

# NASCITA', MORTE E TRASFIGURAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO: APPUNTI DI UN COMPARATISTA

Por ANTONIO REPOSO\*

## SOMMARIO

1. COSTITUZIONALISMO E COSTITUZIONE.—2. L'ESPORTAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO.—3. STATO E SOVRANITÀ.—4. LA COSTITUZIONE TRA POSITIVISMO E DOGMATICA.—5. NEOPOSITIVISMO LOGICO.—6. LO STATO SOCIALE.—7. COSTITUZIONE IDEALE E COSTITUZIONE INTERNAZIONALE.—8. IL NEOCOSTITUZIONALISMO.

### 1. COSTITUZIONALISMO E COSTITUZIONE

È ben noto ai cultori del diritto pubblico comparato l'acceso dibattito sviluppatosi all'inizio del secolo scorso tra Georg Jellinek ed altri chiari studiosi in ordine alle reciproche interazioni tra l'esperienza costituzionale nord-americana di fine '700 e le Carte costituzionali della Rivoluzione francese.

Senza che sia necessario in questa sede riproporre e chiosare le opposte tesi, resta comunque accertato che le Costituzioni delle tredici Colonie americane, divenute Stati sovrani, servirono come ponte di passaggio fra il diritto costituzionale inglese, ancora affidato alle fonti consuetudinarie, e i documenti costituzionali dei vari Stati continentali in Europa.

Bisogna peraltro riconoscere che le vicende costituzionali della Francia rivoluzionaria, nel loro slancio libertario, racchiudevano in sé una straordinaria forza emblematica e propulsiva. L'affermazione contenuta nell'art. 1 della Costituzione francese del 1791, secondo cui: «Gli uomini nascono e rimangono liberi ed eguali nei diritti» fu il proclama rivoluzionario e

---

\* Catedrático de Derecho público comparado de la Universidad de Padua. Desde el año 2001 ejerce la docencia en las disciplinas de Derecho constitucional de la Unión Europea y de Derecho parlamentario de la Unión Europea. Miembro del Comité científico de la Revista *Diritto pubblico comparato ed europeo*.

dirompente che ne determinò il successo. Sospinta da questo slogan, la rivoluzione liberale venne combattuta sotto la parola d'ordine della Costituzione e le Carte francesi si diffusero a macchia d'olio in tutta Europa, mano a mano che le varie Monarchie nazionali, poste in scacco dai movimenti popolari e dalle emergenti classi borghesi, cedevano il posto ai regimi paleoliberali.

Fu con il vento del costituzionalismo che la Costituzione entrò nel mare della storia come versione giuridica del giusnaturalismo e del contrattualismo, cioè delle teorie politiche e filosofiche elaborate da Locke e da Rousseau, onde garantire libertà ed eguaglianza dell'uomo, spezzando l'unitarietà del potere. In questo modo si spiega il fatto che, a quel tempo, si cominciò a identificare o, meglio, a confondere la Costituzione con il costituzionalismo, inteso come tecnica di governo a difesa dei diritti individuali contro l'ingiustizia e l'oppressione: tanto è vero che l'art. 16 della *Déclaration* affermava testualmente: «Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a pas de Constitution».

Così Pellegrino Rossi poteva definire la Costituzione: «la legge dei Paesi liberi» e lo studio del diritto costituzionale iniziò il suo cammino come attività divulgatrice di questa ideologia, piuttosto che come disciplina scientifica. La nascita e lo sviluppo politologico della nostra scienza si intrecciarono proprio con le sorti del costituzionalismo e ne furono largamente condizionati.

## 2. L'ESPORTAZIONE DEL COSTITUZIONALISMO

In Europa, i primi sviluppi costituzionali si ebbero nel periodo napoleonico, tra il 1796 e il 1799, in seguito alle campagne militari dell'esercito repubblicano francese. Messi alle corde dagli invasori, gli staterelli tributari della Francia rivoluzionaria approvarono le loro Carte costituzionali, dette giacobine o rivoluzionarie, tutte modellate sulla Costituzione francese dell'anno III e di cui l'armata francese aveva portato seco numerosi esemplari allo scopo di «democratizzare» i Paesi via via conquistati. Tale ad es. la Costituzione di Bologna del 4 dicembre 1796, poi sostituita da quella Cispadana; tale la Costituzione Cisalpina, promulgata l'8 luglio 1797 e anch'essa sostituita da un secondo testo l'anno successivo; tali le Costituzioni della Repubblica Ligure del 1797, della Repubblica Romana del 1798 e della Repubblica di Lucca del 1799.

Questa atmosfera rivoluzionaria, contrassegnata da un succedersi vorticoso di Costituzioni, stimolò l'interesse per lo studio del diritto costituzionale, facilitato dal fatto che i neofiti della materia avevano oramai a disposizione un corpo più o meno organico di norme da illustrare ai profani. L'aspettativa di una Costituzione scritta, cioè consacrata in una legge o

«Carta» fondamentale che garantisse irrevocabilmente i nuovi diritti, si coniugava con le istanze di emancipazione politica della gente comune.

Ma la stretta connessione con la politica condannava la giovane disciplina del diritto costituzionale a una vita effimera. Con le sconfitte delle truppe francesi essa scomparve infatti dal *curriculum* delle più prestigiose Università, condividendo l'ingloriosa fine di tutte le Costituzioni repubblicane.

Il Congresso di Vienna del 1815 interruppe del tutto il processo riformatore avviando il periodo della Restaurazione, allorché prese vigore una più ristretta concezione dei documenti costituzionali, definita «tradizionalista». Ma nulla poteva essere più come prima. Il ristabilimento degli antichi privilegi venne infatti ben presto osteggiato dai moti rivoluzionari tendenti ad imporre ai Sovrani la concessione di Costituzioni democratiche che, pur «graziosamente» elargite ai sudditi, erano tuttavia un vero e proprio patto sociale concluso tra due forze politiche, l'una ormai declinante e l'altra in rapida ascesa: da un lato, v'erano i Sovrani, tali «per grazia di Dio» prima ancora che «per volontà della Nazione»; dall'altro, quel ceto moderato liberale che in tutta Europa promosse il sorgere dello Stato liberale e che trovava nei Parlamenti censitari la rappresentazione dei suoi interessi mercantili.

Così, si poté assistere nell'Europa continentale ad una vera e propria fioritura di Carte costituzionali «ottriate» dai Monarchi. Ma in questo ciclo costituzionale la stessa parola «Costituzione» fu sostituita con «*Charte*», «Statuto» o, alla tedesca, *Verfassung*, a riprova del fatto che essa manteneva nel suo fondo un significato essenzialmente propagandistico, evocando un tipo di documento, o addirittura di manifesto, dove era accolto il programma del movimento demo-liberale: il che induceva dappertutto i primi veri costituzionalisti, quali Romagnosi, De Remusat e Stubbs, a metter assieme, con un certo dilettantismo, notizie storiche, materiali legislativi, considerazioni filosofiche e d'opportunità politica.

### 3. STATO E SOVRANITÀ

Ma la coincidenza tra Costituzione e costituzionalismo, fonte di equivoci che hanno a lungo inquinato lo studio del diritto costituzionale, è durata soltanto pochi decenni. Diversamente da quanto è accaduto negli Stati Uniti, nel continente europeo, con esclusione dell'esperienza inglese, l'evoluzione del costituzionalismo, dopo gli iniziali entusiasmi rivoluzionari, ha registrato infatti frequenti fratture durante il lungo periodo del liberalismo moderato. La Costituzione logico-teoretica cominciò a distinguersi da quella assiologica, cioè dal costituzionalismo, proprio quando il tema delle libertà passò in secondo ordine o, quanto meno, fu risolto in

negativo, essendo i diritti individuali considerati come un limite dell'auto-rità pubblica.

Fu in questa fase storica, mentre il costituzionalismo lasciava le sponde della politica per raccogliersi nell'ordine giuridico, che si conseguì un'idea scientifica della Costituzione tale da riunificarne le varie accezioni.

Ciò avvenne nella seconda metà dell'800 ad opera della grande Scuola tedesca del diritto pubblico, i cui Maestri ebbero per primi l'idea di liberare lo studio delle Costituzioni dalle incrostazioni storiche, etiche e, sopra tutto, apologetiche che lo avevano sino ad allora soffocato e reso giuridicamente inservibile, precludendogli l'ingresso tra le discipline scientifiche. Oltre al Gerber, anche Laband, Gneist, Georg Jellinek e il primo Jhering esprimevano, in buona sostanza, una vera e propria reazione dei giuristi-pubblicisti, i quali si proponevano di procedere ad una ricostruzione sistematica del diritto costituzionale.

La nuova concettualità fu articolata attorno alla nozione di Stato, nel senso che il potere originario e sovrano dello Stato, superiore e indipendente da ogni altro, venne reso autonomo da ogni principio esterno ad esso, fosse pure quello democratico. Il fulcro della nuova corrente di pensiero stava infatti nella sovranità, quale attributo esclusivo dello Stato e quale fondamento delle competenze attribuite ai vari organi costituzionali. Contrariamente a quanto normalmente si pensa, infatti, nelle proposte teoretiche di quella Scuola, la sovranità non spetta né al Sovrano né al popolo, ma si pone al di fuori dei singoli, ed è all'origine dei diritti soggettivi loro spettanti, non per nulla definiti «pubblici».

Nessuno nega che fu compiuto allora un significativo passo in avanti sul terreno delle garanzie. Nel momento in cui la legge, reputata la massima espressione della razionalità, si sostituiva al regolamento, l'amministrazione pubblica si vide infatti preclusa la facoltà di emanare ogni sorta di provvedimento che reputasse opportuno, libera da ogni intralcio formale ed obbligo di giustificazione, come le era consentito nel precedente Stato di polizia. Le sue attribuzioni, da esplicazione di pura forza, divengono nello Stato di diritto poteri limitati dalla legge, la quale riconosce l'autonomia dei singoli e instaura un vero e proprio rapporto giuridico tra due soggetti, uno dei quali è il cittadino e l'altro l'amministrazione pubblica (anche se, per la verità, la posizione delle due parti non è paritaria, in quanto lo Stato conserva in molti settori del diritto amministrativo veri e propri diritti di supremazia).

Lo Stato pone dunque la Costituzione e riconosce ai singoli uno spazio di libertà. Ma la sua forza appare così irresistibile da prevalere sugli stessi diritti individuali, che debbono conformarsi al potere pubblico: con la conseguenza che lo Stato di diritto è garantista fino ad un certo punto o, più precisamente, è garantista in senso negativo, limitandosi a tutelare l'ordine

e la sicurezza necessari per il libero e tendenzialmente incontrollato svolgimento delle libertà economiche.

#### 4. LA COSTITUZIONE TRA POSITIVISMO E DOGMATICA

La Costituzione diventa in questo modo tecnica organizzativa del potere e la scienza costituzionalistica descrive il potere in quanto disciplinato da regole speciali rispetto a quelle del diritto privato. Ma il metodo seguito dai fondatori del diritto pubblico non era poi molto diverso da quello praticato dai privatisti. L'orientamento da loro seguito aveva infatti la sua radice e il suo modello nella codificazione promossa da Napoleone agli inizi dell'800, quando le Facoltà giuridiche divennero Scuole di diritto, poste sotto il diretto controllo dell'autorità politica e aventi il compito di spiegare il *Code civil* come una specie di grammatica, secondo la distribuzione della materia seguita dal legislatore. A sua volta, il metodo «esegetico» era sostanzialmente quello logico-aristotelico, usato dai Glossatori medievali della compilazione giustiniana. Non per nulla esso fu affinato dalla Scuola storica del diritto, formata da romanisti come Puchta, Windscheid e Savigny. Questi giuristi, che pure erano molto attenti alla dimensione culturale del diritto, costruirono, attraverso una serie di schemi sillogistici, un edificio normativo coordinato e privo di lacune (per colmare le quali avevano apprestato apposite tecniche interpretative). La dimensione positivista e il formalismo logico consistevano nell'elaborare una genealogia di concetti giuridici, ovvero di dogmi sempre più generali e astratti, deducendoli sistematicamente dalle norme esistenti.

Lo Stato costituzionale ha rappresentato il punto di arrivo del diritto pubblico, come ordine giuridico razionale. Ma l'enfaticizzazione della onnipotenza statale, nello stesso momento in cui occultava dietro una forma armoniosa la realtà socio-politica sottostante, costituiva un condizionamento sullo stesso versante delle garanzie e delle libertà poste a base del costituzionalismo classico. Il primato del diritto oggettivo, prerogativa del legislatore, comportava, oltre che il sacrificio dei diritti naturali, la sottomissione alla legge delle altre funzioni statali. Sotto tale profilo, la Costituzione che rende il cittadino strumentale allo Stato fornisce un sistema tanto astratto quanto privo di valori sostanziali, tutto all'opposto del suo significato originario.

Non per nulla quella forma di Stato consentì a ristretti gruppi dominanti di giustificare giuridicamente l'esercizio del potere anche nei regimi totalitari che seguirono al crollo del liberalismo. Un esito tanto letale sul piano delle libertà era una logica conseguenza di una lettura totalizzante della fonte legge: lo Stato di diritto si sottopone infatti a norme che esso crea, ma che può anche discrezionalmente annullare. Se i diritti naturali vengo-

no rimodellati come il risultato di una concessione politica, allora lo Stato è liberissimo di limitarli o addirittura di cancellarli, rispettando le forme giuridiche e, in particolare, il principio di legalità.

## 5. NEOPOSITIVISMO LOGICO

La definitiva eclissi del costituzionalismo fu segnata dal neopositivismo logico di Hans Kelsen, nella misura in cui il grande giurista perfezionava l'imponente costruzione edificata dalla Scuola tedesca del diritto pubblico. La sua dottrina pura del diritto, risalendo nei suoi presupposti al pensiero di Wittgenstein e di Austin, giunse infatti a risolvere il diritto nella norma, considerata, quale che sia il suo contenuto concreto, soltanto come un giudizio ipotetico relativo ai comportamenti umani.

La ricerca di Kelsen si proponeva di isolare scientificamente i caratteri propri della giuridicità rispetto alla storia e alla stessa morale. Ma la preoccupazione di assicurare l'unicità dell'ordinamento giuridico, erigendolo appunto come un sistema di norme, fa prevalere nel suo pensiero la forma sulla sostanza: ogni regola, per appartenere al mondo del diritto, deve essere creata nei modi stabiliti da altre regole e la validità dell'ordinamento prescinde in linea di principio dal contenuto dei suoi comandi e anche dal fatto che i destinatari ubbidiscano ai comandi medesimi. La validità fa premio sull'efficacia.

In quest'ottica, il Kelsen fa consistere la Costituzione in «norme sulle norme» ovvero in «un insieme di norme giuridiche che possono venire modificate soltanto se si osservano speciali prescrizioni, la cui finalità è rendere più difficile la modificazione di tali norme». La funzione essenziale svolta dalla Costituzione rigida, cioè revisionabile soltanto con il ricorso a procedure aggravate, è dunque quella di regolare le forme della produzione giuridica

Si potrebbe addirittura trarre la conclusione, forse eccessiva, che la Costituzione in senso logico-teoretico precede la Costituzione positiva, anche se bisogna riconoscere che il normativismo, valido in astratto per tutti gli ordinamenti e per tutte le epoche, ha consentito alla dottrina costituzionale europea di delineare una gerarchia delle fonti e, sopra tutto, di rendere operativa la rigidità costituzionale. Anche nei Paesi di *civil law*, seppure con un percorso affatto diverso da quello seguito nel mondo anglosassone, è stato così possibile attribuire forza normativa alla Costituzione, i cui principi e le cui norme, all'atto in cui prevalgono sulle fonti subordinate e, in specie su quelle legislative, esplicano al massimo grado la loro efficacia, come già accadeva da cento anni negli Stati Uniti per il tramite del *judicial review of legislation*.

All'interno di questa impeccabile costruzione è emersa la necessità logica di individuare uno strumento che assicurasse la superiorità della Costituzione rispetto alle altre leggi: garanzia che è stata identificata in un potere diverso, autonomo ed indipendente da quello legislativo e dallo stesso potere giudiziario, ossia in un organo speciale, alle cui sentenze è affidato il sindacato sugli atti del legislatore alla luce della Costituzione. La Corte o il Tribunale costituzionale garantiscono la proporzione tra la legge e la Costituzione. Lo stesso Kelsen, esigendo molto di più che il mero rispetto della forma, afferma sul punto, esplicitamente e senza equivoci, che: «Il controllo di costituzionalità deve riguardare sia il procedimento con il quale l'atto è stato elaborato sia il suo contenuto, qualora le norme del grado superiore dispongano anche a questo riguardo». Sotto tale profilo, dietro la sua apparente agnosticità, la dottrina pura del diritto ha svolto una funzione garantista, che nel costituzionalismo anglosassone e, in specie, in quello nordamericano si lega ad una prospettiva processuale del diritto.

Nel corso del '900 la Costituzione ha cominciato a presentarsi anche in Europa come un raffinato sistema di tecniche giuridiche volte a disciplinare l'organizzazione politica e i diritti, efficacemente tutelati dalla giustizia costituzionale. Al processo di costituzionalizzazione delle fonti seguiva infatti l'abbandono del primato attribuito alla legge nello Stato liberale e la sua subordinazione ai valori della Costituzione, così come interpretati dalle Corti costituzionali.

Schiere di costituzionalisti, elaborando lo studio della giurisprudenza costituzionale mediante sofisticate categorie tecnico-giuridiche, inducevano a pensare che, dopo tutto, interpretare la Costituzione è un'operazione non molto diversa, anche se più complicata, di quella che si effettua per tutte le leggi.

## 6. LO STATO SOCIALE

Nel secolo scorso, la crisi e la trasformazione delle istituzioni demoliberali hanno largamente coinvolto e trasformato lo Stato di diritto.

Questa nuova rappresentazione del fenomeno statale era stata avviata nel primo dopoguerra, con il costituzionalismo repubblicano di Weimar e della II Repubblica spagnola, che vanamente esperimentarono il tentativo di integrare i gruppi sociali nello Stato pluriclasse, tant'è che furono drammaticamente travolti da regimi autocratici. Soltanto nel secondo dopoguerra lo Stato agnostico delle democrazie liberali, lo Stato delle libertà negative, è stato sostituito dallo Stato c.d. sociale, che si propone di «riformare la sua stessa società», costituzionalizzando i diritti sociali e rimuovendo per quanto possibile gli ostacoli di ordine economico-sociale che si frappongono al reale godimento delle libertà e dei diritti formalmente garantiti.

L'inserzione della socialità nello Stato di diritto, comprimendo il ruolo della economia nei confronti della politica, ha dato luogo ad un apparato che si inserisce nel gioco del mercato per orientarlo e correggerlo, quando non addirittura per parteciparvi in prima persona: una organizzazione del potere nella quale la preoccupazione di garantire il benessere materiale e spirituale dei cittadini introduce nel lessico costituzionale nuove modalità giuridiche, come ad es. le «azioni attive».

In questo modo, il materiale a disposizione del costituzionalista, nel divenire via via ricchissimo ed eterogeneo, ha cominciato via via ad eccedere la Costituzione scritta e le poche, durevoli leggi dello Stato liberale. Molte delle norme concernenti i diritti non figurano nel testo costituzionale, ma in leggi e provvedimenti subcostituzionali, entrando a comporre nel loro complesso quella che viene talora definita come «Costituzione sostanziale».

Gli stessi principi costituzionali sui diritti, a motivo della loro astrattezza e genericità, necessitano poi di essere specificati da fonti inferiori e, dunque, risentono largamente delle leggi attuative, incessantemente poste in essere dagli organi parlamentari per la loro implementazione

Come è logico, la Costituzione formale manifesta la sua maggiore intensità normativa quanto più le libertà che essa disciplina si presentano stabilizzate in un sistema armonico di rapporti. L'attuale complessità delle situazioni di fatto consiglia dunque di riflettere in modo nuovo sulla reale attitudine del dettato costituzionale a contenere all'interno della giuridicità gli interessi collettivi, che gruppi economici, religiosi, culturali ecc. esprimono nelle forme più varie e, principalmente, attraverso la disponibilità dei mezzi di comunicazione di massa, i quali si raccolgono nel c.d. quarto potere.

La divaricazione fra normatività e Costituzione vivente è ritenuta da alcuni come il fenomeno più caratteristico del nostro tempo.

## 7. COSTITUZIONE IDEALE E COSTITUZIONE INTERNAZIONALE

Un'autorevole dottrina tedesca pone in rilievo la necessità di evidenziare l'assetto culturale sotteso all'impianto costituzionale e, più particolarmente, «il mondo della vita» (*Lebenswelt*). Questo sarebbe il luogo dove gli uomini conducono la loro esistenza quotidiana e in cui sembra possibile realizzare il consenso fondato su una libera comunicazione. Secondo Häbermas: «La Costituzione non è soltanto un "regolamento normativo" ma, come assetto della società, fondamentale esprime la autorappresentazione culturale di un popolo, è lo specchio della sua eredità storica e la base delle sue aspirazioni».

Come abbiám visto, la Costituzione fu, all'origine, un centro di ideali e di programmi, cioè un principio fondante dell'ordinamento in senso contenutistico: ed ecco che il diritto costituzionale vigente potrebbe leggersi come una «tavola di valori» che, riguardando la persona umana e suoi diritti essenziali, trascende lo Stato stesso e la sua Costituzione.

Nella sua polemica antikelseniana, già Heller sosteneva che: «senza determinare il significato del potere attribuito specificamente allo Stato, quest'ultimo non può venir distinto né da una banda di ladroni, né da un cartello del carbone». Se è vero che le «immani pretese dello Stato» non possono venir compensate soltanto dal fatto che esso assicura un qualche ordine sul territorio, bisogna pensare ad un altro fondamento giustificativo della sua sovranità: vale a dire alla fine di realizzare un ordine giusto, che diviene centrale nella concezione dello Stato e della Costituzione.

Quando si conclude nel senso che la legittimazione dello Stato è soltanto umanistica, allora la Costituzione rappresenta la sintesi dei principi etici dominanti in un determinato contesto sociale, sulla cui affermazione si fonda il consenso della comunità.

Nel concreto, la ricerca della Costituzione come morale costituzionale rappresenta un audace e non sempre fruttuoso tentativo volto a coniugare le esigenze etiche con i principi della *Realpolitik*. Il rischio di queste operazioni è infatti che l'approccio ideologico trascorra nella sfera del dover essere o addirittura nell'utopia, compromettendo la certezza del diritto e riconsegnando il diritto costituzionale alla politica, come al tempo del costituzionalismo classico.

Si nota però che i valori etici non restano confinati nell'area del vecchio diritto naturale, come meri presupposti dell'attività normativa ma, quale compendio di valori condivisi da molte società a democrazia matura, trovano un parziale riconoscimento anche ad un livello giuridico che trascende la singola comunità statale.

Così, la Dichiarazione universale dei diritti umani, proclamata dalla Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del lontano 1948, è un manifesto di straordinario valore etico-storico, anche se giuridicamente assai debole, in quanto affidato per il suo rispetto al solo controllo sociale internazionale.

Il Rawls, nella sua teoria neogiusnaturalista sulla giustizia, si spinge sino a considerare una specifica disposizione normativa, vale a dire l'art. 1 di tale Dichiarazione, come la norma-base di una «Costituzione internazionale», che postula una convivenza fondata su una socialità giusta: cioè un sistema di rapporti nel quale l'uomo e la sua dignità vengono prima del diritto costituzionale e della stessa Costituzione statale, che è valida se e in quanto legittimata da un *nucleo duro* di principi precostituzionali relativi alla persona umana.

Anche la Corte internazionale di giustizia dell'Aja è chiamata dall'art. 38.1 (c) del suo Statuto ad applicare «i principi generali del diritto riconosciuti dagli Stati civilizzati»: principi che taluna dottrina considera l'espressione delle norme positive vertenti su valori fondamentali.

Una vera e propria positivizzazione delle libertà è stata attuata nel diritto internazionale pattizio, che oramai raccoglie in questa materia una larga massa di convenzioni e di accordi a tutela delle categorie e dei gruppi sociali più deboli o, comunque, variamente discriminati: si tratta ormai di una normativa imponente, che la stragrande maggioranza degli Stati appartenenti alla comunità internazionale ha trasfuso nei rispettivi ordinamenti giuridici, anche se spesso in molti di questi difetta di una concreta attuazione, per lo meno al di fuori del contesto europeo e anglosassone.

Assume sopra tutto particolare rilievo dal punto di vista del nuovo «diritto costituzionale internazionale» la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che si richiama espressamente alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo: un atto di straordinaria importanza in quanto ha istituito in capo agli Stati aderenti dei veri e propri obblighi giuridici al rispetto dei diritti umani elencati nella sua prima parte.

In taluni ordinamenti come quello svedese le norme della Convenzione sono state introdotte nella Costituzione e in altri, come quello austriaco, vengono presentate dalla dottrina come oggetto di «incorporazione» al livello costituzionale. Ma, in via generale, la giurisprudenza delle Corti costituzionali europee, pur quando nega siffatta equiparazione, perviene, direttamente o indirettamente, a considerare le norme della Convenzione come idonee a costituire un parametro sostanziale di legittimità

Con il Trattato di Maastricht (art. 6, secondo comma), sia la Convenzione europea, che le «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri, già in precedenza individuate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, hanno assunto un rango positivo, quali principi generali del diritto comunitario. Esiste oramai una «*Constitution européenne en matière de liberté*», anche se è stata messa in luce la problematicità dei rapporti tra questa fonte e le fonti interne, determinata anche dal fatto che i dubbi e i contrasti interpretativi possono magari condurre ad un affievolimento della tutela.

Parimenti, tende a divenire un documento «supercostituzionale» anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sottoscritta a Nizza il 7 dicembre 2000, che resta tuttavia, almeno per ora, un manifesto politico o, al più, un documento giuridicamente «spurio», in quanto il suo art. 51, comma primo, prevede che essa ha per destinatari soltanto le istituzioni e gli organi dell'Unione.

Infine, la bozza della futura Costituzione europea, presentata il 20 giugno 2003 a Salonicco, è davvero impregnata di costituzionalismo: il Pream-

bolo, gli artt. 1-2 e gli artt. 1-3 ribadiscono solennemente i valori della dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, Stato di diritto, rispetto dei diritti dell'uomo, nonché gli obiettivi di solidarietà e giustizia dello Stato sociale; gli artt. 1-7, fanno riferimento alla Convenzione europea; infine, la Carta di Nizza figura come II Parte della Costituzione stessa.

## 8. IL NEOCOSTITUZIONALISMO

Entro certi limiti, la Costituzione, nel momento stesso in cui si contrae, torna a coincidere con il diritto pubblico universale: essa recupera o, almeno, tenta di recuperare sul piano di un «neo costituzionalismo» le forme di tutela giuridica che la dimensione statale non è più in grado di assicurare. Le collettività statuali debbono venire a compromessi con la loro storia nazionale non trovando più in essa una guida sicura per l'avvenire. Il nucleo intangibile di diritti che attengono alla dignità umana tende a divenire materiale giuridico attraverso il richiamo di fonti esterne allo Stato: ecco una moderna espressione del tentativo operato agli albori del costituzionalismo onde introdurre nelle istituzioni politiche la razionalità sottesa ai grandi concetti del pensiero illuminista.

Le nuove forme di tutela dell'individuo, innescando un processo di universalizzazione del diritto e della teoria costituzionale, sembrano dar luogo ad una *constitutionnalité internationale* o *supraconstitutionnalité*, risultante dall'interazione semantica tra la varie Carte e garantita mediante la previsione di appositi controlli internazionali, talora gestiti anche da organi di natura giurisdizionale, quali la neonata Corte penale internazionale, il cui Statuto è stato redatto il 17 luglio 1998.

Quanto ai diritti, le Costituzioni nazionali si collocano alla frontiera di sé stesse, essendo ormai risalente l'idea secondo la quale l'intero campo giuspubblicistico è sovranamente ricoperto, appunto, dalle Costituzioni e dalle leggi costituzionali. Al contrario, ponendo al centro della sua teorizzazione l'uomo in quanto tale, e perciò stesso titolare di «diritti umani fondamentali», il «neocostituzionalismo» rompe con la tradizione positivista e rovescia le tesi ottocentesche della sovranità, che facevano leva sul potere di *imperium*. La Costituzione lascia le sponde della *lex* per attingere al grande mare dello *ius*, come se fosse riduttivo ricercare il diritto soltanto fra le righe dei testi normativi. Le garanzie e i diritti precedono in certo qual modo la legittimazione del singolo Stato e la stessa Costituzione prescrittiva, con tutte le complicazioni che ne conseguono per la scienza costituzionalistica, intesa come metodo e come sistema ordinato di conoscenze.

