italy and Brazil. In relation to the Age of Rights, it highlights the twilight of the Age of Obligations and the implementation of the new Age of Rights. Coming to the Constitutional State of Law paradigm, after presenting some of its main particulars, this thesis examines three theoretical currents of thought: the positivist constitutionalism, the principalist constitutionalism and the warranty constitutionalism. After making these considerations, it starts the investigation on some reasons of the contemporary constitutionalism's crisis, focusing on the effects produced by globalization, by inadequate exercise of constitutional jurisdiction and by the growth of selfish individualism. From the construction of some of the current problems of constitutionalism, it moves to defend the necessity of growing a new Age of Rights and Obligations, in order to allow the evolution of contemporary constitutionalism to a paradigm that recognizes the importance of freedom and responsibility. The Age of Rights and Obligations is presented by the understanding of the essence of statements rights and the importance of obligations, as a way to enable the system evolution for possible equivalence between rights and obligations. Through these considerations, the reflection is made in order to construct an idea of free and responsible constitutionalism. In this new paradigm, it is understood the necessity of defending a fundamental plan based on principles, where freedom and equality can do a better dialogue with the solidarity. The ideological foundations are presented, with the reflection on power and control, about freedom, equality and solidarity, and finally, on democracy. Lastly, it presents three proposals with significant impact on the contemporary constitutionalism. The first proposal is named formal-spatial and discourses on the transnationality of Law. The second proposal is named systemic-interpretative and defends the integrity of Law. At least, the third proposal is named substantial-temporal and presents a more responsible view of Law. The final theoretical findings are made with special attention on solidarity and on the connection between rights and duties. The final conclusions are elaborated in order to sustain the possible equivalence argument between rights and duties.

Keywords: Constitutionalism. Age of Rights. Contemporary Constitutionalism. Crisis. Age of Rights and Obligations. Free and Responsible Constitutionalism.

RESUMO

A presente tese trata de uma análise científica sobre o atual momento do *constitucionalismo* de forma a apresentar algumas propostas para o enfrentamento de algumas das suas crises. Suas verificações partem de uma inicial compreensão do fenômeno do *constitucionalismo*, em que foram apresentadas definição, classificações e características próprias. Dentre as classificações apresentadas, destaca-se a defesa de duas grandes fases: a do pré-constitucionalismo e a do *constitucionalismo*, que segue-se dividido entre *constitucionalismo moderno* e *constitucionalismo contemporâneo*. Após concentrar suas atenções para a análise do *constitucionalismo contemporâneo*, evidencia a importância do surgimento das Constituições democráticas, da afirmação da Era dos direitos e do estabelecimento do Paradigma do Estado Constitucional de Direito para caracterização desta hodierna fase do *constitucionalismo*. Dentre as Constituições democráticas, examina as realidades constitucionais da Itália e do Brasil. No que se refere à Era dos direitos, destaca o crepúsculo da Era dos deveres e a concretização da nova Era dos direitos. Já, no Paradigma do Estado Constitucional de Direito, após apresentar algumas de suas principais características, examina três correntes de pensamento teórico: a do constitucionalismo positivista, a do constitucionalismo principialista e a do constitucionalismo garantista. Feitas estas considerações, inicia a investigação sobre algumas das razões da crise do *constitucionalismo contemporâneo*, focando seus estudos nos efeitos produzidos pela globalização, pelo exercício inadequado da jurisdição constitucional e pelo crescimento do individualismo egoísta. A partir da construção de alguns dos atuais problemas do *constitucionalismo*, passa a sustentar a necessidade de se desenvolver uma nova Era dos direitos e dos deveres, de forma a permitir a evolução do *constitucionalismo contemporâneo* para um paradigma que reconheça a importância da liberdade e da responsabilidade. A Era dos direitos e dos deveres é apresentada assim através da compreensão da essência da afirmação dos direitos e da importância dos deveres, como forma de se possibilitar a evolução do sistema pela equivalência possível entre direitos e deveres. Através destas considerações, a reflexão é feita de forma a se construir uma ideia de *constitucionalismo livre e responsável*. Neste novo paradigma, entende-se pela necessidade de se defender um plano principiológico fundamental em que a liberdade e a igualdade dialoguem melhor com a solidariedade. Os fundamentos ideológicos são apresentados, com a reflexão sobre poderes e controle, sobre liberdade, igualdade e solidariedade e, por fim, sobre democracia. Neste sentido, são apresentadas três propostas, com impactos consideráveis para o *constitucionalismo contemporâneo*. A primeira, a formal-espacial, que trata da transnacionalidade do Direito. A segunda, a sistêmico-interpretativa, que busca defender a integridade do Direito. E a terceira, a substancial-temporal, que apresenta uma visão de maior responsabilidade do Direito. As repercussões teóricas finais são feitas com especial atenção sobre a solidariedade e sobre a conexão entre direitos e deveres. As conclusões finais são elaboradas de forma a sustentar a tese de equivalência possível entre direitos e deveres.

Palavras-Chaves: Constitucionalismo. Era dos Direitos. Constitucionalismo Contemporâneo. Crises. Era dos Direitos e dos Deveres. Constitucionalismo Livre e Responsável.

INTRODUZIONE

“Rispetto alle grandi aspirazioni degli uomini di buona volontà siamo già troppo in ritardo. Cerchiamo di non accrescerlo con la nostra sfiducia, con la nostra indolenza, con il nostro scetticismo. Non abbiamo molto tempo da perdere.”
(N. Bobbio)²

Queste sagge e profonde parole sono contenute nel prestigioso testo “L'età dei diritti” di Norberto Bobbio, opera che ha attraversato le dimensioni del tempo e dello spazio, influenzando le riflessioni di molti studiosi, appartenenti a diverse culture e nazioni del mondo.

Come è noto, il maestro di Torino, al culmine delle conoscenze acquisite e delle esperienze vissute, ha cercato di catturare l'attenzione degli studiosi tutti per la ricerca del progresso verso il meglio che si poteva fare per l'umanità, nell'idea che il meglio aveva profonda relazione con l'affermazione e l'efficacia dei diritti di una nuova era che si prospettava dinamica, soprattutto libera da vincoli imposti da un sistema costituito dalla morale, e che pretendeva di concretizzare le grandi aspirazioni degli uomini di buona volontà.

Infatti, Bobbio era consapevole del lungo percorso che doveva essere compiuto³, come anche del ritardo dell'umanità in questo processo, di modo che, proprio per questo, allertava tutti di adottare un atteggiamento più attivo e positivo, perché, dopo tutto, non c'era molto tempo da perdere.

Da 1987, quando Bobbio fece per la prima volta questo discorso presso l'Università di Madrid su invito del professor Gregorio Peces-Barba Martínez⁴, fino ai giorni nostri, molte cose sicuramente si sono verificate sulla scenario politico, economico, sociale e giuridico, facendo in modo che le classificazioni e le conclusioni compiute dal maestro dovessero di nuovo essere analizzate.

Non che queste nuove e necessarie riflessioni siano passate, in qualche modo, inosservate dall'autore torinese, perché in verità, come sappiamo, egli stesso, uomo di dalle acute visioni e intuizioni, ha anche richiamato l'attenzione sulla necessità di

² BOBBIO N., *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2011, p. 65.

³ Nel testo “*Presente e avvenire dei diritti dell'uomo*”, per esempio, dopo aver detto che la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo conteneva il seme di un movimento dialettico (IVI, p. 24), l'A. afferma chiaramente che «la Dichiarazione universale è solo l'inizio di un lungo processo, di cui non siamo in grado di vedere ancora l'attuazione finale».

⁴ IVI, p. IX.

indagare nuove dimensioni del processo di affermazione dei diritti umani, proponendo così, un aggiornamento e una migliore contestualizzazione delle sue idee.

Questo è accaduto nel 2000, nel corso di un'intervista pubblicata insieme a M. Viroli, il quale, a un certo punto, ha chiesto a N. Bobbio se avrebbe integrato il suo libro "l'età dei diritti", con un saggio sulla necessità del dovere, cui rispose che «se avessi ancora un anno di vita, sarei tentato di scrivere "l'età dei doveri"»⁵.

Ebbene, questa serie di eventi sopra riportati, rappresenterebbero, per ciò stesso, un buon motivo per avviare una ricerca nel proposito di fornire una risposta a una domanda che potrebbe, semplicemente, essere formulata come segue: "Perché N. Bobbio, l'autore di "l'età dei diritti" avrebbe espresso la volontà di scrivere un altro libro intitolato "L'età dei doveri"?"

E, logicamente, altre domande potrebbero venire alla mente degli studiosi più interessati: "N. Bobbio avrebbe rimpianto di scrivere il libro "l'età dei diritti"?" O anche: "Cosa N. Bobbio avrebbe scritto nel suo nuovo libro?"

Tuttavia, questi non sono problemi direttamente trattati come obiettivo principale di questo studio, anche se fanno parte, in qualche modo e ad un certo punto, dell'approccio centrale della ricerca.

Questo perché la prospettiva ragionata di questo studio è che, in realtà, si può meglio comprendere il processo di affermazione dei diritti umani sol che si metta in relazione l'idea della "età di diritti" all'interno della dimensione di un altro importante fenomeno sviluppatosi nel corso della storia.

Sulla base di questa presa di coscienza, lo studio proposto cerca di sviluppare una riflessione più ampia e profonda sulla materia oggetto dello studio di N. Bobbio, al fine di correlare il concetto di "età dei diritti" con il movimento che è stato da molti denominato *costituzionalismo*. Mettendo in relazione il presente e il futuro della "età dei diritti", con il presente e il futuro dello stesso *costituzionalismo contemporaneo*.

In questo senso, la tesi che sarà presentata nelle pagine seguenti è un'analisi dei tempi attuali della "età dei diritti" e del *costituzionalismo*, con la conseguente verifica delle implicazioni sul diritto stesso.

Si deve, tuttavia, avvertire che questo lavoro non si limita solo ad una ricerca meramente descrittiva del presente, così da elencare le principali caratteristiche di questi movimenti e analizzare le loro posizioni attuali.

⁵ BOBBIO N.- VIROLI M., *Dialogo intorno alla repubblica*, Laterza, 2001, p. 40.

Oltre a questo, e senza pretesa di offrire una proposta di soluzione definitiva sul tema e sulla questione, ci si propone di presentare, anche se in maniera semplice, un contributo prescrittivo per il futuro della “età dei diritti” e del *costituzionalismo*.

Partendo dalla considerazione pacifica che la tutela dei diritti umani si trova attualmente in un momento di grande difficoltà di effettività e comprendendo che questa bassa effettività ha generato un processo di crisi, sia per “l’età dei diritti” che, a maggior ragione, per il *costituzionalismo contemporaneo*, la principale riflessione che il lavoro mira a sviluppare riguarda la stessa provocazione che Bobbio lasciato nell’aria sulla nascita di una “età di doveri”.

Così, il problema centrale della tesi è il seguente: come possono i doveri contribuire allo sviluppo della “età di diritti” e del *costituzionalismo contemporaneo* in modo da favorire la nascita di soluzioni per affrontare le sue crisi?

L’ipotesi che sarà esaminata in questo studio è quella che i doveri possono effettivamente contribuire ad affrontare almeno alcune delle crisi della “età dei diritti” e del *costituzionalismo contemporaneo*, consentendo una maggiore effettività dei diritti umani nella misura in cui un sistema più equilibrato tra diritti e doveri venga sviluppato.

In questo senso, saranno promosse riflessioni sulla nascita di una nuova dimensione della “età dei diritti”, che sarà qui denominata “l’età di diritti e doveri”, e di una nuova lettura del *costituzionalismo contemporaneo* che, oltre a cercare di salvaguardare la libertà, dovrebbe anche essere attento all’elemento della responsabilità.

Sempre seguendo le lezioni di Bobbio⁶, si lavora sull’idea che il processo evolutivo di affermazione dei diritti umani ha bisogno ora di svilupparsi con una nuova fase, in questo lavoro intesa come fase della responsabilità.

E questa nuova dimensione di responsabilizzazione sarà costruita sull’idea che, al fine di ottenere una migliore efficacia dei diritti, è necessario riflettere su un possibile contributo equilibrato dei doveri, categoria filosofica, politica e giuridica che, come sappiamo, non viene molto ben recepita e analizzata, per diverse ragioni, dalla stragrande maggioranza dei sistemi e degli studiosi⁷.

⁶ BOBBIO N., *cit.*, 2011, p. 46.

⁷ Cfr. BOBBIO N., 2011, p. 56 e ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 2010, p. 20.

Riprendendo l'idea di G. Zagrebelsky⁸, sulla necessità di riflettere sul significato presupposto del diritto, il disegno che guida la seguente tesi è che il diritto deve essere pensato al di là di un sistema chiuso di diritti, epurato dai suoi traumi storici, per consentire la sua apertura ad un necessario apporto positivo di un sistema di doveri.

Utilizzando la stessa visione che Bobbio impiegò nello sviluppo del testo “l'età dei diritti”, dalla filosofia alla storia⁹, la tesi che ne seguirà verrà proposta attraverso una visione iniziale che intende spiegare meglio il fenomeno del *costituzionalismo*, al fine di individuare, insieme con l’“età dei diritti”, le ragioni della sua crisi.

In questa direzione, il lavoro si evolve attraverso tre capitoli principali, che si occuperanno dell'analisi concettuale e storica del *costituzionalismo*, della ragione, in particolare, del *costituzionalismo contemporaneo* e delle sue crisi, per poi sviluppare le idee dell’“età dei diritti e dei doveri” e del “costituzionalismo libero e responsabile”.

Il primo capitolo si incentrerà su alcuni significati del *costituzionalismo*, tenendo conto dell'evoluzione storica del concetto, partendo dal “pre-costituzionalismo”, andando ad approfondire la fase antica, con particolare riferimento all'esperienza greca, con la *politeia*, e romana, con la *constitutio*, nonché la fase medievale, in cui predominò l'idea di *potestas temperata*

Il primo capitolo prosegue con l’analisi dell'evoluzione storica del *costituzionalismo*, riferendosi alla fase moderna, esaminata dalla sua origine (rivoluzioni ed età liberale), con successivo esame del suo rapporto con i totalitarismi.

La fase contemporanea è, invece, argomento del secondo capitolo.

Questo secondo capitolo, dopo aver esaminato in modo introduttivo le ragioni della nascita del *costituzionalismo contemporaneo*, valuta l'emergere delle costituzioni democratiche, prendendo in esame, in particolare, le esperienze costituzionali di Italia e Brasile.

È in questo secondo capitolo che si approfondirà l’affermazione della “età dei diritti”, cercando di affrontare l’“età dei doveri” e di prendere in considerazione le ragioni del suo crepuscolo, per arrivare ad esaminare ulteriormente l'attuazione dell’“età dei diritti”.

Il capitolo secondo porta con sé anche la sfida di affrontare il concetto di paradigma dello Stato costituzionale di diritto, in cui vengono analizzati, seguendo le

⁸ ZAGREBELSKY G, *ult. op. cit.* p. 3.

⁹ BOBBIO N., 2011, p. 46.

lezioni di Luigi Ferrajoli¹⁰, i tre aspetti del *costituzionalismo contemporaneo*: il costituzionalismo paleopositivista, il costituzionalismo principialista e il costituzionalismo garantista.

Questo capitolo si conclude valutando alcuni dei motivi della crisi del *costituzionalismo contemporaneo*, mettendoli in relazione con gli effetti della globalizzazione sullo Stato e sul Diritto e con la crescita di un individualismo egoista nella società che, da un lato, cerca sempre di più di espandere la sua dimensione di libertà, ma, dall'altro, porta sempre a limitare qualsiasi nozione di responsabilità.

Il terzo capitolo si apre, infine, con il difficile ma entusiasmante, compito di proporre e difendere i concetti di base dell'“età dei diritti e dei doveri” e del *costituzionalismo libero e responsabile*.

Pertanto, dopo aver fatto alcune considerazioni iniziali, arriva a sviluppare l'idea della “età di diritti e doveri”, in cui sono considerate l'essenza della affermazione dei diritti e la comprensione dell'importanza dei doveri per la costruzione di un pensiero che auspica l'evoluzione per l'equivalenza possibile tra diritti e doveri.

La seconda parte del terzo capitolo cerca di strutturare più tecnicamente la ragione del *costituzionalismo libero e responsabile*, al fine di affrontare meglio i principi fondamentali di libertà, uguaglianza e solidarietà.

Come è stato già detto, la questione è che non si ha mancanza di consapevolezza della posizione di minor rilievo che i sistemi giuridici e gli stessi giuristi hanno conferito ai doveri¹¹, aspetto che, comunque, sarà pienamente ripreso sia nel secondo che nel terzo capitolo.

¹⁰ In questo senso, si veda FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

¹¹ Nel secolo XX, per le grandi opere citate dalla dottrina costituzionalista italiana sui doveri se vedano CARBONE C., *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, Giuffrè Editore, 1968, LOMBARDI G.M., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè Editore, 1967, VENTURA L., *La fedeltà alla Repubblica*, A. Giuffrè, Milano, 1984, CAMPANALE D., *I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti*, Milano, 1984 e CERRI A., *Doveri pubblici*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 1 ss.. Recentemente, il gruppo di Pisa realizzò un convegno sui doveri, con la pubblicazione di BALDUZZI R. - CAVINO M. - GROSSO E. - LUTHER J. (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli Editore, Torino, 2007. Nel secolo XXI, ancora è possibile sottolineare, tra le opere dicostituzionalisti: BARONE G., *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2004, 1243 ss., TARLI BARBIERI G., *Doveri inderogabili*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2066 ss. e PIZZOLATO F. - BUZZACCHI C., *Doveri costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Torino, 2008, 319 ss.. Nella dimensione della teoria di diritto e della filosofia, altri sono stati i contributi sul tema, in particolare: ROMANO S., *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 ss., FROSINI V., *Dovere*, in *Novissimo Digesto*, VI, Torino, 1957, 302 ss., BETTI E., *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 53 ss., MERCADANTE F., *Dovere giuridico (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 59 ss., GUASTINI R., *Doveri pubblici*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss.. Per una ricostruzione più ampia dei doveri pubblici MORFITT C., *Istituzioni di diritto pubblico*, X, I, Padova, 1991, 157 ss., GIANNINI

In questo senso, si presume che molti saranno quelli che si interrogheranno circa la necessità e l'importanza di parlare di doveri nel periodo attuale di sviluppo della storia umana, considerando finanche che questo tempo sarebbe già stato decretato, da alcuni, come estinto¹².

Oltre agli importanti documenti storici che segnano il processo di formazione sia della Repubblica italiana¹³ che della Repubblica brasiliana, ci si inoltra in questo studio con la consapevolezza che c'è qualcosa di molto importante mediante cui l'art. 2¹⁴ e art. 4¹⁵ della Costituzione italiana e gli artt. 144¹⁶, 196¹⁷, art. 205¹⁸, art. 225¹⁹, art. 227²⁰, art. 229²¹ e Art. 230²² della Costituzione brasiliana, possono contribuire

M.S., *Diritto amministrativo*, III, II, Milano, 1993, 68 ss. e BARILE P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 146 ss..

¹² In questo senso, v. LIPOVETSKY G., *O crepúsculo do dever: a ética indolor dos novos tempos democráticos*, 3ª edição, Lisboa, Dom Quixote, 2004.

¹³ Si ricorda che Mazzini quando sostiene che: «Quand'io dico che la conoscenza dei loro diritti non basta agli uomini per operare un miglioramento importante e durevole, non chiedo che rinunziate a questi diritti; dico soltanto che non sono se non una conseguenza di doveri adempiti, e che bisogna cominciare da questi per giungere a quelli». MAZZINI G., *Dei doveri dell'uomo. Fede e avvenire*, PAOLO ROSSI (a cura di), Milano, Mursia, 2011. Ancora su Mazzini e i doveri, si veda MATTARELLI S., *Sui doveri*, in *Il senso della repubblica. Frontiere del repubblicanesimo*, FrancoAngeli, Milano 2007, p. 61 ss., nonché GEMMA G., *Diritti e doveri: aveva ragione Mazzini*, in «Il "Muratori"», marzo 2007, n. 24.

¹⁴ L'art. 2 Cost. afferma che: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

¹⁵ L'art. 4 così è riportato: «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendono effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

¹⁶ L'art. 144 della Costituzione brasiliana afferma che: «A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares».

¹⁷ Nel suo art. 196, la Costituzione brasiliana afferma che: «A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação».

¹⁸ L'art. 205 della Costituzione brasiliana afferma che: «A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho».

¹⁹ L'art. 225 della Costituzione brasiliana afferma che: «Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações».

²⁰ A Constituição brasileira disciplina em seu art. 227 que: «É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão».

allo sviluppo sia della “età di diritti e dei doveri”, che del *costituzionalismo contemporaneo libero e responsabile*.

Inoltre, resta inteso che il contesto politico attuale si sviluppa in una realtà di potere diversa da quella che esisteva al momento della nascita dell'idea di “età dei diritti”, perlomeno nella concezione classica di Norberto Bobbio, in cui l'esigenza dei diritti nacque per la necessità di difendere l'essere umano dalla tracotanza e dall'oppressione del potere politico dello Stato, dalle forme di potere dispotico che richiedevano ai sudditi solo doveri e non riconosceva loro alcun diritto²³.

Per concludere, al fine solo di effettuare qualche breve osservazione di apertura, parte da qui l'idea che il sistema attuale dei diritti non può, nella sua forma strutturale classica, fornire risposte soddisfacenti a momenti di crisi sociale così acuti per le questioni di grande ripercussione pubblica, tra le quali, sul piano globale, quella della tutela ambientale²⁴. Di qui l'importanza di questa ricerca, per il fatto che questo sistema di diritti non è stato pensato, nella sua origine, per realizzarsi mediante i doveri²⁵.

Queste sono alcune delle riflessioni iniziali che hanno reso possibile architettare il presente studio, sviluppato e presentato con la modesta intenzione di fornire conclusioni necessarie e soddisfacenti sulle questioni affrontate, in modo da conferire alla tesi la rilevanza e l'originalità necessaria ad assicurare l'opera come adatta al suo scopo.

²¹ L'art. 229 della Costituzione brasiliana garantisce che: “*Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

²² L'art. 230 della Costituzione brasiliana afferma che: “*A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida*”.

²³ BOBBIO N.-VIROLI M., *Dialogo intorno alla repubblica*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 39.

²⁴ Analogamente, in un suo intervento, cfr. ZAGREBELSKY G., *Nel nome dei figli: se il diritto ha il dovere di pensare al futuro*, pubblicato su La Repubblica, 02/12/2011, con accesso il 10/04/2015, sul sito: <http://www.libertaegiustizia.it/2011/12/02/nel-nome-dei-figli-se-il-diritto-ha-il-dovere-di-pensare-al-futuro/>.

²⁵ L'idea qui oltrepassa la nozione dei doveri come requisiti o conseguenze della concretizzazione dei diritti.

CAPITOLO I

COSTITUZIONALISMO E COSTITUZIONALISMI

1.1 Introduzione

La storia della evoluzione della umanità è segnata da grandi accadimenti di svariata natura. Dalla “nascita” dell’Eden fino al comparire delle più recenti scoperte scientifiche, vari furono infatti gli eventi importanti che trasformarono le strutture della conoscenza, del governo e del potere.

La narrativa scritta dalla storia delle civiltà antiche, medievali, moderne e contemporanee sono ricche di esempi capaci di provare la profonda rilevanza che lo studio di questi segni del passato comporta al fine di comprendere a pieno l’evoluzione dei popoli.

Invero, più che volta meramente alla comprensione di questa evoluzione, la puntuale analisi di questi rilevanti momenti storici è capace inoltre di fornire elementi utili alla costruzione di nuovi percorsi per il futuro dell’umanità, da non dimenticare ove non si voglia commettere un grave errore di metodo scientifico²⁶.

In questo senso, e al contrario di ciò che taluno possa pensare, anche la constatazione dell’importanza della storia nella evoluzione umana permette di verificare la sua profonda rilevanza nello studio del diritto, che non può essere trattato “puramente”²⁷, come una scienza isolata dal mondo, dai suoi fatti ed effetti.

Il diritto è una scienza sociale applicata che possiede una viva relazione “co-originaria” con le pratiche sociali condivise da un determinato popolo, in quanto frutto di costumi storicamente costruiti e convenzionali, mancando sempre di una interpretazione appropriata ed evolutiva dei propri fenomeni e dei propri linguaggi, della grammatica e della semantica.

²⁶ Con Matteucci si ha una corretta comprensione dell’importanza della storia quando afferma che «tutti i concetti – e, quindi, anche quelli giuridici – nascono infatti nella storia e dalla storia, e pertanto devono essere interpretati storicamente, senza lasciarsi fuorviare dalle teorie generali (l’*Allgemeine Staatslehre* tedesca), che universalizzano concetti storici». MATTEUCCI, N. *Lo Stato moderno*. Lessico e percorsi. Bologna, il Mulino, 2011, p. 128.

²⁷ Sul piano teorico, tra i difensori della purezza del diritto, si distaccano le riflessioni di Hans Kelsen. Si veda KELSEN, H., *Teoria pura do direito* – 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.

In questo senso, per esempio, difficilmente si sarebbe riusciti oggi a comprendere in modo adeguato le relazioni sociali, economiche e politiche di un popolo senza analizzare precipuamente l'impatto del fenomeno della globalizzazione sullo storia del mondo contemporaneo.

Allo stesso modo, la medesima difficoltà potrebbe essersi percepita di fronte ad una analisi attuale delle relazioni giuridiche di un determinato ordinamento mondiale, in particolare incentrata nel suo impianto normativo, nel caso in cui non venisse considerato il fenomeno della globalizzazione e dei suoi effetti che permettono, ad esempio, in ogni momento un'approssimazione e una combinazione ogni volta maggiore dei tradizionali modelli giuridici di "*common law*" e di "*civil law*".

Difatti, è poco probabile, soprattutto quando si entra in ambito delle scienze applicate, che uno studio scientifico riscuota successo nelle conclusioni e proposte a fronte di una profonda mancanza nelle premesse, come quella della non considerazione del fattore storico-evolutivo, nella ricerca di soluzioni a problemi attuali della società e delle istituzioni di questa.

D'altra parte, è possibile affermare che queste reali "rivoluzioni storico-sociali" possono e devono essere analizzate, da parte degli studiosi, sotto diversi punti di vista che possono tenere in considerazione vari fattori, rendendo un prezioso contributo in una più appropriata comprensione del fenomeno investigato.

Il *costituzionalismo*, certamente, è un fenomeno che deve essere collocato dentro tali punti di riferimento storici che incisero e continuano a incidere sulle basi delle relazioni sociali sviluppate dalla umanità, specialmente nell'ambiente politico e giuridico di qualsivoglia società specifica.

Dalla sua nascita fino ai giorni odierni, le idee propagandate dal costituzionalismo smossero le folle, sfidarono alcuni dei maggiori pensatori che l'umanità conosce, fecero cadere e rialzare governi e istituzioni, crearono una nuova cultura politica e giuridica nel mondo, in particolare quello occidentale e, soprattutto, rifondarono sostanzialmente il "patto associativo" dell'umanità.

Sviluppato fondamentalmente sotto le ali liberali, il *costituzionalismo* fondò una nuova era nella storia umana, capace di dare nuove aspettative e realizzare progetti di politica legislativa caratterizzati dalla necessaria e ampia valorizzazione dell'essere umano, dandogli rilevanza e dignità impensabile prima di allora.

Pertanto, è di tutta evidenza l'importanza di trattare questo tema in quanto si cerca, attraverso il presente lavoro, di analizzare e mettere in discussione una delle

sue maggiori conseguenze per la storia moderna dell'umanità, che poi fu quella autorevolmente denominata "l'età dei diritti"²⁸.

Nonostante il presente studio non abbia intenzione di negare le basi concettuali e strutturali che fecero fiorire questa era di piena affermazione di diritti umani, lo sviluppo delle riflessioni certamente metterà in evidenza la necessità di indagare al meglio accezioni, definizioni, caratteristiche, tipologie, origini, effetti, evoluzione e critica del *costituzionalismo*.

Così, l'idea centrale di questo capitolo è quella di rivolgere una riflessione sul processo storico, politico e filosofico dell'affermazione dei diritti e dei doveri fondamentali nella storia dell'umanità avente, come base, proprio lo studio del costituzionalismo, da svilupparsi, pertanto, dal punto di vista socio-evolutivo occidentale, in modo da dimostrare una correlazione esistenziale tra diritti e doveri che si percepisce presente anche all'interno della costruzione dei moderni paradigmi dello Stato di diritto e dello Stato Costituzionale²⁹.

Si parte dalla constatazione che uno studio adeguato del *costituzionalismo* andrà a proporzionare la costruzione di un importante fondamento di questa ricerca scientifica, gettando le basi per le future conclusioni e proposte³⁰.

Inoltre, anche le analisi postume dei modelli classici del *costituzionalismo*, come anche del sistema italiano e brasiliano, saranno realizzati in modo da creare un ambiente propizio per stimolare alla riflessione di un *costituzionalismo del futuro*, data la crisi del costituzionalismo attuale, che tenga in considerazione aspetti di dimensione formale-spaziale e sostanziale-temporale.

Si tratta, allora, di un'analisi di estrema importanza per lo sviluppo della tesi che si pretende qui esporre, nella quale si cercano basi teoriche per giustificare lo svilupparsi di tutta la ricerca proposta, con l'obiettivo chiaro di contestualizzare tale

²⁸ BOBBIO N., *L'età dei diritti*, 11^a ed., Torino, Einaudi, 2011.

²⁹ Sulla nozione di paradigmi, T. S. Kuhn definisce paradigmi come «realizzazioni scientifiche universalmente riconosciute che, durante un certo lasso di tempo, forniscono problemi e soluzioni modello per una comunità di praticanti della scienza». Così, KUHN, T. S., *The structure of scientific revolutions* (1962), trad. port. *A estrutura das revoluções científicas*, a cura di de B. V. Boeira e N. Boeira, 9^a ed., São Paulo, 2009, p. 13.

³⁰ Così anche seguendo le lezioni di altri grandi giuristi, per esempio, P. Ridola che, studiando la storia dei diritti costituzionali, ha sottolineato l'importanza dello sguardo storico, affermando «Occorre ora precisare peraltro che, se la storia dei diritti costituzionali appare inestricabilmente congiunta alla genesi ed ai principi ispiratori del costituzionalismo moderno, (a) assai più antica è la storia del rapporto fra la libertà umana e l'ordine sociale, e che (b) più risalente è la stessa vicenda storica dei diritti di libertà, la quale affonda le radici nelle peculiari caratteristiche dell'ordine giuridico medievale», RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 22.

studio nel mondo del Diritto e oltre il Diritto, stabilendo le connessioni minime necessarie tra il Diritto e le scienze ad esso correlate.

1.2 Costituzionalismo(i)

1.2.1 Considerazioni iniziali

Di tutti i grandi temi del diritto, il costituzionalismo, senza dubbi di sorta, rappresenta uno di quegli argomenti che impone se stesso ad una ricerca sempre più densa e accurata, nel senso di sfidare e incoraggiare gli studiosi a sviluppare il proprio pensiero oltre le limitate mura soggettive delle comprensioni fisiche e metafisiche.

Tuttavia, è molto comune, purtroppo, che i giuristi si riferiscano al costituzionalismo in modo avventato, con preconcetti soggettivi elaborati in modo inadeguato, partendo da presupposti erroneamente compresi e che vengono, di solito, condivisi dalla generalità della comunità giuridica, non preoccupandosi di proporre una costruzione intellettuale che appaia minimamente coerente su questo tema.

Inoltre, e pochi lo fanno, spesso l'attenzione viene concentrata solo sulla dimensione giuridica, limitando l'analisi di questo fenomeno, che invece si connota per una stretta relazione con la politica, la storia e le relazioni sociali di una particolare comunità.

Al fine di non commettere gli stessi errori, lo sviluppo delle riflessioni che seguiranno andranno a mostrare le principali idee sulle quali si fonda il concetto di costituzionalismo, al fine di fornire una visione completa di questo fenomeno.

In tal senso, in una dimensione oltre il diritto stesso, si può dire in prima battuta che il costituzionalismo è, essenzialmente, un modo per capire e organizzare le relazioni politiche e sociali dell'umanità che, soprattutto nella modernità, ha acquisito una fondamentale importanza nei riguardi della creazione della figura dello Stato moderno.

Oltretutto, un attento studio del costituzionalismo consente lo sviluppo di un'analisi profonda e critica dei fenomeni sociali legati alla (ri)costruzione della fondamentale base scientifica della storia del pensiero stesso di umanità, rivelando le relazioni complesse tra essere e dover essere.

In questo senso, è possibile, altresì, affermare che il costituzionalismo si pone l'impegno diretto alla realizzazione della giustizia, alla ricerca, attraverso la

riflessione riguardo ai principi giuridici e costituzionali che si sono affermati in vari passaggi storici, al fine di garantire il miglior sistema legale³¹.

Tuttavia, prima di definire specificamente cosa sia il costituzionalismo, deve tenersi a mente che in ogni proposta metodologica della sua analisi due sono i punti importanti che devono sempre essere debitamente chiariti: il primo relativo ad una dimensione temporale e il secondo attinente ad una dimensione spaziale.

Per quanto riguarda il primo punto, cioè a dire la dimensione temporale, è stato affermato che è possibile parlare di costituzionalismo solamente a partire dall'età moderna³², dal momento che la sua progettazione teorico-scientifica venne correttamente sviluppata da questo periodo storico in poi, anche se è possibile riferire alcune delle sue idee centrali ad altri periodi storici e politici.

Sebbene siano presenti alcuni studi sul *costituzionalismo* nelle fasi pre-moderne³³, come dell'antichità e del medioevo, compiuto nel proposito di espandere l'analisi di questo fenomeno, in realtà, e si vedrà nel prosieguo, le caratteristiche che lo identificano si ritrovano in un contesto più maturo, già in sviluppi socio-politici verificatisi con la nascita della modernità.

E questo avviene, essenzialmente, a causa dell'inversione di marcia che si è verificata nel rapporto tra la politica e il diritto risultante dalla costruzione moderna del *costituzionalismo*, che lo porta ad essere inteso anche come una "regolamentazione giuridica della politica", e non solo come un ideale virtuoso politico-filosofico dell'antichità, in cui il potere politico limiterebbe l'azione del diritto.

Pertanto più che affermare che, ad esempio, esiste un *costituzionalismo* "antico" ed uno "moderno", è necessaria la previa comprensione e la trattazione di "*costituzionalismo*" solamente con riguardo al moderno movimento storico-sociale

³¹ MATTEUCCINI., *Lo Stato moderno*. Lessico e percorsi, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 127.

³² Secondo Fioravanti, «Il costituzionalismo appartiene integralmente all'età moderna, anche se nelle sue strategie sono ricorrenti problematiche che risalgono a epoche precedenti, a matrici antiche e medievali. Più precisamente, si può affermare che il costituzionalismo nasce e si afferma nel contesto del processo di formazione dello *Stato moderno europeo*». FIORAVANTI M., *Costituzionalismo – percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma, Laterza, 2009, p. 5. Si veda anche CANOTILHO J.J.G., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed. (9ª reimpressão), Coimbra, Almedina, 2003, p. 52, e BARROSO L. R., *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 5.

³³ Tra gli altri, DOGLIANI M., *Introduzione al Diritto Costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 152.

per costruire una teoria giuridica propria³⁴, riservando al periodo precedente la nomenclatura di "*pre-costituzionalismo*", in modo da non confondere i due movimenti e trattare con maggiore rigore scientifico i rispettivi fenomeni.

Vero è, tuttavia, che il movimento del *costituzionalismo*, in una visione sistemica, si differenzia in *costituzionalismo moderno e costituzionalismo contemporaneo*, essendo entrambi specie dello stesso genere.

Inoltre, si può anche dire che il «costituzionalismo moderno, in chiave storico-evolutiva, possiede una sorta di "fase introduttiva", definita "costituzionalismo delle origini"³⁵ che, a partire dal XIV secolo, è riuscito a fatica a controllare e limitare il principio di sovranità, trovando terreno fertile, in quel periodo di storia, un processo di concentrazione del potere pubblico su un determinato territorio³⁶.

Dal costituzionalismo rivoluzionario moderno, dunque, iniziato con le rivoluzioni del XVIII secolo, si parla poi di costituzionalismo liberale moderno, che raggiunge il suo pieno sviluppo con il paradigma dello stato liberale; entrambi, comunque, sedimentati sotto la difesa del principio di uguaglianza.

D'altra parte, se lo sguardo alle epoche passate rileva la distinzione del *costituzionalismo* nel succedersi dei periodi storici, in maniera pressoché identica l'analisi dei tempi attuali denota che il "*costituzionalismo moderno*" si ritrova oggi in un processo di trasformazione di alcuni dei propri punti cruciali tecnico-teorici. Ragion per cui è possibile, secondo alcuni giuristi provenienti da realtà giuridiche latine (Italia, Spagna, Brasile), identificare un nuovo momento storico, denominato "*costituzionalismo contemporaneo*" che intende affermarsi, in vista dello scopo del presente studio, come *species* del "*costituzionalismo*", potendo essere analizzato sotto due profili principali, ovverosia quello del "*neocostituzionalismo*"³⁷, e quello del

³⁴ E qui si parla di modernità formata con la nascita del moderno Stato Europeo, concentrando l'analisi dello studio soprattutto sul mondo occidentale, sviluppato sotto la forte influenza europea. FIORAVANTI M., *cit.*, p. 5.

³⁵ La riflessione è di FIORAVANTI M., *cit.*, pag. 6. Per un'analisi analoga, cfr. CANOTILHO J.J.G., *cit.*, p. 52, che utilizza l'espressione "costituzionalismo antico".

³⁶ Nonostante questo lungo periodo storico, L. R. Barroso afferma che «il termine *costituzionalismo* è di uso relativamente recente nel vocabolario politico e giuridico del mondo occidentale», BARROSO L.R., *cit.*, 2011, p. 4.

³⁷ Sul neocostituzionalismo, si veda: MAZZARESE T., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in MAZZARESE T. (coord.). *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 01-69; CARBONELL M., (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; ID., *Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

“costituzionalismo garantista”³⁸, entrambi differenziandosi in ragione delle metodologie sviluppate nella concretizzazione dei propri ideali, principi e teoria, come si vedrà più avanti.

In questo modo, su un piano storico-evolutivo in grado di compiere una macro analisi di questi movimenti, è possibile identificare, in maniera per ora sintetica, due grandi periodi storici che sono strettamente legati tra loro, ma che possiedono tratti caratterizzanti differenti: il “*pre-costituzionalismo*”, antico e medievale, e il “*costituzionalismo*”, moderno e contemporaneo³⁹, ognuno dei quali verrà analizzato più avanti.

Per quanto riguarda, invece, il secondo punto, cioè a dire la dimensione *spaziale*, risalta agli occhi che la visione del *costituzionalismo* come un processo geografico unico appare un equivoco ove si consideri, in realtà, che esistono diversi “*costituzionalismi*”⁴⁰, i quali prendono forma in ogni Stato del mondo (come il costituzionalismo francese, americano, inglese, italiano, brasiliano e così via), e che, negli ultimi tempi, si è esteso anche al di là dei tradizionali cippi di confine degli stati nazionali⁴¹.

³⁸ Così è stato denominato il modello di costituzionalismo sostenuto da L. Ferrajoli nella sua opera *Principia Iuris*. V. anche: FERRAJOLI L., *Constituzionalismo principialista y costituzionalismo garantista*, in *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, 2011, pp. 15-53.

³⁹ Si sottolinea che questa è un’analisi storica costruita su questo lavoro, che non è altrettanto condivisa da altri autori. Per esempio, U. L. Bulos che, parla di costituzionalismo primitivo, costituzionalismo antico, costituzionalismo medievale, costituzionalismo moderno, costituzionalismo contemporaneo e costituzionalismo del futuro o del divenire. Cfr. BULOS, 2009, p. 12.

⁴⁰ Sui costituzionalismi, si veda: DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 2000; PACE A., *I limiti del potere*. Napoli, Jovene, 2008; REBUFFA G., *Costituzioni e costituzionalismi*. Giappichelli, Torino, 1990. Canotilho afferma che sarebbe meglio dire che esistono diversi “*movimenti costituzionali aventi cuori nazionali*”, per analizzare il “*movimento costituzionale*” in una dimensione spaziale, mantenendo la definizione di “*costituzionalismi*” per la distinzione temporale tra il *costituzionalismo moderno* e il *costituzionalismo antico*. CANOTILHO J.J.G., *cit.*, 2003, p. 51. Come detto prima, in questo studio, si utilizza la nomenclatura *costituzionalismo* solo per quel movimento del pensiero costruito nella modernità, per distinguerlo dal *pre-costituzionalismo*, essendo il *costituzionalismo contemporaneo* una specie sviluppata di questo fenomeno moderno. Tuttavia, quando si affronta il tema generale “*costituzionalismo(i)*” del presente argomento, abbiamo incluso tanto l’analisi temporale quanto quella spaziale, per comprendere che questo è il vero genere scientifico da cui sono promanano le altre specie analizzate, opportunamente contestualizzate al mondo occidentale, come si è già detto.

⁴¹ In Italia, per esempio, si vedano RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2012., che parla di “*costituzionalismo globale*”; nonché FERRAJOLI L., *cit.*, *passim.*, che ugualmente rinviene un “*costituzionalismo Globale*”; FIORAVANTI M., *cit.*, ove si analizza il “*costituzionalismo nella dimensione sovranazionale*”, nonché AZZARITI G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*. Roma-Bari: Laterza, 2013, il quale approfondisce il “*costituzionalismo multilivello*”. In Brasile, d’altro canto, M. Neves parla di “*Transcostituzionalismo*”, NEVES, *cit.*, 2009, e A. R. Tavares sostiene il “*costituzionalismo globalizzato*”, TAVARES A.R., *Curso de direito constitucional – 7ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009*. In ultimo, B. Ackerman parla addirittura di “*costituzionalismo mondiale*” in ACKERMAN B., *cit.*, 1997.

Tra tutti questi esempi verranno esaminati, nel presente studio, i modelli classici del costituzionalismo, che sono: il modello inglese, storicamente individuato come il movimento iniziale costituzionale della modernità; il modello francese, in ragione dell'impatto a livello mondiale delle idee della Rivoluzione francese; il modello americano con le sue peculiarità, i contributi e le notevoli ripercussioni fino ai giorni nostri, così come anche il modello italiano e brasiliano, principali obiettivi di ricerca, che rappresentano tutti oggetto di studio.

Così, nonostante si possa riconoscere che esiste una base centrale unitaria di *costituzionalismo*, che unifica e rafforza il quadro teorico, occorre tuttavia rilevare come limitare questo fenomeno ad una sorta di un unico processo storico si risolve in un'inadeguata riduzione scientifica, dal momento che, tanto nel contesto temporale quanto nel dominio spaziale, si può parlare di vari *costituzionalismi*.

Si ritiene, allora, come estremamente necessaria la doverosa assimilazione e comprensione di queste premesse strutturali di base (spaziale e temporale) del *costituzionalismo*, dal momento che la mancanza di queste potrebbe interamente compromettere l'esame sul tema del *costituzionalismo* o - per meglio dire - dei *costituzionalismi* privando lo studioso di un più ampia e rivisitata visione del fenomeno.

1.2.2 I Significato(i)

1.2.2.1 Antico e moderno

La famosa opera dell'americano McIlwain sul costituzionalismo è una pietra miliare per l'analisi storica del costituzionalismo⁴², rappresentando una delle ricerche più ricche e coerenti sui due dei significati più conosciuti del *costituzionalismo*. È possibile affermare che proprio grazie ai risultati presentati da McIlwain è diventato comune distinguere il *costituzionalismo* in due accezioni: "antico" e "moderno".

Nella sua straordinaria ricerca, il suddetto Autore ha analizzato le definizioni e le accezioni del *costituzionalismo* fin dall'antichità, compreso l'esame del *costituzionalismo* romano, passando attraverso il Medioevo, fino ad arrivare al *costituzionalismo* della modernità.

⁴² MCILWAIN C.H., *Costituzionalismo: Ancient and Modern* (1947), trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di MATTEUCCI N., Bologna, Il Mulino, 2010.

Il punto di passaggio tra l'"antico costituzionalismo" e il "costituzionalismo moderno" sarebbe dato dalla limitazione di governo da parte della legge, che ha spinto l'Autore ad affermare che «i limiti costituzionali, se non sono la parte più importante della mostra dottrina costituzionale, sono certamente la più antica»⁴³.

Riassumendo, dunque, la forma con la quale questi limiti sono stati assimilati e attuati in ogni epoca della storia umana ha permesso di identificare una profonda differenza tra il "*costituzionalismo antico*" e il "*costituzionalismo moderno*," che rimane condivisa fino ad oggi⁴⁴.

Il "*costituzionalismo antico*" sarebbe, allora, caratterizzato dalla imposizione dei limiti di governo, attraverso fonti scritte e non, che abbiano una dimensione di controllo principalmente politico, riservando il compito descrittivo al diritto in relazione alla politica.

In questo senso, il costituzionalismo sarebbe piuttosto un movimento ideologico volto alla ricerca della virtù di un certo equilibrio compositivo e pluralista con cui si cerca di ottenere e mantenere l'unità politica della "*polis*" o "*res publica*", al fine di ripudiare la tirannia e la violenza⁴⁵.

Al contrario, il "*costituzionalismo moderno*" sarebbe quello caratterizzato dall'attitudine giuridico-normativa dei testi costituzionali, preferibilmente positivizzati, nel controllo dell'arbitrio e del potere, stabilendo una relazione prescrittiva tra il diritto e la politica, la quale verrebbe così limitata da tecniche giuridiche della tutela del diritto e della separazione dei poteri.

Il "costituzionalismo" in tal senso inteso, sarebbe il prodotto di uno sviluppo del pensiero del genere umano che ai rapporti di potere incorpora una nuova grammatica giuridico-politica, al fine di realizzare la sovranità popolare e il contratto sociale attraverso un documento di massima portata normativa, che andrebbe a configurare un nuovo *standard* etico, politico e giuridico delle nuove società mondiali.

1.2.2.2 Filosofico e storico

In posizione diversa rispetto alla contrapposizione tra "costituzionalismo antico" e "moderno", è stata autorevolmente proposta una nuova distinzione

⁴³ MCILWAIN C.H., *cit.*, 2010, p. 44

⁴⁴ Per una visione critica, si veda DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 193 e ss.

⁴⁵ FIORAVANTI M., 2013, pp. 11-25.

semantica del *costituzionalismo*, in relazione all'evoluzione che va «dal progetto politico alla norma giuridica»⁴⁶.

Questo punto di vista si basa sulla constatazione che la distinzione tradizionalmente proposta sarebbe fuorviante in quanto il *costituzionalismo* è sempre stato un concetto prescrittivo, differenziandosi, in realtà, in ragione di due forme del suo manifestarsi, prodotti di un grande cambiamento storico.

Il cambiamento, in buona sostanza, sarebbe avvenuto attraverso due rivoluzioni, americana e francese, impattando profondamente sul rapporto tra popolo e governo, tra pensiero e azione, tra diritto e politica⁴⁷.

Da questa riflessione, parte della dottrina trae una nuova distinzione del costituzionalismo, che può essere definito "costituzionalismo filosofico" e "costituzionalismo storico".

Il primo sarebbe collegato al piano delle idee e della filosofia, riferito al periodo storico che inizia con l'età antica e si conclude con le rivoluzioni del XVIII secolo e che si caratterizza come un organismo politico, rappresentando un «retaggio accumulato storico per secoli dalla riflessione di filosofi e giuristi sul tema delle forme di Stato e di governo»⁴⁸.

Avrebbe, dunque, carattere prescrittivo in quanto promotore delle azioni virtuose nella ricerca della pace sociale e del migliore ordinamento politico, proponendo degli *standard* etici e morali assorbiti dall'azione politica, senza però cercare di limitare il potere o la sfera di libertà del diritto stesso.

Il "costituzionalismo storico", invece, agirebbe come un movimento storico-sociale di lotta per il diritto avviata dalle rivoluzioni del XVIII secolo, che hanno saputo "soggettivizzarsi" traducendo i bisogni sociali, le ispirazioni ideali e le elaborazioni tecniche attraverso le classi, le masse, la propria storia, consentendo il raggiungimento di obiettivi individuali e concreti attraverso norme giuridiche che riconoscono e riflettono i diritti individuali e collettivi, le forze sociali e istituzionali⁴⁹.

⁴⁶ FERRARA G., *cit.*, 2006.

⁴⁷ Sul pensiero di G. Ferrara, si veda: DOGLIANI M., *Stato e Costituzione. Teoria e storia di una dialettica del moderno*, in *Quale Stato*, vol. 4, 2006, pp. 381-389.

⁴⁸ FERRARA G., 2006, p. 17.

⁴⁹ *IVI*, p. 12.

È in questo senso che si intende il costituzionalismo come prescrittivo, attraverso determinazioni normative sottoposte alla Corte e al controllo della magistratura, elevando il diritto alla funzione di limite coercitivo della politica.

1.2.2.3 Ampio e stretto

Nella realtà brasiliana, lo studioso U.L. Bulos compie un'ulteriore distinzione dei significati dati al termine costituzionalismo, che può essere letto in "senso ampio" e in "senso stretto", potendo anche essere denominato in senso "formale" e "sostanziale". Sotto questa classificazione, si prendono in considerazione due criteri distinti: quello dell'esistenza di una costituzione e quello della tecnica giuridica di tutela delle libertà⁵⁰.

Così, nel "senso ampio", il costituzionalismo sarebbe «il fenomeno legato al fatto che ogni Stato ha una costituzione»⁵¹, indipendentemente dall'epoca storica, dal regime politico adottato o dal suo profilo giuridico.

Il *costituzionalismo*, in questo senso, è legato solo al fatto della mera esistenza di una costituzione, indipendentemente dai contenuti e dalle forme adottate, essendo il risultato di una visione puramente formale.

Se uno Stato ha, o ha avuto, una costituzione nella sua storia, allora vivrebbe all'interno di questo ultimo significato di costituzionalismo. D'altronde, se non avesse avuto un documento formalmente chiamato costituzione, non avrebbe partecipato al movimento del *costituzionalismo*⁵².

Tuttavia, da un lato appare facile intuire che questo senso ampio contiene un errore nella sua premessa fondamentale su cosa sia il *costituzionalismo* e la stessa Costituzione che, ai sensi dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, prevede che: "una società in cui non è assicurata la garanzia dei diritti né stabilita la separazione dei poteri stabilita non ha una Costituzione".

Dall'altro, il costituzionalismo in "senso stretto" sarebbe una "tecnica giuridica di tutela delle libertà", sorta alla fine del XVIII secolo, sulla base di costituzioni

⁵⁰ BULOS U.L., 2009, p. 10.

⁵¹ IBIDEM.

⁵² È certo che l'autore dirà, più tardi, che non avrebbe importanza se il documento fosse scritto ovvero fosse consuetudinario, potendo bastare semplicemente la «esistenza, esplicita o tacita, di un insieme di principi, precetti, prassi, usi, costumi, ecc., che ordinavano, con supremazia e coercitività, la vita di un popolo». IVI., p. 11. Tuttavia, viene ribadito che la posizione di cui sopra si occupa di una visione formale in quanto non ci si preoccupa con l'analisi critica del contenuto del documento costituzionale.

scritte, permettendo ai cittadini di esercitare i diritti fondamentali, senza oppressione da parte dello Stato mediante l'uso della forza o del totale arbitrio⁵³.

Questo "senso ristretto" del *costituzionalismo* sarebbe frutto del *movimento costituzionalista*, che avrebbe carattere *giuridico*, in quanto implica il controllo dell'esercizio del potere politico attraverso le costituzioni scritte; *sociale*, incoraggiando il popolo a lottare contro l'egemonia del potere assoluto; *politico*, predisponendo la difesa dei diritti e delle garanzie fondamentali contro l'oppressione e l'arbitrio e *ideologico*, basato cioè su ideali liberali.

Proprio in ragione di ciò, il "senso stretto" sarebbe quello che più si avvicina ad una visione sostanzialmente adeguata a questo fenomeno, che viene relazionato, attraverso le costituzioni scritte, alla tutela delle libertà contro l'arbitrio dello Stato, permettendo ai cittadini di usufruire dei diritti.

1.2.2.4 Politico e giuridico

Questa distinzione semantica è stata proposta autorevolmente dal Ferrajoli, rappresentando l'obiettivo di uno studio più profondo che ha smosso gran parte della letteratura scientifica di tutto il mondo e che ha portato, poi, ad una riflessione importante sulla teoria garantista del diritto⁵⁴.

Attraverso il suo contributo scientifico, infatti, l'Autore ha proposto una revisione concettuale e terminologica del costituzionalismo, che, secondo lo stesso, non poteva subire un trattamento comune, in quanto concetti antitetici: "costituzionalismo politico" e "costituzionalismo giuridico".

Secondo il Ferrajoli, dunque, il "costituzionalismo legale", definito anche "gius-costituzionalismo", si riferisce ad un sistema giuridico e/o ad una teoria del diritto affermati all'interno delle costituzioni rigide del post-guerra, che avrebbero relazione diretta con l'esperienza storica del costituzionalismo risalente al XX secolo, senza alcun legame con l'antichità⁵⁵.

Da un lato, infatti, i limiti dei poteri e le garanzie di libertà imposte allo Stato sarebbero considerati come categorie interne ai sistemi giuridici vigenti in ogni stato,

⁵³ BULOS U.L., 2009, p. 10.

⁵⁴ Ci si riferisce alla edizione n. 34 dei Quaderni di Filosofia del diritto, in Doxa, lanciata nel 2011, che venne realizzata con la partecipazione, tra gli altri, di Manuel Atienza, Mauro Barberis, Paolo Comanducci, Giorgio Pino e Luis Prieto Sanchís. Posteriormente, L. Ferrajoli pubblicò in Italia il nuovo libro sul tema, andando a spiegare in maniera più esaustiva le sue riflessioni. Cfr. FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*. Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁵⁵ FERRAJOLI L., 2001, p. 17.

che, dovutamente legittimati da una procedura legislativa adeguata, avrebbero forza normativa strutturata in termini di validità.

Dall'altro, il "costituzionalismo politico" avrebbe radici antiche e moderne, essendo considerato «*como práctica y como concepción de los poderes públicos dirigida a su limitación, em, garantía de determinados ámbitos de libertad*»⁵⁶.

In questo modello politico di costituzionalismo, il controllo del potere e la protezione dei diritti e delle garanzie di libertà sarebbero realizzate attraverso limiti e garanzie politiche esterni ai sistemi giuridici.

Per Ferrajoli, dunque, il "costituzionalismo politico" è espressione di un'ideologia che «*no permite evidenciar el cambio de paradigma producido en la estructura del derecho positivo con la introducción de la rigidez constitucional*», motivo per il quale suggerisce solo l'uso della nozione giuridica quando si parla di costituzionalismo⁵⁷.

1.2.3 Concetto(i)

Svolte queste considerazioni iniziali, è necessario delineare meglio la dimensione concettuale di *costituzionalismo*, almeno per quanto concerne il presente studio, in modo tale da evitare che la sua corretta comprensione sia pregiudicata dalla inesattezza del suo contenuto.

Anche se si è consapevoli che il compito non è facile e richiede particolare attenzione⁵⁸, ciò che attualmente si ha intenzione di fare, in maniera ampia e diretta, è di presentare un contenuto semantico del costituzionalismo, distinguendolo, in particolare, dalla precedente fase storico-politica, chiamata in questa sede "pre-costituzionalismo", e creando una definizione che tratti il fenomeno peculiarmente e correttamente, se non altro in aderenza agli scopi del presente studio.

In altri termini, ciò che qui si ricerca è di definire scientificamente il costituzionalismo attraverso un concetto comune a tutti i costituzionalismi citati in

⁵⁶ Ivi, p. 17.

⁵⁷ Ivi, p. 18-19.

⁵⁸ L. Ferrajoli, per esempio, afferma che «esistono diverse concezioni della costituzione e del costituzionalismo giuridico», testualmente, Ivi, 2011, p. 16. Tuttavia, M. Pani sostiene che «il termine «costituzionalismo», in effetti, è perlomeno ambiguo, se non plurivalente, ma forse per questo, in qualche misura, meglio indagabile di un meccanismo istituzionale. Esso, come tutti gli *-ismi*, riguarda un'idea più che una norma giuridica», PANI M., 2010, p. VI. Si veda anche COMANDUCCI P., "Constitucionalismo": *problemas de definición y tipología*, in *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 34, 2011, pp. 95-100.

precedenza, che lo differenzia dal precedente momento storico, e dimostrando, d'altra parte, le caratteristiche del costituzionalismo moderno e costituzionalismo contemporaneo.

"*Technique de la liberté*"⁵⁹, "Teoria politica normativa"⁶⁰, "L'ideologia del potere limitato"⁶¹, "Insiemi di valori"⁶², si tratta di diversi modi per definire costituzionalismo, che si manifesta nella storia con tratti specifici che vanno a delinearlo.

Pertanto, in base a queste prime osservazioni si può affermare che la dottrina giuridica ha concettualizzato il *costituzionalismo* nel corso del tempo, che sembra essere un fenomeno che si rivela sotto diversi approcci i quali, spesso, possono sembrare finanche contraddittori⁶³.

Tuttavia, quello che si intende rilevare è che il costituzionalismo è un fenomeno con "molte facce", spesso trascurate o non ben comprese dai loro studiosi.

Una breve analisi dei concetti costruiti del *costituzionalismo* può dimostrarlo, mettendo in luce una certa limitazione nella ricerca scientifica di questo fenomeno, che, analizzato in chiave critica dal presente studio, merita di essere svelato.

A tal proposito, si può in primo luogo osservare come, ad esempio, già nel 1929 Gino Solazzi⁶⁴, ancora influenzato dal precedente modello di monarchia costituzionale, immaginava il costituzionalismo come auto-limitazione dello Stato a favore delle libertà individuali, non facendo menzione di "diritti" degli individui, in una visione classica del centralismo statale.

Si riporta, ancora, il contributo di W. H. Hamilton⁶⁵, secondo il quale la Costituzione scritta e la dichiarazione dei diritti sarebbero gli elementi caratterizzanti del costituzionalismo moderno, non riconoscendo, per altra parte, l'importanza del *judicial review* che, secondo l'Autore, andrebbe a fondare il governo dei giudici.

⁵⁹ MIRKINE-GUETZÉVITCH B., *Droit Constitutionnel International*, Paris, Sirey, 1933.

⁶⁰ MATTEUCCINI., *Lo Stato moderno*. Lessico e percorsi. Bologna, Il Mulino, 2011, p. 130.

⁶¹ CANOTILHO J.J.G., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 51.

⁶² MATTEUCCINI., *Breve storia del costituzionalismo*. Brescia, Morcelliana, 2010, p. 7.

⁶³ In merito ad una critica all'ampliamento delle finalità del costituzionalismo, focalizzandosi nei limiti dettati all'art. 16 della Dichiarazione del 1789, si veda particolarmente PACE A., *I limiti del potere*. Napoli, Jovene, 2008.

⁶⁴ SOLAZZI G., *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1929.

⁶⁵ HAMILTON W. H., "Constitutionalism," *Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 4, 1935, pp. 255-259.

Anche senza proporre una definizione chiara di *costituzionalismo*, C. H. McIlwain ha costruito un approccio storico al tema, ponendo in risalto la caratteristica più duratura e persistente del vero costituzionalismo: quella della «limitazione del governo alla mercè del diritto»⁶⁶.

Con N. Matteucci, invece, si propongono diverse accezioni di *costituzionalismo*, come “*tecnica giuridica delle libertà*”⁶⁷, “*teoria politica normativa*”⁶⁸; ancora, come una “riflessione intorno ad alcuni principi giuridici che consentono a una costituzione di assicurare nelle diverse situazioni storiche il suo miglior ordine politico”⁶⁹, ovvero come “complesso di concezioni politiche, di procedure giuridiche e di valori morali, elaborato nel corso dei secoli con l’intento di garantire i singoli individui, controlli e regole all’esercizio del potere politico”⁷⁰.

Concentrandosi sulla dimensione politica, P. Biscaretti di Ruffia definisce il *costituzionalismo* in una dimensione ristretta, come le dottrine, le regole e le istituzioni introdussero, dagli ultimi anni del secolo XVIII, un governo costituzionale in contrasto con il governo assoluto⁷¹.

J. J. G. Canotilho, dal canto suo, ha definito il *costituzionalismo* come “teoria (o ideologia) che erge il principio di governo limitato, essenziale per garantire i diritti in una dimensione strutturale dell’organizzazione politico-sociale di una comunità”⁷².

Também A. Barbera contribuì con la seguente definizione di costituzionalismo: “*un movimento politico, filosofico, culturale volto alla conquista di documenti costituzionali improntati a principi liberali o liberaliedemocratici*”⁷³.

Con un taglio molto personale, G. Bongiovanni, in linea con il pensiero di G. Gozzi⁷⁴, ritiene che il *costituzionalismo* possa essere definito come il «modo di intendere la costituzione», concentrando la sua attenzione sulle funzioni che una costituzione possiede, dal momento che sarebbe il principale strumento per la strategia di limitazione del potere⁷⁵.

⁶⁶ MCILWAIN C.H., 2010, p. 44.

⁶⁷ MATTEUCCI N., 2011, p. 128.

⁶⁸ Ivi, p. 130.

⁶⁹ Ivi, p. 127.

⁷⁰ MATTEUCCI N., 2010, p. 24.

⁷¹ BISCARETTI DI RUFFIA P., Enciclopedia del Diritto, vol. XI, “Costituzionalismo”, Varese, Giuffrè, 1962, p. 130.

⁷² CANOTILHO J.J.G., 2003, p. 51.

⁷³ BARBERA A., 2012, p. 3

⁷⁴ GOZZI G., *Storia e prospettive del costituzionalismo*, in *La filosofia del diritto costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, a cura di G. BONGIOVANNI, Bologna, Clueb, 1999, p. 21.

⁷⁵ BONGIOVANNI G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*. Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 12.

Con P. Ridola, d'altra parte, si afferma che il *costituzionalismo* si riferisce ad una "dottrina costituzionale" in relazione con le grandi rivoluzioni borghesi dei secoli XVII e XVIII, che promossero radicali trasformazioni dei sistemi politici dell'Europa e degli Stati Uniti⁷⁶.

Sempre in riferimento a tale ordine di considerazioni, Dogliani fa notare che il *costituzionalismo* non è sinonimo di "dottrine sulla Costituzione", bensì solo di dottrine ispirate dal giusnaturalismo illuminista⁷⁷.

In ultimo, si pone l'attenzione sulle riflessioni del Ferrajoli il quale, dopo aver affermato che una caratteristica comune delle diverse concezioni del costituzionalismo sarebbe una sottomissione dei poteri pubblici a norme superiori, sostiene che il *costituzionalismo*, come *sistema giuridico*, equivale ad un insieme di limiti e vincoli imposti a tutti poteri e, come teoria del diritto, ad una concezione di validità delle leggi che è ancorata, in conformità delle sue forme, alle regole procedurali per la sua formazione e alla coerenza del loro contenuto con i principi di giustizia costituzionalmente stabiliti; portando alla creazione, infine, di una distinzione tra il costituzionalismo politico (antico e moderno) e il costituzionalismo giuridico (solamente moderno)⁷⁸.

Alla luce di quanto rilevato, si percepisce chiaramente che i giuristi sembrano parlare di costituzionalismo come qualcosa di molto diverso l'uno dall'altro, anche se troviamo una nozione semantica comune, presentandosi ora come ideologia, ora come tecnica, ovvero ancora come sistema giuridico e/o teoria.

⁷⁶ RIDOLA P., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 1. Seppure riferendosi, con alcune peculiarità, al *costituzionalismo* come dottrina, Pani afferma che «*costituzionalismo*, dunque, è un termine che gioca evidentemente sulla nozione di *costituzione* e ne rappresenta, come capita per tutti gli *-ismi*, la teorizzazione come dottrina, ma solo nella sua realizzazione piena». Così, PANI M., *cit.*, 2010, p. 5.

⁷⁷ Secondo M. Dogliani, «il termine costituzionalismo indica invece le sole dottrine ispirate dal giusnaturalismo illuminista, comprese quelle che hanno loro aperto la strada (dallo stoicismo alla teologia presbiteriana del XVI e XVII secolo e alla coeva seconda scolastica caotica) e quelle che le hanno riprese e rielaborate su fondamenti non più (almeno apertamente) giusnaturalistici, come nel caso del c.d. neocostituzionalismo». DOGLIANI M., 2007, p. 527.

⁷⁸ Ancora sulla concettualizzazione del costituzionalismo vedi REBUFFA G., *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, Giappichelli, 1990; TROPER M., «*Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVIII, 1, 1988, p. 61-62; DOGLIANI M., «I diritti fondamentali», in FIORAVANTI M. (ed.), *Il valore della Costituzione*. L'esperienza della democrazia repubblicana, Bari, Laterza, 2009, p. 42; DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 2000; MAZZARESE T., «*Diritti Fondamentali e neocostituzionalismo*», in ID. (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 11; FERRARA G., *La costituzione*. Dal pensiero politico alla norma giuridica. Milano, Feltrinelli, 2006; nonché RUOTOLO M., *A mo' di introduzione*, in RUOTOLO M. (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2008, pp. 1-14.

Di fronte a queste impostazioni iniziali, con punti di vista così eterogenei sullo stesso tema, si comprende come sia necessario, al fine di presentare un concetto di costituzionalismo in questa ricerca, verificare le caratteristiche di base di questo fenomeno, cercando soprattutto di differenziarlo dal cosiddetto *pre-costituzionalismo*.

E dunque, il costituzionalismo cosa sarebbe esattamente? Una teoria? Una ideologia? Un insieme di valori? Un sistema giuridico? Un insieme di concessioni politiche? Un insieme di principi?

In verità, in questo lavoro si opera con l'idea che il costituzionalismo non debba essere ristretto ad una di queste dimensioni concettuali.

Il costituzionalismo è in realtà un fenomeno ampio, che si costituisce e si fa teoria, ideologia, tecnica, insieme di valori, sistema giuridico, sistema di concessioni politiche, insieme di principi e molto ancora.

In questa prospettiva, viene accettato in prima battuta l'idea del costituzionalismo come un grande "movimento di pensiero" creato e strutturato per materializzarsi attraverso azioni concrete⁷⁹.

Il costituzionalismo è quindi un movimento sociale politico, giuridico, storico e ideologico che è fondamentalmente legato agli ideali della limitazione del potere, per evitare l'esercizio arbitrario della forza e per consentire la costruzione di meccanismi di garanzia di partecipazione delle persone nella traduzione della volontà pubblica.

Più precisamente, il costituzionalismo si fonda su una teoria specifica di limitazione del potere avente finalità garantiste, trattandosi di tecnica normativa della politica⁸⁰, che si serve di documenti di rango costituzionale per armonizzare l'unità politica fornita dalla teoria della sovranità a favore degli scopi ultimi dello Stato, legati alle sfere di autonomia e la manutenzione della sua unità.

In questo modo, il *costituzionalismo* si manifesta anche come metodologia, che può presentarsi con specifici rapporti procedurali e sostanziali in ogni momento storico-politico in cerca di scopi giuridico-politici concreti⁸¹.

⁷⁹ In argomento, v. FIORAVANTI M., *cit.*, p. 5, il cui pensiero è qui ri riportato: «Il costituzionalismo è un movimento di pensiero orientato sin dalle proprie origini a finalità politiche concrete, come la limitazione dei poteri pubblici e l'affermazione di sfere di autonomia normativamente garantite». Secondo l'A., questa definizione ha il merito di riferirsi ad un ampio periodo storico.

⁸⁰ MATTEUCCI N., *La Costituzione statunitense ed il moderno costituzionalismo*, in *Costituzione Statunitense e il suo significato odierno*, Bologna, Il Mulino, 2000.

⁸¹ Con le parole di M. Fioravanti: «Il costituzionalismo è un movimento di pensiero fino dalle sue origini orientato a perseguire finalità politiche concrete, essenzialmente consistenti nella limitazione dei poteri pubblici e nell'affermazione di sfere di autonomia normativamente garantite». Secondo l'A., questa definizione ha il merito di riferirsi ad un ampio periodo storico. V. FIORAVANTI M., *cit.*, p. 5.

Queste tre affermazioni si collocano sulla stessa linea del pensiero esposto da P. Comanducci, quando, nell'analisi dei contributi iniziali di L. Ferrajoli sul neocostituzionalismo, (o *costituzionalismo principialista*) e il *costituzionalismo garantista*, utilizzando le lezioni di N. Bobbio sul positivismo⁸², affermava essere necessario esaminare questi fenomeni come teoria, metodologia e ideologia, ove si collocherebbe anche qui il costituzionalismo stesso⁸³.

Questa analisi proposta da Bobbio per l'esame del positivismo e dal Comanducci per un migliore apprezzamento del neocostituzionalismo garantista viene, pertanto, adottato in questo studio per definire meglio il costituzionalismo⁸⁴.

Tale proposta ha come principale merito di facilitare la comprensione del costituzionalismo in una dimensione molto più ampia, in modo da permettere la costruzione di somiglianze e differenze tra i costituzionalismi e tra il *costituzionalismo* e il *pre-costituzionalismo*.

Pertanto, in una chiara proposta di definizione di ampia e adeguata portata, il *costituzionalismo* è una *teoria giuridico-politica* di normatizzazione della politica, sedimentata sulla ideologia liberale della limitazione del potere, che si struttura principalmente attraverso la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti, e che si materializza mediante metodologie giuridico-politiche specifiche.

Con questa definizione, si rafforza l'idea che il costituzionalismo sia basato sull'antica ideologia della limitazione della forza, dell'arbitrio, della tirannia, del vizio, della corruzione e del potere a favore della costruzione di un sistema equilibrato, egualitario, virtuoso, plurale e giusto, che veniva già sostenuto fin dall'inizio, costituendo la base di ciò che viene definito qui come *pre-costituzionalismo*.

D'altronde, per comprendere che il costituzionalismo è una teoria normativo-prescrittiva che conforma, limita e controlla la politica per mezzo del diritto verso

Anche nel senso che il costituzionalismo sia un "movimento", si veda BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 23.

⁸² BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*. Torino, Giappichelli, 1996.

⁸³ In altro testo, P. Comanducci esplicitamente intende il costituzionalismo come una teoria e/o una ideologia e/o un metodo di analisi del diritto, arrivando ad affermare che il costituzionalismo potrebbe essere inteso, in una seconda accezione, come un vero e proprio modello costituzionale. COMANDUCCI P., 2002, p. 71, nonché ID, 2011, pp. 96-100.

⁸⁴ P. Ridola sembra pure concordare, seppure parzialmente, con l'idea che il costituzionalismo sia un movimento avente una dimensione ideologica, teorica e metodologica poiché, dopo essersi richiamato ad esso in quanto dottrina costituzionale, afferma che «secondo la prevalente ricostruzione storica, la limitazione del potere avrebbe costituito l'obiettivo primario dell'ideologia del costituzionalismo, la quale si è sviluppata pertanto nel solco delle grandi correnti del pensiero politico e filosofico dell'età moderna (individualismo, contrattualismo, giusnaturalismo». RIDOLA P., *cit.*, 2010, p. 1.

obiettivi concreti e non più (solamente) astratti, questo periodo diverge chiaramente con il *pre-costituzionalismo*, conferendo una nuova semantica e una nuova grammatica ai documenti costituzionali.

Nel suo formarsi, anche l'asserto che il costituzionalismo si concretizza attraverso metodologie specifiche, che possono porsi in relazione, per esempio, al pensiero giusnaturalista, giuspositivista o post-positivista, permette una sua distinzione tra il costituzionalismo moderno e contemporaneo, che costruisce, materializza e rinvigorisce il diritto con tecniche giuridico-politiche specifiche.

L'elemento ideologico liberale di limitazione del potere, allora, diventa comune tanto al *costituzionalismo* quanto al *pre-costituzionalismo* e al *costituzionalismo contemporaneo*. D'altra parte, si ricordi che già sul piano teorico si differenzia il *pre-costituzionalismo* dal *costituzionalismo* e dal *costituzionalismo contemporaneo*, in quanto crea una scissione del quadro politico-descrittivo per l'ambito giuridico-normativo.

In ultimo, è dato notare come l'aspetto metodologico distingue il costituzionalismo moderno dal costituzionalismo contemporaneo, che sono, in realtà, in rapporto di *species* al *genus* di costituzionalismo, essendo composti da diverse tecniche politico-giuridiche ma collegati alla stessa teoria.

1.2.4 Caratteristiche generali

Partendo, dunque, dalla definizione proposta in questo lavoro, occorre, a questo punto, identificare i tratti, le caratteristiche comuni del fenomeno del *costituzionalismo*, sia esso "moderno" o "contemporaneo", considerati in questo studio come specie dello stesso genere.

Queste caratteristiche vengono presentate in rapporto diretto ad una compressione, qui sviluppata, del *costituzionalismo* come un fenomeno ideologico, metodologico e teorico complesso, ma che possiede e preserva unità strutturale. In realtà, più in generale, alcuni giuristi hanno già compiuto studi attraverso i quali sono state presentate le connotazioni principali del *costituzionalismo*, definiti "movimenti caratteristici" o "nuclei forti".

Al riguardo, di rilievo appare l'ordine di caratteristiche del Matteucci il quale presenta i cinque "nuclei forti" del *costituzionalismo*: la Costituzione scritta, il potere

costituente, le Dichiarazioni dei diritti, la separazione dei poteri e il controllo di costituzionalità delle leggi⁸⁵.

Una costituzione scritta sarebbe «uno dei principali aspetti di rottura con il passato», poiché nella modernità esprimerebbe non più un patto di soggezione, ma un patto di unione del popolo. Sarebbe la massima formalizzazione del pensiero dell'imperio di leggi e non degli uomini, entro cui si propende verso l'unità politica⁸⁶. Pertanto, il potere costituente si rivela come il pensiero moderno della nascita legittima di una costituzione che ricorda un antico brocardo del diritto romano secondo cui "*lex est communis publicae sponsio re*", interpretato nel senso che il popolo sarebbe l'ultima e definitiva fonte e autorità che esprime la propria volontà sovrana attraverso una scelta consapevole e in un certo momento opportuno⁸⁷.

In effetti, già le Dichiarazioni dei diritti, che possedevano forme e obiettivi diversi nei due continenti, europeo e americano, hanno segnato un profondo cambiamento nelle azioni di limitazione del potere in favore dell'individuo, nella misura in cui sono diventati, all'inizio del *costituzionalismo*, i principali documenti garanti dei diritti dei cittadini, dal momento che, in quel contesto storico, le costituzioni erano «brevi e asettiche», occupandosi di più della organizzazione dei poteri costituiti dello Stato⁸⁸.

D'altra parte, la separazione dei poteri sarebbe un principio puramente procedurale di controllo dell'esercizio del potere, che può definirsi una delle caratteristiche più riconoscibili del *costituzionalismo*, anche se non esclusiva ~~ad esse~~. Il suo sviluppo si è verificato, infatti, in modo diverso tra i vari paesi che l'accosero, ponendosi su un piano orizzontale, tra le funzioni di carattere legislativo, esecutivo e giudiziario, e su un piano verticale, tra le divisioni federaliste di competenze del potere, implicazioni peculiari circa il concetto di sovranità⁸⁹.

Infine, il controllo di costituzionalità delle leggi, basato sulla distinzione medievale tra *gubernaculum* e *iurisdictio*⁹⁰, sviluppato storicamente sui pensieri di alcuni giuristi come Edward Coke, Alexander Hamilton e John Marshall, rendendo vero successo, in termini giuridici, alla legge del governo limitato, che istituiva una garanzia contro un governo autoritario o arbitrario.

⁸⁵ MATTEUCCINI., 2011, p. 128.

⁸⁶ Ivi, pp. 134-138.

⁸⁷ Ivi, pp. 138-142.

⁸⁸ Ivi, pp. 142-147.

⁸⁹ Ivi, pp. 147-157.

⁹⁰ Ivi, pp. 157-161.

Anche il Barbera ha esaminato le caratteristiche del *costituzionalismo*, giungendo alla conclusione che sarebbero dodici, cioè a dire, in breve: l'autonomia della sfera politica rispetto alla sfera religiosa, la separazione tra stato e chiesa, l'esistenza di costituzioni rigide, la legittimazione dei poteri sovrani per decisione della nazione o del popolo, la legittima acquisizione dei diritti e doveri di cittadinanza, la primazia dei diritti umani, l'adozione del "principio di maggioranza" come tecnica principale di adozione delle decisioni politiche, il sovrano è subordinato alla legge, la garanzia di "separazione dei poteri", la costituzione del Parlamento elettivo, la previsione della tutela dei diritti dei cittadini anche in relazione al potere pubblico e la garanzia del controllo di costituzionalità della legge esercitato dal potere giudiziario⁹¹.

A differenza delle considerazioni svolte dal N. Matteucci e dal A. Barbera, M. Fioravanti, più in generale, afferma che i movimenti che caratterizzano il *costituzionalismo* sarebbero sostanzialmente due: la *resistenza* e la *partecipazione*. Questi movimenti possono riassumere, a suo avviso, la *duplice vocazione di costituzionalismo*, in particolare di matrice europea⁹².

Il *movimento di resistenza* si svilupperebbe in un senso "negativo" di difesa, imponendo limiti e garanzie, alla ricerca di uno spazio di libertà per gli individui, attraverso garanzie di sviluppo e l'espansione delle sue attività, andando così incontro alla necessità di proteggere le diversità individuali che compongono l'unità politica⁹³.

Di contro, il movimento di partecipazione presenterebbe carattere "positivo", con la specifica intenzione di formare una sempre più consolidata strutturata e stabile volontà politica, rafforzando l'esistenza politica comune per raggiungere interessi comuni⁹⁴.

Pare, altresì, possibile rinvenire altre caratteristiche menzionate da altri importanti pensatori del *costituzionalismo*, che potrebbero dare un ulteriore contributo

⁹¹ BARBERA A., *cit.*, 2012, pp. 4-5.

⁹² «Non si insisterà mai abbastanza sulla rilevanza di queste origini più remote del costituzionalismo europeo, nei lunghi secoli della prima età moderna, precedenti il diciottesimo secolo e le rivoluzioni. È infatti in questi secoli che si costruisce progressivamente la doppia vocazione del costituzionalismo europeo: da una parte a costruire limiti e garanzie da opporre al potere sovrano, in difesa delle proprie sfere di autonomia e dei propri diritti, dall'altra a partecipare alla costruzione di quel potere, con l'evidente finalità di meglio garantire quelle medesime sfere e quei medesimi diritti, entro la nuova dimensione del potere sovrano. Sono questi i due movimenti del costituzionalismo: resistenza e partecipazione». FIORAVANTI M., 2009, p. 150.

⁹³ ID., 2009, p. VI / VI.

⁹⁴ FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, pp. VI / VII.

al fine della comprensione del fenomeno nella dimensione teorica, ideologica e/o metodologica, come spiegato in precedenza⁹⁵.

Tuttavia, è necessario che siano poste preliminarmente quelle caratteristiche legate alla definizione costruita in questo lavoro, e che possiede la sua stessa particolarità in ragione della distinzione che si è proposta tra *pre-costituzionalismo* e *costituzionalismo*.

Così, nella linea di pensiero sviluppata fin qui dal presente studio, si comprende che un primo punto caratteristico da evidenziare si basa sostanzialmente su alcune lucide e consequenziali affermazioni.

In primo luogo, (a) il costituzionalismo consiste in un pensiero ideologico di limitazione dell'arbitrio, della tirannia e della potenza, siano essi pubblici o privati, di uno, di pochi o di molti, siano nazionali ovvero sovranazionali.

Secondo quest'ordine di ragionamento, il *costituzionalismo* presenta una delle due dimensioni ideologiche del limite del potere, alla ricerca della costituzione di una convivenza pacifica, equilibrata e giusta tra gli uomini, essendo forse questa la sua principale caratteristica.

Parimenti, (b) il *costituzionalismo* è anche un accessorio o un adattamento delle idee filosofiche classiche dell'età antica secondo le quali sarebbe preferibile un governo di leggi più che un governo di uomini⁹⁶.

A partire dai contributi greco-romani, ma anche guidato dalle nuove concezioni della modernità, questo movimento si propone di costruire, nel corso della storia, un sistema politico-giuridico che privilegia l'ottimizzazione delle virtù umane e istituzionali, costituite dai documenti conduttori e risolutori dei conflitti esistenti.

Altra caratteristica importante è che (c) il *costituzionalismo* è formato da idee chiaramente vincolate ai pensieri illuministi e liberali, che elevano la consacrazione del principio della dignità umana come colonna portante dell'architettura costituzionale costituita successivamente in tutto il mondo.

Quest'altra dimensione ideologica gli ha assicurato una rottura con le idee e le pratiche stabilite dal modello di dominio finora esistente nella gestione del potere,

⁹⁵ Sul punto è stato sostenuto, ad esempio, che «fra le note più caratteristiche di tale costituzionalismo devono, perciò, annoverarsi: una limitazione dell'autorità governativa per mezzo del diritto (la cui formulazione ben presto si riconobbe spettare ai cittadini stessi, attraverso l'opera dei propri rappresentanti in Parlamento) e la precisa determinazione, in apposite costituzioni scritte, dei limiti in tal modo instaurati». BISCARETTI DI RUFFIA P., *cit.*, 1962, p. 130.

⁹⁶ Qui si vuole fare espressa menzione al dibattito intercorso tra Platone e Aristotele. Cfr., BOBBIO N., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2013.

caratterizzato dalla creazione di vincoli politici soggettivi e oggettivi che spesso negavano l'importanza della centralità del principio della dignità umana nella costruzione di una società libera e giusta.

Un altro fattore di distinzione è che (d) il *costituzionalismo* rappresenta un fenomeno tipico dell'epoca moderna, mantenendo una stretta relazione con la formazione dello Stato moderno che, come detto prima, accompagna la storia dell'umanità fino ai giorni nostri⁹⁷.

Questa affermazione è essenziale per fissare un tappa storica della nascita del *costituzionalismo*, almeno per quanto qui sostenuto, ribadendo la profonda connessione tra la nascita del fenomeno e della modernità, con il superamento e/o potenziamento di idee e pratiche fino ad allora condivise dall'umanità, imponendo, perciò, un nuovo rapporto tra diritto e politica.

A livello teorico, (e) il *costituzionalismo* si caratterizza per la costruzione di una nuova teoria politico-giuridica di controllo del potere grazie alla dimensione costituzional-normativo del diritto, che stabilisce un nuovo paradigma delle carte costituzionali, considerate come supreme⁹⁸.

Questo è, secondo il pensiero sviluppato in questa ricerca, la caratteristica principale che contraddistingue il *costituzionalismo* dal *pre-costituzionalismo*, operando una vera rivoluzione nel nostro modo di pensare e strutturare il rapporto tra diritto e politica, che trova la sua fonte di legittimazione non solo nelle procedure di politica interna, ma soprattutto negli impegni e nelle determinazioni formali e materiali contenuti nei documenti costituzionali.

Altresì interessante è poi considerare la caratteristica che vede (f) il *costituzionalismo*, sul piano teorico, essere *formalmente* istituito attraverso la più comune nozione delle costituzioni scritte, considerate nuova fonte di legittimità politica e giuridica di ogni ordine specifico in quanto frutto del potere costituente.

⁹⁷ M. Pani è chiaro nel chiarire che «a rigore [dunque] *costituzionalismo* dovrebbe riferirsi solo alla fase più matura della riflessione sulla costituzione. In effetti, è probabilmente dall'idea di potere costituente, supportata dal giusnaturalismo, che possiamo cominciare a parlare più propriamente di idea di costituzionalismo», PANI M., 2010, p. 5.

⁹⁸ In questo senso, tra gli altri, FIORAVANTI M., *Costituzionalimo – percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 5; RIDOLA P., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 1-2; D'ATENA A., *Lezioni di diritto costituzionale*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 1. *Contra*, FERRARA G., *La costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*. Milano, Feltrinelli, 2006, pp. 13-17 e DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*. Bologna, Il Mulino, 2000, p. 193 ss.

Questo punto fermo è stato raggiunto da pensatori moderni come un modo per strutturare al meglio i limiti e le garanzie dei cittadini, dato che il più alto codice etico, politico e giuridico di ogni comunità andrebbe ad esprimere la stessa volontà politica in un ambiente qualitativamente diverso sotto lo sguardo della partecipazione democratica.

D'altra parte, dovrebbe sempre essere sottolineato che questa funzione non è stabilita obbligatoriamente, anche se molto diffusa, dal momento che alcune società costruirono il proprio *costituzionalismo* non necessariamente includevano una costituzione scritta, come invece è accaduto nella esperienza storica inglese.

Un'altra caratteristica forte del movimento è che (g) il *costituzionalismo*, anche da un punto di vista teorico, è costituito *materialmente*, soprattutto dall'idea della indispensabile separazione dei poteri, della necessaria garanzia dei diritti e dello stimolante strumento di controllo di costituzionalità.

Questo aspetto teorico-materiale, che si riferisce ad una sorta di contenuto minimo dei testi costituzionali, avrebbe in realtà due facce: una di tipo "procedurale" e un'altra di tipo "sostanziale"⁹⁹.

Il "volto procedurale" è ancorato al principio della separazione dei poteri, essenziale per l'esercizio limitato delle attività dello Stato. La separazione dei poteri permetterebbe, infatti, non solo un maggior controllo dello Stato, ma consentirebbe altresì uno sviluppo specifico delle funzioni statali volto all'ottimizzazione dei loro obiettivi e delle loro finalità.

Per quanto riguarda il "volto sostanziale", nella visione qui prospettata, esso si ritrova legato a due grandi pensieri della modernità: in primo luogo, la garanzia dei diritti dell'uomo, intesa in una scala molto più ampia di ciò che in passato si è sostenuto; in secondo luogo, il controllo di costituzionalità.

La dimensione sostanziale di garanzia e tutela dei diritti è il risultato di una rivoluzione copernicana nel modo di intendere l'essenza della costruzione di nuove relazioni di potere, costituendosi, inizialmente, come chiara limitazione dell'azione statale, intesa in una dimensione negativa.

⁹⁹ A tal proposito, si riportano le considerazioni di N. Matteucci il quale afferma che «il principio della separazione dei poteri è un principio meramente procedurale sul modo in cui il potere deve essere esercitato e, in quanto tale, non può impedir la formazione di un governo arbitrario: qualora ci sia concordia fra i diversi organi dello Stato, la volontà della maggioranza diventa onnipotente» MATTEUCCINI., *cit.*, 2011, p. 157.

Lo sviluppo di nuove generazioni, o dimensioni, dei diritti che analizza N. Bobbio in almeno tre fasi, che sarebbero i diritti di libertà, diritti politici e diritti sociali¹⁰⁰, ha permesso, inoltre, la costruzione di una nuova concezione della loro funzione, conquistando persino una posizione positiva.

D'altra parte, l'attuazione di un controllo giurisdizionale è un'altra dimensione sostanziale di una pretesa di costituzionalismo ad un governo limitato, valorizzando la funzione giurisdizionale che diventa così il principale interprete dei limiti giuridici della Costituzione, che viene in tal modo considerata come ultimo e vero custode¹⁰¹.

Un'altra caratteristica importante è che (h) il *costituzionalismo*, sotto l'aspetto teorico-politico, si forma all'interno di un movimento di affermazione di sfere di autonomia degli esseri umani, in particolare relativi alla partecipazione individuale nella formazione della volontà pubblica, che avrà diverse ripercussioni nel percorso storico, come le realtà costituzionali vissute.

Questa peculiare constatazione del *costituzionalismo* è estremamente importante perché senza di essa tale movimento potrebbe finire per produrre una separazione politica non voluta, nella misura in cui darebbe enfasi solo ad una parte e non al tutto.

Specialmente nella realtà odierna, l'affermazione e l'applicazione dei diritti fondamentali devono essere sviluppati in linea con l'obiettivo più ampio dell'unità politica, che impone quindi un rapporto di «modalità circolare e di sostanziale inseparabilità»¹⁰².

¹⁰⁰ BOBBIO N., 2011, pp. 26 -26.

¹⁰¹ Sul punto, N. Matteucci appoggia il ruolo del giudiziario nel costituzionalismo in maniera alquanto enfatica, con una certa restrizione della considerazione degli agenti interpretativi della costituzione, affermando che «mentre il principio della separazione dei poteri, alla fine, è tutto giocato sulla separazione (assai problematica) fra esecutivo e legislativo, il governo limitato valorizza al massimo, come contraltare del potere, la funzione giudiziaria, esclusiva interprete dei limiti giuridici della costituzione, di cui è la custode». Per una visione più ampia, si veda HÄBERLE P., *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997; ID., *Pluralismo y Constitución*. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedade aberta. Madrid: Tecnos, 2008. In Italia: ID., *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), tr. it. LUTHER J. (a cura di), *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001.

¹⁰² In merito, viene affermato che «questo medesimo intreccio è divenuto poi particolarmente intenso e fertile nel Novecento, e più specificamente a partire dalle costituzioni democratiche del Novecento (...). Si afferma così, in quelle costituzioni, il carattere inviolabile dei diritti fondamentali, ma entro una forma politica tenuta insieme dal necessario adempimento di precisi doveri di solidarietà politica, economica e sociale, tale da escludere interpretazioni di quei diritti tutte in 'negativo', di carattere iper-individualistico; e per converso, si torna ad attribuire la sovranità al popolo, ma non si manda di precisare che il suo esercizio deve svolgersi nelle forme e nei limiti dettati dalla Costituzione, in modo tale da escludere il risorgere di versioni radicali di carattere iper-politico». Così, FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, p. VII.

Allo stesso tempo, questo rapporto circolare esistente tra la garanzia dei diritti e la costituzione di una unità politica impone una correlazione necessaria tra diritti e doveri, che si manifesta come realtà sia per il pubblico sia per il privato, dovendo essere perseguita attraverso un sistema politico e giuridico che mira a radicare valori come la libertà, l'uguaglianza, la solidarietà e la giustizia.

In una dimensione metodologica, inoltre, (i) il *costituzionalismo* si caratterizza come un movimento di "tecnica giuridica della libertà", andando a strutturare le forme di affermazione di ogni ideologia e teoria che lo compongono.

È vero che è possibile affermare che ci sono varie tecniche che vengono utilizzate dal costituzionalismo per imporre limiti al potere e affermare diritti per i cittadini. Tuttavia, in questa sede si lavora con un concetto ampio che utilizzerebbe, a sua volta, ulteriori tecniche per raggiungere i propri obiettivi.

Infine, (j) il *costituzionalismo* può adottare diverse strutture metodologiche per la costruzione, definizione, interpretazione e applicazione del diritto, non ritrovandosi una metodologia filosofica univoca che lo definisca nel suo complesso.

Con questa ultima caratteristica, resta inteso che il *costituzionalismo* non viene condizionato unicamente dalle metodologie introdotte dalle correnti giusnaturalistiche, giuspositiviste o quelle post-positiviste.

Il *costituzionalismo*, così, non si confonde con il giusnaturalismo, il giuspositivismo o il pos-positivismo che, al più, potrebbero essere intesi come strumenti, mezzi di concretizzazione metodologica delle rispettive ideologie e teorie.

Del resto, l'adozione delle premesse metodologiche di queste correnti di pensiero possono caratterizzare in maniera preponderante, dal punto di vista paradigmatico, diverse *species* del *genus costituzionalismo*.

Con questa ulteriore caratteristica, siamo capaci di fissare la principale distinzione tra il "costituzionalismo moderno" e il "costituzionalismo contemporaneo" giacché, per lo più in modo predominante, si sostiene che rispetto al primo vennero utilizzate le idee metodologiche introdotte dal giuspositivismo, e rispetto al secondo, sebbene non all'unanimità, vennero ampiamente impiegate le tecniche proprie del pos-positivismo.

In quest'ottica, ad esempio, appare un vero e proprio equivoco scientifico quello di produrre uno studio comparativo tra costituzionalismo e positivismo, dal momento che circoscrive la dimensione metodologica della sua affermazione in una determinata fase o più fasi.

E si parla di fasi in quanto si lavora con la dimensione della prevalente adozione di ciascuno di questi pensieri giuridici, non impedendo di essere utilizzati in concomitanza con ciascun periodo o fase storica del *costituzionalismo*.

Come già detto, tutte queste caratteristiche del *costituzionalismo* sono state sviluppate nel corso dei secoli, formando un movimento politico, giuridico, filosofico, ideologico, storico e sociale che ha rivoluzionato soprattutto il rapporto tra diritto e politica.

In questo senso, si rende opportuno da questo momento una rassegna storica dell'evoluzione del *costituzionalismo*, che necessariamente comporta anche un'analisi del *pre-costituzionalismo*, in quanto si cerca di identificare le forme di relazione tra politica e diritto, analizzando allo stesso tempo l'affermazione storica dei diritti e dei doveri.

1.3 L'evoluzione storica del pre-costituzionalismo

Fino a questo punto della trattazione si è voluto sviluppare un'analisi scientifica che ha cercato di dimostrare¹⁰³, almeno sulla base delle assunzioni e delle caratteristiche già descritte, come il *costituzionalismo* non debba essere confuso con il cosiddetto *pre-costituzionalismo*¹⁰⁴.

La differenza principale posta in rilievo dallo studio è che il *costituzionalismo* è un movimento di ordine politico-giuridico che impone una nuova grammatica nel rapporto tra diritto e politica, in modo tale che la limitazione del potere vada ad essere elaborata normativamente e così prescritta dalla legge.

Si noti, giova ripeterlo, che il *costituzionalismo* si formò nell'età moderna, mentre il *pre-costituzionalismo* nell'età Antica e Medioevale, periodi, questi ultimi,

¹⁰³ Sulla critica al riduzionismo arbitrario prodotto dal processo di periodizzazione di momenti storici, che operano con la nozione di rotture temporanee, si veda D'ATENA A., *Lezioni di diritto costituzionale*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2012, p. 1. Condividendo questa critica e riproponendola in maniera piuttosto amplificata in Brasile, Menelick de Carvalho Netto parla di doppio aspetto della nozione di paradigma. V. anche CARVALHO NETTO M., *cit.*, 1999, p. 476.

¹⁰⁴ Nel processo di ricostruzione storica del costituzionalismo, Ridola sembra concordare, sebbene parzialmente, con quanto proposto in questo studio allorquando, costretto a compiere un'analisi nello stesso "arco temporale", nelle premesse osserva che « da un lato, si tenterà di individuare antecedenti anche remoti dell'ideologia del costituzionalismo moderno nelle teoriche della "costituzione mista" e del "governo temperato", che, fin dal mondo antico, hanno accompagnato la riflessione sull'ordine politico della società [cfr. MCILWAIN C. H., *cit.*, 11 ss.]. Dall'altro, la ricostruzione storica del costituzionalismo si spingerà fino ai giorni nostri, ad abbracciare le esperienze dello stato costituzionale, e delle due interdipendenze dai fenomeni sempre più accentuati di comunicazione e di recezione fra esperienze costituzionali differenti». Così RIDOLA P., *cit.*, 2010, p. 2.

che hanno sviluppato le idee di limitazione del potere in un ambiente sostanzialmente ideologico, filosofico e politico, conservando un ruolo di minore importanza al diritto e al potere giudiziario.

A partire da quest'ultime considerazioni, diventa allora necessario investigare e dimostrare la veridicità e la credibilità della classificazione proposta tra il *costituzionalismo* e il *pre-costituzionalismo*, esigendo un'analisi specifica del "pre-costituzionalismo antico" e del "pre-costituzionalismo medievale", così come del *costituzionalismo*, dal punto di vista del mondo occidentale¹⁰⁵.

1.3.1 Pre-costituzionalismo antico: tra *Politeia* e *Constitutio*

Il "pre-costituzionalismo antico" segna un'ampia fase storica e sociale, carica di progressi politici e battute d'arresto che accrebbero una dottrina politica di rilievo, costituita fondamentalmente sotto l'influenza di due importanti riferimenti culturali occidentali: quella greca e quella romana. I chiari contorni comuni alle esperienze politiche e filosofiche vissute in Grecia e nell'Impero Romano hanno permesso che tale fase venisse classificata, in questo studio, come una singola specie di *pre-costituzionalismo*, che conserva, tuttavia, alcune peculiarità in ciascuna delle loro rispettive esperienze.

All'interno delle principali caratteristiche comuni del "pre-costituzionalismo antico" è possibile preliminarmente rilevare che sul piano ideologico esso si è sviluppato partendo dalla necessità di limitare il potere, dell'arbitrio, della forza e della tirannia, cercando di stabilire un ordine politico-sociale più giusto, pacifico e isonomico ordine socio-politico.

Questa fase si caratterizza anche per l'assenza di costituzioni scritte, ragion per cui le relazioni sviluppate attorno al potere politico obbedivano ad un codice proprio

¹⁰⁵ Sulla storia del *costituzionalismo* si vedano, tra gli altri, ARTOLA M., *Constitucionalismo em la historia*, Barcelona, 2005; FIORAVANTI M., *Costituzionalismo – percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza, 2009; ID., *Costituzione*. Bologna: Il Mulino, 2013; MARTINELLI C., *Le radici del costituzionalismo. Idee, istituzioni e trasformazioni dal Medioevo alle rivoluzioni del XVIII secolo*, Torino, 2011; MCILWAIN C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), trad.it. *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di N. MATTEUCCI, Bologna, Il Mulino, 2010; PANI M., *Il costituzionalismo di Roma antica*, Roma-Bari, Laterza, 2010; RIDOLA P., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010; TRAMPUS A., *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Roma-Bari: Laterza, 2009.

scritto, normalmente, attraverso usi e costumi, accordi volontari creati da cittadini o da ordini arbitrari istituiti dalle più alte cariche politiche¹⁰⁶.

Gli antichi insegnamenti sull'idea di costituzione differivano molto dalla sua visione moderna, non solo in fase di costruzione basata sulla nozione di limitare la "sovranità" dello Stato, bensì di controllare la reale volontà del tiranno.

In generale, si condivide una certa visione pessimistica di democrazia¹⁰⁷, che favorirebbe la creazione di un regime politico violento e instabile, stabilito attraverso la "costituzione dei vincitori." Questa costituzione si oppone alla "costituzione dei padri", considerata come il luogo ideale per stabilire una forma di governo per il rafforzamento delle virtù civiche, a favore dell'equilibrio, della composizione e della convivenza pacifica e duratura della comunità.

D'altra parte, la vecchia forza politica si componeva principalmente di specifiche strutture politiche e parlamentari, che, in quanto fonte suprema della creazione di diritti e doveri, certamente non sottomettevano i propri atti di volontà politica - formalizzati da leggi o altri documenti - ad una qualche forma di controllo giuridico.

In questo modello pre-costituzionalista la stabilità giuridica dell'affermazione e garanzia dei diritti era ad un livello minimo, dal momento che non vi era una previsione di alcuna requisito formale per essere in grado di modificare convenzioni e ordini precedenti, che ben potevano essere, invece, modificati da semplici atti legislativi ordinari.

Tuttavia, è dato rilevare una certa "irresponsabilità giuridica", particolarmente in termini di efficacia sociale, dei detentori del potere, dal momento che i documenti della dimensione costituzionale mancavano di una effettiva forza normativa per poter imporre, modificare, sospendere o annullare gli atti decisionali che andassero a violare, ad esempio, i diritti legali o le regole giuridiche di condotta¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Nell'analisi del significato del termine costituzione, C. H. McIlwain affermò che «nell'Impero romano la parola, nella sua forma latina, divenne il termine tecnico per gli atti legislativi dell'imperatore» MCILWAIN C.H., 2010, p. 47.

¹⁰⁷ L'ammortamento di valore della democrazia sembra essere stato il risultato di un giudizio più storico e costituzionale che ideologico, visto che con essa si presentò un panorama sociale caotico che alimentava i vizi e non le virtù. In realtà, Platone ritiene che il grande peccato della democrazia ateniese sarebbe quello di avere voluto sviluppare un sistema politico senza una costituzione che unificasse la *polis*. V. FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 15.

¹⁰⁸ Sul punto, M. Fioravanti dice chiaramente che «tale costituzione non ha ovviamente nulla a che fare con la costituzione dei moderni. Gli antichi non avevano infatti alcuna «sovranità» da limitare, e soprattutto non hanno mai pensato alla costituzione come una norma, quella norma che nel tempo

Così, e come si vedrà, sia sotto la nozione greca di "*Politeia*", che di quella romana di "*Constitutio*", il "pre-costituzionalismo antico" si è sviluppato nella storia di persone con tratti specifici che richiedono uno studio individualizzato.

1.3.1.1 Pre-costituzionalismo greco: la Πολιτεία e la Εὐνομία

L'esperienza pre-costituzionale greca si basa principalmente sul concetto di "*politeia*" (πολιτεία), che è un termine dai polivalenti significati, ma che veniva usato anche per riferirsi, descrittivamente, alle caratteristiche costitutive della natura di uno Stato¹⁰⁹.

Altre tre caratteristiche sono importanti per comprendere il pensiero politico greco: la prima, è che vi era una stretta relazione tra l'organizzazione del corpo umano e del corpo dello Stato; la seconda, riguarda la mancata condivisione del significato di "*ius*" romano come fonte delle loro decisioni politiche e giuridiche¹¹⁰; infine, si credeva che ogni costituzione fosse seguita da un *ethos* che esercitava una forza plasmante della virtù dell'uomo, che poteva avere quindi il proprio modello di "buon cittadino" diverso nella monarchia, nell'aristocrazia o nella democrazia.

Le informazioni disponibili di questo periodo, attinte principalmente dalle opere di Platone e di Aristotele, descrivono un modello di ordine politico costruito in un momento di profonda crisi sociale, etica, economica e politica dell'Atena di allora, la quale cercava di risolvere il pericolo di *stásis* (στάσις), cioè a dire un conflitto sociale e politico estremo, attraverso l'introduzione di una forma di governo che fondasse la "*eunomia*", o "il buon ordine della comunità"¹¹¹.

La degenerazione della *polis* causata dalla loro economia mercantile, ha prodotto gravi effetti sul modo di vita condiviso dai greci, che hanno visto le loro virtù civiche essere gravemente compromesse, instaurandosi un nuovo ordine di conflitto di interessi individuali, ingenerando, specialmente, una lotta tra ricchi e poveri.

moderno sarebbe stata chiamata a separare i poteri e a garantire i diritti» FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 24.

¹⁰⁹ MCILWAIN C.H., *cit.*, 2010, p. 49.

¹¹⁰ Al riguardo, si precisa che, tuttavia, già con i greci esisteva la nozione del principio di legalità, che sarà molto importante non soltanto per l'esperienza costituzionale di Roma, ma soprattutto per la modernità. In questo senso, si veda FERRARA G., *La costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, p. 19.

¹¹¹ FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 11/12.

Affinché questi conflitti non terminassero con l'instaurazione di un ordine di violenza caotica, l'idea dei greci fu quella di sviluppare una forma di governo che eliminasse questo rischio, permettendo la creazione di una nuova realtà politica in cui la ponderazione degli interessi fosse istituito per generare lo sviluppo della "*polis*".

La necessità di sviluppare una nuova forma di governo era rafforzata dalla esperienza, sul piano teorico e pratico, che era vivida in quell'epoca in Grecia, della democrazia¹¹², in quanto finiva per consentire che la volontà corrotta della maggioranza predominasse, l'installando il caos sociale attraverso quello che Platone chiamava "la costituzione dei vincitori," essendo necessario dunque riflettere sul futuro che avrebbe lasciato un'eredità per le generazioni future.

Una diversa forma di modernità, la ricerca per l'introduzione di un sistema di organizzazione e di controllo delle forze compositive di quella società si è sviluppata in una maniera molto meno strutturata rispetto a quella attuale, non considerando quel periodo di formazione delle nozioni teorico-politiche di "sovranità", "contrattualismo", "potere costituente" o dello stesso "Stato", ad esempio¹¹³.

Pertanto, al fine di impiantare un nuovo ordine politico, i Greci hanno sempre utilizzato l'idea di *politeia*¹¹⁴, intesa come "l'anima della città" o come "la vita della città", che si collegava in qualche modo con il perseguimento della unione politica della *polis*, attraverso i valori più alti del popolo, cercando in tal modo di stabilire un riconoscimento pacifico di comune appartenenza politica di una comunità armoniosa.

In tal senso, la *politeia* sarebbe una sorta di costituzione che ideologicamente e moralmente regola i comportamenti dei cittadini greci, generando anche un influsso di valutazione sul piano giuridico greco. Tuttavia, a differenza dei Romani che

¹¹² Secondo il Fioravanti, la democrazia ateniese si sviluppava secondo il binomio *demokratía-isonomia*, con prevalenza per il principio di uguaglianza: «in concreto, forma democratica di governo significava: primato assoluto dell'assemblea di tutti i cittadini ateniesi nella assunzione delle decisioni di rilevanza collettiva; diritto di parola e di proposta entro l'assemblea attribuito a ogni cittadino senza discriminazione alcuna; estrazione a sorte delle cariche pubbliche e delle magistrature, compresi i tribunali, sul presupposto, ancora una volta, di un'uguaglianza assoluta tra i cittadini, tale da farli ritenere tutti parimenti degni di accedere anche alle più alte cariche; alternanza annuale dei governanti, tale da coinvolgere nelle responsabilità di governo la parte più consistente possibile della cittadinanza; obbligo di rendiconto pubblico da parte degli stessi governanti», IVI, p. 13.

¹¹³ Sul punto, Ivi, p. 12, ove l'A. avverte altresì che «per avvicinarci alla comprensione del mondo antico, è necessario dunque liberarci di queste formalizzazioni, di queste scissioni, caratteristiche e peculiari dell'età moderna».

¹¹⁴ Normalmente, la *politeia* si pone in relazione con la costituzione dei greci. Tuttavia, nonostante tale visione sia condivisa, è necessario comprendere che la *politeia* possiede diversi significati all'interno delle fonti greche, potendo riferirsi allo stesso insieme dei cittadini (in senso soggettivo) ovvero all'organizzazione politica (in senso oggettivo) o ancora all'insieme dei componenti della magistratura. V. Ivi, p.14.

valorizzano le leggi naturali, l'ordinamento giuridico greco è stato stabilito attraverso un processo razionale dalla sapienza e l'intelletto umano.

Così, la *eunomia* sarebbe attuata dalla *politeia* per mezzo di leggi alle quali la *polis* obbediva, processo questo che mise in risalto l'importanza pratica di comandi legali, ma che allo stesso tempo destò una certa preoccupazione in Platone e Aristotele.

Di fronte a questo sistema, quindi, Platone ripensò ad un migliore criterio di sviluppo sociale per tutti i casi di leggi permanenti e governi transitori, trasformati nella nota distinzione platonica – condivisa da Aristotele – tra il governo e le leggi del governo degli uomini, che finisce per trasformare, come visto in precedenza, nell'ideologia centrale del *pre-costituzionalismo* e del *costituzionalismo*, che è quello relativo all'imposizione di limiti al potere e tirannia.

In questo senso, per esempio, tanto ne "la Repubblica"¹¹⁵ quanto nel "Politico"¹¹⁶, Platone si propone di esaminare il rapporto tra governo e leggi. Incentrando il suo ideale massimo di repubblica in numerose virtù di una sorta di modello incorruttibile di "super uomo-etico", chiamato il re-filosofo, Platone arriva a sostenere che sarebbe meglio un governo istituito sotto il governo degli uomini, piuttosto che sotto l'impero delle leggi, in quanto non sarebbe saggio e corretto limitare la "forza" che produce "arte" per il bene della stessa "arte", utilizzando la metafora del capitano della nave¹¹⁷.

Questa affermazione sarebbe fondata sull'analisi platonica che vede la legge, da un lato, come virtù storica e sociale, ma, per altro verso, come una possibilità di proliferazione del male, perché le sue caratteristiche intrinseche imposte dalla astrazione e dalla rigidità diventerebbero un meccanismo propagazione delle ingiustizie.

Tuttavia, poiché Platone sapeva che questo governo ideale non era concretamente possibile da realizzare, portò avanti l'idea di un governo costituzionale, basato sulla supremazia delle leggi¹¹⁸ che sarebbe stato invero più debole del primo

¹¹⁵ PLATONE, *La Repubblica*, In *Opere complete 6*, trad. di SARTORI F. - GIARRATANO C., Roma-Bari: Laterza, 2003.

¹¹⁶ ID., *Politico*, In *Opere complete 2*, trad. di MINIO-PALUELLO L, VALGIMIGLI M., ZADRO A., Roma-Bari, Laterza, 2005.

¹¹⁷ ID., *Politico*, 297a-b, 2005, p. 310. Sul punto, cfr. anche MCILWAIN C.H., *Costituzionalismo: Ancient and Modern* (1947), trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di MATTEUCCI N, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 53/57.

¹¹⁸ In questo caso, il governo delle leggi dovrebbe essere rispettato da tutti noi, non potendo essere alterato neppure dagli stessi magistrati. Così, PLATONE, *Leggi*, IV, 715a-d, 2001, pp. 131-132.

nella misura in cui avrebbe sofferto i difetti inerenti alle proprie caratteristiche, come quella di modellarsi secondo la volontà umana.

Tuttavia, per altro verso il governo costituzionale di Platone sarebbe quello che, tra tutti gli altri modelli esistenti, renderebbe più raggiungibile il piano di virtù concepito nella sua Repubblica, al fine di assicurare l'instaurazione della *eunomia*.

Così, questo modello di pensiero costituzionale, Platone rinunciava alla sua posizione di partenza per affermare che, in un governo costituzionale, sarebbe meglio stabilire una forma di governo di leggi più che una forma di governo degli uomini¹¹⁹.

Attraverso questo sistema costituzionale, tuttavia, il filosofo greco avrebbe accettato l'idea che sarebbe stato possibile identificare una sorta di norma universale della vita politica, con approcci concettuali con le "leggi della natura", ma che, a differenza dei Romani, non si passerebbe da un punto di riferimento ideologico, senza alcuna conseguenza normativo-prescrittiva.

In questo ordine di pensiero, il modello di governo costituzionale platonico sarebbe basato sull'idea di *politeia*, che avrebbe funzione valutativa o comparativa esclusivamente sul piano ideologico, essendo le forze politiche controllate di fatto dalle leggi, le quali potrebbero essere considerate "cattive", ma mai dichiarate illegittime o incostituzionali¹²⁰.

Con Aristotele, il salvataggio delle idee di Platone alla ricerca della istituzione di una costituzione compositiva e plurale, si è verificato con forte richiamo al mito della "*costituzione dei Padri*", che riteneva fosse la forma originaria per stabilire una buona costituzione politica.

Diversamente da Platone, Aristotele sviluppa un concetto di *politeia* in un senso non più solamente descrittivo e classificatorio, ma che «aspira invece a prescrivere un futuro politico politico dotato di costituzione»¹²¹.

Si nota che, con Aristotele, due importanti filoni cognitivi iniziano ad farsi largo nella storia del costituzionalismo, filoni che andranno a svilupparsi in modo

¹¹⁹ Anche nello stesso senso, McIlwain ritiene che «quale che ne sia stata la ragione, la fede platonica nella superiorità della legge sulla volontà, come principio di un governo reale, può difficilmente essere messa in dubbio». V. MCILWAIN C.H., *cit.*, 2010, p. 57.

¹²⁰ Anche con McIlwain si comprende lucidamente che «il costituzionalismo del periodo classico sembra fermarsi a questo confronto di istituzioni o leggi e non va più lontano di una valutazione o comparazione puramente ideologica: può stabilire che una data istituzione o legge è nociva, ma non si spinge fino a dire che non è obbligatoria; può anche dire che un "act" cattivo non è veramente legge, ma non dice che deve essere disobbedito». MCILWAIN C.H., *cit.*, 2010, pp. 57-58.

¹²¹ FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, pp. 17-18.

significativo fino ai giorni nostri, richiedendo, tuttavia, l'esigenza continua di migliori costrutti semantici.

In primo luogo, quello che visualizza la funzione prescrittiva della costituzione (*politeia*), non riuscendo a limitarla ad un ruolo meramente descrittivo e classificatorio. Tuttavia, conviene osservare come tale forza normativa non si concretizzava ancora sul piano giuridico perché si trattava di una concezione di impronta notoriamente politica e filosofica.

In secondo luogo, si rivela nella necessità di comprendere il forte legame con la costruzione del futuro della comunità politica. La *politeia*, così, vede ampliarsi il suo impiego nella grammatica politica, per evitare che decisioni compositive ponessero fine a considerare un necessario futuro di coalizione, rispetto ed equilibrio.

In questo senso, la ricerca per la costituzione della civile convivenza, in termini di politica o etica, si rivela mediante il superamento della "economizzazione" della vita, della divisione e del conflitto tra poveri e ricchi, ma anche mediante lo sviluppo di un progetto più ampio di miglioramento morale degli individui della *polis*, costruendo la nozione di "cittadinanza attiva" che, attraverso la forma di governo stabilita dalla "costituzione dei Padri", rafforzerebbe i difetti della democrazia a favore di equilibrio plurale e compositiva.

In buona sostanza, Aristotele si concentra, dunque, nel tentativo di porre fine ai vizi che stavano distruggendo l'unità della *polis*, per poi costruire un progetto in vista dell'istituzione di virtù civiche e individuali dei cittadini greci, che sarebbe reso esecutivo attraverso una forma governo che superasse le vivide carenze con la democrazia ateniese.

Aristotele parte dal presupposto che tutte le forme di governo sarebbero potenzialmente legittime e giuste, sia che fossero monarchia (governo di uno), aristocrazia (governo di pochi) o democrazia (governo dei molti o del popolo). Tuttavia, la corruzione o la degenerazione di queste forme, che erano viste in quel tempo in concomitanza con forme di individualismo, egoismo, e di economizzazione della *polis*, hanno prodotto nuove forme di governo indesiderati come la tirannia, l'oligarchia, e quella del disordine¹²².

Per combattere la deformazione civica del popolo, Aristotele ritiene necessario salvare e rafforzare la nozione di convivenza civile, nella dimensione politica ed etica,

¹²² ARISTOTELE, *Política*, III 7, 1279a 22-42, 1279b 1-11.

reindirizzando i valori e i pensieri dei cittadini per il miglioramento morale della *polis*.

Una volta operato il confronto con le ragioni che hanno portato al degrado della *polis*, il filosofo greco rivolge la sua attenzione alla forma ideale di governo del popolo, che, a suo avviso, dovrebbero possedere le doti di stabilità e durata nel tempo, che si incontrano in quella costituzione dei Padri - la costituzione media - redatta in equilibrio e nella pacificazione sociale, che generava il riconoscimento sociale di tutti i cittadini, fossero essi ricchi o poveri.

La Costituzione vista da Aristotele¹²³ sarebbe, allora, quella formata da una forza compositiva tra gli interessi dei cittadini, che rappresentano l'agire massimo di conciliazione politica per la creazione di equilibrio e di pace sociale. È stata un'idea che si opponeva alla nozione di costituzione dei vincitori, di solito il prodotto finale di un processo democratico radicale, istituito nell'ambito del concetto di uguaglianza assoluta, che si è conclusa attraverso la definizione di una tirannia, che ha generato la separazione della *polis*.

Anche per la costruzione aristotelica, la partecipazione della magistratura sarebbe di minore importanza, dal momento che la rivoluzione sarebbe stata condotta dall'uomo medio, che realizzerebbe le sue decisioni in maniera disinteressata rispetto alla produzione di divisioni e fazioni sociali.

Così, per Aristotele, come fu anche per Platone, nasce l'ideologia di controllo del potere politico realizzato dalla forma democratica di governo che sarebbe stabilita dalla Costituzione, la quale va a garantire un contenuto minimo etico, morale e politico per l'istituzione di un convivenza equilibrata e pacifica nella *polis*, al fine di evitare una stasi.

Per altro verso, con Polibio, che certamente è un ottimo punto di riferimento nel passaggio dal pensiero greco a quello romano, il pensiero di Aristotele e di Platone vengono sviluppati con importanti alterazioni interne, che punteranno a fondare la *politeia*, o la buona costituzione, su un'idea concreta della divisione di funzioni ispirata dall'esperienza romana, che servirà da esempio per la moderna teoria della separazione dei poteri riconducibile a Machiavelli e Montesquieu¹²⁴.

¹²³ Aristotele definisce questa costituzione "*politìa*", che sarebbe «quella particolare forma costituzionale che è capace di promuovere e realizzare il giusto equilibrio tra due estremi, in sé negativi, come l'oligarchia, e la democrazia, ma anche incontrandosi e mediandosi producono, appunto, la *politìa*, la costituzione ideale». In FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 19.

¹²⁴ Per un approfondimento storico, cfr. POLIBIO, *Storie*, VI, 4.

Secondo quanto detto, dunque, nel creare la forma di governo che sarebbe prodotta da questa costituzione, Polibio dà una svolta molto importante al pensiero dei filosofi greci, che da sempre concentravano la loro attenzione sulla ricerca della composizione sociale per mezzo dello sviluppo della virtù attiva dei consociati. In modo diverso, tuttavia, Polibio riteneva necessario produrre stabilità politica, attraverso una rivoluzione di concentrazione dei poteri, che non potevano più continuare ad avvenire centralmente.

Anche se Aristotele e Platone già avessero intravisto una certa divisione o separazione delle funzioni degli organi pubblici della *polis*, era chiaro che il potere politico di questi filosofi si sviluppasse con un unico centro di legittimazione politica, progettati per generare un equilibrio sociale. Polibio, a sua volta, comincia a sviluppare un pensiero più complesso: il potere politico deve essere condiviso da più di un centro di potere che andrebbe a generare, attraverso gli stessi movimenti politici e il rispetto del suo famoso "principio di contrasto," un certo equilibrio politico essenziale per le pretese sociali di una costituzione duratura, in quella che poi si è identificato come una "costituzione mista".

Questo pensiero fu importantissimo per la successiva sistematizzazione e sviluppo della forma di governo di Roma, che, però, meglio si appropriò delle loro riflessioni, venendo a creare diversi centri di potere che si controllavano reciprocamente come, ad esempio, il Senato e le Assemblee popolari.

In questo modo, con Polibio si è data una svolta importantissima per l'ideologia di limitazione delle forze politiche e sociali, che non si concentra più propriamente sui cittadini, o su una "disciplina sociale", ma sulla "disciplina del potere", delle pratiche e dei valori sperimentati dai governanti, i quali, una volta corrotti, diffonderebbero la vera paura sociale.

Dopo queste considerazioni sulle principali costruzioni cognitive e sistematiche dei movimenti pre-costituzionali greci, si può concludere che in questa fase non vi era la possibilità di controllare giuridicamente un atto incostituzionale, anche la *politeia* non aveva una forza normativo-prescrittivo¹²⁵.

¹²⁵ Sul punto, si v. PANI M., *cit.*, 2010, p. 25., il quale chiarisce che «la *pólis* dunque, in definitiva, si caratterizzava come posta sotto il dominio delle leggi, per le quali non erano ammesse né deroghe, né elaborazioni personali. Una tale rigidità giuridica e concezione totalizzante della legge spiegano perché, nonostante le raffinate tecniche esegetiche a disposizione (la dialettica), non si sia formato in Grecia un ceto di interpreti della legge che, a sua volta, elaborasse delle normative: quello che a Roma si chiamerà il «diritto giurisprudenziale».

Le rivoluzioni e i cambiamenti politici da loro vissuti si manifestavano sul piano della composizione democratica di interessi, dalla istituzione della violenza o dalla imposizione di forza, anche per la stessa forza della natura, e non del controllo legale dei comandi normativi.

1.3.1.2 Pre-Costituzionalismo romano: *Constitutio* e *Aequabilitas*

Il costituzionalismo pre-romano ha sviluppato le proprie idee soprattutto durante la fase riconducibile alla "Repubblica", presentate al mondo specialmente grazie ai pensieri analitici di Cicerone, che costituisce una pietra miliare per il *pre-costituzionalismo* e il *costituzionalismo* stesso¹²⁶.

I documenti di questo periodo, in particolare quelli della fase finale della Repubblica Romana, rendono conto della costruzione, per la prima volta nella storia politica del genere umano, di un nuovo sistema politico di pesi e contrappesi stabilito all'interno della struttura stessa dello Stato, che ha portato ad un pensiero che si rivelerà rilevante per il *costituzionalismo* della modernità.

Peraltro, con le riflessioni di Cicerone si è sviluppata una concezione politica che non solo non era più legata alla mera "disciplina del potere", trattata esemplarmente in Polibio¹²⁷, ma si basava anche sui risultati di "disciplina sociale", con un reale recupero del concetto di virtù civica, anche se aventi caratteristiche distinte da Aristotele¹²⁸.

Difatti, la storia politica della Roma repubblicana rivelata da Cicerone si fonda su un momento posteriore alla caduta dell'illusione romana di formare una società giusta ed equilibrata attraverso la compenetrazione di forze generata dalla semplice "disciplina del potere", dal momento che l'imposizione di questa forma di governo non risolveva, da sola, le questioni etiche e valutative di quella società, che era a rischio di processi degenerativi causati dalle proprie mancanze.

In questa maniera, Cicerone si rivolge agli ideali greci di esigenza di conciliazione pacifica per poter al fine di aggirare i problemi incontrati con gli eccessi

¹²⁶ Le idee di questo movimento romano si ritrovano esaltate e argomentate in MCLWAIN C.H., *cit.*, 2010, p. 65 e ss., il quale, pensando alla portata che ebbero sul costituzionalismo, esclamò che: «Più rifletto sulla storia del costituzionalismo e più sono impressionato del significato e dell'importanza della costituzione repubblicana di Roma».

¹²⁷ FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 22.

¹²⁸ MCLWAIN C.H., *cit.*, 2010, p. 66.

dell'oligarchia (patrizi) e del popolo (plebei), cercando di stabilire i principi etici necessari che andrebbero a costruire una dimensione del suo pensiero legato alla "disciplina sociale".

La Repubblica di Cicerone è, quindi, sviluppata con l'idea di dare legittimità alla gestione dell'interesse o della *res (cosa) publica* (pubblica) attraverso le decisioni al popolo. Questi, tuttavia, non potrebbe esercitare il suo potere solo attraverso una dimensione formale di legittimità, in cui qualsiasi deliberazione pubblica può essere ottenuta e deve essere rispettata finché sia il risultato di un processo democratico di formazione della volontà autoritaria di individui. Dovrebbe anche incontrare una forte finalità sostanziale, che riposa nell'idea di sopportare consenso duraturo sul diritto e sulla condivisione degli interessi dei singoli, rivolgendosi al concetto de "l'antica costituzione", ben sviluppato dai greci¹²⁹.

Con questo, l'idea di Cicerone era di impedire che la tirannia, che per lui consisteva nella divisione del popolo romano, venisse legittimata da uno, da alcuni o da tutti i cittadini romani, in base alla forma di politica di governo.

Affinché la Repubblica fosse, dunque, preservata, era necessario concentrarsi su una forma di governo stabilita dalla *constitutio*¹³⁰, responsabile per la concretizzazione del governo ideale, che era basato sul principio della moderazione, strutturandosi nelle idee di stabilità e di *aequabilitas*¹³¹, elemento quest'ultimo necessario per controllare l'estremità politiche.

Le *aequabilitas* sarebbero un ingrediente così fondamentale della *constitutio* e della Repubblica Romana poiché porterebbe tutte le persone, e tutta l'*élite* romana, a riflettere sulle loro virtù e sui loro valori più nobili, in modo da vivere in una

¹²⁹ Sulla sua repubblica, Cicerone diceva che «è cosa del popolo, e il popolo non è qualsivoglia agglomerato di uomini riunito in qualunque modo, ma una riunione di gente associata per accordo nell'osservare la giustizia e per la comunione di interessi». Così, CICERONE, *De republica*, I, XXV.

¹³⁰ La *constitutio* originariamente significava tutto ciò che fosse, oralmente o per iscritto, stabilito e decretato dall'imperatore, avvicinandosi più ad un atto determinato che ad un ordinamento complesso di norme. Ed è su questa riflessione, cfr. DOGLIANI M., *cit.*, 2000, p. 111, il quale conclude che «la corrispondenza tra *constituere* e *constitutio* è effimera: si affaccia e si conclude sul finire della repubblica, essenzialmente con Cicerone: nel diritto pubblico del principato *constitutio* è infatti la «decisione» dell'imperatore». Tuttavia, sotto un altro punto di vista, è possibile dire che, da Cicerone in poi, la "*consti altro punto ditutio*" comincia ad ampliare la sua gamma di significati, naturalmente contestualizzati con la repubblica romana, assumendo il significato di ordinamento politico, nel senso più ampio. In argomento, PANI M., *cit.*, 2010, pp. 4-5; NICOLETTI A., *Constitutiones principum*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. AZARA e E. EULA, Torino, 1959, IV, p. 295/297 e MCILWAIN C.H., *cit.*, 2010, p. 49.

¹³¹ CICERONE, *De re publica*, I, XLV, I, XLVI, II, I. Si veda anche FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 23, che sul punto afferma che «il concetto di *aequabilitas*, che nient'altro è se non la proiezione sul piano politico delle virtù della equità e della moderazione».

comunità etica, stabile e pacifica, impedendo che la repubblica fosse distrutta dai vizi dei suoi cittadini.

Già, nella dimensione del "disciplina del potere", il sistema romano era diviso in tipi di poteri, che si controllavano tramite il comando "*intra*" esercitato dallo stesso potere, e del controllo "*inter*", che era realizzato da altri poteri, stabilendo così una forma fino ad allora innovativa di "pesi e contrappesi" tra gli stessi poteri della repubblica.

Questa separazione fu dai più evidenziata come una forte, se non la principale caratteristica del sistema politico romano, mostrando una forma più complessa di controllo del potere politico, che si realizzava in una dimensione interna alla Repubblica romana stessa, per mezzo di due note istituzioni come il Senato e l'Assemblea popolare.

Tuttavia, come affermato da alcuni¹³², anche se è stato un contributo innovativo per la storia politica del genere umano, è necessario comprendere che un altro aspetto molto importante venne sviluppato nel sistema politico romano, che ha generato ripercussioni anche nel *costituzionalismo* di oggi, e che potrebbe essere considerato come il vero grande contributo romano per la storia del rapporto tra politica e diritto. E questo contributo deve essere inizialmente identificato nella stessa composizione del processo di formulazione delle leggi romani.

Viene spesso erroneamente generalizzato il processo di formulazione delle leggi di Roma, affermando che esse fossero solo l'esteriorizzazione di una volontà personale di un governante. Tuttavia, anche ove fosse possibile sostenere questa affermazione in altri periodi della storia romana, non è ragionevole operare un raffronto con la Repubblica romana.

In questa cornice, va in primo luogo detto che tutto il potere dello stato trovava dei limiti nella *lex*, concetto normativo importante, che avrà un certo impatto sul futuro assetto politico dell'umanità.

Il diritto romano, in tal modo, si affermava soprattutto attraverso leggi che erano state stabilite da atti di volontà dello Stato. Tuttavia, un aspetto che deve essere chiarito è che l'autorità, per la formulazione delle leggi, a differenza di quanto da taluni inteso, deriva dalla volontà del popolo, avendo lo stesso Gaio affermato, nel secolo II, che la *lex* è «ciò che il popolo romano e ordina e ha stabilito».

¹³² MCILWAIN C.H., *cit.*, 2010, pp. 67-68.

Così, l'intera fonte legittima dell'autorità stette in profonda relazione con la nozione di *lex*, che a quell'epoca manteneva un serio compromesso tra il popolo e il Senato (*potestas in populo, auctoritas in senatu*), istituzione responsabile della protezione della repubblica romana¹³³.

Le leggi rappresentavano il grado massimo di obbedienza sociale, costituendo la fonte giuridica e politica per gli altri documenti normativi della Repubblica Romana, i decreti e i plebisciti, che acquisivano lo *status* di diritto solo quando una legge stessa li definisse tale, come nell'esempio della *Lex Hortensia*, che qualificò i plebisciti come leggi.

È certo che, dopo qualche tempo, a causa dell'aumento del numero di persone che formavano il popolo, il Senato romano passò ad essere consultato al posto delle persone, emettendo i suoi famosi decreti. Tuttavia, deve essere chiarito che questi decreti non avevano – almeno fino a quando una certa legge in questo senso lo dichiarasse – lo *status* della legge, essere considerati "convenzioni costituzionali", che però rafforzava la massima "*potestas in populo, auctoritas in senatu*".

Così, almeno nel piano iniziale, sembra che il potere di legiferare e definire il corso della politica nella Repubblica romana fu sempre, almeno in teoria, nelle mani del suo popolo, che, tuttavia, potrebbe deliberatamente estenderla ad un'istituzione pubblica specifica, come nel caso del Senato.

È certo, tuttavia, che ciò che è accaduto era solo un riconoscimento degli effetti della legge da qualsiasi atto compiuto da queste istituzioni, che non gli andavano a cambiare la stessa natura di semplice atto normativo sottomesso ad un controllo di legge¹³⁴.

Insieme all'idea di identificare la legittimazione popolare nel processo di formulazione di leggi, l'esperienza della Repubblica romana ha prodotto un'analisi del diritto che gli ha dato una forte distinzione.

¹³³ In proposito, si puntualizza che «al potere legislativo partecipavano tutte le componenti istituzionali in un processo che voleva di proposito essere unitario. Dunque, per quel che riguarda le leggi comiziali, il magistrato presentava le proposte di legge; il popolo nelle assemblee le votava; il Senato fino al 339 e al 287 a.C. (secondo le assemblee: di tutto il popolo o della sola plebe) partecipava con la sua essenziale *auctoritas* alla procedura legislativa; dopo il 287, abolito il passaggio dalla sua *auctoritas*, il Senato ugualmente restava coinvolto nella procedura, per la prassi – seguita fino alla tarda repubblica – di una presentazione preventiva da parte del magistrato ai *patres* della sua proposta di legge (*rogatio*)» Testualmente, PANI M., *cit.*, 2010, p. 53.

¹³⁴ Tuttavia, McIlwain chiarisce che dalla fine del II secolo sarebbe possibile identificare un'equivalenza normativa tra una costituzione imperiale e una legge che, però, non varrebbe per gli atti del Senato. MCILWAIN C.H., *cit.*, 2010, pp. 68-69.

Come sappiamo, le riflessioni dei romani hanno prodotto una classificazione specifica del diritto, distinguendo tra due principali categorie giuridiche, *ius publicum e privatum ius*, che hanno grandi ripercussioni sull'attuale sistema in materia di garanzie per i diritti individuali, in particolare per coloro che limitano l'interferenza del potere politico nella vita privata.

Nella dovuta dimensione condivisa all'epoca della Repubblica Romana, il diritto privato era quello che riguardava gli interessi di ogni singolo individuo nella sfera privata, mentre il diritto pubblico riguardava il diritto relazionato al diritto di tutti gli individui insieme, non essendo lo Stato, in un'ottica moderna, l'illustre titolare di diritto pubblico¹³⁵.

Così, infatti, i diritti e i doveri sono stati definiti e regolamentati in leggi proprie, di diritto pubblico o privato, che hanno cercato di servire gli interessi di tutti gli individui privati - sia che fossero considerati in una dimensione unica che totale - in modo che l'equilibrio e il consenso venissero sempre stabiliti.

I principi generali enunciati in questa esperienza politica e giuridica romana erano, quindi, gli stessi nel diritto pubblico o privato, e sono stati stabiliti per garantire l'indipendenza del singolo, in una concezione privata o pubblica. Di solito erano tuttavia molto più sviluppati nella sfera privata, essendo questo il momento più rilevante nella storia del diritto alla tutela dei diritti di un individuo contro un altro individuo.

E, all'interno di questa concezione, la tutela dei diritti individuali è realizzata inizialmente dagli individui stessi, attraverso accordi privati, in un secondo momento dallo Stato stesso, in quanto i principi fondamentali del diritto romano furono costruiti durante un processo lento e di lunga durata.

E questi principi generali del diritto romano ebbero grande proiezione sulla definizione stessa di diritto nella Repubblica Romana, poiché si trovavano in stretta relazione con la nozione di diritto naturale che, secondo Cicerone, sarebbero antecedenti alle leggi dello Stato, "essendo antiche come la mente di Dio".

In questo modo, nel processo di definizione del diritto, un'altra grande caratteristica romana ha bisogno di essere vista nelle attività dei giudici, che mantenevano l'attualità delle leggi per mezzo di giudizi di *equità*, a dimostrazione del

¹³⁵ Osservazione che si ritrova ben approfondita in MCLWAIN C.H., *cit.*, 2010, p. 69, che crede che la distinzione tra il pubblico e il privato a Roma si ponga in termini di oggetto da proteggere e non in ragione del soggetto, come sostenuto invece dai tedeschi.

forte patto strutturale-sistemico esistente tra il popolo e i magistrati nella definizione del giusto.

Difatti, i giudici non avevano il potere di fare una nuova legge o di abrogarne alcuna, ma, nel processo di raggiungimento del giusto, se utilizzava l'*equitas* per interpretare il significato derivante dai comandi legislativi, adeguando i significati del diritto romano per mezzo di leggi naturali e dei costumi, ciò che era impensabile nel paradigma precedente greco. Questo processo interpretativo ha consentito la realizzazione della *civitas romana*, basata sul giusto equilibrio di diritti, doveri e prerogative.

Pertanto, in sintesi, il *pre-costituzionalismo* viene sperimentato nella repubblica romana, in particolare captato dal pensiero di Cicerone che costruì un sistema di controllo politico per limitare i poteri conciliando la "disciplina sociale" e la "disciplina del potere" in un rapporto di maggiore complessità sistemica.

La *constitutio*, o costituzione romana, era la rappresentazione ideologica delle riflessioni sul necessario equilibrio sociale e si basava, principalmente, sulle *aequabilitas*, rafforzando l'impegno etico e morale dei cittadini romani a costruire una società più giusta e pacifica.

Leggi romane erano diretta emanazione del potere del popolo, che rappresentava l'espressione del controllo reciproco fra le pubbliche istituzioni¹³⁶. Esse si fondavano su principi generali che erano gli stessi per entrambe le categorie di diritti creati dai Romani, che erano il diritto pubblico e diritto privato.

Nella definizione di diritto, come già ricordato, l'attività dei giudici è stata molto importante in quanto contribuivano a far emergere, attraverso giudizi di equità, il vero senso della legge, in cerca di fonte anche nelle leggi naturali risaltate da Cicerone.

Così, anche senza la nozione corrente di "sovranità" o di "potere costituente", i romani hanno vissuto un momento costituzionale in cui il potere e la tirannia vennero ideologicamente contrastati dalla nozione di controllo e limiti imposti ai governanti.

Il governo delle leggi possedeva un significato piuttosto concreto per i Romani, cosicché hanno visto il sistema di pesi e contrappesi essere meglio sviluppato dalle stesse istituzioni pubbliche romane.

¹³⁶ Sul punto, viene precisato che l'equilibrio delle forze in Roma non si sviluppa nello stesso senso moderno di divisione dei poteri, visto che ancora possiede un asse unitario che, tuttavia, è il risultato di una co-partecipazione equilibrata di istituzioni. Così, PANI M., *cit.*, 2010, p. 58.

Nonostante l'assenza di una costituzione scritta e rigida, la sistematizzazione giuridica della repubblica romana è stata fondata da procedure democratiche, che si sottomettevano, tuttavia, al pensiero dell'esistenza di leggi naturali preesistenti, espressione della "costituzione dei padri".

Le attività di controllo del potere politico non conferivano ai giudici il potere di dichiarare l'incostituzionalità di una legge. Veniva però permesso, e anche previsto, che i giudici, in base al pensiero del diritto naturale e delle sentenze di equità, potessero esercitare un controllo interpretativo dei un significati delle leggi, aggiornando i precetti normativi sugli col tempo¹³⁷.

Durante questo processo, i diritti individuali¹³⁸ dei cittadini romani furono tutelati come mai prima nella storia umana, affermandosi attraverso costrutti politici e giuridici che hanno riconosciuto la forte autonomia di ogni individuo, tanto per la definizione dei loro diritti quanto per quella dei loro doveri.

1.3.1.3 Pre-Costituzionalismo medievale: *Potestas Temperata*

Il Medioevo è un momento molto particolare nella storia del genere umano. È durato circa 1.000 anni, a partire all'incirca dalla la caduta dell'Impero Romano (sec. V) e terminato nel secolo XV, quando ebbe inizio la formazione degli Stati moderni¹³⁹.

Attualmente, l'età media è generalmente vista come un momento di grande vuoto e buio, che ha generato poco, o nessuna, evoluzione politica, economica e sociale¹⁴⁰. A ben vedere, in realtà, oltre questa osservazione, di solito è condivisa da gran parte degli studiosi, è possibile verificare la nascita di un grande pratica politica,

¹³⁷ In merito allo sviluppo costituzionale di Roma, si veda PANI M., *cit.*, 2010, p. 58, il quale sostiene che «la carica costituzionalista dell'idea pare notevolmente accresciuta, in quanto la costituzione mista qui è vista direttamente indirizzata alla tutela dei diritti (partecipazione, libertà, equità di fronte alla legge), pur in una gerarchia di rango, rispondendo a un'istanza superiore che viene dalla natura e alla quale le leggi stesse, vedremo, dovranno essere conformate».

¹³⁸ Sebbene le strutture sistematico-normative non siano equivalenti tra la repubblica romana e la modernità, e anche se si denotano le differenze tra i contenuti semantici dei diritti individuali tra queste due realtà, sarebbe erroneo affermare che gli stessi non vennero tutelati nell'esperienza romana come mai prima nella storia dell'umanità, anche se con caratteristiche diverse come quella dell'oggettivazione e del vincolo comunitario. Sul punto, si v. RIDOLA P., *cit.*, 2006, pp. 20-28.

¹³⁹ In questo senso, per tutti TABACCO G., MERLO G., *Medioevo* (V-XV secolo), Bologna, Il Mulino, 1989.

¹⁴⁰ Tutto questo per non parlare, come fanno taluni, che affermano che ciò che la società media generò da sè fu una grande retrocessione sociale, pertanto denominato periodo delle ombre o età del buio.

dovuta ad una particolare forma di pensare e vivere questo momento, che avrà un impatto non solo questo momento storico, ma anche il *costituzionalismo* stesso.

Pertanto, per comprendere le profonde cicatrici lasciate dal Medioevo nella storia del *pre-costituzionalismo* e del *costituzionalismo* è quindi necessario prestare attenzione a due movimenti ben distinti che si verificarono in questo periodo: in primo luogo, quella che fa riferimento alla concentrazione di forze politiche da parte della chiesa e dell'impero; e la seconda, quella che si occupa della costruzione di una costituzione mista sulla base di accordi concreti tra le classi politiche, che hanno creato l'importante figura della *potestas temperata*.

Come detto, questo primo movimento è tradizionalmente condiviso dagli studiosi, mediante il quale si rafforza un pensiero del medioevo come una grande teocrazia, in cui le autorità legittime sarebbero quelle indicate da Dio e in cui i valori e le decisioni avrebbero una dimensione universale, guidata da un potere divino, a carattere completamente gerarchico che sarebbe il responsabile di stabilire una sorta di sistema di politico e giuridico verticalizzato.

Da questo punto di vista, il medioevo sarebbe un momento storico in cui l'umanità dovrebbe concentrare le proprie forze nell'affermazione e manutenzione di questo ordinamento dato o stabilito dall'autorità divina, nell'ottica di un orientamento politico che è stato definito da alcuni "potere discendente"¹⁴¹.

A differenza degli antichi, allora, che svilupparono i loro sistemi politici e giuridici sulla base della partecipazione concreta e democratica della società, attraverso il concetto di "potere ascendente", il medioevo è perciò caratterizzato dalla presenza di un ordinamento di concentrazione soggettiva divina e unica di potere, che ha fatto sì che taluni vedessero in tale momento una "eclissi della costituzione"¹⁴².

Una conclusione logica che si avrebbe da questo movimento sarebbe, allora, quella che un movimento qualsiasi che si fosse perseguito per istituire una costituzione o una legge fondamentale fondata sulla ragione non sarebbe necessario, dal momento che l'equilibrio politico-sociale della comunità sarebbe formato da ordini divini.

¹⁴¹ La distinzione tra potere ascendente e potere discendente si ritrova elaborata, per la prima volta, in una forma più interessante e complessa, in ULLMANN W., *The individual and society in the middle ages*, Baltimore, 1966; trad. it. *Individuo e società nel medioevo*, Roma-Bari, Laterza, 1983. La stessa distinzione si ritrova elaborata anche in DOGLIANI M., *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.

¹⁴² FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 29.

Tuttavia, vi è un altro movimento forte che costituì l'età media e che viene normalmente non considerato dalla corrente tradizionale. Questo movimento va a rafforzare l'idea dell'esistenza di una vera e propria costituzione medievale, che non è stata scritta, ma che era senz'altro dotata di caratteristiche proprie e sufficienti che la differenziano dal vecchio *pre-costituzionalismo* e dallo stesso *costituzionalismo*.

In questo senso, ciò che si dovrebbe sempre tenere a mente quando si analizza questo periodo è che il medioevo è stato caratterizzato dall'assenza di una forma tipica di esercizio del potere o di una singola forma di governo, perché, di fatto, il potere poteva riflettersi tanto in concetti universali-astratti (*poteri universali*), incontrate nelle esperienze ecclesiastiche o imperiali, ovvero in concetti particolari-concreti (*poteri agenti*), vissute da gran parte delle comunità politiche esistenti in quel momento.

Soprattutto nella dimensione di questi *poteri agenti*, l'esercizio del potere si realizzava all'interno di un elevato grado di concretizzazione di uno spazio territoriale ben delimitato, che di solito era legittimato solo dal possesso della terra, conferendo alla sua massima autorità, di regola, gli stessi poteri antichi di *imperium*: l'amministrazione della giustizia, la riscossione delle imposte e la dichiarazione di guerra. A tal proposito, le relazioni sviluppate da re, principi, nobili e signori derivavano da poteri concreti che in qualche modo si ponevano in linea con i poteri universali, così generando una maggiore legittimità di autorità.

In questa maniera, e soprattutto dopo il secolo XI, all'avvio del basso Medioevo in cui ebbero inizio le formazioni di sistemi con una maggiore partecipazione dei cittadini, si può dire che i poteri pubblici in epoca medievale erano esercitati e legittimati in modo molto diverso, in quanto erano teocratici, oligarchici, più o meno chiusi, alle volte aperti, come nel caso delle città che prendevano forma con il commercio che si intraprendeva, e, infine, in modo più o meno consistente rispetto alle altre classi sociali¹⁴³.

Tutta questa complessità politica e sociale, non consente, quindi, che l'età media venga limitata ad una mera dimensione di "potere discendente", perché le relazioni orizzontali dei poteri reali certamente mostrano che vi erano molte più elementi tra cielo e terra di ciò che la visione politica tradizionale potrebbe immaginare.

¹⁴³ FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, pag. 30.

Per capire il reale significato del *pre-costituzionalismo medievale* è necessario, in buona sostanza, tenere sempre presente che le diverse forze di potere del medioevo si relazionavano per mezzo di processi di conciliazione di interessi reali delle vite dei partecipanti di ogni ordine, e non per le virtù civiche richieste dagli antichi per una stessa comunità politica idealizzata. Inoltre, dal momento che non esiste un'unica forma tipica di potere, le relazioni si sviluppano attraverso la pratica e i costumi sociali, non limitandosi il potere in ragione di una previsione giuridico-normativa precedente¹⁴⁴.

In questo ordine di considerazioni, questa è la prima caratteristica del *costituzionalismo pre-medievale*, che possedeva, in forma universale o concreta, un *limite intrinseco dei poteri pubblici*, che non era stato sviluppato per il tramite di norme positive generali e scritte, bensì attraverso restrizioni imposte da fatti concreti, che erano stabiliti in diversi modi, di solito in ragione di usi e costumi creatisi nel corso degli anni.

Come è noto, dopo la caduta dell'Impero Romano, le persone cercarono rifugio e protezione all'interno di ordinamenti di tipo particolare, che esercitavano limitatamente i loro poteri attraverso relazioni complesse che, più che voler rispettare l'autonomia dei privati o temere una punizione che poteva essere loro applicata, si abituarono a considerare gli usi e costumi come fonte legittima superiore a qualsiasi ordinamento giuridico anticipatamente e concretamente imposto.

Un'altra caratteristica forte di questo tempo è quella dell'esistenza di un *sistema giuridico dato*, e non di un sistema giuridico idealizzato come nel caso del primo, che si strutturava mediante vari vincoli e accordi concreti che permisero la realizzazione di spazi legittimi per la composizione di forze e di impedimento di frammentazioni.

La costituzione mista del medioevo, così, si caratterizza per movimenti di conservazione e difesa della comunità e dell'individuo contro tutti coloro che volevano rompere l'equilibrio essenziale per la loro sopravvivenza. E anche sotto questo aspetto differiva dalla costituzione degli antichi che, nel suo essere ideale, aveva sempre bisogno di essere realizzata attraverso azioni prescrittive che tentavano di materializzare ciò che le ispirava¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Per una esatta comprensione del movimento costituzionalista medioevale in Inghilterra, si veda MCLWAIN C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, 1947, trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di MATTEUCCI N., Bologna: Il Mulino, 2010, pp. 89-113.

¹⁴⁵ Secondo M. Fioravanti, «la riflessione degli antichi sulla costituzione si afferma nelle fasi di crisi e di decadenza politica, quando si teme di perdere il valore-principe della unità politica, come nel caso

I due significati di *pre-costituzionalismo antico* e *pre-constituzionalismo medioevale* erano, dunque, lo si ripete, molto diversi, dal momento che l'uno si manifestò per combattere quella tirannia che, attraverso la *fazione* o *rottura*, volesse dividere l'unità politica idealizzata. Mentre il secondo, in effetti, veniva opposto a qualsiasi tirannia che volesse, per mezzo dell'*arbitrio*, infrangere il sistema giuridico dato o concretamente stabilito.

Per tutto questo, è possibile affermare che il medioevo segna una fase a sé stante nella storia del pensiero dell'umanità: il discorso e le azioni politiche cessano di appartenere a un mondo di valori astratti e universali che uniscono gli uomini intorno ad una presunta e necessaria unità politica, per passare, sempre più, ad addentrarsi nell'ambito delle esigenze reali dei beni, delle ricchezze e proprietà appartenenti agli uomini, cercando di stabilire un equilibrio sociale attraverso regole, confini, alleanze e contratti.

In questo concetto diffuso nel medioevo, al re era riservato il dovere assoluto di procedere con il suo governo, al fine di promuovere la giustizia e l'equità tra governati, essendo questo un valore tale che, se violato, lo avrebbe trasformato in tiranno. La figura del re, o del principe, veniva infatti vista come un privilegio speciale che sarebbe stato degnamente esercitato solamente da colui che avesse preso a carico un vero e proprio impegno morale con i principi più nobili della sua comunità come, ad esempio, il mantenimento della pace e dell'armonia, della parità e prudente considerazione della rilevanza e utilità del singolo e di tutti, e della composizione razionale delle parti secondo i propri rapporti reciproci.

La trasformazione da re in tiranno che non rispettasse, ad esempio, l'equità, sarebbe riconosciuto all'individuo il diritto di resistenza, basata sugli ideali che facevano parte della costituzione mista medievale. È certo, tuttavia, che questo diritto di resistenza non permetteva al popolo di fare una rivoluzione o di applicare qualche sanzione direttamente al re, ma che attraverso magistrati e ministri il re fosse preventivamente chiamato all'esercizio dei suoi doveri¹⁴⁶.

Si può notare, allora, come la costruzione del significato medievale della costituzione mista veniva ogni volta impostata diversamente da quella precedente,

della *polis* greca o della *res publica* romana. Al contrario, la riflessione medievale, dei filosofi, dei teologi degli stessi giuristi, si afferma a partire dalla fine del secolo XI, al culmine dell'età medievale, ed è comprensibile solo tenendo presente che i protagonisti di quella riflessione presuppongono tutti l'esistenza di un ordine giuridico dato, sentito come vincolante dagli uomini e dalle forze concretamente agenti nella società medievale». V. FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 33.

¹⁴⁶ *IVI*, p. 38.

anche se basata sulla stessa idea strutturale. Infatti, mentre la costituzione nell'antichità andava formandosi progressivamente nel tempo per mantenere l'equilibrio della comunità sociale nel conflitto tra ricchi e poveri, nel medioevo la costituzione ha uno scopo di controllare la *potestas* del re, che pure in maniera progressiva va a coinvolgere la partecipazione della popolazione aristocratica e democratica per determinare il destino di ogni comunità¹⁴⁷.

In effetti, in particolare con San Tommaso, ha inizio una transizione politica della esaltazione delle virtù del re per una sorta di regime politico che non appoggia ancora i diritti del popolo, ma difende, d'altra parte, una specifica forma di amministrazione condivisa delle decisioni di politica attraverso le altre classi coinvolte. Questo nuovo regime politico non aveva intenzione di lasciare il re da solo, facendo delle altre classi politiche suoi organi ausiliari nei momenti opportuni. Ma, oltre a ciò, tale regime si proponeva come scopo quello di prevenire ogni possibilità che il re diventasse un tiranno.

Questo pensiero si sviluppò così in modo da ottenere, nel secolo XIII, uno *status* di "dottrina del regime politico", con una visione più ampia e complessa di composizione politica, in contrapposizione con la "dottrina del regime monarchico", che concentrava l'attenzione solo per l'autorità del re.

Questa "dottrina del regime politico", stabilì una visione organica della comunità medievale, che vedeva nel re il proprio cuore, responsabile della promozione delle virtù più nobili per la classe politica e per gli individui, rafforzando le cellule e gli organismi sociali attraverso decisioni equilibrate e giuste.

Dall'altro verso, cresceva la consapevolezza che il cuore non batteva né viveva da solo, dovendo la sua funzione stabilizzarsi conformemente alle necessità di tutti gli altri organi e cellule che facevano parte di ciascun corpo di funzione sociale medievale.

Il re venne quindi ad essere considerato come parte superiore a tutte le altre parti che componevano individualmente l'intero organismo sociale. Ad ogni modo, si

¹⁴⁷ M. Fioravanti chiarisce che «rinascere con san Tommaso l'ideale antico della *costituzione mista*, ma con significati del tutto diversi e nuovi. Come sappiamo, la dottrina della costituzione mista è nel tempo antico essenzialmente una dottrina dell'equilibrio sociale, prima di tutto funzionale a moderare e commisurare le pretese delle forze sociali, dei ceti aristocratici e di quelli popolari, a evitare il conflitto tra ricchi e poveri, secondo la celebre lezione di Aristotele. Con san Tommaso, lo stesso tema della costituzione mista – nel suo testo la *optima politia* ha appunto la virtù di essere *bene commixta* – assume il significato, del tutto diverso, del temperamento del governo monarchico». FIORAVANTI M., 2013, p. 39.

comprese che egli non era più grande di tutti loro insieme, perché un organo, per quanto importante che fosse, non poteva avere un valore superiore.

Così, il *costituzionalismo pre-medievale* si sviluppa con base nella *supremazia della comunità politica*, altra caratteristica importante, che è la supremazia di tutto il corpo politico nei confronti di ciascuna parte ma che è, per altro verso, anche la stessa supremazia del re che, in funzione di unione politica, rappresenta questo corpo nella sua interezza, salvo che non può rivoltarsi contro tutto questo.

Si badi che con ciò non si vuole affermare che il medioevo visse una autonomia della comunità politica come quella della modernità, anche perché questa comunità medievale che non esisteva senza l'idea del principio di autorità incentrato sul principe. Tuttavia, ciò che si percepisce è che, a partire dal medioevo, la comunità politica sviluppa sempre più regole per disciplinare i rapporti tra il re e i suoi sudditi in un modo che si avvicina sempre di più di una specie di contratto in cui il re dovrà cominciare a giurare obbedienza e fedeltà.

È sulla base di questo pensiero che, soprattutto in Inghilterra, si vedrà sorgere uno dei più importanti documenti costituzionali di tutta la storia dell'umanità, che è conosciuto e citato da molti: la *Magna Charta* del 1215¹⁴⁸, imposta dalla comunità politica di Londra al re "Giovanni senza terra", che la firmò, in un atto giuridico con la chiara natura di contratto, anche perché firmata altresì da tutta quella comunità politica, per riconoscere i diritti che appartenevano tradizionalmente al clero, ai vassalli, a tutti gli uomini liberi, ai mercanti e al resto di questa comunità.

Questa supremazia della comunità politica portò, con la *Magna Charta*, anche alla nascita della figura del *consilium regni* in Inghilterra, che sviluppò un'importante funzione di limite all'attività del re, il quale non poteva più, per esempio, imporre tasse o altri gravami senza la sua approvazione.

Nasceva, così, ciò che il Fioravanti qualifica come «il più importante aspetto» del *costituzionalismo pre-medievale*, che sarà la concretizzazione della ideologia costituzionalista della limitazione dei poteri attraverso la supremazia della comunità politica, che veniva compresa sempre più in un senso ristretto alla mera volontà del re virtuoso, perlomeno nei momenti più extra-ordinari e più critici¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Insieme a questo movimento di natura parlamentare, è possibile anche parlare ad esempio, della "Palla d'oro ungherese" del 1222 e nel Privilegio generale aragonese del 1283. In una nozione di contratto con i signori feudali, è altresì possibile parlarne nel Trattato di Tubinga del 1514.

¹⁴⁹ «Il significato fondamentale del *consilium regni* è dunque solo in via mediata quello della limitazione dei poteri del re, che pure interessava molto, e assai concretamente, molti dei soggetti

Inoltre, si rileva come le idee di Henry Bracton¹⁵⁰ sulla legge come conferma di una consuetudine - unendo le forze della monarchia, dell'aristocrazia e della democrazia - e quelle di Marsilio da Padova¹⁵¹, che rivoluzionarono la comprensione dell'origine della forza coattiva del sovrano, che secondo lui appartenevano a tutta la comunità che lo attribuirebbe al sovrano, costituirono un quadro teorico importante per il pensiero politico di questo periodo, rafforzando l'idea della supremazia della comunità politica.

Infine, un'altra caratteristica importante del *pre-costituzionalismo medievale* era l'esistenza della stessa "*costituzione mista*" che, se nell'antichità cercò di stabilire la mediazione, l'equilibrio, la stabilità, nel Medioevo era destinata a limitare concretamente i poteri pubblici, preservando un carattere plurale e compositivo delle relazioni sociali, non favorevole verso una soluzione divina predeterminata o tirannicamente imposta da un qualsiasi tipo di legge fondamentale¹⁵².

In sintesi, il *pre-costituzionalismo medievale* si costituì a fronte di caratteristiche molto particolari che gli permettono di essere attualmente identificato come una fase autonoma della storia in cui, nonostante l'uso di alcune idee tratte dal *pre-costituzionalismo antico* e l'influenza di alcune riflessioni del *costituzionalismo*, non vi è alcun reale processo di continuità evolutiva.

Questa fase è caratterizzata da una forte concentrazione del potere nella figura del re, del principe o del signore, che, tradizionalmente, è collegata ad una dimensione universale di imposizione della volontà (chiesa e imperi). Ma, d'altra parte, possiede pure una dimensione concreta di composizione di interessi reali tra ciascuna comunità politica esistente in quel tempo, sviluppata attraverso accordi reciproci.

impegnati nella stipulazione della *Magna Charta*. In realtà, ciò che ancor più interessa è ribadire la necessità di un luogo istituzionale, che in origine sarà la tradizionale *magna curia*, in cui attraverso la progressiva istituzionalizzazione del *consilium regni* il re non sai più solo, e in cui, per lo meno nei momenti più critici, appaia evidente l'esistenza di una comunità politica in se articolata e complessa, ma anche sostanzialmente unita, che è capace di assicurare a ciascuno il proprio posto e il proprio ruolo proprio perché possiede una legge fondamentale, una legge del paese, che quei posti e quei ruoli attribuisce e mantiene in modo sicuro». Così FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 44.

¹⁵⁰ In proposito, v. DE BRACON H., *De legibus et consuetudinibus Angliae*, a cura di. WOODBINE G. E., New Haven, 1915-1942.

¹⁵¹ Cfr. DA PADOVA M., *Il difensore della pace*, a cura di VASOLI C., Torino, 1975.

¹⁵² In merito a quanto detto, Fioravanti afferma che «la costituzione medievale è dunque mista prima di tutto perché è riferita a una realtà politica e sociale composita e plurale, refrattaria nei confronti di ogni tentativo di uniformazione, disponibile a riconoscersi in una comune legge fondamentale solo perché consapevole del fatto che quella legge non discende dall'alto, ed è invece sintesi della pluralità dei patti e degli accordi che le varie parti, le diverse realtà territoriali, i diversi ordini, hanno tra loro stipulato. Quei patti e quegli accordi non sono dunque sostituiti dalla legge fondamentale. Al contrario, sono in quella legge compresi, e dunque, in ultima analisi, da quella legge confermati». FIORAVANTI M., *cit.*, 2013, p. 59.

Così, l'ideologia del limite del potere, contrariamente a quanto alcuni sostengono, era una realtà presente in questa epoca della storia che, soprattutto dal secolo XI, ha iniziato a guadagnare una nuova composizione sistematica stabilita attraverso accordi e documenti che custodivano la natura di contratti tra governanti e governati.

Questo periodo si caratterizza anche per l'assenza di una costituzione scritta, poiché, tuttavia, esisteva, in senso sostanziale, una vera e propria costituzione mista che forniva una pratica compositiva e plurale della comunità politica di ciascuna località, che non si reggeva da uno spirito uniformatore, invero sempre esigendo il rispetto degli accordi e patti formulati.

Particolare attenzione è riservata dunque al pensiero della supremazia della comunità politica, che passò ad essere intesa come un importante agente politico nella definizione delle decisioni pubbliche di ogni località, generando un riconoscimento di vitale importanza per i nuovi sistemi politici del genere umano. Con questo esempio di supremazia, il sovrano continuava ad essere il principale attore politico, ma si trovava a dover svolgere le proprie funzioni nel tentativo di bilanciare tutti gli altri organi che facevano parte di ogni corpo politico, in una prospettiva che non era più percepito come una figura superiore a tutta la comunità politica insieme, rendendolo un vero tiranno nel caso avesse voluto imporre la sua volontà in contrasto con la necessità di questa comunità.

Proprio in ragione di tale primato, la comunità politica entrò a far parte del corpo politico istituzionalizzato come il *consilium regni*, che sviluppavano l'attività pubblica di consulta del sovrano in momenti estremi, rendendo la volontà pubblica ultima per ogni comunità, attività che impediva anche la trasformazione del sovrano in tiranno, rappresentando una specifica azione di controllo del potere politico, con il suo prototipo sistematico di decentramento del potere, generando il riconoscimento della *potestas temperata*.

Tuttavia, vale la pena notare che non c'era propriamente un riconoscimento dei diritti per la società o per i singoli individui, bensì un concetto forte e l'esigenza del rispetto degli accordi conclusi in patti e contratti stabiliti reciprocamente¹⁵³, che - se

¹⁵³ Commentando il contenuto della *Magna Charta*, dopo aver chiarito che non era un documento innovativo, G. Ferrara afferma che «è appena il caso di rilevare che si tratta di un atto normativo medievale, i cui contenuti non potevano che riflettere il clima storico nel quale fu redatto: è perciò che le libertà e diritti che vennero riconosciuti sono di evidente natura feudale». Così, FERRARA G., *cit.*, 2006, p. 25.

violati - generavano la possibilità di esercitare un particolare diritto di resistenza attraverso l'azione di magistrati e ministri.

1.4 L'evoluzione storica del Costituzionalismo

1.4.1 Prime note: la nascita del costituzionalismo

Il *costituzionalismo* non nacque dal nulla. Non è caduto dal cielo né è nato dal giorno alla notte come una sorta di messaggio messianico che sarebbe stato consegnato a qualche essere umano illuminato in grado di rivelare o dichiarare un futuro prospero e pacifico di tutta l'umanità.

Né tantomeno il *costituzionalismo* è stato concepito come un progetto completo e concluso della vita individuale e/o collettiva, non essendo, in questo modo, possibile dire che abbia avuto origine da qualche pensiero umano di massima razionalità capace di sviluppare un sistema perfetto, sicuro e incrollabile.

Il costituzionalismo è, prima di tutto, un movimento di pensiero generato da anni di idee che sono state sviluppate da diverse persone, le quali si incontravano in diverse realtà politiche, sociali, culturali e territoriali, ma che avevano in comune un forte desiderio e un grande obiettivo di costruire una realtà più giusta ed egualitaria per tutta l'umanità¹⁵⁴.

Così, il *costituzionalismo* è un grande progetto politico-sociale di costruzione di significati e di spazi di vita pubblica e privata - che sia in ambito collettivo e/o individuale - che sempre è stato e sempre sarà sviluppato costantemente nella storia, non risultando possibile dire quando terminerà.

Il suo grande impegno è, in realtà, quello di cercare di concretizzare gli ideali più elementari e vitali dell'umanità, che si oppone alla forza e alla tirannia per cercare di vivere la miglior vita che può essere vissuta in ogni tempo e luogo nella storia, anche se non ottenesse consenso su ciò che è, di fatto, il migliore. Ma, tra consensi e dissensi storici, semantici e sintattici, il consenso vitale infine si stabilisce.

¹⁵⁴ Appare evidente che con questa affermazione non si vuole dire che, durante tutta la storia del costituzionalismo, incluso il periodo del pre-costituzionalismo, fu condivisa una certa specie di dimensione unica o totalitaria sui concetti di uguaglianza e di giustizia che, come ben si sa, si presentano alquanto diversi nella storia dell'evoluzione del pensiero dell'umanità. Tuttavia, anche ove si parli in diverse dimensioni di tali concetti, pare possibile affermare che tutti loro ebbero l'intenzione comune di costruire una realtà migliore per l'umanità, tanto sul piano del pari trattamento delle persone che si riconoscevano all'interno di uno stesso piano sociale, che poteva essere limitato oppure ampio, quanto sul piano dello sviluppo di un sistema e di una vita più giusta.

Come ha detto M. Fioravanti, si può dire che in questo consenso il *costituzionalismo* segue un percorso fondamentale che ha in realtà due significati distinti, che egli denomina "movimenti": quello della *resistenza* e della *partecipazione*¹⁵⁵ che, come si vedrà, sono stati, sono e saranno sviluppati in modi molto particolari nel decorso dei secoli.

Invero, è proprio in quanto si afferma che questi movimenti vennero sviluppati che è importante trovare sul piano storico quel momento in cui il *costituzionalismo* sia di fatto nato. E, forse, risulta ancora più importante dire quando nacque, sarebbe opportuno spiegare il motivo per cui si dice sia nato.

E sotto questo aspetto, è necessario decidersi al più presto verso uno dei due principali percorsi teorici che sono radicati circa la nascita del *costituzionalismo*, tenendo nella giusta considerazione che qui è stata costruita in particolare la nozione che il *costituzionalismo* sia nato con la modernità, essendo classificati i movimenti precedenti come componenti del così detto periodo del *pre-costituzionalismo*.

Pertanto, o si segue il percorso che viene normalmente tracciato dalla dottrina maggioritaria, vale a dire che il *costituzionalismo* sarebbe sorto con le rivoluzioni del secolo XVIII, ovvero si adotta un altro pensiero che di solito non è molto ben compreso, ma che era molto ben presentato dal Fioravanti nella sua opera di maggior importanza¹⁵⁶.

Per coloro che seguono il pensiero della nascita del costituzionalismo con le rivoluzioni del secolo XVIII, la costruzione di un nuovo paradigma incentrato soprattutto sull'organizzazione delle costituzioni scritte, come ad esempio quella americana del 1787 e quella difesa dalla Dichiarazione francese del 1789, è di norma il segno distintivo di maggior importanza.

Tuttavia, come è stato detto prima, la costituzione scritta sarebbe solo una delle caratteristiche del *costituzionalismo*, non ritenendosi assoluta, perché, come è nota, il modello inglese è un esempio vivente, tra pochi altri, di una tradizione costituzionalista basata sul "*common law*" che non richiede formalmente una costituzione scritta.

Detto ciò, quali sarebbero i criteri che permetterebbero di dire, in maniera maggiormente sicura e qualificata, quando nacque il *costituzionalismo*? O meglio, ci

¹⁵⁵ FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, p. V.

¹⁵⁶ Sul punto, ci si riferisce a FIORAVANTI M., *Costituzionalismo – percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, *passim*.

sarebbe o sarebbero uno o più criteri certi per poter dire quando nacque il *costituzionalismo*?

In realtà, si tratta di due domande molto importanti a cui difficilmente si può rispondere, perché invero si riferiscono a qualcosa di molto più profondo della mera indicazione di qualche sorta di atto o placca di inaugurazione qualsiasi evento, cosa o carta evento genere.

Come già detto, il *costituzionalismo* non nasce dal giorno alla notte e non è il risultato di un processo di ragionamento umano datato, ma piuttosto, si sviluppa nel tempo quasi come se la scoperta e reinventarsi giorno dopo giorno, senza una precisa data di fondazione.

Ad ogni modo, e almeno per quanto concerne questo studio, come è stato spiegato in precedenza, si può dire che il *costituzionalismo* è composto da caratteristiche proprie che, in qualche modo, possono essere inquadrare nel pensiero e nelle azioni politiche di una dato momento storico dell'umanità, che proprio per questo motivo è considerato responsabile della sua nascita. E, in questo senso, le principali caratteristiche che devono essere analizzate sarebbero quelle che legate alla dimensione teorica del *costituzionalismo*, dal momento che quelle si relazionano sul piano ideologico non si distinguono dal *pre-costituzionalismo*.

Così, secondo quanto si prospetta, le caratteristiche che devono essere trovate in un determinato periodo sarebbero, *prima facie*: la dimensione costituzionale-normativo di diritto; l'esistenza di costituzioni scritte; l'esigenza di garantire l'esistenza di diritti, della separazione dei poteri e del controllo di costituzionalità e la presenza di movimento di affermazione delle sfere di autonomia degli esseri umani, che sarebbero connesse alla partecipazione degli individui nella formazione della volontà pubblica.

Tuttavia, è certo che queste caratteristiche non devono essere tutte presenti in un dato momento storico, perché, come nell'esempio del costituzionalismo inglese non basato su un sistema di costituzione scritta e rigida, è possibile affermare che alcune altre specialità non sarebbero totalmente vitali in tutti i "costituzionalismi".

Ciò che sarebbe certamente essenziale per definire l'impronta originaria del *costituzionalismo* sarebbe quella di riunire, in un determinato periodo storico, lo sviluppo di un sistema politico-giuridico basato minimamente sulla nozione di controllo concreto della politica da parte del diritto che si dota di documenti di dimensione sostanzialmente costituzionali (costituzione scritta, leggi fondamentali o

qualcosa di simile), che dovrebbero garantire una portata minima di autonomia individuale attraverso la tutela dei diritti, preferibilmente effettuata mediante la separazione di pubblici poteri.

Così, nell'intento perseguito da questa ricerca, tali caratteristiche suddette avrebbero dovuto ritrovarsi all'interno di un determinato periodo storico così da potersi affermare che il *costituzionalismo* aveva avuto inizio.

In realtà, queste caratteristiche potrebbero essere rappresentate in una conformazione specifica del proprio tempo che però non corrisponde, con esattezza, a quello che si potrebbe definire contemporaneamente *costituzionalismo*, il quale, a sua volta, non coinciderebbe con il *costituzionalismo* della modernità.

Tutto questa costruzione cognitiva serve per dire che il *costituzionalismo* è un movimento di pensiero che, nonostante conservi in sé un rapporto diretto con l'esistenza formale di una costituzione, non si limita rigidamente alla sua forma, accogliendo essenzialmente una dimensione più ampia e più profonda che si basa in nozioni più sostanziali che formali.

In questo senso, appare evidente che è necessario rivedere il principale pensiero scientifico – e così anche il Fioravanti – per rendersi conto che il *costituzionalismo*, difatti, entra nella storia in concomitanza con la nascita dell'età moderna, periodo in cui le sue caratteristiche essenziali cominciarono ad essere elaborate, come si vedrà in seguito¹⁵⁷.

La formazione dello Stato moderno si manifestò intrinsecamente con la costruzione dell'idea di sovranità, così come intesa da Jean Bodin, e poi molto ben sviluppata da altri teorici. Questa idea ha permesso la concentrazione dei poteri pubblici in uno stesso grande centro di potere, che, per questa ragione, avrebbe bisogno, secondo quanto sostenuto dal Fioravanti, di un movimento comune per evitare che questo grande potere si trasformasse in un potere tiranno.

Il *costituzionalismo* nasceva così, nella modernità, per garantire che il potere sovrano non diventasse tiranno, impedendo alle persone il godimento concreto di una vita giusta. Inizialmente, si sarebbe servito di vari tipi di accordi, patti, contratti e leggi per garantire i dovuti spazi autonomi degli individui che avrebbero dovuto obbedire al sovrano.

¹⁵⁷ Va notato che anche G. Azzariti, anche avendo inizialmente indicato che il testo che avrebbe fondato il *costituzionalismo* sarebbe stato quello sancito all'art. 16 della Dichiarazione del 1789, in specifiche note ha invero detto che capiva la mossa come un rapporto progressivo che attraversò secoli di storia, avvicinandosi alla concezione del Fioravanti. Cfr. AZZARITI N., 2013, p. 22 e 27.

Il controllo di ogni tentativo di tirannia dovrebbe essere esercitato da una sorta di meccanismo politico o giuridico diverso, logicamente, dal potere sovrano che potrebbe poi imporre l'osservazione obbligatoria dei diritti degli individui, in una prima forma della teoria moderna della separazione dei poteri.

Fin dal suo inizio, poi, il *costituzionalismo* era costituito da movimenti di "resistenza" e "partecipazione" degli individui nella costruzione di spazi pubblici e privati, che non solo gli valsero una certa garanzia di invasione del sovrano sui loro interessi e diritti privati, ma gli assicurarono altresì possibilità di costruzione di una vera e propria comunità civile, unita intorno agli interessi condivisi.

Proprio in questo senso il Fioravanti sostiene che il *costituzionalismo* è stato sviluppato per la difesa di «spazi di autonomia» e per la costruzione della «unità politiche», in relazione co-esistenziale che vede la dimensione degli spazi liberi necessariamente all'interno di una unità politica di base, che, d'altra parte, non può opprimere o addirittura assorbire quegli stessi spazi aperti che lo compongono.

Ecco perché, oltre alla teoria comune, risulterebbe inappropriato intendere il *costituzionalismo* come formato solo sulla base di un'azione negativa o, meglio, di non azione, impedendo che al sovrano di far valere le proprie decisioni contro gli individui. Piuttosto, ciò che si potrebbe dire è che, analizzando il fenomeno esclusivamente sotto lo sguardo dell'esercizio del potere da parte del sovrano, il *costituzionalismo* gli avrebbe imposto un limite o un non agire, che viene ricompreso nel movimento di "resistenza" come un aspetto negativo.

Ma affermare ciò prova poco, poiché, oltre al movimento di resistenza, inizialmente appartenente al sovrano, il *costituzionalismo* ha rappresentato anche una visione positiva di "partecipazione", che dovrebbe essere considerata con particolare attenzione per quanto riguarda l'azione degli individui che compongono il corpo sociale di ogni realtà politica. E questo è il fronte su cui si muoverebbe la missione di impedire che il *costituzionalismo* diventasse un movimento di mero individualismo egoistico¹⁵⁸, causando la distruzione dell'unità politica.

I «due lati del costituzionalismo», vale a dire il negativo, che si forma per difendere il principio di autonomia (rappresentando il movimento di resistenza), e il positivo, che viene istituito per salvaguardare il principio di unità politica (dovuto al

¹⁵⁸ M. Fioravanti afferma che "il costituzionalismo non ha quindi quasi mai una logica solo difensiva, e fin dall'inizio pretende invece di concorrere alla costruzione di quel potere comune, nei confronti del quale rivendica pure, e non di meno, limiti e garanzie". FIORAVANTI M., 2009, p. VI.

movimento della partecipazione), sono così i due grandi concetti del *costituzionalismo* e sono presenti fin dalle sue origini, come si vedrà in seguito.

1.4.2 Evoluzione storica del costituzionalismo moderno

Avendo in precedenza chiarito che il *costituzionalismo* è nato con la modernità, a seguito di movimenti di resistenza e di partecipazione che lo hanno caratterizzato fin dalla sua nascita, consentendo, l'esercizio di un controllo effettivo del diritto sulla politica, al fine di garantire spazi di autonomia per gli individui e di costruire l'unità politica, si dovrebbe, a questo punto, rivolgere l'attenzione sull'analisi del loro sviluppo storico.

Per ora, è dato notare che, come sostenuto in questo studio, il *costituzionalismo*, in quanto movimento ampio, sarebbe stato diviso in due aree specifiche con peculiarità proprie, definiti "costituzionalismo moderno" e "costituzionalismo contemporaneo".

Per questo motivo, ciò che sarà presentato nel prosieguo sarà lo studio dell'evoluzione storica del "costituzionalismo moderno", riservando l'analisi del "costituzionalismo contemporaneo" al capitolo successivo.

Si può dire in un primo momento, e sulla base degli studi compiuti dal Fioravanti, che il costituzionalismo moderno, individuato tra i secoli XV e XX, potrebbe essere suddiviso in "costituzionalismo delle origini", "costituzionalismo delle rivoluzioni" e "costituzionalismo dell'età liberale".

Oltre a questa classificazione, dopo i periodi totalitari che hanno gettato luce sulle faglie concettuali e sistemiche condivise fino a quel momento, il "costituzionalismo moderno" vide un nuovo grande ciclo del proprio pensiero, che viene attualmente classificato come "costituzionalismo contemporaneo", il che ha mostrato profonde ripercussioni nella funzione limitatrice del diritto sulla politica, soprattutto in relazione alle metodologie impiegate.

D'ora in avanti, dunque, l'idea sarà quella di mostrare le principali caratteristiche del *costituzionalismo* durante il suo periodo moderno, soprattutto nelle fasi del "costituzionalismo delle origini", del "costituzionalismo delle rivoluzioni" e del "costituzionalismo dell'età liberale", analizzando, ancora, il rapporto tra *costituzionalismo* e il totalitarismo.

1.4.2.1 Costituzionalismo delle origini

Il "costituzionalismo delle origini" nasce con la formazione dello Stato moderno (sec. XV) e durerà fino alle grandi rivoluzioni moderne (sec. XVII), americana (1776) e francese (1789), caratterizzando un periodo storico molto particolare.

Questo periodo è caratterizzato dall'esistenza di una costituzione che non consisteva in un unico documento formale, ma era, invece, composta da varie regole consuetudinarie e da vari patti sociali e accordi stabiliti.

Le idee politico-sociali non si fondavano ancora su un pensiero moderno di "sovranità", "uguaglianza", "democrazia" o di "diritti individuali", bensì su una matrice dinamica di forze che componevano la costituzione di ogni ordine politico-sociale, motivo per il quale veniva di continuo affermata e difesa.

Il grande pregio di questa costituzione era di garantire l'unità e la pace sociale, evitando uno stato di disgregazione pubblica, mantenendo un equilibrio ragionevole tra le forze reali e le politiche esistenti in ogni tempo e territorio, riconoscendo diritti e libertà.

Ecco che, allora, si ha in questa epoca una costituzione, formata dalla composizione di forze e interessi, che garantiva la pace sociale proprio con il proposito di riconoscere diritti e libertà di gruppi o classi sociali, che si erano formati in base alle stesse dinamiche di volta in volta nel tempo, in un rapporto di protezione di privilegi, di stipula di patti o anche di riconoscimento degli stessi diritti.

Il "costituzionalismo delle origini" si occupa allora, in buona sostanza, dell'affermazione e della difesa degli accordi stabiliti (diritti e libertà), essendo questa la sua prerogativa principale, al fine di mantenere l'equilibrio e la pace sociale.

È importante notare che questo accadeva solo per le aree territoriali che venivano governate, in genere, per mezzo di un modello «*in forma temperata o moderata*», controbilanciando gli interessi e le forze che, secondo il Fioravanti, possedevano ispirazione nella *miktè politeia* dei greci e nella *res publica* dei romani¹⁵⁹.

Tali affermazioni si ritrovano nel pensiero di Niccolò Machiavelli¹⁶⁰ (1469-1527), degli inglesi James Harrington¹⁶¹ (1611-1677), Thomas Smith¹⁶² (1513-1577),

¹⁵⁹ FIORAVANTI M., *cit.*, p. 10.

¹⁶⁰ MACHIAVELLI N., *Discorsi sopra la prima decada di Tito Livio*, in ID., *Opere*, a cura di S. Bertelli e F. Gaeta, Milano, 1960-1969.

Edward Coke¹⁶³ (1522-1634) e William Blackstone¹⁶⁴ (1723-1780), dei francesi Hotman¹⁶⁵ (1524-1590), Jean Bodin¹⁶⁶ (1529-1596) e Montesquieu¹⁶⁷ (1689-1755), e del tedesco Johannes Althusius¹⁶⁸ (1557-1638), come le indicazioni di M. Fioravanti¹⁶⁹.

In realtà, con il Machiavelli la forza delle *aequabilitas* di Cicerone viene fatta salva attraverso il concetto di "*civile equalità*", che è l'uguaglianza sperimentata in un determinato governo tra le forze governative che operano all'interno di un territorio o di una città, riconoscendo e garantendo a ciascuno di queste un rispettivo spazio politico in grado di prevenire le guerre, pur mantenendo l'integrità e la stabilità della comunità politica e la *res publica*.

La "*civile equalità*", che non è legata all'uguaglianza dei moderni, sviluppatasi precisamente con le riflessioni giusnaturalistiche dell'uguaglianza tra gli individui, impone un governo moderato che adotti misure volte a conciliare gli interessi di queste forze politiche, evitando che gli interessi unilaterali prevalgano sugli interessi collettivi e, d'altra parte, generando armonia e pace. Per questo, rimane intrinseca al pensiero del Machiavelli, la nozione di *firmitudo*, che garantiva la sicurezza e la stabilità degli accordi intercorsi tra queste forze.

La costituzione moderna di Machiavelli è, quindi, costruita su due concetti fondamentali: la *civile equalità* e la *firmitudo*. Questi concetti andranno ad essere colonne portanti dei governi moderati di quei periodi, in grado di fornire gli strumenti necessari per una corretta convivenza armoniosa e pacifica delle sue forze politiche reali.

La *res publica* di Machiavelli impatterà sul pensiero politico futuro fino al punto che il Fioravanti riconoscerà l'esistenza, da allora in poi, di un "*costituzionalismo*

¹⁶¹ HARRINGTON J., *The Commonwealth of Oceana and a System of Politics*, ed. By J.G.A Pocock, Cambridge University Press, 1992.

¹⁶² SMITH T., *De Republica Anglorum*, ed. M. Dewar, Cambridge, 1982.

¹⁶³ COKE E., *Reports (1600-1659)*, London, J. Butterworth and Son, 1826; Id., *Institutes of the Laws of England (1628-1644)*, In *Classics of the English Legal History in the Modern Era*, eds. D.S. Berkowitz and S.E. Thorne, New York, Garland, 1979.

¹⁶⁴ BLACKSTONE W., *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, eds. By S.N. Katz et al., University of Chicago Press, 1979.

¹⁶⁵ HOTMAN F., *Franco-Gallia*, eds. R.E. Giesey and J. H. M. Salmon, Cambridge, 1972.

¹⁶⁶ BODIN J., *Lex six livres de la République*, Paris, 1583, repr. Aalen, 1977; tr. it. *I sei libri dello Stato*, a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, Torino, 1964-1997.

¹⁶⁷ MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, in Id., *Ouvres complètes*, ed. D. Oster, Paris, 1963; tr. it. *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, 1965.

¹⁶⁸ ALTHUSIUS J., *Politica methodice digesta*, Herborn, 1614, terza ed., repr. Aalen, 1961.

¹⁶⁹ FIORAVANTI M., *Costituzionalismo – percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 9-19.

repubblicano"¹⁷⁰, che si ripercuoterà sulla tradizione anglo-americana, come dimostra, ad esempio, il pensiero di James Harrington.

Con J. Harrington, l'idea del *governo misto* si lega alla *repubblica moderata* - in cui viene mantenuto un certo equilibrio tra la classe aristocratica, democratica, e la classe sociale media - che ha particolare rilevanza. L'equilibrio sociale e istituzionale viene elaborato, quindi, attraverso due *fundamental law*: la *legge agraria* e la *legge elettorale*. Per quanto riguarda la prima, rimane fissata la quantità massima di terreno che chiunque può possedere, incentivando l'accesso alla terra a molti, attraverso la creazione di condizioni favorevoli. Per quanto riguarda la seconda, viene emanata dal Senato - composto dai maggiori proprietari - e dalla Camera popolare, alla presenza di tutti gli altri proprietari.

Con le sue idee, J. Harrington rafforza, in pieno Seicento, i vecchi modelli della *miktè politeia* greca e della *res publica* romana, che difendono il governo misto come modello ideale, il quale si rifletterà anche sul concetto di costituzione mista come la più indicata a disciplinare le relazioni tra le forze politiche. E questa idea durerà nel corso della storia fino al XVIII secolo, con l'introduzione del principio rivoluzionario di uguaglianza tra gli individui.

In questo ordine di considerazioni, in gran parte dell'Europa, e fino alla nascita delle rivoluzioni liberali del XVIII secolo, la costituzione mista verrà utilizzata per controllare la monarchia, che diventa una *potestas temperata*, ancora vista come la principale forza di ogni comunità politica, ma sempre, e ogni volta di più, vincolata ai patti e alle decisioni stabilite da ciascuna di queste comunità.

Esempio di questo si trova in Inghilterra con la Magna Charta del 1215¹⁷¹, ma anche con la distinzione proposta da Henry Bracton tra *gubernaculum* e *iurisdictio*. Nel sistema dualistico inglese, al sovrano era riservato uno spazio per il libero esercizio delle sue prerogative, che comprendevano la materia militare e poteri di nomina per le cariche pubbliche, attraverso i concetti di *gubernaculum*. D'altra parte, dalla *iurisdictio* il sovrano portava avanti le sue attività per fare le leggi e imporre tasse attraverso la decisione del parlamento, in obbedienza al principio del *king in parliament*.

¹⁷⁰ FIORAVANTI M., *ult. op. cit.*, p. 11.

¹⁷¹ Sulla storia costituzionale inglese, approfondendo specialmente il secolo XVII, vedi MATTEUCCI N., *Breve storia del costituzionalismo*, Brescia, Morcelliana, 2010, pp. 51-64.

Più tardi, già nel XVI secolo, Thomas Smith codifica questo modello in due immagini forti della sovranità, che sarebbe quella contenuta tradizionalmente nella prerogativa regia del sovrano, ma pure quella presente in parlamento, che era luogo di rappresentanza istituzionale di tutto il regno, composto dal Sovrano, dai *Lords* e i *Commons*, ove operava il principio, come detto, del *King in Parliament*, che, sempre più, inizierà a essere considerata come predominante, in virtù della sua più grande capacità di esporre meglio e comporre l'ambito sociale e locale del regno¹⁷².

Del resto, è un dato di fatto – che sarà sostenuto da Edward Coke - che sulla base di queste idee, le *ancient common laws and custos of the realm* davano un significato, e forse il primo dell'età moderna, giuridico-normativo alle leggi fondamentali formatesi dai costumi che non erano altro che la Costituzione stessa.

Lo stesso Edward Coke prospettava la possibilità di attribuire ai giudici la tutela dei costumi che precedevano alla formulazione delle leggi, dando loro la dovuta forza normativa in un esercizio che non assomigliava ancora al controllo di costituzionalità che si sarebbe sviluppato solo più avanti, ma già affermava e tutelava una sorta di norma superiore, storicamente costruita la quale impediva la sua sovversione.

Si ha, quindi, un importantissimo filone di pensiero politico-giuridico moderno che andrà a impattare con l'intero concetto di *costituzionalismo*, che è l'idea della concessione e/o riconoscimento alla costituzione (o alle *species* giuridiche che la compongono nel tempo) di una forza giuridico-normativa che permetterà la sua osservanza al di là della sfera politica, dotando la comunità politica e civile di maggiore equilibrio e stabilità, non più suscettibile solamente con riguardo ad accordi espressione di desideri momentanei, ma anche alle determinazioni contenute nei suoi documenti fondanti storicamente¹⁷³.

¹⁷² Questa dualità del sistema costituzionale inglese venne messa alla prova nel *conflitto costituzionale* stabilendo, all'inizio del secolo XVI, in cui *l'ancient constitution* fu invocata dal parlamento per accusare il re di aspirazioni neoassolutistiche, per esempio, la possibilità di imporre tributi senza la partecipazione del parlamento, attraverso il principio del *King in Parliament*. Dal canto suo, il re, nel rispondere ai famosi 19 quesiti del parlamento, negava, sulla base nella *ancient constitution*, la divisione, pretesa dal Parlamento, del potere di nomina per i pubblici incarichi. FIORAVANTI M., *Costituzionalimo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 13. Sull'accusa al re, importante è la lettura del discorso di James Withelocke del 29 giugno del 1610, le cui osservazioni possono ritrovarsi compiutamente in KENYON J.P., *The Stuart Constitution 1603-1688: Documents and Commentary*, Cambridge, 1969. Al riguardo, è importante constatare che questo *conflitto costituzionale* inglese evidenziò il forte ruolo e l'importante significato della costituzione mista inglese, che permise la manutenzione dell'equilibrio e della pace sociale nel momento in cui si tentò di sviare o abbandonare il percorso storico fino ad allora costruito.

¹⁷³ Conviene riportare la posizione di McIlwain che arrivò alla conclusione che «il principale punto debole di tutta la dottrina costituzionalista medievale consiste nella sua incapacità a comminare una pena, eccettuata la minaccia dell'esercizio della forza rivoluzionaria, contro quel principe che

È importante sottolineare che queste esperienze costituzionali inglesi trovarono ampi spazi nell'Europa continentale, in particolare in Francia che ha vissuto l'esperienza sulla base di un momento di particolare distorsione quale fu il protestantesimo nel guerre di religione.

A tal riguardo, con le parole di Francois Hotman, la monarchia esercitava il suo potere in maniera temperata, dal momento che aveva riconosciuto l'esistenza di una antica costituzione che prevedeva, con il potere reale, lo sviluppo di importanti funzioni da parte dei magnati e dei magistrati in situazioni che riguardavano cause nobili ed elezioni, potendo ancora aversi la partecipazione di tutta la comunità politica nelle situazioni che richiedessero un consenso politico più ampio.

Gli ideali protestanti, invece, fecero sorgere una nuova categoria politica, che avrebbe colpito il futuro non solo della Francia, ma anche dell'Europa, conosciuta come "*patto originario*" in cui la funzione del popolo veniva maggiormente esaltata. Per questa costruzione, il potere è concesso dal popolo al re, che ha il dovere di rispettare gli accordi stipulati in origine, non installando la tirannia, a pena di riscatto del potere da parte del popolo. Ecco che sorge il pensiero politico del popolo che preesiste al re¹⁷⁴, potendo, dunque, esistere persino senza di lui¹⁷⁵.

In questo senso, è inoltre possibile ritrovare le medesime caratteristiche e categorie nella realtà politica della Germania. J. Althusius, infatti, affermò nel XVII secolo che le leggi fondamentali sono la *universalis consociatio*, patto che unisce in senso orizzontale e pacificamente tutti i componenti del popolo stesso riunitosi pacificamente in uno stesso territorio.

Ancora, è dato rilevare che con Althusius la legge fondamentale di un popolo non si concretizza in un unico documento formale, ma è formato, al contrario, da una serie di patti e accordi stipulati dalla stessa comunità politica che decide di limitare il potere del re, imponendo diritti e doveri a tutte le parti reciprocamente considerate. La

concretamente calpesti quei diritti dei suoi sudditi, nella tutela dei quali d'altra parte consiste lo scopo della sua legittima autorità» Così, MCILWAIN C.H., *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di MATTEUCCI N., Bologna: Il Mulino, 2010, p. 115).

¹⁷⁴ Naturalmente, il concetto di popolo qui esistente non è equivalente a quello attuale, limitandosi, molto di più, ad un insieme di province, ordini, città e di circoli, che non riconoscevano schiavi, mendicanti, poveri, disoccupati, apolidi, bambini, donne, e così via come uguali e comuni appartenenti alla stessa categoria sociale-politico.

¹⁷⁵ Va, inoltre, registrato che questo pensiero non faceva nascere il diritto ampio alla resistenza del popolo, che veniva accettato solo in situazioni eccezionali e ristrette, che non potevano essere estese ai singoli casi di resistenza individuale.

costituzione, così intesa, sarebbe la comunità stessa, e non una norma che si applicherebbe a questa comunità, in ragione della volontà di un potere più grande.

Questa idea di "costituzione mista" formata da accordi, alleanze, tradizioni e leggi di ogni comunità politica, insieme al concetto di governo misto rappresentano due delle caratteristiche più importanti del "costituzionalismo delle origini", si manterrà viva ed efficace fino alla comparsa di una nuova categoria di pensiero politico che rivoluzionerà i percorsi tracciati in futuro.

Il superamento del "costituzionalismo delle origini"¹⁷⁶ comincia con il verificarsi dell'abbandono della nozione di difesa e ripristino dell'equilibrio sociale e politico formatosi dalla idea della vecchia costituzione mista, ciò fece in modo che il pensiero politico di "*sovranità*" venisse sviluppato con conseguenti effetti¹⁷⁷.

Il concetto di sovranità nasce in Francia con il pensiero di Jean Bodin¹⁷⁸ che, anche se ancora fortemente influenzato dalle idee del suo tempo, sviluppa una nuova differenziazione tra *gouvernement* e *regime politico* dello stato.

La nuova categoria di Bodin, quella cioè del *regime politico* dello Stato, si colloca su un piano superiore rispetto al *gouvernement*, non accogliendo più una forma di tipo misto, in quanto, se così fosse, sarebbe ancorato all'idea di *sovranità*. In effetti, la distinzione proposta da Bodin permetterebbe di affermare che lo Stato era sovrano e non misto, ma governato con una forma mista. Asserzione, questa, che porterebbe ad un impatto sulla sua costituzione, la quale, allora, può anche non essere più considerata mista e temperata. E come, a suo tempo, era solo la monarchia a detenere il potere sovrano, lo Stato sarebbe necessariamente costituito con base in un regime politico monarchico, dal momento che i poteri sovrani venivano così elencati dal Bodin come: il potere di fare e annullare la legge, il potere di dichiarare la guerra e la pace, il potere di decidere le controversie tra i suoi sudditi in ultima istanza, il potere di nominare i giudici e, in ultima analisi, il potere di imporre tasse.

¹⁷⁶ Sull'analisi tra la sovranità tra il medioevo e la modernità, si veda FIORAVANTI M., *Costituzione e popolo sovrano. La costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 47-51.

¹⁷⁷ È lo stesso Fioravanti che giustifica che nel medioevo la sovranità non solo non esisteva, ma non era neppure necessaria, dal momento che «il primo fondamento dei doveri di obbedienza stava nella loro comune appartenenza allo stesso ordine cui anche il soggetto dominante apparteneva». *IVI*, p. 47.

¹⁷⁸ Ancora sul concetto di sovranità, si veda: BARBERA A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale*, Roma-Bari: Laterza, 2012, pp. 13-14; FIORAVANTI M., *Costituzione*, Bologna: Il Mulino, 2013, pp. 71-85; MATTEUCCI N., *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna: Il Mulino, 2011, pp. 81-99.

La nozione di sovranità, d'ora in avanti, comincerà a delineare i confini necessari per rompere con la tradizione politica antecedente, costituendo la base ideologica per la nascita della fase successiva del *costituzionalismo*, che verrà rafforzato anche dalle idee di Montesquieu e di Blackstone.

Charles-Louis de Secondat, barone di Montesquieu, sviluppa le sue teorie politiche già influenzate dalla moderna concezione della libertà politica goduta dagli individui in forza di una legge formalmente istituita, ma ancora governata dal forte legame stabilito finora tra la tutela dei diritti e la forma moderata di governo che vede la legge non come garanzia astratta e generica, bensì il risultato di una volontà di garantire un certo equilibrio tra le forze politiche esistenti in ogni territorio.

La costituzione ideale di Montesquieu è in realtà molto vicina alla costituzione inglese, minacciata, a suo dire, dal dispotismo della monarchia e della democrazia, nel tentativo di porre fine all'equilibrio politico esistente.

Nella visione del Montesquieu, la democrazia si farebbe tiranna allorché pretendesse di sopprimere il Senato, che rappresenta la parte aristocratica del legislativo, ovvero bramasse per ridurre l'esecutivo, che dovrebbe mantenersi monarchico. Tuttavia, risultava che la democrazia non poteva essere relegata ad una funzione minore nei confronti del legislatore dominato, invece, dai rappresentanti del popolo sovrano.

Pertanto, con Montesquieu il *costituzionalismo* ottiene un nuovo aspetto di controllo del dispotismo, fondato su una forma di governo necessariamente composta da due camere legislative, una a base aristocratica, e l'altra appartenete alla titolarità monarchica dell'esecutivo, che aveva ancora il potere di veto degli atti del legislativo. Tutto questo si sarebbe sviluppato con un forte approccio alla moderna tutela dei diritti, senza che venisse da questi difeso il principio di uguaglianza, considerato come un eccesso di democrazia, potenziale modificatore dell'equilibrio dei poteri.

Le idee anzidette di una forma moderata di governo sarebbero ancora visibili nel pensiero di William Blackstone, il quale affermava la sovranità assoluta e incontestabile del Parlamento inglese retto, a sua volta, dal principio del *king in parliament*, concetto ugualmente sviluppato dal Montesquieu, che seguiva la tradizione di tutela dei diritti degli individui, ma che negava l'apertura democratica richiesta allora in Inghilterra, attraverso le idee dei partiti politici, del corpo elettorale e della maggioranza parlamentare.

Questi sono i dati storici, sociali e politici che caratterizzano l'esito di un'epoca iniziale del *costituzionalismo*, qui chiamato "costituzionalismo delle origini", che si rivelò fortemente influenzato dall'ideale di forma di governo e moderato o temperato dalla nozione di costituzione mista, ma che alla fine riesce a emanciparsi dalle vecchie categorie politiche medievali, dirigendosi fino alla tutela moderna dei diritti individuali.

D'altra parte, le tappe finali di questa epoca segnano un problema di abuso di potere da parte non solo delle autorità tradizionali, ma anche delle nuove aperture democratiche che, in sintesi, predicavano la regola della maggioranza, che mettevano su lati opposti il *costituzionalismo* e la *democrazia*.

1.4.2.2 Costituzionalismo delle rivoluzioni

Il "costituzionalismo delle rivoluzioni" ha le sue radici in un movimento di pensiero che inizialmente non fu accolto con favore dal "costituzionalismo delle origini", confinando la sua azione a costrutti teorici che, a poco a poco, sono riusciti a raggiungere un livello di riconoscimento politico abbastanza alto da rappresentare gli albori di un nuovo paradigma per il *costituzionalismo*.

Difatti, il "costituzionalismo delle origini" è stato sviluppato praticamente sulla base delle idee della costituzione mista e della forma di governo misto o temperato, che cercavano di stabilire il necessario equilibrio tra le forze politiche esistenti per diffondere la pace.

In attuazione di questo piano, si è utilizzato il concetto di "*civile equalità*" di Machiavelli, che non aveva alcuna relazione diretta con il moderno principio di uguaglianza tra gli individui, ma si concentrava sulla costruzione di pari spazi di opportunità per la partecipazione e l'interazione tra le forze politiche che operavano all'interno di ogni realtà politica allora esistente.

Tuttavia, anche se il principio della parità risultasse di scarsa rilevanza in questa cornice, si riconosce che, almeno in astratto, la sua idea ha cominciato a manifestarsi già nel XVII secolo, in quello che Fioravanti denominò "*uguaglianza estrema*", ricavata dalla nozione di "*stato di natura*" inizialmente sviluppata da

Thomas Hobbes¹⁷⁹ e che fondava, così, una nuova categoria politica, quella di “supremazia”.

In proposito, è dato rilevare che con l'opera "*Leviatano*" (1651)¹⁸⁰, Hobbes arriva a comprendere che il governo misto rappresentava, in realtà, un problema per il regno, in particolare con le guerre civili inglesi, dal momento che la composizione fissata dall'idea di *potestas temperata* operava a favore non dello Stato o della comunità nel suo insieme, ma a favore degli interessi dei propri gruppi politici che componevano ogni ordine comune.

In questo modo, per comprendere che l'ordine politico necessitasse di essere ristabilito, e distaccandosi dall'idea della formazione della costituzione attraverso patti concreti di interessi, Hobbes indirizza il suo pensiero verso un luogo ideale in cui tutti gli individui sarebbero stati considerati assolutamente uguali, chiamato "*stato di natura*"¹⁸¹.

L'accettazione da parte di individui di questo luogo e il riconoscimento della necessità per il sovrano per uscire dalla barbarie civile, portarono gli individui a un quadro diverso di piena uguaglianza, riconosciuta nella posizione sottomissione equivalente per ognuno di essi davanti al sovrano, figura che segnava la rappresentazione politica del popolo che si formava con l'organizzazione di un nuovo ordine politico, che trovava nel sovrano il presupposto necessario per l'esistenza della sua costituzione.

In tal modo, il sovrano non rappresentava solamente il grande "potere centrale" di Bodin, ma il motivo per il quale è possibile riconoscere l'esistenza di una particolare comunità civile, che stabiliva la formazione di un ordine politico basato sulla cessione di una parte della loro libertà al sovrano, responsabile, sulla base della costituzione del presente ordine, di conferire diritti ai singoli, assicurando la pace e l'armonia sociale.

¹⁷⁹ FIORAVANTI M., *Costituzione e popolo sovrano. La costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 20.

¹⁸⁰ HOBBS T., *Leviathan*, ed. By R. Tuck, Cambridge University Press, 1991; trad. it. *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, a cura di A. Pacchi, trad. di LUPOLI A.-PREDEVAL MAGRINI M. V- REBECCHI R., Roma-Bari, Laterza, 2014 (1989).

¹⁸¹ Lo "*stato di natura*" è stata concepito da Hobbes come il tempo/luogo in cui gli individui, astrattamente considerati in una posizione di assoluta uguaglianza, sceglierebbero razionalmente, per e confrontarsi in una eterna guerra civile, rinunciare alle proprie libertà piene, affidando al sovrano un'autorità sulla vita di ciascuno di essi, figura che avrebbe la grande missione di assisterli nella realizzazione di questo stato, coltivando un ordine civile in grado di stabilire un ambiente di pace e sicurezza.

Queste sono le linee guida di base che permetteranno il fiorire del "costituzionalismo delle rivoluzioni", che invece di preoccuparsi della composizione e dell'equilibrio delle forze politiche, concentrerà la sua attenzione sulla volontà del sovrano e, principalmente, sulla sua coerenza nel trattare i diritti degli individui in modo generale e astratto, con l'impossibilità di concessione di qualsiasi privilegio individuale e privato.

Ed è questa la linea principale tracciata dalla Rivoluzione francese, che nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 si appropria inizialmente della nozione di uguaglianza naturale e, in seguito, dell'uguaglianza giuridica, al fine di porre la premessa di base maggiore all'interno di un nuovo contesto teorico e pratico che andava a inaugurarsi, che era la pari sottomissione di tutti gli individui al principio di sovranità, che riconosceva l'esistenza di diritti soltanto se, come e quando la legge li dichiarava.

È importante osservare, tuttavia, che, affinché il legislatore non violasse il principio di uguaglianza contenuto nell'idea di volontà generale espressa nella legge, doveva essere generato e portato avanti un concetto politico di base. Si deve a Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) l'invenzione, così, della teoria politica del "*contratto sociale*" (1762), in cui il suo principio democratico veniva instaurato per mantenere la volontà del popolo sovrano, che era il vero e unico soggetto detentore della sovranità¹⁸².

Così, sia con Hobbes che con Rousseau sembra che la garanzia dei diritti non fosse fissata per l'equilibrio dei poteri, bensì in virtù della forza della legge generale ed astratta, in quanto Rousseau introduce un ulteriore elemento nel suo pensiero, generato per controllare proprio la forza di volontà individuali sulle decisioni del sovrano, motivo per il quale questo autore sosterrà un costante monitoraggio delle leggi da parte del popolo. Sulla volontà del popolo non si poteva imporre alcuna "legge fondamentale" o finanche una "costituzione" che non partisse dalla stessa volontà concreta momentanea del popolo.

Il pensiero politico di Rousseau viene elaborato, a questo punto, sulla base di due linee principali: il principio di uguaglianza e il potere perpetuo del popolo di fare le leggi. Queste sono le pietre miliari che influenzano la Rivoluzione francese che, per

¹⁸² ROUSSEAU J.J., *Le contrat social* (1762); trad. it. *Il contratto sociale*, a cura di GERRATANA V., Torino, Einaudi, 2005.

questa ragione, nella loro evoluzione, si avvicineranno alla democrazia rappresentativa e alla democrazia diretta.

Queste caratteristiche del modello costituzionale rivoluzionario francese escludono chiaramente qualsiasi approccio al ritorno delle idee del "costituzionalismo delle origini", dal momento che la volontà del popolo era considerata sovrana, non essendo menzionata l'esistenza di limiti o controlli da parte di una composizione mista di potere, da nessuna legge o costituzione in precedenza imposta, ovvero addirittura da una teoria di controllo di costituzionalità delle leggi approvate per volontà del popolo che andasse esercitato da ogni altro potere.

Tuttavia, la storia della rivoluzione francese, come è noto, non fu l'unica a segnare questo periodo storico, dato che rimane tuttavia sempre importante esaminare l'altra linea fondamentale per lo sviluppo del "costituzionalismo delle rivoluzioni", cioè la rivoluzione americana.

La storia della rivoluzione americana mette in risalto, infatti, altre caratteristiche del "costituzionalismo delle rivoluzioni", che si concentrarono non sull'influenza diretta dei concetti di "uguaglianza", "sovranità", "stato di natura", "contratto sociale" e "democrazia" sviluppati da Hobbes e Rousseau. Al contrario, si abbracciarono le riflessioni di John Locke (1632-1704) in materia di uguaglianza, che sarà costruita sul concetto moderno di diritti individuali¹⁸³.

Il diverso punto di vista di Locke sullo "stato di natura", ha dato la possibilità di accettare che gli uomini, in questo stato, potrebbero avere l'esatta coscienza della proprietà altrui, limitando, in tal modo, le proprie reali intenzioni e l'installazione di una guerra civile perenne.

Secondo questa linea di ragionamento, l'ordine civile che sarebbe creato dal "contratto sociale" non è nato dal caos civile, come in Hobbes, ma probabilmente sarebbe impiantata per migliorare un ordine già preesistente, che riconosceva la proprietà e diritti degli individui. L'autorità politica, sotto questo aspetto, avrebbe il compito di risolvere pacificamente i conflitti tra le persone, per mantenere e garantire la sicurezza dei loro beni e tutelare l'esercizio dei loro diritti¹⁸⁴.

¹⁸³ LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, ed. By P. Laslett, Cambridge University Press, 1960; tr. it. *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, a cura di L. Pareyson, Torino, Utet, 1982, *passim*.

¹⁸⁴ *IVI*, p. 124.

Queste sono le basi effettive utili a fondare il "costituzionalismo rivoluzionario americano"¹⁸⁵, che guarda al legislativo come un potere supremo ma limitato nella sua essenza. Questo perché l'esperienza costituzionale nordamericana non conferiva al potere legislativo la prerogativa di "creare" diritto – in quanto venivano intesi sostanzialmente come preesistenti – ma soltanto di migliorarne la sua tutela¹⁸⁶.

Così, nell'esperienza costituzionale rivoluzionaria nordamericana, non era permesso al potere legislativo di prendere decisioni che si discostassero da giudizi certi e riconosciuti dalla comunità politica¹⁸⁷, intesa già come portatrice di diritti, in una chiara comprensione dei soggetti di diritti fondamentali che non potevano essere ostacolati in nessun modo dallo stato, semmai solo perfezionati o ampliati.

Altresì importante è sottolineare che, in linea con il pensiero di Locke - che sarà adottato poi da Montesquieu - il "costituzionalismo delle rivoluzioni" non si discosta completamente dal "costituzionalismo delle origini", dal momento che sostiene avere, come migliore forma di governo, quella moderata ed equilibrata, che si oppone a qualsiasi forma di governo concentrato o assoluto, offrendo, così, le prime caratteristiche di quella teoria moderna chiamata separazione dei poteri.

Teoria che sarà ulteriormente sviluppata sia da Montesquieu (1689-1755) che da Kant (1724-1804), filosofo illuminista, proprio per difendere il *costituzionalismo* contro il dispotismo che potrebbe manifestarsi in qualsiasi forma di governo, anche nella stessa democrazia, come già gli stessi pensatori greci avevano preannunciato.

Interessante osservare come Kant, in una serie di scritti¹⁸⁸, abbia difeso l'idea di *costituzione repubblicana* come il modello giusto per la società del futuro, costruendo il ragionamento sulla base di tre principi (libertà, principio di uguaglianza e principio della separazione dei poteri), che lo avvicinavano al pensiero di Locke. Le riflessioni di questi furono il combustibile necessario per Kant così come, d'altra parte, per Rousseau furono quelli di Hobbes.

¹⁸⁵ Si può altresì affermare che queste idee si palesarono parzialmente nel "costituzionalismo rivoluzionario francese, come si evidenzia nell'art. 2 della Dichiarazione del 1789, in cui fu proclamata, come fine dell'associazione politica, la "conservazione" dei diritti umani.

¹⁸⁶ LOCKE, *cit.*, 1982, pp. 134-142.

¹⁸⁷ IBIDEM.

¹⁸⁸ KANT I., *Über den Gemeinspruch: «Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis»* (1793); tr. it. N. BOBBIO, L. FIRPO e MATHIEU V. (a cura di), *Sopra il detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 2010; KANT I., *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795); tr. it. *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, a cura di BORDIGA R., Milano, Feltrinelli, 2013; ID., *Metaphysik der Sitten* (1797); tr. it. VIDARI G. (a cura di), *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, Laterza, 2014.

Si può così concludere che il “costituzionalismo delle rivoluzioni” rechi tanto un percorso di matrice hobbesiana, fondata sull'idea di "volontà generale", di "stato di natura" e di uguaglianza estrema, astratta e generica, che con Rousseau impianterà un sistema democratico basato sulla sovranità popolare. Ma è altresì vero che questo stesso "costituzionalismo delle rivoluzioni" appaia in un'altra dimensione, che è quella fondata da Locke il quale, pur facendo proprio l'approdo teorico di Hobbes, dallo sviluppo del principio di parità giunge ad una forma più moderata, riconoscendo la pre-esistenza di diritti individuali, al fine di mitigare qualsiasi tipo di dispotismo politico che pretenda di minare tali diritti, sebbene proveniente da un processo politico democratico. Del resto, queste due correnti di pensiero politico sono state le forti radici filosofiche che hanno sostenuto i pensieri e discorsi politici della rivoluzione francese e americana.

Il "costituzionalismo della Rivoluzione francese" venne utilizzato prevalentemente dalla radice politica hobbesiana, lasciando anche che fosse influenzato, sebbene in misura minore, dalle idee di Locke di riconoscimento dei diritti individuali, necessariamente collegate alla dichiarazione della legge, molto ben visibile nelle idee di Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836)¹⁸⁹.

D'altra parte, l'altra grande rivoluzione - la rivoluzione americana - ha sviluppato un "costituzionalismo delle rivoluzioni" che, forse anche per non avere avuto un precedente regime da combattere e demolire, ha usato le idee di Locke per potere controllare materialmente il Parlamento inglese¹⁹⁰, specialmente attraverso la connessione tra la nozione di potere costituente con il pensiero di supremazia della costituzione, che permetteva in tal modo la costruzione di una teoria in grado di limitare la legge che era espressione, all'epoca, della volontà del parlamento che rappresentava gli interessi inglesi. Quest'ultimo passaggio può essere compreso alla luce della classificazione fatta dal federalista americano Alexander Hamilton (1755-1804) e James Madison (1751-1836)¹⁹¹.

I federalisti americani sostenevano, chiaramente, l'idea del regime repubblicano come modello ideale per quella società, spingendo per la creazione della costituzione

¹⁸⁹ SIEYÈZ E.J., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat?* (1789); tr. it. CERRONI U. (a cura di), *Che cosa è il Terzo Stato?*, Roma, Editori riuniti, 1992.

¹⁹⁰ Al riguardo, si veda FIORAVANTI M., 2009, p. 31., ove l'A. riassume bene le informazioni storiche di questi due movimenti rivoluzionari quando afferma che «la rivoluzione francese nasce per affermare un potere nuovo, quella americana per limitare un potere già esistente».

¹⁹¹ HAMILTON A., MADISON J., JAY J., *The Federalist with Letters of «Brutus»*, ed. T. Ball, Cambridge University Press, 2003; tr. it. *Il Federalista*, Bologna, Il Mulino, 1997.

repubblicana che sarebbe stata l'unica in grado di far rispettare l'equilibrio tra poteri. In quest'ottica, il modello verrebbe sviluppato sulla base della prevalenza del potere legislativo sugli altri, ma non sarebbe l'unico responsabile ad esprimere la volontà del popolo, ragion per cui l'importante ruolo della magistratura per il controllo della costituzionalità delle leggi è stato fermamente difeso, impiantato e poi strutturato.

Questo controllo di costituzionalità delle leggi ebbe l'importante compito di impedire al legislatore, o a qualsiasi altro potere, di concentrare su di sé la rappresentazione assoluta della volontà del popolo, conferendo meno importanza alla volontà espressa dal potere costituente e, soprattutto, dalla stessa costituzione. Inoltre, ricadeva in capo a questa funzione di controllo del potere giudiziario la tutela dei diritti degli individui e delle minoranze, garantendo lo spazio necessario per lo sviluppo dell'autonomia, della diversità e della tolleranza.

Come ben chiarito dal Fioravanti, l'evoluzione dei pensieri politici di questo periodo, soprattutto nella realtà nordamericana, è servita a dimostrazione che, contrariamente all'inizio della prima modernità in cui il "costituzionalismo" e la "democrazia" non formavano un binomio amichevole, la costruzione di una forte relazione tra "costituzionalismo" e "democrazia" è stata di vitale importanza per lo sviluppo delle idee essenziali di entrambi, perché il "*costituzionalismo senza democrazia*" portava all'assolutismo Parlamentare" e la "*democrazia senza costituzionalismo*" non era più possibile, dal momento che non sarebbe riuscito a imporre limiti ai poteri¹⁹².

È dunque sulla base delle riflessioni finora svolte che possiamo dire che il "costituzionalismo delle rivoluzioni" segna un passo molto importante per il grande rafforzamento del *costituzionalismo* come *teoria* perché ne definisce e rafforza le sue caratteristiche principali, riconoscendo in particolare l'importanza delle costituzioni scritte che seguiranno, basate sulla tutela dei diritti e la separazione dei poteri, così come delineato dall'art. 16 della Dichiarazione 1789.

D'altronde, non è un caso che un numero considerevole di studiosi colloca in questo periodo la nascita del costituzionalismo, perlomeno quello moderno, periodo in cui si vedranno forti agitazioni per l'internazionalizzazione delle carte costituzionali, fondate sulla complementarità tra *costituzionalismo* e *democrazia*.

¹⁹² FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, p. 34.

La normatività delle norme costituzionali ottiene così un contorno molto più esplicito, che viene ad essere adeguatamente sviluppato sul piano teorico, in quanto considerata essenziale per limitare e controllare gli impulsi di concentrazione del potere in persone, gruppi o istituzioni, al fine di instaurare un governo limitato la supremazia della Costituzione.

1.4.2.3. Il Costituzionalismo dell'età liberale

Il "costituzionalismo dell'età liberale" è nato a seguito di un fattore importante direttamente correlato alla questione dell'esercizio e del controllo del potere del popolo sovrano, soprattutto concentrato sulla questione del potere di revisione costituzionale.

A partire dalla fase precedente, con l'avanzare di idee condivise e diffuse sulla necessità dell'esistenza formale di documenti costituzionali, diverse costituzioni furono scritte, prendendo vita il movimento costituzionale che riconosceva in queste *magnae cartae* la forza necessaria per costituire una società più giusta ed egualitaria, in cui il potere fosse controllato dal rispetto dei diritti degli individui e dalla ripartizione delle funzioni pubbliche esercitate dallo Stato.

Si scopre che, nella misura in cui questa idea veniva diffusa e assimilata dal popolo e dalle società politiche, la constatazione della forza ideologica e politica della costituzione causò un fenomeno nuovo che cominciò a rappresentare un serio rischio nelle idee-chiave del *costituzionalismo*, poiché, rapidamente, si giunse alla conclusione che più importante del conoscere la norma racchiusa nella costituzione era dire ciò che la costituzione avrebbe dovuto regolamentare.

Questo problema riguardava il potere sovrano del popolo di rivedere la Costituzione che, ai sensi dell'art. 28 della costituzione giacobina del 1793, sarebbe sempre stato possibile. Questo comporterebbe, allora, il venir meno delle premesse di base del *costituzionalismo*, di creare cioè un sistema concentrato nelle decisioni democratiche del momento, ritornando all'intera problematica ateniese.

Così il "costituzionalismo dell'età liberale" comincia a delineare meglio i confini necessari per controllare la forza politica che oggi, anche appropriandosi della teoria e del discorso sul "costituzionalismo delle rivoluzioni", è la nuova soluzione per la conservazione del suo dominio. La conclusione della fase delle rivoluzioni e la

costruzione della fase liberale avverrà in modo molto graduale in cui le soluzioni politiche e istituzionali saranno sviluppate in modo da garantire una maggiore stabilità del nuovo processo storico-politica.

Questo può essere visto in Inghilterra, con Edmund Burke (1729-1797)¹⁹³, ad esempio, che nel sostenere che la rivoluzione, basata sull'esperienza inglese della Gloriosa Rivoluzione, avrebbe lo scopo di preservare l'*ancient constitution*, comprese che la Costituzione sarebbe stata costruita attraverso un processo lento e graduale di affermazione dei diritti e degli interessi delle persone, contrario alla presenza di un progetto ideologicamente chiuso che fosse istituito da una Assemblea Costituente, come quella francese che, ha detto, non avrebbe potuto garantire la libertà in concreto.

Per Burke, il "costituzionalismo liberal francese" era sbagliato tanto nella pretesa di estensione illimitata del potere di regolamentazione e revisione della costituzione, impedendo così una costruzione equilibrata e pacifica di un sistema politico e giuridico, quanto nel suo profilo eccessivamente contrattualista, che indeboliva i vincoli degli obblighi politici, in quanto suscettibili di costante modifica.

Il "costituzionalismo liberale inglese", in particolare quello identificato con il pensiero di Burke, si è concentrato, in tal modo, in una riforma costituzionale continua che privilegiava la tutela dei diritti e il valore dell'obbligo e della stabilità politica.

Già all'inizio del XIX secolo, dunque, queste osservazioni critiche sembrano aver proliferato nella stessa Francia, che portò a correggere il proprio percorso costituzionale anche grazie alle riflessioni, per esempio, di Benjamin Constant (1767-1830)¹⁹⁴ sulla sovranità limitata, che si basava su una vera e propria rielaborazione del concetto di sovranità popolare. Secondo il teorico, la sovranità popolare veniva ancora accettata, ma solo come fondamento dello stato di diritto sulla volontà particolare. D'altra parte, la stessa sovranità popolare era limitata dai diritti individuali¹⁹⁵.

Tuttavia, questo non comportava alla conclusione che Constant difendesse l'idea di attuazione del controllo di costituzionalità delle leggi in Francia, perché, anche se avesse compreso il concetto di supremazia della Costituzione, ciò avrebbe solo

¹⁹³ BURKE E., *Reflections on the Revolution in France* (1790), in *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, ed. By P. Langford, vol. VIII, *The French Revolution*, ed. By L.G.Mitchell, Oxford, 1989.

¹⁹⁴ CONSTANT B., *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, in Id., *Oeuvres*, ed. A. Roulin, Paris, 1957, pp. 1063 e ss.; tr. it. *Principi di politica*, a cura di U. Cerroni, Roma, Editori Riuniti, 1992.

¹⁹⁵ Cfr. CONSTANT B., *cit.*, 1992, p. 1069 e ss., secondo cui i diritti individuali sarebbero la libertà individuale, la libertà di opinione, il libero godimento della proprietà e garanzia contro l'arbitrio.

carattere politico, esprimendo il patto tra monarchia e nazione, al fine di garantire la stabilità necessaria per governare. In breve, secondo Constant, la costituzione servirebbe esclusivamente a descrivere gli accordi politici e non a prescriverli, essendo la sua obbedienza obbligatoria "a partire da questo patto" e "non per conformare lo stesso patto".

In tal modo, allora, la supremazia costituzionale servirebbe a garantire l'equilibrio tra la macchina politica e la forma di governo, tra il legislativo e l'esecutivo, al fine di evitare e prevenire i conflitti politici. Sulla base di questi equilibri, e in conseguenza di ciò, indirettamente verrebbe garantita una legge equa e ragionevole e tutelata la garanzia dei diritti. Si può pertanto affermare che la costituzione garantirebbe, in teoria, il processo attraverso il quale i diritti sono dichiarati e protetti, ma non potrebbe servire come fonte diretta per la loro denuncia, perché non servirebbe a controllare le leggi¹⁹⁶.

A sua volta, il "costituzionalismo liberal nordamericano" ha recepito e lavorato molto bene con l'idea di controllo di costituzionalità, così elucidato da Alexis de Tocqueville (1805-1859) il quale, dopo l'esperienza maturata negli Stati Uniti d'America, tornò in Francia e scrisse un'opera in cui esaltò il *judicial review* e il controllo di costituzionalità come importanti strumenti del sistema costituzionale americano¹⁹⁷.

In questo senso, basta ricordare il famoso caso di *Marbury vs. Madison* (1803), in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti è stata chiamata a tutelare il diritto di William Marbury, presumibilmente negato da James Madison. Al termine del processo, il presidente della Corte Suprema, John Marshall, riconobbe la supremazia della costituzione, la nullità della legge che contraddicesse la costituzione e la legittimità del Giudiziario di essere l'interprete finale e custode della costituzione.

Nonostante non faccia chiarezza sulle modalità di attuazione di questo sistema, per la Francia, si riconosce che le osservazioni di A. de Tocqueville furono fondamentali per percepire non solo la possibilità di potenziare il sistema democratico, ma anche la minaccia dispotica insita nello sviluppo del principio democratico che possiede la forte tendenza alla concentrazione dei poteri,

¹⁹⁶ Si veda FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, 39, il quale, esprimendosi sul gruppo di liberali a cui apparteneva Constant, afferma che «certo, quei liberali associavano sempre più la costituzione anche ai diritti e alle libertà, ma sul piano del programma politico, della maturazione della società e della pubblica opinione, e non sul piano normativo, dell'opponibilità della costituzione come norma di garanzia, proprio in nome dei diritti violati, alla stessa legge»

¹⁹⁷ DE TOCQUEVILLE A., *La Democrazia in America*, N. Matteucci (a cura di), Torino, Utet, 2007.

sottolineando il decisivo ruolo del costituzionalismo di garantire la pluralità e l'autonomia individuale di ogni persona, attraverso percorsi specifici.

Le costituzioni del XIX secolo furono destinate a promuovere la garanzia dei diritti delle persone, conservano, per altro verso, gli equilibri sociali e istituzionali, in particolare con le restanti monarchie, come facilmente constatabile, tra gli altri, nella Costituzione spagnola del 1812.

Per tutte queste ragioni, si conclude che il "costituzionalismo liberale" del XIX secolo è una nuova via costituzionale, che non si allinea con il "costituzionalismo delle origini" né con il "costituzionalismo delle rivoluzioni", cercando piuttosto di conciliarsi con la democrazia attraverso il riconoscimento della sua importanza e della necessità della sua limitazione, istituendo un governo di prudenza ed equilibrio, in particolare nei rapporti con le altre monarchie ancora esistenti.

È proprio sulla scia di queste idee che in Germania, dove il principio monarchico manteneva ancora un'importanza fondamentale, il "costituzionalismo liberale" troverà la sua fase statale, nella misura in cui si sosterrà che l'unità politica venga messa in atto da questo movimento solamente in quanto rappresentata all'interno dello Stato sovrano.

La costituzione dello Stato nazionale è stata molto ben portata avanti da Georg WF Hegel (1770-1831)¹⁹⁸, forse il suo più grande sostenitore, che ha ripudiato la concessione storica della costituzione per difenderne la sua versione statale.

Questo pensiero è stato successivamente sviluppato da Georg Jellinek (1851-1911)¹⁹⁹, sicuramente il più grande giurista tedesco del suo tempo, che finì per considerare tutti i poteri come organi statali, e che è giunto ad essere considerato come una "persona" distaccata, idealizzato per mezzo del *Rechtsstaat*²⁰⁰, in modo da negare le riflessioni tanto provenienti da Hobbes quanto da Rousseau.

¹⁹⁸ HEGEL G. W. F., *Die Verfassung Deutschlands* (1799-1802), in Id., *Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*, ed. G. Lasson, Leipzig, 1923; tr. it. *La Costituzione della Germania*, in Id., *Scritti storici e politici*, a cura di D. Losurdo, Roma-Bari, Laterza, 1997; ID., *Verhandlungen in der Versammlung der Landsänd des Königsreichs Württemberg* (1817), in Id., *Gesammelte Werke*, vol. XV, *Schriften und Entwürfe I*, ed. F. Hogemann und Ch. Jamme, Hamburg, 1990; tr. it. *Valutazione degli atti a stampa dell'assemblea dei deputati del regno del Württemberg*, in Id., *Scritti storici e politici*, a cura di D. Losurdo, Roma-Bari, Laterza, 1997.

¹⁹⁹ JELLINEK G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900; Id., *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)* (1891), in Id., *Ausgewählte Schriften und Rden*, II, Berlin, 1911, repr. Aalen, 1970; ID, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), in Id., *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, ed. R. Schnur, Darmstadt, 1964; tr. it. *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di D. Nocilla, Milano, Giuffrè, 2002.

²⁰⁰ Evidenziando l'importanza storica della nascita dello Stato di diritto, G. Zagrebleshy afferma che, distinguendosi da «Stato sotto la forza», *Machtsstaat*, e da «Stato sotto il regime di polizia»,

Tuttavia, anche nei pensieri pubblicistici di Jellinek imperavano gli ideali di costituzionalismo, visto che una delle principali preoccupazioni per la sovranità dello Stato era di non violare il suo fine massimo, cioè quello della limitazione del potere per mezzo di garanzie di livello costituzionale.

Il fatto è che questi pensieri pubblicistici tedeschi produssero seguaci in altri paesi, come in Italia, con Vittorio Emanuele Orlando (1860-1935), e in Francia, con Raymond Carré de Malberg (1861-1935), portando le idee dello Stato di diritto ad un livello sovranazionale di limitazione del potere²⁰¹.

Alla luce di quanto detto, in realtà, mentre queste riflessioni pubblicistiche sostenevano che non esisterebbe Stato senza costituzione, il che era perfettamente in linea con lo spirito del *costituzionalismo*, la stretta relazione tra queste due categorie teoriche e politiche, conduceva però anche ad una conclusione pericolosa: non esisterebbe costituzione senza Stato.

E questa era una chiara ed estremamente pericolosa limitazione delle idee liberali del *costituzionalismo*, che riduceva senz'altro la costituzione ad un mero ruolo politico, con funzioni "molto di più" (per non dire "solo") descrittive, e "molto meno" (per non dire "niente") prescrittive²⁰².

Al termine di questa epoca, dalle parole di M. Fioravanti per cui «la costituzione è assorbita nel soggetto rappresentativo del principio di sovranità»²⁰³, fu dato atto che il costituzionalismo operasse esattamente nella dimensione della forma di governo per la costruzione del soggetto sovrano, che secondo l'Autore veniva costituzionalizzato con alcuni limiti, ma che non avevano una forza esterna tale da riuscire a imporre in maniera efficiente.

Secondo questo ragionamento, i diritti da garantire, come forma per limitare l'esercizio sproporzionato e tiranno del potere, dipendevano quasi esclusivamente

Polizeistaat, «il secolo XIX è il secolo dello «Stato di diritto» o, secondo l'espressione tedesca, del *Rechtsstaat*». ZAGREBELSKY G., *cit.*, 2010, p. 20.

²⁰¹ Al riguardo, appare importante rilevare che, tuttavia, questa espansione dell'idea di Stato di diritto per i paesi europei non trovò la stessa accoglienza in Inghilterra, che già deteneva un proprio sistema di *Rule of law*. Per comprendere, ad ogni modo, la differenza tra *Rechtsstaat* e *Rule of law*, lsi veda ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia*, Torino, Einaudi, 2010, p. 24-29.

²⁰² In merito, v. FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, p. 46), il quale si pone espressamente a favore di un sistema costituzionale inglese che, secondo l'A., «non accolse mai le dottrine tedesche della sovranità dello Stato», avendo, nel frattempo, impiantato un principio di sovranità del parlamento, che pure non prevedeva il controllo di costituzionalità. Sul tema della sovranità del parlamento inglese nel secolo XIX, vedi anche DICEY A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1885; tr. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, A. Torre (a cura e tr. di), Bologna, Il Mulino, 2003.

²⁰³ FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, p. 47.

dalla razionalità e dal buon senso dei poteri politici disciplinati formalmente dalla costituzione, che non deteneva quasi nessuna forza sostanzialmente normativa da essere contrapposta alle leggi, espressione massima della volontà dello Stato tedesco, dell'Assemblea francese e del Parlamento britannico.

Tutto sembrava andare decisamente bene verso la fine del XIX secolo, senza voci di rilievo che si scontrassero con questo sistema, inteso come il punto ottimale di arrivo della razionalità politica e umana di quel momento, che si conformava con le pratiche e le regole politiche degli stati nazionali, garantendo l'esecuzione dei loro compiti e il rispetto dei diritti degli individui attraverso le loro leggi.

Tuttavia, i nuovi tempi sorti all'alba del XX secolo fecero sì che tutte queste ipotesi e concetti teorico-politici subirono uno scacco matto con le nuove pratiche diffuse nel mondo, che ebbero a che fare non solo con le due grandi guerre mondiali, ma anche con un periodo di regimi totalitari, che sfidavano la sopravvivenza dell'umanità e del *costituzionalismo*.

1.4.2.4. Costituzionalismi e Totalitarismi

Tempi difficili per il costituzionalismo si manifestarono con la nascita dei "regimi totalitari". Parlando del costituzionalismo durante il periodo storico di dominio politico dei movimenti totalitari, specialmente in Europa, sembra essere una contraddizione in sé, come se esistesse nella sua composizione "genetica" anticorpi reciproci e assoluti.

Risulta che, sebbene il fulcro della loro esistenza abbia scopi molto diversi, quasi opposte, la verità è che si verificò un puntuale avvicinamento tra questi due movimenti ideologici. Tuttavia, questo portò ad una sorta di "traslocazione cromosomica"²⁰⁴ sul gran corpo politico mondiale, dando vita, per fusione, ad un gene storico-politico che causò un enorme "cancro", con effetti estremamente drastici nella storia umana²⁰⁵.

²⁰⁴Il termine genetico "traslocazione cromosomica" indica una anomalia cromosomica causata dal ricollocazione dei pezzi tra i cromosomi non omologhi. Un gene di fusione può essere creato quando la traslocazione si unisce agli altri due geni separati, un evento che è comune nel cancro.

²⁰⁵Sul tema, cfr. OTERO P., *Instituições políticas e constitucionais*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2009, p. 305 che vede il totalitarismo come fase oscura della storia costituzionale del mondo e afferma, in ultima analisi, che rappresenta lo «smaltimento della dignità umana attraverso la riduzione deliberata e organizzata pubblica amministrazione di ciascun uomo alla mera categoria soggetta : il totalitarismo è l'ideologia per eccellenza di uno Stato inumano o contrario alla dignità umana, dimostrando che lo

Non che il "costituzionalismo liberale" stesse riuscendo a rispondere alla vasta gamma di compiti e doveri di ideologia e sistematicamente delineati, ciò che andrebbe ad aggiungersi, ulteriormente, con l'emergere di nuove aspirazioni e aspettative nella società globale.

Tuttavia, con la fine della Prima Guerra Mondiale e il sopraggiungere di una grave crisi economica globale in cui l'Europa non poteva nemmeno contare sul sostegno promesso dagli Stati Uniti, che già portava la sua "via Crucis" della crisi del 1929, un grande movimento di pensiero politico ha trovato terreno fertile per vedere le sue idee proliferarsi rapidamente: il totalitarismo²⁰⁶.

Questo è quanto si manifestò in Europa, ad esempio con il fascismo in Italia²⁰⁷, il nazismo in Germania, lo stalinismo in Unione Sovietica, e comunque anche avvenuto in altre parti del globo, come in Sud America con il peronismo in Argentina e la cosiddetta "età Vargas" in Brasile.

sviluppo storico e costituzionale non sempre porta o almeno necessariamente uno sforzo di garanzia e protezione dei diritti della persona umana.

²⁰⁶ Il totalitarismo si caratterizza politicamente come un sistema politico in cui lo stato è controllato da una sola persona, gruppo politico, fazione o classe sociale, che svolge le proprie attività senza limiti alla sua autorità, in modo da regolare, al massimo, tutti gli aspetti della vita pubblica e privata esistenti nel loro territorio. In genere, è risultato di una fusione di autoritarismo e di una specifica ideologia, che accentua significativamente la figura dello Stato, e di chi lo controlla, riducendo notevolmente la rilevanza del singolo e l'idea di autodeterminazione. N. Bobbio lo ha definito come «la versione aggiornata, riveduta, corretta e aggravata del dispotismo: cioè che lo caratterizza rispetto a tutte le forme tradizionali di assolutismo politico è il massimo di concentrazione e di unificazione delle tre potenze attraverso cui si esercita il potere dell'uomo sull'uomo: il totalitarismo è un dispotismo non soltanto politico ma anche economico e ideologico». BOBBIO N., 2010, pp. 83-84. Circa le origini del totalitarismo, v. ARENDT H., *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2009. V., tra gli altri, anche TRAVERSO E., *Il totalitarismo*, Laterza, Roma-Bari, 2002; FORTI S., *La filosofia di fronte all'estremo. Totalitarismo e riflessione filosofica*, Torino, Einaudi, 2004; CATTANEO M. A., *Terrorismo e arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova, Cedam, 1998; ACQUARONE A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965; GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000; DI CORTONA P. G., *Come gli Stati diventano democratici*, Roma-Bari, Laterza, 2009; MATTEUCCI N., *Il liberalismo*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 57-63 e; OTERO P., *Instituições políticas e constitucionais*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 303-332.

²⁰⁷ Sul diritto, la democrazia e il fascismo, vedi, tra gli altri: LEIBHOLZ G., *Il diritto costituzionale fascista*, Napoli, Guida Editori, 2007; TRENTIN S., *Diritto e democrazia. Scritti sul fascismo (1928-1937)*, a cura di A. Ventura, Venezia, Marsilio, 1988; SCHWARZENBERG C., *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano, Ugo Mursia Editore, 1976; GROSSI P. (a cura di), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", 28 (1999); MANFREDINI M., *Il diritto imperiale d'Italia*, in "Rivista penale", 1938, pp. 792-804; MANGONI L., *Cultura giuridica e fascismo. Il diritto pubblico italiano*, in "Cultura e società negli anni del fascismo", Milano, 1987; MAZZACANE A. (a cura di), *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, Nomos, 2000; MAZZAMUTO S., *Ebraismo e diritto della prima emancipazione all'età della Repubblica*, in VIVANTI C. (a cura di), *gli ebrei in Italia. Dall'emancipazione a oggi*, Annali 11, Torino, Einaudi, 1997, pp. 1765-1827; CASSESE S., *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2011; GENTILE E., *Il fascismo in tre capitoli*, Roma-Bari, Laterza, 2004; FERRARA G., *La costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, pp. 203-204.

La verità, tuttavia, è che i regimi totalitari imposero un periodo di significativo crepuscolo dell'ideale più elementare del costituzionalismo, che fa riferimento al controllo del potere, per evitare la tirannia e l'abuso senza limiti da parte di colui o coloro che l'esercitano.

Con discorsi e pratiche che sottolineavano la necessità di rafforzare la figura dello Stato come fine e ragione ultima dell'umanità, in una sorta di rafforzamento distorta dei pensieri di Hegel e di Georg Jellinek²⁰⁸, ogni movimento totalitario è diventato, infatti, un grande campo di espansione per determinata(e) persona(e), attraverso gruppi o partiti politici che, al fine di mantenere il proprio dominio su un territorio specifico, prese(ro) tutte le misure possibili per escludere o eliminare qualsiasi possibilità di opposizione rispetto alle proprie finalità.

In proposito, si dà atto che, sebbene l'ideale di controllo della potenza fosse stato gravemente violato, non si può trascurare il fatto che le dottrine e le pratiche totalitarie non si distanziarono dall'altro ideale essenziale del costituzionalismo, che versa sull'imperio assoluto del governo delle leggi.

A questo punto, anche se con scopi totalmente distorti, non si può non evidenziare il campo di convergenza tra *costituzionalismo* e totalitarismo che ha mantenuto, anche superficialmente, il pensiero ideologico della necessità di dominio delle leggi sul governo degli uomini, attuando principalmente le lezioni teoriche del positivismo per imporre un "governo formalmente legittimo"²⁰⁹.

Si badi che con ciò non si vuole sostenere che il totalitarismo sia un movimento discendente del *costituzionalismo*, avente origini remote ispirati ai suoi ideali. No, non è questo!

Cionondimeno, ciò su cui si vuole porre l'attenzione è il fatto che i movimenti totalitari non smisero di assorbire e di utilizzare – per un proprio tornaconto – alcune

²⁰⁸ Vale la pena ricordare che, soprattutto per Jellinek, i diritti delle persone non devono essere concessi in conseguenza di concessioni di un sovrano o di dichiarazioni popolari, tenendo conto delle lezioni di FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, p. 44, che chiarisce, inoltre, che «i diritti dovevano invece essere affidati alla legge dello Stato, disciplinata dalle regole costituzionali, le quali garantivano che alla sua formazione concorressero poteri limitati, non più espressione di principi politici dominanti in modo unilaterale». E qui si rivela la distinzione di totalitarismo nella riflessione di Jellinek, nel momento in cui ragionava sui poteri politici limitati.

²⁰⁹ Sul punto, M. Fioravanti, Avvertendo di superare la grande idea della supremazia delle costituzioni da parte del pensiero di sovranità statale, che ha avuto luogo a partire dalla metà del XIX secolo, spiega che, da allora, «sul piano positivo, gli Stati europei hanno in vigore le loro rispettive carte costituzionali, che sono però quasi interamente dedicate alla disciplina delle forme di governo. Esse enunciano anche i diritti degli individui, che sono però affidati, per la loro tutela, alla legge dello Stato, cui la costituzione non può essere opposta come norma superiore. Non si determinano quindi le condizioni per l'affermazione di un *judicial review*, di un controllo di costituzionalità». IVI, p.45.

idee del *costituzionalismo*, in una specie di movimento di abbandono dei fini e usurpazione dei mezzi, dando origine a nuovi regimi politici che devastarono, in modo significativo, il mondo, imponendo alla modernità una "età dei doveri"²¹⁰.

Appropriandosi del discorso formalista che aveva prevalso fino ad allora²¹¹, che ciò che era importante era che il governo di ogni stato fosse controllato da un sistema positivo di leggi, regimi totalitari seguirono con rigore il manifesto positivista, legittimando le proprie azioni politiche attraverso leggi "legittimamente" approvate in ogni parlamento nazionale²¹².

Naturalmente, questi accadimenti storici hanno messo in luce la grande debolezza del costituzionalismo come sistema politico-legale del controllo, che, dopo tutto, non riuscì ad imporsi per preservare i loro veri propositi di limitare il potere per stabilire la libertà e l'uguaglianza.

E questo è accaduto soprattutto in ragione del fatto che, nei suoi aspetti teorici e metodologici, il *costituzionalismo* di allora era limitato ad un sistema che riservava alla Costituzione un ruolo ancora troppo formale, con forza normativa decisamente limitata, che non riusciva ad imporre limiti sostanziali nei confronti dell'azione

²¹⁰ Si sottolinea qui l'opinione che i concetti di "modernità", "*costituzionalismo*" e "Stato di diritto" hanno un forte legame l'uno con l'altro nel senso di imporre il superamento di un modello politico precedente che sottoponeva il mondo a un periodo classificato come "l'età dei doveri", caratterizzato, da un lato, dalla sottomissione politico-normativa di individui a un regime di forte concentrazione di doveri per cui era titolare del potere e, d'altra parte, per il basso riconoscimento sociale e affermazione politico-normativa piuttosto insignificante dei diritti delle persone che, in termini generali, sono stati trattati e considerati più come oggetti che come soggetti di diritti. Per quanto incredibile possa sembrare, anche dopo aver vissuto tutta questa esperienza storica, a causa di circostanze molto particolari, l'umanità, in particolare in Europa, già durante la modernità si vide di nuovo costretta a vivere una nuova "Età dei doveri" determinata da regimi totalitari. Per evitare quanto detto sul tema porti a un confronto compromettente per l'approccio ai problemi, la questione sarà ulteriormente analizzata più avanti nel testo, in particolare al capitolo III.

²¹¹ In proposito, tutto ciò si doveva, anche alla stessa concezione di stato di diritto che, come ben spiegato in ZAGREBELSKY G., *cit.*, 2010, pp. 20-21, esso «indica un valore e accenna solo a una direzione di sviluppo dell'organizzazione dello Stato, ma non contiene in sé precise implicazione [...] In origine, anzi, la formula è stata coniata per esprimere lo «Stato di ragione» (*Staat der Vernunft*). In altro contesto, poi, se ne poteva dare una definizione esclusivamente formale, legata all'autorità statale come tale e del tutto indifferente ai contenuti e agli scopi dell'azione statale».

²¹² Con G. Zagrebelsky si afferma, nuovamente, che «data la possibilità di ridurre lo Stato di diritto a una formula priva di significato sostanziale dal punto di vista propriamente politico-costituzionale, non stupisce che, all'epoca dei totalitarismi tra le due guerre, si sia potuta accendere un'importante e rivelatrice discussione circa la possibilità di definire tali regimi come «Stato di diritto»». ZAGREBELSKY G., *cit.*, 2010, p. 22. V. anche FIORAVANTI M., *Costituzione e Stato di diritto*, in *Filosofia politica*, 2/1991, pp. 325 sgg. In questo senso, con uno sviluppo sulla democrazia dello Stato legislativo, M. Barberis afferma che «di fatto, la costituzione dello Stato legislativo del novecento tende a garantire i diritti costituzionali soprattutto per mezzo di riserve di legge semplici, non rinforzate: dunque scommettendo, ancora e sempre, sulla democrazia parlamentare. Ma i regimi totalitari che si affermano nell'Europa a cavallo delle due guerre – spesso nella forma di democrazie plebiscitarie legittimate dal voto popolare – mostrano molto presto quanto fosse mal risposta tale fiducia». BARBERIS M., *cit.*, 2012, p. 42.

politica, in particolare dei legislatori, diretti responsabili per la formulazione delle leggi considerate all'epoca come gli strumenti reali e legittimi di esercizio e controllo del potere.

Per tali ragioni, in sintesi, si può affermare che nel periodo storico circoscritto al predominio dei regimi totalitari nel mondo, il costituzionalismo aveva impiantato il suo più grande momento di oscurità finalista fino ad allora, in cui, come detto, alcuni dei suoi presupposti vennero manipolati da movimenti e pensieri totalitari, non riuscendo, in fin dei conti, a gestire il controllo sull'esercizio illimitato e tiranno del potere.

Come è noto, questi regimi hanno accentuato la tensione per il controllo politico mondiale, che condusse poi al secondo conflitto mondiale, che finì per sterminare, almeno nell'Europa occidentale, i regimi totalitari usciti sconfitti, mediante l'istituzione di un nuovo momento per *costituzionalismo*.

Un momento che, come si vedrà nel capitolo seguente, sulla scia di pensieri P. Ridola²¹³, emerge come il più grande stadio di maturità del costituzionalismo come teoria generale di limiti del potere, che non poteva più accontentarsi dell'idea della superiorità del governo delle leggi sul governo degli uomini, della necessità di una costituzione scritta e del controllo dell'esercizio del potere attraverso la partecipazione popolare, ma avrebbe riconosciuto l'assoluta necessità di istituzione di un modello di governo costituzionale²¹⁴.

²¹³ RIDOLA P., *cit.*, 2006, pp. 51-52.

²¹⁴ Dello stesso avviso FRIEDRICH C. J., *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 141 ss.

CAPITOLO II

IL COSTITUZIONALISMO CONTEMPORANEO E LA SUA CRISI

2.1 Note introduttive

Il *costituzionalismo contemporaneo*, con riguardo alle finalità del presente studio, segna la fase del *costituzionalismo* che si instaura specialmente nell'Europa continentale, ma con riflessi poi in tutto il mondo, dalla fine della seconda guerra mondiale e che sarà presente fino ai giorni nostri, presentando notevoli punti caratteristici che consentono il suo allontanamento scientifico verso una categoria a sé stante, che viene indicato come il punto più sviluppato dello stesso costituzionalismo^{215 e 216}.

La fine della seconda guerra mondiale ha mostrato al mondo che, oltre al disastro di tutto ciò che è accaduto, si era reso necessario affrontare un altro aspetto molto importante per consentire la ricostruzione armonica e il necessario sviluppo della popolazione mondiale, con la diffusione della pace, la garanzia della libertà e il raggiungimento della parità. Questo aspetto si trovava in stretta relazione con il *costituzionalismo*.

Ma esattamente qual è stata la lezione impartita dalle due guerre e da un periodo buio dei regimi totalitari nella storia umana per il *costituzionalismo*? Quali sono state le nuove sfide collocate all'ordine del giorno per la comunità internazionale? Come il *costituzionalismo* avrebbe potuto e dovuto essere sviluppato di fronte a questo nuovo scenario?

²¹⁵ Appare degna di nota che questa classificazione non trova necessariamente vincoli diretti a qualsiasi altra classificazione direttamente connessa al tema o meno. Non si tratta di mera adozione di una classificazione già fatta dalla comunità scientifica, anche se la nomenclatura è di uso comune, non portando nulla di nuovo. Pertanto, non è inteso qui trascinare, per esempio, il concetto di *costituzionalismo contemporaneo* verso il concetto, da alcuni contestato, di età contemporanea, di periodo post-moderno o altro. L'obiettivo è quello di far notare come questo tipo di *costituzionalismo* abbia molti punti caratteristici peculiari al punto da essere identificato come una categoria specifica del genere più grande, che in questa sede denominiamo "contemporaneo", in ragione di abbandonare un'esistenza teorica e metodologica esattamente limitatamente al modello di *costituzionalismo moderno*.

²¹⁶ N. Matteucci sottolinea che "la riscoperta del costituzionalismo" dopo la fine della seconda guerra mondiale si manifestò attraverso la «egemonia politica e culturale degli Stati Uniti e il tramonto della centralità europea». Così, MATTEUCCI, 2001, p. 163.

Queste e molte altre domande sono state fatte e, per certi aspetti, ancora oggetto di analisi nei modi più eterogenei e dalla varietà degli studiosi, che riflette non solo perplessità e angoscia di un tempo, ma anche un fortissimo desiderio del mondo per costruire una nuova realtà politico-giuridica che impedisse il ripetersi di questo sfortunato periodo della storia del mondo²¹⁷.

Gli eventi di Hiroshima e Nagasaki, tra gli altri, hanno mostrato, in modo innegabile, la potenzialità bellica realizzata dalla capacità distruttiva dell'uomo.

È certo che tutti questi eventi catastrofici diedero alcune lezioni di storia umana, e la prima delle quali potrebbe essere la certezza assoluta che l'ideologia e l'esperienza dei regimi totalitari dovrebbero essere superati dal sopraggiungere di tempi nuovi e in qualsiasi modo.

Questo è stato il pensiero più evidente e condiviso di quel periodo, che faceva in modo che tutte le azioni politiche previste ed eseguite tenessero questa idea come il grande obiettivo finale, una volta fatti tutti gli sforzi possibili, almeno in teoria, nel senso di far sì che queste esperienze non fossero mai più rivissute o riprodotte.

Al riguardo, le valutazioni effettuate all'epoca hanno mostrato, oltre all'imposizione di sanzioni alle nazioni "dell'asse", che avevano molto da fare sulla scena politica internazionale, in particolare con la costruzione di un piano strategico adeguato che materializzasse attraverso le istituzioni internazionali forti e le azioni politiche e normative adottate per salvaguardare la mondo da nuovi tentativi dannosi per la dominazione aliena attraverso un potere senza controllo.

Peraltro, gli eventi di quel periodo permisero al mondo di riconoscere la fallibilità del sistema - fino ad allora esistente e condiviso - di controllo del potere, che aveva bisogno di passare attraverso un accurato processo di ricostruzione non solo dei propri quadri teorici, ma anche (e soprattutto) dei propri presupposti filosofici assunti,

²¹⁷ Questo può essere percepito, ad esempio, nel preambolo della Carta delle Nazioni Unite (1945), quando espressamente afferma che: "Noi, popoli delle Nazioni Unite, decisi a salvare le future generazioni dal flagello della guerra, che per due volte nel corso di questa generazione ha portato indicibili afflizioni all'umanità, a riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nell'uguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne, e delle nazioni grandi e piccole, e a stabilire le condizioni in base alle quali la giustizia e il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e altre fonti del diritto internazionale possano essere mantenuti, e di promuovere il progresso sociale e un miglior tenore di vita in una maggiore libertà, e per tali scopi, a praticare la tolleranza e vivere insieme in pace l'uno con l'altro in rapporti di buon vicinato, ad unire le nostre forze per mantenere la pace e la sicurezza internazionale, e per garantire, mediante l'accettazione di principi e l'istituzione di metodi, che la forza armata non può essere utilizzata salvo che nell'interesse comune, e di impiegare strumenti internazionali per promuovere il progresso economico e sociale di tutti i popoli, abbiamo deciso di unire i nostri sforzi per raggiungere questi obiettivi". In modo simile lo stesso senso è stato reso anche nel preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948.

giacché il pensiero della prevalenza del governo delle leggi sul governo degli uomini non era stato in grado, da solo, di raggiungere la finalità di controllo del potere tiranno per garantire libertà ed uguaglianza.

L'inaugurazione dei nuovi tempi ha anche rivelato che la chiave di volta che ha reggeva la costruzione teorica e sistematica del concetto di "Stati nazionali" di un tempo non poteva più essere considerata, in quanto il concetto di nazione come un gruppo omogeneo di cittadini non teneva più in considerazione della nuova realtà che batteva alle porte dell'epoca che già andava emergendo²¹⁸.

Nel medesimo senso, un'altra importante lezione appresa era che il nuovo sistema politico da costruire non dovesse essere limitato a una dimensione formale di uguaglianza tra gli individui, dovendo invece prendere impegni chiari ed evidenti nei confronti delle emergenze sociali che sorgevano in conseguenza della lotta dei lavoratori e come effetto dei risultati-della guerra.

Questi sono stati i principali insegnamenti all'epoca appresi, e dato che le sfide che si ponevano per la comunità politica internazionale erano grandi, era necessario non solo affrontare queste lezioni, ma anche rendersi conto di un nuovo scenario politico ed economico mondiale che, come è noto, avrebbe avuto addirittura i contorni drammatici di una guerra non dichiarata - una "guerra fredda" - tra i due grandi blocchi guidati rispettivamente dagli Stati Uniti e dall'Unione Sovietica.

Ciascuno dei due blocchi mondiali rappresentava un pensiero politico chiaro del modo in cui il mondo avrebbe dovuto essere economicamente e politicamente guidato, con espressioni chiare e assunte della lotta che ha portato alla dicotomia tra capitalismo e socialismo.

A ciò si aggiunse anche il crescente scenario di diversità sociale nella composizione di ogni nazione, specialmente quella relativa al blocco capitalista, aveva bisogno, da allora in poi, di trovare nuovi modi per mantenere l'integrità e la coesione, senza necessariamente imporre alcun tipo di regime che massificasse i comportamenti o la comprensione delle esigenze.

Così, la diversità del mondo, inizialmente fra le nazioni, che sempre fu presente nella storia, raggiunse elevati livelli di complessità in questo momento storico: non c'era più la stessa omogeneità di individui di ogni nazione, queste assumevano forme

²¹⁸ In relazione alla crescente sostituzione, avvenuta in nove anni, dell'assolutismo giuridico da parte del pluralismo giuridico a causa dell'incapacità ordinamentale dello Stato e di una società in rapido cambiamento che necessitava di strumenti di ordine, cfr. GROSSI P., 2012, p. XII

politiche diverse per far fronte alla nuova realtà instaurata dopo la seconda guerra mondiale.

È in questo scenario caotico e impegnativo che costituzionalismo contemporaneo comincia a svilupparsi, avente, da un lato, un enorme passato storico da risolvere, dall'altro attività politiche e legali reali estremamente complicate cui riuscire a far fronte.

In questo senso, la nuova fase del costituzionalismo aveva necessità di trovare motivazioni e modi di reinventarsi e migliorare²¹⁹, dato che, al fine di soddisfare le proprie premesse di base sulla limitazione del potere, sulla costituzione di un governo di leggi e non di uomini, di raggiungimento concreto della libertà e dell'uguaglianza tra gli uomini, aveva bisogno di affrontare alcuni fantasmi legati soprattutto al fallimento del modello politico-liberale dello stato di diritto del secolo precedente²²⁰.

Il *costituzionalismo contemporaneo* avrebbe dovuto, pertanto, basarsi su un nuovo modo di pensare e di agire politicamente e giuridicamente che potesse ovviare alle carenze individuate nel costituzionalismo liberale, insistendo, per esempio, in materia di libertà e di uguaglianza tra gli individui, al di là del piano squisitamente formale²²¹.

Inoltre, questo nuovo modello di costituzionalismo sarebbe stato in grado di affrontare un nuovo componente fondamentale del nuovo tempo, la democrazia, che aveva rappresentato, nel corso della storia, una sorta di concorrente teorica confliggente, e da molti considerata inconciliabile con l'essenza stessa di questo movimento costituzionale.

Un altro elemento essenziale in questa nuova era di *costituzionalismo* si riferisce alla necessità della creazione un sistema che riuscisse ad equilibrare il

²¹⁹ In proposito, Ridola richiama l'attenzione sul processo di continuità e discontinuità verificatosi negli scenari costituzionali del novecento, in cui, oltre al vecchio sistema di separazione tra Stato e società come forma di protezione della libertà individuale, il nuovo tempo sembra richiedere una "compatibilità fra ordine sociale ed ordine politico". V. RIDOLA P., *cit.*, 2006, p. 53-54.

²²⁰ M. Dogliani sostiene che «le costituzioni del secondo dopoguerra sono state effettivamente scritte e promulgate per "garantire il diritto" inteso come un insieme di principi giuridici etici che all'interno di una società più ampia di quella politica gli uomini avevano fatto propri nella loro qualità di «essere utopici». V. DOGLIANI M., *cit.*, 2000, p. 316.

²²¹ In proposito, appare logico che con ciò non si intende affermare che il concetto di formale di costituzione era cambiato, poiché, come chiarisce M. Dogliani, «il costituzionalismo di cui è stata antesignana Weimar e che si è pienamente sviluppato nel secondo dopoguerra sottende dunque un'idea di costituzione del tutto simile a quella che – come abbiamo visto nei capitali precedenti – rappresenta una costante di tutta la storia politico-giuridica: l'idea secondo cui deve esistere un insieme di norme, sovraordinate a quelle attraverso la cui produzione si esercita il potere di governo, che realizzano la pretesa dei membri del gruppo politico a che l'organizzazione di quest'ultimo rifletta la concezione che essi hanno di sé». Testualmente DOGLIANI M., *cit.*, 2000, p. 317.

soggettivismo delle decisioni politiche, imponendo una prospettiva più obiettiva che impedisse alla volontà di uno o di alcuni di causare ingiuste e sproporzionate sofferenze.

Tutto questo comporterà che il *costituzionalismo contemporaneo* sarà segnato dalla comparsa di "costituzioni democratiche", il cui accento cadrà sulle aspettative democratiche contenute nei documenti costituzionali che rimarranno a lungo per iscritto, ma che verranno sviluppati in testi più lunghi tesi a evidenziare la sovranità popolar-democratica.

Questi nuovi documenti costituzionali saranno influenzati, tra l'altro, da una serie di "principi di giustizia", che avranno la finalità di imporre nuovi parametri di giustizia nei rapporti tra le persone, attraverso la conformazione di tutto il sistema giuridico di ogni realtà costituzionale²²².

Con particolare riferimento a questo ultimo punto, appare interessante notare - come sarà ulteriormente sviluppato più avanti - che le realtà costituzionali contemporanee dell'Italia e del Brasile avranno contorni specifici che in alcuni momenti li avvicineranno, mentre in altri li allontaneranno.

È certo, d'altra parte, che la costruzione dei fondamenti essenziali del costituzionalismo contemporaneo si sviluppò all'interno di un disegno teorico e sistematico reso possibile solamente grazie al superamento di un pensiero politico e ideologico che ha eretto nella modernità la c.d. "Età dei doveri", dando vita a quello che è stato più scientificamente identificata come l'"Età dei diritti", che ha fornito non solo un cambiamento formale nei sistemi, ma anche una profonda trasformazione sostanziale dei pensieri.

Tutto questo ha permesso che fosse instaurato un nuovo paradigma politico e giuridico per la formazione e la realizzazione dello stato contemporaneo, che passò ad

²²² G. Zagrebelsky è chiaro nel dire che questo costituzionalismo è segnato dalla «determinazione, attraverso norme costituzionali, di principi materiali di giustizia destinati a informare di sé l'intero ordine giuridico», ZAGREBELSKY G., *cit.*, 2010, p. 123. Ancora una volta, M. Dogliani, rifacendosi alle osservazioni di G. Zagrebelsky, afferma che «le costituzioni scritte in quel momento storico hanno statuito una serie di «principi di giustizia», che non si esauriscono nel catalogo dei diritti di libertà trasmessi dalla tradizione liberale, perché sanciscono qualcosa di più e di diverso dalla pretesa del singolo ad esercitare pienamente la «signoria del proprio volere». Sanciscono, infatti, le «aspirazioni collettive legate alla definizione di nuovi parametri di giustizia nelle relazioni umane», esprimono «interessi materiali indisponibili», mirano a predeterminare un «ordine oggettivo», che limiti «la fluttuazione delle volontà», tanto di quelle individuali quanto di quelle collettive che si manifestano attraverso il principio di maggioranza. Non prendono dunque solo di garantire un insieme di diritti, ma anche e soprattutto di oggettivizzare, rendendolo giuridicamente positivo, un ordine «corrispondente a idee impersonali di giustizia che impongono doveri». Testualmente, DOGLIANI M., *cit.*, 2000, pp. 316 e 317.

essere denominato, specialmente in Europa, paradigma dello stato costituzionale di diritto, e quindi un chiaro riferimento al superamento del precedente paradigma dello stato legislativo di diritto²²³.

La centralizzazione e la supremazia sistematica della Costituzione, il concetto di importanza formale e soprattutto sostanziale, la considerazione della particolare rilevanza dei diritti fondamentali²²⁴ e ²²⁵, la sistematizzazione di un assetto costituzionale efficace di pesi e contrappesi, la previsione del sindacato di legittimità costituzionale delle leggi²²⁶, sono, tra gli altri, alcune delle caratteristiche principali di questo nuovo paradigma, che si apre ad una innovata esperienza storica e costituzionale²²⁷.

²²³ In questo senso, V. GROSSI P. 2012, p. XII, quando sostiene che «di fronte alle sempre più numerose e vistose assenze (e, quindi, inadempienze) del legislatore, ormai il nuovo del diritto lo si scopre ben spesso frugando in basso, tra le operose supplenze messe in atto dalla prassi giudiziaria che non può eludere le richieste immediate di giustizia e alle quali risponde 'inventando', integrando, interpretando; lo si scopre altresì frugando fra le intuizioni di una scienza giuridica che, forte di raffinati strumenti teorici, ormai conquistata a un panorama europeo dove *civil law* e *common law* si orecchiano fecondamente, ricca di preziosi contrappunti comparatistici ma anche di apporti provenienti dai suoi sguardi al di là delle tecniche giuridiche, ha consapevolmente tenuto dietro ai nuovi assetti economici e tecnici della società, consentendo al diritto di non mancare alla sua funzione ordinante».

²²⁴ Sul punto, v. PINO G., *cit.*, 2010, p. 7, quando afferma che «il tratto caratteristico del costituzionalismo contemporaneo è l'idea che i diritti fondamentali debbano essere intesi non solo come limiti morali o politici all'esercizio del potere politico, ma piuttosto come parte integrante del diritto positivo, e devono essere circondati da una serie di garanzie specificamente giuridiche».

²²⁵ In proposito, oltre a conferire speciale rilevanza ai diritti fondamentali, usando l'espressione di N. Matteucci, è possibile dire che «la vera novità del costituzionalismo di questo dopoguerra si materializza nel prolungamento del catalogo dei diritti fondamentali dell'individuo nel perseguimento dell'uguaglianza. Così, proprio a causa della trasformazione dello Stato liberale in Stato sociale, e sulla base delle prime esperienze della costituzione di Weimar, viene adottata come regola, l'inclusione nei nuovi documenti costituzionali di nuovi diritti sociali, che vengono ora classificati come diritti di seconda generazione nella storia dell'affermazione dei diritti fondamentali, e che sono i diritti al lavoro, alla salute, all'istruzione, alla cultura, tra gli altri, che si aggiunsero ai diritti civili e politici tradizionalmente trattati dalle costituzioni del periodo precedente definiti, pertanto, come i diritti di prima generazione. V. MATTEUCCI N., *cit.*, p. 165.

²²⁶ Com N. Matteucci, vediamo come questo movimento percorse l'Austria (1945), l'Italia (1948), la Germania (1949), la Grecia (1975), il Portogallo (1976) e la Spagna (1978), oltre ad altri Paesi Spagna, evidenziando, in particolare, il controllo di costituzionalità delle leggi in Francia, che in ragione della sua forte tradizione democratica, si circoscrive ad una dimensione politica, motivo che porta a definirlo modello "molto debole", in quanto la legittimità di agire è riservata solo al Presidente della Repubblica, al Primo Ministro, ai presidenti delle due Camere legislative, a partire dall'emendamento del 1974, al gruppo minorile di sessanta membri di ciascuna delle camere legislative, essendone dotato solo in via preventiva, ossia, prima della promulgazione della legge MATTEUCCI N., 2011, p. 164.

²²⁷ Sul punto, v. MATTEUCCI N., *cit.*, 2011, p. 164, ove l'A. rileva, nell'ambito europeo, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia della Comunità Europea come importanti caratteristiche del costituzionalismo post-guerra, operando sul piano sovranazionale come un nuovo sistema di garanzie delle libertà fondamentali.

Paradigma che sarà anche segnato dal superamento del modello teorico di giuspositivismo, considerato insufficiente per far fronte alle nuove esigenze e limitato nel mantenere una corretta integrità scientifica di diritto²²⁸.

In questo senso, due grandi e ampie correnti teoriche del pensiero giuridico possono essere evidenziati, come già lo sono stati da altri, in questo momento di *costituzionalismo contemporaneo* che sono il *neo-costituzionalismo* e il *costituzionalismo garantista*.

Come si vede, dunque, questa nuova fase del *costituzionalismo* sarà caratterizzata da numerosi cambiamenti politici e giuridici di pensieri teorici che cercheranno di stabilire un nuovo modello di essere e di vivere che assicurino la tutela della libertà e dell'uguaglianza ora a livello globale.

Tuttavia, nonostante tutti gli sforzi, non è possibile che il modello attuale di *costituzionalismo* riesca ad attuare le sue proposte, nemmeno a tenere un vero e proprio controllo del potere, in continua evoluzione e che ha acquisito caratteristiche e dimensioni molto più grandi e più complessi rispetto alla realtà politica precedente.

Le influenze di due grandi movimenti mondiali, quello della globalizzazione in tutti i suoi aspetti, quello dell'esercizio della giurisdizione costituzionale illegittima, e dell'eccessivo individualismo umano, hanno influenzato fortemente il *costituzionalismo contemporaneo* fino al punto da interferire nelle relazioni e nei concetti esistenti di Stato e Diritto, di Democrazia e Integrità e di Libertà e Responsabilità.

Tutte queste situazioni conducono lo studio a questo capitolo, che sarà finalizzato ad analizzare il *costituzionalismo contemporaneo* e a valutare le ragioni della sua crisi, ammesso che esista e che debba essere adeguatamente affrontata di fronte alle nuove sfide che si prospettano in futuro²²⁹.

²²⁸ Riferendosi all'austriaco Stephan Zweig, in GROSSI P., 2012, pp. 4-6, si compie un interessante approfondimento su questo momento anteriore, "il mondo di ieri", che sarebbe caratterizzato come un mondo di sicurezza, in cui tutto il diritto veniva inserito in una serie di regole controllate dal potere politico, che dovevano essere rispettate da tutti, segnando un certo protagonismo dello Stato, che ha impostava uno "statalismo giuridico" e un legalismo rigido, costruito sulla base di una piramide categoricamente gerarchica, con preminenza al ruolo della legge.

²²⁹ Anche partendo dall'idea di non avere un contesto determinato del futuro, poiché, come è chiarito in P. GROSSI, *cit.*, 2012, p. XII, «il novecento ci appare in tal modo come la faticosa e non indolore gestazione di un futuro sempre più ravvicinato, ma che – ancora oggi, anno 2011 – non siamo riusciti a raggiungere pienamente».

2.2 La nascita delle Costituzioni democratiche

La storia della nascita di costituzioni democratiche va certamente di pari passo con la fine della seconda guerra mondiale, con una esperienza che è stata condivisa e vissuta inizialmente dalla stragrande maggioranza dei paesi occidentali dell'Europa continentale e poi da molti altri paesi.

In effetti, alcuni addirittura sostengono che il primo documento costituzionale europeo del novecento avente matrice chiaramente democratica si rinvenne, in realtà, già sul finire della prima Guerra Mondiale, quando la Germania proclamò la nota Costituzione di Weimar (1919)²³⁰, che ha cercato di aprirsi alle nuove realtà vissute e alle nuove aspettative desiderate²³¹.

²³⁰ Fioravanti afferma che le Costituzioni democratiche del novecento ebbero inizio con la Costituzione di Weimar. FIORAVANTI M., 2009, p. 97. Questa affermazione viene sostenuta anche da P. Grossi che vede la Costituzione di Weimar come la prima manifestazione costituzionale post-moderna che rompe con la tradizione accentrata vissuta dall'epoca precedente. GROSSI P., 2012, p. 27. È dato, tuttavia, osservare che, sebbene la Costituzione di Weimar già presentasse chiare connessioni con le aspirazioni democratiche, non si rinviene, nel suo corpo, menzione espressa alcuna del principio democratico. L'ideologia politica era ancora molto concentrata sul ruolo dello Stato, tanto che era ancora una costituzione che, nel suo testo, riservava ai diritti fondamentali una posizione strutturale successiva all'organizzazione dello Stato. Per queste ed altre ragioni, resta inteso che il movimento di rafforzare la necessità di affermazione delle costituzioni democratiche è stato realizzato, di fatto, con particolare forza a partire dalla fine della seconda guerra mondiale.

²³¹ Sulla evoluzione del costituzionalismo nel XX secolo si vedano: ALEXY R., *Constitucionalismo discursivo*, 3ª ed., trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, ARTOLA M., *Constitucionalismo em la historia*. Barcelona: Critica, 2005, ASENSIO R. J., *El constitucionalismo*. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005, AZZARITI G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari: Laterza, 2013, G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, CARBONEL M., (a cura di). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, CASTELLANO D., *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2013, COMANDUCCI P., *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in: T. Mazzarese (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 71/94, DOGLIANI M., *I diritti fondamentali*, in: M. FIORAVANTI (a cura di), *Il valore della Costituzione*. L'esperienza della democrazia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 41-63, DROMI J. R., *Constitucionalismo y humanismo*, in *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 135-141, FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti*. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico, Roma-Bari, Laterza, 2013, FIORAVANTI M., *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2013, Id., *Costituzionalismo*. Percorsi della storia e tendenze attuali, Roma-Bari, Laterza, 2009, GROSSI P., *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012; MATTEUCCI N., *Breve storia del costituzionalismo*, Brescia, Morcelliana, 2010, MAZZARESE T., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 01-69, REBUFFA G., *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, Giappichelli, 1990, P. RIDOLA, *Diritti fondamentali*. Un'introduzione, Torino, Giappichelli, 2006; SANCHIS L. P., *Constitucionalismo y positivismo*, Mexico, Fontamara, 1997; TROPER M., *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVIII, n. 1, 1988, p. 61 e ss., V. ONIDA, *La Costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 16-17. In Brasile: ÁVILA H., *“Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”*, in: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, CLAUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, DANIEL SARMENTO, GUSTAVO

Così, le costituzioni democratiche rappresentano un movimento di direzione graduale e continua di gran parte dei paesi del mondo per un'apertura delle loro azioni politiche e giuridiche, aspirando ad un contesto di maggiore partecipazione democratica di ogni popolo che non si sarebbe riassunto, come la storia poi avrebbe rivelato anni più tardi, ad un livello meramente formale delle attività elettive²³².

Per far sì che questo movimento sorgesse e diventasse una realtà, è stato di fondamentale importanza la creazione di organizzazioni internazionali, con l'elaborazione di documenti internazionali che furono importanti per favorire la creazione di un ambiente democratico tra le nazioni, anche se con tutte le differenze significative e tra questi inevitabili.

A tal proposito, la firma della Carta delle Nazioni Unite a San Francisco del 1945 è stato sicuramente il primo documento internazionale scritto a questo scopo, avendo acquisito straordinaria importanza in prospettiva dell'organizzazione internazionale del sistema politico e giuridico, con la creazione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) e la formulazione dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia.

La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo (1948), firmata a Parigi, è stato un altro passo essenziale compiuto dalla comunità internazionale verso l'apertura democratica desiderata, avendo già espressamente dichiarato, all'art. 29 sulla società

BINENBOJM (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 187-202, BARROSO L. R., *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011., FERRAZ A. C. C., ALMEIDA F. D. M., *O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, in *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 31-56, MORAIS J. L. B. - VIEIRA G. O., *O futuro dos direitos humanos e o constitucionalismo do futuro*, in *Direito das futuras gerações*, Daury Cesar Fabríz, Julio Pinheiro Faro, Paulo Roberto Ulhoa, Jovacy Peter Filho, Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes, Heleno Florindo da Silva (a cura di), Vitória, Cognorama, 2013, pp. 27-43; NEVES M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009; SARMENTO D., *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*, in *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Daniel Sarmento (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 113-146 e. STRECK L. L., *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

²³² Sul punto, è stato sostenuto che «le costituzioni democratiche contemporanee, infatti: a) sono frutto di compromessi tra forze politiche diverse ed esperimenti visioni diverse della società; b) assumono il pluralismo, la diversità delle concezioni del bene nella società, non solo come un dato di fatto ineliminabile (come il modo in cui di fatto sono strutturate le società contemporanee), ma anche come un valore da preservare, e forse l'unico (meta-)valore più importante di tutti gli altri; in una società fortemente compatta, si può ipotizzare, una costituzione lunga, rigida e garantita è superflua; c) devono applicarsi, potenzialmente, a tutta la società: una costituzione di questo tipo è, quasi alla lettera, un progetto organico di fondazione di un ordine sociale; d) sono pensate per durare a lungo». Così, PINO G., *cit.*, 2010, p. 9.

democratica come uno degli obiettivi di esercizio e limitazione dei diritti e delle libertà²³³.

Attraverso questo nuovo contesto politico internazionale, si assistette alla proliferazione di testi e costituzioni che hanno riconosciuto il principio democratico come veicolo essenziale per la pianificazione del nuovo progetto sociale che si intendeva portare a realizzazione²³⁴.

Si rompeva, in questo modo, il silenzio comunicativo tra il *costituzionalismo* e la democrazia del passato, alla ricerca, tuttavia, di mantenere un margine di sicurezza di azione che non permettesse il ritorno della democrazia estremista vissuta all'epoca giacobina della Rivoluzione francese²³⁵.

Come ben messo in luce da V. Onida, il costituzionalismo che sorge con l'emergere di nuove costituzioni democratiche non ha nulla a che fare con un concetto di "assolutismo democratico", perché «il valore della sovranità popolare non è l'unico, né assorbe ogni altro». Si ha, in buona sostanza, la piena consapevolezza che il popolo

²³³ Si badi che, nel continente americano, la Convenzione americana sui diritti umani (1969), trattato internazionale firmato a San José, Costa Rica, ha ribadito nelle sue prime considerazioni racchiuse nel preambolo l'importanza delle istituzioni democratiche, riferendosi alla società democratica negli articoli 15, 16, 22 e 32. Questo documento ha avuto notevole importanza per questo continente, che ancora fino agli anni '80, con il Brasile per esempio, viveva regimi autoritari, ma che già si apriva alle influenze democratiche. Va sottolineato, tuttavia, che anche oggi alcuni paesi latino-americani soffrono l'esistenza di regimi politici autoritari - come il Venezuela - i quali si attivano duramente contro le istituzioni pubbliche e private di carattere e azioni tipicamente democratiche. Diverse azioni del governo venezuelano furono realizzate contro la libertà di espressione dei suoi cittadini, in particolare contro i mezzi di comunicazione provati del paese che condividevano informazioni e pensieri in contrasto con il governo, attaccando un componente elementare di democrazia, che è la libertà di pensiero, di informare di esprimersi in modo critico. Questi e molti altri fatti sono noti, essendone a conoscenza la comunità politica internazionale, non si può affermare che, di fatto, il Venezuela viva attualmente un regime sostanzialmente democratico, anche se formalmente si sottoponga ad alcune procedure della democrazia rappresentativa, come quelle relative alla elezioni per cariche elettive, anche se sviluppate sotto forte pressione politica e militare contro i partiti e movimenti di opposizione all'attuale governo. Questo è il periodo che si chiama nella storia del Venezuela di "chavismo", in analogia con l'ex-presidente Hugo Chavez, e che continua ad essere portato avanti dall'attuale presidente Nicolas Maduro.

²³⁴ A tal proposito, in RUOTOLO M., *cit.*, 2010, p. 546, si afferma che «la Costituzione si apre alla società, non regola più in chiave astratta la posizione del soggetto privato nei confronti dei pubblici poteri, non è più indifferente alle reali condizioni di vita del soggetto». Analogamente, si vedano: HÄBERLE, P., *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it. a cura di P. Ridola, Roma, Nis, 1993, pp. 39-51; FERRARA G., *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della mondializzazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, Cedam, 1998, p. 297; NANIA R., *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, Giappichelli, 1989; MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995.

²³⁵ Parlando di relazione tra la democrazia e le costituzioni del secondo dopoguerra, V. Onida sostiene che «tutte le Costituzioni sanciscono non solo la divisione dei poteri, ma anche il principio democratico secondo cui i cittadini (o quella quota di essi che gode i diritti politici) hanno diritto di concorrere alla formazione della volontà collettiva e all'elezione almeno di alcuni degli organi investiti dei poteri supremi (come le assemblee parlamentari). Tuttavia le Costituzioni hanno lo scopo di regolare e vincolare, quindi anche di limitare, i poteri, compresi quelli supremi». Vedi, ONIDA V., *cit.*, 2011, p. 18.

sovrano non può e non deve diventare un sovrano assoluto, che è il motivo per cui queste costituzioni nascono non solo per stabilire le modalità per l'esercizio del potere conferito al popolo, ma anche per definire la portata di questo potere e del suo stesso esercizio²³⁶.

Da allora in poi, le costituzioni democratiche cominciarono ad emergere in Europa, potendo evidenziare, per esempio, le Costituzioni della Quarta (1946)²³⁷ e Quinta (1958)²³⁸ Repubblica francese, la Costituzione della Repubblica Italiana (1947)²³⁹, la Legge fondamentale la Repubblica tedesca (1949)²⁴⁰, la Costituzione della Repubblica portoghese (1976)²⁴¹ e la Costituzione della Monarchia Costituzionale spagnola (1978)²⁴².

²³⁶ L'Autore stesso rincara dicendo che «la Costituzione contiene le regole attraverso cui la maggioranza può decidere, ma anche i principi da cui la stessa maggioranza non può discostarsi, a tutela di valori e interessi che non sono appannaggio della sola maggioranza. Dunque non è contraddittorio ritenere che una Costituzione democratica vincoli e limiti lo stesso popolo, che si esprime attraverso la maggioranza. Vincolare le modifiche costituzionali a procedure «aggravate» e non facilmente realizzabili, e sottrarre certi contenuti costituzionali al potere stesso di revisione, non è antidemocratico: al contrario, fa parte dell'essenza della democrazia *costituzionale*». ONIDA V., *cit.*, 2011, pp. 21-23.

²³⁷ Il testo costituzionale francese del 1946, al paragrafo 18 del suo preambolo, affermava che «*fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus*».

²³⁸ Il preambolo francese del 1958 evidenziava anch'esso l'importanza dell'ideale di democrazia, nel affermare che «*Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique*». Venne posto in risalto espressamente nel suo art. 4, tra gli altri, che i partiti e le associazioni politiche dovevano rispettare il principio democratico.

²³⁹ La Carta costituzionale italiana del 1947 è ancora più diretta nell'affermare categoricamente, all'art. 1, che «l'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro». Viene assicurato anche il diritto di asilo politico di cui all'articolo 10 allo straniero che non godesse dell'esercizio della libertà democratica, si impone, con l'art. 39, la necessità di istituire un sistema democratico per i sindacati professionali; altresì, all'art. 52, viene detto che «l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica», non lasciando dubbi circa l'impegno preso con l'instaurazione del regime costituzionale democratico.

²⁴⁰ Anche la Legge Fondamentale di Bonn, all'art. 20, afferma che «*Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat*». Colpisce, altresì, l'organizzazione interna dei partiti politici con l'osservanza dei principi democratici (art. 21); afferma che l'ordine costituzionale negli Stati devono rispettare i principi dello Stato repubblicano, democratico e sociale (art. 28); prevede la difesa contro un pericolo che minacci l'esistenza o l'ordine fondamentale libera e democratica della Federazione o di uno Stato come criterio per decretare lo stato di emergenza (art. 91), e così via.

²⁴¹ Anche la Magna Carta portoghese, nel suo preambolo, dice che «*L'Assemblea Costituente afferma la decisione del popolo portoghese di difendere l'indipendenza nazionale, di garantire i diritti fondamentali dei cittadini, di stabilire i principi fondamentali della democrazia, di assicurare il primato dello Stato di diritto democratico e di far posto a una società socialista, nel rispetto della volontà del popolo portoghese, al fine di costruire un Paese più libero, più giusto e fraterno*». Nel suo art. 2 è ancora più specifico: «*La Repubblica portoghese è uno Stato democratico, basato sul suffragio*

Questi nuovi documenti costituzionali furono redatti con la ferma intenzione di introdurre la democrazia in un ruolo di maggior rilievo nell'ambito del nuovo costituzionalismo che andava delineandosi e che portò al diritto alcune conseguenze di estrema rilevanza²⁴³.

Tuttavia, va sottolineato che, naturalmente, questo processo di trasformazione democratica non si è concretizzato istantaneamente nelle realtà politiche e giuridiche di ciascun paese, essendo necessario rompere le tradizionali barriere di cultura politica e giuridica di ciascun popolo.

Molte sono state le realtà politiche in cui le nuove costituzioni vennero promulgate senza che ci fosse una nozione esatta di estensione concettuale dei suoi termini e della dimensione normativa delle sue regole, in un movimento caratterizzato, sin dal principio, per l'apertura a nuovi contributi²⁴⁴.

In questo senso, di fondamentale importanza fu non solo l'emergere di costituzioni democratiche scritte, ma anche di azioni intraprese da tribunali e corti costituzionali, già esistenti o creati all'epoca, che ricevettero in questo nuovo momento la missione di salvaguardare e di dare attuazione alle disposizioni costituzionali, dando loro una definizione normativa più concreta di quanto in precedenza fosse loro riservata.

popolare, sul pluralismo di espressione e di organizzazione politica democratica, sul rispetto e sulla garanzia di realizzazione dei diritti e delle libertà fondamentali e sulla separazione e sull'indipendenza dei poteri, volto a realizzare una democrazia economica, sociale e culturale e lo sviluppo della democrazia partecipativa". Si esalta, infine, il principio di legalità democratica (art. 3); viene stabilito il decentramento democratico della pubblica amministrazione (art. 6); si impegna, a livello internazionale, con il rafforzamento dell'azione degli Stati europei per promuovere la democrazia (art. 7), etc.

²⁴² In ultimo, anche la Costituzione spagnola, nel suo Preambolo, enfatizza che «*La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo*». E, oltre gli altri articoli che esprimono il principio democratico, stabilisce al suo art. 1 che la «*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*».

²⁴³ All'interno di queste conseguenze, RUOTOLO M., *cit.*, 2010, p. 547, chiarisce che «è attorno ai principi della dignità e della libertà della persona che ruotono le Costituzioni e le principali codificazioni internazionali dei diritti del secondo dopoguerra, istituzionalizzando valori metalegislativi comuni [...] La Costituzione è vista come un sistema di valori (*wertsystem*) e i diritti fondamentali come gli elementi costitutivi dello stesso, i quali, anche rispetto a ciascun titolare, si condizionano reciprocamente, rilevando tutti in vista del fine del libero e pieno sviluppo della personalità».

²⁴⁴ Parlando nello specifico del caso italiano, M. Fioravanti chiarisce nel suo discorso che comprende che i politici costituenti italiani non si resero conto del cambiamento che la nuova costituzione avrebbe portato nel rapporto tra Stato di diritto e principio di costituzionalità, dicendo che «*sono assolutamente convinto del fatto che alla Costituente nessuno pensava a una prospettiva di questo genere*». V. FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, p. 100.

In questo contesto, che vede quindi le costituzioni democratiche simboli principali di un "tempo di transizione" dove si riconosce un ruolo crescente per la società e, per altro verso, una funzione sempre meno centralizzata dello Stato²⁴⁵.

Con i cambiamenti di prospettiva, di idee e bisogni del nuovo tempo, le stesse relazioni concettuali tra soggetto, società, legge e Stato presero nuove direzioni, che avevano lo scopo di affrontare e risolvere nuove esigenze politiche e sociali non più basate su vecchie ideologiche.

In questo modo, lo Stato come ragion d'essere e fine ultimo della società, della nazione, del popolo e dell'individuo perde il suo *status* di "macro-soggetto"²⁴⁶, il suo ruolo da protagonista nell'epoca moderna, trovando la sua ragion d'essere e di esistere nella materializzazione dei diritti fondamentali del suo popolo, vero titolare della sovranità, fonte creativa e legittimante l'esercizio del potere.

In conseguenza di ciò, il diritto subì un processo di ristrutturazione delle sue basi e di riallineamento delle sue forze, che impattò notevolmente con il modo stesso di essere concepito²⁴⁷.

Prima, il diritto veniva considerato come un insieme chiuso di regole contenute in documenti legislativi, in particolare nei codici²⁴⁸, che erano il risultato di un processo cognitivo astratto, con forte intronizzazione della legge e l'estrema accentuazione del ruolo stesso di Stato, considerato come l'unica entità legittimata a produrre la legge.

Però, agli albori della nuova era questa idea fino ad allora concepita attraversò un profondo processo di mutazione, che può essere considerato come una vera e propria rivoluzione copernicana, come si potrà vedere in seguito.

Anche la società, ancorata in precedenza ad un livello più basso prima dell'allora venerato individualismo, visse un particolare movimento di recupero del suo significato, principalmente in ordine agli effetti prodotti dalla rivoluzione industriale che colpì duramente la classe operaia che, per difendere i loro interessi, recuperarono la forza delle azioni associative e relazionali, potenziate da una

²⁴⁵ La frase fa riferimento espresso all'affermazione del Grossi, che disse: «ho sempre insistito sul sempre maggior ruolo della società e sul sempre minor ruolo dello Stato lungo il procedere del Novecento». GROSSI P., *cit.*, 2012, p. 30.

²⁴⁶ GROSSI P., *cit.*, 2012, p. 8.

²⁴⁷ In merito al diritto postmoderno, cfr. P. Grossi, *cit.*, 2012, p. 19, ove l'A. afferma che «l'itinerario novecentesco, ormai affrancato dagli stretti camminamenti obbligatori di conio moderno, è tutto una riscoperta dei fatti strutturali, economici, sociali, il diritto lascia cadere la veste candida della purezza, che risulta troppo costringente, e recupera in carnalità».

²⁴⁸ Motivo per cui P. Grossi, tra le altre cose, parla di "Età del codice". V. GROSSI P., *cit.*, 2012, p. 5.

situazione di intensa agglomerazione di vita in ambienti di mercato di massa nelle grandi città.

Questa situazione ha avuto una forte crescita prima di altre due componenti, riferite alle nuove rivendicazioni collettive per i diritti sociali, che andassero a ridurre le differenze tra uomini a favore della realizzazione di una uguaglianza sostanziale, e anche al quadro caotico della povertà e della sofferenza della popolazione europea dopo le due guerre mondiali.

Fu allora necessario rifondare il modello politico statale attuale, consentendo che le decisioni pubbliche tenessero conto di questo nuovo scenario, rendendo l'individuo l'unico soggetto di diritti del sistema giuridico, che fu invertito dalla nuova logica innovativa.

Pertanto, un altro cambiamento in relazione alla stessa considerazione del soggetto andava realizzandosi. In quest'ottica, ci si riferiva al soggetto guardato in una dimensione reale, portatore di bisogni specifici e degno di diritti fondamentali che dovevano rendersi, in estensione e densità, di volta in volta più effettivi²⁴⁹.

L'intero processo è stato fondamentale perché il *costituzionalismo contemporaneo* vivesse di luce propria e trovasse un posto nel mondo, in modo che potesse essere identificato e studiato in ragione delle sue motivazioni e degli effetti.

Appare evidente che, come si è detto, ciò accadde in modo molto particolare in ogni realtà culturale, in ogni paese e addirittura in ogni continente, dovendosi rilevare, ai fini del presente studio, che i percorsi battuti dalle storie costituzionali contemporanee dell'Italia e del Brasile, che, pur avendo caratteristiche molto simili, conservarono profonde differenze nei rispettivi ordinamenti giuridici e costituzionali.

²⁴⁹ In questo senso, si vedano: GROSSI P., *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 24-30. Sul punto, inoltre, si segnala RUOTOLO M., *cit.*, 2010, p. 544, ove l'A. precisa che «saranno, in specie, le trasformazioni del costituzionalismo democratico del XX secolo a produrre mutamenti radicali anche sul terreno dei diritti costituzionali, destinati ad esprimersi, anzitutto, nell'obiettivo di garantire a tutti l'effettivo ("sostanziale" e non solo "formale") godimento dei diritti riconosciuti, anche prefigurando un impegno istituzionale rivolto alla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei consociati. Di uguale avviso RIDOLA P., *cit.*, 2001, p. 25, che esplica che questi mutamenti radicali si verificarono in relazione all'ampiezza del catalogo dei diritti, alla struttura delle situazioni soggettive e ai mezzi di tutela.

2.2.1 L'esperienza italiana

La storia dell'esperienza contemporanea d'Italia con la democrazia propone come quadro giuridico-costituzionale iniziale, e unico, la costituzione della Repubblica promulgata il 27 dicembre 1947 ed entrata in vigore il 1 gennaio 1948²⁵⁰.

Di sicuro questo documento è stato, e continua ad avere, molta importanza per la storia e la vita della nuova Repubblica italiana che nasceva non senza poche difficoltà poco dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale.

È interessante notare, tuttavia, che il processo di recupero della valorizzazione della democrazia all'interno della cultura giuridica e politica italiana ha mostrato la sua comparsa nei primi del novecento quando, tra i pensatori italiani, voci importanti hanno cominciato ad analizzare le ragioni e gli effetti della complessità sociale che andava formandosi in Italia.

Al riguardo, uno studioso importante spiccava con i suoi commenti alle conseguenze giuridiche di questo fenomeno in Italia, Santi Romano. Guardando alla crisi dello Stato, Santi Romano constatò la crescita della dimensione collettiva di una società sempre più organizzata che esigeva da parte dello Stato una maggiore partecipazione sociale²⁵¹, intesa sia nella sua apertura a ricevere contributi previdenziali nel definire le decisioni politiche sottese, sia nell'espansione della sua concezione e della struttura per concretizzare l'effettività dei nuovi diritti sociali²⁵².

Questa analisi permise che, anni dopo, Romano scrivesse "l'ordinamento giuridico"²⁵³, in cui sostiene che il diritto, prima di essere norma, è ordinamento sociale, perché dovrebbe occuparsi, in primo luogo, di quello che gli è essenziale, cioè l'ordinamento della società, che deve essere realizzata da se stessa.

Questa visione dell'ordinamento in relazione alla società ha consentito alla legge di evolvere in termini di pluralismo e di fattualità, non soltanto staccandosi dallo "Stato di diritto", ma anche aprendosi all'analisi delle realtà concrete e delle

²⁵⁰ Sul costituzionalismo contemporaneo italiano, si vedano: ONIDA V., *La Costituzione. La legge fondamentale della Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 2011; nonché FIORAVANTI M., *Costituzione e popolo sovrano. La costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, Il Mulino, 2012.

²⁵¹ A tal proposito, si rimanda al famoso discorso del Santi Romano "Lo Stato moderno e la sua crisi" svolto nella Università di Pisa, nel 1909. Per un'analisi critica, si veda GROSSI P., *Lo Stato moderno e la sua crisi*. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, LXI (2011), fasc. I.

²⁵² Una rilevante analisi sul peso scientifico che ebbe Santi Romano nella storia italiana può essere riscontrata in GROSSI P., *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, 2008.

²⁵³ ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946.

aspirazioni della società, rappresentando senz'altro un primo e importantissimo passo per l'introduzione più concreta della democrazia nella storia "costituzionalismo contemporaneo" italiano²⁵⁴.

Ma, tornando alla Costituzione del 1947, essa rappresentò ciò che di meglio era stato ottenuto per l'unione degli interessi d'Italia, essendo stata elaborata, discussa e approvata dall'Assemblea Costituente nel corso di un anno e mezzo, durante un'enorme coalizione di forze che operò a suo favore²⁵⁵.

Il suo testo finale è frutto di un profondo impegno da parte dei rappresentanti di tutti i gruppi della società italiana, tra cui i partiti di massa²⁵⁶, con la ricostruzione del paese, che passava per una profonda crisi, soprattutto economica²⁵⁷.

La costruzione del contenuto passò sopra una decisione teorico-politica molto importante in merito al recupero dell'idea hobbesiana di sovranità: non ci sarebbe stata costituzione senza sovranità e, allo stesso modo, non ci sarebbe stata sovranità senza soggetto sovrano. Ma, che cosa è questo soggetto sovrano nella nuova Italia?

Si tratta, a differenza di Hobbes, di quello individuato da Rousseau: il popolo sovrano²⁵⁸. Non quello delle necessità astratte, tipico delle costituzioni liberali, che

²⁵⁴ Si parla di introduzione più concreta in ragione dell'esistenza di una sorta di pseudodemocrazia nell'Italia prima dell'introduzione della costituzione del 1947. Si rinvia, sul punto, a SALVEMINI G., *Fu l'Italia pre-fascista una democrazia?*, in *Il Ponte*, 1952.

²⁵⁵ È interessante notare che l'istituzione della Repubblica e la decisione della promulgazione di una nuova costituzione non furono scelte politiche facili per l'Italia. Da un lato, la Repubblica prevalse dopo un referendum dall'esito molto ristretti, ove prevalse la preferenza della popolazione del centro-nord. Per altro verso, la scelta della nuova costituzione non avvenne all'unisono, in quanto non vi erano anche manifestazioni per il restauro dello Statuto Albertino. Tuttavia, il periodo di "tregua istituzionale" è stato determinante per lo svolgimento dei lavori che portarono alla costituzione dell'Assemblea Costituente, dopo l'esistenza di due specie di costituzioni provvisorie (legge luogotenenziale n. 151 de 1944 e decreto legislativo luogotenenziale n. 98 de 1946).

²⁵⁶ In proposito, v. RUOTOLO M., *cit.*, 2010, p. 546, il quale pone in evidenza l'importanza della partecipazione dei partiti di massa nella evoluzione della tutela dei diritti costituzionali affermando che «la suddetta evoluzione, realizzatasi nel XX secolo, appare senz'altro legata alla progressiva estensione del suffragio elettorale, cui si collega la costituzione dei primi partiti di massa e dei sindacati, e, sullo sfondo, alle trasformazioni economico-sociali connesse al processo di rapida industrializzazione».

²⁵⁷ In proposito, V. Onida pone in risalto che «la costituzione italiana non nasce da una trattativa fra gruppi ristretti di potere, nasce sulla spinta di partiti di massa dotati di effettiva rappresentatività, in un contesto storico di crisi e di profondo rinnovamento, quale quello uscito dall'evento epocale della Seconda guerra mondiale; in un clima culturale permeato dagli ideali del costituzionalismo occidentale». ONIDA V., *cit.*, 2011, p. 34.

²⁵⁸ Rinforzando il vizio di astrazione giusnaturalista della modernità, vedasi ROSSI P., *cit.*, 2012, p. 25, in cui si afferma che «nella modernità, quel vizio giusnaturalistico che aveva improntato di per sé l'edificio del diritto civile pervade il costituzionalismo; anzi, trova in esso la sua espressione più peculiare e la sua manifestazione prima. Il giusnaturalismo, infatti ha lo scopo prevalente di offrire al costituzionalismo un fondamento forte sul piano filosofico-politico».

avrebbe trasformato la Costituzione in una sorta di semplice accordo formale, con ridotto spazio di riconoscimento giuridico come norma fondamentale²⁵⁹.

Il popolo sovrano, di cui parla la Costituzione all'art. 1, comma 2, è costituito da soggetti reali, portatori di esigenze reali, di destinatari di norme di diritto che dovrebbero avere applicazione reale, titolari delle garanzie costituzionali che sarebbero, pertanto, responsabili nel senso di permettere alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli concreti di ordine economico e sociale che impediscono l'effettivo sviluppo della piena autonomia²⁶⁰.

L'influenza degli ideali del *costituzionalismo* erano in lui evidenti, cercando di garantire i diritti dei cittadini, nella prospettiva di dare attuazione ai diritti fondamentali di libertà, uguaglianza e solidarietà, presenti in tutto il suo corpo normativo, ma soprattutto agli articoli 2 e 3²⁶¹.

A questo punto, c'era nella Costituente la consapevolezza che, al discutere sull'inclusione dei diritti fondamentali nel nuovo testo costituzionale, si stava al contempo analizzando la creazione, in fin dei conti, di una nuova categoria di diritti, che possedeva una dinamica di validità, applicabilità e di propria forte efficacia²⁶².

Forse per il fatto che questa idea fosse ancora sconosciuta nella tradizione costituzionale europea di quel tempo, la struttura teorico-costituzionale dei diritti

²⁵⁹ Come opportunamente segnalato in FIORAVANTI M., *cit.*, 2012, pp. 9-13, la questione del riconoscimento del popolo come soggetto sovrano del nuovo paradigma costituzionale italiano non ha mancato di presentare un problema considerevole, cioè il timore che si aveva del governo democratico estremista. Così l'idea di limitare il pieno esercizio della democrazia estrema indicata al secondo comma del suo art. 1, quando si afferma che il popolo è titolare della sovranità, esercitata "nelle forme e nei limiti della Costituzione." A questo proposito, un ruolo importante è stato destinato ai partiti politici, che erano i responsabili per essere intermediare le volontà, le scelte e le decisioni del popolo sovrano.

²⁶⁰ Sui diritti fondamentali nella Costituzione italiana, si vedano: BULTRINI A., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, Jovene, 2009, CARETTI P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, 3 ed., Torino, G. Giappichelli Editori, 2011, COLAPIETRO C.- RUOTOLO M., *Diritti e Libertà*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto Pubblico*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 549-610, FERRARA G., *La costituzione*, Dal pensiero politico alla norma giuridica, Milano, Feltrinelli, 2006, FIORAVANTI M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Le libertà fondamentali, Torino, Giappichelli, 1995, MOCCIA L. (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza europea*, Milano, Franco Angeli, 2010, MODUGNO F., *I "nuovi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995, RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*. Torino: Giappichelli, 2006, SILVESTRE G., *Dal potere ai principi. Libertà ed uguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, Laterza, 2009.

²⁶¹ Sul punto, GROSSI P., *cit.*, 2012, p. 29, viene richiamata l'attenzione al fatto che l'*uguaglianza* dell'art. 3 della Costituzione italiana si trova in grande distanza dalla *égalité* della rivoluzione francese, proprio in considerazione di fattori e condizioni reali dell'individuo.

²⁶² Nell'analisi del progresso del *costituzionalismo contemporaneo* e nella introduzione dei nuovi diritti sociali della Costituzione italiana del 1948, G. Ferrara, ad esempio, sostiene che «non si tratta di dichiarazioni a scarso contenuto normativo e a efficacia improbabile». Così Ferrara G., *cit.*, 2006, p. 249.

fondamentali non ebbe l'attenzione che meritava, insieme con il riconoscimento del suo speciale *status* giuridico, che avrebbe seguito all'esplicita dichiarazione iniziale della supremazia della Costituzione, che, di fatto, non venne tenuta, nonostante si fosse dichiarato che i diritti erano inviolabili²⁶³.

Inoltre, per essere ancora influenzata dalle idee del primato del Parlamento e per non cogliere l'importanza di concepire i diritti fondamentali quali posizioni giuridiche soggettive, la Costituente non riusciva a maturare correttamente il ruolo imprescindibile della Corte costituzionale italiana²⁶⁴, nonostante prevedesse il controllo di costituzionalità²⁶⁵. Tanto questo è vero che la sua realizzazione effettiva si ebbe solo alcuni anni dopo, a metà degli anni '50.

La verità è che la Corte costituzionale italiana non si ispirò mai, difatti, alla tradizione americana di Corte di garanzia dei diritti, ma Corte di garanzia della "coerenza del sistema giuridico"²⁶⁶.

²⁶³ M. Fioravanti, dopo aver approfondito il tema dei diritti fondamentali nella visione della Costituente, chiarisce che «la verità è che la stagrande maggioranza dei nostri costituenti pensava ai diritti fondamentali soprattutto in chiave di grandi norme di principio da attuare attraverso l'opera del parlamento, l'impegno comune delle forze politiche, legate dal patto che in Costituente si andava delineando, che insieme avrebbero dovuto lavorare per l'emanazione di grandi leggi di attuazione delle norme costituzionali in materia di diritti. [...] In una parola, la norma fondamentale diveniva concreta *attraverso*, e non *contro*, il legislatore». FIORAVANTI M., *cit.*, 2012, pp. 13-15.

²⁶⁴ A tal proposito, si pone in evidenza l'importante ruolo di Costantino Mortati nella "Commissione dei 75", nella quale difese esplicitamente il pieno vigore giuridico delle norme di principio e, conseguentemente, il primato della interpretazione giurisdizionale. In FIORAVANTI M., *cit.*, 2012, p. 101. L'importanza di C. Mortati viene rivalutata dal M. Dogliani, che arriva a definirlo come «uno dei padri, se non il padre – del costituzionalismo italiano». Così, DOGLIANI M., *cit.*, 2010, pp. 332-344.

²⁶⁵ Importante puntualizzazione ancora ne dà M. Fioravanti il quale, all'analisi dell'elaborazione della nozione di sovranità mediante l'evoluzione delle idee di controllo di costituzionalità delle leggi, di giurisprudenza costituzionale e di forza normativa delle leggi orientata dalla costituzione, conclude che «*ciò che qui sosteniamo è che tutti questi sviluppi, sui quali torneremo più avanti, sono successivi alla Costituzione democratica, e non sono affatto rappresentabili come un necessario svolgimento delle scelte costituzionali dell'ultimo dopoguerra, o come la concretizzazione, doverosa e di natura attuativa, di alcune generalissime idee espresse dalla Costituente in materia di rigidità costituzionale, o di diritti fondamentali*». FIORAVANTI M., *cit.*, 2012, p. 100.

²⁶⁶ M. Fioravanti, dopo aver concluso per la funzione chiara di garantire la coerenza dell'ordinamento giuridico, afferma che «*la Corte costituzionale non nasce, nell'intenzione originaria dei nostri costituenti, con il compito primario di garantire i diritti contenuti nella costituzione contro il legislatore che violi la costituzione medesima, e con essa quegli stessi diritti. Tale ipotesi è considerata come una sorta di caso-limite, il cui verificarsi è da evitare il più possibile, al fine di escludere il più possibile, sia quella politicizzazione della Corte che fatalmente si ha quando questa si oppone direttamente al legislatore, sia quella pericolosa diminuzione di autorità del legislatore medesimo che altrettanto fatalmente si ha quando questi vede contestato un suo atto. La Corte costituzionale che balza fuori dalla discussione costituente è invece una sorta di Corte di cassazione specializzata nei profili costituzionali, istituita al fine di garantire un'uniforme interpretazione delle leggi in rapporto alla costituzione e di favorire così una penetrazione graduale e non traumatica dei principi e delle norme costituzionali nell'ordinamento, che rimane pur sempre imperniato sulla legge, sulla volontà espressa dal parlamento della forma sovrana della legge. In definitiva, la prima preoccupazione dei costituenti rimane sempre la medesima: mantenere la sovranità al legislatore, evitando il più possibile il conflitto diretto con la Corte, la pronuncia diretta d'incostituzionalità sanzionata dalla abrogazione*». FIORAVANTI M., *cit.*, 2012, pp. 104-107.

Esattamente in questo modo, allora, avviene la nascita della recente esperienza costituzionale democratica in Italia, piena di aspirazioni per un futuro più impegnato con i reali bisogni della popolazione, ma ancora legata alle antiche tradizioni della cultura giuridica del periodo precedente, nonostante il chiaro processo di tendenziale apertura a nuove esperienze²⁶⁷.

Eppure sono proprio tali esperienze ad avere un profondo impatto con lo sviluppo del *costituzionalismo contemporaneo* in Italia, con il ruolo di primo ordine riguardante la tutela dei diritti fondamentali affidato alla Corte Costituzionale, che affronterà una missione diversa rispetto a quanto inizialmente previsto dalla Costituente²⁶⁸.

Si può allora affermare che, affinché i cambiamenti politici, sociali e giuridici si traducessero in realtà nella sua storia, l'Italia si doveva formare grazie al ruolo attribuito alla Corte costituzionale, in gran parte responsabile per il cambiamento significativo sul piano della concettualizzazione, strutturazione e attuazione della Costituzione.

Non che fosse l'unico responsabile, in quanto non va dimenticato il grande lavoro politico e amministrativo al fine di rendere effettive le disposizioni costituzionali con l'emanazione di nuove leggi, la modifica del quadro preesistente, la realizzazione di nuove elezioni, la creazione e organizzazione di nuove istituzioni pubbliche; un processo, a dirlo tutta, che rimane ancora oggi in continuo sviluppo.

Tuttavia, l'introduzione della nuova cultura costituzionale nel pensiero giuridico italiano ha visto indubbiamente come grande protagonista la Corte Costituzionale, che ha introdotto i diritti fondamentali sul piano della rilevanza normativa dovuta, conferendo alla costituzione il suo ruolo di supremazia nell'ordine giuridico, al fine di svolgere le tipiche attività di limitazione del potere politico, soprattutto ora che viene esercitato dalla maggioranza democratica, attraverso la sua importante attività di controllo giurisdizionale delle leggi.

Ecco che, dunque, l'insieme di queste azioni ha permesso all'attuale Costituzione italiana di mantenersi viva e stabile, in apertura costante al processo di

²⁶⁷ In proposito, si dice che «le costituzioni italiana e tedesca, soprattutto, sono state effettivamente volute (e diffusamente percepite) come la positivizzazione di «principi giuridici etici» assunti come presupposti», DOGLIANI M., *cit.*, 2000, p. 315. Diversamente, cfr. GROSSI P., 2012, pp. 30-33, che pone in rilievo la complessità di questo processo, sottolineandone, particolarmente, la resistenza dei civilisti, che cominciarono a vivere le proposte costituzionali a partire dagli anni sessanta del secolo scorso, e la coesistenza del nuovo testo costituzionale con i vecchi codici delle leggi.

²⁶⁸ In questo senso, infatti, si avvicina di più al modello previsto dalla cultura giuridica statunitense.

interpretazione delle sue regole, alla ricerca della materializzazione di vecchi e nuovi diritti fondamentali, che sempre più vengono invocati durante l'esercizio della giurisdizione costituzionale, un esercizio interpretativo che permette di (ri)costruire, giorno dopo giorno, il "futuro della costituzione"²⁶⁹.

2.2.2 L'esperienza brasiliana

Gli sviluppi politici e costituzionali del Brasile sono segnati da tre grandi fasi storiche che tengono conto della forma di governo che ha prevalso sul suo territorio in ogni epoca: la fase coloniale (1500-1808), monarchica (1808-1889) e repubblicana (1889-ad oggi)²⁷⁰.

Nel corso della sua storia, il Brasile vide ben otto costituzioni: quella concessa dall'Impero (1824), la prima costituzione promulgata della Repubblica (1891), la seconda costituzione promulgata della Repubblica (1934), la costituzione concessa dal regime totalitario dello Stato nuovo (1937), la terza costituzione promulgata dalla Repubblica (1946), le due costituzioni concesse durante il regime militare (1967-1969), e, infine, l'istituzione della nuova ed attuale Repubblica del Brasile (1988), che diventa la quarta promulgata della Repubblica.

Si può dire che questi testi furono influenzati da diversi pensieri politici e filosofici, in quanto identificata come avente connotazione tipicamente liberal-concentrata la costituzione del 1824, di tipo liberal-repubblicano quella del 1891, di carattere social-repubblicana quella del 1934, di profilo autoritario quelle rispettivamente del 1937, del 1967 e del 1969 e, in ultimo, di ispirazione prevalentemente democratico-repubblicana quelle del 1946 e del 1988.

A dire il vero, la storia dello sviluppo costituzionale in Brasile non ha preso avvio nelle migliori condizioni: frutto della sua stessa condizione di colonia del Portogallo, che ivi governò inizialmente attraverso i propri documenti di statura costituzionale, anche quando la corona portoghese in Brasile venne trasferita.

²⁶⁹ «La costituzione del futuro, quella che si sta formando nel nostro presente, è prima di tutto contrassegnata dalla tendenza ad emanciparsi dal presupposto di un'unità politica data, sia essa quella del potere costituente che cerca di mantenersi vivo nella costituzione, sia essa quella rappresentata nella grande e potente immagine dello Stato sovrano, ben presente ai nostri costituenti sotto forma di Stato di diritto». Testualmente, FIORAVANTI M., *cit.*, 2012, p. 17. Sullo stesso tema, vedi anche ZAGREBELSKY G.- PORTINARO P.- LUTHER J. (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996.

²⁷⁰ Un'analisi di questa evoluzione storica si ritrova anche in DA SILVA J.A., *Curso de direito constitucional positivo*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012, pp. 71-92.

Questo stato di fatto mutò, infatti, solo all'indomani della concessione della Costituzione del 1824, sotto il regno di Don Pedro I. Ma la situazione non migliorò di molto. Questo perché la costituzione ha rappresentato un atto di forza da parte del potere sovrano assoluto che, dopo aver sciolto l'Assemblea Costituente nel 1823, ha "presentato" ai brasiliani come il suo massimo documento costituzionale, di forte ispirazione liberal-conservatrici provenienti dalle idee del francese Benjamin Constant.

In questa carta costituzionale, si riservava all'imperatore l'esercizio del suo dominio attraverso un potere da lui creato e chiamato Potere moderatore, una sorta di quarta potenza della teoria della separazione dei poteri di Locke e Montesquieu, che gli riservava numerosi poteri speciali, ponendolo al di sopra delle altre potenze. Per queste ed altre ragioni, si conclude che il *costituzionalismo* comincia ad avere la sua storia in Brasile solo con la promulgazione della Costituzione del 1891, quando il potere assolutista era già stato sconfitto e l'ideale di limitazione della potenza finalmente raggiunto e stabilito nel primo testo della Repubblica brasiliana.

Naturalmente, non si può dire che, da allora in poi, il *costituzionalismo brasiliano* incontrò sempre un processo di sviluppo integrale, dal momento che alcuni passaggi storici hanno mostrato che il potere riuscì a trovare abbastanza spazio politico per essere esercitato senza il necessario controllo.

In un certo senso, l'esperienza costituzionale brasiliana possiede una forte somiglianza con la storia costituzionale europea, in particolare con la parte continentale occidentale. Il Brasile ha vissuto sotto tratti liberali tipici di uno stato liberale europeo, anche se, almeno inizialmente, visse sostanzialmente sotto l'impero portoghese e pur vivendo in stretta relazione con l'ideale sociale, subito dopo la fine della 1° Guerra Mondiale, quando già era vigente la Costituzione di Weimar. Anche le aspirazioni democratiche brasiliane arrivarono dopo l'esperienza dei regimi autoritari.

Tuttavia, a questo punto, vale la pena notare che, a differenza dell'Europa, che dopo la seconda guerra mondiale non interruppe il suo processo di sviluppo costituzionale, il Brasile, fin dal momento della promulgazione della Costituzione del dopoguerra (1946), verificatosi dopo l'autoritaria "Età Vargas", ha dovuto passare ancora attraverso un lungo periodo di regime autoritario militare (1964-1985), di cui, ancora una volta, il costituzionalismo brasiliano ha risentito negativamente, con l'impossibilità dell'esercizio pieno e reale di controllo del potere politico dominante.

Il *costituzionalismo* contemporaneo-democratico in Brasile si appropria, infine, delle sue caratteristiche a partire dal processo di ri-democratizzazione del paese che cominciò anche prima della fine del regime militare, quando grande importanza ebbe il movimento politico che sostenne le elezioni presidenziali dirette, chiamato anche il "*Diretas já!*" (1983-1984)²⁷¹.

La promulgazione della costituzione del 1988 rappresentò solo l'inizio di un processo costituzionale in pieno sviluppo, ma che poté contare, per la sua formazione, sull'unione di forze da parte dei più grandi esperti politici e di diritto del paese, così come dei rappresentanti dei vari settori della società, esprimendo il grande patto sociale verso un impegno diretto a costruire uno Stato democratico che si proponeva, tra l'altro, di costruire una società libera, giusta e solidale²⁷².

A tal riguardo, è interessante osservare che il testo costituzionale rivela, già nel suo primo articolo, che la Repubblica federativa del Brasile si costituisce nello Stato Democratico di Diritto e si fonda sulla sovranità, sulla cittadinanza, sulla dignità della persona umana, sui valori sociali del lavoro e della libera iniziativa economica e sul pluralismo politico, mostrandosi in linea con gli altri testi costituzionali in vigore al momento della sua emanazione, ma ricevendo particolare influenza da parte della carta costituzionale portoghese.

Il recupero del concetto di sovranità popolare è anche presente nel singolo paragrafo del primo articolo, che riporta l'identica soluzione italiana per il controllo del regime democratico: si afferma che il potere del popolo deve essere esercitato attraverso rappresentanti eletti oppure direttamente - ma nei termini dettati dalla

²⁷¹ L'idea di creare un movimento per le elezioni dirette è stato lanciato nel 1983 dall'allora senatore Teotônio Vilela Alagoas sul programma "Canal livre da Rede Bandeirantes". Il membro del Congresso Dante de Oliveira fu colui che il 2 marzo 1983 presentò la proposta di emendamento costituzionale (PEC) n° 5 per le elezioni presidenziali dirette, ma venne poi respinta per mancanza del numero legale grazie a una certa manovra di governo. Tutto ciò ha determinato una pressione enorme per la fine del regime militare, che di fatto avvenne nel 1985, dopo diverse misure adottate dal presidente José Sarney, succeduto al presidente eletto indirettamente, ma che morì poco dopo. Tra queste misure, vi è l'approvazione di un emendamento costituzionale che si concludeva con alcune vestigia della dittatura e l'approvazione del famoso emendamento costituzionale n. 26, che convocava l'Assemblea nazionale costituente la quale condusse i lavori tra il 1986 e il 1988, fino alla promulgazione della nuova Costituzione avvenuta il 5 ottobre 1988.

²⁷² La Costituzione brasiliana del 1988, nel suo Preambolo, inizia così: "Noi, i rappresentanti del popolo brasiliano, riuniti in Assemblea Nazionale Costituente per istituire uno Stato democratico, destinato ad assicurare l'esercizio dei diritti sociali e individuali, la libertà, la sicurezza, il benessere, lo sviluppo, l'uguaglianza e la giustizia come valori supremi di una società fraterna, pluralista e senza pregiudizi, fondata sull'armonia sociale e impegnata, nell'ordine interno e internazionale, nella risoluzione pacifica delle controversie, promulghiamo, sotto la protezione di Dio, la seguente Costituzione della Repubblica federativa del Brasile". Spicca, a mero titolo di curiosità, la scelta di evocare la protezione di Dio, parte che fu eliminata nella Costituzione italiana perché non era stato trovato accordo su questo punto tra i costituenti.

Costituzione - sottolineando l'importante ruolo dei partiti politici e la posizione di supremazia della Costituzione.

L'impegno costituzionale, così come nella Costituzione italiana del 1947, è anche nei riguardi del soggetto concreto, che a fronte del superamento dello stato di modello centralizzato precedente, tornò ad avere spazio per esercitare la propria cittadinanza, trovando chiara espressione all'art. 3 come «*obiettivo fondamentale della Repubblica federativa del Brasile per sradicare la povertà e l'emarginazione e ridurre le disuguaglianze sociali e regionali, e di promuovere il bene di tutti, a prescindere dalla provenienza, razza, sesso, colore, età e qualsiasi altra forma di discriminazione*».

Affinchè quanto appena detto si concretizzasse, la Costituzione del 1988 si propose di prevedere un ampio catalogo di diritti e garanzie fondamentali, che risiede prevalentemente nell'art. 5, si compone di 78 elementi, affermando, al punto 1, l'applicazione immediata delle disposizioni che definiscono diritti e garanzie fondamentali.

La dimostrazione del mutamento della coscienza politica nella realizzazione dei diritti e delle garanzie fondamentali appare evidente, dal momento che il suo testo dimostra già un miglioramento rispetto alle altre costituzioni, come ad esempio quella italiana del 1947, che scelse di non parlare espressamente di diritti fondamentali, ancor meno di una loro applicazione immediata.

Tuttavia, si deve constatare che, nonostante l'esistenza della previsione del primo paragrafo che garantiva l'applicazione immediata dei diritti e delle garanzie fondamentali, non si ebbe, subito dopo, un cambiamento della cultura giuridica.

Fu un processo che, come in Italia, durò di più, rivelando l'importante ruolo svolto dalla Corte Suprema (STF), che svolge funzioni relativamente equivalenti a quelle della Corte costituzionale italiana.

La Corte Suprema (STF) ha antiche origini nella c.d. "Casa della Supplica", organo giudiziario massimo esportato dal Portogallo al Brasile nel 1808, quando la Corte portoghese si trasferì verso l'allora colonia brasiliana, trasformando Rio de Janeiro nella capitale l'impero portoghese.

Già nella Costituzione del 1824 ottenne il nome di Supremo Tribunale di Giustizia, in quanto il nome di "Supremo Tribunale Federale" era stato adottato per la prima volta nella costituzione provvisoria pubblicata con il decreto n. 510 del 22 giugno 1890, dopo cioè la consacrazione della Repubblica e non fu più modificata.

Il Supremo Tribunale Federale (STF) è la più alta istanza della magistratura brasiliana, che riflette le responsabilità tipiche di una Corte Suprema (tribunale di ultima istanza) e di un Tribunale Costituzionale (giudica le questioni di legittimità costituzionale indipendentemente dal merito delle controversie specifiche). La sua funzione istituzionale fondamentale è quella di guardiana della Costituzione del 1988, occupandosi di casi di lesioni o minaccia a quest'ultima, in particolare dei diritti e delle garanzie fondamentali, le sue decisioni non possono essere oggetto di ricorso ad altro giudice²⁷³.

Composto da undici ministri scelti dal presidente tra i cittadini con più di trenta anni meno di 65 anni, di spiccata conoscenza giuridica e reputazione incontaminata, il Supremo Tribunale Federale ha esplicitamente competenze definite nell'art. 102 della Costituzione, tra le quali spicca la sottoposizione a giudizio delle azioni dirette di incostituzionalità della legge o di atti regolamentari federali o statali, e delle azioni dichiarative di costituzionalità della legge o di un atto normativo federale^{274 e 275}.

Quest'altro importantissimo punto dell'evoluzione dell'esperienza costituzionale democratica brasiliana, il controllo di costituzionalità, insieme ad un'ampia giurisdizione costituzionale brasiliana, ha fatto sì che la giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale (in caso di controllo astratto) e di tutti gli altri giudici brasiliani (in caso di controllo concreto) portassero il *costituzionalismo contemporaneo brasiliano* verso un nuovo campo scientifico che fa riferimento al ruolo della magistratura nelle democrazie costituzionali e all'impegno per la concretizzazione di norme costituzionali.

Il controllo costituzionale in Brasile si compone di un sistema che è la sintesi di altri sistemi classici, permettendo così di essere esercitato sia in maniera astratta

²⁷³ Un dato interessante nella vita della Corte Suprema è che tutte le riunioni amministrative e giudiziarie sono trasmesse in diretta televisiva dal 2002 (Legge 10.461 / 2002) e sono aperte al pubblico, pendente, tuttavia, un disegno di legge nella Camera federale (PL n. 7004/2013), che vorrebbe vietare queste trasmissioni.

²⁷⁴ Per essere inserito in un ordinamento giuridico che adotta il sistema della giurisdizione una o sistema americano (art. 5, XXXV, Costituzione del 1988), a differenza di alcuni paesi europei come la Francia e l'Italia, il Supremo Tribunale Federale giudica anche casi che coinvolgono l'amministrazione pubblica.

²⁷⁵ Il Supremo Tribunale Federale è competente anche giudicare, in alcuni casi, sugli illeciti penali. Recentemente, si è apprezzata la famosa Azione Penale n. 470, che ha esaminato il noto "caso dell'indennità mensile", che ha coinvolto uno schema di corruzione con l'attuale governo brasiliano, in cui sono stati coinvolti alcuni politici e altri cittadini. Il caso è paradigmatico nella giurisprudenza del Supremo Tribunale Federale, risolvendosi in diverse decisioni che hanno finito per renderlo di speciale importanza.

(dinanzi al Supremo Tribunale Federale - accentrato), sia in maniera concreta (dinanzi a qualsiasi organo giurisdizionale - diffuso).

A differenza di altre realtà costituzionali, il sindacato di costituzionalità brasiliano possiede una previsione costituzionale fin dal XIX secolo, con la costituzione del 1891, sorto per mezzo del controllo astratto di matrice austriaca.

Attraverso i giudizi operati a seguito delle azioni di controllo di costituzionalità e l'ampio esercizio della giurisdizione costituzionale, l'attività interpretativa della magistratura è divenuta di estrema importanza per l'attuazione di norme costituzionali, soprattutto dopo il venir meno della tradizionale "teoria della applicabilità" di José Afonso da Silva²⁷⁶.

Questo portò a ritenere l'attività interpretativa quanto meno al pari dell'attività legislativa alla realizzazione non solo dei diritti fondamentali, ma anche per la definizione concettuale del diritto che, lontano dai circoli chiusi limitativi del precedente paradigma positivista, ha iniziato a conferire più importanza all'attività giudiziaria.

In ragione di ciò, è allora possibile affermare che l'attuale fase dell'esperienza costituzionale brasiliana si trova in una condizione simile alla realtà costituzionale italiana, nonostante le dovute differenze.

In ultimo, si porta in evidenza la profonda influenza che la dottrina europea, in particolare quella italiana, ha trasmesso alla cultura giuridica brasiliana, considerato che molti sono gli studiosi le cui opere giuridiche godono di ampio rispetto²⁷⁷.

²⁷⁶ La teoria dell'applicabilità delle norme costituzionali fu sistematicamente sviluppata, in Brasile, da José Afonso da Silva, nella nota opera "*aplicabilidade das normas constitucionais*", que, nel 1967, venne pubblicata per la prima volta, nella vigenza della Costituzione del 1967, andando aggiornandosi con l'emergere delle costituzioni seguenti. Influenzato Fortemente dalla dottrina americana, e in particolare dalla dottrina italiana, José Afonso da Silva ha proposto la classificazione delle norme costituzionali di efficacia piena, norme costituzionali dell'efficacia contenuta, norme costituzionali di efficacia limitata e norme costituzionali di principio programmatico. Sul tema, si vedano: ATALIBA G., *Eficácia das normas constitucionais e leis complementares*, RDP 13/35, 1968. BASTOS C. R-BRITO C. A., *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982, CARBONE C., *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Padova, cedam, 1951, CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952 e. DA SILVA J. A., *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003. In una più recente visione e critica della teoria, con proposte di superamento del modello, per il Brasile, v. V. DA SILVA J. A., *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

²⁷⁷ In questo recente processo di evoluzione del costituzionalismo contemporaneo brasiliano ci si riferisce, ad esempio, ai contributi di BOBBIO N., *L'età dei diritti*, 11ª ed., Torino, Einaudi, 2011, L. FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2000, FIORAVANTI M., *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2013, e ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

2.3 L'affermazione dell'età dei diritti

Il *costituzionalismo contemporaneo* è direttamente collegato alla nascita delle costituzioni democratiche del XX secolo, ma non si limita solo a questo aspetto, come sappiamo.

Esso è anche il risultato di un grande incontro di prospettive di lavoro, soprattutto filosofico e politico, che ha permesso il fiorire di un movimento che, dopo aver ottenuto risultati ragionevoli, influenzò oltremisura la cultura politico-giuridica mondiale del XX secolo, in particolare nella sua seconda metà, da molti identificato come "l'età dei diritti"²⁷⁸.

Questo periodo venne a manifestarsi a fronte di un'epoca della storia umana di forte affermazione dei diritti e delle garanzie di uomo che fu la realtà vissuta specialmente con i regimi politici in gran parte nella prima metà del secolo.

Ma non era solo, come può sembrare per alcuni, un semplice movimento di mera opposizione alla dominazione e all'espansione totalitaria e militare vissuta in precedenza.

Naturalmente, appare chiaro che le assurdità commesse in tempo di guerra e di regimi totalitari furono considerate per prendere consapevolezza e agire in relazione alle violenze commesse contro gli uomini. Ma non furono le sole.

L'"età dei diritti" costituisce un processo di riflessione più ampia e profonda, sottoponendo le valutazioni e considerazioni a tutte le forme di sfruttamento e di abuso finora sperimentate dall'uomo e dalla società mondiale.

Tra questi, si distinse il grande sfruttamento sofferto dall'uomo durante la fase liberale della modernità, in particolare dopo la rivoluzione industriale, dove molti lavoratori sono stati sottoposti a pessime condizioni di impiego e di vita, in ambienti malsani e senza garanzie di un salario giusto, condizione che diventa addirittura peggio in caso di donne e bambini.

Le forti crisi economiche vissute su scala mondiale, quando la moltitudine delle persone dovevano far fronte a situazioni di estrema povertà, servirono, in un certo senso, anche a favorire la nascita di questa nuova era volta ad evitare l'abuso economico, in cerca del raggiungimento di un migliore equilibrio sociale

²⁷⁸ Ancora una volta, sarà Bobbio a far cadere questa espressione all'interno dello scenario giuridico mondiale. V. BOBBIO N., *L'età dei diritti*, 11^a ed., Torino, Einaudi, 2011.

proporzionato da una migliore distribuzione del reddito, che doveva concretizzarsi per mezzo di diritti e garanzie a favore delle persone svantaggiate.

Oltre alla violenza subita durante i periodi dolorosi tra le due guerre, le valutazioni prendevano pure in considerazione la dominazione esercitata dai regimi totalitari e autoritari davanti alla mancanza di spazi democratici per l'espressione della volontà popolare.

Infine, pesava ancora sulle osservazioni dei soggetti coinvolti e studiosi gli abusi praticati, della crescita preoccupante dal degrado ambientale e del risultato significativo del potere distruttivo delle armi sviluppate dall'uomo²⁷⁹.

Tutto questo riportò in auge la questione della necessità di affermazione dei diritti umani che, come sappiamo, non nacque esattamente nel secondo dopoguerra, ma è presente in tutta la storia dell'umanità, trovandosi, in tempi moderni, in relazione diretta con la dottrina giusnaturalista²⁸⁰, che fu alla base dei movimenti delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo del XVIII secolo²⁸¹.

Risulta, inoltre, che a questo movimento del settecento mancava tuttavia una caratteristica che solo questa nuova stagione sarebbe riuscita a sviluppare, rivolta ad ottenere la dimensione della internazionalizzazione dei diritti²⁸².

Questo tipo internazionale di "progresso morale della società" - per usare le parole di Bobbio²⁸³ -, ha continuato a mostrarsi, tuttavia, controversa, problematica, complessa e ambigua, come ambigua è la storia dell'umanità e la natura stessa degli esseri umani, fonte inesauribile di bisogni e interessi sia per produrre la sopravvivenza delle ostilità del mondo di natura che per condurre la difesa del mondo degli uomini²⁸⁴.

²⁷⁹ BOBBIO N., *cit.*, p. 45.

²⁸⁰ Prima, tuttavia, Bobbio sottolineava anche che il momento di affermazione dei diritti vissuto a Roma non ebbe la stessa dimensione della corrente attuale, dal momento che si legava più alla sfera delle relazioni private. Sostiene, in ultimo, che «la grande svolta ebbe inizio in Occidente dalla concezione cristiana della vita, secondo cui tutti gli uomini sono fratelli di Dio in quanto figli di Dio». Ivi, p. 57. Anche in (MATTARELLI S., *cit.*, 2007, p. 8), rileva la nascita della «giusnaturalistica età dei diritti» a partire dal seicento. Logicamente, l'attuale età dei diritti non si confonde teoricamente con queste indicate da Bobbio e Mattarelli, nella misura in cui è caratterizzata da un forte movimento di normalizzazione di questi diritti.

²⁸¹ Con Locke, si rompe la visione tradizionale dell'uomo malvagio (la fiera di Lucrezio, la bestia di Cicerone, e il lupo di Hobbes), considerandolo nel suo stato di natura come soggetto libero, titolare di tutte le facoltà derivanti da questo stato.

²⁸² In questo senso, BOBBIO N., *cit.*, 2011, p. 45 e PECES-BARBA G., 1987, pp. 13-14.

²⁸³ BOBBIO N., *cit.*, 2011, pp. 46-51.

²⁸⁴ L'affermazione qui è fatta per chiarire che la fase di internazionalizzazione dei diritti umani porta con sé una serie di sfide, derivanti dalle diverse visioni del mondo condivise nel mondo, non essendosi realizzato in un movimento rettilineo e univoco, come del resto ancora oggi non si rese effettivo. Sui problemi di internazionalizzazione dei diritti umani, si vedano: CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Roma-

In questo senso, è stato necessario portare avanti il mondo delle scienze della morale, passando dal periodo del codice dei doveri all'era del codice dei diritti, o dal periodo di buio verso una fase di luce che ha mostrato ripercussioni sotto vari punti di vista.

La prima ripercussione passava per la necessità di ripercorrere il perimetro intorno alla visione dell'importanza dell'individuo a fronte delle organizzazioni sociali, dal momento che la visione precedentemente predominante riteneva il predominio degli interessi di queste organizzazioni sugli interessi degli individui.

E questo aveva bisogno di essere cambiato al fine di riconoscere la primarietà dell'individuo sulla comunità, essendo questo un effetto che era già di per sé rappresentò una rivoluzione sorprendente, che ebbe luogo da allora in poi non in modo radicale, ma gradualmente.

Questo approccio ha consentito l'emergere di un'altra conseguenza, cioè la rottura con l'antica tradizione di sviluppo del pensiero politico, cominciando dalla posizione dei governanti e non dei governati, che fino ad allora erano ancora visti come oggetti o, al massimo, come soggetti passivi.

D'altra parte, il grande soggetto attivo di questo periodo, come è noto, era il popolo o, per meglio dire, la classe sociale che comandava politicamente il popolo, destinatario in primo luogo di doveri e poi, quando possibile, di qualche diritto.

Con l'emergere della nuova visione politica, predomina quindi la visione giusnaturalista di chiara matrice individualista, di primato dell'individuo, in opposizione alle precedenti concezioni teoriche che hanno aderito ad una concezione politica organica di primato dello Stato.

L'età dei diritti è, dunque, un movimento di impronta tipicamente individualista che inverte la logica tra diritti e doveri, in cui l'individuo è posto in una posizione di superiorità in relazione allo Stato, composto sulla base degli individui e non il contrario, mantenendo come finalità ultima quella della salvaguardia dei diritti umani fondamentali.

Bari, Editori Laterza, 2010, T. ENDICOTT, I diritti umani sono davvero universali?, in: T. Mazzaresse, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli Editore, 2010, pp. 45-63, FERRAJOLI L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, 3^aed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2008, HABERMAS J., *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012, KAUFMANN M., *Diritti umani*, Napoli, Alfredo Guida Editore, 2009, PAROLARI P., La tutela dei diritti fondamentali nelle società multiculturali, in: T. Mazzaresse, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, Giappichelli Editore, 2010, pp. 45-63, RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

In questa inversione di logica, ciò che veniva richiesto agli individui era di pensare prima ai diritti e poi ai doveri, e per lo stato esattamente il contrario, vale a dire, in primo luogo ai doveri e poi ai diritti²⁸⁵.

Per quanto riguarda lo scopo dello Stato, questa forma di realizzazione della rivoluzione dei diritti richiede anche un cambio di prospettiva, lasciando dietro di sé la visione organica del mantenimento dell'ordine pubblico, della pace e dell'unità del gruppo di individui, e assumendo la concezione individualista garanzia della crescita individuale senza l'imposizione di restrizioni e condizioni esterne.

Infine, non mancarono conseguenze anche all'interno della visione della giustizia, con l'abbandono della prospettiva organicistica del modello secondo cui ogni parte del corpo dovrebbe sviluppare la propria funzione, e successivamente con l'assimilazione dell'ideale di giustizia individualistica di soddisfacimento dei propri bisogni e realizzazione delle proprie finalità, rappresentando, la felicità, il fine individuale per eccellenza.

Tutto questo ha condotto alla nascita dell'età dei diritti, che passò per un processo, come sopra detto, molto complesso di affermazione, anche a fronte della comparsa di nuovi diritti che diedero origine ad una nuova fase nell'evoluzione storica dei diritti umani denominata dal Bobbio "fase di specializzazione".

Questa fase coinvolse – e continua ancora oggi a coinvolgere – il sorgere di nuovi diritti connessi a nuove categorie di soggetti giuridici, in cui si evidenziano, in particolar modo, i diritti dei bambini, i diritti delle donne, i diritti degli anziani, i diritti delle persone con esigenze diritti speciali, i diritti della comunità LGBT, i diritti della popolazione afro-discendente, i diritti dei prigionieri, e così via.

La presa d'atto internazionale dell'importanza della dichiarazione di questa nuova età, tuttavia, non fece sì che la sua concretizzazione si verificasse così facilmente, anche a causa dei costi culturali, politici, giuridici ed economici da sostenere nella realizzazione di ogni diritto fondamentale regolamentato.

In conseguenza di quanto appena detto, vennero a formarsi, spontaneamente, due grandi scuole di pensiero politico e giuridico, espresse nella posizione universalista e in quella relativista²⁸⁶.

²⁸⁵ In questo senso, in BOBBIO N., *cit.*, 2011, p. 59, si afferma chiaramente che «nei riguardi degli individui vengono d'ora innanzi prima i diritti poi i doveri; nei riguardi dello stato prima i doveri e poi i diritti». In merito a questo processo, in MATTARELLI N., 2007, p. 8, l'A. chiarisce che «la conseguenza di questo processo ha prodotto una nuova concezione che ha posto l'individuo prima dello Stato e ha dunque anteposto i diritti ai doveri. Il primato del «dovere» è restato confinato alla "prospettiva statale».

In sintesi, gli universalisti ritenevano che il processo di affermazione dei diritti umani dovesse avvenire su scala universale, non prendendo in considerazione le caratteristiche di ciascun popolo. I relativisti, d'altro canto, sostenevano un'affermazione parziale dei diritti umani a livello internazionale, con rispetto - assoluto o parziale - delle differenze tipiche di ogni nazione.

Bisogna dire che, in effetti, questa differenza di opinioni nel prosieguo del percorso storico dei diritti umani, e di conseguenza della stessa età di diritti, è rimasta fino ad oggi presente, talvolta con alcune spinte universalistiche, talaltre di slancio relativistica.

Tuttavia, nonostante queste difficoltà, l'età dei diritti è riuscita ad affermarsi non solo dall'alto della storia del genere umano, ma anche, e soprattutto, nella cultura della gente, dal basso, producendo progresso sociale e, perché no, morale.

Tutto questo percorso ha permesso, così, la nascita di un movimento nella storia umana caratterizzata da un impiego ampio dell'ordinamento giuridico per l'affermazione dei diritti, con un certo disagio per la istituzione normativa dei doveri.

Esistono innumerevoli norme internazionali e nazionali che stabiliscono una lunga lista di diritti umani e fondamentali. Tuttavia, nonostante in molti casi si parli di doveri nei documenti legislativi, la verità è che la loro menzione nei testi è sempre meno frequente²⁸⁷.

Del resto, sembra naturale che la democratizzazione del processo politico elettorale dei governanti di ogni nazione ha influenzato questo risultato, non essendo – sia consentito dire – un'operazione “*politically correct*”, almeno sul piano di capitale politico elettorale nei paesi di matrice tipicamente liberale, parlare e trattare di doveri degli individui.

²⁸⁶ Sul punto, se vedano: AZZARITTI G. *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 85-120, CASSESE A., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010, pp. 60-74, GROSSI P., *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 81-93; HÄBERLE P., *Dies Verfassung des Pluralismus, Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (1980); tr. esp. Emilio Mikunda-Franco, *Pluralismo y Constitución*. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, Madrid, Editorial Tecnos, 2008; KAUFMANN M., *Diritti umani*, Napoli, Alfredo Guida Editore, 2009, pp. 135-177; RENTELN A., *International Human Rights: Universalism Versus Relativism*, Newbury Park, Sage Publications, 1990, SEN A., Elements of a Theory of Human Rights' in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32 n. 4, 2004, pp. 315-356; ZOLO D., Fondamentalismo umanitario, in IGNATIEFF M., *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003.

²⁸⁷ Questo, tuttavia, non accade in modo diverso nelle sentenze della Corte Costituzionale italiana e del Supremo Tribunale Federale brasiliano, come si vedrà più avanti.

Ma questo accadde più in conseguenza proprio del superamento del pensiero filosofico e politico della fase denominata anche "età di doveri", che generò la fine di un lungo periodo storico, debitamente considerati nelle seguenti riflessioni-

2.3.1 Il crepuscolo dell'età dei doveri

L'età dei doveri non si costituì in un periodo determinato e consistente della storia umana. Qualsiasi analisi critica che lo affermasse commetterebbe un errore scientifico.

Da un lato, non si tratta di un periodo determinato in ragione del fatto che non si può, né si dovrebbe, precisarlo storicamente con data di inizio e di fine, soprattutto a livello internazionale, dove diverse culture e nazioni si svilupparono nel proprio tempo e con le proprie caratteristiche.

D'altra parte, neppure ci si riferisce ad un tipo di periodo consistente, solido, coeso, nel senso di presentarsi per mezzo di un fondamento ideologico unico e, soprattutto, di un sistema politico esclusivo.

Alla luce di queste considerazioni iniziali, allora ci si dovrebbe chiedere: quale sarebbe l'ultima età di doveri? Quando si manifestò? Qual è la sua evoluzione storica? Quali sono le sue caratteristiche principali? Quali furono i contributi positivi dati alla storia del genere umano? Quali sono state le maggiori perdite storiche?

Per fornire qualche risposta a queste domande, è necessario restringere la riflessione. Ciò è dovuto al fatto che un'analisi più ampia potrebbe, nonostante costituisca sempre un notevole contributo, compromettere lo scopo principale di questo studio, che ha certamente dei pregiudizi sulle implicazioni in materia di *costituzionalismo*.

Fatta, pertanto, questa doverosa premessa, si può dire che l'età dei doveri segna non solo una fase storica ma anche una sorta di movimento di pensiero, soprattutto filosofico e politico, che si occupa di relazioni umane, politiche e giuridiche con una profonda predominanza della morale.

In effetti, l'età dei doveri ritrova i suoi punti salienti accentuati in alcuni periodi della storia, ma ciò che in realtà lo forma e conforma non è il piano storico ma la dimensione cognitiva, anche perché, nel corso della storia, si affermò per diverse ragioni morali.

D'altra parte, non è un movimento di pensiero che si specializza in un aspetto della moralità, ma accoglie, nella sua forma, tutte le correnti della morale, sia essa di origine laica o religiosa, statale o sociale, di partito o associativa, pubblica o privata.

In linea di massima, la "grande" età dei doveri possiede le radici storiche nello stesso sorgere delle organizzazioni sociali in cui l'uomo doveva cercare di individuare delle linee guida al fine di stabilire una vita sociale pacifica e armoniosa, essendo il Codice di Hammurabi e quello dei Dieci Comandamenti, punti di riferimento di questo movimento ideologico.

Appare, inoltre, possibile vedere rappresentanti dei loro pensieri nella Grecia antica, attraverso il perseguimento della virtù, in particolare Platone, nell'antica Roma, con le influenze politiche di Cicerone, nel Medioevo con le riflessioni sacre di S. Agostino e nella modernità con lo spirito delle leggi di Montesquieu e gli imperativi morali della Kant.

Tuttavia, nonostante l'età dei doveri si inserisca ampiamente in varie fasi della storia, questo non ci impedisce di presentare un approccio piuttosto circoscritto di questo fenomeno, al fine di effettuare un campo storico specifico per disegnare il necessario punto di contatto con la storia del *costituzionalismo*.

Considerando, dunque, l'idea precedentemente sviluppata che il *costituzionalismo* nasca, difatti, con l'avvento della modernità, ciò che rimane necessario chiarire è che, quando ci si riferisce all'età dei doveri, il pensiero riporta alla necessità di mettere a fuoco il presente studio partendo dalla comparsa della modernità, così da facilitare la comprensione del fenomeno e permettere una migliore riflessione sull'argomento.

Accolta questa premessa, si potrebbe allora dire che questa "età dei doveri", ora tra virgolette, nasce assolutista e utilizzata per soddisfare gli interessi privati del re dominante, o al massimo della "corona".

Questo re, associato con le forze ecclesiastiche, in un primo momento, si impose ideologicamente attraverso, sostanzialmente, riflessioni religiose e poi, in una seconda fase, permettersi di diffondersi attraverso le ideologie del diritto naturale a favore dello Stato, anche nella sua versione laica, e già in fase di sviluppo è stato di polizia (*Polizeistaat*).

Dalla sua nascita, "l'età dei doveri" passa, nell'Europa continentale occidentale, per un particolare periodo di immersione politica per poi calibrarsi in direzione dello stato di diritto in cui, sebbene si dichiari liberale, impose la propria logica morale

limitativa della effettività delle libertà degli individui, nella misura in cui i suoi codici normativi, che hanno determinato il riconoscimento delle libertà, venivano incontro agli interessi prevalentemente dello Stato, operante in modo esclusivo il controllo della moralità pubblica, laica e statale.

Inoltre, "l'età dei doveri" si manifesterà nel suo aspetto più autoritario e totalitario di tutti i tempi moderni in quanto intesa come cultura, ragione, oggetto e forma di dominazione delle masse a favore di una morale legata ad un discorso di costruzione della nazione, ma in realtà servile agli interessi di partito, di stato e laicità, essendo questa l'ultima forma che ha prevalso nei paesi occidentali dell'Europa continentale²⁸⁸.

Le principali caratteristiche dell'"età dei doveri" sottendono alla logica stessa della istituzione dei doveri in capo agli individui, attraverso cui prevale sempre la visione sociale organica a scapito della visione individuale.

Così, tra queste caratteristiche, è possibile evidenziare: la predominanza di imporre obblighi agli individui e diritti per la struttura che controlla la forma di organizzazione sociale, con la conseguente riduzione al minimo di concedere diritti agli individui e doveri per questa stessa struttura²⁸⁹.

La centralizzazione della visione di finalità della vita umana in favore della vita collettiva si sovrappone in qualsiasi altro modo per comprendere la ragione di essere di ciascun individuo, in modo che l'individuo esista solo come oggetto di raggiungimento degli obiettivi organizzativi²⁹⁰.

All'interno di questo concetto, l'idea di giustizia si materializza poiché connessa in primo luogo con i valori oggettivi, imposti dall'esterno alla volontà individuale, a differenza delle intese individualistiche che vedono la giustizia correlata ai valori soggettivi degli individui.

²⁸⁸ All'uopo, tuttavia, si osserva come questa ultima fase dell'"età dei doveri" è ancora presente in molti paesi, in cui un forte sistema politico di controllo sociale è sostenuto sulla base delle sue premesse di base, potendosi evidenziare, ad esempio, i modelli cubani e venezuelano, quello appartenente al continente americano, in Asia quello cinese, e la stragrande maggioranza - o almeno una gran parte - del Medio Oriente e dell'Africa, spesso ancora fortemente legati ad argomenti religiosi, che fondano i valori morali imposti da quei tipi di governi.

²⁸⁹ Come sostiene Bobbio, "la medaglia della morale è stata tradizionalmente guardata dalla parte dei doveri più che da quella dei diritti". BOBBIO N., *cit.*, 2011, p. 55. Sul punto cfr. MATTARELLI N., *cit.*, 2007, p. 8, in cui si afferma che «il dispotismo, nelle varie epoche, ha infatti esatto dai sudditi solo doveri e nessun diritto, fede cieca nell'autorità, annullamento della persona nello stato (etico)».

²⁹⁰ In proposito, Bobbio afferma che questa era il tratto caratteristico di uno Stato di sofferenza e di infelicità. V. BOBBIO N., *cit.*, 2011, p. 52.

L'"età dei doveri" è altresì caratterizzata da un uso massiccio di mezzi di forza e di manipolazione della coscienza collettiva per l'imposizione e l'esercizio del sistema di controllo sociale.

La sovrapposizione del sistema morale su quello giuridico è sua caratteristica, questo fa sì che la figura originale deontica sia un dovere e non un diritto²⁹¹, strutturando l'intero sistema di controllo giuridico e sociale intorno a questo significato cognitivo-normativo.

Caratteristica importante è anche quella dell'uso del sistema giuridico a suo favore, mediante la massima chiusura delle proprie fonti, che generalmente sono messe effettivamente a disposizione della sola struttura che controlla la forma di organizzazione sociale, e con l'imposizione primordiale dei doveri; e questo perché, nello stabilire i diritti, il centro non è quello dei diritti di libertà, ma di quelli giustizia.

Infine, un'altra caratteristica molto importante dell'"età di doveri" è quella di ignorare, in tutto o in parte, la democrazia come elemento fondamentale e strutturale nella realizzazione dei sistemi politici e giuridici.

Anche se per alcuni, specialmente per i liberali, non è possibile leggersi un contributo positivo dell'"età dei doveri", per la storia dell'umanità si potrebbe, tuttavia, riflettere sugli effetti favorevoli prodotti sul piano della gestione delle aggregazioni sociali di alcune nazioni in certi momenti storici, sebbene con il sacrificio di pochi o di molti.

E senza disprezzarne o svalutarne la sofferenza attraverso cui si è passati, al contrario. Si tratta di un dolore che non sarebbe dovuto accadere. Tuttavia, non sarebbe neppure corretto dire che le riflessioni predominanti di questa epoca non permisero che gruppi sociali e nazioni si mantenessero uniti, diffondendo una cultura sociale omogenea che, se oggi non viene apprezzata dai più, rimase comunque un elemento (che è stato) chiave per il successo, in quel dato momento, dell'istituzione della pace sociale.

L'imposizione, a un certo punto, dell'idea di ordine e progresso ha portato anche alcune società un certo grado di sviluppo socio-economico che non può essere trascurato, avendo ottenuto dati economici e sociali e attuato i piani nazionali di infrastrutture senza pari in altri momenti storici.

²⁹¹ Nel mondo morale, la figura deontica originaria è il dovere, non il diritto. Così, BOBBIO N., *cit.*, 2011, p. 54.

D'altra parte, tra i gravi danni storici risaltano, senza dubbio, i numerosi effetti sulle libertà individuali con l'introduzione di sistemi politici arbitrari e antidemocratiche.

Sul piano individualistico, "l'età dei diritti" può essere considerata come un periodo buio della storia, in cui i motivi che motivarono le decisioni pubbliche erano abbastanza lontani dal piano di razionalità che privilegiasse una visione umanistica del mondo.

In diversi momenti, "l'età dei doveri" è stata raggiunta attraverso il dominio politico e militare di persone o gruppi, che compirono le maggiori atrocità mai viste nel mondo a favore della costruzione di imperi reali.

La visione totalizzante e limitata imposta da questi sistemi, impedì che gli ambienti e le sfere di controllo del potere potessero di fatto svolgere la loro funzione, portando alla nascita di una coscienza collettiva di sottomissione alle barbarie e atrocità commesse prima ancora di dover partecipare le loro pratiche.

Per tutto questo, dopo la fine della seconda guerra mondiale, i nuovi movimenti e governi liberali dell'Europa occidentale continentale criticarono il fatto della fine dell'"età di doveri", imponendo una nuova logica, come detto prima, di aspirazione per le rivendicazioni dei diritti e per i sistemi politici e giuridici democratici.

Il crepuscolo dell'"età dei doveri" passa, in ultimo, per una grande sfiducia, da parte dell'umanità, nei sistemi morali finora vissuti come una forma efficiente per condurre l'organizzazione delle società contemporanee e, soprattutto, per la risoluzione dei suoi conflitti.

Il salvataggio della consapevolezza dell'importanza di valorizzare le persone e i propri diritti nella realizzazione del sistema politico e giuridico il cui scopo era quello della creazione della libertà e dell'uguaglianza fece sì che lo scopo organico perseguito dall' "età dei doveri" entrasse in collasso e declino.

D'altra parte, il declino della "età dei doveri" si verificò anche per la formazione di una nuova cultura all'interno delle cosiddette "*società post-moralistiche*", che non sono più strutturate sulla base di "imperativi iperbolici di dovere collettivo", ma in "imperativi iperbolici di felicità individualista", in cui non viene riconosciuto alcun obbligo di vincoli e rispetto verso qualcosa di diverso dall'individuo stesso²⁹².

²⁹² LIPOVETSKY G., *cit.*, 2004, p. 17.

L'introduzione e l'affermazione della "età dei diritti" era il percorso che si perseguiva, ancora una volta, nella storia umana. Percorso che avrebbe, e continua ad avere, un lungo e difficile tragitto per la sua concretizzazione di fatto.

2.3.2 La concretizzazione dell'età dei diritti

Come già detto in precedenza, il percorso per raggiungere la cosiddetta "età dei diritti" passa necessariamente attraverso un lungo e difficile tragitto storico iniziato subito dopo la fine della seconda guerra mondiale.

A differenza delle dimensioni della sua proclamazione iniziale, l'ambito della concretizzazione di questo movimento possiede caratteristiche proprie, che devono essere adeguatamente considerate in questo studio. Tanto più che la tensione e la messa in discussione del processo storico, filosofico, politico e giuridico del raggiungimento dei diritti porterà anche ad una certa disillusione di questo consolidamento, portando alle sue attuali problematiche.

Pertanto, in primo luogo, è necessario considerare la distinzione tra la concretizzazione del movimento di pensiero che è scaturito alla nascita di "età dei diritti" e la concretizzazione del processo di effettività dei diritti di cui tratta, in una sorta di differenziazione richiesta tra creatore e creatura o tra causa ed effetto, sebbene in rapporti diretti l'uno con l'altro.

Questo perché se così non fosse, si correrebbe ovviamente il rischio di confondere gli oggetti dell'analisi, compromettendo i risultati dello studio che deve essere realizzato, con il raggiungimento di risultati che non farebbero riferimento alle specifiche ipotesi descritte.

In tal senso, si dovrebbe consentire, perlomeno, l'opportunità di riflettere sul processo di realizzazione dei diritti in forma ampia o parziale, cioè a dire prendendo in considerazione sia le sue cause che i suoi effetti, ovvero analizzandoli separatamente.

A questo scopo, si può premettere che, almeno nella maggior parte dei paesi occidentali, specialmente in Europa occidentale, l'"età dei diritti" si materializzò.

L'impatto di questa realizzazione potrebbe essere colto dalla proliferazione dominante nel panorama politico e giuridico dei suoi ideali e della sua cultura, con piena approvazione del lavoro teorico e pratico dell'affermazione dei diritti nei vari documenti normativi nazionali ed internazionali.

Basti vedere, sul piano internazionale, dopo la fase di *internazionalizzazione* in cui diversi furono i documenti di dichiarazione dei diritti umani, come già detto, la fase di *specializzazione* diede vita a molti nuovi testi.

Per quanto riguarda la *specializzazione* che denominiamo "soggettiva" per il trattamento della condizione di una classe di persone come oggetto principale, è possibile evidenziare, tra gli altri: Dichiarazione dei diritti dei bambini (1959), Dichiarazione sull'eliminazione della discriminazione contro le donne (1967), Dichiarazione dei diritti dei disabili mentali (1971), Dichiarazione dei diritti dei disabili (1975), Carta dei diritti dei lavoratori migranti in Sud Africa (1978), Dichiarazione dei principi fondamentali di giustizia per le vittime di reati e abusi di potere (1985), Dichiarazione sui diritti umani delle persone che non sono cittadini del paese in cui vivono (1985), Dichiarazione sui principi sociali e giuridici relativi alla protezione e al benessere dei bambini, con particolare riferimento all'adozione e immissione in luoghi di controllo a livello nazionale e internazionale (1986), le regole delle Nazioni Unite per la protezione dei minori privati della libertà (1990), Principi fondamentali per il trattamento dei detenuti (1990), Principi per la tutela dei malati di mente e per il miglioramento dell'assistenza alla salute mentale (1991), Principi delle Nazioni Unite per le Persone Anziane (1991), Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche (1992), Dichiarazione sulla protezione di tutte le persone con la forzatamente scomparse (1992), Dichiarazione sull'eliminazione della violenza contro le donne (1993), Principi fondamentali e le linee guida sul diritto delle vittime di gravi violazioni del diritto internazionale dei diritti umani e di gravi violazioni del diritto umanitario internazionale per porvi rimedio e ottenere riparazione (2005) e la Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei Popoli Indigeni (2007), Regole delle Nazioni Unite per il trattamento dei detenuti e misure non detentive per le donne criminali (2010).

D'altra parte, per quanto riguarda la *specializzazione* c.d. "oggettiva", non specificamente affrontare la condizione di una classe di persone come l'oggetto principale, è possibile evidenziare, tra gli altri: Dichiarazione sui principi del diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra Stati membri in conformità con la Carta delle Nazioni Unite (1970), Dichiarazione sul rafforzamento della sicurezza internazionale (1970), Dichiarazione dell'Oceano indiano come zona di pace (1971), Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati (1974), Dichiarazione sull'uso del progresso scientifico e tecnologico nell'interesse

della pace e per il bene dell'umanità (1975), Dichiarazione sulla preparazione delle società a vivere in pace (1978), Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e discriminazione fondate sulla religione o sul credo (1981), Carta Mondiale per la Natura (1982), Dichiarazione sul diritto dei popoli alla pace (1984), Dichiarazione sul diritto allo sviluppo (1986), Dichiarazione sulla cooperazione internazionale nell'esplorazione e l'uso di lo spazio esterno per il bene e l'interesse di tutti gli Stati membri, tenendo conto in particolare delle esigenze dei paesi in via di sviluppo (1996), la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla criminalità e la sicurezza pubblica (1996), Dichiarazione sul diritto e la responsabilità degli individui, gruppi e istituzioni per promuovere e proteggere i diritti umani e le libertà fondamentali universalmente riconosciuti (1998), Dichiarazione e il Programma d'Azione per una Cultura di Pace (1999), Dichiarazione sulle città e altri insediamenti umani nel nuovo millennio (2001), Dichiarazione di impegno nella lotta contro l'HIV/AIDS (2001), la Dichiarazione delle Nazioni Unite sulla clonazione umana (2005) e la Dichiarazione delle Nazioni Unite per l'istruzione e la formazione in materia di diritti umani (2011).

Alla luce di questi documenti normativi internazionali si ha, allora, piena nozione del fatto che l'idea dell'"età dei diritti", "colpì nel segno", riuscendo nell'intento di penetrare negli scenari giuridici e politici della grande maggioranza dei paesi del mondo permeato dagli ideali del liberalismo e dell'individualismo.

In realtà, qualsiasi posizione che cercasse di limitare o restringere i diritti porta con sé una forte diffidenza per la grande maggioranza della società, nonché una disapprovazione forte da parte dei diversi settori sociali.

Tutto questo a causa della diffusione dell'assorbimento da gran parte della società mondiale dei fondamenti filosofici e politici che sono contenuti in questo movimento, che non consente all'uomo di essere più inteso come il grande protagonista di questo mondo, dovendo tutte le azioni cercare di tutelare i diritti e gli interessi che sono loro favorevoli.

Tuttavia, è necessario analizzare, anche l'idea di concretizzazione di questo movimento assicurandosi che i diritti di cui in questa fase della storia umana siano stati di fatto posti in essere.

Sotto questo aspetto, anche se non si fecero grandi passi verso l'effettività, con la garanzia e la realizzazione di maggiori diritti a più persone, con una serie di idee e di effetti per nuove culture e nazioni, anche l'analisi più dettagliata non può dimenticare che il processo di concretizzazione non si è pienamente realizzato.

In realtà, nonostante tutto questo progresso, ci sono numerosi casi di persone, gruppi, classi e persone provenienti da diversi paesi del mondo, anche nella parte occidentale, anche tra i paesi più sviluppati, a cui non sono riconosciuti i diritti dichiarati da questo movimento.

I casi di violazione dei diritti di libertà sono costantemente riportati sulla scena politica internazionale. Anche i dati sociali della popolazione mondiale mostrano che i diritti non sono stati debitamente resi effettivi.

Questa situazione di non materializzazione dei diritti promessi da parte de'"l'età dei diritti" porta ad un enorme divario tra retorica e realtà, frustrando così le aspettative, sempre maggiori, da parte dei titolari delle posizioni giuridiche soggettive.

È pur vero, tuttavia, che la mancata attuazione dei diritti, di per sé, non rende inutile o sminuisce questo movimento di affermazione dei diritti che, anche se non è stato ancora in grado di materializzarsi pienamente, regala diversi contributi positivi allo sviluppo dell'umanità.

D'altra parte, è necessario comprendere che ci sono diversi motivi che portano a questa situazione di non concretizzazione, considerando anche che, in molti casi, non sono connessi con le stesse basi del concetto di "età dei diritti", sebbene, come si dirà nel prosieguo della trattazione, questo può ritenersi essenziale.

Tra le ragioni che rendono difficoltosa la realizzazione dei suddetti diritti, ne sono da mettere in rilievo almeno tre: l'infinita creazione di nuovi diritti²⁹³; la crisi dell'attività legislativa e, in ultimo, la limitazione delle azioni da parte dell'esecutivo.

La prima ragione si trova in stretta relazione con il processo stesso di affermazione dei diritti umani che, come sappiamo, successe ad una procedura che gli studiosi definiscono di "evoluzione dei diritti".

²⁹³ Sul problema dei nuovi diritti, si vedano: AZZARITI G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 58-84, CANOTILHO J. J. G., *Estudos sobre direitos fundamentais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 35-68, COLAPIETRO C.- RUOTOLO M., *Diritti e Libertà*, in F. Modugno (a cura di), *Diritto Pubblico*. Torino, Giappichelli, 2012, p. 551-552; PACIOTTI E., *Diritti umani, diritti fondamentali, nuovi diritti in Europa*, in *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Tecla Mazzaresse e Paola Parolari (a cura di), Torino, G. Giappichelli Editore, 2010, pp. 35-43, PINTORE A., *Diritti insaziabili*, in FERRAJOLI L. (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, 3^a ed., Roma-Bari, Editori Laterzi, 2008, pp. 179-200, RIDOLA P., *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino: Giappichelli, 2006, pp. 148-180 e RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

L'evoluzione dei diritti anzidetta visse la prima generazione, o dimensione, per poi progredire verso la seconda, terza, quarta, quinta, e per alcuni addirittura anche una sesta, configurando un processo di espansione dell'affermazione dei diritti.

Non che questo rappresentasse di per sé un problema. Non è questo. Anche perché, in teoria, letta con una certa logica, più diritti vengono riconosciuti meglio è. Secondo quest'ordine di idee, sempre per ipotesi, diminuisce la possibilità di un altro di sfruttamento e disuguaglianze umane.

Risulta, d'altra parte, che ciò rende piuttosto difficile la realizzazione di tutti i diritti allo stesso tempo, poiché se il processo di realizzazione di un diritto spesso richiede un grande sforzo politico, culturale ed economico che necessita di un lungo percorso temporale per la propria maturazione, molto più complessa diventa invece la concretizzazione di un ampio catalogo di diritti, è ciò che accade attualmente.

I conflitti tra gli interessi di coloro che sono i titolari di numerosi diritti, per altro verso, rende anch'essa molto difficile questo processo, che si trova costantemente di fronte a problemi che coinvolgono i diritti ambientali, il diritto allo sviluppo, il diritto alla libertà di espressione e il diritto alla libertà di la religione, i diritti alla libertà di stampa e dei diritti alla privacy, tra gli altri, non può stabilire una piena realizzazione dell'uno o dell'altra posizione.

Inoltre, la crisi dei diritti di realizzazione deriva anche da una crisi che è quella che si riferisce all'attività legislativa che, a causa della comparsa di molti diritti, in particolare di quelli che hanno un grande rapporto con le aree più tecnici, non può spiegare la sua funzione a tempo debito.

Naturalmente questo ha relazione con la questione stessa del progresso dei bisogni della popolazione mondiale e il processo di accelerazione frenetica del soddisfacimento di queste richieste, causata, specialmente, dalla evoluzione delle pratiche consumeristiche nonché dagli effetti di un fenomeno chiamato "età della informazione"²⁹⁴ in cui, normalmente, le attività vengono sviluppate in modo piuttosto immediato.

²⁹⁴ Sul tema si vedano: CASTELLS M.- HIMANEN P., *The Information Society and the Welfare State The Finnish Model*, Oxford University Press, Oxford, 2002, trad. it., *Società dell'informazione e welfare state: la lezione della competitività finlandese*, Guerini & Associati, Milano, 2006; PAGALLO U., *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2014; RIFKIN J., *The age of access: the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, Tarcher/Putnam, New York, 2000, trad. it., *L'era dell'accesso*, Mondadori, Milano, 2000.

La questione è che, nonostante questo aumento dei bisogni umani e della esigenza sociale di rapidità di risposta alle loro richieste, l'attività legislativa, per quanto si sforzi, non riesce a sviluppare le sue attività nel tempo richiesto dalla società, dal momento che il processo legislativo ha pratiche proprie che impediscono, normalmente, una produzione legislativa rapida²⁹⁵.

Tale situazione normativa NPL peggiora anche prima della terribile corruzione delle forze politiche segnalati quotidianamente dai media nazionali e internazionali, un processo di maggiore usura dell'immagine e l'utilità della figura del legislatore, creando un ambiente di non-riconoscimento e disprezzo tra i legislatori e gli individui.

Questo fa sì che, da un lato, gli individui non riconoscono il valore di diritto, disobbedendo quando lo ritengono più opportuno, d'altra parte, i legislatori svalutano le reali esigenze sociali, disinteressati alle attività legislative nella produzione di norme volte alla realizzazione dei diritti.

Oltre a tutto questo, la limitazione delle azioni esecutive contribuisce anche alla costruzione di questo scenario sfavorevole per la realizzazione dei diritti, perché oltre i vincoli discrezionali e cognitive dei propri pubblici ufficiali, la burocrazia dei sistemi e le difficoltà di bilancio, infatti, impediscono di soddisfare tutte le richieste delle polizze di diritti.

Anche questo aspetto è ulteriormente aggravato, ancora una volta, dai numerosi casi di corruzione di funzionari pubblici che non riescono a svolgere adeguatamente i loro compiti.

Per tutto questo, se l'analisi della concretizzazione dell'"età di diritti" fosse realizzata solo rispetto alle sue basi e alle sue cause, sarebbe possibile affermare che il risultato è positivo, in quanto viene ad elaborazione nella maggior parte dei paesi occidentali mondo.

Tuttavia, se la valutazione del raggiungimento dell'"età dei diritti" fosse compiuta in maniera più ampia oppure concentrata soltanto sui suoi effetti, la conclusione che ne deriverebbe sarebbe negativa, per non potersi dire ancora pienamente conclusa la fase di realizzazione.

In questo processo, ruolo di eminente rilievo è dato alla magistratura, che durante "l'età dei diritti", in base ai fini e ai principi strutturanti le costituzioni

²⁹⁵ In questo senso, v. GROSSI P., *cit.*, 2012, p. 35, ove si evidenzia l'inerzia del legislatore e la necessità di supplementi, accentuando il fenomeno della giurisdizionalizzazione del diritto e dell'importanza dei contributi Hans Georg Gadamer per l'ermeneutica giuridica.

democratiche riuscì, attraverso la sua attività interpretativa, ad espandere ed aumentare il livello di efficacia dei diritti.

Il nuovo scenario appena rivelatosi per l'attività interpretativa giudiziaria è direttamente correlato a quello che si vedrà di seguito, che si occupa del passaggio dal paradigma dello stato di diritto al paradigma dello stato costituzionale di diritto.

Naturalmente questo si pone in relazione con la questione stessa dell'accrescere dei bisogni della popolazione mondiale e il processo di accelerazione frenetica della risposta a queste richieste, che non riescono a entrare nella cerchia classica della grande opera legislativa, cioè a dire che il processo legislativo ha un tempo per la sua conclusione che non soddisfa più, di regola, il tempo di risposta richiesto dalle esigenze sociali.

Oltre a quanto detto, anche la limitazione delle azioni esecutive contribuisce alla costruzione di questo scenario sfavorevole alla realizzazione dei diritti, perché oltre i vincoli discrezionali e cognitivi degli stessi pubblici ufficiali, la burocrazia dei sistemi e le difficoltà di bilancio, infatti, impediscono di soddisfare tutte le richieste provenienti dalla dichiarazione di diritti.

2.4 Il paradigma dello Stato costituzionale di diritto

Il *costituzionalismo contemporaneo* è anche segnato dalla trasposizione di scenari in sistemi giuridici e politici della maggior parte dei paesi del mondo, soprattutto quelli di radice occidentale, conseguenza del cambiamento del proprio modo di comprendere e rendere effettivo il diritto.

Questo cambiamento decorre dalla nascita del paradigma dello stato costituzionale di diritto, un concetto che, come è noto, ha cominciato ad essere costruito subito dopo la seconda guerra mondiale, in un processo che si sviluppò insieme all'emergere di costituzioni democratiche contemporanee e con l'affermazione della "età dei diritti", ma che non si confonde necessariamente con alcuno di questi due fenomeni.

Questo perché lo Stato costituzionale di diritto non si limita a un paradigma che mantiene semplicemente la logica dell'affermazione dei diritti umani e la necessità di adozione di costituzioni che rispettino il principio democratico.

L'introduzione del paradigma dello Stato costituzionale provoca una rivoluzione che, nel suo complesso, non trova precedenti nella storia umana, essendo un

fenomeno che oggi ha prodotto discussioni sui suoi effetti, per esempio, nell'ambito della teoria generale del diritto, con la riformulazione della sua teoria delle fonti²⁹⁶.

Con tali succinte e iniziali impostazioni, è dato allora chiedersi: Qual è il paradigma dello stato costituzionale di diritto? Quali sono le sue caratteristiche principali? Ed infine, quali sono i suoi scopi principali?

In un primo momento, è dunque necessario capire che il paradigma dello stato costituzionale di diritto è un superamento del modello preesistente conosciuto come paradigma dello stato legislativo di diritto²⁹⁷.

Esso rappresenta il superamento di un modello predominante di organizzazione politica nel mondo emerso nel XVIII secolo e che si sviluppò fino alla fine della seconda guerra mondiale²⁹⁸.

In poche parole, deriva dal sentimento ampiamente condiviso da individui del sistema politico-giuridico allora in vigore, sotto la forte influenza giusfilosofica del positivismo, che non ha potuto evitare che il potere venisse esercitato senza limiti, provocando gravi violazioni dei diritti umani.

Lo Stato costituzionale di diritto è un paradigma di Stato che, in buona sostanza, cerca di sottoporre le decisioni pubbliche – siano queste di natura politica (legislativa o esecutiva) ovvero giuridica – e quelle di natura privata a un processo di razionalità che tenga conto al meglio delle circostanze reali e eterogenee della società contemporanea con l'unificazione del diritto intorno alla Costituzione, al fine di consentire un controllo migliore del potere in favore della tutela e della promozione della libertà e dell'uguaglianza degli individui²⁹⁹.

In questo senso, lo Stato costituzionale di diritto impone i suoi fondamenti e le sue pratiche tanto per la sfera pubblica – di qualsivoglia potere o istituzione dello

²⁹⁶ Sulla teoria delle fonti del diritto, si veda: MODUGNO F. (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 81-212.

²⁹⁷ M. Barberis parla di Stato (di diritto) legislativo (*Gesetzstaat*) e Stato (di diritto) costituzionale (*Verfassungsstaat*). V. BARBERIS M., 2012, p. 7.

²⁹⁸ Parlando di crisi vissuta dal diritto in ragione del modello diffuso in precedenza dallo Stato, P. Grossi afferma che «la crisi dello Stato, della legge, dell'assetto gerarchico delle fonti è crisi anche degli pseudo-caratteri artificiosamente attribuiti al diritto. Camminando in una direzione perfettamente opposta alla astrazione e alla rigidità, il crescente recupero di storicità reclama concretezza, elasticità, dinamicità». GROSSI P., *cit.*, 2012, p. 31.

²⁹⁹ «Il filo conduttore» dello *stato costituzionale*, incorpora, in questo modo, un processo di razionalità ben diverso dal processo del modello precedente, in cui il *costituzionalismo* necessita prestare attenzione, all'impegno politico intrapreso tra i gruppi che rappresentano la maggioranza e la minoranza politica, in quanto segue la stessa disponibilità del *costituzionalismo* in relazione ai motivi e alle istanze del pluralismo. Sul punto, si veda RIDOLA P., *cit.*, 2006, pp. 54-56.

stato o di un suo rappresentante – quanto per la sfera privata, anche senza alcun vincolo diretto con le funzioni dello Stato.

È un paradigma, pertanto, che si allontana dai pensieri che ignorano le circostanze reali ed eterogenee della società contemporanea, presentando un impegno chiaro ed esplicito verso la migliore delle condizioni concrete degli uomini, sfruttando il potenziamento della soluzione delle loro decisioni attraverso l'analisi di casi specifici.

Inoltre, seguendo gli ideali fondamentali del costituzionalismo, si presenta come un nuovo sistema di limitazione del potere che si sviluppa con le proprie caratteristiche per tutelare e promuovere i diritti delle persone alla libertà e all'uguaglianza³⁰⁰.

Ma, soprattutto, lo Stato costituzionale di diritto è realizzato con una forte idea di unificazione del diritto attorno al suo massimo *standard* normativo di riferimento, che diventa il centro irradiante e catalizzatore dei sistemi politici e giuridici dello stato contemporaneo, la costituzione³⁰¹.

Tra le sue caratteristiche principali, si può altresì dire che si tratta di un paradigma che si apre a un rapporto più dinamico tra diritto e morale³⁰², che non si limita al momento della creazione delle leggi³⁰³, ma che si stabilisce durante il processo giurisdizionale.

Questo accade in quanto si sviluppa sul piano legislativo attraverso due specie normative, le regole e i principi che, oltre alle discussioni sulle distinzioni tra forti e deboli, permette alla legge di mantenere un dialogo costante con la morale, cosa che non accadeva nel paradigma dello stato legislativo di diritto.

E anche in ragione del suo impegno con i nuovi valori etici - costituzionalizzati mediante le sue regole - che di solito si fa riferimento al concetto di dignità umana, alla funzione sociale della proprietà, alla solidarietà, tra gli altri.

³⁰⁰ In questo senso, importante contributo fornisce Ridola quando analizza gli effetti della nascita dello *stato nazionale* sulle garanzie dei diritti, affermando che «lo stato di diritto legislativo ha portato allo *stato costituzionale* l'accentuazione di una considerazione di tipo sistemico delle garanzie dei diritti» RIDOLA P., *cit.*, 2006, p. 115.

³⁰¹ Come afferma L'A., «il modello dello stato costituzionale è invece indissolubilmente legato all'idea della superiorità (giustiziabile) della costituzione». Testualmente, ID, p. 55.

³⁰² In tal senso, v. ALEXY R., *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008; DWORKIN R., *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, Id., *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2007, IBIDEM..

³⁰³ A tal proposito, viene proposta una visione di poco differente da quella sviluppata ma con molta più attenzione in FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti, per costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

Un'altra caratteristica importante è, poi, la sovrapposizione sistematica operata dalla Costituzione in relazione al posto occupato nello Stato di diritto, (re)inserendo il concetto di supremazia della costituzione nel sistema politico-giuridico di uno Stato.

La Costituzione riacquista così il suo *status* di predominio assoluto nel sistema giuridico, essendo normalmente dotata di considerevole rigidità in quanto necessaria per proteggersi dalle posizioni di maggioranza del momento, facendo salvi, semmai, la tutela dei diritti fondamentali e di altri valori e principi dalla stessa costituzionalizzati³⁰⁴.

Questo nuovo paradigma si sviluppa anche attraverso un movimento particolare, che nasce dalla sua stessa idea di unificazione del diritto attorno alla Costituzione, che è la costituzionalizzazione del diritto, e che incide su tutte le aree normative come una nuova logica sistemica, a contenuto formale, sostanziale e procedurale.

Il contenuto formale si osserva in relazione alla necessità di mantenere un rapporto diretto con le altre specie normative, con le regole formali stabilite dalla Costituzione per l'analisi e la realizzazione delle diverse attività.

Per contro, quello materiale si caratterizza per la necessità del contenuto delle norme stabilite da altre specie normative di armonizzarsi con gli aspetti sostanziali stabiliti dalle disposizioni costituzionali, specialmente con la tutela dei diritti fondamentali.

L'aspetto procedurale, a sua volta, si riferisce essenzialmente al rispetto per le aree democratiche di formazione e di attuazione delle norme costituzionali, mantenendo una forte relazione tra diritto e democrazia.

Questa costituzionalizzazione del diritto, d'altra parte, è fortemente migliorata grazie ad un'altra caratteristica propria di questo paradigma: lo sviluppo di una giurisdizione costituzionale da parte dei tribunali e delle corti costituzionali.

La riserva di questa giurisdizione per questi tribunali e Corti sottolinea l'impegno con l'aspetto prescrittivo delle sue norme, mantenendo l'indipendenza, sia pure relativa, del diritto in riguardo alla politica.

Indubbiamente, l'esercizio delle attività giurisdizionali da parte di queste istituzioni costituzionali si presenta come uno dei tratti più importanti dello Stato

³⁰⁴ Sul punto, Ridola precisa che «le trasformazioni profonde del costituzionalismo democratico del XX secolo, prodottesi in Europa a partire dal primo dopoguerra, hanno causato radicali mutamenti anche sul terreno dei diritti costituzionali, per quanto riguarda l'ampiezza del catalogo dei diritti, la struttura delle situazioni soggettive ed i mezzi di tutela». RIDOLA P., *cit.*, 2006, pp. 93-94.

costituzionale di diritto, essendo una realtà condivisa da quasi tutti i paesi, soprattutto occidentali.

Infine, in relazione ai loro effetti, che sono direttamente connessi alle sue stesse caratteristiche, lo Stato costituzionale di diritto decreta la fine dell'impero della "legge" come la più alta espressione della volontà dello Stato, organizzato principalmente intorno ad un profilo legislativo.

In questo senso, lo Stato costituzionale di diritto si impone come il paradigma organizzativo dei sistemi politici e giuridici degli Stati nel costituzionalismo contemporaneo, almeno per quel che concerne la maggior parte dei paesi occidentali.

Mediante ciò, il diritto viene concepito in modo meno astratto, generico ed omogeneo, per ottenere una grammatica che lo presenta più impegnato con la realtà degli individui, per essere in seguito sviluppato in maniera più concreta e eterogenea.

Questo paradigma produce anche un effetto importante in relazione ad un centro di altissimo interesse per il diritto, che è la teoria delle fonti, nella misura in cui, dalla sua introduzione, la legge non può essere considerata l'unica né, forse, un'originaria fonte di diritto, dal momento che l'origine della legge starebbe nella Costituzione stessa.

Un altro effetto di questo paradigma, che merita di essere sottolineato, riguarda l'esercizio dell'attività interpretativa, che si diffonde in modo così impressionante da liberarsi della vecchia idea, progettata per la magistratura da Montesquieu, di "mera bocca della legge".

In questo modo, la funzione concretizzante dell'attività interpretativa gioca un ruolo importante, soprattutto a causa dello spostamento, espressamente acconsentito o meno, del centro di definizione del contenuto semantico dei diritti e delle loro garanzie³⁰⁵.

Pertanto, l'interpretazione giudiziaria si presenta con un elevato grado di complessità, cercando di imprimere, attraverso le varie teorie e principi, maggiore razionalità e integrità alle proprie decisioni, anche se spesso presentano una forte

³⁰⁵ Un importante contributo succinto delle caratteristiche costituzionali è proposto da M. Atienza che li elenca in dodici punti chiave, tra i quali vale la pena di sottolineare l'importanza dei principi, la realtà dinamica della legge, l'importanza di interpretazione, la comprensione della validità sostanziale e formale, la necessità della giurisdizione di essere sviluppata attraverso i principi costituzionali, la tesi della connessione fra diritto e morale, l'importanza di argomentazione giuridica e la convinzione dell'esistenza di criteri oggettivi che conferiscono carattere alla pratica della giustificazione razionale delle decisioni. V. ATIENZA M., 2010, pp. 309-310.

tendenza alla disomogeneità che può anche compromettere la sistematizzazione di base dell'ordinamento giuridico di ciascun paese.

Ciò si verifica, ad esempio, in Brasile, con il fenomeno che Lenio Streck chiama "*panprincipiologismo*", che si occupa della tendenza della giurisprudenza e della dottrina brasiliana di decidere questioni costituzionali come una pratica che si riferisce ad una imprecisione tecnico-costituzionale³⁰⁶.

Nella misura in cui l'interprete si riconosce nella posizione di massima autorità del sistema, comincia a esercitare le sue funzioni senza un impegno "dovuto", imponendo la sua volontà personale, frutto spesso del "senso comune" condiviso, ignorando completamente i veri significati semantici.

Tale attività non dovuta si verifica, in particolare in Brasile, attraverso l'uso improprio delle teorie interpretative tedesche e americane, in particolare quella del bilanciamento dei diritti, nella situazione di apparente conflitto in casi concreti, con l'applicazione, dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

La crisi si inserisce tanto nella definizione di ciò che è conflitto, di ciò che è il caso concreto, tanto nell'uso della ragionevolezza e della proporzionalità per giungere ad una qualsiasi decisione, in una crescente attività decisionista che sembra non trovare, oppure di volere trovare un qualsivoglia limite per i reali interessi, molto spesso oscuri e illegittimi, da parte degli interpreti.

Tuttavia, in un modo o nell'altro, è innegabile che nel contesto dell'attività interpretativa lo Stato costituzionale di diritto si presenta in modo molto diverso rispetto a come venne concepito anteriormente, il che non rende, tuttavia, omogenee le sue prassi.

Tanto ciò è vero che, per esempio, il Ferrajoli ha individuato tre modi per definire teoricamente il costituzionalismo contemporaneo vissuto come esperienza dal governo costituzionale di diritto: il costituzionalismo positivista, principialista e garantista.

Data l'importanza di questa classificazione e la pertinenza delle sue conseguenze per lo sviluppo e le conclusioni di questo lavoro, i prossimi due temi cercheranno di analizzarne le caratteristiche principali.

³⁰⁶ STRECK L.L., *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 517-541. Sul questo punto, v. FERRAJOLI L., *cit.*, 2013, pp. 18 e 134.

2.4.1 Costituzionalismo positivista: un'ulteriore visione positivista del diritto

Nonostante lo stato costituzionale di diritto sia stato presentato con nuove proposte strutturali per il rapporto del diritto con la politica e, soprattutto, con la stessa relazione del diritto con se stesso, rimane tuttavia ancora una comprensione riduttiva delle sue forme ed effetti.

Questo perché, per coloro che sono ancora affiliati agli insegnamenti "ortodossi" del positivismo giuridico classico, la Costituzione avrebbe solo promosso un riallineamento della composizione del sistema giuridico, occupando il posto più alto da cui deriverebbero le altre specie normative.

Non che la Costituzione non occupi, difatti, questo posto nel paradigma attuale, ma il problema è che i sostenitori di questa scuola restano attaccati alla classica costruzione teorica della legge e della efficacia delle norme costituzionali, non riconoscendo il valore giuridico delle sue norme, in particolare quelle che hanno ad oggetto i diritti fondamentali.

La visione si sviluppa, altresì, in un panorama giuridico che continua a sancire il ruolo della legge, che si collega alle teorie tipiche che riguardano il concetto tradizionale di diritti soggettivi.

D'altra parte, la contrapposizione alla visione giusnaturalista è ancora il principale punto di discussione che favorisce il mantenimento del sistema di diritto limitato al vecchio piano di stato legislativo, andando a rafforzare sempre l'aforisma di diritto che "*auctoritas, non veritas facit legem*".

La costruzione filosofica e teorica è data dalla classica separazione tra i mondi deontici della morale e del diritto, allontanandolo da quelli della ricerca della giustizia e della verità, per poi avvicinarlo nuovamente.

Tutta la logica sottesa a questo modello è così sviluppata intorno al concetto del principio di legalità, che è la ragione, il mezzo e lo scopo del diritto, dovendo essergli sottomessi, anche se uno di essi ha la funzione di determinare la loro applicazione in ciascun caso.

In questo senso, non si va ancora oltre i vincoli del sistema giuridico e politico che rafforzano il ruolo del potere legislativo, continuando a vedere l'attività interpretativa più libera della magistratura come estremamente pericolosa e, forse, anche inutile.

In questo modello di *costituzionalismo* le decisioni pubbliche sono ancora prese in termini astratti e generali, ignorando l'importanza dell'analisi dei singoli casi e del loro potenziale risolutivo.

D'altra parte, rimangono ancora legati all'idea di discrezionalità giudiziale davanti a situazioni di lacune della legge, in contrasto con il proprio sistema giuridico rispetto ad un piano di integrità e coerenza.

È evidente che questo tipo di costituzionalismo, che si basa sulle idee del positivismo giuridico e dello Stato di diritto, si relaziona alla democrazia sul piano puramente formale, accontentandosi del semplice sistema rappresentativo delle decisioni pubbliche e non stabilendo una differenza fondamentale tra il piano costituzionale e il piano legislativo.

Questo fa sì che la Costituzione abbia una funzione essenzialmente tesa a stabilire le regole formali fondamentali per la produzione di altre specie normative, non essendole riservata o affidata qualsiasi tipo di ruolo di natura sostanziale che vincoli o limiti l'attività di produzione delle decisioni pubbliche.

Tuttavia, è certo che il quadro teorico sopra analizzato del *costituzionalismo contemporaneo* non fa salva la visione unitaria e maggioritaria dei paesi occidentali nel mondo.

Infatti, i principali Tribunali e le varie corti costituzionali nonché buona parte dei giuristi di tutto il mondo stanno già sviluppando le loro attività influenzati da una nuova comprensione del diritto, che è il risultato del cosiddetto *costituzionalismo principialista*, meglio conosciuto in Brasile e in Europa come *neocostituzionalismo*.

2.4.2 Il Costituzionalismo principialista: concezione neocostituzionalista

Il *costituzionalismo principialista* è, anzitutto, espressione adottata e diffusa dal Ferrajoli, porta con sé una profonda relazione con una categoria normativa, che nel corso del predominio storico della teoria del positivismo giuridico ha avuto una funzione meno prominente, conosciuta come "principi".

Quando Ferrajoli elaborò la classificazione principialista, si rese conto che vi era una parte di giuristi contemporanei che comprendevano l'affermazione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto sulla base di una importanza notevole data ai "principi", conferendo loro, molto spesso, un posizione di superiorità in relazione

ad una categoria normativa tipica del modello costituzionalista strutturato principalmente nelle leggi, che è quello delle "regole".

I "principi", come si è soliti chiarire, soprattutto dopo la fase del *costituzionalismo* legato alle idee del positivismo giuridico, tornarono ad ottenere il riconoscimento a livello mondiale del proprio ruolo normativo a partire dalle riflessioni prodotte dai dialoghi tra Dworkin³⁰⁷ e Hart³⁰⁸.

Con Dworkin, i "principi" acquistano un notevole *appeal* normativo relativo ai valori etici come la giustizia, la verità, la bontà, la lealtà, la correttezza e l'integrità, da lui definita come modello che deve essere rispettato perché «è un'esigenza di giustizia o di equità o di qualche altra dimensione di moralità»³⁰⁹.

In ragione di ciò, allora, si viene a creare un forte riavvicinamento fra diritto e morale che caratterizza il nuovo momento "di principio" del diritto, che porta quest'ultimo ad aprirsi verso nuovi tipi di riflessioni e relazioni sia nell'ambito del suo processo concettuale che nel suo processo strutturale.

Infatti, poiché la durezza sistemica e concettuale del diritto finì con l'essere sempre di più messa in discussione, arrivando persino in Italia ad essere, in un certo senso, decostruita da Zagrebelsky, il quale ritiene che, dalla nascita dello Stato costituzionale di diritto, il diritto ha iniziato a mostrarsi mediante una caratteristica innovativa che lo ha reso "mite"³¹⁰.

D'altra parte, l'idea dell'importanza del riconoscimento dei principi non più come mera categoria minore del diritto volte solo a soddisfare le lacune della legge, ma come una specie normativa di maggiore importanza che dialogherebbe all'interno della stessa definizione di concetti giuridici a parità di condizioni con le regole stesse, ha avuto una forte crescita teorica negli ultimi tempi, soprattutto grazie anche ai pensieri del tedesco Robert Alexy³¹¹.

Per sviluppare la sua teoria dei diritti fondamentali, Alexy affermò che i modelli dei diritti fondamentali si caratterizzano generalmente come "principi"³¹², il che fa sì

³⁰⁷ Dworkin sostiene chiaramente che «i principi sono proposizioni che descrivono il diritto». Così, DWORKIN R., *cit.*, 2007, b, p. 141.

³⁰⁸ Questo dialogo tra Dworkin e Hart si ritrova in HART H. L. A., *O conceito de direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 299-339 e DWORKIN R., *cit.*, 2007, pp. 447-564.

³⁰⁹ DWORKIN R., *cit.*, 2007, b, p. 36.

³¹⁰ ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti e giustizia*, Torino, Einaudi, 1992.

³¹¹ Le riflessioni di R. Alexy sono particolarmente sviluppate in ALEXY R., *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.

³¹² ALEXY R., *cit.*, 2008, p. 86.

che il processo di attuazione dei diritti fondamentali, darebbe più importanza ai propri principi.

Ripercorso questo *iter*, il crescente tentativo di controllare il potere a favore della dichiarazione dei diritti generò nel contesto giuridico mondiale, in particolare nei paesi occidentali, una vera e propria rivoluzione copernicana della legge e, di conseguenza, dello stesso *costituzionalismo contemporaneo*.

I "principi" rappresentarono per il costituzionalismo, in fin dei conti, una nuova forma del mondo giuridico di controllare il mondo politico, consentendo un ruolo molto più attivo dei giudici nel perseguimento della concretizzazione dei diritti fondamentali.

D'altra parte, i "principi" costruirono una nuova realtà deontica per la legge, soprattutto ove si tiene a mente l'affermazione del Dworkin quando dice che la legge «è un concetto interpretativo»³¹³, perché con la rinascita dell'apprezzamento della capacità normativa dei principi, il diritto può contare su un'ulteriore specie normativa da tener conto durante il processo interpretativo.

A causa della costruzione e l'accettazione di questo nuovo tipo normativo, si è usato fissare una distinzione tra regole e principi sviluppata sulla base di due aree principali, la prima che fa riferimento ad una distinzione debole, la seconda ad una distinzione forte³¹⁴.

La teoria della distinzione debole sostiene che la differenza tra regole e principi sarebbe soltanto di grado, una differenza quantitativa, ove i principi vengono

³¹³ DWORKIN R., *cit.*, 2007, a, p. 488.

³¹⁴ Sulla distinzione tra regole e principi, si vedano: ALEXYS R., *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008; ATIENZA M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013; ÁVILA H., *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 26-40; CANOTILHO J. J. G., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed. (9ª reimpressão), Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1159-1187; DA SILVA V. A., *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011, pp. 43-64; DWORKIN R., *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2007b; FERRAJOLI L., *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013; GUASTINI R., *Interpretare ed argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011; JEVEAUX G. C., *Direito Constitucional. Teoria da constituição*. Rio de Janeiro, Forense, 2008, pp. 341-368; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 52-57; SCHAUER F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004; SILVESTRI G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, Laterza, 2009; ZAGREBELSKY G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, Einaudi, 2009, pp. 85-146.

considerati come norme più generali e astratte delle regole, che invece sarebbero più concrete e specifiche³¹⁵.

Secondo questa teoria, i principi non avrebbero diretta applicazione, funzionando come un fondamento normativo per prendere le decisioni migliori sul chiarimento del senso normativo delle regole³¹⁶.

D'altra parte, la tesi della distinzione forte tra regole e principi sostiene l'esistenza di una differenza logica o qualitativa tra queste specie normative, che sarebbe stabilita in termini di quadro normativo (approccio strutturale) e dell'applicabilità delle norme (approccio funzionale).

Così, per Dworkin le regole sarebbero applicate in modo tale per cui vale il "tutto o niente", con cause e conseguenze predefinite, poiché il conflitto tra le specie normative sarebbe risolto nella validità del livello teoria, quando una norma del genere sarebbe considerata valida e altri non valida. I principi, d'altro canto, avrebbero un rapporto diverso, aperti alle cause e conseguenze, con una soluzione ponderata in caso di conflitto tra loro, negando la dinamica di sovrapposizione non valida e una scala di peso³¹⁷.

Già con lo stesso Alexy, che sembra appoggiare la teoria della distinzione forte, dopo aver riaffermato le caratteristiche di Dworkin sulle regole, i principi sono presentati come norme prima facie, in cui sono dei veri e propri "mandati di ottimizzazione", che dovrebbero portare alla soluzione giuridica ottimale per ciascun caso con l'ausilio di differenti gradi. Il conflitto tra principi verrebbe, dunque, risolto con la loro ponderazione³¹⁸.

Come risultato di tutte queste innovazioni di legge, le stesse attività interpretative si svilupparono al fine di abbandonare la classica costruzione del positivismo giuridico dell'idea statica di mera sussunzione dei fatti alle norme prescritte.

Così, secondo quest'ordine di pensieri, è nato in Italia un movimento che ha costruito l'idea di una sorta di *costituzionalismo* reinventato o differenziato³¹⁹,

³¹⁵ RAZ J., *Razão prática e normas*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 49.

³¹⁶ LARENZ K., *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 2001, p. 35.

³¹⁷ DWORKIN R., *cit.*, 2007, b, p. 35-46.

³¹⁸ ALEXY R., *cit.*, 2008, p. 85-120.

³¹⁹ Si rileva come il *neocostituzionalismo* nasce come un movimento così identificato grazie agli studi di alcuni italiani, in particolare nel genovese, e si diffuse in altri paesi, come la Spagna e il Brasile.

ribattezzato *neocostituzionalismo*³²⁰, che in realtà diceva molto di più sulla teoria e metodologia che sulla filosofia alla base del concetto stesso di *costituzionalismo*, come la nozione proposta all'inizio di questi studi³²¹.

Questo perché mantenne i fondamenti filosofici fondamentali del *costituzionalismo*, che si rifanno all'idea del controllo del potere da parte del governo delle leggi per tutelare i diritti degli individui. Tuttavia, si distaccava chiaramente dalla teoria giuspositivista e, di conseguenza, dalle metodologie giuridiche intercorse, e che almeno per un certo tempo, prevalsero nel *costituzionalismo*, specialmente nella sua fase liberale.

Eppure, anche così, il *neocostituzionalismo*³²² è presentato, da taluni, come una filosofia del diritto con caratteristiche proprie che permettono di differenziarlo dal giusnaturalismo e giuspositivismo, in particolare attraverso l'idea di una costituzionalizzazione del diritto, presentato, pertanto, come la gius-filosofia dello Stato costituzionale di diritto³²³.

Al riguardo, tale ragionamento è ripreso da Giorgio Pino il quale afferma, in primo luogo, che il panorama giuridico del *neocostituzionalismo* è segnato dalla centralità dei diritti e dall'evidente proclamazione di tali diritti e dei valori etico-politici contenuti nei documenti giuridici³²⁴.

³²⁰ Sul costituzionalismo nella contemporanea filosofia del diritto: SANCHÍS L. P., *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997; PINO G., *The place of legal positivismo giuridico*, in «Law and Philosophy», vol. 18, 1999, pp. 513-536; COMANDUCCI P., *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 71-94; BONGIOVANNI G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

³²¹ G. Bongiovanni, analizzando la nascita di neocostituzionalismo di R. Alexy, C.S. Nino e R. Dworkin dice, a sua volta, che questo è accaduto «in diretta relazione all'attività delle Corti Costituzionali», che in Germania costruirà l'idea di "giurisprudenza dei valori" e negli Stati Uniti, il concetto di attivismo giudiziario. Cfr. BONGIOVANNI G., *ult. op. cit.*, p. 60.

³²² Il neocostituzionalismo fu presentato al modo giuridico, com'è noto, da alcuni studiosi della scuola di Genova: POZZOLO S., *Neconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional*, in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 1998, pp. 355-370; ID., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001; COMANDUCCI P., *Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio*, in M. Bianchini, G. Viarengo (a cura di) *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, Giappichelli, pp. 125-134; BARBERIS M., *Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale*, in *Ragion pratica*, 8, 2000, pp. 147-162; ID., *Filosofia del diritto*. Un'introduzione teorica, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 27-41; ID., *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e diritto 2010*, 2011, pp. 11-30; ID., *Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, I, 1, 2012, pp. 153-164.

³²³ Di talchè, in base alle classificazioni di Ferrajoli, sarebbe sorto «in opposizione da un lato al costituzionalismo classico e, dall'altro, al vecchio positivismo giuridico». FERRAJOLI L., *cit.*, 2013, p. 13).

³²⁴ PINO G., *cit.*, 2010, p. 08.

D'altro canto, per Barberis il *neocostituzionalismo* sarebbe caratterizzato e fondato soprattutto su tre punti, che fanno riferimento: al rapporto tra diritto e morale, alla teoria della norma giuridica e alla teoria del ragionamento giuridico³²⁵.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il *neocostituzionalismo* avrebbe come base fondamentale la *tesi di connessione* tra il diritto e la morale, che sarebbe attivata mediante i principi costituzionali direttamente connessi ai valori etici di giustizia, di verità, di bontà, del giusto, tra gli altri.

Nell'ambito della teoria della norma giuridica, il *neocostituzionalismo* sarebbe caratterizzato, anche se inizialmente, dall'affermazione della "distinzione forte" tra regole e principi, differenziando in modo strutturale e dicotomico queste due categorie normative.

Per quanto riguarda la teoria della norma giuridica, il *neocostituzionalismo* segnato, anche se inizialmente, dalla distinzione tra la tecnica di sussunzione delle regole e la tecnica di ponderazione o bilanciamento dei principi.

Pertanto, è proprio sulla base di questa visione di *neocostituzionalismo* che venne costruita l'idea di ciò che Ferrajoli chiamò *costituzionalismo principia lista*, definito da alcuni anche come "argomentativo", caratterizzato peculiarmente dalla visione dei diritti fondamentali come "principi" aventi una struttura normativa diversa dalla struttura delle regole.

In conseguenza del rinnovato quadro normativo, il diritto viene dunque concepito come una scienza più vicina alla morale, dal momento che i "principi", trascineranno con sé un forte legame come i valori etici e morali della società.

Così, sia la morale che la giustizia, a differenza dei pensieri legati agli ideali giuspositivisti, sono ora concepiti come punti di vista interni al diritto, come parte della sua stessa concezione, in modo tale da non reiterare la divisione classica tra la stretta legalità e la giustizia.

In questo modo, sostiene una parte dei seguaci di questo tipo di *costituzionalismo*, anche il diritto si avvicinerrebbe in via più qualitativa alla democrazia, dal momento che la comunità degli interpreti non sarebbe limitata ai tradizionali ambienti legislativi del decisionismo pubblico, consentendo alla società di

³²⁵ BARBERIS M., *cit.*, 2012, pp. 27-31. Inoltre, come ben richiamato dall'A., il *constitucionalismo*, *neoconstitucionalismo* e *new constitutionalism* non devono confondersi: «Ricapitolando: 'costituzionalismo' indica un mix di istituzioni e dottrine relative alla limitazione giuridica del potere, 'nuovo costituzionalismo' le costituzioni occidentali dell'ultimo mezzo secolo, 'neocostituzionalismo' la filosofia del diritto costituzionalizzato». IVI, pp. 13-32.

partecipare più attivamente al processo di definizione della legge, attraverso l'espansione dei suoi canali comunicativi e argomentativi.

Anche sulla teoria classica della separazione dei poteri, questo modello di *costituzionalismo* produce profondi cambiamenti, in modo da non restringere ulteriormente il tempo e lo spazio della produzione di norme giuridiche solamente al potere legislativo, facendo acquisire un ruolo rilevante al potere giudiziario.

Il *costituzionalismo principialista*, pertanto, conserva al suo interno un progetto di attività interpretativa che oltre alla classica metodologia di sussunzione delle regole amplia a nuovi orizzonti, mediante l'utilizzo della tecnica della ponderazione o bilanciamento dei principi.

Attraverso questa apertura interpretativa, operata in particolare con l'attività dei tribunali e corti costituzionali attraverso l'esercizio della funzione costituzionale del controllo di costituzionalità delle leggi, il *costituzionalismo principialista* ha finito per farsi molto spazio sulla scena mondiale, dopo aver catturato l'attenzione dei tanti studiosi.

Tuttavia, lo stesso Luigi Ferrajoli richiama l'attenzione a ciò che egli vede come equivoci teorici di questo paradigma, che finiscono per indebolire la democrazia nella misura in cui le decisioni provenienti dai processi legislativi democratici, normalmente trasformati in legge, sono sempre più ignorati dall'attività giudiziaria, consentendo la costruzione di un nuovo tipo di diritto naturale guidato da un nuovo modello di stato che assomiglia a quel vecchio modello di stato giudiziario.

A partire dalle suddette constatazioni, il giurista fiorentino svilupperà la sua concezione di *costituzionalismo contemporaneo*, che cercherà appena di affermare e rendere effettiva la democrazia attraverso un sistema forte di diritti, che lo stesso denominerà *costituzionalismo garantista*.

2.4.3 Costituzionalismo garantista: visione neopositivista

Il *costituzionalismo garantista* è un paradigma costituzionale di carattere tipicamente teorico-normativo e che rappresenta, in realtà, un'evoluzione e un adattamento della teoria garantista del Ferrajoli alle basi classiche del *costituzionalismo* e gli ideali dello Stato costituzionale di diritto.

Secondo l'Autore, questo paradigma garantista del costituzionalismo rappresenterebbe, da un lato, un forte impegno del controllo legale del potere, senza

tuttavia ignorare la rilevanza della dimensione politica per il rispetto effettivo dei diritti fondamentali e della democrazia.

D'altra parte, questo modello *costituzionalismo* rappresenterebbe un modo con cui correggere i principali difetti dei paradigmi precedenti, armonizzando le virtù capitali del *costituzionalismo positivista* e del *costituzionalismo principialista*.

Ancorato all'affermazione dei diritti e all'efficacia del sistema delle sue garanzie³²⁶, il *costituzionalismo garantista* si propone di essere un paradigma che supera i limiti formali del paradigma positivista, aggiungendo una nuova dimensione ai loro fondamenti, ma che pur tuttavia non si apra tanto da includere la morale nella sua prassi e nelle teorie giuridiche, riducendo, così, l'ampiezza normativa della proposta principialista.

Questo paradigma si basa su un modello a quattro dimensioni della democrazia ricostruito dal Ferrajoli, sulla base di quattro classi di diritti fondamentali: i diritti politici, civili, di libertà e sociali.

I diritti politici e civili, che considerava "secondari", "formali" o "strumentali", assicurerebbero rispettivamente l'autonomia pubblica e autonomia privata, fondando la "legittimità formale" delle decisioni pubbliche e private, che consistendo la "dimensione formale" della democrazia, formata, in tal modo, dalla *democrazia politica* e dalla *democrazia civile*.

Per altro verso, la "legittimità sostanziale" delle decisioni pubbliche e private sarebbe stabilita mediante i diritti di libertà e di diritti sociali, diritti ritenuti "primari", "sostanziali" o "finali", che determinerebbero ciò che le autonomie politiche o civili sarebbero obbligati o meno a decidere, concretandosi nella "dimensione sostanziale" della democrazia, formata dalla *democrazia liberale* e dalla *democrazia sociale*.

Sulla base di questa distinzione, lo studioso fiorentino ha inoltre individuato la tradizionale nozione di validità del positivismo giuridico, tracciando un parallelo tra la sua vecchia nozione, c.d. *validità formale*, e la nuova, denominata *validità sostanziale*.

Il concetto di *validità formale* sarebbe, quindi, direttamente correlata alle condizioni della "dimensione formale" della democrazia, individuandosi le regole

³²⁶ In questo senso, Ferrajoli lo definisce come «un modello normativo di ordinamento prodotto da un mutamento di paradigma sia del diritto che della democrazia, grazie al quale la validità delle leggi e la legittimità della politica sono condizionate al rispetto e all'attuazione delle garanzie dei diritti stipulati nelle costituzioni». Testualmente, FERRAJOLI L., *cit.*, 2012, p. VI.

stabilite dalla produzione delle decisioni pubbliche e private, concentrandosi sulle formalità che determinano la competenza e la procedura del processo decisionale.

D'altra parte, il concetto di *validità sostanziale* si troverebbe invece in stretto rapporto con la "dimensione sostanziale" della democrazia, imponendo il rispetto non solo delle regole formali sulle azioni decisionali, ma anche dei principi e dei diritti costituzionalmente sanciti, potendo determinare il contenuto di tali decisioni.

In questo senso, Ferrajoli sostiene chiaramente che la *validità formale* entrerebbe in relazione con le notorie questioni dei processi decisionali del "chi" e del "come" decidere. A sua volta, la *validità sostanziale* possiederebbe un legame con la dimensione del "che cosa" si può, o non può, e si deve, o non deve, decidere.

La *validità sostanziale* andrebbe quindi a creare una nuova categoria nella struttura di *costituzionalismo garantista* che Ferrajoli ha denominato “*sfera del non decidibile*”, che sarebbe divisa nelle sfere dell’*indecidibile che* e dell’*indecidibile che non*.

La sfera dell’*indecidibile*, composta dai principi e dai diritti fondamentali consistenti nelle aspettative negative, come i diritti di libertà e i diritti di autonomia, che impongono limiti, o per meglio dire divieti (di lesione).

D'altro canto, la sfera dell’*indecidibile che non* sarebbe composta dai principi e dai diritti fondamentali consistenti in aspettative positive, come i *diritti sociali*, che impongono vincoli, o per meglio dire *obblighi (di prestazione)*.

Fatte queste considerazioni iniziali, il *costituzionalismo garantista* viene dunque descritto da Ferrajoli attraverso quattro principi o postulati, che corrispondono ad altrettante garanzie, di cui due primarie e due secondarie.

Il primo postulato è il *principio di legalità* che, oltre alla sua vecchia concezione ampia (formale o legale), raggiungerebbe anche una nuova dimensione stretta (sostanziale o costituzionale), che permette di essere concepito non solo come principio normativo, ma anche logico.

In base a tale principio qualsiasi potere (pubblico o privato, esecutivo, giudiziario o legislativo, statale o sovrastatale) debba essere esercitato da regole primarie, avente natura formale e sostanziale, che disciplinino il suo esercizio mediante limiti e vincoli, che sono poi le garanzie primarie relative ai principi costituzionali, ai diritti fondamentali e alla teoria della separazione dei poteri.

D'altra parte, il *principio di legalità* stabilirebbe, altresì, una struttura gerarchica e logica tra le fonti del diritto, equivalenti al principio di non contraddizione,

presentando una *antinomia* tutte le volte che si hanno prescrizioni normative di qualsiasi potere che non preservi la sintonia con le norme gerarchicamente superiori, specialmente quelle di rango costituzionale, che andrebbero a vincolare anche il potere legislativo.

Un altro cambiamento importante è avvenuto con il passaggio dal *principio di mera legalità* – con il riconoscimento della posizione gerarchico-normativa fondamentale per la legge, presa come condizione di tutti gli altri atti prescrittivi del sistema normativo – al *principio di stretta legalità*, attraverso il quale questa posizione centrale è data alla Costituzione che condiziona, attraverso le sue norme formali e sostanziali, gli altri comandi prescrittivi.

Il secondo postulato è il *principio di completezza deontica* per mezzo del quale i diritti stabiliti dalle norme primarie devono essere assicurati da *garanzie primarie*, che sarebbero i doveri corrispondenti, cioè a dire il divieto lederli e l'obbligo di tutelarli e salvaguardarli, di responsabilità di funzioni e istituzioni di garanzia primaria, che dovrebbe essere indipendente da ogni altro potere.

Il *principio di giurisdizionalità* è il terzo postulato. Esso stabilisce la necessità di essere garanzie secondarie o giudiziarie in caso di eventuali violazioni delle regole e delle garanzie primarie. Le garanzie secondarie sarebbero garantiti dalla funzione e dalle istituzioni anche indipendenti da qualsiasi altro potere, ma ugualmente soggetti al principio di legalità che, nel paradigma garantista, prevede che i giudici siano non solo soggetti alla legge, ma soggetti solamente alla legge.

Essenzialmente riaffermando il principio che *auctoritas, non veritas facit iudicium*, il *principio di giurisdizionalità* impartisce un carattere dinamico all'esercizio della giurisdizione nel paradigma di Stato costituzionale, garantendo l'efficacia dei primi due postulati, nella misura in cui esiste proprio per concretizzarli.

Ma a differenza delle basi teoriche del *costituzionalismo principialista*, questo principio lega l'attività giurisdizionale al principio di legalità, anche se intesa, in questa nuova fase, in scala ingrandita, ove oltre al controllo giurisdizionale di costituzionalità dei diversi atti normativi si aggiunge anche il controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi stesse.

Così nel *paradigma garantista*, i giudici continuano ad esercitare le proprie funzioni soggetti ai precetti di legge, se non altro presi in considerazione quando costituzionalmente validi, potendo, nei casi di incostituzionalità, non riuscire ad applicarli attraverso le dichiarazioni di invalidità costituzionali.

Il quarto postulato è il *principio di azionabilità* che stabilisce la *garanzia secondaria* dell'attivazione della giurisdizione, da parte dei titolari dei diritti o, in alternativa, da parte degli organismi pubblici incaricati di integrare alla una possibile inerzia o debolezza dei rispettivi titolari .

Come si vede, i primi due postulati hanno natura essenzialmente normativa e teorica, mentre gli ultimi due hanno una dimensione chiaramente teorica, senza implicazioni normative, mantenendo tutte le loro profonde connessioni.

Il *costituzionalismo garantista* è presentato da Ferrajoli come un modello normativo forte, in quanto le sue norme, in particolare i principi, non si sottomettono ad un processo di ponderazione o bilanciamento tipico del *paradigma principialista*, che a suo dire servirebbe a indebolire la forza dei comandi normativi.

Così, il paradigma garantista di Ferrajoli si pone in linea con la teoria della distinzione debole quando postula che c'è solo una differenza di grado, quantitativa tra le regole e principi, essendo quelle più concrete e specifiche e questi più generali e astratti.

Ripresa, quindi, la visione giuspositivista che i principi non avrebbero diretta applicazione, almeno nel senso di realizzazione immediata dei diritti da parte dell'attività interpretativa giudiziaria, funzionando come base legislativa per prendere decisione con il chiarimento del significato delle regole normative.

L'efficacia massima consentita sarebbe quella di determinare ciò che Ferrajoli chiama la *sfera del non decidibile* e *sfera del decidibile*, in cui sarebbero imposti limiti e vincoli all'attività legislativa dello Stato.

Con questo, il *costituzionalismo garantista* si chiude alla possibilità di una maggiore interconnessione tra diritto e morale, in particolare negando validità al discorso della giustizia, sia per limitare la dimensione argomentativa del diritto, quanto per rafforzare il distacco di questo in relazione alla ricerca della verità in quello che viene identificato come prodotto del giusnaturalismo "*veritas, non auctoritas facit legem*".

Non che si neghi l'influenza della morale sul diritto, potendosi concepire come un prodotto dei codici morali condivisi da una certa società. Tuttavia, questa si verificherebbe fino al processo legislativo di definizione delle leggi. Da lì, la grammatica stabilita sarebbe quella di normatività (validità) e non di moralità (verità).

Il *costituzionalismo garantista* si caratterizza, dunque, come un modello avanzato di democrazia costituzionale che viene sistematizzato attraverso limiti,

vincoli e controlli imposti a tutti i poteri, incentrato sull'idea di garanzie primarie e secondarie dei diritti fondamentali, che sono responsabili dell'efficacia di questi diritti e, di conseguenza, della stessa democrazia costituzionale³²⁷.

La centralità delle garanzie, d'altra parte, a fortificano il concetto di "rigidità" della Costituzione³²⁸, che secondo Ferrajoli sarebbe la «non dei modificabilità dei principi, dei diritti e degli Istituti di essa previsti» se non attraverso complesse procedure di revisione e di esercizio del controllo giurisdizionale di incostituzionalità delle leggi.

Questa rigidità costituzionale, a sua volta, potrebbe essere la chiave per la sopravvivenza della democrazia stessa, in quanto le garanzie risalterebbero, da un lato, l'ascesa gerarchica della costituzione, ma, dall'altro, l'intransigenza rispetto al processo legislativo democratico, direttamente responsabile del superamento sostanziale di antinomie e lacune, impedendo la proliferazione del diritto illegittimo.

Detto questo, si nota chiaramente che il *costituzionalismo garantista* di Ferrajoli si propone, da un lato, di superare il modello di democrazia formale proposto dal paradigma classico della Stato di diritto, polarizzato sulla nozione di validità puramente formale distaccato da qualsivoglia limite o vincolo sostanziale.

Inoltre, è anche un paradigma che si oppone al modello di *costituzionalismo principialista*, che secondo l'Autore dovrebbe allontanarsi dalle dimensioni democratiche, in modo tale da mantenere il divario tra morale e diritto, con la conseguente separazione dei poteri, impedendo che la democrazia cedesse alla prassi interpretativa e argomentativa dei giudici, legati a nozioni e sistemi a forte richiamo giusnaturalista.

Il *costituzionalismo contemporaneo*, quindi, si presenta nella sua fase attuale come fortemente influenzato dalla democrazia, soprattutto a causa delle azioni totalitarie e disumane compiute nel periodo precedente.

³²⁷ Analizzando i cambiamenti che si verificarono con la nascita delle nuove costituzioni democratiche del novecento, Giorgio Bongiovanni, segnando gli importanti contributi di G. Gozzi e L. Ferrajoli, e utilizzando alcuni passaggi di M. Fioravanti, sostiene che il significato attuale della democrazia costituzionale in si concretizza nel fatto che «la democrazia non è più ciò che la costituzione produce attraverso la sua attuazione», ma solo quello che viene deciso nella dimensione della politica e, parallelamente, che il compito della costituzione non è più «quello di essere l'origine delle politiche democratiche, ma di avere in sé la forza e la legittimazione necessarie al fine di costruire il necessario limite a quelle politiche» BONGIOVANNI G., 2009, p. 19.

³²⁸ Ferrajoli è chiaro quando afferma che «la *rigidità costituzionale* non è, propriamente, una garanzia. È bensì un connotato strutturale delle costituzione legato alla loro collocazione al vertice della gerarchia delle norme, sicché le costituzioni sono rigide per definizione, nel senso che, se non lo fossero, non sarebbero in realtà costituzioni ma equivarrebbero a leggi ordinarie». FERRAJOLI L., *cit.*, 2013, p. 57.

Tuttavia, come si è visto, questa interazione tra *costituzionalismo* e democrazia nel corso della storia non è mai stato un percorso semplice, di facile costruzione teorica, dato che in diversi momenti si sono verificati sovrapposizioni reciproche.

D'altra parte, i modelli teorici e metodologici concorrenti proposti in questo nuovo paradigma di *costituzionalismo contemporaneo* sono la prova che questa interazione, o almeno la forma di questa interazione, è ancora lontana dal raggiungere un consenso unanime tra giuristi e filosofi.

E il raggiungimento di questa unanimità concettuale e teorica diventa ancora più complicata di fronte a uno scenario che rivela un quadro di profonda crisi del *costituzionalismo contemporaneo* in relazione ai suoi fondamenti essenziali: controllo del potere e realizzazione dei diritti.

I nuovi tempi di globalizzazione e le nuove pratiche economiche mondiali segnano una nuova era in cui le teorie politiche e giuridiche centralizzate e chiuse all'interno del tradizionale modello liberale di "Stato-cittadino" non prendono più in considerazione la complessa rete di creazione e sviluppo di potere.

Oltretutto, le promesse di affermazione e realizzazione dei diritti degli esseri umani si trovano in un processo di crescente incredulità, generando una delusione, non solo con gli ideali del *costituzionalismo*, ma anche la stessa "età dei diritti".

Per tutto questo, allora, sarà necessario analizzare, anche se in maniera non del tutto esauriente, le principali ragioni della crisi del *costituzionalismo contemporaneo*, mettendo in evidenza: la globalizzazione politica ed economica, l'individualismo egoista e tensione tra giurisdizione costituzionale e la democrazia.

2.5 La crisi e le crisi del costituzionalismo contemporaneo

Il progresso e le trasformazioni del *costituzionalismo* nel corso della storia dell'umanità sono stati, come si è visto, molto significative, consentendo di arrivare alla sua fase attuale, qui denominata *contemporanea*.

Si prende atto che, nonostante i molti progressi, il *costituzionalismo contemporaneo* si ritrova in un momento storico attuale in cui la scienza specializzata comincia a identificare un processo di crisi, nel senso di essere posto a interrogativi cruciali, o di crisi, ove vengono discusse solo alcune delle sue caratteristiche.

In sostanza, il *costituzionalismo contemporaneo* è stato messo in discussione circa la sua capacità attuale e reale di controllare normativamente ed efficacemente il potere, in tutte le sue forme, a favore dell'affermazione e attuazione dei diritti fondamentali degli individui, in particolare per quanto concerne il piano dell'uguaglianza.

Invero, d'altra parte, per quanto riguarda l'analisi effettuata in relazione ad alcune delle sue caratteristiche, il *costituzionalismo contemporaneo* è stato confrontato, in ragione: (a) della nuova realtà di un mondo globalizzato e digitale, (b) del rapporto tra l'esercizio della giurisdizione e del principio democratico, in particolare a seguito di una attività giudiziaria interpretativa più ampia e libera, (c) della crescente domanda sociale di realizzazione dei diritti fondamentali in un piano sempre più individualista. Si tratta dei tre aspetti che saranno meglio apprezzati da questa ricerca.

Per quanto riguarda la discussione centrale sul *costituzionalismo contemporaneo* occorre specificare, in via immediata, che il conflitto tra *costituzionalismo* e potere è permanente, in quanto permarrebbe sempre un'intenzione del potere di non essere controllato.

Considerando questa situazione, pertanto, è ragionevole capire che si deve partire dalla scelta tra due premesse: o il *costituzionalismo* è in costante crisi, in una prospettiva negativa di rifiuto del modello, oppure, il *costituzionalismo* è in continua evoluzione, in una prospettiva positiva di valorizzazione delle sue basi teoriche e metodologiche.

In questo senso, il presente studio adotta chiaramente la seconda premessa, anche per comprendere che non si può sostenere che il *costituzionalismo contemporaneo* non si sia evoluto nell'affermazione e protezione dei diritti fondamentali, garantendo maggiori diritti rispetto a prima. D'altro canto, si ritiene che sia necessario discutere su alcune delle sue caratteristiche come modo di cercare un miglioramento in relazione ai suoi propositi.

In questo modo, si parte anche dalla concezione che le domande di cui sopra possiedano forti ragioni empiriche, teoriche e normative.

Le ragioni empiriche sono evidenti nella misura in cui si riscontra una certa mancanza di potere, inteso nelle sue forme più varie, che termina impedendo di realizzare la promessa di una maggiore realizzazione dei diritti fondamentali, che sono ancora lontani dal raggiungere lo *status* di corretta concretizzazione.

L'incapacità di questo *costituzionalismo* di esercitare un controllo reale ed effettivo del potere, specialmente in una nuova dimensione globalizzata e digitale, ha permesso la nascita e la continuazione di situazioni arbitrarie e di sfruttamento degli individui in tutto il mondo, danneggiando la dignità e la libertà di milioni di persone.

A questo stesso scopo, una serie di diritti fondamentali risultano oggi negati agli individui, sia sul piano della vigenza, o per meglio dire sul piano della validità o della efficacia, consentendo che diverse situazioni di disuguaglianza e di esclusione proliferassero senza la dovuta correzione.

L'analisi giornaliera della realizzazione dei diritti connessi all'istruzione, alla salute, al benessere sociale, alla sicurezza pubblica, tra gli altri, rivela un quadro complesso, aggravato dalla crisi economica mondiale, e che sottopone le decisioni politiche e giuridiche all'imperio di disposizioni di carattere economico, che invece possiedono logiche ed interessi propri.

L'enorme violazione su scala globale, dei diritti ad un ambiente sano, d'altra parte, ha mostrato la debolezza e le difficoltà dell'attuale *costituzionalismo* di impedire l'esaurimento delle risorse naturali, sfruttate in maniera sconsiderata e irrazionale, generando un serio rischio, per la stessa sopravvivenza dell'umanità.

D'altra parte, le ragioni teoriche che portano alla discussione del *costituzionalismo contemporaneo* si riferiscono alla costruzione di una teoria giuridico-politica che sia in grado di limitare realmente gli attuali centri di potere, assicurando l'affermazione dei diritti fondamentali, a favore della libertà e dell'uguaglianza tra le persone, senza però diminuire l'importanza della democrazia come elemento creativo e qualitativo del diritto.

In particolare, quando ci sono nuove composizioni di forze nello scenario politico ed economico mondiale, dove diverse sono le istituzioni, pubbliche e private, e le persone, fisiche e giuridiche, che hanno un'influenza significativa sulle decisioni globali, si può vedere come il *costituzionalismo* attuale, appare ancora lontano dal riuscire ad imporre a tutti l'osservanza dei suoi scopi sul piano internazionale.

Inoltre, l'abbandono di quadri teorici del positivismo giuridico, e forse anche il profondo rifiuto dei suoi dogmi concettuali e interpretativi, ha prodotto un'apertura giuridica per l'affermazione del diritto e il perseguimento della giustizia che, nonostante abbia portato a diverse collaborazioni, sembra avere, soprattutto nei paesi con meno tradizione scientifica e impegno etico, conformato la nascita di un

movimento giuridico che ha trascurato qualcosa che è inerente alla nascita di questo nuovo *costituzionalismo*, cioè a dire, la democrazia.

Il pericoloso percorso di trascuratezza dell'importanza e del rispetto delle decisioni democratiche a favore delle decisioni giuridiche pragmatiche ritenute più "razionali" e "appropriate", anche se da un certo punto di vista costituzionale, ha prodotto un effetto capitale nei rapporti tra i poteri e nella stessa organizzazione politica degli Stati, con una significativa riduzione dell'importanza dei parlamenti e l'aumento, della rilevanza delle corti giudiziarie, compromettendo l'integrità dei sistemi politici e giuridici di ogni realtà costituzionale.

In questo senso, molti sono state le riflessioni e le decisioni giuridiche che hanno proteso per un parziale o totale distacco del diritto in relazione alle deliberazioni democratiche, negandogli un ruolo di maggiore rilevanza nell'affermazione dei diritti fondamentali e nella costruzione della società politica autonoma.

L'intera questione è ulteriormente amplificata davanti al crollo sistematico prodotto dal vertiginoso aumento dei contenziosi per l'affermazione effettiva dei diritti, che, con l'apertura interpretativa accordata ai giudici, hanno prodotto decisioni giudiziarie non in grado di conservare l'integrità sistemica, servendosi per risolvere un singolo caso concreto, anche portando con sé ripercussioni negative sull'efficacia di altri diritti e interessi, opportunamente considerati nella deliberazioni democratiche precedentemente stabilite da norme giuridiche valide e legittime.

Infine, le ragioni normative che generano questioni sul *costituzionalismo contemporaneo* si riferiscono, in primo luogo, ad una relativizzazione indebita ed illegittima delle sue regole, in particolare di quelle che stabiliscono i diritti fondamentali. In secondo luogo, in un'analisi poco sviluppata dai giuristi, ad una grande difficoltà di questo *costituzionalismo* a relazionarsi con una dimensione normativa dei doveri, volutamente dimenticati nell'attuale teoria del diritto, in particolar modo per l'accoglimento in toto e poco ragionata del discorso ideologico dell'età dei diritti.

In parte, questa crisi è dovuta all'introduzione di principi nello scenario principale del mondo normativo del diritto, generando un nuovo rapporto tra le specie

normative, che ancora non sembra aver raggiunto un punto di equilibrio, specie ove si consideri l'apertura interpretativa e argomentativa raggiunte³²⁹.

A tutto ciò si aggiunge altresì la difficoltà nel far fronte a concetti e significati condivisi dalle teorie che affrontano l'applicabilità dei diritti fondamentali, in particolare quelli che sostengono la possibilità di applicabilità diretta, indipendentemente dall'intervento legislativo.

La complessità cresce, ancora, con il riconoscimento dell'esistenza di un ordine oggettivo di valori stabilito dalle costituzioni contemporanee, che richiede anche un nuovo rapporto per rendere effettivo il diritto, ma che non è ancora riuscito trovare una sua definizione.

Sotto un altro punto di vista, va riconosciuto che questo fenomeno si è ulteriormente rafforzato in un momento storico in cui l'essere umano raggiunge un punto di individualismo egoistico senza precedenti, cercando di imporre le sue volontà e desideri al di sopra delle necessità degli altri consociati, anche in caso di situazioni di estremi rischi sociali, rendendo il *costituzionalismo* e il diritto alla concretizzazione dei diritti del tutto estranei a qualsiasi dimensione di responsabilità personale o collettiva.

Se così stanno le cose, si può allora dire che il *costituzionalismo contemporaneo* passa attraverso una crisi nella sua dimensione normativa, in quanto si concentra sulla creazione del diritto solo, o principalmente, sulla base di un lato della medaglia di cui è parte, cioè a dire con base nei diritti che sarebbero responsabili di garantire la libertà e l'uguaglianza dei cittadini dinanzi allo Stato, nella classica visione illuminista e liberale, a cui ancora non è riuscito a sviluppare.

Il disinteresse, intenzionale o meno, per le situazioni di fatto di abuso nei singoli nel processo di affermazione dei diritti individuali ha fatto sì che le dimensioni inadeguate ed illegittime di libertà e uguaglianza fossero garantite "in maniera creativa", fornendo in realtà uno squilibrio nella tutela dei diritti degli altri individui³³⁰.

³²⁹ L'analisi sarà approfonditamente sviluppata più avanti, ma si anticipa già che si pone in relazione diretta con la critica che viene fatta in riferimento all'utilizzo indebito del metodo procedimentale della ponderazione dei diritti fondamentali, che avrebbero la natura *a priori* di principi, come anche con il crescente slegamento illegittimo dell'attività giudiziale in relazione alle deliberazioni democratiche preesistenti.

³³⁰ Questa è una affermazione che è fatta analizzando, in particolare, il sistema giuridico brasiliano, in cui la giurisprudenza è andata oltre nel garantire i diritti fondamentali delle persone, trascurando troppe

Ma l'affermazione della libertà e uguaglianza non è necessariamente ciò che sta realmente accadendo, almeno ove si guardi ad alcuni casi riguardanti il Brasile, perché ci si potrebbe anche trovare di fronte a situazioni isolate di questo paese, o piuttosto rivelarsi, con i necessari adattamenti di ogni contesto territoriale e sociale, delle incomprensioni che hanno conferito al quadro normativo della legge.

A questo proposito, un caso che può essere analizzato è quello che riguarda la crisi di approvvigionamento di acqua trattata per i soggetti residenti nella città di São Paulo, capitale dello Stato di São Paulo, favorita da una mancanza di corretta gestione del sistema idrico, a causa di un evidente abuso delle capacità idriche dei bacini che forniscono acqua alla città di San Paolo, dello sfruttamento criminale delle risorse ambientali che compongono il sistema ambientale di questi bacini, dovuto altresì ad un lungo periodo di siccità di questa regione, ma anche da un uso irresponsabile dell'acqua fornita da parte degli individui.

In Brasile, paese ricco di risorse ambientali, è comune vedere l'utilizzo dell'acqua in situazioni improprie, come il lavaggio dei marciapiedi, delle strade e dei balconi residenziali. Non c'è una preoccupazione collettiva e individuale circa l'uso di altre fonti di acqua (come quella piovana e riutilizzata) nella realizzazione delle attività sopradette e di molte altre.

Ebbene, come risultato di questa crisi idrica, una reale situazione di calamità pubblica venne proclamata, a cui seguì l'attivazione da parte dallo Stato, mediante un'entità amministrativa, di un sistema di razionamento nella fornitura di acqua ai cittadini della città.

A fronte di questa situazione, in Brasile si verificò un caso peculiare. Un individuo, infatti, promosse azione giudiziale richiedendo la fornitura continua di acqua, basandosi, tra l'altro, sul diritto alla vita, affermando che tale risorsa naturale è essenziale per la sua sopravvivenza.

La sentenza del caso, data in via preliminare e poi confermata alla fine del processo, è stata quella di obbligare lo Stato, attraverso il suo organo amministrativo, alla fornitura continua del servizio, senza possibilità di interruzione, con l'applicazione di una multa giornaliera del valore R\$ 200,00³³¹.

volte i limiti interpretativi e le conseguenze delle decisioni prese. D'altronde, questo stesso fatto potrebbe forse accadere anche in altre realtà costituzionali, come in Italia, per esempio.

³³¹ Valore che corrisponde attualmente a circa 60 euro.

In conseguenza di ciò, tra l'altro, è stato installato un contatore nella casa dell'individuo per fornire informazioni al giudice.

Tuttavia, in tutte le residenze limitrofe situate nella stessa via l'acqua continuava a mancare. Si era così venuta a creare una situazione di contrapposizione di interessi.

Analizzando questa decisione sul piano individuale, si potrebbe dire che la decisione sia corretta, una volta assicurato all'individuo il diritto alla vita e, a seguire, il diritto alla fornitura di acqua.

Tuttavia, viene del tutto trascurato l'esame della ripercussione collettiva data dalla decisione del giudice, che non si preoccupò, per esempio, di garantire il medesimo diritto ai residenti della strada o di quartiere, o anche della città, provocando una rivolta dei residenti.

Questo perchè, data la limitazione della fornitura di acqua trattata a causa della crisi idrica, i residenti si troverebbero ora ad un accesso ancora più limitato all'acqua come conseguenza di una decisione giudiziaria che ha creato una posizione "privilegiata" di un solo individuo - che può contare sulla fornitura di acqua senza interruzione - senza alcun tipo di attribuzione di responsabilità individuale per l'uso dell'acqua.

Questo è solo un caso che mostra chiaramente il problema che il *costituzionalismo contemporaneo* sta attualmente passando: vecchi paradigmi teorici devono essere riesaminati davanti a nuove realtà che sfidano la sua stessa sopravvivenza.

Pertanto, in ragione di quanto esposto, nei paragrafi seguenti il presente studio cercherà di analizzare più specificamente la crisi da cui passa il *costituzionalismo contemporaneo* a fronte delle sue relazioni con la globalizzazione, con l'esercizio della sua giurisdizione e con la crescita dell'individualismo egocentrico.

2.5.1 Globalizzazione, Diritto e Stato

La globalizzazione è un fenomeno che deve essere pienamente preso in considerazione nello studio della crisi del *costituzionalismo* trovandosi in profonda relazione con un elemento essenziale di questo movimento: la sovranità.

Maurizio Fioravanti è stato il primo ad aver evidenziato che il *costituzionalismo* è, in realtà, la "seconda faccia" dello stato europeo moderno, direttamente collegata,

in grado e importanza, con la "prima faccia", rappresentata dalla concentrazione del potere dell'imperio sul territorio. Per Fioravanti, la sovranità, in concreto, garantirebbe «il potere di chiamare alle armi per la difesa del territorio, il potere d'imporre i tributo e il potere del terzo neutrale, di dire la giustizia fra coloro che abitano il territorio»³³².

Così, nella visione dell'Autore, il *costituzionalismo* comparve nella modernità europea a causa della necessità di stabilire garanzie alle distinte parti che formavano l'intero comune che costituiva la nuova forma di concentrazione del potere, cioè, la sovranità che rese possibile la nascita dello Stato.

Da una parte, dunque, se la sovranità nacque per consentire l'esistenza comune, dandosi un unico centro di potere, dall'altro, le garanzie sono state concesse affinché questa esistenza comune non soffocasse l'esistenza delle parti che componevano il tutto.

Così, in vista di un nuovo scenario storico di concentrazione e di organizzazione del potere prodotta dalla globalizzazione, sarebbe necessario andare a sondare se il sistema di garanzie attualmente esistente risponderebbe agli obiettivi iniziali stabiliti dal *costituzionalismo*. Più di questo, potrebbe essere doveroso indagare se, con i cambiamenti spaziali e temporali prodotti dalla globalizzazione, il *costituzionalismo contemporaneo* potrebbe continuare a sopravvivere, soprattutto ove pensato nella sua tradizionale relazione con la sovranità moderna, così come indicato dallo stesso Autore³³³.

In fin dei conti, sono queste le domande che generano le maggiori critiche al *costituzionalismo contemporaneo*, soprattutto per quanto riguarda il suo rapporto con la globalizzazione, poiché, è agevole notare che, se non totalmente, almeno in gran parte la concentrazione e l'organizzazione del potere non si limitano, attualmente, ad una dimensione territoriale statale, potendo ancora caratterizzarsi attraverso una nuova configurazione che non si costruisce per dimensioni territoriali, bensì digitali³³⁴.

³³² FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, p. 90.

³³³ In questo senso sembra ripercorrere le riflessioni di Gaetano Azzariti il quale propugna una nuova mappa dei poteri nell'era della globalizzazione. V. AZZARITI G., *cit.*, 2013, pp. 50-52.

³³⁴ In ragione di quanto detto, Azzariti, ad esempio, espone alcune critiche: «Infatti, una disposizione costituzionale quanto può "obbligare" un potere che dice di essere condizionato, se non direttamente assoggettato, anche a un altro distinto ordinamento, svincolato da quello costituzionale? Che cosa può fare una costituzione dinanzi a soggetti politici che si autorappresentano come affrancati da ogni rapporto giuridico-rappresentativo? Come può una norma costituzionale limitare e regolare un potere informale, invisibile e sfuggente?», Così, AZZARITI G., *cit.*, 2013, p. 48.

In questo senso, è necessario comprendere il fenomeno della globalizzazione e dei suoi effetti, soprattutto in relazione al *costituzionalismo contemporaneo*, indagando, conseguentemente, le opportunità di evoluzione alla luce dei possibili problemi individuati.

La globalizzazione non è un fenomeno semplice da analizzare, perché non si manifesta in un unico raggio di azione o in un singolo campo di conoscenza, trattandosi piuttosto di un processo evolutivo che iniziò ancora prima dell'inizio della modernità³³⁵.

Denominata anche "formazione globale"³³⁶, "cultura globale"³³⁷, "sistema globale"³³⁸, "modernità globale"³³⁹, "processo globale"³⁴⁰, "culture di globalizzazione"³⁴¹ o "città globali"³⁴², la globalizzazione può essere definita, in via generale, come un processo di "intensificazione delle relazioni sociali di tutto il mondo"³⁴³.

Sotto un certo punto di vista, la globalizzazione può essere intesa come un processo di sviluppo delle interrelazioni su scala mondiale, in cui ogni paese è collegato agli altri attraverso una complessa rete di relazioni e di accadimenti, in modo che le decisioni e le azioni intraprese da una parte possano causare conseguenze importanti in località molto remote³⁴⁴.

³³⁵ In questo senso, Il gruppo di Lisbona conclude che la globalizzazione è una fase in ascesa dopo il verificarsi delle fasi di internazionalizzazione e di multinazionalizzazione, avendo come dato differenziale il fatto che fissa, in un certo modo, un nuovo processo di relazioni mondiali non limitato ad un sistema chiuso nelle figure degli Stati, in quanto nuclei centrali delle attività e strategie umane organizzate. Cfr. GRUPO DI LISBOA, *Limites à competição*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1994.

³³⁶ CHASE-DUNN C., *Global Formation: Structures of the world-economy*, Cambridge: Polity Press, 1991.

³³⁷ APPADURAI A., *Disjuncture and difference in the global and cultural economy*, in *Public Culture*, 2, 1990, pp. 1-24, e ROBERTSON R., *Globalization*, London, Sage, 1992.

³³⁸ SKLAIR L., *Sociology of the global system*, London, Harvester Wheatsheaf, 1991.

³³⁹ FEATHERSTONE M. - LASH S. - ROBERTSON R., Thousand Oaks, Sage, 1995.

³⁴⁰ FIEDMAN J., *Cultural identity and global process*, London, Sage, 1994.

³⁴¹ JAMESON F.-MIYOSHI M. (a cura di), *The cultures of globalization*, Durham, Duke University Press, 1998.

³⁴² SASSEN S., *The global city: New York, London, Tokyo*, Princeton, Princeton University Press, 1991, e FORTUNA C. (a cura di), *Cidade, cultura e globalização*, Lisboa, Celta, 1997.

³⁴³ In GIDDENS A., *cit.*, 2006, p.71, l'A. sostiene che «possiamo [quindi] definire la globalizzazione come l'intensificazione di relazioni sociali mondiali che collegano tra loro località distanti facendo sì che gli eventi locali vengano modellati dagli eventi che si verificano a migliaia di chilometri di distanza e vice-versa. Si tratta di un processo dialettico perché questi eventi locali possono andare in direzione opposta alle relazioni distanziate che li modellano. La *trasformazione locale* è una componente della globalizzazione perché rappresenta l'estensione laterale delle connessioni sociali nel tempo e nello spazio».

³⁴⁴ In questo senso, si veda DUNNING J., *Internationalizing Porter's Diamond*, in *Management International Review*, Special Issue, 1993/2, p. 8 e MCGREW A.-LEWIS P., *Globalisation and the Nation States*, Cambridge, Polity Press, 1992.

Questo processo, naturalmente, è stato facilitato dal progresso nel campo delle tecnologie dei trasporti, delle comunicazioni e dei sistemi di informazione, che hanno permesso la circolazione di beni, servizi, persone, capitali e conoscenze indispensabili per l'accelerazione delle interrelazioni in più campi più disparati.

In questo processo, è possibile affermare che le multinazionali giocano un ruolo determinante, ma non esclusivo. Ciò è dovuto al fatto che tali società influenzarono il sistema di produzione e vendita di beni e servizi in un numero crescente di mercati, stabilendo strategie su scala globale, con l'attuazione di strutture organizzate e articolate in vere e proprie reti globali³⁴⁵.

Ciò che risulta interessante notare della globalizzazione attuale è che, a differenza del pensiero precedente di fenomeno unidirezionale, sembra presentarsi in una dinamica che si presta, da un lato, ad un processo di universalizzazione ed eliminazione dei confini nazionali; per contro, ad un altro processo, invece, di ritorno al particolarismo, alle diversità locali e all'identità etnica.

Chiaramente, la globalizzazione sviluppa i suoi rapporti in modo piuttosto diverso in relazione ai suoi attori, siano essi pubblici o privati, o persino istituzioni più ricche o più povere, che si riflette nei modelli di riferimento di economia, politica, cultura e altri, trasformando il tempo e lo spazio in concetti relativi ad una logica peculiare degli interessi globali.

Allo stesso modo, è possibile affermare che la globalizzazione ha delle modalità diversificate di interazione con altri cambiamenti globali ad essa concomitanti, come la crescita allarmante delle disuguaglianze tra paesi ricchi e poveri, il drammatico aumento della disparità sociale tra ricchi e poveri, la sovrappopolazione mondiale, i disastri ambientali, la proliferazione di strutture di criminalità organizzata a livello mondiale, i conflitti etnici e religiosi, tra gli altri.

A ragione di quanto esposto, è necessario chiarire che la globalizzazione ha implicazioni non solo in campo economico. In realtà, questo processo di intensificazione delle relazioni si sviluppa anche in ambito sociale, politico, culturale,

³⁴⁵ Non che questa influenza del capitale e del mercato sui cambiamenti globali sia sconosciuta o abbia una rilevanza minore in altri tempi. In questo senso, in dottrina si parla ad esempio di “nesso funzionale” nello Stato moderno, tra il riconoscimento del diritto e delle libertà individuali, da un lato, e il libero sviluppo del mercato e della concorrenza, dall'altro. V. RUOTOLO M., *cit.*, 2010, p. 544. In argomento, cfr. anche RIDOLA P., *cit.*, 2001, p. 9, secondo cui «fra la lotta per l'affermazione dei diritti individuali nell'età del costituzionalismo e le nascenti teorie del liberalismo economico vi è un legame molto stretto: l'eguaglianza formale dei diritti, il riconoscimento dei quali non era ancorato a *status* privilegiati, era infatti perfettamente coerente con un modello di economia concorrenziale, che pretendeva appunto una posizione di parità giuridica di tutti soggetti operanti nel mercato».

religioso e giuridico³⁴⁶, ove viene ricompreso, allo stesso modo, l'ambito costituzionale, sia nell'organizzazione della struttura politica e amministrativa statale, sia nella concezione comune dei diritti e della realizzazione della giustizia.

Quindi ciò che conta, soprattutto in questo momento, è analizzare i problemi che derivano da questo processo di globalizzazione sul costituzionalismo, ponendo anzitutto lo sguardo sui suoi effetti in relazione agli aspetti politici e legali, senza trascurare altre implicazioni come, per esempio, quelle culturali ed economiche.

In questo senso, sembra che le nuove relazioni economiche e di lavoro sviluppatesi con il fenomeno della globalizzazione hanno prodotto una certa diminuzione dell'autonomia politica e sovranità effettiva della maggior parte dei paesi occidentali, che vengono costantemente costretti, quando non necessario, a dedicarsi al loro le decisioni e le scelte politiche a favore di un sistema imposto dalla globalizzazione.

Questo sistema è costituito principalmente da una combinazione di forze e interessi nel mercato economico globale, che è riuscita a soddisfare le finalità delle grandi istituzioni economiche e di alcuni Paesi egemonici come Stati Uniti, Inghilterra e Germania, e che, tuttavia, subiscono e soffrono anche le conseguenze di questo processo.

L'indebolimento dei poteri dello Stato è così evidente e reale che il nuovo assetto politico mondiale ha portato alla nascita di accordi politici tra stati, come l'Unione europea e il Mercosur, alla pressione monolitica del "consenso di Washington" in merito all'imposizione di politiche di aggiustamento strutturale che non finisse per estinguere gli Stati meno preparati ad affrontare questa nuova realtà.

Ad ogni modo, è accaduto che i sistemi politici nazionali, inizialmente chiusi alle ingerenze esterne, dovettero cedere in relazione alla propria autonomia e sovranità tanto per l'imposizione di adeguamenti strutturali da parte del mercato globalizzato quanto per la promozione di accordi politici interstatali³⁴⁷.

Questo processo di indebolimento degli Stati si verificò, inizialmente, a causa della regolamentazione statale dell'economia attraverso la creazione di requisiti

³⁴⁶ Sul punto, è importante segnalare la lettura di SANTOS B. S. (a cura di), *A globalização e as ciências sociais*, 3ª ed., São Paulo, Cortez, 2005a.

³⁴⁷ Boaventura de Sousa Santos ha concluso che «un'analisi più approfondita dei tratti dominanti della globalizzazione politica - che sono, di fatto, i tratti dominanti della globalizzazione politica dominante - ci porta a concludere che alla base di questa le tre componenti del Washington Consensus: il consenso dello Stato debole; il consenso della democrazia liberale; il consenso del primato del diritto e del sistema giudiziario. SANTOS B. S., 2005, b, p. 41.

normativi e istituzionali che hanno finito per dissolvere, in un certo senso, le realtà istituzionali e normative di ogni stato i quali, successivamente, con la regolamentazione di altri settori statali, cominciarono a mettere in discussione la legittimità e la capacità degli Stati di organizzare la società.

Analizzando la situazione, Bob Jessop ha individuato tre tendenze generali nella mutazione del potere dello stato: la (i) *snazionalizzazione dello Stato*, in cui il potere dello Stato starebbe attraversando uno svuotamento a causa della riorganizzazione delle sue capacità, sia territoriali che funzionali, a livello nazionale e sovranazionale, la (ii) *privatizzazione dei regimi politici*, percepita con il cambiare del concetto di governo a quello di *governance*, in cui, a causa delle nuove relazioni globali, lo Stato assume un nuovo ruolo di coordinamento delle attività consolidate attraverso partenariato e associazioni con enti governativi e non, e la (iii) *internazionalizzazione dello Stato nazionale*, che, sempre più, devono soddisfare le esigenze strategico extraterritoriali o transnazionali³⁴⁸.

Rispetto, dunque, a quanto osservato, non è difficile comprendere la complessità del rapporto tra i concetti di globalizzazione, stato e diritto, nella misura in cui essa trasforma la dinamica di organizzazione e concentrazione di potere che modella lo stato che, a sua volta, ne esce sempre più indebolito e delegittimato dal solo fatto di stabilire il diritto vigente nel suo territorio.

Per tirare le somme, in questo nuovo scenario globalizzato non solo lo stato si trova in un processo di trasformazione strutturale, ma anche il diritto passa attraverso un periodo di "mutazione genetica", con il cambiamento alcuni dei suoi codici strutturali, sia nella sua dimensione formale sia sostanziale.

Gli afflussi sempre più crescenti di norme sovranazionali sui sistemi politici e normativi degli stati, infine, mettono in dubbio la capacità del *costituzionalismo contemporaneo* di fornire risposte efficienti per il controllo della nuova forma di concentrazione e di organizzazione del potere, soprattutto ove pensato e sviluppato nella tradizionale dimensione legata alla struttura chiusa degli Stati nazionali.

Tuttavia, nonostante tutti questi problemi, il rapporto diretto instaurato da alcuni sulla base di un ragionamento limitato che l'indebolimento della sovranità dello stato porterebbe necessariamente alla distruzione o al superamento del *costituzionalismo*,

³⁴⁸ In questo senso, si v. JESSOP B., *Narrating the Future of the National Economy and the National State? Remarks On Remapping Regulation and Reinventing Governance*, consultato in <http://www.lancaster.ac.uk/fass/sociology/research/publications/papers/jessop-narrating-the-future.pdf> (Accesso in data 10/04/2015).

inteso come un movimento studiato per limitare il potere a favore dell'affermazione dei diritti degli individui, sembra essere qualcosa di completamente sbagliato³⁴⁹.

Questo perché l'ideale di *costituzionalismo* potrebbe senz'altro sopravvivere con una nuova configurazione di concentrazione del potere mondiale, a condizione che le sue premesse e caratteristiche di base siano preservate, come si vedrà nel terzo capitolo.

Tuttavia, la crisi della sovranità, lo Stato e il diritto non è l'unica che colpisce attualmente il *costituzionalismo*, poiché vanno analizzati tutti quei problemi che riguardano il rapporto della sua giurisdizione con la nuova componente contemporanea: la democrazia.

2.5.2 Giurisdizione, democrazia e integrità³⁵⁰

Se c'è un tema che può dirsi aver ottenuto dagli studiosi una rilevanza straordinaria nel quadro del *costituzionalismo contemporaneo*, è sicuramente quello sulla giurisdizione costituzionale³⁵¹.

L'attuazione costituzionale delle teorie sul controllo di costituzionalità delle leggi permisero, infatti, che la giurisdizione costituzionale contemporanea si sviluppasse abbastanza attraverso il principio di costituzionalità, soprattutto se comparato al sistema già operativo nello Stato legislativo, che si basava sul supremo e potente principio di legalità.

La creazione, d'altra parte, dei tribunali e delle corti costituzionali, sia nazionali che internazionali, servirono ugualmente a portare tale giurisdizione al livello

³⁴⁹ Visione errata anche perché si riduce solamente ad una prospettiva teorica del fenomeno della dimensione generica della costruzione del "mondo unico". Secondo Anthony Giddens, la globalizzazione può anche prendere una prospettiva dialettica, che viene stabilita dalle relazioni di acquisto e perdita di sovranità da parte degli Stati, anche perché «la sovranità dello stato moderno è *dipesa fin dall'inizio dai rapporti tra stati*, in virtù dei quali ciascuno stato (in linea di principio, certo non sempre nella pratica), riconosceva l'autonomia degli altri entro i rispettivi confini». GIDDENS A., 2006, p. 73.

³⁵⁰ Sul punto, è importante chiarire che l'idea del presente argomento non è quello di discutere la giurisdizione costituzionale a partire dall'analisi ermeneutica, con le sue numerose implicazioni nel contesto della teoria della interpretazione giudiziaria e della teoria del linguaggio, bensì quello di metterla in dubbio basandosi sullo sguardo attento alle loro interrelazioni con il *costituzionalismo contemporaneo*, indagando i suoi effetti sulle principali basi strutturali che compongono questo movimento costituzionalista corrente. La linea di ricerca condotta finora ha cercato di affrontare alcune questioni importanti che circoscrivono l'analisi del *costituzionalismo* senza, tuttavia, perdere di vista l'obiettivo principale di questo movimento, che ha caratteristiche sue proprie e uno sviluppo unico.

³⁵¹ Sul tema, la opera iniziale è KELSEN H., *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

successivo, concentrando le varie discussioni e decisioni su questioni controverse e importanti nella società odierna.

Tuttavia, l'idea iniziale di esercitare la giurisdizione costituzionale per la revisione delle leggi è stata sviluppata e ampliata nel corso degli ultimi decenni, al punto da essersi, attualmente, identificato un certo movimento di attivismo giudiziario, in cui l'azione giurisdizionale ha guadagnato profili molto diversi dal movimento costituzionale precedente e persino sin dallo stesso inizio della fase costituzionale attuale.

La comprensione consolidata e condivisa dell'esercizio della giurisdizione costituzionale come una attività contro la maggioranza al fine di fornire una necessaria revisione giudiziaria si è evoluta al punto da identificare un nuovo movimento di legislazione giudiziaria, con il passaggio dell'attività del controllo giurisdizionale per la creazione giurisprudenziale delle norme, attraverso un processo di riavvicinamento tra diritto e morale³⁵².

Ci sono diversi casi giudicati dalle corti e dai tribunali costituzionali di tutto il mondo che sono identificati dagli studiosi come esempio di azione giudiziaria creatrice del diritto a fronte, fondamentalmente, del mancato riscontro di discipline legali in merito alle questioni loro sottoposte.

Tuttavia, senza abbandonare l'importanza dell'analisi ermeneutica dello stesso processo interpretativo delle norme costituzionali, il punto è che la giurisdizione costituzionale si è ampiamente sviluppata sulla base di una concezione aperta di costituzione, il che significa che tutti i requisiti costituzionali possiedono una dimensione normativa specifica che deve essere delimitata nell'analisi di ciascun caso concreto principalmente attraverso il metodo interpretativo di ponderazione o bilanciamento.

Tale apertura costituzionale promossa da questo nuovo momento costituzionale, ha influenzato considerevolmente anche la cognizione delle stesse dimensioni formali e sostanziali del diritto, con il riconoscimento di uno spazio, sempre più ampio, della sua efficacia promossa dalla giurisdizione costituzionale, in particolar modo attraverso l'uso di norme costituzionali indeterminate, cioè i principi³⁵³.

³⁵² Sul punto, V. RODOTÀ S., *cit.*, 2012, p. 64.

³⁵³ ZAGREBELSKY G., *cit.*, 2012, pp. 543-552. ZAGREBELSKY G., *cit.*, 2012, pp. 543-552. Sull'utilizzo dei principi della giurisdizione costituzionale, si vedano anche: SERGES G., *Principi in tema di giurisdizione*, in *Lineamenti di diritto pubblico*, Franco Modugno (a cura di), seconda edizione, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 625-658.

È altresì importante osservare che la giurisdizione costituzionale, sebbene esercitata in maniera diversa nelle realtà costituzionali di ciascun Stato, ha una linea d'azione condivisa in tutto il mondo, che è la tutela dei diritti umani, poiché impone alle istituzioni e agli Stati obblighi rispetto a quelli assunti internamente, e che, anche così, spesso non sono rispettati.

Da un altro punto di vista, vale la pena notare che l'esercizio di questa giurisdizione costituzionale è qualcosa di voluto e incoraggiato da interessi egemonici della globalizzazione, nella misura in cui, in teoria, si consente l'espansione e la stabilizzazione dei mercati attraverso un linguaggio giuridico comune, non limitato alle decisioni politiche di ogni Stato.

In questa prospettiva, si comprende anche come la giurisdizione costituzionale esercitata in forma globale stabilisca una comunicazione più facile, veloce ed efficiente tra gli interessi del mercato economico mondiale e gli interessi di autodeterminazione di individui liberi contemporanei di quella sviluppata classicamente con le potenze legislative ogni stato.

Si badi, non che tutto ciò sia stato previsto fin dall'inizio del *costituzionalismo contemporaneo*, ovvero imposto con la forza dei mercati economici mondiali, o che sia stato un movimento architettato dalla magistratura oppure spontaneamente consegnato dal legislatore. In realtà, la giurisdizione costituzionale ha oggi acquisito uno *status* nella struttura politica dello stato che ha prodotto effetti concreti, per alcuni positivi e per altri negativi, nella teoria classica della separazione dei poteri, che riflette, in ultima analisi, la sua stessa relazione con uno dei suoi principali pilastri dei nostri giorni, la democrazia.

Come accennato in precedenza, l'emergere dell'attuale momento del *costituzionalismo* è stato fortemente influenzato dal desiderio di ristabilire l'importanza di ambienti democratici negli Stati sociali, giuridici e politici, al fine di sterminare le pratiche totalitarie precedenti senza, con questo, sostenere il modello democratico radicale del giacobinismo francese.

La costruzione dei nuovi scenari politici attraverso le costituzioni democratiche fornì una nuova realtà dell'esercizio del potere e della struttura di Stato, con garanzie di maggiore partecipazione individuale e sociale nelle decisioni pubbliche.

Si scopre, dunque, che la trasformazione paradigmatica dal modello di Stato legislativo al modello di Stato di Diritto ha prodotto un particolare effetto sull'attività

giudiziaria, conferendo, in teoria, *pari dignità costituzionale* tra la legislazione e la giurisdizione, entrambe vincolate alla costituzione³⁵⁴.

Tuttavia, questa *pari dignità costituzionale* ha incontrato nelle ragioni pratiche dell'ermeneutica terreno molto più fertile di sviluppo rispetto alle ragioni pratiche politico-rappresentative, soprattutto a causa del processo di declino e di delegittimazione della politica in sé.

Le crescenti e contraddittorie domande sociali, o l'accelerazione caotica ed i continui cambiamenti delle istanze sociali per la cura dei propri interessi, la mancanza di sviluppo di un grande progetto politico e sociale, la crescita dei movimenti sociali di trasparenza politica, il grande aumento delle pratiche corruzione politica, tra gli altri, sono stati alcuni dei motivi che hanno finito per rendere più difficile l'adattamento delle pratiche legislative alle nuove realtà costituzionali.

Da qui l'attuale sistema giuridico e politico ha concentrato sempre più l'attenzione sulle attività sviluppate dalla giurisdizione costituzionale, trasferendo, in modo sempre più crescente, il centro di definizione del diritto al potere giudiziario che, di fatto, non produce le proprie decisioni con le stesse dinamiche del processo legislativo.

La crescente alienazione del processo politico-legislativo in relazione agli ambiti di creazione e definizione del diritto ha favorito, sempre più di frequente, istanze sul *deficit* di legittimità democratica delle decisioni giudiziarie, in particolare per quanto riguarda gli effetti di una possibile trasformazione indesiderata di un "governo delle leggi" per un "governo delle giurisprudenze" o, per dirla altrimenti, da un "governo legislativo" ad un "governo giudiziario".

In una visione classica, non si farebbe molto sforzo per spiegare e comprendere che il processo di formazione di una decisione giudiziaria non ha le stesse possibilità di partecipazione democratica del processo di formazione di una decisione legislativa, pur avendo vissuto un'esperienza di democrazia rappresentativa.

Il *deficit democratico* della giurisdizione costituzionale andrebbe quindi a creare un sistema in cui gli individui, la società e lo Stato sarebbero organizzati e controllati da decisioni giudiziarie che non rappresentano la volontà popolare sovrana, ma che, con le parole di Ingeborg Maus, potrebbero creare la falsa impressione o anche comprensione della magistratura come "Super-io della società", soprattutto in

³⁵⁴ FIORAVANTI M., 2009b, p. 32.

considerazione del riavvicinamento del diritto e della morale così avanzato dal *costituzionalismo contemporaneo*³⁵⁵.

Se così stanno le cose, allora è possibile dire che il *costituzionalismo contemporaneo* attraversi una crisi che non deriva dalla messa in discussione delle sue proposte essenziali di controllo del potere o del garantire i diritti degli individui, bensì dalla sua effettiva capacità di relazionarsi con la democrazia.

Secondo quanto detto, allora, se il diritto non sarebbe necessariamente creato da una procedura legislativa, in che modo si può dire che la democrazia sarebbe osservata dalla Corte Costituzionale? Stando così le cose, quali sono le garanzie per il popolo che il diritto venga creato e applicato secondo la sua volontà? Come potrebbe il *costituzionalismo contemporaneo* gestire la contraddizione (apparentemente) esistente tra l'affermazione iniziale e della negazione finale della partecipazione della democrazia nelle loro pratiche?

Queste e altre domande vengono poste per riflettere sulle attuali relazioni tra il *costituzionalismo contemporaneo* e la democrazia, nella misura in cui la giurisdizione costituzionale venga sviluppata in modo (apparentemente) separata dalle ordinarie pratiche democratiche condivise.

La situazione è aggravata ancor di più con riguardo ai casi in cui vi è un utilizzo giudiziario pragmatico tendenzioso del metodo di ponderazione o di bilanciamento per dare, in particolare, una soluzione normativa tra diritti che apparentemente sarebbero in tra loro in conflitto, cercando di giustificare razionalmente una decisione del tribunale che non passa, in realtà, da una scelta predeterminata guidata da sentimenti personali e che non si reggono davanti ad una seria analisi critica dei fondamenti decisionali.

La crisi democratica raggiunge il suo apice, infine, quando, nell'esercizio della sua attività interpretativa, il potere giudiziario ritiene di non avere alcun dovere di mantenere la coerenza e l'integrità delle proprie decisioni, rompendo con la dimensione di responsabilità giudiziaria nello svolgimento delle sue attività.

A causa di tutto questo, appare allora evidente che la problematica, coinvolgendo il *costituzionalismo contemporaneo* e il rispetto per la democrazia

³⁵⁵ MAUS I., *O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã"*, trad. port. Martônio Lima e Paulo Albuquerque, *Revista Novos Estudos CEBRAP*, n° 58, nov., 2000.

nell'esercizio della sua giurisdizione costituzionale, è un punto importante da analizzare ed orientare al fine di un corretto sviluppo di questo movimento.

Se, rispetto a quanto appena detto, si aggiunge la crisi provocata dagli effetti negativi della globalizzazione, è possibile, in via teorica, il verificarsi di un ampio processo di indebolimento non solo dell'autonomia degli Stati, ma anche della società e degli individui che vengono progressivamente allontanati dai processi politici e giuridici delle decisioni su questioni vitali della loro vita.

Considerando, altresì, la creazione e il rafforzamento di nuove istanze politiche e giuridiche di carattere sovranazionale, come l'Unione europea e il Mercosur, in cui la partecipazione sociale si sviluppa in un sistema di rappresentazione democratica molto più limitato, dobbiamo prendere molto sul serio le implicazioni che l'allontanamento della democrazia può comportare nell'ambito del diritto e, di conseguenza, del *costituzionalismo contemporaneo*.

Tuttavia, come si vedrà nel capitolo successivo, è possibile strutturare lo sviluppo della giurisdizione costituzionale nel *costituzionalismo contemporaneo* al fine di consentire che gli ambienti delle deliberazioni democratiche siano correttamente rispettati, assegnando ai magistrati la dovuta responsabilità nello sviluppo delle attività che loro competono.

Per altro verso, è rilevante esaminare, in ultimo, un aspetto, forse il più importante, ed estremamente delicato che riguarda profondamente, secondo la nostra ipotesi maggiore, l'attuale crisi del *costituzionalismo contemporaneo*, cioè a dire l'influenza di un eccessivo individualismo nelle decisioni politiche e giuridiche attuali come fattore generante di scarsa realizzazione dei diritti.

2.5.3 Individualismo, libertà e responsabilità

L'analisi storico-evolutiva di tutto il *costituzionalismo* ha, come noto, un profondo legame con la tutela delle libertà degli individui, che nel corso del tempo, ha rilevato un crescente movimento di rafforzamento della dimensione individualistica dell'umanità.

La costruzione di un pensiero che garantisse, attraverso teorie e pratiche politiche e giuridiche, gli spazi vitali di libertà degli individui è stato da sempre un obiettivo primario del *costituzionalismo*, che ben si mostrava allineato con l'Illuminismo e i pensieri rivoluzionari.

In questo senso, non sarebbe stato possibile costruire un progetto comune di vita sociale e politica senza che fossero necessariamente rispettati e conservati i pensieri, i desideri, gli interessi, le caratteristiche, le volontà, le manifestazioni, le religiosità, tra gli altri, di ogni individuo.

Le libertà di movimento, di pensare e di parlare, di possedere e utilizzare, di credere e di adorare e di votare e di essere votati sono stati alcuni di quelle che inizialmente hanno condotto un movimento di resistenza alle forze che detenevano ed esercitavano il potere reale e concreto in ogni realtà spaziale e temporale.

Come è noto, la dimensione concettuale di queste libertà si è evoluta notevolmente dal momento in cui si ebbe la nascita del *costituzionalismo*, essendo direttamente influenzata da situazioni legate al mondo che cambiava, alle innovazioni delle realtà sociali e le varie necessità e aspettative umane³⁵⁶.

Così, ad esempio, la libertà di movimento è andata via via ottenendo un nuovo significato a fronte dell'espansione degli orizzonti fisici e l'emergere del nuovo mondo digitale, che ha stabilito un nuovo modo di essere e di stare nel mondo, consentendo pertanto che lo spostamento dell'individuo passasse a non essere concepito solo in una dimensione puramente fisica.

Naturalmente, l'idea che mirava a garantire tutte queste libertà venne anche impattata nella misura in cui si comprese che non era sufficiente proteggere astrattamente le libertà se poi, in realtà, quelle si manifestavano in forme diverse come risultato di condizioni fisiche, psicologiche, culturali, sociali, economiche e politiche di cui ogni individuo godeva.

Così, la ricerca per stabilire una sostanziale uguaglianza auspicata tra individui ha finito anche per incidere sulla stessa evoluzione dei significati di alcune libertà, poiché si comprese che non sarebbe stato possibile dire che chiunque sarebbe, di fatto, libero se non aveva condizioni minime per esercitare questa libertà³⁵⁷.

³⁵⁶ Esprimendosi sulle sue diverse concezioni, F. Modugno spiega che la libertà è «sempre *tensione* verso un determinato obiettivo [...]. è sia *indipendenza* sia *autodeterminazione* o *autorealizzazione*. [...] i vari *contenuti* della libertà *non possono mai esaurire le potenzialità della tensione*, nei modi, nei contenuti o verso i fini che a volta si propongono all'orizzonte delle sue possibilità. In questo senso si dice che la libertà è valore, come tale inusurabile nelle sue esplicazioni e direzioni». MODUGNO F., *cit.*, 1995, p. 7.

³⁵⁷ In questo senso, si afferma che «l'idea stessa di Stato sociale è implicata da un certo concetto di libertà». Così, RUOTOLO M., *cit.*, 2010, p. 548. Anche in HÄBERLE T., *cit.*, 1993, p. 50 si relaziona lo Stato sociale con l'effettività dei diritti di libertà, nella misura in cui viene assicurato «agli individui un minimo di beni materiali, senza i quali non potrebbero realizzare in pratica la loro libertà».

Da quel momento in poi, i sistemi giuridici e politici furono costantemente stimolati a tutelare una nuova categoria di diritti, i diritti sociali, che avevano la missione di ridurre le disuguaglianze sociali, garantendo i diritti alla salute, all'istruzione, al lavoro, all'assistenza sociale, e così via.

L'aumento dei diritti sociali nella teoria e nella prassi sociale, politica e giuridica degli ordinamenti giuridici di ogni Stato ha cominciato ad offrire, in questo modo, una gamma maggiore e migliore di libertà agli individui.

Così, si può dire che nello sviluppo storico del *costituzionalismo*, le garanzie delle libertà degli individui attraversarono per un processo che ha finito per espandere orizzontalmente e verticalmente - o quantitativamente e qualificatamente - la dimensione cognitiva delle stesse libertà degli individui.

È pur vero che un'analisi onesta di questo processo storico-evolutivo porterebbe alla conclusione che ciò non accadde in forma lineare e tranquilla, dato che ha affrontato momenti di gravi e pericolose eccezioni, con la comparsa, ad esempio, di governi totalitari e dittatoriali e con il verificarsi delle guerre mondiali.

Allo stesso modo, inoltre, un'altra conclusione molto importante e vitale che la presente analisi intende lanciare sarebbe che questo processo non arrivò a un punto finale. Lungi da ciò, questo processo si ravvisa quotidianamente nelle pratiche sociali, economiche, politiche e giuridiche dell'umanità, trovando nuovi spazi e dimensioni di sviluppo, ma mantenendo la stessa valutazione dell'individuo.

Il progresso storico del *costituzionalismo* ha, pertanto, una intensa e stretta relazione con il processo stesso di rispetto e considerazione della persona, sebbene con la nascita del *costituzionalismo* l'individuo fosse considerato più in relazione alla classe o al gruppo di cui faceva parte.

La consapevolezza che l'individuo, e non un gruppo, una classe, una razza umana, una società, un partito politico o uno Stato, è colui che dovrebbe essere considerato come la ragion d'essere dei rapporti umani e delle implicazioni che ne derivano fu un'evoluzione senza precedenti storici, che ha finito per fornire (o almeno dovrebbe) un profondo impatto sulle decisioni politiche, sociali, economici e giuridici degli stati.

L'apprezzamento del singolo come il più grande centro di attenzione e di gestione delle politiche pubbliche attuate dai governi di tutto il mondo ha finito, invece, per contribuire al processo di rivoluzione mentale per il quale è passata

l'umanità negli ultimi tempi, generando un'inversione di comprensione dei ruoli dello stato , della società e dell'individuo.

In questo modo, se in un certo momento storico l'individuo aveva la funzione fondamentale di servire alla società e allo Stato, è possibile dire che oggi, soprattutto con la fine delle guerre, dei regimi totalitari e dittatoriali, l'individuo abbia acquisito uno *status* tale che, in realtà, si scopre che le funzioni dello Stato e della società hanno finito per essere ridimensionate in modo da servire agli interessi e alle esigenze del singolo.

Questa considerazione sul ruolo e sul posto dell'individuo in relazione allo stato e alla società è stato molto importante per far sì che l'essere umano smettesse di essere trattato come oggetto da parte delle politiche pubbliche, per passare ad essere considerato come il soggetto principale della loro attenzione.

A tal riguardo, si ebbe che, da un lato, l'elevazione dell'individuo al ruolo di protagonista delle decisioni pubbliche portò diverse ripercussioni positive nel progresso dell'umanità; dall'altro, presentò alcuni problemi dovuti principalmente alle distorsioni che iniziarono ad emergere da questo ideale di valorizzazione.

Tra questi, la distorsione principale che attualmente si riscontra nell'ambito dell'individualismo riposa sul progressivo abbandono di una dimensione etica e responsabile degli individui nell'esercizio dei loro diritti, cercando sempre più di soddisfare i loro interessi in una forma estremamente egoista.

In proposito, diversi sono i casi che possono essere citati per sostenere questa affermazione, potendo citare, per esempio, il caso avvenuto in Brasile di un intervento chirurgico per la riduzione dello stomaco di persone obese o, ancora, il caso di querela indennizzo morale presentato da uno studente contro il suo maestro per aver sequestrato il cellulare di questo durante una lezione.

Ebbene, in Brasile, in questi ultimi anni, crebbe di molto l'accesso per le persone al diritto alla salute. Soprattutto nella sfera pubblica, la realizzazione di consulenze, la fornitura di medicinali e di protesi e la pratica degli interventi chirurgici per vari trattamenti sono cresciuti considerevolmente con un grande investimento di denaro pubblico al fine di rispondere a queste esigenze sociali.

Dal punto di vista teorico, l'aumento delle azioni pubbliche nella realizzazione del diritto alla salute non poteva essere migliore per la realizzazione di questo diritto fondamentale. Tuttavia, da un punto di vista pratico, furono constatati alcuni problemi che impedivano la stabilizzazione di un rapporto diretto tra l'aumento delle politiche

pubbliche di salute e il miglioramento della salute e della qualità della vita delle persone.

Tra i problemi su indicati, si vuole richiamare l'attenzione su una pratica diventata comune tra un gruppo di cittadini brasiliani, che fa riferimento al caso di interventi chirurgici per la riduzione dello stomaco di persone obese.

Questo caso coinvolgeva la condotta di un gruppo di persone obese che, non rientranti nei criteri stabiliti dal "Sistema Unico della Salute" (SUS) per eseguire l'intervento chirurgico, cercarono di ingrassare ancora di più per raggiungere i tassi minimi richiesti.

L'intento di ogni individuo che faceva parte di questo gruppo indeterminato di persone era semplicemente quello di sottoporsi all'intervento chirurgico per dimagrire a prescindere dal fatto di non rientrare nel quadro stabilito dal sistema sanitario pubblico, indipendentemente dal poter dimagrire con mezzi naturali, o ancora a prescindere della spesa inutile di denaro pubblico, dal grave rischio di morte cui si può andare in contro o dal fatto di ostacolare l'accesso di altri innumerevoli altri individui allo stesso tipo di intervento.

La moda di interventi chirurgici di bypass gastrico è diventato qualcosa di così endemico nella realtà medica brasiliana che lo Stato ha dovuto emanare, a partire dal 2010, nuovi documenti per aumentare il controllo sullo svolgimento di questi interventi, al fine di migliorare l'equità dei diritti degli individui e l'uso delle risorse pubbliche.

Un altro caso che ha recentemente attirato l'attenzione della società brasiliana ha avuto luogo nel 2013 nella città di Tobias Barreto, all'interno dello Stato di Sergipe, dove un insegnante ha preso il cellulare di uno studente durante una lezione, perché ostacolava l'ordinario svolgimento delle lezioni con l'ascolto di musica attraverso un auricolare.

A causa di questi fatti, lo studente instaurò un giudizio, debitamente rappresentato dalla madre, chiedendo la condanna dell'insegnante per danni morali, in quanto il suo comportamento avrebbe causato allo studente un senso di impotenza e di rivolta, oltre ad un enorme *stress* fisico ed emotivo.

Il processo si svolse nel 2014, avendo il giudice giudicato improcedibile la richiesta in decisione di riconoscimento nazionale, per accertare che lo studente avesse violato le linee guida della scuola e le avvertenze del docente di non usare il

cellulare in classe, richiamando l'attenzione sulla situazione vissuta oggi giorno della pratica di un edonismo sconsiderato, che sembra non conoscere limiti³⁵⁸.

Questo caso ha influenzato fortemente il Brasile, in particolare per il fatto che uno studente ritenesse che il comportamento dell'insegnante di metterlo in guardia e poi prendere il suo cellulare a causa del cattivo uso in classe sarebbe sbagliato.

La certezza di questa sua posizione e dei suoi diritti è stata così forte che non solo si indignò per il comportamento dell'insegnante ma addirittura, sostenuto dalla madre, lo portò a intentare una causa contro il docente per l'ottenimento di un ristoro morale dei danni subiti.

L'analisi di questo caso ha suscitato una riflessione nazionale che gettò luce su una realtà cruda del sistema attuale; quella per cui, sempre più, gli individui si sentono titolari di più diritti rispetto agli altri, in particolare contro lo Stato e/o chi lo rappresenta, senza che si vedano come portatori di responsabilità, limiti, obblighi o doveri.

Da quanto emerge, ci si accorge che lo sviluppo delle tutele libertà degli individui nel *costituzionalismo contemporaneo* ha raggiunto un punto in cui è estremamente necessario ripensare alle sue motivazioni e alle sue finalità, in modo da non finire per tutelare "diritti" (non dovuti) di alcuni a scapito della tutela dei diritti (dovuti) di altri.

L'abuso dell'esercizio, da un lato, del diritto illimitato, irresponsabile ed egocentrico da parte di alcuni finisce per generare, per altro verso, la violazione dei diritti degli altri. Questa situazione è ulteriormente aggravata a fronte di situazioni di gravi rischi sociali, in cui la sopravvivenza stessa della specie umana è a rischio, come nei casi di calamità naturali, di sfruttamento predatorio dell'ambiente, di incidenti nucleari e via dicendo.

È necessario, in ultimo, che il *costituzionalismo contemporaneo* trovi un modo per essere libero ma responsabile; un modo per tutelare le libertà racchiuse in un quadro etico sociale necessario; un percorso che vada a bilanciare diritti e doveri delle persone, della società, dello Stato; una direzione che affermi un'età dei diritti e dei doveri.

³⁵⁸ La sentenza può essere letta in: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/6/art20140603-11.pdf>, (Accesso in data 10/04/2015).

CAPITOLO III

L'ETÀ DEI DIRITTI E DEI DOVERI E IL COSTITUZIONALISMO LIBERO E RESPONSABILE

Una storia unica. Un'esperienza straordinaria. Il *costituzionalismo* è un'opera strutturale senza precedenti, composta dai pensieri e dalle azioni di molti uomini e donne che hanno dato le proprie vite per una causa comune che li muoveva: la difesa dell'essere umano.

Sorretto da saggezza antica, il *costituzionalismo* è un movimento di affermazione di libertà e uguaglianza umane che ricerca la felicità degli individui.

Non una felicità alienata. E neppure una libertà insensata. Il movimento di affermazione e di garanzia di questi valori umani e sociali, infatti, si sviluppò nella storia con uno scopo molto preciso e specifico: la sopravvivenza degli esseri umani.

Una sopravvivenza che può essersi manifestata in varie concezioni e dimensioni nel cammino storico dell'umanità, come la sopravvivenza fisica, intellettuale, spirituale, sociale, individuale, politica, economica, e così via, ma che sempre fu la forza propulsiva delle varie battaglie vissute dal *costituzionalismo*.

Così, dopo aver analizzato tutto il suo percorso storico, si riparte dal comprendere che il vero fondamento elementare della evoluzione del *costituzionalismo* è sempre stato, e rimane, la necessità della sopravvivenza dell'essere umano.

Se nella storia si difese l'affermazione delle libertà e uguaglianze contro l'esercizio opprimente del potere, ciò possedeva una relazione diretta con la necessità per la sopravvivenza di individui, gruppi, popoli o nazioni che avevano nelle loro libertà e uguaglianze le garanzie delle loro stesse vite.

D'altra parte, se la felicità corrispose ad un desiderio intrinseco di *costituzionalismo*, in particolare per l'influenza del versante statunitense, essa mantenne, così come continua a mantenere, una relazione direttamente correlata alla sopravvivenza dell'essere umano, nella prospettiva fondamentale che l'individuo è in grado di essere felice, essendo una possibilità di vita che si afferma rispetto al mondo soggettivo di ogni essere.

Certo, il *costituzionalismo* non sarebbe quello che era o quello che è senza l'esatta concezione storica della forza motrice della necessità di sopravvivenza umana, che ha avuto bisogno, in ogni luogo e tempo, di fare riferimento ai contesti sociali, economici e politici specifici.

Così, sulla base di questa consapevolezza, la questione da affrontare a questo punto, nel modo più oggettivo e diretto, è quella di cercare realmente di garantire, attraverso il costituzionalismo, la sopravvivenza umana per il futuro, intesa tanto in un senso ampio quanto in un senso più stretto.

In questa prospettiva, è necessario riflettere, sulla base delle visioni condivise del mondo dall'attuale società eterogenea plurale e complessa, come il *costituzionalismo contemporaneo* può e deve evolvere per garantire la sopravvivenza umana pacifica ed equilibrata.

Tutta la costruzione teorica svolta fino ad oggi in questa ricerca mostra un panorama che rafforza alcuni punti che dovrebbero essere evidenziati nel *costituzionalismo*, in particolare il contemporaneo.

In primo luogo, il *costituzionalismo* mantiene il suo pensiero iniziale fondamentale che lo ha mosso durante tutta la storia dell'umanità, che è la necessità di controllare il potere per evitare la tirannia, l'oppressione e lo sfruttamento umano.

Come un movimento di pensiero che cerca di attuare azioni concrete, il *costituzionalismo* si distingue per l'affermazione dell'adozione di misure politiche, giuridiche, economiche e sociali che affermino e garantiscano i diritti degli individui, al fine di dar loro la libertà e le uguaglianze necessarie per generare felicità ad ogni essere umano.

La recente comparsa delle costituzioni democratiche ha anche inciso sul costituzionalismo, favorendo la nascita di una nuova era che segna una nuova proposta per un rapporto più armonioso tra *costituzionalismo* e democrazia, ampliando la partecipazione sociale alle decisioni pubbliche in una conformazione teorico-sistematica che prende le distanze dalle concezioni democratiche tradizionali formali.

L'approdo più recente della denominata età dei diritti con l'attuazione e l'implementazione dei diritti in prospettive nazionali, internazionali, generali e specifiche segna un momento che cambia profondamente il rapporto Stato-individuo, stabilendo una nuova sistematica che privilegia l'introduzione di diritti degli individui e di doveri per gli Stati.

Con il superamento del modello di stato legislativo di diritto, il paradigma dello stato costituzionale di diritto identifica il *costituzionalismo contemporaneo*, dando alla costituzione un ruolo guida importante nella regolazione e pianificazione delle relazioni politiche e sociali di ogni popolo, inaugurando per il diritto un nuovo piano di legittimità delle decisioni politiche e giuridiche, che fu il piano di legittimazione sostanziale, superando il quadro tradizionale della validità formale delle sue regole.

La grande idea iniziale dell'attuazione delle costituzioni scritte e rigide si è evoluta nel quadro teorico, dunque, per presentare anche il pensiero della supremazia della Costituzione e le sue regole, con la quale ha sostenuto la creazione e l'esercizio del controllo giurisdizionale sulle leggi e sugli altri atti normativi di ogni ordinamento giuridico.

In questo percorso, un ruolo estremamente importante nel consolidare le basi concettuali e strutturali del *costituzionalismo* è stato svolto da tribunali e corti costituzionali che, attraverso l'esercizio della giurisdizione costituzionale, hanno consolidato, nel corso del tempo, il superamento del modello legalistico precedente.

Nel *costituzionalismo contemporaneo*, pertanto, il diritto doveva essere colpito da una forte manovra di "ossigenazione" delle sue teorie e pratiche, che ha finito per aprire il sistema chiuso di regole stabilite dai pensieri giuspositivistici dominanti, permettendo la (re)introduzione dei principi e, di conseguenza, la realizzazione di una più ampia attività interpretativa giudiziaria, con un forte impegno per la concretizzazione dei diritti fondamentali.

Tuttavia, le nuove pratiche e implicazioni prodotte dal movimento conosciuto in tutto il mondo come "globalizzazione", le conseguenze determinate dal rendimento insufficiente della giurisdizione costituzionale nello scenario di affermazione delle costituzioni democratiche e la crescente prevalenza di un individualismo egoistico nell'affermazione dei diritti degli individui stanno generando alcune crisi che alla fine portano alla discussione sulla sopravvivenza stessa del *costituzionalismo*.

Così, cercando di stabilire un punto di contatto tra questa operazione teorica e la premessa iniziale di questo argomento, è necessario comprendere che la riflessione coerente e adeguata per le sfide del *costituzionalismo contemporaneo* ha bisogno di essere sviluppata nella prospettiva che il *costituzionalismo* può sopravvivere solo finché sarà in grado di garantire la sopravvivenza futura di individui, gruppi, popoli e nazioni.

È necessario controllarsi più che sopravvivere. Vero. Ma su quale modello di controllo dobbiamo ragionare? Su quale impostazione del controllo il *costituzionalismo contemporaneo* dovrebbe reggersi per sviluppare le proprie idee e le azioni per un sistema più fecondo ed effettivo?

Inoltre, è necessario limitare al meglio la potenza, che si contenga di più il suo esercizio tiranno e nocivo, in modo da garantire la sopravvivenza degli esseri umani. Questo sembra pacifico. Eppure, di quale potere stiamo parlando esattamente? Quali le forme di concentrazione delle forze che consentono la formazione e l'esercizio del potere nella fase contemporanea? E come il *costituzionalismo contemporaneo* può rispondere a tutto questo?

È allora indispensabile che si cerchi di rendere effettive e rafforzare la democrazia nelle pratiche politiche e giuridiche attuali come modo per legittimare correttamente le decisioni pubbliche. *Nulla quaestio*, al riguardo. Ma qual è, allora, il modello di democrazia che deve essere affermato? Quali i domini democratici che devono essere assicurati e protetti da *costituzionalismo contemporaneo*?

Dovrebbero essere sempre più affermati e garantiti i diritti degli individui perché una società libera, giusta e felice sia costituita. Vero. Ma quali diritti devono essere rigorosamente protetti a questo scopo? O meglio, quali sono le dimensioni dei diritti che devono essere protette dal *costituzionalismo contemporaneo* per stabilire questa società?

Infine, è necessario, allora, che il *costituzionalismo contemporaneo* riesca ad evolvere per garantire la futura sopravvivenza di individui, gruppi, popoli e nazioni. Tuttavia, qual è il tipo di sopravvivenza che si intende affermare?

Per rispondere a tutte queste domande, si rende necessario concludere che l'inaugurazione di un nuovo momento per il *costituzionalismo contemporaneo* deve passare per un'analisi che vada al di là della dichiarazione semplicistica e assoluta che gli individui dovrebbero avere il diritto ad avere diritti. Occorre comprendere le dinamiche del tempo e dello spazio dei diritti nel nuovo mondo che si costruisce ogni giorno e riflettere sul concetto stesso di beni e persone attualmente condiviso.

È necessario dimensionare seriamente e correttamente il piano dei bisogni realmente esistenti degli individui, cercando di riflettere sulla responsabilità nell'esercizio delle libertà individuali, come modo per garantire efficacemente i diritti

È un punto fondamentale, soprattutto se si tiene conto della crescita di comportamenti e azioni delle società globali che istituiscono, ogni giorno di più, quella che è stata definita la "società del rischio".

L'alta tensione prodotta dalla tradizionale e maggioritaria cultura liberale borghese mondiale, di matrice altamente concorrenziale e conflittuale, ha permesso la proliferazione di fenomeni sociali, economici, politici e anche giuridici di mercato sfruttamento predatorio di tutto e su tutti, ponendo la stessa sopravvivenza degli individui e delle società a rischio.

Questo sviluppato e condiviso modello di essere individuo e società ha prodotto oggi un esaurimento dannoso di risorse naturali in tutto il mondo, sia nei paesi più sviluppati, dove tali risorse sono già per gran parte delle loro capacità compromessi con gli interessi di mercato, sia nei paesi meno sviluppati che sopravvivono allo sfruttamento diretto o indiretto delle loro risorse naturali.

Oltre a una crisi di mancanza di risorse naturali direttamente connessa alle attività commerciali globali, lo sfruttamento di fonti essenziali naturali della vita e dei sistemi naturali che lo preservano come, per esempio, l'aria e l'acqua, è stato già decretato uno stato di profonda crisi nel mondo, con l'incidenza di diverse ripercussioni per la vita, la salute, l'istruzione, il tempo libero e il lavoro di individui e persone.

È vero che questa "società del rischio", attraverso le sue forti relazioni con le pratiche economiche e politiche sviluppate dal fenomeno della globalizzazione, presenta ora, e sempre di più, gravi ripercussioni per la sopravvivenza individuale e collettiva di tutto il mondo, dal momento che i disastri ambientali, tecnologici e la bellici non sembrano trovare confini.

La società di individui impegnati fundamentalmente nella soddisfazione momentanea di interessi e desideri personali, di solito legati ad un piano di relazioni di consumo "usa e getta", percorre, sempre più velocemente, una fase di profonda crisi di sopravvivenza della specie.

Per queste ed altre ragioni, è necessario guardare ad un nuovo modello di essere individuo, società e stato nel mondo.

È quindi necessario sviluppare una proposta di futuro possibile per il *costituzionalismo contemporaneo* attraverso la difesa di una nuova "età dei diritti e dei doveri" in cui, date le attuali esigenze, i sistemi politici e giuridici creino le condizioni di impegno minimo e responsabile di tutti gli agenti sociali.

3.1 L'età dei diritti e dei doveri

Non vi è dubbio che il progresso umano generato dall'introduzione e dal consolidamento dell'"età dei diritti" più recente della storia dell'umanità abbia contribuito in modo significativo alla costruzione di una società più libera ed egualitaria.

Come affermato in precedenza, il superamento ideologico, politico, sociale e giuridico stabilito dall'età dei doveri fu essenziale perché l'individuo potesse essere inteso come la vera ragion d'essere di ogni sistema di organizzazione sociale.

Ma, così come l'età dei diritti necessitò di affermarsi come nuovo paradigma per affrontare le difficoltà dell'età dei doveri, ciò che attualmente si verifica, almeno dal punto di vista adottato in questo studio, è che un nuovo quadro paradigmatico deve essere sviluppato e portato al *costituzionalismo contemporaneo* per consentirgli di raggiungere i suoi scopi.

Sin dai tempi antichi, l'umanità è influenzata dalle riflessioni più disparate che puntano tutte a una forte lezione che deve essere compresa da tutti, in qualsiasi momento, e cioè che è che la saggezza l'equilibrio delle cose, pensieri e azioni.

Anche nel caso di comportamenti umani considerati i più positivi e salutari per gli individui, come quelle relative alle pratiche dell'esercizio fisico o del mangiare gli alimenti più benefici alla salute, ove esercitati in eccesso, con radicalità, possono avere effetti molto dannosi per l'equilibrio del corpo o la mente delle persone.

Allo stesso modo, se un rimedio per una malattia non è ben dosato, può finire col tramutarsi in una nuova malattia, alle volte ancora più grave e dannosa di quella originariamente da sconfiggere.

In questo senso, si comprende, allora, che l'idea di superare l'età dei diritti per una età dei doveri non può finire per generare una certa avversione al concetto e all'importanza dei doveri come elementi fondamentali per la formazione della costituzione dell'individuo, così come l'organizzazione sociale.

Non che in questa sede si sostenga un pensiero di primarietà dei doveri in relazione ai diritti, come se venisse intrapreso in questo studio un percorso di possibile maggiore rilevanza dei doveri in considerazione ai diritti.

La questione non è neppure di cercare di introdurre un pensiero che sviluppi il concetto di pari importanza dei doveri e dei diritti, come se questo potesse essere, in qualche modo, ridimensionato in forma astratta o concreta.

Si scopre, pertanto, che nonostante questo, è indispensabile cercare un sistema che veda nell'equilibrio tra i diritti e i doveri un eventuale avanzamento del *costituzionalismo contemporaneo*, almeno per potenziare le soluzioni alle sue attuali crisi, come detto in precedenza.

Da una parte, dunque, un sistema che non è solo di doveri. Dall'altro, un sistema che non è solo di diritti. In sostanza, un sistema che prende sul serio sia i diritti che i doveri per la valorizzazione delle soluzioni ai problemi della fase attuale del *costituzionalismo contemporaneo*.

Come si è detto in precedenza, ad esempio, gli attuali documenti costituzionali dei paesi del mondo, in particolare della parte occidentale, così come le carte dei diritti delle istituzioni internazionali, si occupano poco di doveri costituzionali.

D'altra parte, sotto la giurisdizione costituzionale, per avere un'idea, analizzando solo le decisioni della Corte Suprema brasiliana, si constata che lo scenario non è diverso, con un profondo accento sul sistema di diritti.

In tal modo, facendo riferimento al sistema di ricerca di giurisprudenza della Corte Suprema brasiliana, è dato notare che non esiste decisione, almeno a nostra memoria, che si riferisca esplicitamente ai doveri fondamentali, agli obblighi e ai doveri costituzionali degli individui; ci sono, tuttavia, circa milleottocento (1.800) pronunce che si riferiscono ai doveri statali e al dovere dello Stato.

Nella tutela dei diritti, la stessa Corte Suprema federale brasiliana ha nei suoi archivi più di mille (1.000) pronunce sui diritti fondamentali, con oltre tredicimila (13.000) decisioni sui diritti costituzionali e non vi è alcuna decisione riguardo ai diritti dello Stato.

Queste ricerche dottrinali e giurisprudenziali mostrano qualcosa che tecnicamente potrebbe essere chiamato "pretesa di completezza" del sistema dei diritti che non considera l'ampia dimensione dei doveri, non limitata solo in relazione allo Stato come qualcosa che gli sia necessario o elementare.

In effetti, si può dire che esiste anche una vera e propria lotta contro ogni tipo di ragionamento che cerchi di (ri)proporre la componente "doveri" nel risultato vettoriale del diritto, sia sul piano astratto ovvero concreto, accettandola, al massimo, per affermare i vincoli e i limiti derivanti dall'affermazione dei diritti in relazione esclusiva allo Stato.

Così, la dottrina classica dei diritti fondamentali riguarda l'affermazione dei diritti in un'analisi che tiene conto, fondamentalmente, del diritto o dei diritti coinvolti

in ogni caso concreto, cercando di comporre i conflitti (apparenti o no) che sorgono con le limitazioni e restrizioni che si verificano, soprattutto, dalla composizione dei diritti.

Come affermato in precedenza in questo lavoro, la motivazione di tale costruzione teorica è dovuta principalmente alla preoccupazione per il sistema politico e giuridico distribuito nelle “età di doveri”, in cui la predominante componente “doveri” ha praticamente precluso la realizzazione effettiva dei diritti degli individui.

Vi è un certo “pregiudizio” negativo rispetto ai “doveri”, al punto che parte della dottrina preferisce utilizzare la nomenclatura “garanzie”, piuttosto che “doveri” per fare riferimento alle specie normative responsabili della determinazione dell’obbligatoria osservanza dei diritti. Così, se prima si diceva che “dai diritti derivavano i doveri”, oggi si preferisce utilizzare l’affermazione che “dai diritti derivano garanzie”.

L’eliminazione della vasta categoria dei doveri dall’ambito teorico e normativo del diritto deriva da una costruzione di pensiero che ignora, purtroppo, il potenziale risolutivo dei doveri nel processo di affermazione dei diritti.

Così, la “pretesa di completezza” del sistema dei diritti è una proposta che, almeno nella prospettiva argomentata in questo studio, non ha modo di spiegare la complessità, le dimensioni e la portata dei problemi che sorgono quotidianamente sul diritto.

Ed è così che, in fondo, si stabilisce un modello sistematico che è essenzialmente contraddittorio, in quanto mira all’affermazione armonica dei diritti solo attraverso procedimenti concorrenziali e di conflitto di diritti che, dopo tutto, andranno sempre a creare per i loro titolari un senso di rottura delle aspettative di affermazione massima dei loro diritti.

Il ragionamento è semplice. Se l’affermazione di un diritto o di un’aspettativa di diritto dipende sempre da un caso di concorrenza con il (o i) diritto(i) alieno(i) (o che può riscontrarsi sull’idea condivisa che “il mio diritto va fino dove comincia il diritto degli altri”), la risoluzione dei conflitti lascerà sempre un trauma ai concorrenti, nella misura in cui vedranno sempre ristrette o allargate le dimensioni dei loro diritti o le aspettative a causa di una interferenza esterna.

Naturalmente, questo processo di affermazione dei diritti con base nel sistema dei diritti andrebbe ugualmente a creare una eterna lotta per i diritti, in cui ogni

individuo tenterebbe sempre di sovrapporre i(l) propri(o) diritti(o) su quelli(o) altrui, anche se non ne avesse, di fatto, diritto.

D'altro canto, l'affermazione impropria di questi supposti - ma non troppo - diritti andrebbe poi a creare un sistema di disuguaglianze profonde, in quanto ciò impedirebbe l'affermazione dei diritti che di fatto devono essere concretizzati.

Considerata, quindi, tutta questa situazione, è molto importante notare che, in realtà, tutto questo processo di crisi del *costituzionalismo contemporaneo* è esponenzialmente infiammato da questo scenario di conflitti e lotte per l'affermazione dei diritti sviluppato dal sistema dei diritti.

Anche ove si cerchi di diminuire il valore importante di questa conclusione sostenendo che la lotta per i diritti sarebbe stata, invero, conclusa nel classico rapporto tra gli individui e Stato, a nulla prevarrebbe la critica, dal momento che, come sappiamo, la lotta contro lo Stato non è altro che una lotta con la società, sulla considerazione che lo Stato non è altro che una società politicamente organizzata, che non smette di essere costituita da individui.

Quindi, anche in questa dimensione che coinvolge, in particolare, la questione di affermazione dei diritti sociali, ciò che il sistema dei diritti ha da offrire come proposta di soluzione ad una crisi già esistente da ambo le parti, è la crisi stessa, in quanto il processo di conflitto viene sempre esaltato.

Sia nella visione “individuo *versus* individuo”, ovvero “individuo *versus* Stato”, quello che il sistema di diritti produce è una costante (ri)alimentazione del problema, in quanto rafforza l'idea che un diritto di una persona può essere limitato o ristretto solamente sulla base del diritto di un'altra persona.

Per questa ragione, altresì, il sentimento degli individui di mancanza di affermazione e di realizzazione dei loro diritti è sintomo di momenti attuali del *costituzionalismo*. Per meglio dire, il vero problema non sarebbe solo la mancanza di affermazione di veri diritti, ma soprattutto di una presunta falla nella istituzione e attuazione dei diritti che ogni individuo soggettivamente crede di avere.

La crisi causata dalla mancanza della dimensione dei doveri nel sistema dei diritti vale, quindi, per i classici diritti di libertà, politici e sociali, ma ha raggiunto livelli elevati se si considerano i diritti connessi a situazioni correlate con le pratiche della società attuale del rischio.

Soprattutto quando si tratta di questioni ambientali, è molto comune sottolineare, come nel caso precedentemente riportato della crisi idrica brasiliana, una

dimensione che conduce all'affermazione dei diritti individuali, senza tener conto del peso che i doveri e le responsabilità loro correlate possono assumere.

In una situazione di carenza di acqua, sarebbe opportuno domandarsi se qualcuno fosse più degno di poterla bere a spese dei bisogni degli altri o se fosse possibile risolvere la crisi solo nella prospettiva competitiva del sistema di diritti.

Analogamente, in una situazione di mancanza di cibo e nutrizione naturale essenziale per garantire l'alimentazione di una società intera, qual è la soluzione che la legge potrebbe concedere solo sotto l'influenza dei concetti condivisi dal momento attuale della "età dei diritti"? Che cosa potrebbe comportare una decisione giudiziale che garantisca il diritto di un individuo ad alimentarsi più di altri?

Forse anche lo stesso sistema di diritti è in grado di fornire risposte a tutte o alcune di queste domande. Ma il punto è che, alla fine, la stessa probabile concezione individualistica che ha portato all'uso irresponsabile delle risorse naturali fino all'emergere della crisi sarebbe il filo conduttore dell'analisi finale del presunto diritto dovuto a qualcuno.

Tuttavia, se questa visione prevalessse in questa situazione di crisi, poco si può infatti fare per garantire un futuro a questo stesso qualcuno che sia diverso da quello definito per i residenti della famosa Isola di Pasqua.

Pertanto, quando si considerano tutte queste circostanze di cui sopra, non sembra di poter addivenire a diversa conclusione se non a quella del sistema dei diritti che deve aprirsi alle influenze del sistema dei doveri, al fine di consentire l'affermarsi di un nuovo momento, una fase che sfrutti un maggiore equilibrio tra le libertà e le responsabilità degli individui e dello Stato, consentendo la diffusione di un sistema molecolare di diritto che consideri l'importanza dei suoi elementi (diritti e doveri), una nuova età che chiamiamo "l'età dei diritti e doveri".

Ecco che, allora, è opportuno cercare di analizzare le ragioni e i contributi che tanto l'affermazione dei diritti quanto quella dei doveri può apportare allo stato attuale di sviluppo della storia umana, ma soprattutto il *costituzionalismo contemporaneo*.

3.1.1 Alla ricerca della essenza dell'affermazione dei diritti

Nessuna azione umana è priva di significato. Anche quando si pensa di aver tenuto una condotta priva di scopi specifici, è possibile individuare uno o più rilevanti

motivi che finiscono per dare impulso alla commissione di alcuni comportamenti, sia commissivi ovvero omissivi.

Tra queste ragioni che stimolano la pratica di qualche azione umana, è possibile indicare quelli di natura razionale, collegati, ad esempio, alla risposta di bisogni fisici o emotivi degli individui, e altri di natura irrazionale, che si associano, ad esempio, ai movimenti semplicemente riflessi degli esseri umani.

Mutatis mutandis, si può allora dire che il processo di affermazione dei diritti segue la stessa logica delle altre azioni umane, presentando motivi di natura certamente razionale, che hanno bisogno di essere compresi a prescindere dai suoi effetti.

In questo ordine di idee, è importante rilevare che lo studio delle ragioni che hanno dato origine al processo di affermazione dei diritti, anche se può avere linee guida comuni, può manifestarsi su di un piano scientifico multidisciplinare, con contributi filosofici, sociologici, storici, politici e giuridici.

Di certo, alla filosofia spetterebbe l'atteggiamento critico sul rapporto del processo di affermazione dei diritti con le dimensioni dell'esistenza, della conoscenza, della verità, dei valori morali ed etici e del linguaggio l'umanità.

In questo senso, la ricerca delle ragioni che avrebbero determinato la nascita delle riflessioni di affermazione e di garanzia dei diritti si andrebbero a legare alle riflessioni, per esempio, sul rapporto tra diritti ed esistenza, al fine di trovare le risposte a domande come: qual è il ruolo esistenziale dei diritti? Ha senso parlare di esistenza senza diritti? Esistono diritti senza esistenza? I diritti sono elementi benefici o dannosi per l'esistenza?

In ambito sociologico, la riflessione sarebbe stata lanciata sulla base dei fenomeni sociali, analizzando la rilevanza del processo di affermazione dei diritti come un elemento di interconnessione di individui con gruppi, associazioni o istituzioni.

Per la sociologia, dunque, le ragioni per l'avvio del processo di affermazione dei diritti passerebbero per un'analisi che cercherebbe di verificare l'importanza di questo processo per l'individuo e per la società, soprattutto a causa dei suoi effetti sociali.

A sua volta, la storia contribuirebbe notevolmente con uno sguardo specifico all'affermazione dei diritti come processo di azione umana nel tempo e nello spazio, rivelando i principali accadimenti che hanno segnato in maniera significativa questo percorso storico.

E a questo punto, chiaramente, sarebbe di fondamentale importanza la ricerca delle tracce storiche più importanti per l'incontro dei motivi che portarono alla necessità di intraprendere un movimento di affermazione dei diritti, tenendo conto delle realtà vissute in ogni tempo e nello spazio per l'umanità.

Un'analisi politica, d'altra parte, sotto molti aspetti potrebbe contribuire sui principali aspetti connessi al processo di affermazione dei diritti e l'organizzazione del potere all'interno di ogni contesto territoriale e sociale specifico.

A questo punto, allora, sarebbe dato chiedersi: perché il diritto dovrebbe essere politicamente affermato? Qual è il rapporto tra diritti e di potere? Sarebbe possibile un legittimo esercizio del potere senza il riconoscimento dei diritti?

Infine, un esame importante da fare è, altresì, quello della dimensione giuridica, che contribuirebbe notevolmente a comprendere le ragioni per il processo di affermazione dei diritti come fenomeno relativo al sistema di regole di una determinata comunità politica.

Secondo quanto detto, molto importante sarebbe cercare di riflettere sull'esistenza di un ordinamento giuridico senza diritti, sulle implicazioni giuridiche della nascita del processo di affermazione dei diritti e sulle funzioni legittime in un sistema giuridico di organizzazione della società.

Il punto è che, indipendentemente dalle domande e dalle riflessioni ora svolte, è praticamente impossibile non associare il processo di affermazione dei diritti a una dimensione essenziale in materia di protezione delle libertà e uguaglianze di individui.

In tal modo, il ruolo dei diritti, è e sarà sempre associato ad una dimensione di costruzione esistenziale, sociale, temporale, politica e giuridica della protezione delle libertà e dell'uguaglianza degli esseri umani.

Anche quando i diritti non avevano la stessa dimensione normativa che attualmente detengono, ovverosia, anche quando si trattava più di benefici e privilegi, comunque avevano ragioni e funzioni totalmente correlate con le garanzie di libertà e uguaglianza degli individui.

I diritti hanno sempre avuto una grande importanza nel garantire la forza e la partecipazione delle persone nelle decisioni pubbliche e private che interessassero, in qualsiasi modo, il godimento delle libertà e delle uguaglianze, anche se furono intesi in modi diversi nel corso della storia.

A riflettere specificamente sui diritti della modernità, è molto comune affrontare la questione dell'affermazione dei diritti sulla base di un'analisi che rivela l'emergere di alcune generazioni o dimensioni dei diritti.

Così, tradizionalmente si afferma che, con l'emergere della modernità, una prima dimensione o generazione di diritti andò consolidandosi, trattandosi di un movimento essenzialmente connesso con la tutela dei diritti delle libertà classiche e dei diritti politici.

Questa prima dimensione si riferisce ai diritti di resistenza che impone allo Stato una sorta di non condotta, nel senso di rispettare la dimensione particolare degli individui, riconoscendo la necessità di garantirsi spazi privati non soggetti all'intervento statale.

L'evoluzione della concezione dei diritti, direttamente influenzata dalla nascita di nuove aspettative sociali, ha consentito lo sviluppo di una nuova dimensione di diritti, chiamata la seconda dimensione o generazione di diritti, connessa alla tutela dei diritti sociali, che richiedono dallo Stato azioni e prestazioni positive.

In questo nuovo contesto, i diritti sociali sono stati riconosciuti come diritti fondamentali per le persone, trovandosi relazionati con la tutela del lavoro, della salute, dell'istruzione, e così via.

Generalmente relazionati con una nozione di consacrazione di uguaglianza, i diritti sociali non smettono, infatti, di occuparsi di una nuova rivoluzione nella protezione delle libertà, nella misura in cui cerca di agire su situazioni e condizioni che spesso sono considerati prerequisiti per un corretto e vero esercizio delle libertà.

Tuttavia, dopo la fase dei diritti sociali, una nuova fase per i diritti sorse con origine dalla rivoluzione tecno-scientifica (la terza rivoluzione industriale), nella rivoluzione dei mezzi di comunicazione e dei trasporti, di essere chiamata la terza dimensione o generazione dei diritti, associata al piano della solidarietà, con impatto sul tradizionale binomio individuo-Stato di affermazione dei diritti.

La verità è che questi diritti sono attribuiti generalmente all'intera società, a tutela degli interessi di titolarità collettiva o diffusa, non destinati specificamente alla protezione degli interessi individuali, di un gruppo o di un determinato Stato, mostrando una forte preoccupazione per le generazioni umane, presenti e future.

In questa nuova dimensione, è comune che siano citati il diritto allo sviluppo o progresso, o mezzo ambiente, alla determinazione dei popoli, della pace, alla comunicazione e della proprietà del patrimonio comune dell'umanità.

Il processo di affermazione dei diritti cessa di essere concepito in un tradizionale rapporto verticale tra lo Stato e l'individuo, per consentire anche di estendersi a una dimensione orizzontale, tra individuo e individuo, che porta alla nascita di quello che i giuristi chiamano il piano di efficienza orizzontale di diritti.

Un esame superficiale di quest'ultima dimensione dei diritti potrebbe portare alla conclusione che la tutela delle libertà e delle uguaglianze non si troverebbero presenti in questa nuova fase di affermazione dei diritti, almeno non nel tradizionale rapporto imposto allo Stato a favore degli individui. Ma questo non può assumersi come vero.

La questione riposa, piuttosto, sul fatto che la libertà e l'uguaglianza hanno cominciato con l'essere esaminate in modo diverso, con l'espansione delle proprie affermazioni e realizzazioni per una dimensione che richiede responsabilità anche sin capo agli agenti privati.

Questa stessa situazione comincia ad accadere dall'introduzione della tutela di altri nuovi diritti legati alle nuove aree della conoscenza umana, di solito collegate da studiosi di altre dimensioni di diritti.

È, altresì, importante comprendere che, con questo movimento di affermazione dei diritti, un altro processo ampio e imponente andava svolgendosi per quanto riguarda i significati di libertà e uguaglianze.

In quest'ottica, Benjamin Constant, analizzando le differenze storiche, politiche e giuridiche, propose la formulazione di una teoria confrontando la libertà degli antichi con la libertà dei moderni.

Per lui, in breve, la libertà degli antichi era considerata positiva, perché si direzionava a garantire la partecipazione attiva e diretta dei cittadini alla vita, al dibattito e alle decisioni pubbliche di ogni organizzazione sociale. C'era una profonda dipendenza dell'essere individuo in relazione all'essere organizzazione, senza la quale i cittadini non possono godere appieno delle loro libertà.

Per contro, la libertà era intesa in senso negativo, in quanto si sviluppava in modo diverso, donde la preoccupazione era quella della non interferenza dello Stato, con la partecipazione degli individui alla vita pubblica sociale effettuata per mezzo della rappresentanza parlamentare. Di questa maniera, dunque, l'individuo si liberava dal significato di essere dipendente funzionale, per acquisire un'indipendenza essenziale che gli dava adeguata autonomia.

La nuova nozione concettuale, come anche quella normativa in tempi recenti, ha sofferto parimenti un processo evolutivo in cui, riuscendo a liberarsi da una nozione iniziale limitata a un piccolo gruppo sociale o ad una realtà di equiparazione tra gruppi e classi appartenenti allo stesso dominio territoriale, l'uguaglianza ha raggiunto un livello iniziale moderno che lo concepiva formalmente a tutti gli individui, per poi passare ad un nuovo livello presentato in una versione sostanziale.

Questa breve ricapitolazione dell'avanzamento concettuale delle tutele di libertà e di eguaglianza degli individui permette, quindi, di ribadire che l'essenza del processo di affermazione dei diritti è sempre stato relazionato a queste dimensioni, che si mostrano, perciò, in modo diverso nel decorso storico, e che – vale la pena di ribadire – non accadde in maniera lineare.

La questione, tuttavia, è quella di capire come queste libertà e uguaglianze si rivelano nella età contemporanea, che alcuni hanno chiamato postmoderna. Nonostante non si possa affermare che esiste una forma omogenea, il fatto è che la tutela delle libertà e delle uguaglianze è stata presentata in un modo molto particolare.

Invero, sul piano delle libertà, lo sviluppo dell'individualismo ha raggiunto, in generale, livelli inimmaginabili anche per Benjamin Constant, con una significativa irrilevanza del mondo sociale e politico da parte degli individui che, influenzati da una cultura di mercato e di consumo, ricercano, sempre più, spazi di indipendenza per le prese di posizione private, indipendentemente dalle conseguenze pubbliche.

In questo senso, l'evoluzione liberale ha dato inizio, in tempi attuali e in modo molto negativo, ad una involuzione sociale, con la crescente indifferenza da parte dell'individuo in relazione non solo all'altro, ma a se stesso, dal momento che pare non dia più senso al progresso delle sue capacità.

Anche la parità è passata attraverso un processo di trasformazione per cui si è stabilito sotto un'ottica di esclusione, in quanto idealizzata e soprattutto nel (e per fini di) mercato e consumo, il che ha aumentato significativamente la dimensione competitiva della rivendicazione di diritti.

Per tutte queste osservazioni, in un certo senso, se i diritti si legassero essenzialmente alla dimensione dell'affermazione e garanzia delle libertà e delle uguaglianze, le riflessioni che devono essere tratte a questo punto sono le seguenti: qual è la vera funzione contemporanea dei diritti? I diritti sono al servizio di quali libertà e quali uguaglianze? L'affermazione contemporanea dei diritti ha permesso la creazione di un sistema che ha garantito diritti o benefici?

Ciò che si intende affermare è che la dichiarazione dei diritti ha una forte rilevanza per la garanzia delle libertà e uguaglianze degli individui. Tuttavia, se non adeguatamente dosate, tale affermazione dei diritti può anche portare a compromettere quelle stesse libertà e uguaglianze.

E non solo. È possibile, allo stesso modo, consentire lo sviluppo di un grave rischio per la sopravvivenza dell'umanità, come detto in precedenza, sia in senso lato, poiché non si riesce più a sviluppare una convivenza pacifica necessaria e ragionevole tra gli esseri umani, sia nel suo senso più stretto, andando a compromettere la sopravvivenza esistenziale della razza umana sulla Terra.

Quanto detto può sembrare distante da alcune realtà politiche e giuridiche attuali, ma la verità è che, prima o poi, le società contemporanee avranno bisogno di riflettere e trovare le risposte a queste domande, cercando di equiparare i nuovi desideri e gli interessi individuali con i bisogni e le esigenze sociali.

3.1.2 La consapovolezza dell'importanza dei doveri

Come è stato detto in precedenza in questo studio, ci sono state diverse critiche svolte contro i doveri dai difensori del sistema dei diritti, che finirono per incidere sulla rivoluzione necessaria nei sistemi politici, sociali e giuridici di gran parte del mondo, soprattutto dell'Europa occidentale.

Anche queste restrizioni alla teoria dei doveri e al sistema dei doveri finirono per influenzare lo sviluppo di un concetto di *costituzionalismo* che nega praticamente la rilevanza e l'importanza della dimensione di doveri nella composizione dei suoi fondamenti, teorici e metodologici.

In realtà, quello che è accaduto in generale, a partire dalla predominanza dell'età e del sistema dei diritti, è stato una significativa riduzione della dimensione dei doveri a un piano inferiore di vincoli ai diritti, andando a considerare i doveri come mere conseguenze dell'affermazione dei diritti, invertendo una logica diffusa nell'età dei doveri.

Facendo una breve comparazione generale tra l'età dei diritti e l'età dei doveri, mentre in quest'ultima i doveri erano, fondamentalmente, concepiti in una dimensione di pre-requisiti limitatori dell'affermazione dei diritti, impedendo il riconoscimento dei vari diritti, nell'età dei diritti, i doveri passano ad essere riconosciuti come

semplici conseguenze dei diritti, aumentando il riconoscimento e la concretizzazione dei diritti.

L'inversione logica della relazione è stabilita in una dimensione, in teoria, semplice di relazione tra doveri e diritti, nella misura in cui, nell'età dei doveri, il pensiero prevalente era che "dai doveri derivano i diritti", mentre nell'Età dei diritti, il pensiero principale è che "dai diritti derivano i doveri".

Naturalmente, questo si stabilisce a seguito di una linea di pensiero che ha dato grande importanza ai doveri nell'età dei doveri, mentre nell'età dei diritti, l'inversione si materializza proprio perché si conferisce un ruolo fondamentale ed essenziale ai diritti nella vita politica, giuridica e sociale.

Davanti a questo scenario, dunque, sarebbe il caso, nel pieno rispetto dell'età dei diritti³⁵⁹, di accettare l'impero dei diritti su doveri, mantenendo una linea di concessione di rilevanza piena ai diritti a discapito di qualcun'altra di maggiore importanza.

Tuttavia, la riflessione che fino ad ora si è cercato di sviluppare nel testo, è che la negazione della portata dei doveri come categoria sociale, politica e giuridica estremamente importante per risolvere i conflitti esistenti nelle società contemporanee è un grave errore che deve essere ripensato.

Questo a causa di almeno quattro fondamentali riflessioni: 1- non ci sono doveri autonomi; 2 – esistono dimensioni normative dei doveri che non si limitano al piano dei presupposti o delle conseguenze dei diritti; 3 –la cultura competitiva del sistema dei diritti produce effetti anche all'interno dello Stato che, trovandosi in una situazione di competizione con le persone pensando nell'affermazione dei propri diritti, finisce per non aver rispettato i loro doveri; 4 – anche i doveri vengono posti nel senso di affermare lo Stato democratico di diritto, dimensione inclusa nella concezione di Stato Costituzionale.

Non è possibile continuare a negare il potenziale risolutivo e pacificatore dei doveri nel mondo contemporaneo. Se la sopravvivenza contemporanea dell'umanità dipende dalla creazione di ambienti che favoriscono la pace e non la guerra o l'insana concorrenza fra individui, popoli e nazioni, è necessario allora che venga dato il dovuto rispetto ai doveri³⁶⁰.

³⁵⁹ DWORKIN R., *cit.*, 2007a.

³⁶⁰ In questo senso, e in alcuni passaggi non a torto, vedasi GANDHI M., *Letter Addressed to the Director-General of Unesco*, in *Human Rights. Comments and Interpretations*, Columbia University

Certo, si tratta di un approccio che trova anche il supporto in insegnamenti cristiani, disseminati attraverso il comandamento principale di Cristo, con il noto “ama il prossimo tuo come te stesso”.

Sempre nella stessa dimensione, nella storia più recente, anche Papa Benedetto XVI ha parlato, nella sua enciclica *Caritas in Veritate*, dell'importanza dei doveri per lo sviluppo e per il mezzo ambiente, dicendo che «i diritti individuali, svincolati da un quadro di doveri che conferisca loro un quadro compiuto, impazziscono e alimentano una spirale di richieste praticamente illimitate e priva di criteri”. L’exasperazione dei diritti sfocia nella dimenticanza dei doveri”³⁶¹.

Questa è una possibile interpretazione del modello giuridico di diritto fraterno vissuto tra fratelli che, attraverso un patto, decidono di concordare “regole minime di convivenza” non stabilite nella dinamica dei codici cognitivi tra amici e nemici, ma formulate in una dimensione di grande importanza per i diritti e doveri³⁶².

Press, 1949, p. 18, il quale, dopo essersi formalmente interrogato sulla cultura dei diritti umani proposta dall'idea che sarebbe attuato nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, replicato al direttore generale dell'UNESCO, affrontando l'importanza dei doveri come segue: «imparai da mia madre, analfabeta, una donna molto saggia, che tutti i diritti, per essere meritati, devono provenire da doveri ben adempiuti. Così ci spetta il vero diritto di vivere solo quando adempiamo al nostro dovere di cittadini del mondo».

³⁶¹ La ragione fu esposta in un paragrafo più ampio che affermava che «la solidarietà universale, che è un fatto e per noi un beneficio, è altresì un dovere» Molte persone, oggi, tendono a coltivare la pretesa di non dover niente a nessuno, tranne che a se stesse. Ritengono di essere titolari solo di diritti e incontrano spesso forti ostacoli a maturare una responsabilità per il proprio e altrui sviluppo integrale. Per questo è importante sollecitare una nuova riflessione su come i diritti presuppongano doveri senza i quali si trasformano in arbitrio. Si assiste oggi a una pesante contraddizione. Mentre, per un verso, si rivendicano presunti diritti, di carattere arbitrario e voluttuario, con le pretese di vederli riconosciuti e promossi dalle strutture pubbliche, per l'altro verso, vi sono diritti elementari e fondamentali sconosciuti e violati nei confronti di tanta parte dell'umanità. Si è spesso notata una relazione tra le rivendicazioni del diritto al superfluo o addirittura alla trasgressione e al vizio, nelle società opulente, e la mancanza di cibo, di acqua potabile, di istruzione di base o di cure sanitarie elementari in certe regioni del mondo del sottosviluppo e anche nelle periferie delle grandi metropoli. La relazione sta nel fatto che i diritti individuali, svincolati da un quadro di doveri che conferisca loro un senso compiuto, impazziscono e alimentano una spirale di richieste praticamente illimitate e priva di criteri. L’exasperazione dei diritti sfocia nella dimenticanza dei doveri. I doveri delimitano i diritti perchè rimandano al quadro antropologico ed etico entro la cui verità anche questi ultimi si inseriscono e così non diventano arbitrio. Per questo motivo i doveri rafforzano i diritti e propongono la loro difesa e promozione come un impegno da assumere a servizio del bene. Se, invece, i diritti dell'uomo trovano il proprio fondamento solo nelle deliberazioni di un'assemblea di cittadini, essi possono essere cambiati in ogni momento e, quindi, il dovere di rispettarli e perseguirli si allenta nella coscienza comune. I Governi e gli Organismi internazionali possono allora dimenticare l'oggettività e l'«indisponibilità» dei diritti. Quando ciò avviene, il vero sviluppo dei popoli è messo in pericolo. Comportamenti simili compromettono l'autorevolezza degli Organismi internazionali, soprattutto agli occhi dei Paesi maggiormente bisognosi di sviluppo. Questi, infatti, richiedono che la comunità internazionale assuma come un dovere l'aiutarli a essere «artefici del loro destino», ossia ad assumersi a loro volta dei doveri. *La condivisione dei doveri reciproci mobilita assai più della sola rivendicazione di diritti.*» BENEDETTO XVI, *Caritas in veritate*, Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2009, par. n. 43.

³⁶² RESTA E., 2011, pp. 132-133.

La storia della formazione politica della Repubblica italiana ha potuto contare anche nella partecipazione di importanti personaggi che difesero la rilevanza dei doveri, come Carlo Cattaneo, per il quale, ad esempio, «la libertà vuole l'uguaglianza nei diritti e nei doveri, chi non ha diritti è un oppresso; chi non ha doveri è un oppressore».

A sua volta, Giuseppe Mazzini, nella sua famosa opera “*Dei Doveri dell'Uomo*”, richiamò l'attenzione sul fatto che considerare i diritti come fondamento di una società significa, in un certo senso, correre il rischio di creare “una lotta perenne”, negando la naturale socialità umana a favore dell'installazione di una cultura “dell'egoismo nell'anima”. I doveri, nell'idea di Mazzini, sarebbero un elemento chiave per il miglioramento importante e duraturo nella natura umana e non una trascuratezza dei diritti³⁶³.

In ogni caso, a prescindere dalla concezione morale, religiosa, politica, sociale e giuridica, trascurare l'importanza dei doveri e la potenzialità positiva delle loro pratiche significa mancare di concentrarsi sullo stesso diritto positivo vigente, che mostra molto bene che i doveri possono giustificare comportamenti “presumibilmente” illegali fino al punto da renderli legittimi.

In ragione di quanto detto, basta considerare il codice penale italiano e quello brasiliano, dove, ad esempio, si nota come, in certe situazioni, i doveri possono e devono costituire diritti, in una dimensione che sembra sempre più dimenticata nel *costituzionalismo contemporaneo*.

Al riguardo, nel codice penale italiano, l'art. 51, comma 1 prevede che «l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica Autorità, esclude la punibilità». Invero, anche all'inciso III dell'articolo 23 del codice penale brasiliano si afferma che «non c'è reato quando l'agente agisce fatto nel rigoroso rispetto degli obblighi di legge».

L'esame di questi due dispositivi dimostrano chiaramente che il rispetto di un dovere giuridico è un diritto per l'agente, che non sarà responsabilizzato per la commissione di un reato.

Si può vedere, a questo punto, in questa tradizionale costruzione dogmatica, che l'esercizio di tali doveri non hanno nulla a che fare con quello che alcuni giuristi

³⁶³«Quand'io dico che la conoscenza dei loro diritti non basta agli uomini per operare un miglioramento importante e durevole, non chiedo che rinunziate a questi diritti; dico soltanto che non sono se non una conseguenza di doveri adempiti, e che bisogna cominciare da questi per giungere a quelli». MAZZINI G., *cit.*, 2011, p. 28.

hanno chiamato "garanzie", anche perché non si pone in essere l'azione di adempimento del dovere in ragione di una garanzia di un diritto esistente, almeno non nella dimensione concettuale che attualmente si condivide³⁶⁴.

Un'analisi molto interessante sul contributo dei doveri ad un sistema di diritti può essere fatta esaminando il famoso caso newyorkese *Riggs v. Palmer*, del 1889.

Nel caso specifico, Elmer E. Palmer, venendo a conoscenza che suo nonno, Francesco B. Palmer, aveva fatto un testamento in cui lo beneficiava di alcuni beni, con timore che potesse cambiare idea decise di ucciderlo, e così fece.

A causa di questo, le zie, la signora Riggs e la signora Preston, cercarono di invalidare la volontà paterna contenuta nel testamento, sostenendo che Elmer E. Palmer non potesse ottenere un vantaggio dal suo crimine.

Da quanto è noto, il giovane assassino finì per non ricevere l'eredità, anche se non c'era alcun comando legale che impedisse il godimento del suo diritto³⁶⁵. E perché questo? Perché questa Corte giudicò mediante l'applicazione di una massima che dice che «nessuno può trarre beneficio dalla sua stessa perversione».

Il caso *Riggs v. Palmer* divenne un esempio di attività giudiziaria in cui la regola di "scopo sociale" prevalse nella costruzione del significato della legge, del processo di interpretazione e nell'applicazione del sistema normativo.

E ciò che richiama l'attenzione è che la definizione di caso si ebbe attraverso una riflessione che non coinvolse in alcun modo il diritto di qualcuno contro altre persone, bensì il dovere, la responsabilità di un individuo nell'esercizio delle sue scelte e azioni, che finirono per influenzare la stessa definizione del quadro normativo di questo stesso individuo.

È interessante notare, tuttavia, che questa decisione avvenne anche in assenza di una disposizione di imponesse un dovere come una specie di requisito formale nell'affermazione di qualche diritto.

In realtà, essa ha cercato di analizzare la dimensione stessa dell'affermazione di un diritto a fronte della violazione di qualsiasi dovere o responsabilità che gli era, almeno nel caso di specie, inerente.

³⁶⁴ Il caso è riportato in DWORKIN R., *cit.*, 2007, b, p. 37, in cui la Corte d'Appello «ha dovuto decidere se un erede nominato nel testamento del nonno avrebbe potuto ereditare quanto disposto nel testamento, anche qualora avesse ucciso suo nonno con questo obiettivo».

³⁶⁵ In quel tempo, nonostante esistesse già la previsione del crimine di omicidio, il sistema giudiziale nordamericano non regolamentava l'omicidio del testimone come motivo di esclusione del beneficiario assassino.

Forse si potrebbe sostenere che, di conseguenza, la decisione si basò più su un aspetto morale, ciò che farebbe venir meno la sua validità o legittimità, soprattutto in nell'ottica dei positivisti, ma così non sembra essere.

Oltre alle limitazioni formali tipiche del positivismo, che non consentirebbe la definizione di un qualche diritto o dovere che non fosse contenuto nella legge, va osservato che la decisione del caso *Riggs v. Palmer* non affronta alcun giudizio di valore di un determinato gruppo specifico, in cui il punto di vista di alcuni si sovrapporrebbero alla visione di altri in maniera illegittima, bensì si occupa di qualcosa di sicuramente essenziale per la vita e l'esistenza umana.

Accettare il pensiero che qualcuno possa beneficiare a causa della sua perversione criminosa vorrebbe dire, per esempio, accettare l'idea che il fine giustifica i mezzi - come nel caso *Riggs v. Palmer* - e questo non sarebbe un riflesso di un sistema che si pretenda essere giusto.

Se così stanno le cose, non è possibile, allora, continuare a sostenere che i doveri, per ciò stesso, e non per il modo in cui vengono utilizzati (ciò che potrebbe accadere anche con i diritti), rappresentano una connessione pericolosa con il mondo della morale.

A questo punto, così come L. Ferrajoli chiarisce bene che sia il sistema di diritti quanto quello dei doveri possiedono uno stretto rapporto con la morale. D'altronde, il diritto non nasce da scelte puramente tecniche, ma anche da considerazioni morali.

In effetti, a pensarci bene, tanto un sistema di diritti quanto un sistema di doveri, sviluppati in forma isolata, possono consolidarsi attraverso una maggiore connessione normativa con la morale, assumendo che i valori di libertà e di uguaglianza del sistema dei diritti non mancano di collegarsi con la dimensione della morale.

La crisi positivista al presunto vincolo dei doveri verso il campo di applicazione al sistema della morale è molto più una questione di metodo che una questione essenziale, in quanto, per certi versi, un sistema positivo può essere più morale dello stesso sistema combattuto, quello del giusnaturalismo.

Sebbene l'evoluzione teorica prospettata, per esempio, da L. Ferrajoli non lascia di proporre una "contraddittoria" versione morale della sua teoria del diritto, nella misura in cui l'Autore, attraverso una particolare chiave di lettura, stabilisce ciò che è morale o non, o piuttosto, ciò che è costituzionalmente decidibile o non, anche se con diverse nomenclature.

Per tutto questo, alla luce delle sfide che vengono contemporaneamente poste alla società, alla politica e alla legge, è necessario comprendere l'importanza dei doveri, dando loro il dovuto spazio nel quadro del *costituzionalismo contemporaneo*.

3.1.3 L'evoluzione: possibile equivalenza tra diritti e doveri

Nella ricerca di una riflessione compiuta sull'evoluzione di una possibile equivalenza tra diritti e doveri, è necessario prendere come necessario punto di partenza la dichiarazione sopra citata di Bobbio quando dice «se avessi ancora qualche anno di vita, che non avrò, sarei tentato di scrivere “l'età dei doveri”»³⁶⁶.

Questo riferimento ha una grande rilevanza, soprattutto perché si tratta di una dichiarazione fatta da un pensatore che, né più né meno, è considerato come una sorta di fondatore o quantomeno araldo dell'età dei diritti.

In questo senso, le parole di Bobbio acquistano molto peso e conferiscono grande legittimazione alla riflessione sviluppata in questo lavoro, anche se con alcuni presupposti che si differenziano dalle vedute di questo grande pensatore italiano.

E, forse, le prime differenze che devono essere enucleate e argomentate riposano, in buona sostanza, sulla diversità di prospettive temporali e spaziali analizzate da Bobbio e da questo lavoro.

Difatti, quando espone le proprie idee sull'età dei diritti, Bobbio lo fece attraverso un arco di tempo sul presente. Tanto che iniziò il suo testo parlando di una conversazione che ebbe con un intervistatore avente come tema le caratteristiche del "nostro tempo", tempo nel quale egli si collocava nel presente³⁶⁷.

Allo stesso modo, il pensatore italiano descrisse un fenomeno che già esisteva spazialmente e che, in un certo senso, cercò di descrivere, fornendo i suoi contributi teorici e filosofici molto importanti.

L'approccio sviluppato in questo lavoro, d'altra parte, si propone di riflettere su un futuro auspicato e ritenuto necessario per garantire la sopravvivenza pacifica dell'umanità, avente la massima apertura delle libertà e uguaglianze dell'uomo, pur considerando la rilevanza delle responsabilità e dei doveri per la costruzione di una necessaria e razionale convivenza sociale.

³⁶⁶ BOBBIO N.-VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, 2001, p. 40.

³⁶⁷ BOBBIO N., *cit.*, 2011, p. 45.

In questo senso, la riflessione di questo studio non concerne soltanto qualcosa che già esiste sul piano spaziale, non essendoci, per quanto è noto, una costruzione fisica o ideologica di un'età di diritti e di doveri, ma che può, come qui si sostiene, emergere in qualche modo ed evolvere realmente.

Ma queste non sono le uniche differenze tra l'approccio di Bobbio e quella offerta da questo studio. Se ne riscontrano altre due, altrettanto importanti, con particolare riferimento a due dimensioni che sono strutturali nella concezione dell'età dei diritti e dei doveri.

La prima è quella relativa al piano di destinatari dei doveri. Al riguardo, Bobbio ha reso molto chiaro, nel suo dialogo con M. Viroli, che, nel sostenere l'età dei doveri, stava riflettendo soprattutto ai doveri e alle responsabilità degli Stati, al punto da menzionare la Carta dei doveri e delle responsabilità degli Stati³⁶⁸.

La seconda differenza si ritrova in un secondo punto fondamentale che coinvolge il rapporto tra diritti e doveri. Bobbio, infatti, ha affrontato i doveri in una dimensione teorico-normativa unidimensionale perché li considerava come categorie normative specifiche per la concretizzazione dei diritti, ovverosia nella prospettiva di doveri come conseguenze dei diritti³⁶⁹.

L'attuale proposta dell'età dei diritti e dei doveri è diversa. Questa distinzione si stabilisce proprio in ragione dell'ampliamento degli orizzonti che l'equilibrio tra diritti e doveri è in grado di fornire.

In primo luogo, perché i doveri non si limitano ad una direzione di rapporto Stato-individuo, tanto meno seguono solo questa logica. Pertanto, esistono piuttosto doveri di Stato verso gli individui. Ma ci sono anche doveri degli individui verso lo Stato, degli individui verso altri individui e degli Stati verso altri Stati o organizzazioni giuridiche.

In secondo luogo, perché il rapporto tra doveri e diritti non può continuare ad essere stabilito solo su una relazione di causa-effetto, in cui una categoria sarebbe semplicemente causa o effetto dell'altra. Questo è quello che comporta, secondo un ragionamento ridotto, sia l'età dei doveri, donde i diritti sono l'effetto dei doveri, che l'età dei diritti, in cui i doveri sono effetto dei diritti.

³⁶⁸ BOBBIO N.-VIROLI M., *op. ult. cit.*, p. 40.

³⁶⁹ In merito, si vedano le riflessioni riportate in BOBBIO N., *cit.*, 2011, p. 40, ove si conclude che «se la Dichiarazione dei diritti dell'uomo non deve restare, come si è detto tante volte, un elenco di pii desideri, ci deve essere una responsabilità di chi deve fare valere questi diritti.»

A questo punto, ciò che si sostiene e che si deve capire è che il rapporto tra diritti e doveri è stabilito su di un piano tridimensionale, cioè come causa-effetto, ma anche come fattori coesistenziali reciproci definitivi del diritto.

Il problema dell'età dei doveri e/o dell'età dei diritti è che, in fondo, c'è una visione prevalente, se non totalizzante, che limita la relazione tra diritti e doveri ad una visione unidimensionale, al massimo a due dimensioni, in cui una categoria è causa e/o effetto dell'altra, come se ci fosse sempre un certo diritto e un certo dovere per ciascuna di queste situazioni di causa e/o effetto.

In questo senso, sarebbe come se per ogni diritto già pre-concepito esistesse anche un rispettivo dovere o più doveri prestabiliti e viceversa. Secondo questa logica, non c'è posto per l'idea che la relazione tra diritti e doveri possa finire anche per consentire e migliorare la stessa estensione di un diritto e di un dovere.

Questa logica non avrebbe mai permesso, per esempio, che si affermasse nell'analisi giuridico-interpretativa del caso *Riggs v. Palmer* che l'erede non avrebbe il diritto di godere dei beni trasferiti nel testamento dal nonno, dal momento che i diritti e i doveri avrebbero una connessione dimensionale maggiore.

D'altro canto, la questione non si riduce ad un piano esclusivamente interpretativo, in quanto la riflessione sulla relazione dinamica e tridimensionale dei diritti e dei doveri ha bisogno di essere condivisa in ambito legislativo, esecutivo e giudiziario, sul piano astratto e concreto, nelle decisioni pubbliche e private, nonché in tutte le estensioni possibili.

Analogamente, il problema non si limita neppure ad un'analisi puramente di principio e concretista del diritto, come se la valutazione del caso concreto mediante i principi risolvesse da sola la questione, senza discutere i fattori formali e sostanziali che devono influenzare queste attività.

Così, nonostante questo sia un potente meccanismo per lo sviluppo dell'età dei diritti e dei doveri, il punto è che il pensiero qui sviluppatosi intende qualcosa che dovrebbe essere considerata come una sorta di premessa all'attività interpretativa, che è quella dell'evoluzione, dello sviluppo del diritto attraverso una lettura politica e giuridica per stabilire una eventuale equivalenza tra diritti e doveri.

L'intento non è quello di voler difendere, in questo studio, qualsiasi tipo di ragionamento per stabilire, soprattutto in senso assoluto, una posizione di primazia dei doveri.

Anche ove si sostenesse una necessaria (ri)costruzione dello spazio di vita dei doveri nel tempo contemporaneo, deve rimanere, tuttavia, chiaro che il lavoro non è elaborato nell'ottica che i doveri debbano essere collocati su un piano di più ampio rilievo sociale, politico o giuridico, producendo una sorta di teoria che vuole che i doveri siano considerati prima dei diritti in grado di importanza.

D'altra parte, non si adotta pure una posizione in cui i diritti avrebbero uno *status* che li renderebbe, in tutti i casi, più importanti rispetto ai doveri, al punto che, in alcuni casi come quelli dei doveri autonomi, la relazione stabilita generebbe un predominio, almeno iniziale, dei doveri.

L'età dei diritti e dei doveri è concepita, quindi, con l'idea che astrattamente e inizialmente i diritti avevano un certo predominio in relazione ai doveri che, per contro, avevano dimensioni sistematiche di maggiore rilevanza.

Tuttavia, l'età dei diritti e dei doveri viene sviluppata anche con l'idea che la migliore equivalenza possibile per il Diritto deve essere stabilita in un rapporto più dinamico e specifico, con la stessa considerazione sociale, politica e giuridica dell'importanza di entrambe le categorie.

Ora, molto importante è la consapevolezza che, in alcuni casi, e al di là della questione dell'esistenza di doveri autonomi, i doveri potranno avere un ruolo fondamentale per l'esercizio e la garanzia dello Stato democratico di diritto, che può anche sovrapporsi alla dimensione dell'esercizio personale di un diritto fondamentale.

In questo senso, il dovere di protezione statale della dignità della persona umana, per esempio, richiede allo Stato, anche in situazioni in cui un certo soggetto non cerca la tutela dei suoi diritti fondamentali, l'adozione di misure per evitare che l'individuo, da solo, o terzi violino questo nucleo fondamentale della sua esistenza in una società democratica

Allo stesso modo, l'importanza dei doveri si stabilisce nell'esercizio delle funzioni e attività pubbliche, che dovrebbero, a prescindere dalla provocazione soggettiva di qualche privato, eccellere rispetto ai diritti delle persone, nonché nell'adozione di misure e procedure che consentono a queste azioni di essere praticate con maggiore legittimità e qualità possibile.

Per tutto quanto detto, questa relazione più dinamica tra diritti e doveri dovrebbe essere letta in tal senso, poiché così è la vita stessa dell'essere umano, così è

la vita della società e così è e deve essere la vita del Diritto, che costantemente ha bisogno di essere messo in discussione ed evolversi in ragione dei suoi scopi.

Non è solo un'arancia marcia che rovina un cesto di arance, ma anche un cesto di arance marce che rovina un'arancia sana. Detto altrimenti, non è solo una cellula malata che coinvolge tutta la salute di un organo o di un corpo, ma anche un organo o corpo malato che danneggia una cella.

Se è vero che i doveri sono importanti per la sopravvivenza e il funzionamento di un particolare gruppo sociale, non dovrebbe finire per generare il sacrificio della vita di ogni individuo che compone questo gruppo sociale.

D'altra parte, se i diritti sono necessari a garantire la vita esistenziale dell'individuo, in modo da proteggerlo, finanche dall'azione dello stesso gruppo sociale cui appartiene, ciò non può generare una visione radicale del sacrificio di tutto il gruppo sociale, tra cui questo stesso individuo.

Nessun individuo è formato solo da cellule con azioni e funzioni che gli garantiscano il piacere e la felicità, così come nessun individuo è composto da cellule con azioni e funzioni che gli causino dolore e sofferenza.

Allo stesso modo, l'individuo possiede nella sua propria conformazione fisica dimensioni sentimentali e intellettuali di coesistenza tra diritti e doveri, in modo che l'equilibrio si stabilisca in virtù della loro stessa sopravvivenza e felicità.

Immaginare un individuo che viva solo di lavoro o di riposo, sorridendo o piangendo, ragionando o vegetando, significa pensare ad una situazione di totale squilibrio fondamentale della persona, che può anche accadere in un certo periodo, a causa di una situazione specifica, ma questo non riguarda certo la sua costituzione naturale.

Allo stesso modo, nessun individuo vive solo di diritti né solo di doveri. Anche perché non si può parlare di dignità, libertà, uguaglianza e felicità se l'individuo non ha la dimensione della responsabilità verso se stesso, cercando di adempiere agli obblighi che gli sono inerenti.

Inoltre, è essenziale capire che l'individuo deve sviluppare un rapporto positivo con la società per migliorare la formazione del suo essere e non permettergli di cadere in un vuoto sterile prodotto dalla dimensione dell'individualismo egoista³⁷⁰.

³⁷⁰ In proposito, nella conversazione con M. Viroli, in BOBBIO N.-VIROLI M., *cit.*, 2001, p. 41, parlando del primo dovere del cittadino, Bobbio sostiene che debba essere «il dovere di rispettare gli altri. Il

Al riguardo, P. Grossi sostiene che, con la nascita delle costituzioni democratiche, è riconosciuta all'individuo una duplice dimensione, che lo identifica nella sua individualità e nella sua socialità, configurandolo come titolare di diritti ma anche di doveri rispetto agli altri³⁷¹.

L'età dei diritti e dei doveri è ben sviluppata in prospettiva di una maggiore solidarietà individuale e sociale, tenendo conto delle differenze dei singoli individui, della necessità di proteggere le sue caratteristiche e libertà, senza dimenticare di riflettere sulle responsabilità e sui doveri che gli individui hanno verso se stessi e quindi verso la società e lo Stato.

Questa età dei diritti e dei doveri, d'altra parte, ha altresì una forte dimensione che si riferisce ad una analisi delle responsabilità e dei doveri dello Stato, al fine di aumentare e rendere effettiva l'affermazione dei diritti delle persone, in particolare nell'esecuzione delle funzioni e dei servizi pubblici, che richiedono l'adozione di azioni che garantiscano misure pratiche e procedure con maggiore legittimità e qualità.

3.2 Costituzionalismo libero e responsabile

Il *costituzionalismo* è sempre stato legato alla dimensione delle libertà umane, essendo stato, per questo motivo, concettualizzato da alcuni come la tecnica di libertà, come si è visto anche nel primo capitolo del presente studio. Così, il rapporto che detiene ancora il *costituzionalismo* con la libertà è qualcosa di naturale ed essenziale.

In realtà, si può anche dire che, a seguito di questa relazione, come un modo per controllare normativamente il potere e affermare i diritti degli esseri umani, organizzando le relazioni tra gli individui, la società e lo Stato, c'è sempre stata una grande preoccupazione nel garantire uno spazio libero per il *costituzionalismo*.

superamento dell'egoismo personale. Accettare l'altro. La tolleranza degli altri. Il dovere fondamentale è rendersi conto che vivi in mezzo ad altri».

³⁷¹ In questo senso, si veda GROSSI P., *cit.*, 2012, p. 29, il quale sostiene che «il popolo, di cui in essi si parla, non è una massa anonima dove il singolo non appare molto diverso dalle formiche di un formicaio. Il singolo cittadino è qui un soggetto al quale si riconosce una duplice dimensione, essendo sorpreso e identificato nella sua individualità e nella sua socialità. Quel singolo è, infatti, pensato come creatura relazionale e non insulare, titolare di diritti ma anche di doveri verso l'altro, verso gli altri, immerso da questi doveri in una rete di rapporti che lo legano all'altro, agli altri. Di più: è pensato anche all'interno di formazioni sociali chiamate non a soffocarne la carica vitale ma a fornirgli il tessuto congeniale e a integrarne e a svilupparne le potenzialità. Ed emerge – da questo paesaggio complesso di singoli e di comunità – una chiamata alla solidarietà: il singolo viene impegnato in un atteggiamento solidale, che la modernità nel suo acceso individualismo aveva puntigliosamente rimosso».

L'idea del *costituzionalismo libero* era, allora, quella per cui non avrebbe trovato limiti di potere politico, ma, piuttosto, avrebbe cercato di imporgli limiti, in particolare attraverso il suo massimo documento normativo, cioè la Costituzione, che seguiva la logica del potere costituente.

In questo senso, il *costituzionalismo libero* è apparso nella storia come essenziale per la nascita e lo sviluppo dello Stato moderno, impedendo che la concentrazione del potere politico finisse per cancellare le individualità delle persone, imponendo loro un sistema di sfruttamento e di sofferenza capace di minacciare la sopravvivenza degli individui.

I diritti e le garanzie degli individui erano importanti conquiste che hanno finito per dimostrare la forza di questo *costituzionalismo libero*, capace di imporre liberamente comandi normativi contro il potere politico, garantendo la libertà degli esseri umani.

Questa dimensione del *costituzionalismo libero* era, tuttora è e continuerà ad essere importante nei tempi futuri, il che già si manifestano, ogni giorno di più, con loro complessità latenti, coinvolgendo le necessità di ri(affermare) la libertà degli esseri umani in relazione al potere politico statale.

Come già detto, il processo di affermazione delle future garanzie di libertà degli individui abbraccia la riflessione anteriore su due punti molto importanti per salutare lo sviluppo del *costituzionalismo contemporaneo*.

Il primo va riferimento alla analisi stessa della dimensione normativa delle libertà degli individui e della loro effettività, che, attualmente, si riscontra in alcuni casi, del tutto estremizzata, legata ad un movimento pericoloso di egoismo degli esseri umani, che finiscono per cercare di affermare e rendere effettiva la libertà in numero e grado sempre più arbitrari e soggettivi.

In questo senso, il secondo punto che viene rilevato è lo stesso processo di affermazione richiesta e la realizzazione dei diritti degli individui non si sviluppa allo stesso modo come si è analizzato nella prima età moderna, meritando di espandere la concezione iniziale di potere resa dal *costituzionalismo*.

Come è noto, rappresentando l'altra faccia dello stato moderno, il *costituzionalismo* si sviluppò mediante la concezione di controllo del potere, dato che questo veniva considerato come quello sviluppato dalle forze politiche presenti in ogni Stato.

I nuovi centri di potere sono stati istituiti, nell'evoluzione storica dell'umanità, portando alla necessità di riconoscere e gestire le nuove forze che hanno agito soprattutto nello scenario mondo globalizzato.

Così, da un lato, si continua, ancora oggi, a riconoscere la porzione di responsabilità dello Stato, dall'altro si sviluppa la nozione, sempre maggiore, che non dobbiamo ignorare le forze reali delle organizzazioni politiche ed economiche mondiali, che rende il controllo di tali forze sviluppi una dimensione sovrastatale.

Analogamente, è altresì necessario verificare che l'indebolimento individuale del senso di vita collettiva, l'attenuazione delle stesse forze di Stato e il riconoscimento della dimensione dell'efficacia orizzontale dei diritti umani e fondamentali hanno prodotto l'insorgere di una forza che deve pure essere adeguatamente considerata e controllata dal *costituzionalismo contemporaneo*.

Per tutto questo, allora, si sostiene che il *costituzionalismo* ha bisogno di aggiungere una nuova componente al suo processo storico e teorico, che è la *responsabilità*, che deve necessariamente essere sviluppata per garantire la sopravvivenza all'umanità, soprattutto in una dimensione democratica.

Il *costituzionalismo libero e responsabile* non intende né diminuire la dimensione di libertà né sopravvalutare la dimensione della responsabilità, ma, e sulla base della nozione dell'età dei diritti e dei doveri, cercare di potenziare l'equilibrio di queste due categorie per lo sviluppo di una società più libera, giusta e solidale.

Questa proposta rafforza, certamente, una dimensione del *costituzionalismo* che è considerata da molti studiosi poco analizzata, ma che venne da M. Fioravanti ben descritta, trattandosi di altra sua attitudine, che si riferisce al movimento di garanzia e promozione della partecipazione degli individui nella formazione di spazio collettivo³⁷².

Il *costituzionalismo*, in questa prospettiva, non sarebbe mai stato, o meglio avrebbe dovuto essere, un movimento in cui solo la sua vocazione per la garanzia della libertà venisse coltivata ed esaltata.

³⁷² Come già evidenziato nella nota precedente, in FIORAVANTI M., *cit.*, 2009, p. 150, si chiarisce che «non si insisterà mai abbastanza sulla rilevanza di queste origini più remote del costituzionalismo europeo, nei lunghi secoli della prima età moderna, precedenti il Diciottesimo secolo e le rivoluzioni. È infatti in questi secoli che si costruisce progressivamente la doppia vocazione del costituzionalismo europeo: da una parte a costruire limiti e garanzie da opporre al potere sovrano, in difesa delle proprie sfere di autonomia e dei propri diritti, dall'altra a partecipare alla costruzione di quel potere, con l'evidente finalità di meglio garantire quelle medesime sfere e quei medesimi diritti, entro la nuova dimensione del potere sovrano. Sono questi i due movimenti del costituzionalismo: resistenza e partecipazione».

La necessità di garantire e promuovere la partecipazione degli individui nella costruzione delle rispettive sfere di autonomia e nell'affermazione dei loro diritti sempre è stato (o avrebbe dovuto essere) osservato da coloro che hanno utilizzato gli ideali del *costituzionalismo*.

Questo equilibrio tra i movimenti di resistenza e di partecipazione degli individui sta alla base della conformazione del concetto di *costituzionalismo contemporaneo libero e responsabile*, sviluppato sulla base del concetto di “età dei diritti e dei doveri”.

In questo senso, è necessario ancora chiarire alcuni punti molto importanti per il *costituzionalismo libero e responsabile*. E il primo di questi è che la sua proposta, in vario modo, nega, restringe o limita i classici presupposti ideologici del *costituzionalismo*.

D'altra parte, questo nuovo modello di *costituzionalismo* continua affermando la necessità di controllare e limitare il potere arbitrario, tutelando i diritti degli individui attraverso un governo di leggi e non di uomini.

Tuttavia, esso espande il concetto del titolare / soggetto opprimente del potere al di là della classica concezione illuministica di Stato, inserendo in questa visione istituzioni sovranazionali e gli individui stessi, come dimostrato precedentemente.

Allo stesso modo, non è legato ad una mera dimensione formale-normativa del governo delle leggi, potendo agevolmente riconoscere che la Costituzione irradia norme giuridiche di natura formale e sostanziale, che consentono che la metodologia interpretativa giuridica non rimanga intrappolata in un documento *positum* di sussunzione dei fatti alle norme.

Un altro punto rilevante è che il *costituzionalismo libero e responsabile* non sostiene la negazione delle idee dell’“età dei diritti”, come qualcuno potrebbe ritenere. Ciò che cerca di puntualizzare risiede, piuttosto, nella qualità della protezione dei diritti, che viene stabilito per l'equilibrio possibile con i doveri.

A livello teorico, il *costituzionalismo libero e responsabile* espande la dimensione dell'affermazione dei diritti per includere anche i diritti alla solidarietà nella lista di quei diritti che devono essere protetti e rispettati da tutti i sistemi e gli agenti politici e giuridici di ciascuna realtà territoriale, proponendo, in tal modo, un modello di sistema garantista che mostri la piena tutela dei diritti di libertà, uguaglianza e solidarietà.

Come risultato di questo modello proposto, che è concepito come una sorta di sistema garantista totale, il *costituzionalismo libero e responsabile* fornisce tre proposte teoriche da osservare nelle loro pratiche future, che si riferiscono alla transnazionalità, all'integrità e alla responsabilità del Diritto.

Anche se in questo momento l'idea di questo nuovo modello di *costituzionalismo* non presenta specificamente contributi metodologici, si parte dalla considerazione che la dimensione di responsabilità deve essere considerata alla stregua della dimensione legislativa, esecutiva e giudiziaria, tanto attraverso l'uso di regole quanto dei principi.

3.2.1 I principali fondamenti ideologici

Partendo dal presupposto che il *costituzionalismo libero e responsabile* cerca di stabilire o rafforzare un equilibrio possibile tra libertà e responsabilità, o tra diritti e doveri, non c'è testo costituzionale migliore di quello italiano per riflettere sui fondamenti ideologici che devono basare l'idea di questo nuovo *costituzionalismo*.

Ciò specialmente in ragione del fatto che è previsto letteralmente all'art. 2 della Costituzione italiana, che recita: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”.

E questa è l'unica costituzione di un Paese che, almeno per una parte del mondo occidentale, compie un approccio di principio più diretto al fondamentale rapporto tra diritti e doveri.

Com'è noto, è certo che, in molti testi costituzionali dei paesi occidentali nel mondo, è anche possibile trovare previsioni espresse dei doveri su specifici temi come istruzione³⁷³, salute³⁷⁴, ambiente³⁷⁵, difesa³⁷⁶ ed elezioni³⁷⁷.

³⁷³ In questo senso, l'art. 30 della Costituzione italiana afferma che: “È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio”. Così pure l'art. 36 della Costituzione portoghese: “*Os pais têm o direito e o dever de educação dos filhos*”. E l'art. 205 della Costituzione brasiliana, che afferma che “*a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*”.

³⁷⁴ L'art. 64 della Costituzione portoghese afferma che: “*Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover*”. Anche l'art. 196 della Costituzione brasiliana, che afferma che “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que*

Tuttavia, difficilmente vi è una previsione del genere così chiara e diretta, come esiste nella Costituzione italiana, che si occupa del rapporto tra diritti e doveri come una questione di principio fondamentale³⁷⁸, che presuppone in fin dei conti la sua irradiazione ideologica e normativa per tutte le restanti norme costituzionali e le altre che compongono l'ordinamento giuridico italiano.

Ci si rende subito conto, allora, che subito dopo aver dichiarato che la Repubblica italiana è democratica e basata sul lavoro, e che la sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti previsti dalla Costituzione, il potere costituente italiano si preoccupa di elaborare una norma di fondamentale importanza per la creazione di una premessa fondamentale per l'organizzazione sociale, politica e giuridica della Repubblica.

In questa norma la Costituzione italiana ha cercato di fissare la sua concezione non solo per la formazione del cittadino, ma anche con riferimento alla stessa definizione del rapporto sviluppato tra diritti e doveri.

In questo senso, la Costituzione ha reso molto chiaro che non si intendeva il cittadino italiano come titolare esclusivamente di diritti, ma anche titolare di doveri, nell'idea che la formazione dell'essere umano, qualunque egli sia, comporta l'esercizio dei diritti e l'adempimento dei doveri.

visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

³⁷⁵ L'art. 66 della Costituzione portoghese afferma che: “*Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender*”. Così anche l'art. 225 della Costituzione brasiliana recita: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

³⁷⁶ L'art. 52 della Costituzione italiana così recita: “La difesa della Patria è sacro dovere del cittadino”. Così pure l'art. 276 della Costituzione portoghese: “*1. A defesa da Pátria é dever fundamental de todos os portugueses*”.

³⁷⁷ L'art. 48 della Costituzione italiana così recita: “Il voto è personale ed eguale, libero e segreto. Il suo esercizio è dovere civico”. Anche l'art. 48 della Costituzione portoghese afferma che: “*O sufrágio é universal, igual e secreto e reconhecido a todos os cidadãos maiores de 18 anos, ressalvadas as incapacidades da lei geral, e o seu exercício é pessoal e constitui um dever cívico*”.

³⁷⁸ Normalmente, quello che le costituzioni fanno è prevedere un capitolo specifico per affrontare i diritti e i doveri, come nel caso dell'art. 5 della Costituzione brasiliana. Ma, di regola, c'è un riferimento molto più piccolo ai doveri rispetto ai diritti, senza che si compia, principalmente, una costruzione fondamentale del rapporto tra diritti e obblighi. La Costituzione portoghese del 1976 è forse quella che più si avvicina alla Costituzione italiana, perchè, nell'affrontare la questione dei diritti e doveri fondamentali, afferma nel suo articolo 12 il principio di universalità, assicurando che: “*1. Todos os cidadãos gozam das direitas e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição. 2. As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza*”. Tuttavia, ci sono due differenze principali: 1 - la Costituzione portoghese tratta la questione nell'interno del capitolo sui diritti e doveri fondamentali, mentre la Costituzione italiana fa riferimento al tema nel capitolo sui principi fondamentali, con una maggiore dimensione normativa; 2 - il testo normativo della Costituzione italiana affronta la questione con maggiore specificità, mentre il testo della Costituzione portoghese cerca di fissare una previsione più generale, rimettendosi al resto della Costituzione.

Allo stesso modo, appare chiaro che la Costituzione ha fissato altresì l'ordine di preferenza tra queste due categorie, in quanto, da un lato, si anticipa nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo e soltanto dopo richiede l'adempimento doveri³⁷⁹.

Naturalmente, l'analisi più appropriata del testo deve condurre al riconoscimento che tanto i diritti quanto i doveri indicati nell'art. 2 Cost. sono previsti in forma aperta, con ampie opportunità, di regola, di un compiuto trattamento da parte di leggi specifiche.

Oltre al rilevante significato ideologico e politico nell'azione del costituente italiano di prestare attenzione a non dichiarare, bensì a riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo³⁸⁰, un altro importante atto richiama l'attenzione nel testo, che è il particolare impegno della Repubblica volto a “garantire” i diritti.

Tuttavia, prima che qualsiasi visione riduttiva limitasse questa scelta ad un piano meramente tecnico legale e/o giuridico, fatto di strumenti giuridici di garanzia dei diritti degli individui, il costituente italiano si è preso la briga di mettere in chiaro che concepiva questi diritti per l'uomo tanto nella sua visione puramente individuale quanto nelle formazioni sociali in cui l'uomo sviluppa la sua personalità.

Con ciò, la Costituzione assume una posizione iniziale molto chiara che l'uomo va formandosi e sviluppa una propria dimensione individuale e una sociale, entrambi le quali sono responsabili per la costruzione della sua personalità.

E per questa ragione il costituente italiano si è preoccupato di stabilire una speciale categoria normativa, che è stata chiamata “doveri inderogabili”, impossibili da non tenere in considerazione da parte di individui e dalla stessa Repubblica.

Il testo è chiaro quando impone la finalità particolare di questi doveri inderogabili, mettendoli in relazione con la solidarietà politica, economica e sociale, che di solito è potenziata da una sorta di dimensione di responsabilità collettiva degli individui.

È noto, inoltre, che nonostante il testo abbia sede costituzionale, il pensiero diffuso è che questa regola non abbia diretta applicazione, in particolare in quello che

³⁷⁹ Questa preferenza, naturalmente, è di fondamentale importanza per la rottura con il sistema esistente nel precedente paradigma fascista nella storia costituzionale italiana, al fine di stabilire il primato dell'individuo sullo Stato.

³⁸⁰ A questo punto, il costituente italiano si avvicinò alle idee fondanti del costituzionalismo nordamericano, sulla base dei pensieri di Locke, al fine di riconoscere che preesistono diritti inviolabili dell'uomo a qualsiasi tipo di dichiarazione costitutiva dell'esistenza per qualsivoglia tipologia di organizzazione sociale, stabilendo chiaramente la relazione appropriata e necessaria indipendenza.

si riferisce ai doveri, nel senso che si ha a che fare con comandi giuridici di classica finalità di principio, da promuovere sulla base della produzione di futuri comandi legislativi che gli conferiscono una esatta definizione normativa, sufficiente a generare l'imposizione del rispetto dei loro significati.

Tuttavia, oltre a questo aspetto tecnico, il punto che segna profondamente, senza dubbio, l'inizio del testo costituzionale italiano, e che necessita di essere rafforzato, è che il costituente palesa chiaramente la sua opinione sul fatto che gli uomini si formano in una dimensione individuale e in un'altra collettiva, da cui non devono allontanarsi.

L'intera nozione di sviluppo della democrazia si basa, così, sul concetto di primarietà dell'individuo, fondata sul "principio personalista", che afferma che ognuno è responsabile delle proprie scelte, lontano da qualsiasi tipo di processo di personalizzazione e/o atomizzazione della società.

Secondo quest'ordine di pensiero, tutti i diritti nonché i doveri sono concepiti come mezzi per consentire lo sviluppo e l'emancipazione degli individui, impedendo invece, che un effetto collaterale si produca, cioè la proliferazione della società individualistica orientata a soddisfare i propri desideri individuali, privi di una dimensione di responsabilità per le azioni perseguite o da eseguire.

La libertà e l'uguaglianza tra gli individui sono pensati anche per garantire il miglioramento e lo sviluppo delle persone come esseri naturali e come società, entità formata da persone.

In un certo senso, la Costituzione italiana descrive la sua concezione iniziale di doveri di solidarietà politica, economica e sociale nel momento in cui dispone, in alcune delle sue regole, i comandi che sono legati a questa finalità.

Così, per esempio, in relazione alla solidarietà sociale, la Costituzione italiana stabilisce il dovere dei genitori di "mantenere, istruire ed educare i figli" (art. 30); per quanto riguarda la solidarietà economica, stabilisce il dovere di lavorare (art. 4)³⁸¹; e,

³⁸¹ Al suo art. 4, la Costituzione italiana prevede che: *“La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”*. Va rilevato che, in questo senso, la Costituzione portoghese del 1976 riconosce pure il dovere di lavorare al suo art. 51, comma 2: *“O dever de trabalhar é inseparável do direito ao trabalho, excepto para aqueles que sofram diminuição de capacidade por razões de idade, doença ou invalidez”*. Anche la Costituzione spagnola del 1978, all'art. 35, afferma pure che: *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse*

infine, sulla solidarietà politica, dice che l'esercizio del diritto di voto è un dovere civico (art. 48).

Ora, se da un lato la Costituzione italiana si preoccupa di riconoscere diritti e fissare doveri per gli individui, dall'altro lato, ugualmente, crea comunque norme equivalenti per la Repubblica, soprattutto per quanto riguarda la portata dei doveri, degli obblighi e delle responsabilità.

E il primo dovere direttamente rivolto al rapporto tra Stato e individuo è certamente quello contenuto nello stesso art. 2 della Costituzione, che stabilisce il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo.

E, come detto in precedenza, questo riconoscimento non è limitato solo ad una dimensione individuale dell'essere umano, ma anche ad un piano sviluppato all'interno delle formazioni sociali in cui si sviluppa la personalità dell'uomo.

Questa duplice considerazione, da un lato, ha la finalità di evitare qualsiasi tipo di azione da parte della Repubblica italiana che cerchi di limitare l'uomo soltanto verso un dominio individuale di esistenza, impedendogli una formazione ove si possa relazionare collettivamente, al fine di mantenere un rigoroso controllo della società.

D'altra parte, questa duplice considerazione ha anche lo scopo di impedire che qualsiasi condotta statale intenda limitare l'uomo ad un piano collettivo di esistenza, trascurando la sua identità e dignità.

Naturalmente, questa duplice considerazione nel riconoscimento dei diritti inviolabili non viene stabilita solo sul piano del riconoscimento, in quanto a voler semplicemente leggere il testo costituzionale si rivela che, oltre a riconoscere, la Repubblica Italiana si impegna a garantire.

E in questo senso, è sempre importante stabilire il necessario collegamento tra l'art. 2 e l'art. 3 della Costituzione, poiché, oltre ad occuparsi di una dimensione formale, il costituente italiano si è proiettato verso un piano sostanziale di analisi delle condizioni di ciascun individuo³⁸².

Pertanto, sembra limpido che il costituente italiano non si accontentò di creare un dovere semplice per la Repubblica. Invece, ha fissato un compito di notevole responsabilità e di difficile esecuzione, in quanto coinvolge molte decisioni e azioni

discriminación por razón de sexo". In ultimo, è utile sottolineare che, invece, la Costituzione brasiliana del 1988 non possiede un dispositivo equivalente.

³⁸² L'art. 3 della Costituzione italiana dice che: "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese".

dello Stato, ma che non può e non deve essere, per questo, meno preteso o addirittura scusato per le sue eventuali falle ed omissioni.

Da un lato, quindi, il riconoscimento dei diritti inviolabili degli individui e l'esigenza del rispetto dei doveri di solidarietà economica e sociale, politica. Dall'altra, una determinazione della Repubblica volta a garantire i diritti degli individui, eliminando gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la completa formazione della persona umana, a causa di limitazioni concrete alla libertà e all'uguaglianza dei cittadini.

Ora, considerando le ragioni finora esposte, in funzione principalmente di un equilibrio auspicato nel suo testo, la Costituzione italiana si rivela di eccellente fattura, e forse anche la più appropriata nel sostegno allo sviluppo dei principali fondamenti ideologici del *costituzionalismo contemporaneo libero e responsabile*.

E, naturalmente, che questi fondamenti non si limiteranno adesso alla dimensione di affermazione e difesa dell'equilibrio possibile tra diritti e doveri, o tra libertà e responsabilità, anche perché questo è stato già fatto.

In realtà, ciò che è importante sottolineare a questo punto è come questo equilibrio auspicato può e deve essere considerato a fronte dei concetti che fanno parte dei fondamenti del *costituzionalismo* stesso.

All'uopo, si può sviluppare meglio l'idea di quale potere deve essere controllato con precisione al momento attuale del *costituzionalismo*, come anche in quale maniera il controllo può e deve essere realizzato.

Allo stesso modo, intende riflettere e compiere un ulteriore passo sul classico concetto di difesa della libertà e dell'uguaglianza, al fine di considerare la dimensione di responsabilità individuali e statali per la concretizzazione dei diritti ad esse correlati, tra cui anche la solidarietà, come altro importante obiettivo da proteggere dal *costituzionalismo libero e responsabile*.

Infine, e non meno importante, è necessario esaminare alcune connessioni tra *costituzionalismo* e democrazia, che vengono spesso trascurate nella valutazione del *costituzionalismo*, in conseguenza, anche, delle ragioni storiche che sono state analizzate in questo lavoro ma che necessitano di essere meglio considerate³⁸³.

³⁸³ Si anticipa, tuttavia, che tutte le seguenti analisi saranno effettuate in un modo diretto e oggettivo, anche se potrebbero meritare uno studio più approfondito. Tale decisione è presa in modo da non permettere allo studio di deviare dal suo scopo principale di analizzare il *costituzionalismo* come fenomeno in sé, anche se composto da molti altri fenomeni.

3.2.1.1 Potere e controllo

Come indicato in precedenza in questo lavoro, il *costituzionalismo* è emerso come movimento indipendente basato sull'idea della necessità di un controllo del potere politico, al fine di evitare l'arbitrio e la tirannia, rafforzando la concezione del governo delle leggi e non degli uomini.

Per quanto riguarda la definizione della dimensione concettuale del potere da controllare, è noto che il potere che classicamente è stato sempre oggetto di osservazioni e di determinazioni del *costituzionalismo* era il potere politico dello Stato, progettato nella sua struttura idealizzata con l'emergere dell'età moderna.

D'altra parte, quanto al pensiero di sviluppo della forma di controllo di questo tipo di potere, si ha che, anche per una questione logica, è sempre stata pensata e sviluppata in una data realtà territoriale che si identificava con i confini politici di ogni stato.

Pertanto, di fondamentale importanza è stato lo sviluppo della dimensione normativa della Costituzione, con la conseguente necessità di stabilire la separazione dei poteri coinvolti nella cornice politica e giuridica di ogni Stato e a garanzia dei diritti dell'uomo e del cittadino, secondo l'art. 16 della famosa dichiarazione del 1789.

Il punto è che, come indicato nel tema delle crisi del *costituzionalismo contemporaneo*, dobbiamo riconoscere che non si può dire che l'esercizio del potere politico e il potere concreto³⁸⁴ si sviluppa, oggi, così come è stato praticato nei primi giorni dell'età moderna, cioè, con la concentrazione assoluta delle forze intorno a strutture politiche interne a ciascuno Stato, dal momento che molto è cambiato dall'inizio ai giorni nostri.

Da una parte, infatti, sappiamo che il potere politico, limitato tradizionalmente ad una concezione interna a ciascuno Stato, è stato esteso alle nuove realtà politiche del mondo contemporaneo, in cui nuove conformazioni politiche si formarono tra gli Stati, con la creazione di nuovi centri transnazionali di potere politico, come l'Unione europea e il Mercosur.

Inoltre, anche all'interno della stessa dimensione delle strutture politiche, non è possibile mantenere, ad esempio, l'idea che la tripartizione dei poteri chiude

³⁸⁴ Si adotta qui una distinzione tra le classificazioni di potere politico e potere concreto per consentire un'anteprima dell'esercizio in corso delle forze che compongono il mondo globale e democratico.

automaticamente la gamma di funzioni svolte dallo Stato, poiché l'attuale conformazione del complesso di nuove funzioni statali rivela il contrario.

Per quanto riguarda la considerazione su coloro che subiscono l'esercizio arbitrario della forza da parte del potere, la visione tradizionale della tutela dei diritti in favore dei cittadini di ogni organizzazione politica, inoltre, non tiene conto delle nuove esigenze mondiali che, soprattutto con riguardo ai movimenti globalizzanti, si presentano con la sfida di tutelare la dignità umana, indipendentemente dalla sua cittadinanza o nazionalità.

In più, oltre le normali strutture politiche degli Stati, si ritiene che anche l'azione del mercato economico transnazionale si presenti come un nuovo centro di potere, soprattutto in tempi di mercati economici virtuali, compiendo azioni di oppressione su scala mondiale, che coinvolgono tanto la popolazione mondiale, quanto la stessa configurazione politica degli Stati.

Infine, resta intesa la necessità di considerare la forza reale sviluppata dagli individui, soprattutto in una nuova conformazione di Stato costituzionale, avente un profilo sociale e democratico, consentendo una maggiore partecipazione individuale alle decisioni politiche e sociali e una maggiore applicazione dei diritti che, molte volte, finisce per consentire l'emergere di situazioni di abuso e conflitto di diritti a favore delle libertà e delle uguaglianze manifestate solo in una dimensione egocentrica, con conseguente danno per i diritti degli altri individui a seguito dell'esaurimento delle risorse umane e naturali³⁸⁵.

In questo modo, è evidente come non sia possibile continuare a pensare limitatamente alla figura di un soggetto oppressore che riguarda solo la concezione classica del potere politico di Stato, sia perché nuove forme politiche attualmente si sono sviluppate oltre i confini tradizionali degli Stati sia perché forze concrete esercitate dal mercato economico e dagli individui devono essere considerate.

In questo senso, il primo fondamento ideologico del *costituzionalismo libero e responsabile* non si discosta dall'idea della necessità di controllo del potere politico,

³⁸⁵ È necessario chiarire che questa possibile riflessione ha speciale pertinenza in relazione ai diritti umani di seconda e terza dimensione, soprattutto quelli sociali, potendo anche avere applicazione sui tradizionali diritti di prima dimensione. Così si ha che, a causa di situazioni di abuso palese di diritti, nuovi documenti costituzionali, per esempio, si sono preoccupati di instaurare una dimensione di responsabilità nell'interesse di diritti finanche relazionati alla classica categoria della proprietà imponendo, come nel caso della Costituzione del Brasile, il principio della funzione sociale della proprietà (articolo 5, XXIII della Costituzione: "La proprietà deve svolgere la sua funzione sociale").

ma tenta, inizialmente, di espandere la visione tradizionale della formazione e dell'esercizio del potere al di là delle strutture politiche dello Stato.

Guardando in proiezione, si occuperà di espandere anche la dimensione stessa di controllo di questo potere, finanche come logica conseguenza dell'espansione del suo concetto, con l'obbligo di controllare meglio le attività dello Stato, del mercato e degli individui.

Pertanto, resta inteso, in primo luogo, che strutture transnazionali di controllo delle nuove forme politiche, delle relazioni del mercato economico mondiale e delle pratiche sviluppate dagli Stati stessi devono essere definitivamente stabilite e sviluppate, al fine di proteggere i diritti umani in qualsiasi dimensione spaziale.

Questo spostamento di controllo spaziale dei soggetti oppressori dei diritti umani non cessa di essere presentato sotto una visione formale, in quanto sviluppa nuovi modi per limitare arbitrarietà e tirannia.

In realtà, questa nuova dimensione formale-spaziale proposta dal *costituzionalismo libero e responsabile* richiede una migliore condivisione delle responsabilità tra centri di competenze politiche e giuridiche di dimensione nazionale e internazionale.

L'idea è quella della transnazionalità del Diritto, che concretizza il controllo delle forze oppressive non sulla base di un criterio assoluto di privilegio della dimensione nazionale o internazionale, piuttosto attraverso un criterio qualitativo per una migliore tutela dei diritti umani che, nell'analisi di ogni caso di specie, utilizza le migliori norme sul piano nazionale e internazionale.

Questo pensiero non manca di considerare ciò che già è stato realizzato dai tribunali e corti internazionali, che finiscono per imporre una sorta di controllo esterno necessario soprattutto in relazione agli Stati, essendo numerosi i casi in cui sono stati definiti doveri in ragione della protezione dei diritti umani.

Così, per esempio, il recente caso di condanna emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a scapito dell'Italia sulla questione dei diritti dei detenuti, in modo da imporre doveri di tutela dei diritti umani coinvolti nell'analisi del caso Torreggiani³⁸⁶.

Per vari motivi, è necessario rafforzare il controllo transnazionale delle diverse forme di oppressione oggi esistenti, con una proposta formale-spaziale del

³⁸⁶ Il caso si trova ben analizzato in RUOTOLO M., *Dignità e carcere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

costituzionalismo libero e responsabile direzionata soprattutto verso le dimensioni delle classiche e nuove formazioni politiche di potere.

Naturalmente, il controllo delle azioni oppressive del mercato economico contemporaneo viene potenziato anche grazie alle normative e alle Corti internazionali, al fine di meglio responsabilizzare le istituzioni economiche transnazionali, limitando le pratiche economiche, commerciali, consumeristiche e ambientali abusive.

Infine, il controllo da sviluppare in relazione alle azioni oppressive degli individui ha bisogno di prendere in considerazione gli stessi influssi delle concezioni moderne e contemporanee di libertà, uguaglianza e solidarietà sul processo costruttivo dei diritti individuali e collettivi.

3.2.1.2 Libertà, Uguaglianza e Solidarietà

Un altro importante fondamento ideologico del *costituzionalismo* è quello della finalità dichiarata per l'esercizio del controllo del potere e della forza che è quello della tutela dei diritti degli individui.

Per come è stata esposta l'idea dell'età di diritti e doveri nel suo sviluppo, si percepisce che, di fatto, questa protezione dei diritti degli individui è sempre stato legata alla sopravvivenza degli esseri umani.

Da un iniziale vincolo dei diritti alla libertà concepita in vari modi, il *costituzionalismo* si è evoluto nella modernità per includere nel suo movimento anche i diritti relativi alla parità degli individui inizialmente intesa in senso formale, per poi essere considerata anche in una dimensione materiale.

Pertanto, il *costituzionalismo* è sempre stato legato ideologicamente e in particolare, in un certo senso, alla libertà e all'uguaglianza, rappresentando questi ideali due dei suoi più importanti e forti pilastri atti a garantire la sopravvivenza degli individui contro la tirannia e l'arbitrarietà delle forze oppressive.

Inizialmente, la garanzia della libertà è stata intesa come qualcosa di essenziale per lo sviluppo dell'autonomia e indipendenza degli individui, imponendo al sistema un dovere di osservanza degli spazi individuali immuni all'azione degli Stati, al fine di preservare scelte e decisioni dei privati, considerati formalmente uguali dai sistemi.

In seguito, si individuò che la libertà e l'uguaglianza formale non erano sufficienti a garantire, da sole, l'autonomia degli individui, nella misura in cui le loro diverse condizioni concrete impedivano di godere delle stesse opportunità.

La concezione della necessità di garantire una sostanziale parità per dare autonomie e indipendenze concrete agli individui consentì lo sviluppo di un nuovo pensiero che ha colpito il *costituzionalismo* globale, o almeno quello dei paesi occidentali nel mondo, con la garanzia dei diritti sociali che mirassero a stabilire potenziali condizioni minime di sopravvivenza degli individui, al fine di consentire un godimento della libertà in standard minimamente equivalenti o proporzionati.

Se così stanno le cose, allora si può dire che oggi la libertà e l'uguaglianza degli individui continuano a essere obiettivi che richiedono una protezione rigorosa ed efficiente in tutte le realtà politiche globali, dovuto, in particolare, al *deficit* di attenzione praticato dagli Stati nazionali. Allo stesso modo, importante e utile è sottolineare che la libertà e l'uguaglianza dei singoli individui devono essere permanentemente valutate al fine di controllare una sorta di *superavit* di rivendicazioni richieste indebitamente dagli individui.

E, se nella sezione precedente, è andata costruendosi l'idea di una dimensione formale-spaziale per il *costituzionalismo libero e responsabile*, che interessava, in particolare, il controllo degli Stati nazionali, delle nuove organizzazioni politiche transnazionali e delle istituzioni economiche transnazionali, quello che si pretende quanto mai necessario in questo momento è l'introduzione di una proposta di dimensione sostanziale-temporale per questo nuovo modello *costituzionalismo*.

Una dimensione sostanziale prima, perché si riferisce all'inserimento di un ambito di responsabilità per gli obiettivi di libertà e uguaglianza degli individui.

Ma anche una dimensione temporale che interessi la costruzione di un pensiero di non esaurimento delle prospettive individuali del presente, in modo da controllare le aspettative e le pretese per preservare il futuro.

Questa dimensione sostanziale-temporale del *costituzionalismo libero e responsabile* è fondamentale per capire lo scopo di questo nuovo modello, in particolare nella sua concezione ideologica.

In questo senso, si deve chiarire che il *costituzionalismo libero e responsabile* si preoccupa di garantire la libertà e dell'uguaglianza degli individui, mentre non smette di porre sotto continuo esame la responsabilità dello Stato e delle altre organizzazioni sociali in questo processo.

Per questo motivo, si ritiene che la nuova fase dell'età dei diritti e dei doveri interessa la concezione della dimensione della responsabilità al fine di esigere il massimo impegno degli Stati nell'attuazione dei diritti degli individui che implicino la garanzia della libertà e dell'uguaglianza.

Così, di fronte a uno scenario mondiale di crescente complessità nell'affermazione e nell'effettività dei diritti degli individui, è chiaro che l'esigenza di un più ampio e qualificato catalogo di doveri per gli Stati è un ordine del giorno di primaria importanza.

Quindi, non solo la dimensione formale-spaziale, ma anche quella sostanziale-temporale si ripercuote sulle azioni degli Stati che hanno bisogno di sviluppare le loro attività in linea con i tempi nuovi politici, sociali ed economici.

In questa maniera, l'evoluzione nell'affermazione e garanzia di nuovi diritti, di nuove riaffermazioni di antichi diritti, relativi alla libertà degli individui, per esempio, nelle sfere commerciali, sessuali, religiose e razziali devono continuare a guadagnare l'attenzione degli Stati e delle istituzioni politiche e giuridiche internazionali, al fine di costruire una rete di protezione più efficace di tali diritti.

È necessario, per esempio, continuare ad evolversi nella direzione della responsabilizzazione esterna delle istanze politiche interne di uno Stato nazionale direttamente responsabile politicamente e costituzionalmente per la materializzazione dei diritti connessi alla libertà e l'uguaglianza degli individui.

Questo deve continuare ad avanzare anche come modo per garantire agli esclusi dai processi politici interni di ogni Stato la possibilità di salvarsi da un'istanza esterna di controllo.

Naturalmente, questo non può essere realizzato ignorando la sovranità e l'autonomia di ogni Stato, imponendo un sistema politico e giuridico esterno su una realtà interna di ogni nazione in maniera travolgente e impietosamente egemonica, minimizzando o rendendo, addirittura, insignificante le caratteristiche e le decisioni di ogni nazione.

Anche le società commerciali internazionali hanno bisogno di migliore controllo, in particolare quelli che si occupano del mondo digitale, che non viene delineato dai confini territoriali di ciascun paese, imponendo più doveri nel senso di riuscire ad evitare o ridurre al minimo una nuova forma di oppressione e di tirannia manifestata, il più delle volte, senza traccia, identificazioni o dati più concreti.

Così, il *costituzionalismo libero e responsabile* deve anche preoccuparsi di prevenire le operazioni commerciali e digitali "fantasma", potendo imporre ai suoi responsabili di sviluppare azioni per stabilire la garanzia di indipendenza, trasparenza e buona fede.

A questo punto, dobbiamo, d'altra parte, mettere bene in chiaro che tutto questo passa attraverso un presupposto molto solido che sottende al pensiero ideologico del *costituzionalismo libero e responsabile*, che è responsabilità degli individui stessi.

La premessa di base è che, se un essere umano ha il diritto di scegliere, naturalmente, una volta fatta una scelta libera, egli si vincola automaticamente a questa scelta, indipendentemente dall'essere un risultato buono o cattivo, che può, a seconda della situazione, essere tempestivamente corretto o compensato da azioni interne o esterne ad esso.

Così, si parte con l'idea che un individuo è il primo e più importante agente responsabile della sua autonomia e indipendenza, essendo impossibile proteggere la propria libertà e uguaglianza davanti ad una sua indifferenza o omissione.

Non che questo diminuisca l'importanza di responsabilità delle organizzazioni sociali nel processo di sviluppo degli individui che appartengono alle rispettive dimensioni, ma questa premessa getta luce su punti che non sono di solito ben considerati dagli studiosi.

Così, gli individui sono i primi e più importanti agenti di emancipazione di se stessi, direttamente responsabili della loro libertà e uguaglianza, dovendo le loro azioni sempre, o quasi sempre, essere prese in considerazione nel processo stesso di definizione dei loro diritti.

Con questa idea, si ha che la responsabilità degli individui ha un'importanza che non si proietta, come alcuni pensano, solo nella dimensione sociale, che non perde la sua importanza.

Tuttavia, le analisi delle libere scelte di ogni individuo devono essere compiute, in primo luogo, sotto la spinta dello sviluppo di ogni individuo stesso, fermo restando che l'emancipazione dell'essere dipende da un impegno con se stesso, ossia, una volontà di evolvere.

Inizialmente, allora, si dovrebbe comprendere che qualsiasi azione esterna può terminare con l'impedire ovvero ostacolare il processo di costruzione degli spazi di libertà e di parità di ogni individuo.

Un buon esempio si può avere ove si guardi all'analisi quotidiana compiuta durante lo sviluppo di un bambino. Indipendentemente dalla sua predisposizione all'indipendenza, è facile notare che, di solito, quanto più un agente esterno cerchi di facilitargli la realizzazione di un'attività, tanto più questo bambino si ferma o ritarda a finalizzare da solo l'attività stessa, dal momento che la tendenza è di imparare che l'attività va svolta con l'ausilio di un terzo aiuto o anche quella di "cullarsi" con questo aiuto.

Ebbene, non c'è bisogno di compiere un grande sforzo cognitivo per capire che quanto più si dà all'uomo una libertà senza responsabilità, tanto più si favorisce lo sviluppo di irresponsabilità verso la propria libertà.

Se questo accade a livello individuale, la fortuna peggiore si avrà in ambito sociale, perché un individuo irresponsabile verso la sua libertà non sviluppa normalmente un rispetto per la libertà altrui, generando una crisi sia sul piano individuale che su quello collettivo.

Se quanto argomentato è vero, questo rappresenta il vero significato da dare al testo contenuto nell'art. 2 della Costituzione italiana, che si occupa dello sviluppo della personalità umana sia individuale che collettiva, riconoscendo che si tratta di un importante e fondamentale spazio di protezione degli stessi diritti individuali, alla luce degli accadimenti storici del mondo.

Si scopre che, attualmente, la sopravvalutazione di una dimensione individuale della vita umana e la conseguente minore considerazione di una sfera di vita collettiva, ha portato gli individui a volersi sempre più distaccare da qualsiasi tipo di progetto collettivo di vita.

E questo è un problema tanto grave quanto quello che anche ormai fu riferito alla irresponsabilità dell'essere umano nei confronti della propria libertà, perché la vita sociale, nonostante non debba sovrapporsi alla vita degli individui, è essenziale non solo per lo sviluppo delle personalità, ma anche per la tutela dei diritti dei singoli.

Così, sul presupposto che l'individuo è il primo e principale agente di garanzia della libertà e dell'uguaglianza, si giunge ad uno step successivo in cui si è capito che questo è essenziale sia per l'individuo sia per la società, che continua ad avere un ruolo importante nel momento presente.

Anche se alcuni insistono sul fine ideologico di qualsiasi progetto di vita collettiva, considerando, soprattutto, l'eterogeneità e la complessità degli attuali

rapporti sociali, è assolutamente chiaro che lo spazio sociale rimane di vitale importanza anche per la sicurezza di questa eterogeneità e complessità.

Se le società contemporanee non si caratterizzano più come un corpo sociale formato in modo omogeneo dagli stessi ideali e dalle stesse affermazioni di uno stesso progetto di vita individuale, vale la pena considerare che questo corpo sociale è stato sviluppato nel senso di garantire in modo omogeneo la diversità, la tolleranza e il rispetto come basi di idee e rivendicazioni di un nuovo progetto individuale di vita collettiva.

In ragione di ciò, il *costituzionalismo libero e responsabile* si preoccupa di considerare ugualmente rilevanti libertà e responsabilità, diritti e doveri, a partire da una visione tanto individuale quanto collettiva, senza considerare questo pensiero una sorta di diminuzione del senso classico di garanzia delle libertà a favore degli individui, ma piuttosto una costruzione qualitativa dei loro significati.

E da questa concezione si arriva, poi, a un importante effetto politico e giuridico di questo nuovo concetto di *costituzionalismo*, che finisce per ridimensionare le libertà e le uguaglianze richieste dallo sviluppo di un pensiero focalizzato di soddisfare le richieste prodotte da una specie di individualismo egoista.

Questo individualismo egoistico, come noto, si è diffuso in molti paesi nel mondo attraverso persone che hanno cercato, sempre più, la realizzazione di un progetto di vita legato soltanto al soddisfacimento di esigenze personali scollegate con lo sviluppo delle personalità sia sul piano individuale che per quello collettivo.

Il riflesso dello sviluppo dell'individualismo egoistico sulla politica e sul Diritto è stato visto attraverso la manifestazione di orientamenti politici e/o istanze giuridiche sempre più incentrate sulla cura di pretese individuali improprie.

Sono improprie, in un primo piano di osservazione, perché sono elaborate con l'unico scopo di soddisfare esigenze individuali, spesso non essenziali, legate al mero piacere umano o visione particolare della vita privata³⁸⁷.

Sono, altresì, improprie perché, il più delle volte, cercano di derogare o astenersi da qualsiasi impegno verso le responsabilità inerenti ai casi, in un tentativo di massimizzazione solo di un lato benefico della questione di diritto.

³⁸⁷ Oltre agli esempi giuridici già offerti nelle discussioni precedenti, un ulteriore utile esempio della situazione politica è il caso, avvenuto in Brasile, del disegno di legge n° 4197/2004, proposto dal deputato federale Pastor Reinaldo (PTB-RS), la cui intenzione era quella di impedire l'uso di nomi di esseri umani agli animali domestici, per il fatto che il nome è una necessità strettamente umana e di nessuna importanza e utilità mentale e persino sociale per l'animale.

Queste pretese sono ulteriormente improprie per il fatto di ignorare il processo di esaurimento dei fondi pubblici, in particolare con la presentazione di rivendicazioni politiche e legali che si riferiscono alla prestazione di servizi sociali inaccettabili o diritti sociali inutili³⁸⁸.

Infine, sono improprie in quanto trascurano il processo di sfruttamento delle stesse risorse naturali, presentando istanze indifferenti per la sopravvivenza della specie umana.

Il fatto è che, come detto sopra, queste richieste, ancorché egoistiche, finiscono per creare un'aspettativa e, in alcuni casi, un processo di affermazione dei diritti che si è stato migliorato a scapito di una migliore riflessione più collettiva, soprattutto in considerazione dell'apertura interpretativa sviluppata dalla giurisdizione costituzionale³⁸⁹.

In Brasile, per esempio, il principio costituzionale della dignità umana è stato gestito dai tribunali per far valere, sempre più di frequente, diritti individuali anche inesistenti sul piano giuridico e in contraddizione con le decisioni politiche e amministrative.

Così, il *costituzionalismo libero e responsabile* deve svilupparsi per bilanciare queste situazioni, ridimensionando aspettative e pretese per garantire lo sviluppo degli individui e della società stessa, interessandosi della sopravvivenza degli esseri umani.

Pertanto, ruolo di importante o saliente aspetto deve essere riconosciuto e dato alla solidarietà che, secondo la disposizione costituzionale italiana, può avere dimensione politica, economica e sociale.

³⁸⁸ In proposito, un buon esempio è quello relativo alla pressione in Brasile da parte della maggiore offerta di chirurgia plastica, in particolar modo correlate alla questione estetica. Attualmente, il sistema unico sanitario offre già chirurgie plastiche, dette “di recupero”, per i casi di palatoschisi, labbro leporino, cambio di sesso, orecchio a sventola, gigantomastia e silicone al seno (chirurgia fatta solo nelle donne che hanno rimosso il seno o parte di esso a causa di cancro al seno).

³⁸⁹ Ancora una volta, si vuole sottolineare che il progetto sviluppato in questo studio riposa sulla rilevanza positiva dello sviluppo della giurisdizione costituzionale che si fa sempre più interpretativa e argomentativa. L'affermazione restrittiva è fatta, però, nel senso di non smettere di considerare un importante effetto collaterale sorto in questo processo che è, a seconda dei casi, la sopravvalutazione della domanda individuale a scapito delle politiche pubblicamente deliberate dal legislatore e dall'esecutivo sulla base degli interessi collettivi, data la stessa natura contromaggioritaria della giurisdizione. Così, in Brasile, situazioni in cui i diritti non legalmente e amministrativamente previsti, casi di inversione dell'ordine di accoglienza dei pazienti, procedimenti di inversione dell'ordine di fornitura di medicinali e apparecchiature mediche sono alcuni degli interventi creativi legati alla cultura dell'“improvvisazione” e della “furbizia” del popolo brasiliano, che cerca di favorire diverse ipotesi, pur essendoci regole e diritti che coinvolgono altre persone. Nell'ambito della salute, per esempio, il Brasile adotta, agli articoli 194 e 195 della Costituzione federale, il principio di solidarietà per imporre a tutti i cittadini tributi destinati a sostenere il sistema unico sanitario (SUS), che risponde in maniera universale, cioè accoglie tutte le persone in difficoltà, indipendentemente da previ contributi.

A differenza della visione di coloro che sostengono, o sostennero, che la solidarietà possiede rigorosamente una dimensione religiosa, non normativa, resta inteso che attualmente la solidarietà possiede anche un livello costituzionale, come viene reso esplicito dal testo della Costituzione italiana.

Non che la solidarietà venga interamente disattesa dalle costituzioni e dalle legislazioni di ciascun paese³⁹⁰, ma quello che si vuol dire è che ha sicuramente bisogno di guadagnare al momento il suo spazio nella costruzione e definizione del Diritto.

Soprattutto quando si tratta di situazioni che coinvolgono le crisi causate dalle azioni intraprese dalla “società del rischio”, è necessario procedere alla costruzione di misure politiche e giuridiche che riguardano la solidarietà

In un certo senso, la solidarietà aiuta a facilitare l'uso improprio di fondi pubblici e di risorse naturali, richiamando gli individui alla responsabilità verso se stessi, gli uni verso gli altri e verso tutta la società in cui vivono.

D'altro canto, nella dimensione dei problemi che coinvolgono problemi ambientali, vale la pena di aggiungere, inoltre, che la solidarietà finisce per generare una responsabilità di individui verso il sistema ambientale in cui vivono, fornendo, ad esempio, una difesa obiettiva di flora e fauna.

La solidarietà permette anche un migliore conseguimento della parità tra gli individui in quanto importante veicolo in avvicinamento di situazioni sociali ed economiche tra gli esseri umani, stabilendo una migliore distribuzione e fruizione delle risorse economiche e naturali.

Per tutto questo, il *costituzionalismo libero e responsabile* si è sviluppato in relazione alle sue basi ideologiche per inserire, nel classico binomio della libertà-uguaglianza, la dimensione della solidarietà, al fine di costruire una nozione più ampia, con lo sviluppo ideologico del trinomio libertà-uguaglianza-solidarietà.

La libertà è volta a garantire all'individuo che le forze oppressive non potranno praticare azioni di forza per impedire il corretto sviluppo dell'autonomia e indipendenza degli esseri umani.

³⁹⁰ Nell'ambito della salute, per esempio, il Brasile adotta, agli articoli 194 e 195 della Costituzione federale, il principio di solidarietà per imporre a tutti i cittadini tributi destinati a sostenere il sistema unico sanitario (SUS), che risponde in maniera universale, cioè accoglie tutte le persone in difficoltà, indipendentemente da previ contributi.

L'uguaglianza, d'altra parte, è volta ad assicurare un trattamento isonomico delle forze politiche in relazione agli individui, richiedendo, altresì, lo sviluppo di azioni positive nel senso di creare condizioni minime di autonomia privata.

La solidarietà, infine, richiede maggiore responsabilizzazione individuale nell'utilizzo delle risorse pubbliche e naturali, migliorando l'uguaglianza tra individui attraverso prestazioni private.

3.2.1.3 Democrazia

È molto comune affermare che la democrazia, in realtà, non è un fenomeno nuovo nella storia umana. Ciò che di solito viene evidenziato in relazione al momento democratico attuale è il fatto che il sistema democratico inizialmente progettato, con l'emergere di costituzioni democratiche, ha avuto caratteristiche storiche e culturali che gli conferiscono una posizione di rilievo che deve essere ben allineata con il *costituzionalismo*.

E questo perché, come si è visto, democrazia e *costituzionalismo* sono stati trattati, per gran parte del tempo, come due grandezze inconciliabili, con forte tendenza a sviluppare processi concorrenti di reciproca eliminazione.

Come è noto, infatti, l'idea dominante del potere costituente prevalse su quella di sovranità popolare illimitata nella maggior parte dei paesi occidentali, limitando l'uso del potere sovrano da parte del popolo nei termini, nelle forme e nei limiti indicati da ogni testo costituzionale³⁹¹.

L'idea è quella per cui è necessario garantire una stabilità costituzionale al processo democratico in sé, impedendo che le politiche momentanee di maggioranza impongano la loro volontà arbitrariamente a danno delle minoranze.

I risvolti politici e giuridici sono evidenti in quanto sia l'attività politica che quella giuridica non possono essere sviluppati in maniera assolutamente libera, poiché dovrebbero sempre rispettare i limiti e le procedure previste dalla Costituzione, in modo da non diventare illegittime e incostituzionali.

Il punto è che, nonostante questa apparente conquista di una certa impostazione dei parametri, il rapporto tra *costituzionalismo* e democrazia deve ancora oggi

³⁹¹ A titolo di esempio, si ricorda l'art. 1, Costituzione italiana, l'art. 1, paragrafo unico, della Costituzione brasiliana, l'art. 3, §1, della Costituzione portoghese, l'art. 1, §2, della Costituzione spagnola e l'art. 3 della Costituzione francese.

affrontare diverse sfide, che portano, tra l'altro, conseguenze per il processo di affermazione ed effettività dei diritti.

Una di queste è quella di preservare, in queste interazione, le basi ideologiche e teoriche basilari del *costituzionalismo*, al fine di mantenere il controllo sul potere oppressore attraverso un governo di leggi per l'affermazione e la garanzia dei diritti, che ha sede costituzionale di struttura politica e giuridica superiore, che fissa regole con forza normativa sufficiente a far rispettare la separazione delle funzioni statali e l'effettività dei diritti fondamentali.

Ora, un'altra sfida importante per il momento attuale è di non soffocare la partecipazione democratica del popolo nella definizione delle scelte e decisioni per il progetto di società che intende affermarsi ed evolvere.

Questo rapporto tra *costituzionalismo* e democrazia, così, pur sembrando di venir sviluppato in modo del tutto pacifico e armonioso, risulta essere, alle volte, come un divulgatore potenziale di tensioni e conflitti, che si stabiliscono, per esempio, sia nel processo di creazione che nel processo di interpretazione del Diritto stesso.

Questo perché, come già detto, l'attuale processo democratico ha le sue caratteristiche ed esse sono profondamente connesse con il modello del *costituzionalismo contemporaneo*, che non segue gli stessi standard di altre esperienze democratiche già vissute.

In questo modo, l'attuale processo democratico non si sviluppa, per esempio, nella proposta ampia vissuta nel periodo giacobino della Rivoluzione Francese, con largo margine di manovra per le modifiche costituzionali avanzata dall'idea della sovranità popolare.

Allo stesso modo, non sviluppa neppure attraverso il pensiero formale vissuto nell'età del *costituzionalismo liberale*, in cui, sulla base degli ideali del positivismo giuridico, le influenze democratiche sulla costituzione si convogliavano in un unico modello, che privilegiava la rappresentanza democratica per la produzione di leggi, e che non trovava, d'altra parte, (quasi) alcun tipo limite sostanziale nel testo costituzionale.

Così, l'esperienza attuale è qualcosa di estremamente innovativo in quanto è possibile solo parlare di un costituzionalismo democratico o di una democrazia costituzionale, non trovando spazio per radicalismi o semplificazioni.

È importante ritrovare all'interno del testo costituzionale non solo le forme, ma anche, e soprattutto, i contenuti per lo sviluppo di una democrazia salutare, cioè una

democrazia che non finisce per imporre le decisioni della maggioranza alle minoranze senza le garanzie minime dei loro diritti, in modo da stabilire una sopravvivenza armoniosa e pacifica.

Oltretutto, è anche molto importante ritrovare nel testo costituzionale i significati precisi per preservare gli spazi per l'esercizio della democrazia popolare, al fine di sviluppare un *costituzionalismo* sano, che non finisce, cioè, per soffocare le decisioni democratiche attraverso discorsi e decisioni dell'autorità.

Tutto questo ha un impatto particolare sul concetto di paradigma dello Stato costituzionale di diritto, in cui, come sappiamo, le norme costituzionali acquisiscono lo status giuridico-normativo speciale, influenzando le attività legislative e giudiziarie per la produzione e l'effettività del Diritto.

Per quanto riguarda il legislativo, i testi costituzionali sempre più hanno imposto doveri ai legislatori nel senso di osservare i suoi comandi formali e sostanziali nel processo di produzione delle leggi, a pena di essere dichiarate incostituzionali.

Ora, quanto all'attività giudiziaria, normalmente ciò che si tende a mettere in evidenza è l'imposizione costituzionale di realizzazione delle attività di controllo delle leggi emanate dal legislatore.

Con la prevalenza della tesi kelseniana che il controllo finale della Costituzione deve essere consegnato ad una Corte Costituzionale, alla magistratura quindi viene data l'ultima parola sui significati dei testi costituzionali anche come un modo per imporre un controllo esterno all'attività legislativa e preservare, quindi, la coerenza dei suoi scopi e i diritti delle minoranze.

E perché il controllo finale fosse sviluppato più ampiamente e correttamente sempre più è andato conferita al giudiziario una capacità interpretativa necessaria, svincolata dalla dimensione classica della mera "bocca della legge".

Non solo teorie proprie, ma anche nuove specie normative influenzarono significativamente questo processo, che ha finito per essere migliorato, per esempio, dall'idea della forza normativa della Costituzione, dal pensiero della sua applicabilità diretta, dalla visione più concretista di tutela dei diritti fondamentali, dalla (ri)costruzione della dimensione normativa dei principi, dall'indicazione della natura delle norme sui diritti fondamentali "a priori" come norme-principi e, in particolar modo, dallo sviluppo teorico della teoria della ponderazione tra diritti fondamentali.

L'idea nella sua essenza è ottima, perché, dopo tutto, richiede sia per il *costituzionalismo* quanto per la democrazia una sofisticazione teorica che, nella pratica, dà un maggiore dinamismo a questo rapporto.

Tuttavia, come si è visto al termine del capitolo precedente, pure alcuni effetti negativi vengono riscontrati in questo processo, in particolare con lo sviluppo di una possibile, a volte concreta, interferenza giudiziaria indebita, che termina per incardinare un processo illegittimo di definizione del Diritto.

Il fatto è che, a prescindere dal discutere lo sviluppo o meno di un attività giudiziaria creativa del Diritto, l'interpretazione giudiziaria realizzata nell'esercizio della giurisdizione costituzionale ha conferito, sempre più, dimensione semantica agli enunciati costituzionali che, spesso, ignoravano il processo democratico.

Questo disinteresse viene di solito identificato attraverso l'esercizio di un controllo giurisdizionale delle leggi che risulta, a volte, come mera sovrapposizione autoritaria di volontà in relazione al senso ultimo del testo costituzionale, andando verso la dichiarazione di incostituzionalità di una determinata legge in particolare.

Tuttavia, questa dichiarazione non si limita a questa dimensione negativa, una volta che, in alcuni altri casi, è possibile individuare un'operazione di interpretazione giuridica positiva, nel senso di innovare l'ordinamento giuridico mediante interpretazioni e con decisioni che superino, almeno nel senso classico, la sua competenza costituzionale.

Il caso della decisione pronunciata nel 2008 dal Supremo Tribunale Federale (STF) brasiliano nell'azione di accertamento di legittimità costituzionale n.º 12/DF, che si è occupata dell'analisi di costituzionalità della Delibera n. 07 del Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ) esprime molto bene questa situazione, tra gli altri casi.

Come noto nella realtà brasiliana, la delibera n. 7 emanata dal Consiglio Nazionale di Giustizia a causa di un grande ricorso popolare, ha affrontato la questione di regolamentare norme che volevano vietare la pratica del nepotismo all'interno della struttura del potere giudiziario brasiliano.

Dopo diverse indagini effettuate sulla possibilità di creare norme amministrative senza la previsione espressa di legge che conferisse tale potere di regolamentazione, detta azione è stata posta in essere dall'Associazione dei magistrati brasiliani (AMB), per poter essere sottoposta al vaglio della Corte Suprema a favore della dichiarazione della sua costituzionalità.

La decisione finale del STF è stata nel senso che, anche se non esisteva ancora una legge formale che limitasse la pratica del nepotismo e concedesse al CNJ la possibilità di regolarlo nell'ambito del suo potere amministrativo, la forza normativa dei principi di moralità e impersonalità, contenuti nell'art. 37, cpv, della Costituzione brasiliana, sarebbe sufficiente a garantire la dichiarazione di legittimità costituzionale della risoluzione in questione.

Altro dato ulteriormente importante della motivazione di questa sentenza emessa dalla Corte Suprema si riferisce alla pubblicazione del giorno successivo del Precedente Vincolante n. 13³⁹², che venne fatta senza che le ordinarie procedure costituzionali adeguate fossero rispettate³⁹³, in quanto non vi era ancora alcuna configurazione della reiterazione di decisioni sulla materia costituzionale³⁹⁴.

Nonostante questo, la decisione pronunciata in ADC ha finito per portare alla pubblicazione del Precedente Vincolante n.13, che ha finito per creare un atto giudiziario con effetti giuridici vincolanti non solo per la stessa struttura amministrativa del potere giudiziario, ma anche per l'intera Pubblica Amministrazione brasiliana.

Analizzando il caso, prendendosi in considerazione specialmente il contesto storico brasiliano, sarebbe ingiusto non riconoscere l'importante contributo realizzato sia dal giudizio della ADC quanto la pubblicazione di tale precedente vincolante, impedendo così la prosecuzione di pratiche politico-amministrative costituzionalmente inadeguate.

Tuttavia, nonostante questo importante contributo, le azioni del STF ha invaso in flagrante la competenza legislativa del Congresso Nazionale, rimuovendo dal

³⁹² Creata nel 2004 con l'emendamento costituzionale 45, il precedente vincolante è un meccanismo attraverso il quale si obbligano i giudici di tutti i tribunali brasiliani a seguire l'interpretazione adottata dalla Corte Suprema (STF) su una determinata questione con giurisprudenza consolidata. Con la decisione del Supremo Tribunale Federale, il precedente vincolante acquista forza di legge e crea un vincolo giuridico, non potendo più, quindi, essere contraddetta, a pena di riproposizione al Supremo Tribunale Federale.

³⁹³ L'articolo 103-A, capoverso, della Costituzione brasiliana stabilisce che: "La Corte Suprema può, d'ufficio o su richiesta, con decisione dei due terzi dei suoi membri, dopo reiterate decisioni in materia costituzionale, approvare il precedente che, a partire dalla sua pubblicazione sulla Stampa ufficiale, avrà effetto vincolante per gli altri organi del Potere Giudiziario e dell'amministrazione pubblica diretta e indiretta, a livello federale, statale e municipale, e provvede al suo riesame o alla sua cancellazione, nella forma prevista dalla legge".

³⁹⁴ Oltre al ADC n. 12/DF, solo un altro caso era stato giudicato dal Supremo Tribunale Federale nello stesso giorno, che era il Ricorso Straordinario (RE 579 951) presentato dal Pubblico Ministero dello Stato del Rio Grande del Nord contro l'assunzione di parenti nel comune di Água Nova. Di fatto, la questione della inosservanza di questo requisito per la proposizione dei precedenti vincolanti era già accaduta altre volte, come la pubblicazione del Precedente Vincolante n. 11, che ha esaminato le circostanze in cui è costituzionalmente consentito l'uso di manette.

processo democratico, per esempio, la possibilità di deliberare e decidere secondo legge sul contenuto e sulla estensione normativa dei principi costituzionali di moralità e di impersonalità.

E ciò è reso evidente allorché la Corte Suprema ha stabilito che i divieti imposti alle pratiche di nepotismo all'interno della Pubblica Amministrazione brasiliana non si applicano per gli incarichi politici ricoperti dagli agenti politici.

Ora, la stessa estensione normativa da applicarsi agli incarichi amministrativi, in teoria, è conferita dalla Costituzione brasiliana alle cariche politiche, perché l'unica differenziazione stabilita dal testo costituzionale si riferisce agli incarichi effettivi e agli incarichi commissionati³⁹⁵.

Così, considerando che le posizioni politiche sono anche posizioni amministrative, ossia, integrano la Pubblica Amministrazione brasiliana nell'esercizio di attività specifiche, a quale vero fondamento costituzionale il Supremo Tribunale Federale si è basato per tracciare questa distinzione?

E se la materia fosse valutata in un ampio processo democratico, la decisione stabilita dai ministri del STF per limitare il divieto della pratica di nepotismo solo agli incarichi amministrativi sarebbe quella adatta alla fine?

Un attento esame del caso rivela il seguente quadro: 1- il vertice amministrativo dei tribunali brasiliani, cioè il CNJ, ha emesso un atto amministrativo senza autorizzazione legale; 2 - un organo di rappresentazione associativa dei magistrati brasiliani, cioè, la AMB, ha proposto tale azione perché l'atto fosse dichiarato costituzionale; 3 - la corte costituzionale nel paese, cioè, il STF, massimo organo giudicante della struttura del sistema giudiziario brasiliano, infine, non solo dichiarò la costituzionalità dell'atto ma pubblicò il precedente vincolante espandendo i suoi effetti a tutta la Pubblica Amministrazione brasiliana, limitando, tuttavia, la sua applicazione solo per le cariche amministrative.

Così, ciò che era iniziato come un atto amministrativo della struttura amministrativa del potere giudiziario, ha finito per produrre un precedente vincolante

³⁹⁵ Dice l'art. 37 della Costituzione brasiliana: "L'amministrazione pubblica diretta e indiretta di tutti i Poteri dell'Unione, degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni sarà fedele ai principi di legalità, imparzialità, moralità, pubblicità ed efficienza, e inoltre a quanto segue: I. le cariche, gli impieghi e le funzioni pubbliche sono accessibili ai brasiliani che posseggano i requisiti stabiliti dalla legge, nonché agli stranieri, come previsto dalla legge; II. l'investitura a carica o impiego pubblico dipende dal superamento preliminare di un concorso pubblico per esami o per esami e titoli, in base alla natura e alla complessità della carica o dell'impiego, come previsto dalla legge, fatte salve le nomine a cariche in commissione dichiarate per legge di libera nomina e esonero; (...)".

per tutto il paese, in cui sia la produzione iniziale che l'interposizione dell'azione di controllo e la decisione finale sono state compiute dagli stessi giudici .

La questione è seria poiché mostra, in un certo senso, un superamento della volontà popolare da parte della “volontà costituzionale”, che, almeno in Brasile, è stata in realtà dichiarata in accordo con la “volontà giudiziaria”.

Questo problema ha interessato l'esercizio della giurisdizione costituzionale nel suo insieme, mettendo in tensione le decisioni giuridiche con l'adozione, di fatto, di mere volontà politiche.

In questa cornice, nell'utilizzo della tecnica di ponderazione dei diritti, per esempio, le decisioni emesse dall'esercizio della giurisdizione costituzionale, in alcune occasioni rivelano il divario tra il discorso tecnico-costituzionale e la pratica politico- volitiva, dove le decisioni giudiziarie si impongono nello scenario giuridico attraverso posizionamenti costituzionalmente inadeguati³⁹⁶.

Per altro verso, vi è l'intenzione di legittimare democraticamente l'attività giudiziaria per mezzo della partecipazione popolare al processo giudiziario, attraverso le cosiddette udienze pubbliche e le figure del cosiddetto *amicus curiae*, che in teoria dovrebbero servire non solo ad ampliare la discussione della causa proposta alla magistratura con la parte interessata della popolazione, ma anche ad autorizzare l'esercizio di un'attività innovativa nell'ordine giuridico nazionale, escludendo,

³⁹⁶ All'uopo, il caso della sentenza di Habeas Corpus, l'editore Siegfried Ellwanger Castan, pronunciata dal Tribunale Supremo Federale mostra bene questa situazione, in quanto la decisione, presa a maggioranza (7 voti contrari 3), ha confermato la realizzazione del reato di razzismo da parte dell'editore. Ellwanger Castan era proprietario della casa editrice “Revisão” possedeva pubblicazioni dirette a diffondere la cultura anti-semita. Nel 1991, dopo la denuncia da parte dell'ufficio del Pubblico Ministero, diverse pubblicazioni sono state sequestrate per ordine del tribunale, tra i quali :l'Olocausto ebraico o tedesco? Dietro le quinte della bugia del secolo”, [*Holocausto Judeu ou Alemão? Nos Bastidores da Mentira do Século*] scritta dallo stesso editore; “Hitler: colpevole o innocente?” [*Hitler Culpado ou Inocente?*], di Sergio Oliveira e “I protocolli dei saggi di Sion”, [*Os Protocolos dos Sábios de Sião*] con la prefazione di Gustavo Barroso. Nel 1995, l'editore è stato processato e assolto in primo grado; in appello, tuttavia, viene condannato all'unanimità, con ricorso presentato dal Pubblico Ministero. Condannato di nuovo nel 1998 per essere stato preso nel 1996 a vendere i suoi libri alla Fiera del Libro di Porto Alegre, Ellwanger Castan si appellò al Tribunale Supremo Federale, sostenendo che gli ebrei sono una etnia, non una razza, e che quindi l'antisemitismo non è razzismo. Nel 2003, il Supremo Tribunale Federale ha emesso una decisione dopo lunghe discussioni e, infine, ha negato la richiesta desiderata, confermando la condanna dell'editore. Nella sentenza, ha espressamente adottato la tecnica della ponderazione dei diritti. Dall'analisi dei voti, però, ci si rende conto che si manifestò una certa confusione tra gli argomenti di diritto e di argomenti morali, dimenticando di separare l'attività giuridica dalla politica. La ricostruzione parziale del caso è accessibile in <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>, consultato in data 10/04/2015.

tuttavia, il luogo costituzionalmente adeguato per lo sviluppo globale del processo democratico³⁹⁷.

In questo modo, anche nella sua tradizionale funzione decisoria, a fronte del sopraggiungere dell'argomentazione giuridica, il potere giudiziario brasiliano è stato sollevato dall'affrontare il contraddittorio processuale, carattere imprescindibile della dimensione democratica decisoria, che deve iniziare dalla pari considerazione degli argomenti e delle prove delle parti³⁹⁸.

Ora, l'intenzione di garantire un ambito adeguato per la democrazia nel *costituzionalismo contemporaneo* aveva la ferma intenzione di impedire che la volontà popolare fosse manipolata o sovvertita dalla decisione di persone o gruppi sociali e/o politici che finissero per produrre un sistema democratico chiuso.

Il pericolo che si corre con l'estensione impropria dell'attività giudiziaria interpretativa è tanto quella di limitare gli spazi democratici di partecipazione popolare quanto quella, forse ancor più preoccupante, di impedire la stessa formazione della volontà popolare.

Anche quando esiste una azione popolare contraria all'esercizio di questa ampia attività interpretativa, derivante dalla creazione della figura del giudiziario come il "super-Io" della società, formato soprattutto a causa della stessa crisi politica della rappresentanza democratica, è necessario richiamare l'attenzione agli effetti dannosi di queste pratiche .

³⁹⁷ Un esempio di questa situazione gestita dal Superiore Tribunale Federale può essere visto nel processo delle relazioni omoaffettive (azione di violazione del precetto fondamentale (ADPF) n. 132 e azione di declaratoria di incostituzionalità (ADI) n. 4277), in cui si ebbe un ruolo giudiziario attivo nella produzione del Diritto senza il diretto intervento legislativo. In questi casi, dopo aver consentito la partecipazione della società attraverso le figure di *amicus curiae* (figura processuale interessata prevista dalla legge brasiliana, che si pone come "amico" della giurisdizione per coadiuvare nel processo), il Superiore Tribunale Federale ha riconosciuto l'unione tra persone dello stesso sesso come entità familiare basata sul principio costituzionale di uguaglianza. Per quanto riguarda le audizioni pubbliche, caso interessante è stato quello della ADPF 54, che garantiva, in Brasile, la pratica di interruzione terapeutica della gravidanza del feto anencefalico senza la possibilità di responsabilità penale per il crimine di aborto. Proposto nel 2004 dalla Confederazione Nazionale dei Lavoratori nella Salute (CNT), la ADPF venne giudicata favorevole otto anni più tardi (2012), una decisione a maggioranza dei voti (8 voti a 2). Al processo, audizioni pubbliche si sono svolte nel mese di agosto e settembre 2008. Ancora una volta, il Supremo Tribunale Federale ha concluso innovando direttamente lo scenario giuridico in violazione del processo democratico legittimo.

³⁹⁸ In una recente decisione, il Supremo Tribunale Federale ha così sedimentato la sua posizione: "1. Mozione d'ordine. Appello incidentale. Conversione in ricorso straordinario (CPC, art. 544, § 3 e 4). 2. Allegazione di offesa all'inciso XXV e LV dell'art. 5 e all'inciso IX dell'art. 93 della Costituzione federale. Inesistenza. 3. L'articolo 93, IX della Costituzione impone che la sentenza o la decisione siano motivati, ancorchè succintamente, senza determinare, però, l'esame dettagliato di ciascuna delle allegazioni o delle prove, nè che i motivi della decisione siano corretti. 4. Mozione d'ordine accolta di riconoscere la ripercussione generale, riaffermare la giurisprudenza del Tribunale, respingere il ricorso e autorizzare l'adozione delle procedure relative alla ripercussione generale" (STF. AI 791292 QO-RG/PE. Relator: Min. Gilmar Mendes, emessa il 23/06/2010).

L'aumento improprio di una sorta di attivismo giudiziario, infatti, è in grado di produrre, in un altro punto del sistema, un effetto collaterale di dipendenza e di immobilismo popolare, equivalente a quanto visto all'inizio della comparsa di alcuni movimenti antidemocratici già vissuti nella storia umana.

Da qui, l'idea che, da un lato, la giurisdizione costituzionale ben sviluppata può contribuire a rafforzare lo sviluppo della democrazia; dall'altro, quando esercitata senza limiti, la giurisdizione costituzionale può anche indebolire la democrazia.

Pertanto, non sempre più giurisdizione costituzionale vuol dire più sovranità popolare. In altre parole, non sempre più *costituzionalismo* si traduce in più democrazia.

Non che con questo si stia affermando che l'attività interpretativa debba essere ridotta alla sfera idealizzata classicamente di mera sussunzione dei fatti alla legge, in cui al giudice era riservato il ruolo di mera "bocca della legge."

Tuttavia, non significa neppure che debba essere effettuata in maniera scollegata o discrezionale, in cui all'interprete giudiziario sarebbe conferito un potere pragmatico di tale portata che gli sarebbe possibile decidere sul Diritto a seconda delle proprie convinzioni e volontà di fronte a un caso reale.

Invero, è necessario esigere dall'azione giudiziaria una coerenza argomentativa per garantire il massimo rispetto delle deliberazioni democratiche esistenti, tenendo in considerazione le diverse possibili interpretazioni costituzionali per l'analisi di una disposizione di legge.

D'altra parte, è necessario esigere che il giudice interpreti e spieghi il Diritto al di là del piano formale della legge, in modo che le disposizioni costituzionali vengano analizzate e preservate.

Ma questo non vuol dire che al giudice interprete sia conferito il potere discrezionale di creare il Diritto indipendentemente da un processo decisionale necessario, senza tenere conto della partecipazione popolare democratica.

Diritto senza democrazia vale a dire potere senza controllo. In termini pratici, potrebbe persino funzionare. Ma in teoria, specialmente con riguardo alle analisi storiche e politiche, sappiamo bene che non è il sistema auspicato.

Non è inutile pensare che, a parte il controllo del Diritto esercitato dai poteri, il principio democratico equivale ad una qualificazione delle attività pubbliche, in quanto esige maggiore trasparenza, pubblicità e impersonalità.

In questo senso, allora, un'attività pubblica sviluppata sotto l'influenza del principio democratico non dovrebbe essere vincolata semplicemente a interessi privati, in modo da farli diventare privilegi, ma deve vigilare affinché soddisfatti gli interessi pubblici, attraverso il vaglio dell'impersonalità, della pubblicità e della trasparenza.

Questo approccio democratico richiede al pubblico ufficiale l'esercizio della sua funzione formale più ampia possibile, anche senza tener conto della volontà e degli interessi individuali direttamente coinvolti in un determinato problema, cercando di analizzare i fenomeni giuridici e sociali in base alle rispettive complessità.

Così, per esempio, si discute attualmente in Brasile se l'inchiesta penale condotta dalla Polizia giudiziaria nel caso di una indagine contempili o no il diritto soggettivo dell'indagato di essere ascoltato obbligatoriamente.

Sul punto, in un recente dibattito, si è concluso che, sotto il paradigma brasiliano di stato di diritto democratico, l'indagato sia titolare, in ragione del principio democratico, del diritto soggettivo di essere ascoltato dalla polizia³⁹⁹.

È dato notare, infatti, che, anche in caso di accordo sull'esistenza del diritto soggettivo dell'indagato di essere ascoltato, gli autori discordavano in merito agli effetti prodotti sull'esercizio dell'indagine penale.

Inizialmente, vi era l'idea, da un lato, che l'autorità di polizia avrebbe sempre dovuto sentire l'imputato a pena di nullità della procedura, dovendo essere effettuate tutte le misure possibili a questo fine, regola che trovava, tuttavia, delle eccezioni in alcuni casi specifici, come quello del trasferimento in luogo sconosciuto⁴⁰⁰.

Dall'altro, però, ha prevalso il pensiero che gli effetti prodotti da questo diritto sotto la conduzione delle indagini di polizia non avevano una così grande estensione, in quanto avrebbero dovuto anche vincolarsi ai fini specifici delle indagini, che è il motivo per cui l'autorità di polizia deve sempre sentire il indagato qualora usasse il suo diritto soggettivo, potendo astenersi da tale responsabilità se l'indagato non ha manifestato o non fosse necessario alle indagini, per diverse ragioni⁴⁰¹.

³⁹⁹ La discussione è compiutamente ricostruita in ZANOTTI B.T. – SANTOS C.I., *Delegado de polícia em ação, Teoria e prática no Estado Democrático de Direito*, 3ª ed., Salvador, JusPodivm, 2015, pp. 36-43.

⁴⁰⁰ *IVI*, pp. 27-28.

⁴⁰¹ Sia consentito rinviare a DE SOUSA P.I., *Investigação criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório*, in *Temas avançados de polícia judiciária*, Bruno Taufner Zanotti – Cleopas Isafas Santos (a cura di), Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 60-66.

Dunque, in contrasto con la seconda riflessione, il sostenitore del primo punto ha adottato nuove argomentazioni in un momento successivo, accettando parzialmente l'impostazione opposta per limitare gli effetti che inizialmente sosteneva esistere, riflettendo, però, sugli aspetti positivi ad una indagine criminale più qualificata⁴⁰².

E, di fatto, osservando attentamente il caso riportato, è possibile rendersi conto che, indipendentemente dalla volontà dell'indagato, della vittima o dell'autorità investigativa, l'idea che tutte le fonti devono essere potenzialmente azionate a produrre la soluzione migliore possibile è qualcosa di estremamente evidente.

Chiaramente, allorché lo stesso indagato, per esempio, confessasse durante le indagini di aver commesso il fatto di reato oggetto del procedimento, è possibile ipotizzare che la verità non sia questa, o comunque non totalmente questa.

Anche in questo caso, sebbene la vittima manifesti intenzionalmente il non accadimento del crimine, l'ignoranza dell'autore del fatto, la sua colpa esclusiva nella consumazione del reato o la mancanza di volontà nella prosecuzione delle indagini, l'attività investigativa continuerà ad essere sviluppata in maniera legittima.

Allo stesso modo, anche se l'autorità inquirente ponderi sulla possibilità, o, addirittura, ottenga previamente una informazione che l'indagato utilizzerà, o potrà utilizzare, il suo diritto di rimanere in silenzio, l'attenzione per il suo contributo positivo alla soluzione dell'indagine penale della soluzione dovrà avvenire sempre a norma di legge.

La questione, quindi, è che il principio democratico prevale su qualsiasi volontà individuale coinvolta nella pubblica attività, superando, di regola, le facoltà dei diritti soggettivi dati ai privati e le discrezionalità riconosciute alle autorità, al fine di esigere un maggiore impegno nell'esercizio delle funzioni pubbliche.

Per tutto quanto finora detto, allora, si comprende che il dovere che viene imposto ai funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni pubbliche possiede una dimensione normativa più grande e più complessa di quella che è il risultato delle relazioni idealizzate nei processi di affermazione dei diritti.

A questo punto, l'idea di equilibrio tra diritti e doveri abbandona il suo proposito originario di priorità dei diritti per riconoscere un ruolo di estrema rilevanza

⁴⁰² ZANOTTI B.T. – SANTOS C.I., *ult. op. cit.*, pp. 40-45.

ai doveri, che si distinguono anche dalla classica teoria dei diritti soggettivi, in modo da imporsi al di là dell'esistenza o meno dei diritti.

Il riflesso del principio democratico per l'attività giudiziaria è chiaro ed evidente, perché, in realtà, non si distacca essenzialmente dal caso dell'attività investigativa criminale, imponendo le sue stesse osservazioni e responsabilità.

Così, il *costituzionalismo libero e responsabile* richiede ai funzionari pubblici un impegno nei confronti del principio democratico nello svolgimento delle loro funzioni pubbliche.

L'aumento del processo democratico spinge, a sua volta, il *costituzionalismo* ad una dimensione procedurale-sistemica, in quanto impone all'intero sistema di agenti pubblici un impegno procedimentale che si instaura per la qualificazione delle attività pubbliche.

Il legame con il principio democratico deve essere la regola in un sistema giudiziario che voglia essere costituzionalmente legittimo, offrendo l'emanazione di atti e decisioni maggiormente qualificati.

Pertanto, al giudice non deve essere fornita l'obbedienza o meno all'ordinamento giuridico vigente, come in una sorta di esercizio del potere decisorio discrezionale, non essendo preposto ad adottare posizioni soggettive in materia di diritto.

Allo stesso modo, l'attività giudiziaria non dovrebbe mai trascurare intenzionalmente le argomentazioni delle parti, avendo la responsabilità di esprimersi, seppur brevemente, su ognuna di esse.

Il giudice ha ancora il dovere, nell'esercizio della sua attività interpretativa, di salvaguardare la coerenza argomentativa delle proprie decisioni e non tradire le sue manifestazioni decisorie da mere volontà non direttamente collegate al Diritto, nè da ragioni, normalmente, personali, private e oscure.

Le sue attività interpretative non si limitano solo alle deliberazioni democratiche esistenti, ma si estendono a salvaguardare la corretta connessione tra Diritto e Costituzione, senza dimenticare, però, il loro impegno con la democrazia.

L'esercizio della giurisdizione costituzionale è potenziato attraverso l'uso di norme del tipo principio, ma questo non rappresenta una specie di autorizzazione all'elaborazione di un'interpretazione giuridica basata su argomenti puramente morali.

Nell'ambito del *costituzionalismo libero e responsabile*, si è visto che il classico sistema democratico si apre ad una nuova formazione democratica, che, da un lato,

finisce per impattare con l'adozione di nuovi procedimenti giudiziari, come quello della stessa realizzazione in Brasile di udienze pubbliche e di accettazione della figura dell'*amicus curiae*, ma che, d'altra parte, non dà al giudice un potere di decidere liberamente su qualsiasi argomento e in qualsiasi forma solo perché c'era, in teoria, un incremento democratico all'interno del procedimento giudiziale.

Pertanto, la proposta per l'evoluzione del *costituzionalismo contemporaneo* diventa, allo stesso, costituzionalismo "libero" dall'essere elaborato e concretizzato oltre le catene di deliberazioni democratiche preesistenti, ma anche "responsabile" con tutte queste.

Ogni esercizio di attività giudiziaria che disprezza in maniera infondata il processo democratico dovrebbe essere considerata tanto incostituzionale quanto quelle attività politiche che rifiutano i limiti formali e sostanziali imposti dalla Costituzione.

Viene presa come questione chiave, in ultimo, per il corretto esercizio della democrazia e del processo decisorio, la promozione di condizioni minime che garantiscano agli individui di partecipare coscientemente e liberamente al processo di deliberazione democratica, motivo che autorizzerebbe l'esercizio dell'attività interpretativa giudiziaria più indipendente delle decisioni rese in mancanza di tali condizioni minime, anche come un modo per promuoverle e/o garantirle.

In ultima analisi, sono queste le principali basi ideologiche che coinvolgono il concetto di *costituzionalismo libero e responsabile* che influenzano lo sviluppo di alcuni importanti basi teoriche, come si vedrà in seguito.

3.2.2 Ripercussioni teoriche finali

Dopo lo sviluppo fin qui di tutta la ricerca, si può dire che la costruzione dei principali fondamenti ideologici del *costituzionalismo libero e responsabile* si riflette direttamente ed essenzialmente sull'elaborazione dei suoi principali fondamenti teorici.

Il collegamento tra queste dimensioni che compongono il movimento del *costituzionalismo* fin dalla nascita è evidente, non avendo senso teorizzare qualcosa di diverso dalle loro basi ideologiche.

Pur non essendo obiettivo di questo lavoro sviluppare una teoria specifica per il *costituzionalismo libero e responsabile*, ciò che potrà e dovrà essere fatto in un secondo momento, è necessario fissare nero su bianco alcuni punti che sembrano essere importanti⁴⁰³.

Quando sono state presentate le caratteristiche del *costituzionalismo*, si è sottolineata la dimensione normativa delle Costituzioni, la comune previsione formale di Costituzioni scritte, la dimensione materiale che importa la separazione dei poteri, la garanzia di diritti e il controllo giurisdizionale di costituzionalità e l'aspetto teorico-politico di affermazione delle sfere di autonomia degli esseri umani.

A differenza della costruzione dei principali fondamenti ideologici del *costituzionalismo libero e responsabile*, in cui la democrazia si è mostrata come una nuova caratteristica ideologica, l'analisi dei fondamenti teorici non producono lo stesso effetto.

Ma questo non rende la riflessione meno importante, poiché nell'idea su cui si è lavorato fino a questo punto, gli effetti teorici originariamente prodotti dalla nuova proposta di *costituzionalismo* sono molto rilevanti e si connotano in due dimensioni importanti.

La prima riguarda la dovuta ed essenziale considerazione dei diritti alla solidarietà come parte essenziale della costruzione di qualsiasi teoria che desideri avere una visione e un contributo più integrale sul *costituzionalismo contemporaneo*.

La seconda, a sua volta, afferma la questione fondamentale che è stata trattata in questo studio, che è quella dell'equilibrio tra diritti e doveri, che consente la formazione di una teoria che, di fatto, prende sul serio la completezza delle relazioni sociali, politiche e giuridiche esistenti.

3.2.2.1 Diritti alla solidarietà

A questo punto, si lavora sull'idea che la garanzia dei diritti prevista, di fatto, come fondamento ideologico e teorico del *costituzionalismo*, deve essere compiuta considerando questa importante dimensione dei diritti umani.

⁴⁰³ L'approccio di questi punti non ha la pretesa, a questo punto, di esaurire la discussione dei problemi, ma solo di gettare luce verso lo sviluppo di nuove riflessioni che impattano anche sulle teorie esistenti.

È alquanto comune trovare teorie sviluppate sulla base dei diritti di libertà e uguaglianza, riscontrando, al contrario, pochi contributi che, di fatto, tengono conto dei diritti alla solidarietà.

Questo disinteresse teorico finisce per limitare l'analisi del rapporto tra gli esseri umani, guardando al processo di affermazione di diritti solo in base alle dimensioni di conquista e non di altruismo a favore di altri interessi, direttamente o indirettamente, interessano loro.

I diritti alla solidarietà devono sempre trovarsi all'apice del *costituzionalismo contemporaneo* al fine di evitare l'esaurimento delle risorse umane e naturali e, di conseguenza, i diritti a venire affermati e, infine, la stessa sopravvivenza della specie umana.

Uno sguardo impegnato alla sopravvivenza umana impone che il sistema teorico sviluppi meccanismi che permettano di controllare la “società del rischio” verso la nascita della “società del futuro”.

Questa società non è necessariamente composta da altri individui, ma può essere concepita nella stessa conservazione futura della società odierna che, consciamente o inconsciamente, tende ad eliminare se stessa con comportamenti irresponsabili: nuovi diritti, nuovi atteggiamenti, nuovi comportamenti e nuovi impegni che comportano una visione del mondo non limitata solo ad una dimensione di interesse personale, ancorché essenziale.

Un'idea di solidarietà che produce, d'altro canto, impatti anche nella concezione stessa degli ideali e dei diritti di libertà e di uguaglianza, in modo da promuovere un impegno individuale con gli altri individui.

Una dimensione di affermazione dei diritti di reclamo che provocano la creazione compiti per lo Stato di proteggere gli individui dagli abusi dei diritti commessi dagli individui stessi.

Ogni teoria del *costituzionalismo* che voglia, quindi, essere presa sul serio necessita di costruire sfere di confini e vincoli tra gli stessi privati, al fine di considerare questa dimensione vitale per il processo di affermazione dei diritti umani.

I diritti alla solidarietà, normalmente, richiedono prestazioni positive da parte dello Stato, tanto nell'ambito legislativo quanto nell'esecutivo o giudiziario, nel senso di essere affermati e garantiti in maniera astratta e/o concreta.

Per altro verso, si domandano, ordinariamente, benefici sia positivi che negativi degli individui a favore di altri individui in ragione della loro natura più complessa.

Così, solo per riflettere sulla portata del diritto ad un ambiente sano ed equilibrato, la solidarietà si è imposta sullo Stato affinché prescriva, attraverso leggi e regolamenti, i comportamenti solidarmente dovuti, che dovranno essere correttamente vigilati.

In relazione agli individui, questi comportamenti si riflettono sia in azioni positive, come l'obbligo di recuperare le aree degradate, sia in prestazione negative, come ad esempio l'uso non predatorio delle risorse naturali.

Senza dubbio, la riflessione dei diritti alla solidarietà porta ad un incremento della dimensione qualitativa a qualsiasi sistema teorico che si identifichi come democratico e giusto.

La solidarietà non può più continuare ad essere intesa nel contesto della teoria del *costituzionalismo* solo come una sorta di virtù religiosa o di impegno meramente morale.

Deve essere data ancora maggiore sostanza agli aspetti che coinvolgono il suo concetto e più forma per i meccanismi che intendono salvaguardarne l'applicabilità giuridica.

3.2.2.2 Diritti e doveri

Lo sviluppo di un equilibrio possibile tra i diritti e doveri è un altro aspetto fondamentale per la costruzione di una teoria che vuole evolvere attraverso una dimensione più complessa e reale dei fenomeni sociali, politici e giuridici.

Questo punto di analisi deve essere considerato alla stregua della forza normativa del testo costituzionale, che si proietta tanto nella direzione dello Stato, e di altre organizzazioni sociali, quanto verso gli individui.

Diritti che devono essere sfruttati ed effettivamente garantiti dalle organizzazioni politiche e giuridiche, da cui si esige l'adempimento dei diversi doveri.

Doveri che devono essere considerati e osservati correttamente da parte di tutti, consentendo, alla fine, il miglior sviluppo da un lato, del processo stesso di affermazione dei diritti e, dall'altro, della democrazia, componente ideologica fondamentale del *costituzionalismo contemporaneo*.

Resta inteso che il rapporto tra diritti e doveri impatta positivamente nel processo di affermazione dei diritti che, in un primo luogo, conta su una migliore definizione del diritto da definire innanzi ad ogni tipo di situazione in concreto.

In questa dimensione, il rapporto tra diritti e doveri dovrebbe essere scevro dalla tradizionale concezione teorica di binomio ontologico di causa-effetto, che guarda alla tutela dei diritti come effetto dell'adempimento dei doveri, o viceversa, entrambi pensati in maniera astratta e assoluta.

La connessione tra diritti e doveri, allora, andrebbe sviluppata attraverso una visione tridimensionale del fenomeno, che non considera la previa definizione assoluta né dei diritti né dei doveri, che devono, tuttavia, essere debitamente considerati in una dimensione più aperta al Diritto che si stabilisce per mezzo di regole e principi.

Ma, d'altra parte, si comprende pure che la relazione tra diritti e doveri impatta positivamente nel processo di affermazione di diritti in quanto rafforza i suoi meccanismi di sicurezza.

Le garanzie sono quindi rafforzate, in primo piano, nella misura in cui è inconcepibile che i doveri possono essere trattati sia nella dimensione interna quanto nella dimensione esterna degli Stati, qualificando la tutela dei diritti attraverso ordinamenti giuridici che devono relazionarsi attraverso un sistema di complementarità.

Un sistema complementare che si traduce nella costruzione di un costituzionalismo transnazionale, che non sovrappone assolutamente un ordine giuridico internazionale su un altro, ma che è stabilito attraverso norme che, alla fine, meglio tutelano i diritti umani.

Ma le garanzie sono rafforzate anche dal pensiero che questa connessione tra diritti e doveri dovrebbe imporre ai funzionari pubblici responsabilità più coerenti nell'esercizio delle loro funzioni, derivanti dalla concezione stessa del sistema democratico concepito nella corrente versione del costituzionalismo contemporaneo.

Un altro importante impatto teorico che merita di essere sottolineato è che il fine di progettare un sistema teorico basato sul possibile equilibrio tra diritti e doveri ha un rapporto diretto e profondo con l'affermazione di autonomia delle sfere di esseri umani.

Partendo dall'idea che gli individui sono costituiti in essenza di diritti e doveri, è naturale e giusto lo sviluppo di un sistema di equilibrio tra libertà e responsabilità.

Libertà per promuovere lo sviluppo delle caratteristiche particolari di ciascun individuo, impedendo l'assorbimento completo dell'essere umano da qualsiasi tipo di gruppo sociale al quale sia in qualche modo collegato.

Responsabilità in vista dello sviluppo dell'autonomia individuale, con particolare considerazione della partecipazione del singolo in questo processo, che dovrebbe essere, in primo luogo, gestito e amministrato da parte dell'interessato per essere poi condiviso e integrato da altri individui e organizzazioni sociali e politiche.

Dopo queste brevi considerazioni finali, aggiungiamo un importante punto finale.

Paolo Grossi ha scritto che il momento che stiamo vivendo è un momento difficile, in cui si demolisce per riedificare, riconoscendo che questa è anche un'occasione per ricercare presagi per il futuro⁴⁰⁴.

La storia umana è piena di esempi che dimostrano che la dichiarazione di questo Autore ha ben ragione di essere.

In un certo senso, può sembrare una sciocchezza enorme e pericolosa dire che la migliore e la massima protezione dei diritti viene stabilita attraverso una migliore e una maggiore considerazione dei doveri.

Il punto è, però, che la mancata considerazione della portata dei doveri e delle responsabilità ha anche prodotto effetti dannosi, che tutti i giorni hanno posto le persone e le società in una situazione critica, di rischio.

È necessario, allora, scommettere e lottare per costruire un futuro migliore e più giusto. Bisogna credere nell'uomo e affidarsi alla sua attitudine di sviluppare le proprie capacità. Di regola, nessuno è meglio di se stesso per dire ciò che gli è più adatto.

Un futuro migliore non sarà costruito solo in considerazione dei diritti individuali. Neppure sarà sviluppato solo attraverso l'imposizione di doveri e responsabilità.

Un futuro migliore ha bisogno di essere pensato e programmato attraverso l'impegno di tutti verso la costruzione della società che siamo e vogliamo essere, in modo da prendere in considerazione anche le dimensioni dei diritti e dei doveri, stabilendo il miglior equilibrio possibile di questo rapporto.

⁴⁰⁴ «Quando si demolisce per riedificare ... è necessariamente un tempo difficile. Si deve però aggiungere: necessariamente anche fertile, nel quale siamo chiamati a ricercare i non pochi presagi di futuro e i non pochi germi allignanti intorno a noi» Testualmente, GROSSI P., *cit.*, 2012, p. 40.

CONCLUSIONI

“C'è un momento in cui si devono abbandonare i vestiti usati, che han già la forma del nostro corpo, e dimenticare le nostre vie, che ci portano sempre sugli stessi luoghi. È il tempo della traversata: e, se non osiamo compierla, saremo sempre relegati ai margini di noi stessi”.

(Fernando Teixeira de Andrade)

Terminare un lavoro, di regola, non è compito dei più facili nella vita di una persona. Tipicamente, tutta l'energia iniziale dei movimenti umani va diminuendosi in misura in cui le attività vengono, di volta in volta, eseguite. E alla fine, ciò che rimane è spesso l'assoluto desiderio umano di liberarsi da una specie di vincolo precedentemente stabilito.

Specialmente quando c'è una volontà di proporsi un percorso verso una direzione diversa, sviluppato attraverso nuove intuizioni e comprensioni, resta inteso che l'incrocio tra l'inizio e la fine, o tra il nuovo e il vecchio, può finire per produrre una tensione esistenziale che, spesso, limita l'essere in sè, generando un processo di infiniti dubbi e percorsi improbabili, per poi imprigionare l'essere e il pensiero in una dimensione paralizzante la conoscenza. Ma, anche così, è necessario proseguire cercando nuove finestre e nuovi orizzonti per la vita. È necessario attraversare!

La chiusura di questa tesi avrebbe potuto essere un altro caso, come tanti, in cui la conclusione di una ricerca si verificherebbe per un mero motivo di completare un'ulteriore tappa scientifica, di realizzare una sorta di rito di passaggio o di liberarsi di un impegno precedentemente assunto.

Invero, nonostante tutte le difficoltà incontrate in questo scambio di esperienze tra le culture, e pur non dimenticando a considerare che questo lavoro sia stato un'altra fase di completamento del corso di dottorato di ricerca della Scuola Dottorale Internazionale Tullio Ascarelli - Roma Tre, le speciali motivazioni per la continua ricerca della conoscenza e della realizzazione, per quanto modesta, del progresso scientifico sono quelle che guidano e dominano le pagine finali di questo studio.

Oltre a queste motivazioni, sentimenti di gratitudine a tutti, di soddisfazione per la realizzazione di qualcosa di produttivo e di gioia per le esperienze vissute finiscono per trasformare l'intero processo in un carburante potente per la continuità nella conduzione delle attività scientifiche, che sicuramente avranno, a partire da questo passaggio, una dimensione ancora più speciale.

Lo sviluppo di questo studio è stato progettato per consentire l'analisi delle complessità che coinvolgono il concetto di "età dei diritti", ed in particolare la sua crisi, all'interno di un rapporto diretto, considerato molto vantaggioso, per il *costituzionalismo*, in particolare per il "*costituzionalismo contemporaneo*".

Le provocazioni iniziali derivano dagli insegnamenti di N. Bobbio, politico e giurista italiano che ha segnato generazioni di persone in tutto il mondo con le sue idee politiche liberali, e che hanno finito per incidere profondamente anche su tutte le sue opere e vita giuridica, in particolar modo sullo sviluppo del noto testo "l'età dei diritti".

L'idea iniziale fu quella la cui base strutturale dell'"età dei diritti" costituiva parte essenziale dei fondamenti dello stesso *costituzionalismo*, e in particolare "l'età dei diritti" così come sostenuta da Bobbio si collegava più direttamente e profondamente con gli ideali del *costituzionalismo contemporaneo*.

Chiaramente, con questa affermazione non si intendeva, in nessun momento, affermare che "l'età dei diritti" rappresentasse solo una parte di un fenomeno più ampio, quella, cioè, del *costituzionalismo*, diminuendo così la sua stessa importanza ad un livello inferiore di dipendenza relazionale.

In realtà, si comprende che entrambi i movimenti avevano alcune caratteristiche molto simili e persino in comune, ma, allo stesso tempo, altre un po' più distanti e peculiari, che gli diedero vite proprie, al fine di preservare l'autonomia scientifica reciproca.

Così, con l'idea che lo studio della "età dei diritti" potrebbe diventare più ricco, più profondo e interessante partendo dalla relazione con l'esame dello stesso *costituzionalismo*, dal momento che questo sarebbe un movimento di grande portata storica, sociale, politico e giuridico, fu lanciata la grande sfida di analizzare il fenomeno della "età dei diritti" all'interno del contesto e dei fondamenti del movimento *costituzionalismo*

Il primo capitolo ha consistito in una ricerca dell'essenza e della storia stessa del *costituzionalismo*, ove si vide subito che, anche se molto ben conosciuto e citato, il *costituzionalismo* veniva trattato dai giuristi in maniera non molto scientificamente rigorosa, nella condivisione errata di alcuni preconcetti.

In un certo senso, la definizione del *costituzionalismo* veniva data dagli studiosi senza necessariamente avere una sentita preoccupazione di analizzarne i presupposti, i significati e/o le caratteristiche.

Analogamente, vi era molta confusione scientifica, spesso molto in ragione della mancanza di un esame più dettagliato delle varie fasi storiche di questo movimento, inducendo a parlare, per esempio, di una specie di *costituzionalismo* quando si voleva riferire, in realtà, ad altro o all'interno dello stesso genere.

La situazione risultava peggiore quando non esisteva un vero e proprio studio e conoscenza della reale entità del *costituzionalismo*, prendendo ogni definizione o caratteristica come assoluta e generale, quando in realtà era relativa e specifica.

Per tali ragioni, si concluse che era necessario riconsiderare, senza necessariamente addentrarsi nell'analisi delle esperienze di ogni tradizione politica e giuridica mondiale, l'esistenza di vari "costituzionalismi" all'interno della matrice comune e di guida del *costituzionalismo*.

Il passo successivo è stato quello di capire che, nonostante si dessero alcuni significati e concetti condivisi dagli studiosi, era stato necessario sviluppare e proporre un concetto di *costituzionalismo* che consentisse l'identificazione delle sue caratteristiche principali.

In questo senso, considerando e basandosi sulle diverse definizioni diffuse dai giuristi più rinomati, si è giunti alla conclusione che il *costituzionalismo* è un fenomeno vasto che si costituisce e si realizza in teoria, in ideologia, in tecnica, in un insieme di valori, in un sistema giuridico, in un insieme di concessioni politiche, di principi e molto altro.

Sul piano ideologico, dunque, si è compreso che il *costituzionalismo* è un movimento che è fondamentalmente legato agli ideali della limitazione del potere, al fine di impedire l'esercizio arbitrario della forza e consentire la costruzione di meccanismi di garanzia di partecipazione delle persone nella preparazione della volontà pubblica.

Sul piano teorico, si è arrivati a concludere che il *costituzionalismo* versa su una specifica teoria di limitazione del potere teoria con finalità garantiste, trattandosi di tecnica normativa della politica, che fa uso di documenti aventi struttura costituzionale per armonizzare l'unità politica determinata dalla teoria della sovranità a favore delle finalità pubbliche ultime dello Stato, legate alle sfere di autonomia e manutenzione della sua unità.

Infine, sul piano metodologico, si è detto che il *costituzionalismo* si manifesta anche come metodologia, ben potendo presentarsi con relazioni formali e sostanziali

in ogni momento storico-politico nel perseguimento di finalità giuridico-politiche concrete.

Tra le caratteristiche principali, si è concluso che il *costituzionalismo* (a) consiste in una limitazione ideologica del pensiero di arbitrio, tirannia e potere, pubblico o privato, di uno, di pochi o di molti, che sia nazionale o sovranazionale; (b) è un potenziamento o un adeguamento delle idee filosofiche dell'età antica, che ritiene che il migliore sarebbe un governo delle leggi che un governo di uomini; (c) è costituito da ideali chiaramente legati all'Illuminismo e ai pensieri liberali che hanno guidato la consacrazione di un principio di dignità umana come colonna portante dell'architettura costituzionale costituita a partire d'allora nel mondo; (d) è un fenomeno tipico dell'epoca moderna, mantenendosi in stretto rapporto con la formazione dello Stato moderno, come detto prima, che accompagna la storia dell'umanità fino ai giorni nostri; (e) si caratterizza per la costruzione di una nuova teoria politico-giuridica di controllo del potere in una dimensione costituzional-normativa del diritto, fissando un nuovo paradigma prescrittivo delle carte costituzionali, che in conseguenza sono considerate supreme; (f) viene stabilito *formalmente*, sul piano teorico, con il concetto preferenziale di necessaria esistenza di costituzioni scritte, che verranno poi considerate come nuova fonte di legittimità politica e giuridica di ogni ordine statale specifico, in quanto frutto del potere costituente; (g), sempre sul piano teorico, si costituisce *materialmente* soprattutto dalle idee di separazione essenziale dei poteri, dalla necessaria garanzia dei diritti e dell'impegnativo controllo di costituzionalità; (h) sotto l'aspetto teorico-politico, si forma in un movimento di affermazione degli ambiti di autonomia degli esseri umani, in particolare quelli connessi alla partecipazione degli individui nella formazione della volontà pubblica, che avrà parecchie ripercussioni nel percorso storico, come le realtà costituzionali vissute; (i) si caratterizza come un movimento di "tecnica giuridica di libertà", strutturando, nella pratica, forme di affermazione di ogni ideologia e ogni teoria di cui è composto; e, infine, (j) può adottare diversi quadri metodologici per la costruzione, definizione, interpretazione e applicazione del diritto, non esistendo una corrente metodo-filosofica che possa definirlo sul piano complessivo.

Pertanto, adottando le argomentazioni di alcuni studiosi, si è concluso che il *costituzionalismo* non poteva essere confuso con il movimento anteriore alla sua nascita, generalmente chiamato "pre-costituzionalismo", poiché richiedeva che le loro

differenze venissero evidenziate attraverso uno studio storico ulteriormente approfondito.

Il "pre-costituzionalismo" venne dunque presentato come genere composto dalle specie antica e medievale, che si è sviluppò con caratteristiche proprie in ogni fase, che da sempre si mostrò ideologicamente allineato con il *costituzionalismo* nel senso di limitare l'arbitrio e la tirannia del potere senza controllo.

Anche la fase del "pre-costituzionalismo greco" ebbe come punto nevralgico il concetto della *politeia* e, da qui, dell'importanza per la creazione della *eunomia*, inteso come una sorta di qualità per stabilire l'equilibrio politico della società greca, per evitare l'emergere della *stásis*, che rappresenterebbe un indesiderabile processo estremo e rivoluzionario di disgregazione e rottura tra gli individui.

L'esame della esperienza romana, a sua volta, ha permesso di concludere che il "pre-costituzionalismo romano" venne vissuto nella repubblica romana, colto, in particolare, nelle riflessioni di Cicerone, che hanno costruito un sistema di controllo politico di limite ai poteri, conciliando la "disciplina sociale" e la "disciplina del potere". La *constitutio*, o la costituzione romana, era la rappresentazione ideologica dei pensieri di equilibrio sociali necessari e si basava, principalmente, sulla *aequabilitas*, rafforzando l'impegno etico e morale dei cittadini romani nella costruzione di una società più giusta e pacifica.

Per quanto riguarda il "pre-costituzionalismo medievale", si è concluso che esso si costituì grazie a caratteristiche particolari che gli hanno permesso di essere identificato come una fase autonoma nella storia, in cui, nonostante l'uso di alcune idee prese dal "pre-costituzionalismo antico" e l'influenza su alcuni pensieri del *costituzionalismo*, non si verificò un reale processo di continuità evolutiva.

Le caratteristiche principali di "pre-costituzionalismo medievale" erano (a) che ha avuto, in modo universale o particolare, una *limitazione intrinseca dei pubblici poteri*, che non era sviluppata per mezzo di norme positive generali e scritte, ma attraverso restrizioni impostegli da fatti concreti, che venivano istituiti nelle forme più diverse, di solito a causa dei costumi creati di anni in anni; (b) l'esistenza di un *ordine giuridico dato*, e non di un ordine giuridico idealizzato come nel caso degli antichi, che si strutturava mediante vari collegamenti e accordi particolari che permettevano la realizzazione di spazi legittimi di composizione delle forze e di impedimento di frammentazioni; (c) che è stato sviluppato sulla base della *supremazia della comunità politica*, che rappresentava la supremazia di tutto il corpo politico su ogni parte, ma,

per altro verso, anche la stessa supremazia del re, che in funzione dell'unione politica rappresentava questo corpo per intero, non potendo soltanto rivoltarsi contro tutto questo; e (d) l'esistenza della stessa *costituzione mista*, che aveva lo scopo di limitare in concreto i pubblici poteri, conservando un carattere plurale e compositivo delle relazioni sociali, che negava una soluzione divina predeterminata o tirannicamente imposta da qualche tipo di legge fondamentale, stabilendo la nozione di *potestas temperata*.

Nei primi anni di ricerca sulla nascita del *costituzionalismo*, si è riscontrato che si verificò con la nascita dello Stato moderno europeo, una volta che fu proprio in questo periodo che emersero, in generale, le caratteristiche teoriche fondamentali della dimensione costituzional-normativo del diritto, dell'esistenza di costituzioni scritte, dell'esistenza della garanzia dei diritti, della separazione dei poteri e di controllo di costituzionalità, e della presenza di un movimento di affermazione delle sfere di autonomia degli esseri umani, relazionati alla partecipazione degli individui nella formazione della volontà pubblica.

Si comprese, in seguito, che non era necessario che queste caratteristiche fossero tutte presenti in un dato momento storico e che l'elemento, di fatto essenziale, per definire il tratto originale del *costituzionalismo* sarebbe stato di trovare, in un certo periodo storico, lo sviluppo di un sistema politico-giuridico basato sulla nozione di controllo concreto della politica da parte del diritto attraverso documenti aventi dimensione sostanzialmente costituzionale (costituzione scritta, leggi fondamentali, *et similia*), che avrebbero garantito una portata minima di autonomia degli individui, attraverso la tutela dei diritti, preferibilmente realizzata attraverso la separazione delle funzioni pubbliche.

In questo modo, si è formata la convinzione che il *costituzionalismo* è un movimento di pensiero che, nonostante si mantenga in relazione diretta con l'esistenza formale di una costituzione, non si limita strettamente alla sua forma, ricomprendendo piuttosto essenzialmente una dimensione più ampia e profonda che si basa in concetti più sostanziali che formali.

In conseguenza di quanto detto, si è percepito come, di fatto, il *costituzionalismo* rappresenti un grande progetto politico-sociale di costruzione di significati e spazi di vita pubblica e privata, operante sul piano collettivo e/o individuale, che è stato, è e sarà sempre sviluppato costantemente nella storia, risultando impossibile dire quando sarà completato e pienamente sviluppato.

Si è compreso, altresì, che il suo grande impegno è, in realtà, quello di cercare di concretizzare gli ideali fondamentali e vitali dell'umanità, una specie di consenso di vita sociale e individuale, che si oppone alla forza e alla tirannia per tentare di vivere la migliore vita che possa essere vissuta in ogni tempo e luogo della storia, anche ove non ci fosse unanimità di consensi su quale sia, di fatto, la migliore.

Si è sostenuto, sulla base dei pensieri di M. Fioravanti, che il *costituzionalismo* segue un percorso fondamentale che possiede, in realtà, due significati molto presenti, che lui chiama “movimenti”, cioè quello della *resistenza* e della *partecipazione*, che connoterebbero tutto il suo sviluppo.

Così, il *costituzionalismo* si sviluppò per la difesa di spazi di autonomia e per la costruzione di unità politiche, in un rapporto di coesistenza che guarda alle dimensioni degli spazi liberi necessariamente all'interno di una unità politica fondamentale che, d'altra parte, non può opprimere né assorbire questi stessi spazi aperti che la compongono.

L'analisi dell'evoluzione storica del *costituzionalismo* ha permesso la costruzione di una classificazione che propone due specie fondamentali: il “*costituzionalismo moderno*” e il “*costituzionalismo contemporaneo*”.

La “costituzionalismo delle origini” è stato principalmente caratterizzato dall'idea di “costituzione mista” formata da accordi, alleanze, tradizioni e leggi di ciascuna comunità politica, e dall'idea di governo misto, avendo dato luogo a un importante filone di pensiero politico-giuridico moderno che ha inciso sull'intero concetto di *costituzionalismo*, cioè l'idea di concedere e/o riconoscere alla Costituzione (o alle specie giuridiche affini) di un valore giuridico-normativo che ne consentiva il rispetto al di là della sfera politica, fornendo la comunità politica e civile di un maggiore equilibrio e stabilità, non più soggetto solamente agli accordi di volontà momentanei, ma anche alle determinazioni contenute nei suoi documenti storicamente fondanti.

Il *costituzionalismo* si rivelò, pertanto, fortemente influenzato dall'ideale della forma di governo moderato o temperato e dalla nozione di costituzione mista, e si occupava essenzialmente dell'affermazione e della difesa degli accordi stabiliti (diritti e libertà), che è il suo contenuto principale, in modo da mantenere l'equilibrio e la pace sociale.

Tali riflessioni hanno portato a sostenere che il superamento del “costituzionalismo di origini” ha cominciato a verificarsi con lo sviluppo del pensiero

politico di "sovranità", che ha finito per determinare l'abbandono della classica funzione della costituzione di difesa e di ripristino dell'equilibrio sociale e politica di una data società .

La fase seguente del “costituzionalismo delle rivoluzioni” è stato caratterizzato da una apertura alla partecipazione di una nuova componente, che non sempre ha goduto di buoni rapporti con il *costituzionalismo*: la democrazia. L'evoluzione del pensiero politico di questo periodo, infatti, soprattutto nella realtà nordamericana, è servita a dimostrare che, contrariamente all’inizio della modernità in cui “costituzionalismo” e “democrazia” non avevano rapporti pacifici, la costruzione di una forte relazione tra “costituzionalismo” e “democrazia” fu quanto mai fondamentale per lo sviluppo degli ideali essenziali di entrambi perché, detto con le parole di M. Fioravanti, «il *costituzionalismo senza democrazia* produceva assolutismo parlamentare» e «la *democrazia senza costituzionalismo* non era più possibile», dal momento che riusciva a imporre limiti ai poteri.

È stato, poi, individuato che il “costituzionalismo delle rivoluzioni” ha avuto un cammino di matrice hobbesiana, basata sull'idea di “volontà generale”, di “stato di natura” e di uguaglianza estrema, astratta e generica che, con Rousseau, ha impiantato un sistema democratico basato sulla sovranità popolare, vissuta soprattutto dall'esperienza francese.

Per altro verso, si è visto come il “costituzionalismo delle rivoluzioni” si sia sviluppato anche in un'altra dimensione, sulla base di Locke, che, anche facendo propri gli insegnamenti di Hobbes, propugnò lo sviluppo del principio di uguaglianza in modo più moderato, riconoscendo la preesistenza di diritti individuali per mitigare qualsiasi tipo di dispotismo politico che volesse minare questi diritti, pur proveniente da un processo politico democratico. Questo è stato il percorso dell'esperienza nordamericana.

In questa cornice, il “costituzionalismo delle rivoluzioni” segnò un passaggio molto importante per il grande rafforzamento del *costituzionalismo* come *teoria*, poiché definì e rafforzò le sue caratteristiche principali riconoscendo, in particolare, l'importanza delle costituzioni scritte, che sono ora basate sulla tutela dei diritti e sulla separazione dei poteri, come ben delineato all'art. 16 della Dichiarazione del 1789.

In relazione al “costituzionalismo liberale” del secolo XIX, si è concluso che rappresentò un modo nuovo, non allineato né con il “costituzionalismo delle origini” né con il “costituzionalismo delle rivoluzioni”, cercando di conciliarsi con la

democrazia attraverso il riconoscimento della sua importanza, nonché la necessità di limitarla, costituendo un governo di prudenza ed equilibrio, in particolare per quanto concerne i rapporti con le altre monarchie esistenti.

Esso si sviluppò in modo molto peculiare nell'esperienza inglese, francese e in quella nordamericana, fermo restando, tuttavia, che con l'emergere del concetto della nazione Costituzione di Stato nazionale, soprattutto nella realtà tedesca, ha iniziato a funzionare, solamente nella dimensione della forma di governo, per la costruzione del soggetto sovrano, che per esso era costituzionalizzato, pur con alcuni limiti, ma che non possedeva forza esterna sufficiente ad imporsi in modo efficiente.

Si è concluso, pertanto, che i diritti da garantire, come modo di limitare l'esercizio irragionevole e tiranno del potere, sono venuti a dipendere quasi esclusivamente dalla razionalità e dal buon senso dei poteri politici disciplinati formalmente dalla Costituzione stessa, che non deteneva più quasi nessuna forza sostanzialmente normativa per contrastare le leggi, espressioni massime della volontà dello Stato tedesco, dell'Assemblea francese e del Parlamento inglese.

Il passo successivo è stato tragico per la storia dell'umanità, con la nascita e la proliferazione degli ideali autoritari che finirono per raggiungere spazi politici necessari per radicalizzare i regimi totalitari della storia umana, che purtroppo finirono per utilizzare alcuni dei fondamenti del *costituzionalismo* a proprio vantaggio, seppure sostanzialmente contrari ai loro reali propositi.

Il secondo capitolo, a sua volta, ha avuto come obiettivo principale l'analisi del "costituzionalismo contemporaneo" e della sua crisi, o delle sue crisi, che ha valutato quattro punti importanti: la nascita delle costituzioni democratiche, l'affermazione dell'età dei diritti, il paradigma dello Stato costituzionale di diritto e, infine, la crisi di "costituzionalismo contemporaneo".

A causa delle negatività totalitarie che lo hanno preceduto e la caduta del prestigio del positivismo, si è compreso che il "costituzionalismo contemporaneo" avrebbe dovuto, pertanto, basarsi su un nuovo modo di pensare e di agire politico in grado di ovviare, giuridicamente, alle carenze esistenti e individuate nel *costituzionalismo liberale*.

Inoltre, questo nuovo modello di *costituzionalismo* avrebbe dovuto essere in grado di confrontarsi con una nuova componente fondamentale del nuovo tempo, la democrazia, che era stata, nel corso della storia, una sorta di concorrente teorica

conflittuale, da molti considerata inconciliabile con l'essenza stessa di questo movimento costituzionale.

In proposito, è stato affermato che l'avvento delle costituzioni democratiche contemporanee rompe il silenzio comunicativo che si era instaurato tra il *costituzionalismo* e la democrazia in passato, nel tentativo, comunque, di mantenere un margine di sicurezza di azione che non permettesse il ritorno della democrazia estremista vissuta nel periodo giacobino della rivoluzione francese.

Tuttavia, affinché l'esperienza democratica si affermasse nel "costituzionalismo contemporaneo", è stato di fondamentale importanza non solo l'emergere di costituzioni democratiche scritte, ma anche le azioni intraprese dalle corti e dai Tribunali costituzionali, già esistenti o creati al momento, che ricevettero, in questo nuovo periodo, la missione di salvaguardare e dare attuazione alle disposizioni costituzionali, dando loro la definizione normativa più concreta di quella anteriormente loro riservata.

Queste azioni finirono per riscattare due importanti visioni della relazione dell'individuo con lo Stato e con il diritto, che segnarono profondamente il "costituzionalismo contemporaneo".

La prima era quella che il protagonismo dello Stato necessitava fare spazio al protagonismo dell'individuo, dando vita e affermando un pensiero che ha invertito la logica del rapporto Stato-individuo fino ad allora condivisa, al fine di stabilire un nuovo momento politico e giuridico che vedeva l'individuo come finalità maggiore dello stato, e non il contrario.

L'altro importante contributo che si diede in questo periodo fu quello di vedere l'individuo come essere reale, portatore di bisogni concreti e degno di diritti fondamentali che dovevano diventare, in estensione e densità, ancora più effettivi.

Le analisi seguenti dell'esperienza costituzionale contemporanea in Italia e in Brasile sono stati molto influenti per fissare alcuni punti di vicinanza e distanza tra i due universi particolari, permettendo di riaffermare l'importanza della Corte costituzionale italiana e il Tribunale Federale brasiliano in questo importante processo storico.

In conseguenza di quanto emerso, si è potuto affermare che la costruzione dei fondamenti del "costituzionalismo contemporaneo" si sviluppò all'interno di un disegno teorico e sistematico reso possibile solo grazie al superamento di un pensiero politico-ideologico che ha eretto nella modernità "l'età dei doveri", dando vita a quello

che è stato ben scientificamente identificato come "l'età dei diritti", che ha fornito non solo un cambiamento formale dei sistemi, ma anche una profonda trasformazione sostanziale dei pensieri.

Partendo dal fatto che "l'età dei diritti" ebbe molto successo nel suo processo di affermazione, tra cui l'evoluzione verso la fase di specializzazione, che si manifestò sul piano soggettivo e oggettivo, si concluse, tuttavia, che la sua realizzazione non si verificò, come ancora oggi non si verifica, in modo soddisfacente.

Promuovendo l'importanza dell'affermazione dell'"età dei diritti", anche con la difficoltà della sua piena realizzazione, si individuarono diversi motivi che complicano la sua attuazione, evidenziandone, in particolare, tre di questi: l'infinita creazione di nuovi diritti; la crisi dell'attività legislativa e la limitazione delle azioni da parte dell'esecutivo.

Ne deriva che l'età dei diritti non è che una concezione tipicamente individualistica che inverte la logica tra diritti e doveri, in cui l'individuo è posto in una posizione di superiorità in relazione allo stato, che si forma in ragione degli individui, e non il contrario, avendo come finalità la salvaguardia dei diritti umani fondamentali.

In questa inversione di logica, si dice, ciò che si richiedeva era che se si pensasse agli individui al primo posto nella scala dei diritti e poi nei doveri, mentre si pensava l'esatto contrario per lo Stato, vale a dire, prima i doveri e poi i diritti.

L'esame del crepuscolo del "età di doveri" ha permesso constatare che accadde particolarmente per una grande incredulità della società degli uomini nei sistemi morali finora vissuti come un modo efficace per condurre l'organizzazione delle società contemporanee e, soprattutto, per la risoluzione dei loro conflitti.

In proposito, venne anche riconosciuto che il declino dell'"età dei doveri" si manifestò anche per la stessa formazione di una nuova cultura nelle cosiddette "società *post-moraliste*", che non sono più strutturate sulla base di "imperativi iperbolici di dovere collettivo", bensì in "imperativi iperbolici di felicità individualista", onde non si riconosce alcun obbligo vincolante e rispetto verso qualcosa di diverso che non sia l'individuo stesso.

In più, se l'analisi dell'attuazione dell'"età di diritti" venne compiuta con attenzione sulle sue basi e sulle sue cause, sembra pienamente possibile affermare che il risultato derivante è positivo, una volta analizzata nella stragrande maggioranza dei paesi mondo occidentale. Tuttavia, ove la concretizzazione dell'"età dei diritti"

venisse valutata in maniera ampia ovvero concentrata solo sui suoi effetti, la conclusione che ne deriva è negativa, non essendosi, come visto, pienamente concretizzata e ancora in fase di realizzazione.

Si è voluto sottolineare, ancora, l'importante ruolo della magistratura in questo processo di affermazione e realizzazione dei diritti, perché, durante "l'età dei diritti", sulla base delle finalità e dei principi strutturanti le costituzioni democratiche è riuscita, attraverso la sua attività interpretativa, ad espandersi e aumentare il livello di efficacia dei diritti.

E questo si è manifestato in occasione del superamento del paradigma dello Stato legislativo di diritto verso lo Stato costituzionale di diritto, che ha comportato una rivoluzione nelle strutture politiche e giuridiche degli Stati contemporanei, con particolare effetto nella teoria generale del diritto e teoria delle fonti.

Si è detto che lo Stato costituzionale di diritto è un paradigma di Stato che chiede, in buona sostanza, di sottoporre le decisioni pubbliche, siano esse politiche (legislative o esecutive) o giuridiche, e quelle private ad un processo di razionalità che meglio vada a considerare le circostanze attuali e eterogenee della società contemporanea, con l'unificazione del diritto circostante la Costituzione, al fine di consentire un migliore controllo del potere in favore della tutela e della promozione della libertà e dell'uguaglianza degli individui.

È stato rimarcato allora, che tra le sue caratteristiche principali, si trovasse anche quella che lo vede come paradigma che si apre a un rapporto più dinamico tra Diritto e Morale, che non si limita al momento della creazione delle leggi, ma che si stabilisce anche durante il procedimento giurisdizionale.

Oltre a questo, lo Stato costituzionale di diritto (ri)definisce l'idea della supremazia della Costituzione nel sistema politico-giuridico di uno Stato, che si presenta avente natura rigida, in modo da proteggere le maggioranze politiche momentanee, facendo salvi, al più, i diritti fondamentali e altri valori e principi da questa costituzionalizzati.

La costituzionalizzazione del Diritto fu un altro aspetto importante identificato come effetto di questo nuovo paradigma, rappresentando una nuova logica sistemica, di contenuto formale, sostanziale e procedurale, essendo fortemente osservata e garantita dalla giurisdizione costituzionale appositamente sviluppata dai Tribunali e Corti costituzionali, attraverso una interpretazione che non più limitata al ruolo minore di "mera bocca della legge".

Così, l'interpretazione giudiziaria nello Stato costituzionale di diritto è presentato con un grado di complessità e sofisticazione più elevato, con l'intento di imprimere, attraverso diverse teorie e principi, una maggiore razionalità e integrità delle sue decisioni.

Sulla base dei pensieri di L. Ferrajoli, sono stati identificati ed esaminati tre modi per definire teoricamente il *costituzionalismo contemporaneo* vissuto nel governo costituzionale di diritto: il *costituzionalismo positivista*, il *costituzionalismo principialista* e il *costituzionalismo garantista*.

In seguito a quanto elaborato, si evidenziò che il *costituzionalismo contemporaneo* vive il tempo odierno in cui la scienza specializzata comincia a identificare un processo di crisi, nel senso di una inchiesta su se stesso, o di più crisi, in cui solo alcune delle sue caratteristiche sono ora messe in discussione.

In questo senso, è stato affermato che il *costituzionalismo contemporaneo* si è confrontato, tra le altre ragioni, in ragione (a) della nuova realtà del mondo globalizzato e digitale, (b) del rapporto tra l'esercizio della giurisdizione costituzionale e il principio democratico, soprattutto in conseguenza di una attività giudiziaria interpretativa più ampia e libera, e (c) la crescente domanda sociale di realizzazione dei diritti fondamentali su un piano sempre più individualista, essendo tre gli aspetti che verranno meglio apprezzati da questa ricerca.

Percorrendo l'analisi, si è rilevato anche che il *costituzionalismo contemporaneo* passa per una crisi nella sua dimensione normativa in quanto si concentra sulla creazione del diritto soltanto, o principalmente, basata su un lato della medaglia che lo istituisce, cioè, sulla base dei diritti, responsabili di garantire la libertà e l'uguaglianza dei cittadini dinanzi allo Stato, nella visione classica illuministica e liberale, da cui ancora non è riuscito a liberarsi.

Per quanto riguarda il primo motivo, viene stabilito una prima dimensione di crisi del *costituzionalismo*, relazionata con la globalizzazione e con gli effetti prodotti sullo Stato e sul Diritto.

A questo punto, si è concluso che la globalizzazione trasforma la dinamica di organizzazione e concentrazione del potere che forma lo Stato il quale, a sua volta, è sempre più indebolito e delegittimato per stabilire, da solo, il Diritto vigente nel suo territorio.

In fin dei conti, in questo nuovo scenario globalizzato, non solo lo Stato si ritrova in un processo di trasformazione strutturale, ma anche il Diritto attraversa un

momento di “mutazione genetica”, mediante il superamento di alcuni dei suoi codici strutturali di base, in una dimensione formale ovvero sostanziale.

Gli influssi crescenti di norme sovranazionali sui sistemi politici e normativi degli Stati, infine, mettono sotto scacco la capacità del *costituzionalismo contemporaneo* di fornire risposte efficaci per il controllo della nuova forma di concentrazione e di organizzazione del potere, soprattutto ove pensato e sviluppato nella dimensione tradizionale legata alla struttura chiusa degli Stati nazionali.

Per quanto riguarda il secondo motivo, si è constatato che il paradigma dello Stato costituzionale di diritto ha promosso un’apertura costituzionale che è andata a incidere notevolmente sulla cognizione delle stesse dimensioni procedurali e sostanziali del Diritto, con il riconoscimento di uno spazio, ogni volta maggiore, per la sua effettività promossa dalla giurisdizione costituzionale, in particolare attraverso l'utilizzo di norme costituzionali indeterminate, cioè, i principi.

Al riguardo, è stato affermato che la trasformazione paradigmatica del modello di Stato Legislativo verso il modello di Stato Costituzionale di diritto ha prodotto un particolare effetto sull’attività giudiziaria, dando, in teoria, *pari dignità costituzionale* tra la legislazione e la giurisdizione, entrambe vincolate alla Costituzione.

Tuttavia, questa *pari dignità costituzionale* trovò in ragioni pratiche ermeneutiche terreno molto più fertile di sviluppo rispetto alle ragioni pratiche politico-rappresentative, soprattutto a causa del proprio processo di declino politico e delegittimazione della politica stessa.

L'attuale sistema giuridico e politico, perciò, ha concentrato sempre più le sue attenzioni verso attività sviluppate dalla giurisdizione costituzionale, trasferendo, sempre più crescente, il centro di definizione del Diritto al potere giudiziario che, di fatto, non forma le sue decisioni con la stessa dinamica del processo legislativo.

Si è concluso, allora, che il *costituzionalismo contemporaneo* attraversa una crisi che decorre non dagli interrogativi sui suoi propositi essenziali di controllo del potere o di garanzia dei diritti degli individui, bensì sulla sua effettiva capacità di relazionarsi con la democrazia, dandogli lo spazio necessario richiesto dai tempi attuali.

Aggiuntasi alla crisi provocata dagli effetti negativi della globalizzazione, ci fu anche la possibilità di ingenerare un ampio processo di indebolimento non solo dell'autonomia degli Stati, ma anche della società e degli individui, che si stanno

progressivamente allontanando dai processi politici e giuridici delle decisioni capitali su questioni vitali della loro vite.

In ultimo, in relazione al terzo motivo, si è sostenuto che il recupero dell'individuo come il più grande centro di attenzione e di gestione delle politiche pubbliche attuate dagli Stati membri ha generato un processo di rivoluzione che era ed è molto importante per il *costituzionalismo contemporaneo*.

Si rileva, oltretutto, che insieme a questa rivoluzione un movimento individualista pericoloso si va affermando, che si riferisce alla graduale eliminazione di una dimensione etica e responsabile degli individui nell'esercizio dei loro diritti, alla ricerca, sempre più, di rispondere ai propri bisogni in forma estremamente egoista.

Pertanto, si è concluso che lo sviluppo delle tutele delle libertà degli individui nel *costituzionalismo contemporaneo* ha raggiunto un punto in cui una riflessione sulle sue motivazioni e finalità deve essere necessariamente fatta, a pena di non finire per tutelare "diritti" non dovuti da alcuni a scapito della protezione di diritti dovuti di altri.

L'analisi delle sue crisi ha favorito la necessità, per il *costituzionalismo contemporaneo*, di trovare un modo per essere liberi, ma responsabili; un modo di tutelare le libertà incluse in un quadro etico sociale richiesto; un percorso che bilancia diritti e doveri degli individui, della società, dello Stato; una direzione, in breve, che affermi un'età dei diritti e dei doveri.

L'inizio del terzo capitolo è improntato sull'affermazione forte e diretta che il *costituzionalismo* ha sempre avuto e continua ad occuparsi della difesa e della sopravvivenza degli esseri umani come causa fondamentale che lo muove.

A partire da questa considerazione, e valutando anche la crisi presentata alla fine del capitolo precedente e le diverse visioni del mondo condivise dall'attuale società eterogenea, plurale e complessa, la riflessione è stata avviata su come questo proposito potrebbe continuare ad essere sviluppato per garantire la futura sopravvivenza umana in forma pacifica e giusta.

Esaminando, poi, la stessa questione della sopravvivenza del *costituzionalismo*, è stato affermato che si deve capire che la riflessione coerente e adeguata alle sfide del *costituzionalismo contemporaneo* ha bisogno di essere sviluppata nell'ottica che questo *costituzionalismo* può sopravvivere solo finché sarà in grado di assicurare la

sopravvivenza futura di individui, gruppi, popoli e nazioni. E, per questo, ci si è posti una serie di riflessioni problematiche.

E' indispensabile che si cerchi di rendere effettiva e rafforzare la democrazia nelle pratiche politiche e giuridiche attuali come modo per legittimare correttamente le decisioni pubbliche. *Nulla quaestio*. Ma quale modello di democrazia che deve essere affermato? Quali i domini democratici che devono essere protetti e garantiti dal *costituzionalismo contemporaneo*?

Inoltre, è necessario limitare meglio il potere, che si contenga di più il suo esercizio tiranno e nocivo per garantire la sopravvivenza degli esseri umani. Questo è ovvio. Tuttavia, di quale potere stiamo parlando esattamente? Quali sono le forme di concentrazione di forze che consentono la formazione e l'esercizio del potere sulla scena contemporanea? E come il *costituzionalismo contemporaneo* può rispondere a tutto questo?

E' indispensabile per ottenere effetti e rafforzare la democrazia nelle pratiche politiche e giuridiche attuali come un modo per legittimare correttamente decisioni pubbliche. Di Preciso. Ma quale modello di democrazia che deve essere affermata? Quali aree democratici che devono essere protetti e protetti da costituzionalismo contemporaneo?

Dovrebbero essere sempre più affermati e garantiti i diritti degli individui per una società libera, equa e felice. Lo scopo è nobile. Ma quali sono i diritti che devono essere rigorosamente protetti per questo scopo? O per meglio dire, quali sono le dimensioni dei diritti che devono essere protetti dal *costituzionalismo contemporaneo* per stabilire questo tipo di società?

Sempre in quest'ordine di ragionamento, è necessario allora che il *costituzionalismo contemporaneo* può evolvere per garantire la futura sopravvivenza di individui, gruppi, popoli e nazioni. Tuttavia, che tipo di sopravvivenza si richiede affermarsi? Sotto quale prospettiva della formazione dell'individuo deve basarsi il lavoro del *costituzionalismo contemporaneo* nella ricerca della sua stessa sopravvivenza?

Per tutto questo, si è concluso che l'inaugurazione di un nuovo momento per il *costituzionalismo contemporaneo* deve, quindi, preoccuparsi di compiere l'analisi al di là dell'affermazione semplicistica e assoluta che gli individui dovrebbero avere il diritto ad avere diritti, essendo tuttavia necessario comprendere le nuove dinamiche

del tempo e dello spazio dei diritti nel nuovo mondo che ogni giorno va costruendosi e lo stesso concetto, attualmente condiviso, di beni e persone.

E dall'analisi di alcune di queste nuove dinamiche, si è finiti per sostenere che è necessario mettere a punto una proposta di futuro possibile per il *costituzionalismo contemporaneo* attraverso il riconoscimento di una nuova “*età di diritti e dei doveri*”, in cui, date le attuali esigenze, sistemi politici e giuridici creino condizioni di un impegno minimo e responsabile di tutti gli attori sociali, non solo nei riguardi delle future generazioni ma, soprattutto, del futuro di questi stessi operatori sociali, considerato che il tempo futuro non è più così distante, manifestandosi in ogni nuova scena temporale come risultato di scelte e azioni adottate in ogni contesto significativo.

A partire da ciò, la nozione di “*età dei diritti e dei doveri*” è stata immaginata come una sorta di sistema che si vede nell'equilibrio tra diritti doveri un eventuale progressione del *costituzionalismo contemporaneo*, in modo da rafforzare, quantomeno, le soluzioni di alcuni delle sue crisi.

Lo sviluppo dell'esame sull'essenza dell'affermazione dei diritti ha sottolineato che il ruolo dei diritti sempre è stato e sarà associato ad una dimensione di costruzione esistenziale, sociale, temporale, politica e giuridica di protezione delle libertà e dell'uguaglianza degli esseri umani.

Dopo una breve analisi dell'evoluzione storica del processo di affermazione dei diritti, si è constatato che una nuova fase di diritti si affermò, chiamata “*la terza dimensione o la generazione di diritti*”, connessi con il piano della solidarietà, impattando il tradizionale binomio individuo-Stato di affermazione dei diritti.

È che questi diritti vengono attribuiti generalmente a tutta la società, tutelando interessi a titolarità collettiva o diffusa e non destinati specificamente a proteggere interessi individuali di un gruppo o di un determinato Stato; in questa cornice si mostrano, dunque, forti preoccupazioni per le generazioni umane, presenti e future.

D'altra parte, si ha la consapevolezza che, durante questa evoluzione storica, un altro processo grande e imponente è andato manifestandosi nell'ottica della comprensione dei significati di libertà e uguaglianze.

È stato affermato, inoltre, che l'evoluzione liberale ha comportato al tempo odierno, ed in modo alquanto negativo, una involuzione sociale, con la crescente indifferenza dell'individuo in relazione non solo all'altro, ma nei confronti di se stesso, poiché non trova più il senso per il progresso delle sue capacità.

Analogamente, si è concluso che la nozione di uguaglianza ha subito un processo di trasformazione in cui è stata inquadrata in un'ottica di esclusione, in quanto idealizzata soprattutto nel (e ai fini del) mercato e consumo, ciò che ha aumentato, significativamente, la dimensione competitiva della rivendicazione dei diritti.

Pertanto, abbiamo cercato di sostenere che l'affermazione dei diritti gioca un ruolo molto importante per garantire la libertà e l'uguaglianza degli individui. Tuttavia, se non adeguatamente dosati, questa affermazione dei diritti può portare anche a compromettere quelle stesse libertà e uguaglianze.

Spingendosi oltre, sarebbe anche possibile, allo stesso modo, permettere il generarsi di un serio rischio per la sopravvivenza dell'umanità, sia in senso lato, onde non si riuscirebbe più a sviluppare una necessaria convivenza pacifica e ragionevole tra gli esseri umani; sia in senso stretto, compromettendo la sopravvivenza esistenziale della razza umana sulla Terra.

Per quanto riguarda l'importanza dei doveri, sono stati presentati inizialmente quattro pensieri fondamentali che indicano: 1 – esistono dei doveri autonomi; 2 – esistono dimensioni normative dei doveri che non si limitano al piano di precondizioni o di conseguenze di diritti; 3 - la cultura competitiva del sistema di diritti produce effetti anche all'interno dello Stato che, trovandosi in concorrenza con gli individui e pensando ad affermare i propri diritti, finisce per non rispettare i suoi doveri; 4 – i doveri anche si instaurano anche nel senso di affermare lo Stato democratico di diritto, dimensione inclusa nella concezione dello Stato Costituzionale.

Analizzando, poi, una proposta di sviluppo dell'affermazione dei diritti mediante l'equivalenza possibile tra diritti e doveri, si è proposta l'idea che l'"età dei diritti e dei doveri" diverga parzialmente con le riflessioni di N. Bobbio.

Le differenze si denotano in una prospettiva temporale, in cui l'"età dei diritti e dei doveri" tratta di una riflessione sul futuro, al contrario dell'"età dei diritti" che si concentra piuttosto su un movimento presente, e nella dimensione spaziale, allorché Bobbio muove da un movimento già esistente, mentre l'"età dei diritti e dei doveri" si riferisce, invece, a qualcosa che non è ancora spazialmente fissato.

Altra distinzione importante riguarda, poi, il piano dei destinatari dei doveri, dato che N. Bobbio si riferisce principalmente agli Stati, mentre la proposta dell'"età

dei diritti e dei doveri” è più ampia, cioè coinvolge anche i singoli individui nel rapporto con gli Stati e con gli altri individui.

Infine, un altro punto di separazione tra i due pensieri è il rapporto tra diritti e doveri, nella misura in cui N. Bobbio lo riconduce ad un piano unidimensionale, perché voleva i doveri come categorie normative specifiche per la concretizzazione dei diritti, ossia, doveri come conseguenze dei diritti, l'esatto opposto che “l'età dei diritti e dei doveri” richiede, in quanto si sostiene che il rapporto tra diritti e doveri venga stabilito su un piano tridimensionale, cioè come causa ed effetto, ma anche come fattori coesistenziali reciproci definitivi del Diritto.

È stato affermato, inoltre, che “l'età dei diritti e dei doveri” è stata concepita con l'idea che, in astratto e inizialmente, i diritti avessero una certa posizione predominante in relazione ai doveri che, per contro, avevano pure dimensioni sistemiche più rilevanti in determinate situazioni.

Quest'ordine di idee ha portato a concludere che “l'età dei diritti e dei doveri” si è sviluppata anche pensando che la migliore equivalenza possibile per il Diritto debba essere stabilita in una relazione più dinamica e concreta, con la stessa considerazione sociale, politico e giuridico dell'importanza dei diritti e dei doveri.

Al riguardo, si è sostenuto che l'importanza dei doveri viene si stabilisce anche nell'esercizio delle funzioni e delle attività pubbliche, che devono, a prescindere dalla provocazione soggettiva di qualche interesse particolare, primeggiare rispetto ai diritti degli individui, nonché l'adozione di misure e procedure che consentano a queste azioni di attuarsi con la maggiore legittimità e qualità possibile.

L'età dei diritti e dei doveri è così sviluppata in prospettiva di una maggiore solidarietà individuale e sociale, tenendo conto delle differenze dei singoli, della necessità di proteggere le loro caratteristiche e libertà, ma non dimenticando anche di riflettere sulle responsabilità e sui doveri che gli individui detengono per se stessi e quindi per la società e per lo Stato.

Questa età dei diritti e dei doveri, d'altro canto, ha una forte dimensione riferita ad una analisi sulle responsabilità e sulle esigenze dello Stato, al fine di potenziare e rendere effettiva l'affermazione dei diritti delle persone, in particolar modo nella esecuzione di funzioni e pubblici servizi, che richiedono l'adozione di azioni che garantiscano l'attuazione di misure e procedure con maggiore legittimità e qualità.

Per quanto riguarda il concetto di *costituzionalismo contemporaneo libero e responsabile*, è stata compiuta un'analisi che, inizialmente, si è preoccupata di

premettere che non intende diminuire la dimensione di libertà né tantomeno di esasperare la dimensione di responsabilità, ma intende, partendo dalla nozione della età dei diritti e dei doveri, rafforzare l'equilibrio di queste due categorie per lo sviluppo di una società libera, giusta e solidale.

E questo si avrebbe al fine di riportare a equilibrio entrambi i lati del *costituzionalismo*. Il primo, che si riferisce al movimento di resistenza degli individui alle ingerenze dello Stato, per preservare i propri diritti e le proprie sfere di autonomia; il secondo che si relaziona, a sua volta, con il movimento partecipativo, in modo da garantire e promuovere la partecipazione degli individui nella formazione dello spazio collettivo.

Ottenute le prime conclusioni sul *costituzionalismo libero e responsabile*, ci si è mossi sulla necessità che fossero individuati alcuni dei suoi principali fondamenti ideologici e teorici, partendo da un'analisi delle carte costituzionali di Italia e Brasile.

Per quanto concerne l'individuazione dei principali fondamenti ideologici, la conclusione è stata quella di rilevare che il *costituzionalismo libero e responsabile* non aveva nuove caratteristiche rispetto al movimento del *costituzionalismo contemporaneo*, ma promuoveva nuove letture sui concetti di "potere", "controllo", "libertà", "uguaglianza", "solidarietà" e "democrazia".

Nell'ambito dei fondamenti teorici, si è posto uno studio delle ripercussioni teoriche che tenesse conto dei diritti alla solidarietà e della dimensione delle responsabilità per il rispetto dei diritti e dei doveri.

In questo modo, la tesi è riuscita a raggiungere un punto di arrivo rispetto ai suoi obiettivi iniziali. Tutti questi si trovavano in rapporto diretto con il problema inizialmente proposto, nonché con l'ipotesi delineata.

Infatti, la cognizione dell'"età dei diritti" fu giustamente messa in pratica a partire dallo studio del *costituzionalismo*, mediante un'analisi di alcune delle sue crisi attuali che sono, in qualche modo, intrinsecamente vincolate in quanto hanno, tutte, la stessa linea di problematicità, cioè l'effettività dei diritti.

Così, gli esami degli effetti causati dalla globalizzazione nella teoria dello Stato e del Diritto, delle relazioni sviluppate tra giurisdizione costituzionale, democrazia e integrità e, infine, dell'evoluzione dell'individualismo egoistico, con le sue ripercussioni in materia di libertà e di responsabilità, hanno consentito di trarre alcune conclusioni.

L'“età di diritti” e il *costituzionalismo* hanno un punto comune che serve, in realtà, come pilastro fondamentale per la nascita e lo sviluppo dei suoi movimenti, quello del controllo di potere statale a favore dell'affermazione e dell'efficacia del rispetto dei diritti degli individui.

Nonostante possiedano questo ideale, si può affermare che sia “l'età dei diritti” che il *costituzionalismo contemporaneo* mostrano di avere attualmente dimensioni contrastanti i loro rispettivi scopi che portano a riconoscere l'emergere di alcuni processi di crisi.

Le relazioni create dalla globalizzazione impatto certamente l'efficacia dei diritti degli individui, in quanto influenzano e ampliano le sfere di potere, non più limitato ad un piano territoriale di uno Stato, risultando molto difficile usare le forme tradizionali di esercizio del Diritto - perlomeno nella concezione tradizionale e statale- per prevenire le violazioni dei diritti umani.

Anche l'apertura sistemica data all'esercizio della giurisdizione costituzionale, pur essendo un elemento chiave del *costituzionalismo contemporaneo* che, spesso, finisce per rafforzare la tutela dei diritti, è apparso a volte come un ostacolo per l'efficacia del rispetto dei diritti, dal momento che una cultura di relativizzazione dei diritti è stata diffusa trascurando il ruolo della democrazia in questo processo, così come lo scollegamento di una visione e di una difesa di una maggiore integrità del Diritto.

La crescita di una sorta di individualismo di dimensione egoistica è stata anche menzionata come un altro fattore di crisi, in quanto produce effetti di sopravvalutazione di libertà e di super-svalutazione di responsabilità, al fine di costruire uno scenario di determinismo soggettivo assoluto dei diritti individuali, con potenziamento della creazione infinita di “nuovi” diritti, spesso senza alcun grado di parentela con qualsiasi dimensione dei doveri, salvo quello l'individuo verso se stesso.

Di fronte a questo scenario, si è concluso allora che l'isolamento e la “pretesa di completezza” del sistema dei diritti ha finito per favorire le crisi dell'“età dei diritti” e del *costituzionalismo contemporaneo*, in modo che fosse necessario introdurre una nuova “età di diritti e dei doveri” e bilanciare meglio la pertinenza e l'applicazione di queste categorie giuridiche.

Si è constatato, al riguardo, che l'essenza dell'affermazione dei diritti nella storia umana è stata quella di attivare o garantire la sopravvivenza degli individui e

della società, soprattutto in ragione dell'arbitrarietà e degli abusi praticati dall'esercizio del potere.

Da qui si è valutata l'importanza dei doveri per la soluzione dei conflitti che coinvolgono l'effettività dei diritti, sostenendo che i doveri, in particolare nello scenario mondiale attuale, hanno particolare importanza per affrontare le questioni (a) che si riportano alla tutela dei diritti a livello nazionale e internazionale, allorquando gli Stati non riescono, si rifiutano o omettono di tutelare i diritti, (b) che sono relazionate alla garanzia dell'osservanza delle attività e delle decisioni democratiche, imponendo vincoli alle azioni dello Stato nella tutela dei diritti umani a prescindere dal classico rapporto soggettivo dell'esercizio facoltativo dei diritti degli individui, e, ancora, (c) che mutano principalmente gli effetti della cosiddetta "società del rischio" che, sempre più, non si responsabilizza a fronte dell'eccessivo godimento delle risorse ambientali.

Svolte tutte queste considerazioni, quindi, si conclude che l'evoluzione nel processo di effettività dei diritti e quindi nel processo di sviluppo di soluzioni per le crisi dell'"età dei diritti" e del *costituzionalismo contemporaneo* passa necessariamente per la realizzazione di una possibile equivalenza tra diritti e doveri, al fine di ampliare le possibilità di risoluzione dei conflitti che coinvolgono l'affermazione e l'efficacia dei diritti.

In questo modo, l'ipotesi presentata inizialmente si riconferma nella misura in cui si è esaminato che i doveri possono realmente contribuire ad affrontare almeno alcune delle crisi dell'"età di diritti" e del *costituzionalismo contemporaneo*, consentendo una maggiore efficacia dei diritti umani attraverso lo sviluppo di un sistema più equilibrato di diritti e doveri.

La ripercussione dei fondamenti essenziali del concetto di "età di diritti e dei doveri" è diventata la base per lo sviluppo del concetto di *costituzionalismo libero e responsabile*, un modello visto come possibile e passibile di realizzazione per l'evoluzione del *costituzionalismo contemporaneo*.

In questo modello, si è reso necessario (i) rivalutare i fondamenti ideologici del *costituzionalismo contemporaneo*, ampliando il concetto di potere e controllo oltre il formato dello Stato moderno, (ii) ridimensionare meglio i suoi ideali di libertà e di uguaglianza, rendendoli compatibili con la solidarietà, in particolare con la solidarietà intergenerazionale, e (iii) osservare più propriamente lo spazio riconosciuto alla democrazia nello sviluppo delle attività e delle decisioni pubbliche, al fine di

legittimare democraticamente le azioni dello Stato, in una qualsiasi delle sue dimensioni.

Al fine di contribuire alla realizzazione del paradigma del *costituzionalismo contemporaneo libero e responsabile*, sono state presentate tre proposte di dimensione formale-spaziale, di dimensione procedurale-sistemica e di dimensione sostanziale-temporale.

La prima dimensione, formale-spaziale, si riferisce alla presa d'atto che il *costituzionalismo contemporaneo* deve svilupparsi in modo transnazionale, senza predominio formale e assoluto di un piano normativo internazionale o nazionale, fermo restando che le regole che dovrebbero prevalere sono sempre quelle che garantiscono una maggiore qualificazione nella tutela dei diritti, ma che, d'altra parte, estendono le possibilità di controllare e imporre responsabilità alle istituzioni transnazionali e nazionali di poteri, in particolar modo gli Stati, ben potendo implementare un sistema più efficace.

La dimensione sostanziale-temporale, si rivolge al miglioramento della cultura dei diritti oggi condivisi, cercando di prendere in considerazione anche le responsabilità dell'individuo verso se stesso e verso l'organizzazione sociale in cui vive nel processo affermazione e concretizzazione dei suoi diritti.

L'ultima proposta, la dimensione procedurale-sistemica richiede che sia necessario che l'effettività dei diritti venga stabilita dallo sviluppo delle attività e decisioni pubbliche che rispettino il principio democratico e l'integrità del Diritto, imponendo responsabilità agli agenti pubblici in modo che riescano a conservare in pieno le deliberazioni democratiche esistenti e necessarie, assicurando, per altro verso, la coerenza del Diritto contro i forme di soggettivismo e i realismo interpretativo e contro le loro applicazioni puramente formali.

In conclusione, allora, si vuole propugnare un nuovo modello teorico che deve essere costruito, ampliando la dimensione dei diritti tutelati per includervi anche i diritti alla solidarietà, come anche l'apertura ad una necessaria riconsiderazione dei doveri nella formulazione della sua teoria.

Questi sono i risultati sviluppati nel corso della ricerca che ci permette di affermare, così come al principio della trattazione, che “l'età dei diritti”, il *costituzionalismo contemporaneo* e, anche, il Diritto stesso devono, a nostro modesto parere, attraversare i propri limiti attuali per consentire l'evoluzione di tutti verso ciò che N. Bobbio chiamava il “progresso verso il meglio”.

Nulla di completo è fatto solo di parte di un qualcosa. Il contrario si porrebbe come una evidente contraddizione. Se il tutto è formato da molti, l'unità non migliora da sola. La costituzione dell'essere è essenzialmente relazionale e ha bisogno di questa dimensione per il suo miglioramento.

Né solamente io, non solo voi stessi e neppure solamente lo Stato o qualsiasi altra forma di organizzazione sociale. Nessuna uscita per l'isolamento. Abbiamo bisogno di considerazione, tolleranza, rispetto e dignità reciproca. Se resteremo insieme, si sopravvivrà!

La Costituzione ha bisogno di essere letta in maniera esaustiva, responsabile e armoniosa, al fine di realizzare le sue principali finalità. Il Diritto deve, per altro verso, impegnarsi con il proposito di stabilire la pace fra tutti, non divenendo teatro di dispute e distruzione. In questo senso, concludo con le parole di R. Dworkin:

“Che cosa è il diritto? Offro, adesso, un diverso tipo di risposta. Il diritto non si esaurisce in alcun catalogo di regole o principi, ognuna con il proprio dominio su una sfera diversa di comportamento. Neppure in qualsivoglia elenco delle autorità con propri poteri su parte delle nostre vite. L'imperio del diritto è definito dall'atteggiamento, non per il territorio, il potere o il processo. Studiamo questo atteggiamento soprattutto nelle corti di appello, dove è pronto per l'ispezione, ma deve essere onnipresente nella nostra vita ordinaria se è per servircene bene, anche nei tribunali. Si tratta di un atteggiamento interpretativo e autoriflessivo, rivolto alla politica nel senso più ampio.

Si tratta di un atteggiamento che rende ogni cittadino responsabile di immaginare quali sono gli impegni pubblici della sua società con i principi, e ciò che tali impegni richiedono in ogni circostanza. Il carattere oppositivo del diritto è confermato, così come è riconosciuto il ruolo creativo delle decisioni private, dalla retrospettiva della natura giudiziosa delle decisioni prese dai tribunali, e anche dal presupposto normativo che, anche se i giudici debbano avere sempre l'ultima parola, la sua parola non sarà la migliore per questo motivo. L'atteggiamento del diritto è costruttivo: sua finalità, nello spirito interpretativo, è quella di porre il principio al di sopra della pratica per mostrare il migliore percorso per un futuro migliore, mantenendo la buona fede in relazione al passato. È, in ultimo, un atteggiamento fraterno, un'espressione di come siamo uniti dalla comunità nonostante l'essere divisi dai nostri progetti, interessi e convinzioni. Che è, in qualche modo, ciò che il diritto rappresenta per noi: per le persone che vogliamo essere e per la comunità che vogliamo avere”⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ DWORKIN R., *cit.*, 2007, p. 492.

BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, B., The rise of world constitutionalism, in: *Virginia Law Review*. 83 (1997), p. 771/797.
- AGAMBEN, G., *La comunità che viene* (1990), tr. port. Cláudio Oliveira, *A comunidade que vem*, Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2013
- ALEXY, R., *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*, 3ª ed., trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- ALLEGRI, F., *Le ragioni del pluralismo morale*. William David Ross e le teorie dei doveri *prima facie*, Roma, Carocci Editore, 2005.
- ALTHUSIUS, J., *Politica methodice digesta*, Herborn, 1614, terza ed., repr. Aalen, 1961.
- ANDRADE, J. C. V., *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2010.
- APPADURAI, Arjun, Disjuncture and difference in the global and cultural economy, in *Public Culture*, 2, 1990.
- AQUARONE, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1965.
- ARENDT, H., *Le origini del totalitarismo*, Torino, Einaudi, 2009.
- ARTOLA, M., *Constitucionalismo em la historia*, Barcelona, Critica, 2005.
- ASENSIO, R. J., *El constitucionalismo*. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional, 3ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2005.
- ATALIBA, Geraldo, *Eficácia das normas constitucionais e leis complementares*, RDP 13/35, 1968.
- ATIENZA, M., *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.
- _____. *El Derecho como argumentación*. Concepciones de la argumentación, Barcelona, Ariel, 2012.
- _____. *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2010.
- ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.
- _____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenjy (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 187-202.
- AZZARITTI, G. *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari, Laterza, 2013.
- _____. *Diritto e conflitti*. Lezione di diritto costituzionale, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.
- BALDUZZI, R. – CAVINO, M. – GROSSO, E. - LUTHER, J., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007.
- BANDIERI, L. M., Derechos fundamentales; Y deberes fundamentales?, in: *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (a cura di), Salvador, Editora JusPodivm, 2011, pp. 211-244.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *Hermenêutica constitucional*, in: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 969-1002.
- BARBERA, A., *Le basi filosofiche del costituzionalismo*. Lineamenti di filosofia del diritto costituzionale, Roma-Bari, Laterza, 2012.

- BARBERA, A. - FUSARO, C., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- BARBERIS, M., *Stato Costituzionale*. Sul nuovo costituzionalismo, Modena, Mucchi Editore, 2012.
- _____. Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto, in *Rivista di filosofia del diritto*, I, 1, 2012, pp. 153-164.
- _____. *Giuristi e filosofi*. Una storia della filosofia del diritto, Bologna, Il Mulino, 2011.
- _____. Esiste il neocostituzionalismo?, in *Analisi e diritto 2010*, 2011, pp. 11-30.
- _____. *Filosofia del diritto*. Un'introduzione teorica, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 27-41.
- _____. Neocostituzionalismo, democrazia e imperialismo della morale, in *Ragion pratica*, 8, 2000, pp. 147-162.
- BARONE G., *Diritti, doveri e solidarietà con uno sguardo all'Europa*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2004, 6, 1234 ss..
- BARBIERI, G.T., *Doveri inderogabili*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, 2066 ss..
- BARILE, P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 146 ss..
- BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011a.
- _____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011b, pp. 143-195.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 7ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2009.
- _____. Vinte anos da Constituição de 1988: A reconstrução democrática do Brasil In: *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*, Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, Bruno Costa Teixeira, Paula Castello Miguel (a cura di), Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008, pp. 31-48.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição brasileira, 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro - BRITO, Carlos Ayres de, *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- BAUMAN, Z., *Globalização*. As consequências humanas, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1999.
- _____. *Vidas desperdiçadas*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2005.
- _____. *Vida líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2007.
- BERTI, F., *Libertà della città, libertà del cittadino*: riflessioni sul neo-repubblicanesimo, Padova, Cleup, 2008.
- BETTI, E., *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 53 ss..
- BISCARETTI DI RUFFIA, P., *Enciclopedia del Diritto*, vol. XI, "Costituzionalismo", Varese, Giufrè, 1962, pp. 130-132.
- BLACKSTONE, W., *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, eds. By S.N. Katz et al., University of Chicago Press, 1979.
- BOBBIO, N., *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996.
- _____. *Eguaglianza e libertà*, 2ª ed, Torino, Einaudi, 2010.
- _____. *L'età dei diritti*, 11ª ed., Torino, Einaudi, 2011a.
- _____. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2011b.
- _____. *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2013.

- BOBBIO, N. - VIROLI, M., *Dialogo intorno ala repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- BODIN, J., *Lex six livres de la Rèpublique*, Paris, 1583, repr. Aalen, 1977, tr. it. *I sei libri dello Stato*, M. Isnardi Parente e D. Quagliani (a cura di), Torino, 1964-1997.
- BONAMATE, L., *I doveri degli stati*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1994.
- BONAVIDES, Paulo, *Teoria da democracia participativa*. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.
- _____. *Do país constitucional ao país neocolonial*. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004a.
- _____. *Do Estado liberal ao estado social*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004b.
- _____. *Constituinte e Constituição*. A democracia, o federalismo, a crise contemporânea, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- _____. *Constituição e normatividade dos princípios*. Discursos e prefácios, São Paulo, Malheiros, 2012.
- BONGIOVANNI, G., *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- BONINO, E., *I doveri della libertà*. Entrevista a cura di Giovanna Casadio, Roma-Bari, Editori Laterza, 2011.
- BULOS, Uadi Lamêgo, *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed., reformulada e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 57/2008, São Paulo, Saraiva, 2009.
- BULTRINI, A., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, Napoli, Jovene, 2009.
- BURKE, E., *Reflections on the Revolution in France (1790)*, in *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, ed. by P. Langford, vol. VIII, *The French Revolution*, ed. By L.G.Mitchell, Oxford, 1989.
- CALABRÒ, G. P. - HELZEL, P. B., *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007.
- CAMPANALE, D., *I doveri fondamentali dell'uomo nella società dei diritti*, Milano, Giufrè, 1984.
- CANARIS, C.-W., *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- CANOTILHO, J. J. G., *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. Rever ou romper com a Constituição dirigente? In: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011a, pp. 111-124.
- _____. A “principalização” da jurisprudência através da Constituição. In: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011b, pp. 695-702.
- CARBONE, C., *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, G. Giufrè Editore, 1968.
- _____. *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Pádua, CEDAM, 1951

- CARBONEL, M., (a cura di). *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.
- _____. *Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- CARBONEL, Miguel, El derecho a migrar: una perspectiva constitucional, in: *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (a cura di), Salvador, Editora JusPodivm, 2011, pp. 261-271.
- CARETTI, P., *I diritti fondamentali*. Libertà e diritti sociali, 3 ed., Torino, G. Giappichelli Editori, 2011.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, n. 3, p. 476-486, mai., 1999.
- CASSESE, A., *L'esperienza del male*. Guerra, tortura, genocidio, terrorismo alla sbarra. Conversazione con Giorgio Acquaviva, Bologna, Il Mulino, 2011.
- _____. *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.
- CASSESE, S., *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2011.
- _____. *Chi governa il mondo?*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- CASSESE, S. - SCHIERA, P. - VON BODGANDY, A., *Lo Stato e il suo diritto*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- CASTELLANO, D., *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2013.
- CASTELLS, M. - HIMANEN, P., The Information Society and the Welfare State The Finnish Model, Oxford University Press, Oxford, 2002, trad. it., *Società dell'informazione e welfare state: la lezione della competitività finlandese*, Guerini & Associati, Milano, 2006.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, 20 anos da Constituição Democrática de 1988, in *Perspectivas constitucionais contemporâneas*, Sidney Guerra e Lilian Balmant Emerique (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2011, pp. 61-70.
- CATANIA, A., *Metamoforsi del diritto*. Decisione e norma nell'età globale, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.
- CATTANEO, M. A., *Terrorismo e arbitrio. Il problema giuridico nel totalitarismo*, Padova, CEDAM, 1998.
- CELOTTO, A. - MODUGNO, F., La giustizia costituzionale, in: Franco Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2010, pp. 659-738.
- CERQUA, L. D. - LUPARIA, L. - CANZIO, G., *Diritto penale delle società*. Profili sostanziali e processuali, 2 vol., Padova, CEDAM, 2014.
- CERRI, A., *Doveri pubblici*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 1 ss.
- CHASE-DUNN, Christopher, *Global Formation: Structures of the world-economy*, Cambridge, Polity Press, 1991.
- CHESSA, O., La tutela dei diritti *oltre* lo Stato. «Fra diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea», in R. Nania, P. Ridola, P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, volume I, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 89-158.
- COELHO, Inocência Mártires, Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição, in: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 89-109.
- COKE, E., *Reports (1600-1659)*, London, J. Butterworth and Son, 1826.

- _____. *Institutes of the Laws of England (1628-1644)*, In *Classics of the English Legal History in the Modern Era*, eds. D.S. Berkowitz and S.E. Thorne, New York, Garland, 1979.
- COLAPIETRO, C. - RUOTOLO, M., *Diritti e Libertà*, in F. Modugno (a cura di), *Lineamenti di Diritto Pubblico*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2012, pp. 543-640.
- COMANDUCCI, P., Il positivismo giuridico: un tentativo di bilancio, in M. Bianchini, G. Viarengo (a cura di) *Studi in onore di Franca De Marini Avonzo*, Torino, Giappichelli, pp. 125-134.
- _____. *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in: T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*. Torino: Giappichelli, 2002, p. 71/94.
- _____. “*Constitucionalismo*”: problemas de definición y tipología. In: *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*. 34 (2011), p. 95/100.
- COMPARATO, Fabio Konder, *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006.
- CONSTANT, B., *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, in Id., *Oeuvres*, ed. A. Roulin, Paris, 1957, pp. 1063 e ss.; tr. it. *Principi di politica*, a cura di U. Cerroni, Roma, Editori Riuniti, 1992.
- COURA, Alexandre, *Hermenêutica jurídica e jurisdição (in)constitucional*. Para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas, Belo Horizonte, Mandamentos Editora, 2009.
- COURA, Alexandre de Castro - FONSECA, Bruno Gomes Borges da, *Ministério Público brasileiro: entre unidade e independência*, São Paulo, LTr, 2015.
- CRISAFULLI, V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (a cura di), Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 195-248.
- D’ATENA, A., *Lezioni di diritto costituzionale*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2012.
- DA PADOVA, M., *Il difensore della pace*, a cura di C. Vasoli, Torino, 1975.
- DA SILVA, José Afonso, *Curso de direito constitucional positivo*, 36ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.
- _____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed, São Paulo, Malheiros, 2003.
- DA SILVA, Virgílio Afonso, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2011.
- DE BRACON, H., *De legibus et consuetudinibus Angliae*, a cura di G. E. Woodbine, New Haven, 1915-1942.
- DE FIORES, C., *L’ Europa al bivio*. Diritti e questione democratica nell’Unione al tempo della crisi, Roma, Ediesse, 2012.
- _____. *Nazione e costituzione*, vol. 1, Torino, G. Giappichelli Editore, 2005.
- _____. *Le origini costituzionali della nazione*. , vol. 1, Torino, G. Giappichelli Editore, 2005.
- DE MARIA, B., Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali, , in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 232-310.
- DE SOUSA, Pedro Ivo, Investigação criminal no Estado Constitucional: reflexões sobre um novo paradigma investigatório, in *Temas avançados de polícia judiciária*,

- Bruno Taufner Zanotti – Cleopas Isaías Santos (a cura di), Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 35-74.
- DE RUGGIERO, G., *Storia del liberalismo europeo*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2003.
- DE TOCQUEVILLE, A., *La Democrazia in America (1825-1840)*, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet, 2007.
- DEL FRATE, P. A., *Il costituzionalismo moderno*. Appunti e fonti di storia del diritto pubblico. Torino: Giappichelli, 2007.
- DI CORTONA, P. G., *Come gli Stati diventano democratici*, Roma-Bari, Laterza, 2009
- DICEY, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, 1885; tr. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, A. Torre (a cura e tr. di), Bologna, Il Mulino, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri, Neoconstitucionalismo e moralismo jurídico. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Daniel Sarmiento (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 213-226.
- DIMOULIS, Dimitri - MARTINS, Leonardo, Deveres fundamentais. In: *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (a cura di), Salvador, Editora JusPodivm, 2011, pp. 325-345.
- DIPPEL, H., *História do Constitucionalismo Moderno*. Novas Perspectivas, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- DOGLIANI, M., *I diritti fondamentali*, in: FIORAVANTI, M. (a cura di), *Il valore della Costituzione*. L'esperienza della democrazia repubblicana, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 41-63.
- _____. Il diritto. Enciclopedia giuridica. Dir. da Salvatore Patti. Vol. 4. Bergamo, Il sole 24 Ore S.p.A., 2007, p. 527-542.
- _____. Stato e Costituzione. Teoria e storia di una dialettica del moderno. In: *Quale Stato*, vol. 4, 2006, pp. 381/389.
- _____. *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- DROMI, J. R., Constitucionalismo y humanismo. In: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 135-141.
- DWORKIN, R., *Justiça para ouriços*, Coimbra, Almedina, 2012.
- _____. *O império do direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2007a.
- _____. *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2007b.
- ENDICOTT, T., I diritti umani sono davvero universali?, in: T. Mazzarese, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali*. Le nuove sfide, Torino, Giappichelli Editore, 2010, pp. 45-63.
- ENGISCH, K., *Introdução ao pensamento jurídico*, 10ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- ENTERRÍA, Eduardo García de, Constituição como norma. In: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011a, pp. 73-88.
- _____. Hermenêutica e supremacia constitucional. In: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011b, pp. 829-836.
- FEATHERSTONE, M. - LASH, S. - ROBERTSON, R., *Global modernities*, Thousand Oaks, Sage, 1995.
- FERRAJOLI, L., *La democrazia attraverso i diritti*. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico, Roma-Bari, Laterza, 2013a.

- _____. *Dei diritti e delle garanzie*. Conversazione con Mauro Barberis, Bologna, Il Mulino, 2013b.
- _____. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. In: *Doxa*. Cuadernos de filosofía del derecho. 34 (2011), p. 15/53.
- _____. *Principia iuris: teoria del diritto e dela democrazia*, vol. 2, Teoria della democrazia, 2ª ed., Roma-Bari, Laterza, 2009.
- _____. *Diritti fondamentali*. Un dibattito teorico, 3ªed., Roma-Bari, Editori Laterzi, 2008.
- _____. *Democracia y garantismo*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.
- _____. *Principia iuris: teoria del diritto e dela democrazia*, vol. 1, Teoria del diritto, Roma-Bari, Laterza, 2007.
- _____. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale, Roma-Bari, Editori Laterza, 2000.
- FERRARA, G., *La costituzione*. Dal pensiero politico alla norma giuridica. Milano: Feltrinelli, 2006.
- _____. *Costituzione e revisione costituzionale nell'età della modalizzazione*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, II, Padova, CEDAM, 1998.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha - ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 31-56.
- FERRONE, V., *Storia dei diritti dell'uomo*. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni, Bari, Laterza, 2014
- FIORAVANTI, M., *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- _____. *Costituzione e popolo sovrano*. La costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno, Bologna, Il Mulino, 2012.
- _____. *Costituzionalimo*. Percorsi della storia e tendenze attuali, Roma-Bari, Laterza, 2009a.
- _____. *Il valore dela Costituzione*, L'esperienza della democrazia repubblicana, Bari, Laterza, 2009b.
- _____. *Appunti di storia dele costituzioni moderne*, Le libertà fondamentali, Torino, Giappichelli, 1995.
- _____. *Costituzione e Stato di diritto*, in *Filosofia politica*, 2/1991, pp. 325 sgg.
- FLORENZANO, D. - RE, D. B. - CORTESE, F., *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*. Un'introduzione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2012.
- FONTANA, S., *Per una politica dei doveri dopo il fallimento della stagione dei diritti*, Siena, Edizioni Cantagalli, 2006.
- FORTI, S., *La filosofia di fronte all'estremo. Totalitarismo e riflessione filosofica*, Torino, Einaudi, 2004.
- FORTUNA, Carlos (a cura di), *Cidade, cultura e globalização*, Lisboa, Celta, 1997.
- FRIEDMAN, Jonathan, *Cultural identy and global process*, London, Sage, 1994.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, *O controle judicial de políticas públicas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de, *Direitos Fundamentais*. Limites e restrições, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.
- FRIEDRICH, C. J., *L'uomo, la comunità, l'ordine politico*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- FROSINI, V., *Dovere*, in *Novissimo Digesto*, VI, Torino, 1957, 302 ss..

- GALUPPO, Marcelo Campos, *Hermenêutica constitucional e pluralismo*. In: *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (a cura di), Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 47-65.
- GANDHI, M., Letter Addressed to the Director-General of Unesco, in *Human Rights. Comments and Interpretations*, Columbia University Press, 1949, p. 18.
- GARAPON, A., *Lo Stato minimo*. Il neoliberalismo e la giustizia, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2012.
- GEMMA, G., Doveri costituzionali e giurisprudenza della corte, R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 365-385.
- GENTILE, E., *Il fascismo in tre capitoli*, Roma-Bari, Laterza, 2004.
- GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale d'Italia 1848/1948*, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- GIANNINI, M.S., *Diritto amministrativo*, III, II, Milano, 1993, 68 ss.
- GIDDENS, A., *Le conseguenze della modernità: fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Bologna, Il Mulino, 2006.
- GIUFFRÈ, F., I doveri di solidarietà sociale, in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 3-51.
- GIULIANI, A. - PICARDI, N., *La responsabilità del giudice*, Milano, Giuffrè, 1995.
- GÓIS, Veruska Sayonara de, Deveres fundamentais: em busca de modelos conceituais e operacionais para a Constituição Brasileira de 1988, in: A. C. Bonifacio, Vladimir da Rocha França, A. S. D. (a cura di), *Novas tendências do direito constitucional: em homenagem ao professor Paulo Lopo Saraiva*, Curitiba, Juruá, 2011.
- GOYARD-FABRE, S., *Philosophe critique et raison juridique* (2004); tr. port. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, *Filosofia crítica e razão jurídica*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- _____. *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, tr. port. Irene A. Paternot, *Os princípios filosóficos do direito político moderno*, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- GOZZI, G., Storia e prospettive del costituzionalismo, in *La filosofia del diritto costituzionale e i problemi del liberalismo contemporaneo*, a cura di G. Bongiovanni, Bologna, Clueb, 1999.
- _____. Estado contemporâneo, in: Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino (a cura di), *Dicionário de política*, 2ª ed., Brasília, UnB, 1986, p. 401-409.
- GRAU, Eros Roberto, *O direito posto e o direitos pressuposto*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- _____. *Por que tenho medo dos juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios), 6ª ed, São Paulo, Malheiros, 2013.
- GRASSO, G., L'ambiente come dovere pubblico «globale»: qualche conferma nella giurisprudenza del giudice delle leggi?, in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 3-51.
- GROSSI, P., *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- _____. *Lo Stato moderno e la sua crisi*. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, LXI (2011), fasc. I.
- _____. *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008.

- _____. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.
- _____. (a cura di), *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 28 (1999).
- GRUPO DE LISBOA, *Limites à competição*, Lisboa, Publicações Europa-América, 1994.
- GUASTINI, R., *Interpretare ed argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011.
- _____. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Miguel Carbonell, México, Porrúa, 2010.
- _____. *Nuovi studi sull’interpretazione*, Roma, Aracne, 2008.
- _____. *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.
- _____. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998.
- _____. *Quindici lezioni di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992.
- _____. *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1990.
- _____. *Doveri pubblici*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 1 ss..
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, A pós-modernidade do direito constitucional: da gestação em Weimar à queda do muro de Berlim e subsequente colapso das torres gêmeas. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Daniel Sarmento (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 633-655.
- HÄBERLE, P., *Dies Verfassung des Pluralismus, Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (1980); tr. esp. Emilio Mikunda-Franco, *Pluralismo y Constitución*. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta, Madrid, Editorial Tecnos, 2008a.
- _____. Constituição “a partir da cultura” e Constituição “enquanto cultura” – um projeto científico para o Brasil. In: *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*, Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, Bruno Costa Teixeira, Paula Castello Miguel (a cura di), Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008b, pp. 79-108.
- _____. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), tr. it. a cura di J. Luther, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001.
- _____. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- _____. *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it. a cura di P. Ridola, Roma, Nis, 1993.
- HABERMAS, J., *Questa Europa è in crisi*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1, 2ª ed., trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003a.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 2, 2ª ed., trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003b.
- HAMILTON, A. - MADISON, J., JAY, J., *The Federalist with Letters of «Brutus»*, ed. by T. Ball, Cambridge University Press, 2003; tr. it. *Il Federalista*, Bologna, Il Mulino, 1997.
- HAMILTON, W. H., "Constitutionalism," *Encyclopedia of the Social Sciences*, vol. 4, 1935, pp. 255-259.
- HARRINGTON, J., *The Commonwealth of Oceana and a System of Politics*, ed. By J.G.A Pocock, Cambridge University Press, 1992.
- HART, H. L. A., *O conceito de direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HEGEL, G. W. F., *Die Verfassung Deutschlands (1799-1802)*, in Id., *Schriften zur Politik und Rechtsphilosophie*, ed. G. Lasson, Leipzig, 1923; tr. it. *La Costituzione*

- della Germania, in Id., *Scritti storici e politici*, a cura di D. Losurdo, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- _____. *Verhandlungen in der Versammlung der Landsänd des Königsreichs Württemberg* (1817), in Id., *Gesammelte Werke*, vol. XV, *Schriften und Entwürfe I*, ed. F. Hogemann und Ch. Jamme, Hamburg, 1990; tr. it. *Valutazione degli atti a stampa dell'assemblea dei deputati del regno del Württemberg*, in Id., *Scritti storici e politici*, a cura di D. Losurdo, Roma-Bari, Laterza, 1997.
- HESPANHA, A. M., *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, 2ª ed, Coimbra, Almedina, 2009.
- HESSE, K., *A força normativa da constituição*, trad. port. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HOBBS, T., *Leviathan*, ed. By R. Tuck, Cambridge University Press, 1991, trad. it. *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, a cura di A. Pacchi, trad. di A. Lupoli, M. V. Predeval Magrini, R. Rebecchi, Roma-Bari, Laterza, 2014 (1989).
- HOTMAN, F., *Franco-Gallia*, eds. R.E. Giesey and J. H. M. Salmon, Cambridge, 1972.
- HOMEM, A. P. B., *O justo e o injusto*, Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito Lisboa, 2001.
- INCAMPO, A., *Sul dovere giuridico*, Bari, Cacucci Editore, 2011.
- IPPOLITO, D., *Diritti e potere. Indagini sull'illuminismo penale*, Roma, Aracne, 2012.
- _____. *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un'illuminista*, Milano, Giuffrè, 2008.
- IRTI, N., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2011.
- JAMESON, F. - MIYOSHI, M. (a cura di), *The cultures of globalization*, Durham, Duke University Press, 1998.
- JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1900; Id., *Die Politik des Absolutismus und die des Radikalismus (Hobbes und Rousseau)* (1891), in Id., *Ausgewählte Schriften und Rden*, II, Berlin, 1911, repr. Aalen, 1970; ID, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), in Id., *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, ed. R. Schnur, Darmstadt, 1964; tr. it. *La Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, a cura di D. Nocilla, Milano, Giuffrè, 2002.
- JEVEAUX, GEOVANY CARDOSO, *Direito Constitucional. Teoria da constituição*. Rio de Janeiro, Forense, 2008.
- JONAS, H., *Das prinzip Verantwortung* (1979), tr. it. Pier Paolo Portinaro, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, Einaudi, 2012.
- KANT, I., *Über den Gemeinspruch: «Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis»* (1793); tr. it. *Sopra il detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, in Id., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo e V. Mathieu, Torino, Utet, 2010.
- _____. *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795); tr. it. *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico*, a cura di R. Bordiga, Milano, Feltrinelli, 2013.
- _____. *Metaphysik der Sitten* (1797); tr. it. *La metafisica dei costumi*, a cura di G. Vidari, Roma-Bari, Laterza, 2014.
- KAUFMANN, A., *Filosofia do direito*, 4ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- KAUFMANN, M., *Diritti umani*, Napoli, Alfredo Guida Editore, 2009.
- KELSEN, H., *Teoria pura do direito*, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- _____. *Jurisdição constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

- KENYON, J. P., *The Stuart Constitution 1603-1688: Documents and Commentary*, Cambridge, 1969.
- KUHN, T. S., *The structure of scientific revolutions* (1962), trad. port. *A estrutura das revoluções científicas*, a cura di de B. V. Boeira e N. Boeira, 9ª ed., São Paulo, Perspectiva, 2009.
- LARENZ, K., *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 2001.
- LEAL, Aurelino, *História constitucional do Brasil*, ed. fac-similar, Brasília, Senado Federal, 2002.
- LEIBHOLZ, G., *Il diritto costituzionale fascista*, Napoli, Guida Editori, 2007.
- LEITE, George Salomão, A difícil arte de ponderar o imponderável: reflexões em torno da colisão de direitos fundamentais e da ponderação de valores. In: *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (a cura di), Salvador, Editora JusPodivm, 2011, pp. 441-488.
- _____. Dever e dignidade humana na fundamentação da metafísica dos costumes de Immanuel Kant. In: *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (a cura di), Salvador, Editora JusPodivm, 2011, pp. 489-502.
- LEITE, George Salomão - SARLET, Ingo Wolfgang - CARBONELL, Miguel (a cura di), *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, Salvador, Editora JusPodivm, 2011.
- LIMA, Francisco Gérson Marques de, Os deveres constitucionais: o cidadão responsável, in: Paulo Bonavides; Francisco Gérson Marques de Lima; Fayga Silveira Bedê (a cura di), *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho*, São Paulo, Malheiros, 2006.
- LIMONE, G. (a cura di), *La domanda di libertà, l'offerta di responsabilità*, Milano, Franco Angeli, 2013.
- _____. *La responsabilità di essere liberi, la libertà di essere responsabili*, Milano, Franco Angeli, 2012.
- LIPOVETSKY, G., *O crepúsculo do dever. A ética indolor dos novos tempos democráticos*, Lisboa, Dom Quixote, 2004.
- LOCKE, J., *Two Treatises of Government*, ed. By P. Laslett, Cambridge University Press, 1960; tr. it. *Due trattati sul governo e altri scritti politici*, a cura di L. Pareyson, Torino, Utet, 1982.
- LOEWENSTEIN, K., *Metodologia da ciência do direito*, 3ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- _____. *Teoría de la constitución*, trad. Alfredo do Gallego Anabitarte, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1970.
- LOMBARDI, G. M., I doveri costituzionali: alcune osservazioni, in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 394-402.
- _____. *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giufrè Editore, 1967.
- _____. *Potere privato e diritti fondamentali*, Milano, Giufrè Editore, 1970.
- LOSURDO, D., *Controstoria del liberalismo*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 10ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2011a.
- _____. *Los derechos fundamentales*, 10ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2011b.
- LUTHER, J., I doveri di chi giudica il giudice dei doveri, in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 394-402.
- MACHIAVELLI, N., *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, in ID., *Opere*, a cura di S. Bertelli e F. Gaeta, Milano, 1960-1969.

- _____. *Il principe*, Luigi Firpo (a cura di), Torino, Einaudi, 1961.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de, Submissões, permissões e pactos: democracia, constituição e a alternativa do Estado plurinacional. In: *Direito das futuras gerações*, Daury Cesar Fabriz, Julio Pinheiro Faro, Paulo Roberto Ulhoa, Jovacy Peter Filho, Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes, Heleno Florindo da Silva (a cura di), Vitória, Cognorama, 2013, pp. 393-411.
- MAIA, Antonio Cavalcanti, Nos vinte anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento, Gustavo Binbenbajt (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 117-168.
- MAIA, Antonio Cavalcanti - MENEZES, Tarcísio, Republicanismo contemporâneo, constituição e política. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Daniel Sarmento (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 29-54.
- MAINO, Carlos Alberto Gabriel, Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (a cura di), Salvador, Editora JusPodivm, 2011.
- MAJORANA, G., Il dovere di solidarietà e le generazioni future, in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 403-413.
- MANFREDINI, M., *Il diritto imperiale d'Italia*, in "Rivista penale", 1938, pp. 792-804.
- MANGONI, L., Cultura giuridica e fascismo. *Il diritto pubblico italiano*, in "Cultura e società negli anni del fascismo", Milano 1987.
- MARTINELLI, C., *Le radici del costituzionalismo*. Idee, istituzioni e trasformazioni dal Medioevo alle rivoluzioni del XVIII secolo, Torino, Giappichelli, 2011.
- MATTARELLI, Sauro (a cura di), *Il senso della repubblica*. Doveri, Milano, FrancoAngeli, 2007a.
- _____. (a cura di), *Il senso della repubblica*. Frontiere del repubblicanesimo, Milano, FrancoAngeli, 2007b.
- MATTEUCCI, N., *Lo Stato moderno*. Lessico e percorsi, Bologna, Il Mulino, 2011.
- _____. *Breve storia del costituzionalismo*, Brescia, Morcelliana, 2010.
- _____. *Il liberalismo*, Bologna, Il Mulino, 2005.
- _____. *La Costituzione statunitense ed il moderno costituzionalismo*. In: *Costituzione Statunitense e il suo significato odierno*, Bologna, Il Mulino, 1989.
- MAURO, E. - ZAGREBELSKY, G., *La felicità della democrazia*. Un dialogo. Roma- Bari, Editori Laterza, 2012.
- MAUS, I., O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã", trad. port. Martônio Lima e Paulo Albuquerque, *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, nov. de 2000.
- MAZZACANE, A. (a cura di), *Diritto, economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, Nomos, 2000.
- MAZZAMUTO, S., *Ebraismo e diritto della prima emancipazione all'età della Repubblica*, in VIVANTI, C. (a cura di), *Gli ebrei in Italia. Dall'emancipazione a oggi*, Annali 11, Torino, Einaudi, 1997, pp. 1765-1827.
- MAZZARESE, T., *Diritti fondamentali e neocostituzionalismo: un inventario di problemi*, in: MAZZARESE, T. (a cura di.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 01-69.
- MAZZARESE, T. - PAROLARI, P. (a cura di), *Diritti fondamentali*. Le nuove sfide, Torino, Giappichelli Editore, 2010.

- MAZZINI, G., *Dei doveri dell'uomo*. Fede e avvenire, Paolo Rossi (a cura di), Milano, Mursia, 2011.
- MCILWAIN, C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1947), trad. it. *Costituzionalismo antico e moderno*, a cura di N. Matteucci, Bologna, Il Mulino, 2010.
- MERCADANTE, F., *Dovere giuridico (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 59 ss..
- MIRANDA, J., *Manual de direito constitucional*, Tomo I, Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais, 7ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- _____. *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, Direitos fundamentais, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Droit Constitutionnel International*. Paris: Sirey, 1933.
- MOCCIA, L. (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza europea*, Milano, Franco Angeli, 2010.
- MOCCIA, S., *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- MODUGNO, F. (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, seconda edizione, Torino, G. Giappichelli Editore, 2010.
- _____. *I "nouvi diritti" nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995.
- MOHNHAUPT, H. - GRIMM, D., *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart* (2002), trad. it. *Costituzione*. Storia di un concetto dall'antichità a oggi, Roma, Carocci, 2008.
- MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, in Id., *Ouvres complètes*, ed. D. Oster, Paris, 1963; tr. it. *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, 1965.
- MORAIS, José Luis Bolzan de, VIEIRA, Gustavo de Oliveira, O futuro dos direitos humanos e o constitucionalismo do futuro, in: *Direito das futuras gerações*, Daury Cesar Fabriz, Julio Pinheiro Faro, Paulo Roberto Ulhoa, Jovacy Peter Filho, Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes, Heleno Florindo da Silva (a cura di), Vitória, Cognorama, 2013, pp. 27-43.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa, O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição, *Revista Forense*, v. 304, ano 84, p. 151-155, outubro-dezembro, 1988.
- MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, X, I, Padova, 1991, 157 ss..
- MOSCARINI, A., Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali, in R. Nania, P. Ridola, P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, volume I, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 159-208.
- MÜLLER, F., *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, trad. port. Peter Naumam, São Paulo, Max Limonad, 1998.
- _____. *Teoria estruturante do direito*, 2ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *O novo paradigma do direito*. Introdução à teoria e metódica estruturantes, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- NABAIS, J. C., *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudo sobre direitos e deveres fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.
- NANIA, R., *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, Giappichelli, 1989.
- NANIA, R., RIDOLA, P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, volume I, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001.
- _____. *I diritti costituzionali*, volume II, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001.

NEQUETE, Lenine, *O Poder Judiciário no Brasil a partir da independência*, Porto Alegre, Sulina, 1973, v. 2 (República).

NEVES, M., *Transconstitucionalismo*, São Paulo, Martins Fontes, 2009.

NICOLETTI, A., *Constitutiones principium*, in *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da A. Azara e E. Eula, Torino, 1959, IV, p. 295/297.

NOGUEIRA, Alberto, *A jurisdição das liberdades públicas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições brasileiras: 1824*, Brasília, Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

NOVAIS, J.R., *Direitos sociais*. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, Coimbra, Coimbra Editora, 2010a.

_____. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010b.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas, in: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento, Gustavo Binenbojm (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 229-254.

_____. O tempo da Constituição: a legitimidade da Constituição entre o direito e a política vinte anos depois, in: *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*, Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, Bruno Costa Teixeira, Paula Castello Miguel (a cura di), Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008, pp. 13-29.

_____. Jurisdição Constitucional: poder constituinte permanente?, in: *Hermenêutica e jurisdição constitucional*, José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (a cura di), Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 67-91.

ONIDA, V., *La Costituzione*. La legge fondamentale della Repubblica, Bologna, Il Mulino, 2011.

OST, F., Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez, *Doxa*, n. 14, p. 169-194, 1993. Disponível in: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 10 aprile 2015.

OTERO, P., *Instituições políticas e constitucionais*, vol. I, Coimbra: Almedina, 2009.

PACE, A., *I limiti del potere*, Napoli, Jovene editore, 2008.

_____. Le libertà individuali, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, 20 ss.

PACIOTTI, E., Diritti umani, diritti fondamentali, nuovi diritti in Europa, in *Diritti fondamentali*. Le nuove sfide, Tecla Mazzaresse e Paola Parolari (a cura di), Torino, G. Giappichelli Editore, 2010, pp. 35-43.

PAGALLO, U., *Il diritto nell'età dell'informazione*. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti, Torino, G. Giappichelli Editore, 2014.

PALOMBELLA, L., *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2010.

PANI, M., *Il costituzionalismo di Roma antica*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

PAROLARI, P., La tutela dei diritti fondamentali nelle società multiculturali, in: T. Mazzaresse, P. Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali*. Le nuove sfide, Torino, Giappichelli Editore, 2010, pp. 45-63.

- PECES-BARBA, G. (a cura di), *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Debate, 1987.
- PELICO, S., *Dei doveri degli uomini*. Discorso a un giovane, Verona, Fede e Cultura, 2011.
- PETERSMANN, E., Multilevel governance of interdependent public goods in the 21st century: from national to multilevel and cosmopolitan constitutionalism, n: *Direito das futuras gerações*, Daury Cesar Fabriz, Julio Pinheiro Faro, Paulo Roberto Ulhoa, Jovacy Peter Filho, Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes, Heleno Florindo da Silva (a cura di), Vitória, Cognorama, 2013, pp. 65-85.
- PERELMAN, C., *Ética e direito*, trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvao, 2^a ed., São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- PINELLI C., Libertà e responsabilità, Relazione al Convegno ISLE-CENSIS “*Etica e responsabilità. Principi fondamentali e società civile in Italia*”, 8 giugno 2010.
- PINO, G., *Diritti e interpretazione*. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale, Bologna, Il Mulino, 2010.
- _____. *Il Diritto all'identità personale: interpretazione costituzionale e creatività giurisprudenziale*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- _____. *The place of legal positivismo giuridico*, in «Law and Philosophy», vol. 18, 1999, pp. 513-536.
- PINTO, I. M., *Costituzione e fraternità*. Una teoria della fraternità conflituale: “come se fossimo fratelli”, Napoli, Jovene Editore, 2011.
- _____. Doveri e formazioni sociali. Il dovere di fedeltà alla repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri), in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 3-51.
- PINTORE, A., Diritti insaziabili, in: L. FERRAJOLI (a cura di), *Diritti fondamentali*. Un dibattito teorico, 3^a ed., Roma-Bari, Editori Laterzi, 2008, pp. 179-200.
- PIZZOLATO, F. - BUZZACCHI, C., *Doveri costituzionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Torino, 2008, 319 ss..
- PLATONE, *Politico*, in *Opere complete 2*, trad. di L. Minio-Paluello, M. Valgimigli, A. Zadro, Roma-Bari: Laterza, 2005.
- _____. *La Repubblica*, In *Opere complete 6*, trad. di F. Sartori, C. Giarratano, Roma-Bari: Laterza, 2003.
- _____. *Leggi*, In *Opere complete 7*, trad. di C. Giarratano, A. Zadro, F. Adorno, Roma-Bari: Laterza, 2001.
- POGGE, T., *World poverty and Human Rights*. Cosmopolitan responsibilities and reforms (2002); tr. it. Daniele Botti, *Povertà mondiale e diritti umani*. Responsabilità e riforme cosmopolite, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.
- POZZOLO, S., *Neconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional*, in *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 21, 1998, pp. 355-370;
- _____. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.
- QUEIROZ, C., *Direitos fundamentais*. Teoria geral, 2^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- RAWLS, J., *Uma teoria da justiça*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- RAZ, J., *O conceito de sistema jurídico*. Uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos, São Paulo, Martins Fontes, 2012.
- _____. *Razão prática e normas*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010.
- RAZ, J. - ALEXY, R. - BULYGIN, E., *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.

- REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito: situação atual*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994.
- REBUFFA, G., *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, Giappichelli, 1990.
- RENTELN, A., *International Human Rights: Universalism Versus Relativism*, Newbury Park, Sage Publications, 1990.
- RESTA, E., *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, Laterza, 2011.
- _____. *Diritto vivente*, Roma-Bari, Laterza, 2008.
- RIDOLA, P., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010.
- _____. *Diritti fondamentali. Un'introduzione*. Torino: Giapichelli, 2006.
- RIFKIN, J., *The age of access: the new culture of hypercapitalism, where all of life is a paid-for experience*, Tarcher/Putnam, New York, 2000, trad. it., *L'era dell'accesso*, Mondadori, Milano, 2000.
- ROBERTSON, R., *Globalization*, London, Sage, 1992.
- RODOTÀ, S., *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2014.
- _____. *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2012.
- _____. *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Roma, Donzelli Editore, 2011.
- _____. *Perchè Laico*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.
- _____. *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.
- ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946.
- _____. *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, pp. 91 ss.
- ROUSSEAU, J. J., *Le contrat social (1762)*; trad. it. *Il contratto sociale*, V. Gerratana (a cura di), Torino, Einaudi, 2005.
- RUGGERI, A., *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della costituzione (note minime a margine di un convegno)*, in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 551-567.
- RUOTOLO, M., *Le libertà di riunione e di associazione*, in R. Nania, P. Ridola, P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, volume II, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 469-516.
- _____. *A mo' di introduzione*. In: M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 1-14.
- _____. *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.
- _____. *Dignità e carcere*, 2ª ed., Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- _____. *Interpretare nel segno della Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.
- SALIM, Alexandre A., *O garantismo de Ferrajoli entre validade formal e validade substancial: o direito penal como modelo jurídico do paradigma garantista*. In: Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso, Roberto Victor Pereira Ribeiro, *Questões relevantes do direito penal e processual penal*, Porto Alegre, Magister, 2012, pp. 17-45.
- SALVEMINI, G., *Fu l'Italia pré-fascista uma democracia?*, in *Il Ponte*, 1952.
- SAMPAIO, José Adércio Leite, *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002
- SANCHÍS, L. P., *Constitucionalismo y positivismo*, Mexico, Fontamara, 1997.
- _____. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2013.

- SANDEL, M. J., *O liberalismo e os limites da justiça*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- _____. *Justice. What's the right thing to do?*, New York, FSG, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (a cura di), *A globalização e as ciências sociais*, 3ª ed., São Paulo, Cortez, 2005a.
- _____. Os processos de globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (a cura di), *A globalização e as ciências sociais*, 3ª ed., São Paulo, Cortez, 2005b, pp. 25-102.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 8ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang - FENSTERSEIFER, Tiago, Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito, *Revista de Direito Ambiental*, vol. 73, p. 47, jan., 2014.
- _____. Deveres fundamentais ambientais – a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental, *Revista de Direito Ambiental*, vol. 67, p. 11, jul., 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang - MARINONI, Luiz Guilherme - MITIDIERO, Daniel, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SARMENTO, Daniel, O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Daniel Sarmento (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 113-146.
- _____. *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.
- SASSEN, Saskia, *The global city: New York, London, Tokyo*, Princeton, Princeton University Press, 1991.
- SCHAUER, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SCHIERA, P., Estado moderno. In: Norberto Bobbio; Nicola Matteucci; Gianfranco Pasquino (a cura di), *Dicionário de política*, 2ª ed., Brasília, UnB, 1986.
- SCHWARZENBERG, C., *Diritto e giustizia nell'Italia fascista*, Milano, Ugo Mursia Editore, 1976.
- SEN, A., *Desenvolvimento como liberdade*, trad. Laura Teixeira Motta, São Paulo, Companhia das Letras, 2010.
- _____. Elements of a Theory of Human Rights' in *Philosophy and Public Affairs*, vol. 32 n. 4, 2004, pp. 315-356.
- SERGES, G., Principi in tema di giurisdizione, in: Franco Modugno (a cura di), *Lineamenti di diritto pubblico*, 2ª ed., Torino, G. Giappichelli Editore, 2010, pp. 625-658.
- SIEYÈS, E.-J., *Qu'est-ce que le Tiers-Etat? (1789)*; tr. it. *Che cosa è il Terzo Stato?*, a cura di U. Cerroni, Roma, Editori Riuniti, 1992.
- SILVESTRI, G., *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, Laterza, 2009.
- SKLAIR, Leslie, *Sociology of the global system*, London, Harvester Wheatsheaf, 1991.
- SMITH, T., *De Republica Anglorum*, Ed. M. Dewar, Cambridge, 1982.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco, História breve do constitucionalismo no Brasil. In: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 253-304.

- SOLAZZI, G., *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1929.
- SPADARO, A., *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2005.
- _____. Sul necessario carattere «globale» (e non solo interno) dei doveri nello stato costituzionale contemporaneo, in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 462-468.
- SUSTEIN, C. R., *Designing Democracy* (2001); tr. it. Valeria Ottonelli, *A cosa servono le Costituzioni*. Dissenso politico e democrazia deliberativa, Bologna, Il Mulino, 2009.
- _____. *A constitution os many minds*. Why the founding document doesn't mean what it meant before, New Jersey, Princeton University Press, 2009.
- _____. *Il diritto della paura*. Oltre il principio di precauzione, Bologna, Il Mulino, 2010.
- STANCATI, P., Il dovere tributario, in R. Nania, P. Ridola, P. (a cura di), *I diritti costituzionali*, volume II, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 789-845.
- STRECK, Lenio Luiz, O estado da arte da interpretação do direito nos vinte anos da Constituição do Brasil. In: *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*, Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, Bruno Costa Teixeira, Paula Castello Miguel (a cura di), Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008, pp. 49-78.
- _____. A crise paradigmática do Direito no contexto da resistência positivista ao (neo)constitucionalismo. In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, Claudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 203-228.
- _____. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.
- _____. O livre convencimento e sua incompatibilidade com o dever de accountability hermenêutica: o sistema acusatório e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal. In: *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet, Miguel Carbonell (a cura di), Salvador, Editora JusPodivm, 2011, pp. 625-659.
- _____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, 4 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.
- TABACCO, G. - MERLO, G.G., *Medievo* (V-XV secolo), Bologna, Il Mulino, 1989.
- TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976.
- TARUFFO, M., Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción, in: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31 (2008). pp. 383-392, www.cervantesvirtual.com, acesso em 10/04/2015.
- TAVARES, André Ramos, *Curso de direito constitucional*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.
- _____. A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição brasileira. In: *Direito constitucional: teoria geral da constituição*, Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso (a cura di), São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 607-639.
- TORRES, Ricardo Lobo, A jurisprudência dos valores. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Daniel Sarmento (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 503-526.

- TRAMPUS, A., *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Roma-Bari, Laterza, 2009.
- TRAVERSO, E., *Il totalitarismo*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- TRENTIN, S., *Diritto e democrazia. Scritti sul fascismo (1928-1937)*, a cura di A. Ventura, Venezia, Marsilio, 1988.
- TROPER, M., *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVIII, n. 1, 1988, p. 61 e ss..
- ULLMANN, W., *The individual and society in the middle ages*, Baltimore, 1966; trad. it. *Individuo e società nel medioevo*, Roma-Bari: Laterza, 1983.
- VENTURA, L., *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, A. Giuffrè, 1984.
- VERDÚ, P. L., *El sentimiento constitucional*, Madrid, Reus, 1985.
- VIEIRA, Oscar Vilhena, *Supermocracia*. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Daniel Sarmiento (a cura di), Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2009, pp. 483-502.
- VILLEY, M., *Le droit et les droits de l'homme*. Paris: Quadrige/Puf, 2009.
- _____. *A formação do pensamento jurídico moderno*, 2ª ed., trad. Claudia Berliner, São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- VIOLINI, L., I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la corte costituzionale, in: R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, pp. 517-532.
- VITALE, E., *Difendersi dal potere*. Per una resistenza costituzionale, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.
- VIROLI, M., *Repubblicanesimo*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1999.
- _____. *L'Italia dei doveri*, Milano, Rizzoli, 2008.
- WARAT, Luís Alberto, *O direito e sua linguagem*, 2ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995.
- ZAGREBELSKY, G., *Contro la dittatura del presente*. Perché è necessario un discorso sui fini, Roma-Bari, Laterza, 2014.
- _____. *Imparare democrazia*, 11ª ed., Torino, Einaudi, 2011.
- _____. *Contro l'etica della verità*, 11ª ed., Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.
- _____. *Intorno alla legge*. Il diritto come dimensione del vivere comune. Torino, Einaudi, 2009.
- _____. *La virtù del dubbio*. Intervista su etica e diritto, Geminello Preterossi (a cura di), Roma-Bari, Editori Laterza, 2007.
- _____. *Il diritto mite*. Legge, diritti e giustizia, Torino, Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY, G. - MARCENÒ, V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes, *O valor vinculante dos precedentes*, Salvador, Jus Podivm, 2015.
- ZANOTTI, Bruno Taufner, A investigação policial constitucionalizada, in *Delegado de polícia em ação*. Teoria e prática no Estado Democrático de Direito, Bruno Taufner Zanotti – Cleopas Isaías Santos (a cura di), 3ª ed., Salvador, Juspodivm, 2015, pp. 33-76.
- _____. A investigação policial constitucionalizada, in *Delegado de polícia em ação*. Teoria e prática no Estado Democrático de Direito, Bruno Taufner Zanotti – Cleopas Isaías Santos (a cura di), 2ª ed., Salvador, Juspodivm, 2014, pp. 21-55.
- ZOLO, D., *Fondamentalismo umanitario*, in: M. Ignatieff, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003.