

Miguel Ayuso Torres

**LA COSTITUZIONE FRA NEO-COSTITUZIONALISMO
E POST-COSTITUZIONALISMO**

1. Incipit

I soldati spagnoli del Cinquecento dicevano: "Castilla mi natura, Italia mi ventura, Flandes mi sepultura", cioè "Castiglia mia origine, Italia mia fortuna, Fiandre mia sepoltura". Per quel che mi riguarda, castigliano di nascita e senza alcun motivo per morire nelle Fiandre, ho fatto da quasi vent'anni dell'Italia la mia fortuna. Perciò, all'ammirazione sincera che sempre ho nutrito per la terra e per le genti di questa penisola, si è aggiunta nel corso degli anni una non meno sincera gratitudine che oggi si trasforma in debito che non potrò onorare. In concreto, ho avuto la fortuna di frequentare il Friuli e questa Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Udine, che ho visto nascere e crescere nel corso delle mie visite annuali. Non posso che ringraziare, quindi, di cuore per l'onore - in verità immeritato - che mi è stato fatto e che debbo impersonare nel Preside, il prof. Danilo Castellano, e nel caro e illustre collega di Diritto costituzionale, il prof. Ludovico Mazzaroli, dal quale è partita la proposta e che ha tenuto un'affettuosa (peccato che non corrisponda al vero!) *laudatio*.

Lectio evoca, senza ombra di dubbio, il fatto di leggere. Le lezioni si chiamarono così perché erano lette. Non accade così, invece, nella pratica attuale, che riserva la lettura solamente ad alcuni atti solenni. Perciò, per rispetto al dotto uditorio qui riunito, debbo leggere il testo che ho redatto, anche se non lo farò integralmente per rispettare i tempi ragionevoli di questa cerimonia.

2. Costituzione, diritto costituzionale e costituzionalismo.

Quando i rivoluzionari francesi affermarono nell'articolo 16 della loro Dichiarazione di intenti(1) che non si ha Costituzione dove non sono garantiti i diritti individuali e non è stabilita la separazione dei poteri, probabilmente erano lontani dal comprendere in tutto il suo significato l'affermazione. Non si trattava, infatti, di ancorare semplicemente il fenomeno costituzionale a esigenze più o meno fondate, ma di generare l'ideologia del costituzionalismo.

Sì, il diritto costituzionale è il "diritto naturale dello Stato moderno"(2). E il costituzionalismo non è altro che la *ideologia* della Costituzione liberale(3). Benché si possa parlare in senso ampio di Costituzione, riferendola praticamente a ogni tempo e a ogni luogo(4) - ciò consente di parlare di "costituzione antica" -, forse sarebbe preferibile riservare l'uso del termine Costituzione al contesto *ideologico* della rivoluzione liberale, vale a dire alla "costituzione moderna", cioè considerando la Costituzione come un concetto

storico (che, di conseguenza, non può predicarsi per qualsiasi tempo e per qualsiasi luogo) e racchiudendola in premesse teoriche ben definite. Del costituzionalismo, invece, si dovrebbe parlare solamente in presenza della Costituzione liberale, come del presupposto di ciò che oggi si intende per Costituzione, di ciò che la trascende e presume di fondarla. Non c'è, pertanto, un costituzionalismo antico opposto a uno moderno(5). Il costituzionalismo è la dottrina vittima del miraggio della pretesa di controllare il potere, e di controllarlo in esclusiva, tanto attraverso la tecnica della "separazione" geografica dei poteri, come in virtù di alcuni diritti dell'uomo (che altro non sono che diritti soggettivi), tutelati dalla legge, dalla quale in sostanza dipendono, e che in ultima analisi si riducono all'esercizio della libertà negativa, cioè senza regola(6).

Ai nostri giorni, nonostante le premesse anteriori continuino ad operare, si può rilevare una notevole evoluzione. Così, alcuni credono di intravedere un nuovo costituzionalismo. Altri scorgono semplicemente un postcostituzionalismo. In ciò che segue, in maniera sintetica, si coglieranno, innanzitutto, le linee evolutive del problema. Successivamente saranno individuate le caratteristiche della questione.

3. Costituzionalismo, diritto pubblico e diritto privato.

Un vecchio adagio afferma che il Codice civile è più *costituente* della Costituzione (7). Intendo dire che il cosiddetto diritto privato che i codici civili raccolsero, razionalizzandolo, e per ciò stesso - almeno in parte - snaturandolo(8), comunque, si mostra più vicino alla fonte della giuridicità naturale, "la perenne fonte della giustizia" come afferma il testo più significativo del Medioevo giuridico spagnolo, cioè le Partidas(9), del cosiddetto diritto pubblico, in sostanza *prodotto* dell'organizzazione statale.

Secondo la visione classica della natura umana, nell'insieme della natura delle cose e considerata quella di ciascuna, si deve cogliere l' *id quod iustum est*. A tal fine sembra che non esista una differenza essenziale tra poteri privati e i cosiddetti poteri pubblici. Ciò fa sì che la distinzione rispettivamente fra diritti pubblici e privati sia riducibile a una semplice questione di "posizione"(10). Se il potere non è puro e brutale - e per essere umano deve essere regolamentato dall'etica -, è irrilevante che si sviluppi nel seno di relazioni orizzontali di coordinazione piuttosto che nel seno di relazioni verticali di subordinazione(11). In ultima istanza, l'esistenza umana è inseparabilmente sociale e politica.

L'ideologia costituzionalista ha preteso ignorare e invertire, rispettivamente, tale realtà e tale tendenza. Da una parte, raccogliendo in un documento il contenuto del contratto sociale, si fa in verità costituente. Il politico si trasforma, secondo una nota interpretazione, in costituzionale(12). Dall'altra, ponendo alla sua origine un "potere costituente"(13) al quale, per giunta, si attribuisce la "sovranità"(14), non esce dal volontarismo, dal costruttivismo e,

in ultima analisi, dall'utopismo. Alla fine, nel formalismo del (preteso) "diritto puro", la Costituzione si converte nella *norma normarum*, non tanto nel significato della norma gerarchicamente più importante, quanto piuttosto in quello di condensato di giuridicità, surrogato in definitiva della natura delle cose(15).

4. Costituzione dello Stato e costruttivismo sociale.

Rispetto al passato si verifica attualmente un cambiamento di notevole rilievo. La Costituzione iniziò organizzando i poteri dello Stato, a partire dal "principio" fondamentale della loro "separazione". Oggi, però, essa cerca piuttosto di modificare la natura della società. È l'evoluzione del razionalismo, il quale all'inizio accantonava una realtà riluttante a sottomettersi alla sua ferula, che però lo scorrere del tempo ha reso molto, molto fluida e perciò stesso influenzabile da un "pensiero" politicamente molto attivo. La sostituzione del diritto con la legislazione, monopolio per giunta dello Stato, ha avuto in questo processo il suo ruolo dal momento che lo Stato non legifera per la società se non per avvicinarla ad esso(16).

Si è potuto scrivere, così, che in uno schema di interpretazione storica la traiettoria consisterebbe nella "progressiva intensità dell'azione razionale del potere nel configurare ordini costituzionali". Il che equivale a dire che le costituzioni, concepite come un piano di organizzazione politica e sociale, sarebbero opera del potere politico in vista della trasformazione dell'ordine esistente in funzione di principii ideologici. Trasformazione che "non deve intendersi limitata alla organizzazione stessa del potere, ma che penetra tutta la struttura dell'ordine sociale, dalla organizzazione del potere all'organizzazione della società"(17).

Il fatto è che fenomeno caratteristico del panorama costituzionale, dalla Rivoluzione francese ai nostri giorni, è stata "la tensione e l'inadeguatezza fra realtà sociale e poteri relativamente artificiali". Dal momento che al potere si è andati attribuendo la facoltà di riformare lo stesso ordine sociale attraverso la legge: "Il germe del razionalismo rivoluzionario o riformatore seminato dal pensiero politico del secolo XVIII, tende a trasformare e a configurare l'ordine sociale non per crescita o evoluzione di forze sociali spontanee ma per una volontà operante secondo schemi di organizzazione razionale. La coerenza fra organizzazione del potere e costituzione sociale si è alterata a tal punto da invertire quasi la relazione. Il potere non solo non si presenta come un'emanazione della comunità che regge, ma tende a conformarla in armonia con i propri principii. Il primato della volontà del potere sulla costituzione sociale, che è una delle caratteristiche del nostro tempo, ha rotto il filo di una tradizione storica forgiatrice di istituzioni, e in una certa maniera ogni ordine costituzionale contemporaneo si manifesta come un progetto razionale (*rectius* razionalistico) di costituzione, non solamente delle istituzioni che incarnano il potere politico ma anche della stessa natura dell'ordine sociale. La coerenza, la relativa coerenza, dell'unità dell'ordine appare creata dal potere, come

realizzazione di un progetto che di solito riflette e sviluppa i principi di una ideologia politica. Mai il pensiero è stato tanto attivo politicamente (meglio cratocraticamente) come ai nostri giorni"(18).

Tanto evidente si è fatto quanto descritto che il "positivismo critico" ha dovuto reagire ponendo limiti al campo del "costruttivismo", ricorrendo, per esempio, alle cosiddette "garanzie istituzionali e delle istituzioni"(19). Il "tribunale della prassi" ha mostrato, da parte sua, come la fusione fra Stato e società conduce paradossalmente all'emergenza di una serie di poteri, chiamati "sociali", tecnicamente "indipendenti", che in ultima analisi finiscono con lo scalzare lo Stato(20). La corruzione diffusa a tutte le latitudini lo dimostra(21).

Benché in rapida sintesi, in sintonia con ciò che queste pagine aspirano a trasmettere, è possibile che quanto detto sia sufficiente. Comunque, ciò che non si può tralasciare è lo sforzo di presentare a seguire uno schizzo sia dell'incidenza del costituzionalismo nell'organizzazione dei poteri sia nella tutela dei diritti.

5. Separazione dei poteri?

Ciò che i vecchi manuali chiamavano "forma di governo", centrata sulla divisione funzionale del potere, concludeva sempre nelle relazioni Parlamento/Governo. Con il parlamentarismo e il presidenzialismo come due concrezioni storiche. Tenuto conto che questo breve scritto non ha un'intenzione "dogmatica" e che, al contrario, cerca semplicemente di far emergere i problemi che si presentano nell'esperienza politico-giuridica, non è il caso di offrire una descrizione completa dei due regimi e della loro evoluzione(22).

Ciò nonostante sono molte le osservazioni che sarebbe possibile appuntare per una trattazione più ambiziosa. Così, non è assolutamente chiaro se l'opera di Montesquieu, dipendente in verità da quella di Locke, cerca una vera "separazione" o "divisione" dei poteri o solamente la "non confusione" del governo e della rappresentanza nelle stesse mani(23). Ciò sul quale non cadono dubbi è il fatto che questo esattamente accadde con l'interpretazione dell'abate de Sieyès, la quale trionfò con e per mezzo della Rivoluzione (francese). In ogni caso, non si può dimenticare lo snaturamento del potere che questa interpretazione produce(24).

Allo stesso modo la *intentio* del modello presidenziale degli Stati Uniti potrebbe essere fatta dipendere tanto, in parte, dalla necessità di sostituire la monarchia solo apparente come, dall'altra, da una prassi del parlamento anteriore alla rivoluzione inglese del 1688(25). Per quel che attiene al parlamentarismo inglese, in seguito trapiantato in Francia e attraverso questa in tutto il mondo, si deve osservare che esso finisce per tradire l'annunciata separazione dei poteri pur simulando la loro divisione(26). La "razionalizzazione" posteriore del parlamentarismo, inoltre, facendosi carico fra l'altro del peso dei partiti politici, non potette impedire l'alterazione delle sue basi e persino della sua fisionomia(27).

Oggi, comunque, i cambiamenti, veloci, si affermano in ambedue i modelli, i quali tendono - pur nelle loro proprie differenze - a convergere nella cosiddetta *governance* democratica, che altro non è se non il "governo" che tenta di aprirsi il cammino nell'ora della crisi dello Stato, concludendo però nel suo snaturamento postmoderno(28). La sua opacità fa sì che essa (*governance*) si allontani molto da ciò che finora si è inteso per democrazia. Si è detto con ragione, perciò, che si tratterebbe in ogni caso di un *kratos* senza *demos*(29). Allo stesso tempo, tuttavia, vanno registrati anche intenti di superamento della democrazia rappresentativa con quella che è conosciuta come democrazia "deliberativa"(30). Non è facile, perciò, arrivare a una conclusione chiara, nemmeno su questo punto.

6. Uno scolio sul "giustizialismo".

Si può dire, invece, che la questione di cui ci stiamo occupando è stata posta e agitata particolarmente dall'irruzione del cosiddetto "potere giudiziario". E ciò al di là dell' "amministrazione della giustizia". La novità terminologica è in sé molto significativa, poiché in ultima analisi è il riconoscimento della nuova condizione "politicizzata" di tale potere. Nello stesso contesto dev'essere inserita anche la considerazione del ruolo importante e in crescita delle "Corti costituzionali", con le difficoltà che porta con sé rispetto agli "ordinamenti" giuridici continentali.

Nell'assunto non ci sono solamente questioni relative all'organizzazione del potere, ma si incontrano anche altre questioni relative alle cosiddette (e non meglio precisate) "fonti del diritto"(31).

Infatti, è dato incontrare innanzitutto difficoltà che concernono la contemporanea articolazione di un potere politico integrato dalla somma degli organi cui è affidata la potestà giurisdizionale. Rispetto a tali difficoltà è possibile, mi pare, discutere lecitamente la necessità o la convenienza, di una tale costruzione(32). A questo proposito mi sembra indiscutibile che il "tribunale della prassi" abbia confermato ampiamente quanto si sarebbe potuto osservare speculativamente. Però, nello stesso tempo, ci sono altri problemi direttamente richiamati dalla funzione giurisdizionale (*ius dicere*) e da quella legata al pronunciamento sulla relazione del diritto con la legge e anche con la costituzione. Se la legge (ancora la legge classicamente intesa) iniziò in un primo momento a predominare a svantaggio del diritto, la sua sostituzione in un secondo tempo con la legge moderna e più avanti la implosione di questa, hanno alterato profondamente le basi dei nostri diritti(33).

Siamo arrivati così a uno Stato di diritto che si pone come totale, senza zone esenti, cioè pervasivo di ogni realtà, e reso presente da alcuni giudici sempre più "attivisti", al cui vertice sta un organo politico formalmente giudiziario ma che risulta palesemente alieno dalla separazione dei poteri.

7. Il "funzionalismo" federalista.

Però accanto a quella funzionale o orizzontale del potere è necessario prestare attenzione alla distribuzione territoriale o verticale. Forse è l'interpenetrazione reciproca che determina ciò che i costituzionalisti chiamano "regime", benché non possa esserlo nel suo significato storico e teorico in quanto la presenza dello Stato è precisamente ciò che lo rende impossibile, vale a dire Stato (moderno) e regime sono fra loro incompatibili(34). Anche in questo campo troviamo cambiamenti radicali.

Fino a poco tempo fa era frequente scorgere le cosiddette "forme di Stato" indicate da poli o assi stabili: lo Stato unitario, quello federale e la confederazione. Il primo, però, attraverso lo Stato regionale si è avvicinato al secondo. Questo, abbandonando il "dualismo" e convertendosi in "cooperativo", ha sfumato ancor più i confini. La terza, infine, scomparsa in pratica dalla metà del secolo XIX, riapparve trionfante nel seno della cooperazione internazionale e delle organizzazioni internazionali.

In questo senso l'esperienza "costituzionale" dell'Unione europea è risultata molto espressiva, distanziandosi sia dalla prospettiva federale sia da quella confederale *stricto sensu*, e inaugurando il cammino di ciò che già da tempo è stato definito federalismo come "processo"(35) e che oggi potremmo chiamare anche "funzionalismo federalista".

Questo nuovo federalismo non si identifica necessariamente con una federazione di Stati o con lo Stato federale ma può cristallizzare varie forme giuridico-istituzionali. Deve essere inquadrato, forse, in un nuovo panorama politico "poststatale"(36), caratterizzato dalla progressiva perdita di peso delle idee di sovranità e di territorio e dall'affermazione di diversi centri interdipendenti e reciprocamente intrecciati (comunità sovrastatali, Stati, regioni) fra i quali si distribuisce il potere politico.

Prospettiva essenzialmente funzionale nella quale la soprannazionalità si costruisce a partire da un processo di integrazioni asimetrica, caratterizzato dal trasferimento (che non è semplice delegazione) di competenze strategiche settoriali (suscettibili di ampliamento) a un'istituzione indipendente, creata innanzitutto dagli Stati, in condizioni di eguaglianza(37).

È chiaro che quanto detto non può non gravitare con grande intensità sulla nazione, intesa come elemento basilare sul quale poggia lo Stato (moderno), convertito in seguito in costituzionale(38). Questo, come quello ad esso antecedente (lo Stato monarchico, anche se questa espressione è una *contradictio in adiecto*), importò uno snaturamento dei vincoli umani (familiari e "patriottici")(39). Ora, invece, - nella transizione verso quella che è stata chiamata "nazione civica", retta dal "patriottismo costituzionale"(40), oppure verso la "mondializzazione"(41) - la stessa nazione rivoluzionaria di

taglio etnico sembra conservare nei loro confronti qualcosa di umano e di naturale.

8. Costituzionalismo e personalismo.

Però anche nel secondo ambito proprio del costituzionalismo, quello dei diritti denominati umani o fondamentali, a seconda dell'angolo visuale nel quale ci si pone, si sono notate profonde trasformazioni. Questi diritti, certamente, possono essere racchiusi nel solco di tre distinte tradizioni, e precisamente quella liberale, quella democratica e quella sociale(42). Tuttavia tutte e tre hanno una matrice comune, quella del razionalismo politico e sociale che è la base del liberalismo(43), che oggi incontriamo in forma esasperata nel solco dell'ideologia personalista.

In effetti, la questione politico-giuridica nodale e permanente, principalmente dopo il cristianesimo, della persona umana, ha sofferto un capovolgimento radicale (e raggiunto una "eterogenesi dei fini") con le vicissitudini della modernità e la sua evoluzione postmoderna. Da un lato, la persona è stata - di fatto - dissolta, essendo stata ridotta a "evento" o a "progetto". Dall'altro, accanto a questo, si è divelto anche il fondamento e la ragione della politica e del diritto. Così, dopo la crisi della modernità "forte", si è creduto possibile legittimare lo Stato e l'ordinamento giuridico trasformandoli, innanzitutto, in "oggettività" al servizio totale della volontà della persona e, successivamente, assegnando loro la funzione "mediatrice" che richiede il cosiddetto "repubblicanesimo globale". L'istituzionale si identifica, così, con un "ordine modulare" che di quando in quando permette di tessere una rete (che si compone e scompone a piacimento), la quale rappresenta una nuova forma di "positività" del nihilismo politico-giuridico contemporaneo, incompatibile non solo con le dottrine classiche ma anche con il vecchio contrattualismo(44).

Questo pare essere il segno dominante del nuovo costituzionalismo con riferimento ai diritti umani o fondamentali. Questi non creano tanto un ambito di libertà individuale di fronte allo Stato; piuttosto si convertono in "valori" che permeano le relazioni particolari e al cui servizio si pone proprio l'ordinamento giuridico statale. Partendo dall' "effetto irradiante" della libertà di coscienza, assicurano il libero sviluppo della personalità il quale, almeno virtualmente, è nihilista(45). Tutto ciò in nome della "dignità della persona", di una persona però che non è la "sostanza individuale di natura razionale", metafisicamente fondata, e di una dignità che non deriva dal fatto di essere "la più perfetta delle nature" (create)(46), ma di una "morale del bene congenito", che intraprende la difesa della dignità dell'uomo, liberandolo però dalla sua origine divina(47). Si pensi a quanti si impegnano a scoprire in ciò una melodia tomista anche se il testo è di indiscutibile origine kantiana.

9. Neo e postcostituzionalismo.

È giunto il momento di concludere e di tentare di offrire una risposta, anche se provvisoria, al problema che serve da rubrica a queste pagine. Le costituzioni moderne, ispirate dal costituzionalismo, rispondono a un disegno fondativo, anche se più o meno essenziale e sensibilmente trasformato? O, al contrario, ci impongono di pensare con un paradigma nuovo? E, in tal caso, che relazione conservano con il paradigma anteriore?

Da un lato ci sono segni che ci inducono a pensare più a una mutazione all'interno di un quadro criteriologico che all'interno di una successione strettamente cronologica. Il prefisso "neo", per incominciare, indica chiaramente una novazione. Benché veramente il senso della stessa (novazione) sia un approfondimento del nihilismo virtualmente (talvolta anche in atto) presente nel modello primigenio. Penso che lo schizzo tracciato non lasci dubbi dal momento che in tutti i settori esaminati abbiamo visto che il costituzionalismo contemporaneo porta agli estremi le deficienze che caratterizzavano il costituzionalismo precedente se comparato con la retta costituzione naturale e storica delle comunità politiche.

Inoltre, da un altro lato, è ugualmente palpabile l'emergenza di altri segni che potrebbero spingere fino all'uscita da un orizzonte finora asfissiante. In altre parole potremmo parlare in qualche modo di postcostituzionalismo. Ciò che serve è uscire comunque dagli "ismi" e, in concreto, dalle varie ideologie del costituzionalismo. Poco importa, forse, a tal fine, e in definitiva se stiamo di fronte a un post o a un neocostituzionalismo. Benché il secondo in verità rivesta un peso maggiore del primo. E ciò perché gli elementi dissolventi dello schema moderno non possono essere paragonati con gli elementi potenzialmente costruttivi di un ordine (nuovo).

La costituzione, come parte integrante dell'ordinamento giuridico, dev'essere funzionale all'ordine giuridico. Con il costituzionalismo essa pretende di soppiantarla. Per quanto sia uguale il costituzionalismo "classico", vale a dire quello moderno (e già si comprende il gioco di parole dal momento che parlare di un costituzionalismo classico implica una contraddizione in termini: "classicità" e "modernità", infatti, sono fra loro incompatibili), e il neocostituzionalismo postmoderno. Ci pare di poter dire che solamente un postcostituzionalismo che sia veramente postcostituzionalismo permetterebbe di aprire le finestre degli ordinamenti giuridici moderni all'aria e alla luce della natura delle cose. Pare che, invece, attualmente non si possa uscire da una dottrina che si risolve alla fine in semplice neocostituzionalismo.

- 1) Chiaramente non è, dunque, altra cosa la denominata Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino. L'articolo citato recita: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation de pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".
- 2) È la perspicace individuazione di Pietro Giuseppe Grasso nel suo *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*, Madrid, 2005, p. 23 e ss. Fra coloro che hanno avvertito con maggiore chiarezza l'importanza della medesima individuazione va ricordato Dalmacio Negro, *Sobre el Estado en España*, Madrid, 2007, p. 46. Ricardo Dip, da parte sua, già nel titolo ha realizzato una traslazione rispetto alla questione che qui ci interessa: "Neoconstitucionalismo. Direito natural da pós-modernidade", in AA.VV., *La función de los jueces en el Estado constitucional: neoconstitucionalismo y derecho natural. Actas de la III Jornadas Internacionales de Derecho Natural*, in corso di stampa.
- 3) Ne *El ágora y la pirámide*, Madrid, 2000 [c'è una traduzione italiana, Torino, 2004], capitolo II, ho sviluppato meglio la questione.
- 4) Così è intesa secondo alcuni significati, benché non fra i più importanti, elencati da Carl Schmitt nella sua *Verfassungslehre*, Monaco-Lipzia, 1928.
- 5) Si veda il noto titolo del libro di Charles H. McIlwain, *Constitutionalism: ancient and modern*, Nuova York, 1947.
- 6) La spiegazione, molto precisa, è di Danilo Castellano, "Constitucionalismo y experiencia político-jurídica", *Verbo* (Madrid) n. 463-464 (2008). Entrambi gli aspetti dell'illusione costituzionalista dovrebbero essere maggiormente trattati. Basterà per gli aspetti che qui interessano, con riferimento alla prima questione, ricordare la critica di Marcel de la Bigne de Villeneuve svolta nella sua opera *La fin du principe de séparation des pouvoirs*, Parigi, 1934 o le considerazioni di Álvaro d'Ors nel suo libro *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, 1999, § 23. Per quel che attiene alla seconda, ha evidenziato la questione Juan de la Cruz Ferrer, "La concepción del poder y de la separación de poderes en la Revolución francesa y en el sistema constitucional norteamericano", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* (Madrid) n. 20 (1989), pp. 258 e ss.
- 7) Si vedano, per esempio, per citare un lavoro classico, le pagine 176 e seguenti del *Derecho civil de España*, tomo I, Madrid, 1949, di Federico de Castro.
- 8) Rinvio al mio "Código y Constitución: de la intención revolucionaria a la ejecución ambivalente", in AA.VV., *L'Europa e la codificazione*, Napoli, 2005, pp. 29 e ss.
- 9) Legge I, Partida III.
- 10) Digesto 1.1.1.2.
- 11) Originale e suggestiva, benché forzata per le esigenze (quasi estetiche) del sistema, risulta la costruzione del mio maestro Francisco Elías de Tejada. Cfr. il suo *Derecho político*. Madrid, 2008.
- 12) È la nota tesi di Gioele Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Torino, 1962, p. 65.
- 13) Pietro Giuseppe Grasso, maestro giuspubblicista, ha cercato di "problematizzare" questo concetto. Si veda il suo lavoro *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Torino, 2006.
- 14) In questo caso è un altro grande giurista italiano, Francesco Gentile, cui dobbiamo fare ricorso per trovare la critica di una sovranità che è semplicemente un falso fondamento dell'ordine politico e giuridico. Sotto il profilo politico il testo più significativo dell'autore citato è *Intelligenza politica e ragion di Stato*, II ed., Milano, 1984; mentre sotto il profilo giuridico è disponibile il suo *Ordinamento giuridico fra virtualità e realtà*, Padova, 2000. Di entrambi esiste una versione spagnola, rispettivamente del 2008 e del 2000, edite in Buenos Aires e a Madrid.
- 15) Cfr. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, II ed., Vienna, 1960, in particolare V, 34 e 35. In nome della "purezza" kelseniana si finiva per separare il diritto dalla realtà, imboccando la strada dell'ideologia.
- 16) È uno dei *leit-motiven* dell'opera del mio maestro Juan Vallet de Goytisolo. Si veda, per esempio, "Los dogmas políticos vigentes", in *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid) n. 81 (2004), pp. 267 e ss.
- 17) Luis Sánchez Agesta, *Curso de derecho constitucional comparado*, Madrid. 1980, p. 27.
- 18) *Ibid.*, pp. 27-28.
- 19) Carl Schmitt distingue fra "garanzie istituzionali" (*Institutionellen Garantien*), che sono preposte alla regolazione del diritto pubblico come l'autonomia locale, e "garanzie delle istituzioni" (*Institutsgarantien*), che conservano le istituzioni di diritto privato, come la proprietà, la libertà contrattuale, l'eredità e il matrimonio. Dello stesso autore si può vedere *Verfassungslehre*, cit., p. 170 e ss.; e "Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung" (1931), ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlino, 1958. Ho commentato ciò nel mio "Orden y ordenamiento constitucional", raccolto nel libro *Visto diritto*, in corso di stampa in Italia.
- 20) Si veda la ricostruzione che ho offerto un "From States to Clubs (passing through Civil Society)" in Eoin Cassidy (ed.), *Community, Constitution, ethos*, Dublino, 2008.
- 21) Alessandro Nieto ha ritrattato il tema in *El desgobierno de lo público*, Barcellona, 2008; lavoro nel quale l'autore rivede altre sue precedenti descrizioni.
- 22) Rinvio alle pagine, di taglio filosofico, coerenti con lo spirito che anima queste mie, del mio maestro José Pedro Galvão de Sousa, *Da representação política*, San Paolo, 1971.
- 23) Tratta con ampiezza la questione, per l'autore discutibile, Juan Vallet de Goytisolo, *Montesquieu: leyes, gobiernos y poderes*, Madrid, 1986.
- 24) Cfr. Sergio R. Castaño, "Una mirada crítica sobre los fundamentos del principio de separación de poderes", *Ius publicum* (Santiago del Cile) n. 12 (2004), pp. 31 e ss.
- 25) Si può vedere, anche se la citazione non implica adesione all'impostazione, il saggio di Bruce Ackerman, "The new Separation of Powers", *Harvard Law Review* (Cambridge) n. 3/2000, pp. 633 e ss.
- 26) Rinvio senz'altro alla sintetica esposizione di Gonzalo Fernández del la Mora, "La crisis del parlamentarismo", *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid) n. 56 (1979), pp. 249 e ss.
- 27) La diffusione del termine "parlamentarismo razionalizzato" si deve a Boris Mirkine-Guetzevitch, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, Parigi, 1931. In Italia lo accolse Costantino Mortati nelle sue *Istituzioni di diritto pubblico*, la cui prima edizione, del 1949, si presenta tuttavia in forma di appunti dalle lezioni, mentre la seconda - totalmente rifatta - è del 1952. Abbiamo consultato la IX, Padova, 1975, vol. I, pp. 569 e ss. In Spagna fu uno dei miei maestri, Eugenio Vegas Latapie, che negli anni Trenta, sottomise il termine a una acuta critica in *Romanticismo y democracia*, Santander, 1938.

- 28) Dalmacio Negro ha esaminato sottilmente la questione della dialettica fra governo o Stato nel libro intitolato *Gobierno y Estado*, Madrid, 2002. La "governanza" come (pseudo)governo dell'era poststatale è stata da me commentata, anche se non tematizzata, nel mio contributo, attualmente in attesa di stampa, agli studi in onore del professore cileno Eduardo Soto Kloss, "La gobernanza, entre el gobierno y el Estado".
- 29) L'espressione è di Pierre Menant, *La raison des nations. Réflexions sur la démocratie en Europe*, Parigi, 2006, p. 16. Quel che è certo è il fatto che sembra cercare di costruire un potere slegato dal popolo. Si potrebbe, però, negare anche di essere in presenza di un vero potere (politico). Le vicissitudini dell'Unione Europea, per quel che attiene agli aspetti istituzionali, ma non solo, esemplificano mirabilmente il fenomeno. A questo proposito si possono leggere le considerazioni - in sintonia con il pensiero dominante - del professore e politologo belga Paul Magonette, "Les démocraties face à l'intégration européenne: les transformations des doctrines constitutionnelles", *Swiss Political Science Review* (San Gallo) n. 1/1997, pp. 1 e ss.
- 30) Vedasi la sottile interpretazione di Juan Fernando Segovia, "De la democracia representativa a la deliberativa", *Verbo* (Madrid) n. 465-466 (2008). Dello stesso autore si veda anche *Habermas y la democracia deliberativa. Una utopia tardomoderna*, Madrid, 2008.
- 31) Si veda, per esempio, di nuovo Juan Vallet de Goytisolo, *¿Fuentes formales del derecho o elementos mediadores entre la naturaleza de las cosas y los hechos jurídicos?*, Madrid, 2004.
- 32) Il richiamo che mi risulta più facile, ora, è al capitolo corrispondente, vale a dire al quinto, del mio già citato *El ágora y la pirámide*. Certamente si potrebbe estendere l'attenzione a altri contesti diversi da quello spagnolo. Però basterà questo a titolo d'esempio.
- 33) Ho trattato l'argomento nel mio libro *De la ley a la ley*, Madrid, 2001 [Di questo lavoro esiste una traduzione francese dal titolo *De l'esprit à la lettre. Genèse de l'hipertrophie judiciaire*, Parigi, 2008].
- 34) Una fra le spiegazioni più autorevoli è quella di Michel Senellart, *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept du gouvernement*, Parigi, 1995.
- 35) Il riferimento classico è a Carl J. Friedrich, *Federal Constitutional Theory and Emergent Proposals in Federalism: Mature and Emergent?*, Nuova York, 1955.
- 36) Continuo a ritenere che il mio *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1996 [che ha avuto un'edizione portoghese nel 1999], conservi qualche interesse rispetto al tema trattato.
- 37) Cfr. Miguel Ayuso, "¿Qué Constitución para qué Europa?", *Revista de derecho público* (Santiago del Cile) n. 67 (2005), pp. 11 e ss.
- 38) Un altro mio maestro, Rafael Gamba, avendo intuito l'influsso dello Stato su questa trasformazione, benché forse non consapevole del suo reale peso, la sottolineò anche con il titolo di uno dei suoi libri: *Eso que llaman Estado*, Madrid, 1958, specialmente alle pp. 177 e ss.
- 39) In chiave più filosofica che istituzionale, ma senza escludere questa, ha approfondito questo argomento Francisco Canals. Si veda la sua recente raccolta di saggi, molto significativi per questo argomento, *Catalanismo y tradición catalana*, Barcellona, 2006. Con riferimento alla Francia, ma valida per tutte le vecchie nazioni, è particolarmente interessante l'impostazione di Jean de Viguerie, *Les deux patries*, Grez-en-Bouère, 1998. Da parte mia, ho affrontato questo argomento in "La identidad nacional y sus equívocos", in corso di stampa in Marcello Fracanzani (ed.), *Europa: Costituzione o contratto per suo fondamento?*
- 40) L'esposizione canonica, com'è noto, è quella di Jürgen Habermas in *Die postnationale Konstellation. Politische Essays*, Francoforte sul Meno, 1998. Un esame interessante, in sede spagnola, è quello di Carlos Ruíz Miguel, "Patriotismo constitucional", *Cuadernos de pensamiento político* (Madrid), n. 3 (2004), pp. 81 e ss.
- 41) Anche il mio maestro Álvaro d'Ors fu costantemente critico verso lo "Stato" e verso il "nazionalismo", nonché verso l'"europeismo", benché abbia confessato che con il trascorrere del tempo fu portato a respingere più il secondo che il primo. Si veda, per esempio, il suo libro *Ensayos de teoría política*, Pamplona, 1979, introduzione. Anche se apparentemente paradossale e difficile da spiegare al di fuori dell'ambito culturale spagnolo, è certo che ciò si può tradurre come semplice fedeltà alla tradizione politica spagnola, anteriore e aliena allo Stato, la quale sopravvive nel tradizionalismo. Nei suoi ultimi scritti, per esempio *Bien común y enemigo público*, Madrid, 2002, estese la critica ai processi della globalizzazione. Per una critica di questi, in un quadro teorico della tradizione intellettuale appena citata, si può consultare il mio *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, 2005, specialmente il capitolo III, pp. 53 e ss.
- 42) Juan Fernando Segovia, *Derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, 2004, ha approfondito adeguatamente i cambiamenti avvenuti nella concezione dei diritti umani in seguito all'evoluzione del costituzionalismo.
- 43) Esemplare è la spiegazione offerta da Danilo Castellano, in *Razionalismo e diritti umani. Dell'antifilosofia politico-giuridica della modernità*, Torino, 2003, del quale nel 2004 è stata pubblicata una traduzione spagnola.
- 44) Anche questo lo dobbiamo al recente e già citato libro di Danilo Castellano, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*, Napoli, 2007.
- 45) Ho affrontato la questione sinteticamente nel capitolo corrispondente del mio citato *El ágora y la pirámide*, e anche da ultimo nelle pagine finali del citato volume *¿Ocaso o eclipse del Estado?*
- 46) La prima definizione, com'è noto, si deve a Boezio, *De duabus naturis*, mentre la seconda osservazione è di Tommaso d'Aquino, *S. th.* I, q. 29, a. 3.
- 47) La sottile analisi è di Leopoldo Eulogio Palacios, "El humanismo del bien congénito", *Revista de Estudios Políticos* n. 110 (1960), pp. 87 e ss.