



UNIVERSITÀ DI PISA



ESCUELA LIBRE  
DE DERECHO

# LA CRISIS DE LA LEY

Memoria del II Encuentro  
de claustros docentes Pisa, 2006

## LA CRISIS DE LA LEY

340.11  
C932d

## LA CRISIS DE LA LEY

II Encuentro de Profesores  
de la Facultad de Jurisprudencia,  
Universidad de Pisa, Italia  
y de la Escuela Libre de Derecho,  
México

Pisa, noviembre 2006

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
MÉXICO, 2007

ESCUELA LIBRE DE DERECHO  
BIBLIOTECA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva

Ignacio R. Morales Lechuga, Rector

Vocales

Francisco de Icaza Dufour  
Francisco José Simón Conejos  
Emiliano Zubiría Maqueo  
Federico Jorge Gaxiola Moraila  
Mauricio Orosepe Estrada

Secretarios

Rafael Estrada Michel, Secretario de Administración  
Juan Pablo Pampillo Baliño, Secretario de Posgrado

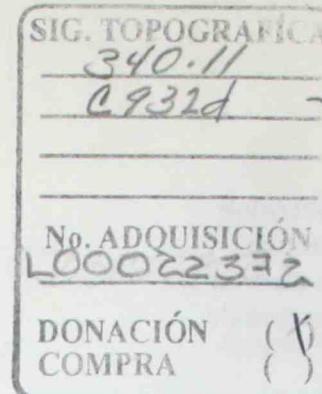
Ambos encargados del despacho de la Secretaría Académica

Consejo Editorial

Francisco de Icaza Dufour, Director  
Jaime del Arenal Fenochio  
Fauzi Hamdan Amad  
Jorge Adame Goddard  
Carlos Müggenburg Rodriguez-Vigil  
Gisela Oscós Said

Responsable de la publicación del volumen : Rafael Estrada Michel

ISBN 968-6236-18-X



ÍNDICE

Presentación	7
La crisis de la ley en la experiencia jurídica romana (siglos IV-VI d.C.) JOSÉ ANTONIO GARCÍA LUQUE-ALDO PETRUCCI	9
El aparente triunfo de la ley sobre el derecho: México, 1840-1940 JAIME DEL ARENAL FENOCHIO	61
La "crisi della legge" come riflesso della crisi della sovranità statale PAOLO PASSAGLIA	111
Normas y principios. Hacia un mejor conocimiento del derecho RODOLFO VIDAL GÓMEZ ALCALÁ	179
Diritto come regole e come principi FRANCO BONSIGNORI	257
La crisis del derecho en México RAFAEL ESTRADA SÁMANO	287

La "crisi della legge" nell'evoluzione  
del rapporto tra "diritto politico"  
e "diritto culturale". L'attività creativa  
di diritto della Corte costituzionale  
e dei giudici comuni  
ROBERTO ROMBOLI

337

Lo Stato "regionale" italiano: la *crisi*  
della legge statale  
NICOLA PIGNATELLI

421

## PRESENTACIÓN

El presente volumen, en cumplimiento del acuerdo sigrado en el mes de noviembre de 2004 entre la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho, constituye un nuevo producto de la colaboración entre ambas instituciones.

En efecto, el libro contiene los trabajos elaborados con motivo del II Encuentro entre representantes de los respectivos claustros docentes, celebrado en la ciudad italiana a fines de 2006.

La crisis de la ley fue el tema que en aquella ocasión convocó a los académicos de ambos lados del Atlántico. Una cuestión particularmente espinosa en países como los nuestros, en los que el Estado de Derecho, entendido como imperio de la Ley, no ha terminado de cuajar. Acaso no sea motivo de congoja, como quizás pueda entrevver el lector cuando se introduzca en textos que provienen de una rancia tradición romanista, jurisprudencial y argumentativa.

El tópico crítico fue abordado desde perspectivas distintas, como son las propias de la filosofía del derecho, de la historia jurídica, del derecho romano y del derecho constitucional. El producto final arrojó, pues, resultados complejos, completos y multidisciplinarios.

Una última precisión: como quería Borges, quien lee español posee los rudimentos del italiano. Las colabora-

ciones de los profesores toscanos que hemos incluido en su versión original constituyen una invaluable oportunidad de acercamiento al idioma de Dante. Notará el estudiante mexicano que el italiano jurídico está al alcance de su entendimiento. Ventajas del romance...

Sin adelantar vísperas, y confiando en que el lector pueda sacar sus propias conclusiones, celebramos la aparición de esta obra colectiva que se agrega a las conmemoraciones del XCV Aniversario de la Escuela Libre de Derecho, institución que refrenda su compromiso con la juventud estudiosa de nuestro México.

IGNACIO R. MORALES LECHUGA

Rector

LA CRISIS DE LA LEY  
EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA ROMANA  
(SIGLOS IV-VI D.C.)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA LUQUE / ALDO PETRUCCI

I. PREMISA

En la experiencia jurídica romana, a partir de finales del siglo III d.C., cuando se habla de 'crisis de la ley' se hace referencia a la existencia de una fuente única de producción del derecho, la legislación imperial, que pretende, pero al mismo tiempo, se revela incapaz de desarrollar un ordenamiento jurídico que dé respuestas a las exigencias reales de la sociedad, orgánico, sistemático, comprensible para todos, y por lo tanto cierto en su aplicación. La crisis inició con las transformaciones constitucionales de Diocleciano y Constantino (entre finales del siglo III e inicios del IV d.C.) y con la instauración definitiva de un régimen de 'monarquía absoluta', donde el emperador y la Cancillería imperial vienen a concentrar todo el poder de producir normas jurídicas, de interpretarlas y de aplicarlas correctamente. Las constituciones imperiales, denominadas *leges*, determinan el agotamiento de las otras fuentes, llevando consigo la idea de su unicidad y exclusividad, y la superación

definitiva del sistema vigente entre el siglo II a.C. y los primeros decenios del siglo III d.C., en el cual la *lex*, si bien en el vértice de la jerarquía, desempeñaba un papel menor por cuanto hace a la cantidad de normas producidas, tanto en el campo publicista como en el privatista, y por lo que toca a la celeridad para hacer progresar el ordenamiento.

Para comprender plenamente el fenómeno de la 'crisis de la ley' en el último periodo del derecho romano, resulta indispensable partir de una breve recapitulación del sistema clásico de las fuentes, para después detenernos en las más profundas razones de tal 'crisis' y en los remedios que fueron puestos en marcha para poder afrontarla, hasta llegar a la gran obra de codificación de Justiniano, a la cual verán como modelo los dos poderes universales del Medioevo: el Imperio y la Iglesia.

Un análisis como el presente no es un fin en sí mismo ni tiene intereses puramente eruditos, sino que puede servir, al menos en nuestra opinión, para comprender el desarrollo histórico sucesivo y para encuadrar adecuadamente el debate entre los juristas contemporáneos. En efecto, en un orden jurídico como el medieval occidental, vemos que la *lex* se confronta con un sistema plural de fuentes de producción del derecho (característico del *ius commune*), que perdura, en la sustancia, durante todo el *Ancien Régime*, no obstante las tentativas más o menos acabadas de superarlo por parte de los Estados nacionales modernos, a partir de los inicios del siglo XVII. La reacción a este estado de cosas, consumada por la Revolución Francesa y Napoleón y después por los Estados liberales del siglo XIX y su idea de 'statulegalismo', se basa también en esta ocasión en la supuesta centralidad

y unicidad de la ley de proveniencia estatal y nacional, abriendo consiguientemente la vía a la reflexión, muy viva en la edad contemporánea, sobre los resultados de esta estrategia.

## II. EL CUADRO DE LAS FUENTES

DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO DURANTE  
LA EDAD CLÁSICA (SIGLO II A.C.-INICIOS  
DEL SIGLO III D.C.): LEYES Y PLEBISCITOS;  
SENADOCONSULTOS; EDICTOS  
DE LOS MAGISTRADOS JURISDICCIONALES;  
CONSTITUCIONES IMPERIALES; OPINIONES  
DE LOS JURISTAS; COSTUMBRE.  
EL ROL DE LOS JURISTAS EN EL SISTEMA

Papiniano<sup>1</sup> expone que el derecho civil romano emana de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes y de la autoridad de los jurisconsultos, y que el derecho honorario fue aquel introducido por los pretores para coadyuvar, suplir o corregir el derecho civil.<sup>2</sup> Dedicaremos las siguientes líneas a explicar cuál era la situación de cada una de las expresadas fuentes a finales de la época clásica, destacando los valores que les correspondieron en las distintas épocas históricas.

<sup>1</sup> Jurisconsulto clásico tardío; prefecto del pretorio del 203 al 211 o 212 d.C. Schulz, Fritz, *Storia della Giurisprudenza Romana*, Florencia, Sansoni Editrice, 1968, p. 194.

<sup>2</sup> D, 1, 1, 7 pr. y 1. Esta enunciación de las fuentes coincide fundamentalmente con las de Gayo y Pomponio (G, 1, 2, y D, 1, 2, 2, 12, respectivamente), quienes presentan unitariamente al derecho proveniente de fuentes civiles y al producido por el pretor. No deja de llamar la atención que los clásicos incluyan fuentes que en su época se encontraban agotadas, como las leyes comiciales, los plebiscitos y el edicto del pretor.

### 1. La ley y los plebiscitos

Los romanos distinguen la *lex privata* de la *lex publica*. La primera connotación nos remite a las relaciones entre particulares, en especial al contenido obligacional y condiciones de un contrato. Por su parte, la *lex publica* se refiere a disposiciones emanadas de una asamblea popular que regulan materias concernientes a la cosa pública; en términos generales, durante la República (509-31 a.C.) y el Principado (31 a.C.-235 d.C.) el vocablo *lex* se utilizó en esta segunda acepción.<sup>3</sup> La *lex publica*, a la que se hará referencia en lo sucesivo, suele diferenciarse según se trate de una *lex rogata*, votada por una asamblea a propuesta de un magistrado o tribuno convocante, o de una *lex data*, dictada unilateralmente por el magistrado.

Las fuentes nos han legado tres definiciones de la *lex rogata* elaboradas por juristas de la época clásica temprana, alta y tardía, respectivamente: La primera y más antigua corresponde a Ateyo Capitón,<sup>4</sup> quien la concepturna como un *generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu*. La segunda la encontramos en las *Instituciones de Gayo* 1, 3, en donde se habla por una parte de *lex* como *quod populus iubet atque constituit*, y del plebiscito como *quod plebs iubet atque constituit*. La última es de Papiniano:<sup>5</sup> *lex est commune praeceptum, virorum prudenti-*

<sup>3</sup> Serrao, Feliciano, "Legge (Storia)", en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè Editore, 1971, XXIII, p. 796.

<sup>4</sup> Citada por Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 10, 20, 2.

<sup>5</sup> Se trata de una repetición de la definición atribuida a Demóstenes que refiere el parágrafo siguiente del mismo Digesto, lo que mengua su relación con la Roma republicana, y que además pugna con las otras dos definiciones

*tum consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis rei publicae sponsio.*

Para entender el papel que tuvo la legislación en la experiencia romana, es indispensable referirnos a su desarrollo histórico, contrastando la relación que tuvo con las demás fuentes del derecho.<sup>6</sup>

Debido a que sobre las leyes de la etapa precedemvirial existen numerosas dudas, nuestro examen comienza con las XII Tablas (451-450 a.C.),<sup>7</sup> ordenamiento legal que como parte de los reclamos de la clase plebeya, tuvo la vocación de codificar el derecho consuetudinario de corte patrício, y que a la postre fue considerado como *fons omnis publici privatique iuris*.<sup>8</sup> Y en efecto, a partir de las XII Tablas ya es posible seguir con seguridad el desenvolvimiento del ordenamiento jurídico: En el ámbito privado, la legislación decemviral sirvió como punto de arranque, pues una vez que la *lex* absorbió a los antiguos *mores*, dio la base para la actividad interpretativa que desarrollaron los pontífices y también la jurisprudencia laica. Esta *interpretatio* se fue independizando paulatinamente de su *fons* legal, desarrollando y ampliando el *ius civile*. Simultáneamente –y en gran medida gracias a la intervención de la misma jurisprudencia–, se fue afirmando

citadas que, a pesar de haber sido elaboradas con siglo y medio de diferencia, coinciden en el dato esencial: La ley no es una convención sino un *iussum populi aut plebis*. Serrao, *op. cit.*, p. 840.

<sup>6</sup> Seguimos la exposición de Serrao, *op. cit.*, pp. 798 y ss.

<sup>7</sup> Sin olvidar el nacimiento de los plebiscitos en el año 494 a.C., con los cuales los plebeyos (opuestos al patriciado) se otorgaron el poder de normar mediante deliberaciones que sólo obligaban a los de su clase, pero que encontraban eficacia general al menos en el terreno político.

<sup>8</sup> Livio, *Historia de Roma (Ab Urbe condita)* 3, 34, 6.

la original creación de los magistrados con jurisdicción, el *ius honorarium*. De esta manera se puede apreciar que si bien la base fundacional del derecho privado fue una *lex*, este instrumento pasó desde un inicio a segundo plano, siendo el enriquecimiento jurídico tarea del pretor y del jurista. El desarrollo del derecho público transcurrió por vías diferentes, que fueron la *lex* y la costumbre constitucional. En efecto, después de las XII Tablas fue frecuente la legislación que introdujo reformas en materia constitucional, muchas veces concediendo a los plebeyos añejas reclamaciones. Paralelamente se desarrolló una costumbre constitucional a través de la praxis de gobierno en manos de la clase dominante. Tanto la fijación de la costumbre como las intervenciones legales de la época tuvieron estrecha relación de causa-efecto con el debate social en el que se encontraron inmersos patricios y plebeyos a lo largo de los siglos V y IV a.C.<sup>9</sup>

Un punto decisivo en el ascenso de la *lex* dentro del ordenamiento romano fue la equiparación de ésta con los plebiscitos, a través de la *Lex Hortensia*, en los años 287-286 a.C.<sup>10</sup> A partir de este momento, las decisiones de la asamblea plebeya tuvieron la misma obligatoriedad que las leyes emanadas de los comicios de la República y por lo tanto debían ser acatadas por todos los ciudadanos.

<sup>9</sup> Serrao, *op. cit.*, p. 808.

<sup>10</sup> Aunque la tradición refiere tres leyes relativas a esta cuestión, *Lex Valeria Horatia* de 449 a.C., *Lex Pubilia Philonis* del 339 a.C., y *Lex Hortensia* de 286 o 287 a.C. (G, 1, 3), solamente a partir de la última es indiscutible la equiparación legal de los plebiscitos. Serrao, *op. cit.*, pp. 809-810.

Pero las líneas fundamentales trazadas desde los orígenes de la República se mantuvieron: El derecho público, cuando no se recurrió a la legislación, se desenvuelve en la costumbre del senado y de los magistrados, mientras que el derecho privado, en sus vertientes *ius civile* y *ius honorarium*, fue impulsado por la jurisprudencia y la jurisdicción del pretor, respectivamente.

En la República, entonces, no se recurrió a la *lex* como vehículo de adaptación del ordenamiento privado a las nuevas necesidades socioeconómicas.<sup>11</sup> En el derecho privado se observan escasas intervenciones legislativas,<sup>12</sup> y las pocas que conocemos de esta época incidieron sobre campos de interés social.<sup>13</sup> Las razones de que <el pueblo del derecho no haya sido el pueblo de la ley><sup>14</sup> las debemos buscar en el mismo contexto histórico:<sup>15</sup>

- a) La *interpretatio prudentium* venía actualizando la legislación decemviral a la nueva realidad socioeco-

<sup>11</sup> Serrao, *op. cit.*, p. 844; Talamanca, Mario (sotto la direzione di), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Milán, Dott. A Giuffrè Editore, 2a. ed., pp. 233-238; Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, nota 30 en la p. 49; Schulz, Fritz, *Principios del derecho romano*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 30 y 31; Santucci, Gianni, *La legge nell'esperienza giuridica romana*, en *Inchiesta sulla Legge nell'Occidente Giuridico* (a cura di Umberto Vincenti), G. Giappichelli Editore, Turín, 2004, pp. 37-38.

<sup>12</sup> Según Kunkel, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 40, no pasan de treinta.

<sup>13</sup> Protección de incapaces, proscripción de la usura, protección del patrimonio familiar contra la disgregación, etc. Kunkel, *op. cit.*, p. 41; Schulz, *Principios*, pp. 31 y 32.

<sup>14</sup> Recurriendo entonces a la ya tradicional fórmula de los *Principios* de Schulz, p. 28.

<sup>15</sup> Talamanca, *op. cit.*, pp. 235-238.

nómica, haciendo innecesarios retoques a las XII Tablas salvo en temas concretos y ante un especial apremio social. A la par, la misma jurisprudencia cada vez se encontró en mayor libertad respecto de la ley <fundacional>, hasta consolidarse en el último siglo de la República.

- b) El edicto del pretor fue, a lo largo de los últimos tres siglos a.C., el principal instrumento del que se sirvieron los juristas para introducir los cambios e innovaciones que requería la expansión romana.
- c) La fuerza de una tradición jurídica labrada a lo largo de varios siglos, en la cual la evolución del fenómeno social venía siendo incorporada al ordenamiento jurídico a través de un proceder casuístico y de corte jurisdiccional, con la inclusión de remedios en el edicto del pretor y gracias a los dictámenes de los jurisconsultos.

Debido a circunstancias como las anteriores no es difícil pensar que los romanos vieran en la *lex* un instrumento ajeno al desarrollo del derecho privado, al cual únicamente debía recurrirse en casos excepcionales, de alto impacto social, en los cuales fuese de utilidad la generalidad, la abstracción, la rapidez, la inmediatez<sup>16</sup> o el sustento político propios de dicha fuente.

Augusto (31 a.C.-14 d.C.) fue el último en recurrir a la legislación popular para introducir novedades en el

<sup>16</sup> Inmediatez en cuanto a que los efectos de una norma legal se surten directamente en contra de los ciudadanos.

ordenamiento.<sup>17</sup> Esto se debió, en parte, a la aparente restauración augustea de la República libre, y a que la *lex* era el único instrumento accesible al príncipe para tales efectos, pues todavía no se habían consolidado el senadoconsulto y las constituciones imperiales. Con el avance del Principado la *lex* va desapareciendo del escenario de la producción normativa, y la última que nos es conocida es de la época de Nerva (96-98 d.C.).<sup>18</sup>

## 2. La costumbre

Las costumbres o *mores* fueron la principal expresión del derecho en la Roma arcaica, conservándose gracias a la tradición oral.

Así se mantuvieron hasta las XII Tablas, que materializaron por escrito gran parte de las costumbres vivientes hasta ese entonces. Durante la República, si bien teóricamente todo el *ius civile* se reconducía a los *mores maiorum*, en la práctica habían cesado de fungir como fuente viva del derecho después de ser absorbidas por las XII Tablas.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> La legislación augustea penetró el proceso civil y criminal, las relaciones de familia y el *status hominum*, por ejemplo, en el XVII a.C., la *lex Iulia iudiciorum privatorum* relativa al proceso civil, que desapareció las acciones de la ley y fijó en definitiva el procedimiento formulario, y la *lex Iulia iudiciorum publicorum* relativa al proceso criminal; alrededor del XVIII a.C., las leyes *Iulia de adulteriis coercendis*, *Iulia de maritandis ordinibus*, y del IX d.C. la *lex Papia Poppea*, que conforman la legislación matrimonial de Augusto; las leyes *Fufia Caninia*, del II d.C., y *Aelia Sentia* del IV d.C., relacionadas con las manumisiones.

<sup>18</sup> *Lex Cocceia agraria*.

<sup>19</sup> Cannata, *op. cit.*, nota 28 en la p. 48.

### 3. El edicto de los magistrados jurisdiccionales

Nos referimos a los pretores urbano y peregrino, y en menor medida a los ediles curules y gobernadores de provincias.

En el ámbito de la jurisdicción del pretor peregrino<sup>20</sup> tuvo su origen el procedimiento formulario, que vino a remediar los inconvenientes de las antiguas *legis actiones* que sólo tutelaban situaciones apoyadas en una norma de *ius civile* y que por lo mismo únicamente resultaban aplicables a controversias entre ciudadanos. El nuevo procedimiento permitió proteger hipótesis fácticas no previstas por el *ius civile* o en las cuales intervenían extranjeros, mediante un nuevo trámite que, en lugar de las típicas y formalistas *actiones*, se basaba una *formula* escrita, es decir, en un decreto del magistrado que contenía las instrucciones dirigidas al juez sobre cómo decidir la controversia. En el procedimiento por fórmulas tuvo un papel predominante el edicto<sup>21</sup> de los magistrados jurisdiccionales, mediante el cual el pretor fijó y comunicó los principios a que se sujetaría la *iurisdictio* durante su encargo, insertando las fórmulas de las acciones, excepciones y demás remedios procesales que concedería para la solución de controversias. Gracias a la libertad propiciada por el procedimiento

<sup>20</sup> Creado en el 242 a.C., con función jurisdiccional en aquellos litigios en los cuales al menos una de las partes no era ciudadano romano, contribuyó a la formación del *ius gentium*, conjunto de normas basadas en la buena fe que resultaban aplicables a todas las personas sin referencia a la nacionalidad.

<sup>21</sup> Instrumento derivado del *ius edicendi* o facultad de informar oficialmente a los ciudadanos sobre cuestiones relacionadas con la actividad magistratal. Entre otras cosas, mediante el edicto los magistrados comunicaban al pueblo su programa anual de trabajo.

formulario, el pretor no debía constreñirse al *ius civile* al incluir fórmulas en el edicto, sino que libremente elegía las situaciones e intereses que serían tutelados durante su gestión. La situación de hecho podía estar ya protegida por el derecho civil, caso en el cual el edicto sólo confirmaba su efectividad, o bien la tutela ofrecida por el pretor podía suplir una laguna del *ius civile* o atender ciertos intereses en contra de lo dispuesto por el mismo ordenamiento civil.<sup>22</sup> Además, el contenido del edicto gozaba de gran flexibilidad para adaptarse al caso, al ser revisable anualmente, o susceptible ser adicionado mediante *edicta repentina*, a diferencia de las acciones de la ley que eran inmodificables y formalistas.<sup>23</sup>

Si bien los clásicos ubican al edicto dentro de las fuentes del derecho, hay que reconocer que se trata de un instrumento que a veces resulta difícil de comprender. En el edicto los derechos y obligaciones aparecen no como reglas generales vinculativas para los destinatarios,<sup>24</sup> sino como posibilidades de accionar, de excepcionarse o de pedir algún otro remedio jurisdiccional. En la medida en que el pretor fue protegiendo determinadas hipótesis de hecho no reconocidas por el derecho civil, o en aquellos casos en los cuales se obró en contra de lo dispuesto por el *ius civile*, se aprecia una

<sup>22</sup> A esta triple actividad se refiere Papiniano en D, 1, 1, 7, 1, al afirmar que el pretor actúa *adiuvandi*, *vel supliandi*, *vel corrigendi iuris civilis*.

<sup>23</sup> Igualmente rígida era la legislación popular, que solamente podía ser modificada a través del proceso legislativo o adaptada a las nuevas realidades por los complejos procedimientos de la *interpretatio*.

<sup>24</sup> Formalmente, el edicto es una autorregulación de la actividad del magistrado, cuyas normas no van dirigidas a los destinatarios de dicha actividad. Talamanca, *op. cit.*, p. 151.

clara producción de normas jurídicas, si bien expresadas abstractamente como promesas de protección jurisdiccional, que configuran el *ius honorarium*. Este derecho honorario, guiado por la jurisprudencia, fue el principal mecanismo de adaptación del ordenamiento a la nueva realidad socioeconómica en los últimos dos siglos de la República.

A finales de la República el edicto se estabilizó.<sup>25</sup> A lo anterior se añadió la nueva figura del emperador, que rápidamente se irrogó facultades normativas, así como el ascenso de la ciencia jurídica clásica, factores que terminaron por hacer a un lado a la que había sido la principal fuerza creadora y renovadora del derecho.

#### 4. Senadoconsultos

Con este nombre se conoció a las deliberaciones y decisiones del senado. A efecto de determinar el valor normativo de los senadoconsultos, que es lo que aquí interesa, debemos distinguir su función en la República, a lo largo del Principado y, por último, en el periodo de consolidación del Dominado.

Durante la República los senadoconsultos instrumentaron la actividad de gobierno del senado en las ramas que eran competencia de este cuerpo –relaciones internacionales, mando militar, finanzas públicas, etc.– bajo

<sup>25</sup> El proceso de <estabilización> del edicto culminó hacia el año 130 d.C., con una intervención de Adriano (117-138 d.C.), quien encomendó a Salvio Juliano la redacción definitiva del edicto del pretor urbano (aunque dicha fuente ya estaba prácticamente agotada desde finales de la República). La obra del jurista fue ratificada por un senadoconsulto, y en adelante solamente el emperador pudo variar su contenido. Cfr. *Tanta*, 18.

la forma de sugerencias o consejos dirigidos a los magistrados, que normalmente eran obedecidos sobre la base de la *auctoritas* y el peso político de que gozaba el órgano senatorial.

Este estado de cosas vino a cambiar con la llegada del Principado. Augusto apoyó al senado para legitimar la apariencia republicana del nuevo régimen, pero al mismo tiempo, además de controlar políticamente a los senadores, asumió las funciones políticas y administrativas del viejo senado. Para “compensar” esta perdida, se impulsó la práctica de fomentar la creación de derecho privado por conducto del senado, misma que se fue consolidando a lo largo del Principado con la correlativa decadencia de la legislación. Aunque el mismo Augusto prefirió introducir sus innovaciones jurídicas sirviéndose de la legislación popular, ya en su época se dieron algunos senadoconsultos con efectos normativos.<sup>26</sup> En lo sucesivo, la producción de senadoconsultos relativos a temas jurídico-privados se acrecentará, sin que debamos soslayar que detrás de estas deliberaciones siempre estará la voluntad del *princeps*.<sup>27</sup> En el siglo II de nuestra era se afirma la <fuerza de ley> de los senadoconsultos.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> El primer senadoconsulto de época imperial fue el Calvisiano del IV a.C., relacionado con el procedimiento del *crimen repetundarum*; otro, del año X d.C., fue el senadoconsulto Silaniano, relativo a ciertas disposiciones que se debían tomar sobre la servidumbre en caso de homicidio del *dominus*. Arangio Ruiz, Vincenzo, *Storia del diritto romano*, Nápoles, Eugenio Jovene, 7a. ed., 1998, op. cit., pp. 238 y 239. No pasa desapercibido que ambos ejemplos pertenezcan al derecho público.

<sup>27</sup> El príncipe, además de poder proponer el texto de los senadoconsultos, tenía el control político de la asamblea senatorial.

<sup>28</sup> Gayo 1,4.

Durante el Principado, entonces, el senadoconsulto se convirtió en el instrumento por excelencia para crear normas generales y abstractas, y por ello es utilizado por el emperador para introducir innovaciones en el ámbito jusprivatístico que requieran de un cauce con estas características. Como se puede ver, la normatividad senatorial ocupó el puesto de la *lex*, la cual se había agotado como fuente desde el principado de Augusto.<sup>29</sup>

A finales de la edad clásica, en consonancia con la consolidación del imperio absoluto sin fachadas republicanas, prevaleció la práctica de la *oratio principis in senatu habita*. La *oratio*, que antes hacía referencia a un discurso, era el texto por medio del cual el emperador enviaba una propuesta al senado, órgano que progresivamente dejó de introducir modificaciones al proyecto. A finales del siglo II esta *oratio* valía por sí misma como fuente de *ius civile*, y el senado fungía en realidad como un lugar de publicación de la voluntad del emperador.<sup>30</sup>

### 5. Las constituciones imperiales

A medida que el principado avanzaba hacia una monarquía absoluta, en particular a partir de Adriano, la intervención del emperador en el derecho comenzó a sentir-

<sup>29</sup> Talamanca, *op. cit.*, p. 396. El mismo autor observa, p. 398, que por razones no bien comprendidas el emperador prefirió introducir cambios legislativos por conducto de los senadoconsultos, en lugar de recurrir a los *edicta* (a los cuales nadie les negaba su carácter normativo abstracto y general).

<sup>30</sup> Los senadoconsultos desaparecieron con la época clásica. El último parece ser la *oratio Antonini* del 206 d.C. D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 9a. ed., 1997, p. 73.

se cada vez más. El principal cauce de la intervención fueron las constituciones imperiales, denominación en la cual se incluyen todas las disposiciones emanadas del emperador, aunque diferentes en cuanto a su forma y alcance: Son los edictos y mandatos, de observancia general, y los decretos y rescriptos, relacionados con casos concretos. En esta novedad normativa predominaron las intervenciones particulares, sobre todo a través de *rescripta*.

Los *edicta* provienen del *ius edicendi* del emperador, igual al que correspondía a los magistrados de la República, sin embargo, lejos de ser programas de trabajo los edictos imperiales contienen disposiciones generales y abstractas sobre distintas materias, dirigidas a un grupo determinado, a una región o provincia o incluso a todo el imperio.

Por su parte, los *mandata* consistían en instrucciones emitidas por el príncipe a magistrados y funcionarios imperiales. Ordinariamente su contenido era administrativo, aunque a veces fueron utilizados para introducir cambios, indirectamente, en el ordenamiento jurídico, a través de la actuación de los mismos magistrados y funcionarios.

Los decretos eran sentencias judiciales dictadas por el príncipe con motivo de sus facultades jurisdiccionales, en única instancia o en apelación, según sea el caso. En ocasiones fueron fuente de innovaciones en materias como fideicomisos, alimentos y honorarios, que se tutelaban en vía extraordinaria.

En el género *rescripta* se consideran el *rescriptum* en sentido estricto y la epístola. Ésta es una comunicación ordinaria del príncipe con la cual él responde a otra que

le fue enviada por un magistrado o funcionario para obtener respuesta a una cuestión jurídica decisiva para un litigio pendiente. Por otro lado, *rescriptum* es la respuesta del emperador a la consulta de un privado efectuada a través de un *libellus*, en torno a una cuestión de derecho sobre un proceso pendiente o futuro, que se redactaba al calce de la misma petición. A semejanza de los dictámenes jurisprudenciales, mediante rescriptos y epístolas el emperador solamente zanjaba la cuestión jurídica propuesta, condicionándola a la veracidad de la exposición fáctica del solicitante. A partir de la *auctoritas principis*, *rescripta* y *epistulae* eran vinculativas para el caso concreto.

En el primer siglo del Principado el valor normativo de las *constitutiones* tuvo distintas fuentes según la forma de que se trate: Edictos y mandatos provenían del *imperium proconsulare*; los *decreta* de la *iurisdictio*; y los rescriptos de la incontestable *auctoritas principis*. La jurisprudencia les atribuye <fuerza legal>: Gayo<sup>31</sup> no duda en afirmar que las constituciones *legis vicem optineantur*; y es conocida la declaración de Ulpiano<sup>32</sup> según la cual una disposición del príncipe *legis habet vigorem*.

La actitud de los juristas frente a las constituciones de tipo particular, especialmente respecto de los rescriptos, tuvo especial relevancia para el desarrollo del derecho de la época.<sup>33</sup> Recordemos que la obligatoriedad de es-

<sup>31</sup> Gayo 1,5.

<sup>32</sup> D, 1, 4, 1, Ulpiano.

<sup>33</sup> Al igual que con las demás constituciones imperiales, fue a partir del principado de Adriano cuando las de carácter casuista cobraron auge en el sistema de las fuentes del derecho. Véase D'Ors, *op. cit.*, p. 80, y Cannata, *op. cit.*, nota 233 en p. 92.

tas fuentes para el caso concreto nunca se puso en duda, y que detrás de estas disposiciones se encontraban distinguidos expertos en derecho vinculados al Principado por el *consilium* y la burocracia imperial. Ahora bien, lo que sucedió fue que de conformidad con la tradición casuística estas constituciones de tipo particular, una vez que se independizaron del caso concreto, pasaron a formar parte, junto con las *responsa*, del *ius controversum*.<sup>34</sup>

Conforme los romanos se acercaban cada vez más a un imperio absoluto en el siglo III d.C., el uso de rescriptos –y las demás formas de intervención del emperador– iba en progresivo aumento, lo que a la postre produjo el agotamiento de la jurisprudencia.

## 6. La jurisprudencia

En términos generales, el periodo de mayor esplendor de la jurisprudencia romana coincidió con el Principado instaurado por Augusto, que se prolongó hasta mediados del siglo III d.C. Durante esta época, la jurisprudencia fue la principal fuente de derecho.

Los clásicos se encuadraban en una tradición de varios siglos que, desde el punto de vista de las fuentes, incluía el derecho civil representado por las leyes popu-

<sup>34</sup> Cannata explica con precisión el valor normativo que estas disposiciones imperiales adquirieron dentro del sistema jurisprudencial: "En suma los *rescripta* y los *decreta* de la época clásica forman parte de las fuentes de carácter jurisprudencial de la historia del derecho romano. Su función y por tanto su origen les acercan al método y a la naturaleza de los *responsa* de los juristas, lo que confiere el carácter de reglas casuísticas a los principios que contienen; de ese modo, fueron recibidos por los juristas como precedentes a tener en cuenta junto a sus propias opiniones", *op. cit.*, p. 93. En el mismo sentido véase Santucci, *op. cit.*, p. 45, y Talamanca, *op. cit.*, p. 421.

lares –comenzando por las *XII Tablas*–, la *interpretatio* de la jurisprudencia pontifical y de la primera jurisprudencia laica y las creaciones de los juristas del último siglo y medio de la República. Igualmente, aunque estabilizado progresivamente, los clásicos heredaron el conjunto del *ius honorarium* de creación jurisdiccional. Desde el punto de vista del quehacer jurisprudencial, los juristas clásicos fueron educados en un ambiente que giraba en torno a la creación casuística del derecho, que se había nutrido del método dialéctico de los griegos, y que suponía el conocimiento de la técnica del procedimiento formulario y del edicto de los magistrados, y el dominio del binomio *ius civile-ius honorarium*. A los anteriores factores los juristas de esta época agregaron el perfeccionamiento de su método, que los llevó a sus más refinadas creaciones; y mantuvieron una sana vinculación con el régimen político, que a través del *ius publice respondendi* reforzó la *auctoritas* de sus opiniones, y que por conducto del *consilium principis* y los cargos de la burocracia imperial les abrió nuevos campos de acción, como las constituciones de tipo particular y el acervo imperial de expedientes judiciales.

Algunos de los cambios de la época clásica surgieron en relación con las transformaciones políticas que trajo el Principado, que modificó el sistema de fuentes de la época anterior. Sin embargo, en esta relación entre ciencia jurídica y régimen político hubo cierto equilibrio, pues los emperadores, si bien se interesaron ampliamente por la jurisprudencia, dejaron que ésta se desarrollara en un ambiente de libertad y no monopolizaron la creación normativa.

Para comprender la situación de la jurisprudencia de la época clásica tardía, es imprescindible resaltar algunos aspectos de los vínculos que se dieron entre la jurisprudencia y el poder. El primero de tales vínculos fue el *ius respondendi*, factor que aumentó considerablemente el valor de los dictámenes de los juristas al considerarse que estaban respaldados por la *auctoritas* del príncipe.<sup>35</sup> A este trabajo no corresponde una exposición detallada de los móviles que pudieron llevar a Augusto a la introducción de esta medida, o del efecto que la misma tuvo en los juristas que no fueron seleccionados por el emperador. Basta con decir que a partir de entonces<sup>36</sup> las opiniones de los juristas dotados del *ius respondendi* se considerarían como emanadas de la *auctoritas principis*, por lo que difícilmente dejarían de ser observadas en juicio, sobre todo si al prestigio imperial se agregaban el del autor del *responsum* y el valor intrínseco de la opinión.

En segundo lugar está el *consilium principis*. Desde los tiempos de la República los magistrados usaban rodearse de un *consilium* (consejo) informal de asesores, práctica que fue adoptada por Augusto. Conforme el Principado se fue consolidando, el *consilium* dejó de

<sup>35</sup> Pomponio, D 1, 2, 2, 47, nos informa que: *Divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent* (el divino Augusto para que fuese considerada mayor la autoridad del derecho, estableció con constitución que <los juristas> respondiesen con base en su autoridad). El jurista, entonces, responde *ex auctoritate principis*.

<sup>36</sup> El i.p.r., como facultad general concedida a todas las opiniones de los juristas seleccionados, tan sólo es verificable a partir de Tiberio; los alcances de esta medida bajo su predecesor estarían sujetos a discusión. De Churruca, Juan, *Introducción histórica al derecho romano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 8a. ed., 1997, pp. 154-155; D'Ors, *op. cit.*, p. 75.

estar formado por simples personas de confianza del gobernante, y se fue tecnificando para integrar a personajes destacados en las diversas áreas de gobierno, incluidos desde luego el derecho y la administración de justicia. A partir de Adriano, se generaliza la práctica de que todos los juristas de renombre formen parte del *consilium principis*.

Por último, el tercer vínculo, que también se perfecciona desde la época de Adriano, consiste en la práctica de que los principales exponentes de la jurisprudencia asuman cargos de importancia en la administración del Imperio, como el gobierno de provincias o las prefecturas del pretorio y de la urbe.<sup>37</sup>

En el periodo clásico tardío (bajo los Severos, 193-235 d.C.), la relación entre juristas y administración imperial, representada por los tres vínculos apenas mencionados, se volvió cada vez más intensa. No obstante que se trata de expertos de gran erudición, se observa en ellos menor creatividad, muestran señales de agotamiento.<sup>38</sup> Si a lo anterior agregamos la proliferación de constituciones y la creciente burocratización de los juristas,<sup>39</sup> el resultado

<sup>37</sup> Dos ejemplos de renombrados juristas de la era antoniniana: Salvio Juliano, además de miembro del *consilium* de Adriano, fue cónsul en el 148 d.C., gobernador de las provincias de la Germania Inferior, España del Norte y de África; y Juvencio Celso hijo, también miembro del *consilium* adrianeo, gobernador de Tracia y tal vez de Asia. Schulz, *op. cit.*, pp. 190 y 191.

<sup>38</sup> Su nivel jurídico fue comparable al de los exponentes de la etapa previa, y su erudición aún mayor. Lo que falta es originalidad y creatividad. De Churruca, *op. cit.*, p. 161.

<sup>39</sup> A partir de Adriano las fuentes normativas, incluyendo a la jurisprudencia, giran cada vez más en torno del Príncipe; llegó el momento en el que la única forma de cooperar, mediante la práctica jurisprudencial, a la creación jurídica, fue a través del aparato burocrático. Talamanca (M. Brutti), *op. cit.*, p. 439.

es una jurisprudencia sofocada, en vías de decadencia. La intervención de figuras como Augusto y Adriano en la actividad jurisprudencial, que en su momento dieron apoyo al desarrollo de la ciencia jurídica, generaciones después provocaron la debacle.

### 7. El rol de los juristas en el sistema

El derecho público romano se configuró, en la República, gracias al recurso de la *lex* y, sobre todo, por medio de una costumbre constitucional guiada por el senado, mientras que en el Principado cobraron auge las constituciones imperiales. La jurisprudencia se mantuvo más bien al margen de este desarrollo. Por el contrario, la figura del jurista jugó el papel central en el derecho privado romano; éste tiene, por consecuencia, un marcado carácter jurisprudencial, que se revela directa e indirectamente.

Directamente, mediante la creación de un derecho de juristas o jurisprudencial, principal motor en la época clásica, que consiste en un conjunto de normas jurídicas creadas a través de dictámenes y literatura. Indirectamente, la ciencia jurídica siempre estuvo detrás de todas las creaciones provenientes de fuentes no jurisprudenciales: Los antiguos pontífices y los primeros juristas laicos realizaron la labor de actualización de las XII Tablas; los juristas fueron los verdaderos autores del *ius honorarium* sugiriendo la inclusión en el edicto de acciones, excepciones y otros remedios; fungieron como asesores en torno a la esporádica legislación de derecho privado; intervinieron en la creación de senadoconsultos y cons-

tituciones imperiales cuando el Principado impulsó estas fuentes normativas.

La obra de los juristas, entonces, se refiere a todo un ordenamiento jurídico que goza de pluralidad de fuentes, y en ese sentido brindó coherencia al conjunto.

III. LA CRISIS DEL SISTEMA Y SUS RAZONES:  
 VULGARISMO JURÍDICO E INFLUENCIA  
 DE LAS TRADICIONES JURÍDICAS ORIENTALES;  
 AGOTAMIENTO DEL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA;  
 EXCLUSIVIDAD DE LAS FUENTES NORMATIVAS  
 DE ORIGEN IMPERIAL; PRODUCCIÓN EXCESIVA  
 Y DESORGANIZADA DE LAS MISMAS; AGOTAMIENTO  
 DE LAS OTRAS FUENTES DE PRODUCCIÓN

El sistema de fuentes descrito en el parágrafo precedente decayó durante el siglo III d.C. La producción del derecho se concentró casi exclusivamente en las *leges*, término con el cual se vinieron a designar las constituciones imperiales.<sup>40</sup> Este proceso de concentración se desenvuelve al mismo paso que la profunda crisis del ordenamiento constitucional del Principado y su transformación en monarquía absoluta o Dominado luego de las reformas de Diocleciano (284-305 d.C.) y de Constantino (307-337). Un poder absoluto que tiene a la cabeza al emperador, sólo, y que se ejercita a través de una compleja burocracia de exclusiva designación imperial, y que puede admitir, dentro de ciertos límites rígidamente reglamentados, la creación de normas jurídicas de parte de otras fuentes. Por lo tanto, es la

<sup>40</sup> Serrao, *La legge*, op. cit., pp. 124 y ss.

transformación de los esquemas constitucionales hacia un "Estado" centralizador y absoluto lo que determina el monopolio de la creación del derecho en las manos de quien detentaba el poder.<sup>41</sup>

La tendencia hacia esta dirección se manifiesta en modo evidente desde los primeros decenios del siglo III, cuando todavía el sistema clásico de las fuentes conservaba su vitalidad. Sobre el particular es indicativo un conocido texto de Ulpiano, extraído del libro primero de sus *Instituciones* (1 *inst.* en D. 1.4.1 pr.), en el cual el jurista dice:

*quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*

[aquel que al príncipe le parece bien, tiene vigor de ley, puesto que el pueblo con la ley regia, que viene aprobada sobre el poder de imperio que corresponde al príncipe mismo, le confiere a él y en él todo su imperio y potestad].

La voluntad del príncipe, traducida en sus constituciones, viene proclamada como fuente de producción del derecho capaz de sustituirse a todas las otras, siempre apoyándose en la justificación, expuesta en las *Instituciones* de Gayo (1, 5), que con la *lex de imperio* (acto formal de reconocimiento del emperador como tal) el pueblo le había transferido toda su potestad legislativa.

<sup>41</sup> Serrao, *La legge*, op. cit., pp. 123 y ss.; De Martino, Francesco, *Storia della costituzione romana*, Nápoles, Jovene, 1975, V, pp. 219 y ss.; Garbarino, Paolo, *Storia del diritto romano (a cura di A. Schiavone)*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 225 y ss.

La firmeza de este principio se consideraba subsistente todavía, no obstante que después de los primeros emperadores no esté testimoniado ningún acto de reconocimiento de parte de una asamblea popular. La consecuencia era que el emperador podía regular a voluntad cualquier materia, alejándose eventualmente del derecho hasta aquel momento vigente.

Como hemos visto en el parágrafo 2, la creación de normas jurídicas por obra del príncipe comenzó con la instauración misma del nuevo régimen constitucional; sólo que en los primeros doscientos años las *constituciones principum* se habían insertado en el sistema existente, respetándolo en su complejo, y produciendo un derecho que, sobre todo en los primeros tiempos y en el campo privatista, estaba en línea con aquel que estuvo vigente anteriormente. El nuevo clima constitucional que se afirma durante el siglo III d.C., abre, en cambio, el camino a una producción legislativa de proveniencia imperial, caótica y aluvial, en los más disparatados campos, que pretende afrontar y resolver todos los problemas de orden jurídico: ésta viene sustituyendo completamente a la precedente y parte en modo definitivo el equilibrio cuantitativo y armónico entre las varias fuentes, propio de la fase histórica precedente.

Los senadoconsultos, paralelamente al total redimensionamiento del papel constitucional del senado, desaparecen como fuente del derecho en el curso del siglo III, completándose así un proceso ya iniciado algunos decenios antes, cuando, como se dijo en el punto precedente, las deliberaciones senatoriales representaban sólo la vestimenta formal de disposiciones ya decididas

por el príncipe y leídas con posterioridad a los senadores (*orationes in senatu habitaे*).

Un destino análogo toca a los edictos de los magistrados (pretores, ediles curules y gobernadores de las provincias senatoriales), como consecuencia de la desaparición definitiva de las magistraturas en favor del aparato administrativo de los funcionarios imperiales. También en este caso se vino madurando, durante el siglo III, una situación cuyas raíces se hunden cerca de un siglo antes, con la redacción del Edicto perpetuo por parte del jurista Salvio Juliano, por encargo del emperador Adriano (117-138 d.C.). Así había cesado la función creadora de derecho conexa a la jurisdicción del pretor (urbano y peregrino) y de los ediles curules (para las materias de su competencia), y poco después también de los gobernadores con la cristalización del Edicto provincial para las materias comunes a las diversas provincias, debiendo cada innovación ser aprobada a través del "filtro" de un senadoconsulto (por iniciativa del príncipe) o, aún más frecuente, por una constitución imperial.

También declina el papel de los juristas, cuya función se había demostrado esencial en el desarrollo de un ordenamiento formado por fuentes tan diferentes, armonizándolo, colmando las lagunas y volviendo cierta su aplicación. Después de mediados del siglo III, de hecho, no tenemos más noticia de grandes figuras en el seno de la jurisprudencia; los últimos epígonos son Hermogeniano y Arcadio Carisio, quienes vivieron a finales del siglo III e inicios del IV, cuyas obras son por lo general colecciones sintéticas y actualizaciones de los materiales de juristas anteriores, como tendremos modo de ver en el parágrafo próximo. La falta de noticias so-

bre juristas no significa su desaparición en cuanto tales, sino el final de su rol como fuentes del derecho, desde el momento en que ahora aparecen como funcionarios anónimos encuadrados en el aparato burocrático imperial. De todas formas queda la gran masa de las obras de la jurisprudencia clásica, que comienzan a ser señaladas con el nombre genérico de *iura* en contraposición a las *leges* de origen imperial.

Conforme estas fuentes se tornan áridas, disminuye la capacidad del ordenamiento para renovarse y adaptarse con celeridad a los empujes provenientes de la sociedad y de la economía.

Un factor de crisis ulterior pero no menos grave, fue el originado por las consecuencias de la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio con motivo de la *constitutio Antoniniana* del 212 d.C.<sup>42</sup> De esta tenemos, además de confirmaciones en fuentes histórico-literarias y en el célebre Papiro Giessen 40, I, un testimonio explícito en el Digesto, D. 1.5.17 (Ulp. 22 ad ed.):

*In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt*

[Aquellos que viven en el mundo romano se convirtieron en ciudadanos romanos con base en una constitución del emperador Antonino].

Con tal disposición, entonces, la ciudadanía fue concedida a todos los habitantes del imperio, salvo a algunas categorías marginales (*Latini Iuniani* y *Aeliani*,

<sup>42</sup> De Martino, *Storia della costituzione romana*, op. cit., IV, pp. 777 y ss.

poblaciones bárbaras que se habían rendido sin condiciones <*dediticii*>), volviendo obligatorio el derecho romano, según la opinión que todavía hoy prevalece,<sup>43</sup> para todos. Lo que, naturalmente, dio lugar durante el siglo III a un fuerte conflicto entre este derecho y los varios derechos “nacionales”, que, especialmente en las ciudades y en las regiones orientales, se habían continuado aplicando en muchas materias incluso después de la conquista romana. Todos los problemas jurídicos occasionados por esta tensión ya no se resuelven a través de la actividad de las varias fuentes de producción que existían precedentemente, sino que se recargan en los órganos imperiales, y en particular en la Cancillería, llamada a mediar con continuas intervenciones sobre el derecho aplicable a casos concretos, sobre todo durante los reinos de Diocleciano y Constantino (307-337 d.C.).

Los derechos locales vinieron a ser considerados por la legislación imperial como costumbres, admisibles como fuentes de derecho sólo en la medida en que no la contrasten. Es significativo el comportamiento de Constantino, el cual, asumiendo que la voluntad del soberano expresada en una constitución debía prevalecer sobre cualquier otra fuente, enuncia el principio según el cual la autoridad de la costumbre no puede contradecir el contenido de las *leges* imperiales (esta constitución del año 319 d.C. nos es referida en C. 8.52.2).

A un lado de la mayor o menor apertura de los varios emperadores en torno a los derechos locales, el resultado de este estado de cosas es, al final de cuentas, una

<sup>43</sup> Talamanca, Mario, *Diritto e prassi nel mondo antico en Règle et pratique du droit* (a cura di I. Piro), Catanzaro, Rubettino, 1999, pp. 201 y ss.

contaminación entre “derecho oficial” y “derecho vulgar”, y entre derecho y praxis, con los inevitables reflejos negativos en la posibilidad de conocer y aplicar las diversas normatividades.<sup>44</sup>

La situación antes descrita lleva al inevitable resultado de la proliferación de una masa legislativa enorme, frecuentemente incierta y contradictoria, que quiere regular cada tipo de problema, con la consecuencia de ser difícilmente aplicable o, más a menudo, del todo inaplicable. El fenómeno se agrava durante los siglos IV y V, manifestándose principalmente sobre: *a) la dificultad de conocer efectivamente las provisiones legislativas, b) la decadencia de la técnica legislativa, paralela a la decadencia general de la cultura jurídica, de lo cual deriva una pérdida de claridad de las disposiciones y una dificultad notable de comprensión e interpretación de las mismas.*

En torno al primer perfil, de las respuestas de la Cancillería podemos obtener las dificultades, sobre todo a nivel local y periférico, para conocer el contenido de muchas intervenciones imperiales, desde el momento en que los originales de las constituciones se conservaban en los archivos de la Capital (y luego de las Capitales, ante la división del Imperio en dos partes oficiales) y los instrumentos de reproducción y difusión de las mismas presentaban graves límites, facilitando al contrario las falsificaciones. Ello explica también la desconfianza

<sup>44</sup> Talamanca, Mario, “L’esperienza giuridica del tardo Antico fra volgarismo e classicismo”, en *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità* (a cura di C. Giuffrida e M. Mazza), Roma, Jouvence, 1985, I, pp. 27 y ss. *Idem, Diritto e prassi nel mondo antico*, op. cit., pp. 200 y ss.; Guarino, Antonio, ‘Vulgarismus’ e diritto volgare in *Pagine di diritto romano*, Nápoles, Jovene, 1993, I, pp. 363 y ss.

del poder imperial sobre las decisiones en torno a casos concretos, con la consecuente limitación de la eficacia de los rescriptos (por ejemplo, CTh. 1.2.11 del 398 y C.I. 1.14.2 del 426).<sup>45</sup>

En relación con el segundo aspecto, desde hace mucho tiempo los estudiosos han notado el cambio radical del estilo y de la precisión técnico-jurídica de conceptos, entre las constituciones emanadas bajo el reinado de Diocleciano, cuando los cargos de la Cancillería todavía eran ocupados por juristas formados adecuadamente, y las promulgadas desde Constantino y sus demás sucesores. Estas últimas, de hecho, se caracterizan por una forma retórica y sobre abundante, por expresiones oscuras y poco precisas y por una frecuente confusión terminológica. Las razones de ello no parecen reconducibles a la introducción de personal de fe cristiana en la Cancillería, sino más bien a la falta de una educación jurídica suficiente, ligada a la profunda degradación de este tipo de estudios.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Garbarino, *Storia del diritto romano*, op. cit., p. 227.

<sup>46</sup> Amelotti, Mario, *Da Diocleziano a Costantino. Note in tema di costituzioni imperiali* en *Scritti giuridici*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 492 y ss.; Cervenca, Giuliano, *Lineamenti si storia del diritto romano*, op. cit., pp. 543 y ss.

IV. LOS REMEDIOS A LA INCERTIDUMBRE  
DEL DERECHO. LA REACCIÓN DE LOS PRÁCTICOS:  
LAS PRIMERAS OBRAS DE CODIFICACIÓN  
DE LAS CONSTITUCIONES IMPERIALES  
(*CODEX GREGORIANUS E HERMOGENIANUS*)  
Y SU CARÁCTER PRIVADO; LAS COLECCIONES  
MIXTAS DE CONSTITUCIONES IMPERIALES  
Y DE OBRAS DE JURISTAS (*VATICANA FRAGMENTA*,  
*COLLATIO LEGUM MOSAICARUM*  
*ET ROMANARUM*); LAS *PAULI SENTENTIAE*

La reacción al contexto antes descrito se manifiesta desde finales del siglo III d.C., pero no proviene de los ambientes oficiales, sino de la praxis de los “operadores jurídicos”, que buscan poner orden de alguna manera a la superproducción legislativa de la Cancillería imperial y de remediar su incapacidad de resolver problemas concretos. Esta reacción toma como objeto tanto a las constituciones imperiales como a los materiales de origen jurisprudencial, y se concreta en las dos codificaciones privadas conocidas como *Codex Gregorianus* y *Codex Hermogenianus*, en el *Epitome iuris* del mismo Hermogeniano y en las *Pauli Sententiae*.

Del autor del primer código sólo sabemos que se trataba tal vez de un jurista de nombre Gregorio o Gregoriano, que lo realizó en los años 292-293 d.C., durante el reinado de Diocleciano. Tal código no nos ha llegado, pero una pequeña parte de su contenido ha sido transmitida por las leyes romano-bárbaras, en particular por el *Breviarium Alaricianum* o *lex Romana Wisigothorum* del 504 d.C. por el rey visigodo Alarico II, y por algunas colecciones de constituciones imperiales y fragmentos

de obras de juristas, como los *Vaticana Fragmenta* y la *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, sobre las cuales regresaremos después.

Con base en tales datos sabemos que este código se articulaba en al menos 14 libros, subdivididos en títulos, organizados por tema y con una rúbrica que indicaba cada contenido, y al interior de cada título las constituciones eran recogidas cronológicamente. El orden de exposición de las materias era sistemático y seguía el esquema de los libros de digestos de los juristas clásicos, esquema que en gran parte correspondía al del edicto del pretor. Las constituciones comprendidas en el Gregoriano corrían desde Adriano (117-138 d.C.), o, según algunos, incluso desde Augusto (31 a.C.-14 d. C.), hasta el 292.<sup>47</sup>

En cuanto al Código Hermogeniano, prevalece hoy la opinión de que su autor se puede identificar con el jurista homónimo autor del Epítome del derecho. Con ambas obras el jurista se proponía el objetivo de proporcionar en primer lugar a los funcionarios imperiales, sobre todo a los gobernadores de provincias que aumentaron de número por las reformas de Diocleciano, y después también, en general, a los operadores jurídicos, un cuadro sintético del derecho vigente en su tiempo.<sup>48</sup>

En el Código, Hermogeniano se limitaba a una puesta al día del Gregoriano, agregando las constituciones dioclecianas de los años 293-294 d.C. Esta obra tampoco ha llegado a nosotros, pero podemos reconstruir

<sup>47</sup> Sperandio, Marco, *Codex Gregorianus. Origini e vicende*, Nápoles, Jovene, 2005.

<sup>48</sup> Cenderelli, Aldo, *Ricerche sul Codex Hermogenianus*, Milán, Giuffré, 1965; Wieacker, Franz, *Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Diocletien en Revue historique de droit français et étranger*, 40, 1971, pp. 219 y ss.

una parte de su contenido a través de las leyes romano-bárbaras y de las colecciones indicadas para el Gregoriano. Una característica del Hermogeniano es que está subdividido solamente en títulos, en los cuales las constituciones aparecen recogidas en orden cronológico.

En el Epítome, por el contrario, el jurista autor del Código reelabora los materiales de las obras de la jurisprudencia clásica, que, en su concepto, se debían considerar como las más importantes para los fines prácticos de su tiempo.

Las dos codificaciones, aun siendo privadas y no oficiales, desempeñaron un papel muy importante. No sólo durante todo el siglo IV su existencia impidió cualquier proyecto de código oficial, sino que, incluso después de que el mismo fue redactado (el Código Teodosiano del 438), aquellas no fueron tocadas, prefiriéndose seguir el camino de su continuación, recogiendo las constituciones de los emperadores sucesivos. Los dos códigos además fueron actualizados por comentadores anónimos, que les agregaron algunas constituciones de épocas sucesivas, hasta el año 365. Su difusión y supervivencia duran hasta el Código de Justiniano del 529, que decretó su abolición, y son largamente utilizados tanto en la praxis como en la educación jurídica. Este éxito se explica gracias a la facilidad de conocimiento de la legislación imperial que tales códigos permitían, eliminando la necesidad de consultarla dentro de los archivos imperiales, y facilitando la búsqueda por medio de su exposición en un orden sistemático.

Finalmente, es de observarse que, por primera vez, el término *código* aparece empleado para indicar una colección normativa.

Entre las obras de juristas, además del mencionado *Epitome* de Hermogeniano, tenemos noticias de algunos trabajos, probablemente de carácter compilatorio, de Arcadio Carisio, sobre el oficio del prefecto del pretorio, las prestaciones públicas impuestas por el "Estado" (*munera civilia*) y los testimonios.<sup>49</sup>

De mayor importancia resultan por el contrario las *Pauli Sententiae*, que se remontan, en su núcleo central, a finales del siglo III o inicios del IV, y que han sido transmitidas en forma casi integral hasta nuestros días, en tanto que fueron reproducidas en las leyes romano-bárbaras y en las colecciones de constituciones imperiales y de fragmentos de la jurisprudencia clásica, que acabamos de mencionar. La obra está subdividida en cinco libros, repartidos en títulos con una rúbrica que indica sus respectivos temas, y fue realizada por un jurista anónimo, que utilizó materiales provenientes fundamentalmente de escritos de Paulo, pero también de otros juristas clásicos (que, sin embargo, no se nombran). Es interesante señalar como con frecuencia estos textos aparecen adaptados a las exigencias de la práctica de la época, representando para los abogados y jueces un prontuario del derecho vigente y aplicable. Esto explica también por qué Constantino, en una constitución del 327 (en CTh. 1.4.2), elogia esta obra, reafirmando la validez de su uso ante los tribunales.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Bretone, Mario, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 364 y ss.

<sup>50</sup> Bretone, Mario, *Tecniche ed ideologie dei giuristi romani*, Nápoles, ESI, 1984, pp. 40 y ss.; Cervenca, *Lineamenti di storia del diritto romano*, op. cit., pp. 617 y ss.; Liebs, Dieter, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie* en *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 112, 1995, pp. 151 y ss.; Bianchi

El éxito de las *Pauli Sententiae* ha sido demostrado también por el hecho de que en el curso del siglo IV, y durante los inicios del V, su texto fue puesto al día en varias ocasiones, con el añadido de una serie de preceptos extraídos de constituciones imperiales (que, sin embargo, no se mencionan) y de la praxis consuetudinaria. De esto se puede deducir que se trata de una obra que, al menos en la versión que ha llegado a nosotros, es fruto del trabajo de una jurisprudencia anónima, dirigida a la simplificación y a la sistematización del material jurídico existente, para facilitar su conocimiento y aplicación. En efecto, contrariamente a la redacción de la legislación imperial de este tiempo, caracterizada por un estilo prolífico y frecuentemente oscuro, los textos de las *Sententiae* que la resumen se presentan en una forma sintética y clara.

Durante el siglo IV, la tendencia a la realización de obras de compilación con finalidad práctica se refuerza. Además de la actualización de los códigos Gregoriano y Hermogeniano y de las *Sentencias* de Paulo, de las cuales ya hemos hablado, recordamos otras obras que contienen tanto *leges* (constituciones imperiales) como *iura* (fragmentos de obras de juristas clásicos), los *Vaticana Fragmenta* y la *Collatio legum*, cuya importancia se subrayó al transmitir parte del texto de tales códices.<sup>51</sup>

Los primeros consisten en 341 fragmentos, descubiertos en 1821 por el cardenal Mai en un códice de la

Fossati Vanzetti, Marcella, *Introduzione a Pauli Sententiae. Testo ed interpretatio*, Padova, CEDAM, 1995, pp. XIII y ss.

<sup>51</sup> Sobre la *Collatio* Barone Adesi, Giorgio, *L'età della lex Dei*, Nápoles, Jovene, 1992; sobre los *Vaticana fragmenta*, Cervenca, Lineamenti, *op. cit.*, pp. 620 y ss.; Bretone, *Storia*, *op. cit.*, pp. 365 y ss.

Biblioteca Vaticana, formando parte de una obra más vasta, redactada por un jurista anónimo tal vez durante el reinado de Constantino, y después puesta al día por otros o tal vez completada directamente hacia finales del siglo IV. Los textos de los juristas clásicos provienen de Papiniano, Paulo y Ulpiano, mientras que las constituciones imperiales se refieren al periodo entre el 205 y Constantino (además de una del 369-372 de Valentíniano, Valente y Graciano) y vienen reproducidas en una versión extendida, probablemente correspondiente a la original. Las finalidades prácticas emergen del orden sistemático por temas (indicados por las rúbricas) en que están distribuidos los materiales, relativos, al menos en la parte nos ha llegado, solamente al derecho privado.

La *Collatio*, también llamada *Lex Dei*, puede definirse como un manual de "derecho comparado", en tanto su fin radica en instituir una confrontación entre derecho romano y antiguo derecho mosaico, para probar que el primero deriva del segundo, y por ende la superioridad de este último. El autor de tal obra también ha quedado anónimo y su compilación data de finales del reinado de Diocleciano o durante el de Constantino. En ella confluyen textos de Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino y constituciones extraídas de los códigos Gregoriano y Hermogeniano, ordenadas en libros y títulos, de los cuales nos han llegado sólo los primeros dieciséis del libro primero, que nos impiden conocer cuáles fueron la extensión y el plano originarios. Tal orden, sin embargo, nos demuestra que, prescindiendo de la finalidad que se proponía el autor, la *Collatio* también constituía una tentativa de hacer posible el conocimiento y la aplicación del derecho en su época, justificando así los sucesi-

vos añadidos del mismo siglo IV. En ella encontramos normas de derecho penal y de derecho privado.

#### V. LAS REACCIONES OFICIALES: LA LEY DE CITAS DEL 426; EL PROYECTO DE CODIFICACIÓN DE TEODOSIO II (408-450 D.C.) Y SU REALIZACIÓN PARCIAL CON EL *CODEX THEodosianus* DEL 438

Las reacciones oficiales, limitadas a enfrentar la excesiva producción legislativa imperial y su desorganización, no se traducen en actos concretos de una cierta eficacia sino hasta principios del siglo V d.C., es decir, con un siglo de retraso respecto a las reacciones de los prácticos. Hasta este momento, de hecho, la intervención imperial, representada por dos constituciones de Constantino del 321 y del 327 (referidas en CTh. 1.4.1 y 1.4.2), se había limitado a prohibir el uso ante los tribunales de las anotaciones de Paulo y Ulpiano a los textos de Papiniano y a admitir, por el contrario, las de las *Pauli Sententiae*.

La primera medida fue adoptada en el imperio de Occidente y no está enfocada a dar un orden a las numerosas *leges* vigentes, sino más bien a regular legalmente la utilización práctica del inmenso material constituido por las obras de los juristas clásicos. Con una constitución del 426 el emperador Valentiniano III (425-455) redujo drásticamente el número de textos que se podían producir en juicio, estableciendo una jerarquía entre los diversos juristas (de aquí el nombre de "Ley de citas" que le ha dado la doctrina moderna).<sup>52</sup>

<sup>52</sup> Volterra Edoardo, *Sulla legge delle citazioni en Scritti giuridici*, Nápoles, Jovene, 1994, VI, pp. 415 y ss.

En esta constitución, conocida por nosotros a través del Código Teodosiano (CTh. 1.4.3), se dispone que se pueden hacer valer sólo las obras de cinco juristas: Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, y que, en caso de oposición de opiniones sobre el mismo punto de derecho, se debe seguir la opinión de la mayoría; en caso de empate, prevalece el parecer de Papiniano y, si este último no se expresa al respecto, el juez es libre de decidir según su propia discreción:

*Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur [...] Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus [...] Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum pars censemur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis*

[Confirmamos todos los escritos de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, de tal suerte que la misma autoridad acompañe a Gayo, Paulo, Ulpiano y los otros <dos> y los pasos extraídos de todo el cuerpo de sus obras sean citados <ante los tribunales> [...] Cuando sean manifestadas opiniones diferentes, que prevalezca la del mayor número de juristas o, si el número es igual, que prevalezca la autoridad de aquella parte <de juristas> en la cual se pronuncie Papiniano, hombre de excelente ingenio, el cual, así como prevalece sobre los singulares, cede <de frente a la opinión concordante> de dos [...] Cuando luego sean citadas en número igual las opiniones de aquellos

juristas, cuya autoridad se considera igual, que la discreción de quien elija a aquellas que se deben seguir].

En cuanto a los otros jurisconsultos, la segunda frase (atribuible, según algunos, a Teodosio II y no a Valentíniano III)<sup>53</sup> de esta constitución prevé que sus opiniones puedan ser citadas sólo si son mencionadas por los cinco juristas arriba indicados y confirmadas mediante la confrontación con los textos originales:

*Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur*

[Establecemos también que se ha de confirmar la ciencia de aquellos juristas, cuyos tratados y opiniones todos los precitados <cinco> han insertado en sus obras, como Scevola, Sabino, Juliano y Marcelo y todos aquellos que ellos han citado, siempre que sus libros sean confirmados por la confrontación con los textos originales, a causa de la incertidumbre debida a la antigüedad].

Como se ha observado con exactitud, la elección de los cinco juristas no es ocasional, sino que corresponde a un criterio preferencial que desde hacía tiempo se había seguido en la práctica, como se puede ver en las obras de compilación privadas como los *Vaticana Fragmenta* o la *Collatio*, de las que hemos hablado en el punto precedente, y en las cuales los textos jurispruden-

<sup>53</sup> Sobre el tema cfr. Cervenca, *Lineamenti*, op. cit., pp. 606 y ss.

ciales provienen solamente de las obras de los expresados juristas.

Como una ulterior demostración de la confirmación de criterios ya aplicados en el siglo precedente acerca del uso de las obras de la jurisprudencia, esta constitución corrobora la invalidez de las anotaciones de Paulo y Ulpiano al *corpus* de los escritos de Papiniano y la plena legitimidad de las Sentencias de Paulo.

De mayor importancia resulta por el contrario el diseño concebido en el imperio de Oriente por el emperador Teodosio II (408-450). Con una constitución del 429 (en CTh. 1.1.5) él designó una comisión de ocho miembros encargada de redactar dos distintas colecciones: la primera bajo la forma de código, teniendo por objeto todas las constituciones de carácter general emitidas desde Constantino en adelante, ordenadas según el sistema de los códigos Gregoriano y Hermogeniano; tal obra, en cuanto destinada sobre todo a la ciencia, debería haber comprendido también las *leges* que ya no estaban en vigor:

*Ad similitudinem Gregoriani et Ermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclitus et post eum divi principes nosque tulimus, edictorum viribus aut sacra generalitate subnixas [...] Sed cum simplicius iustiusque sit praetermissis eis, quas posteriores infirmant, explicari solas, quas valere conveniet, hunc quidem codicem et priores diligenteribus compositos cognoscamus, quorum scholasticae intentioni tribuitur nosse etiam illa, quae mandata silentio in desuetudinem abierunt, pro sui tantum temporis negotiis valitura.*

[Establecemos que, a semejanza de los códigos Gregoriano y Hermogeniano sean colecciónadas todas las constitucio-

nes, que el renombrado Constantino y después de él los divinos príncipes y nosotros mismos hemos emanado bajo forma de edictos o de constituciones de carácter general ... Pero, siendo más simple y más conforme al derecho omitir aquellas que las constituciones posteriores han abolido y reproducir solamente las que deben valer, reconocemos sin embargo que este código y los dos precedentes vienen compuestos por personas más diligentes, en cuyas intenciones escolásticas se les ha concedido el conocer también aquellas constituciones, que, consignadas al silencio, han caído en desuso, valiendo sólo para los negocios del tiempo en el que estuvieron vigentes].

La segunda colección, por el contrario, debía tener un carácter práctico y limitarse por ello a recoger de los tres códigos (Gregoriano, Hermogeniano y el redactado para la ciencia) solamente las constituciones en vigor, que se deberían haber integrado después con pasajes selectos extraídos de las obras de la jurisprudencia clásica:

*Ex his autem tribus codicibus, et per singulos titulos cohaerentibus prudentium tractatibus et responsis, eorumdem opera, qui tertium ordinabunt, noster erit aliis, qui nullum errorum, nullas patietur ambages, qui nostro nomine nuncupatus sequenda omnibus vitandaque monstrabit*

[Además de estos tres códices y de los tratados y respuestas de los juristas ligados a los títulos singulares, mediante la obra de las mismas personas, que redactarán el tercer código, será redactado otro nuestro, que no tolerará ningún error o ambigüedad y se llamará con nuestro nombre

y mostrará aquello que se debe seguir y aquello que se debe evitar por parte de todos].

La técnica de redacción de los códigos oficiales dirigidos, ya sea a la teoría o a la práctica, no era diversa de la que se siguió por los códigos privados de finales del siglo III y por las compilaciones privadas del siglo IV, como demostración de los buenos resultados que habían dado y de las dificultades de encontrar soluciones alternativas.<sup>54</sup>

El proyecto, como es sabido, no fue realizado, probablemente por su grandeza y la inadecuada preparación jurídica de los integrantes de la Comisión, que volvía sumamente difícil la tarea de consulta y selección de las obras de la jurisprudencia clásica. Con una nueva constitución del 435 (en CTh. 1.1.6) Teodosio abandona la idea de codificar conjuntamente constituciones imperiales y textos de juristas y nombra una segunda comisión de dieciséis miembros, a quienes encarga la redacción de un solo código oficial, comprehensivo únicamente de las *leges generales* desde Constantino en adelante, destinado a completar los dos precedentes (Gregoriano y Hermogeniano) y dirigido ya sea a la ciencia que a la práctica.<sup>55</sup>

Este código debía ser redactado según el esquema libros-títulos, al igual que el Gregoriano y el Hermogeniano, y cada título debía tratar el tema indicado en la rúbrica. Las constituciones eran distribuidas en varios

<sup>54</sup> Volterra, *Sulla legge delle citazioni*, op. cit., pp. 423 y ss.

<sup>55</sup> Volterra, *Sulla legge delle citazioni*, op. cit., pp. 469 y ss. Idem, *Sul contenuto del Codice Teodosiano in Scritti giuridici*, op. cit., pp. 346 y ss.

títulos en orden cronológico y podían eventualmente estar subdivididas entre varios títulos, si se referían a temas diversos. No era necesario que sus textos fuesen reproducidos integralmente, pudiendo los comisionados resumirlos o variarlos con modificaciones y agregados, con el fin de eliminar contradicciones y ambigüedades.

El trabajo fue realizado en tres años, y el nuevo código fue publicado en el 438 y entró en vigor en las dos partes del imperio en el 439. El Teodosiano se compone de 16 libros, que contienen todas las ramas del ordenamiento jurídico: el derecho privado (libros II-V y parte del libro VIII); las fuentes del derecho y el derecho administrativo relativo a las competencias, a la jerarquía y a los privilegios de los funcionarios públicos (libro I y VII y parte del VIII); el derecho militar (libro VII); el derecho criminal (libro IX); el derecho financiero y fiscal (libros X y XI); el derecho relativo a las corporaciones (libros XII-XV) y el derecho eclesiástico (libro XVI).

La tentativa, representada por este código, de crear –*al menos al nivel de legislación imperial*–, un ordenamiento cierto y sencillo de aplicar, encuentra evidentes límites, entre los cuales se pueden indicar:

1. El Teodosiano no privó de validez a los dos códigos precedentes, atribuyendo por el contrario a éstos un reconocimiento oficial. El nuevo código es por lo tanto sólo una actualización e integración de los precedentes, casi para demostrar la incapacidad del gobierno imperial para realizar una obra de más amplia envergadura capaz de sustituirlos.

2. El Teodosiano logró dar sistematización sólo a las *leges* generales, mientras que omitió tomar en consideración la legislación imperial de carácter particular, como los rescriptos o las epístolas, que debía ser vastísima y por ello había sido ordenada en el Gregoriano y en el Hermogeniano.

Una importante innovación, por el contrario, constituye el esfuerzo, el primero en tal dirección, de reordenar la legislación emitida en el campo del derecho público.

#### VI. LA CODIFICACIÓN DE JUSTINIANO (533-534 D.C.): CARÁCTERES Y FINALIDAD

La solución de codificar el derecho como remedio a las dificultades derivadas de su conocimiento, interpretación y aplicación, también fue adoptada por Justiniano (527-565), emperador de Oriente, en cuanto decidió la redacción del *Codex*, de los *Digesta* y de las *Institutiones*. Su proyecto resulta todavía más amplio que el de Teodosio II del año 429, sobre el cual nos detuvimos en el punto precedente, y la posibilidad de realizarlo se debe ciertamente al reflorecimiento de la cultura jurídica en las escuelas de Constantinopla y Berito a principios del siglo VI.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Sobre la codificación de Justiniano *cfr.* Cervenca, *Lineamenti*, *op. cit.*, pp. 636 y ss.; Archi, Gian Gualberto, *Studi sulle fonti del diritto nel tardo Impero romano. Teodosio II e Giustiniano*, Cagliari, Edes, 1987, pp. 143 y ss.; Schipani, Sandro, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 3 y ss.

En relación con la legislación imperial, las *leges*, se redactó un nuevo Código destinado a sustituir los tres existentes (Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano), tomando de éstos las constituciones que todavía estaban vigentes y agregándole las posteriores, según la acostumbrada sistemática de división en libros y títulos, ordenados por temas indicados en la rúbrica, que comprendían textos de diversas disposiciones cronológicamente ordenadas, abreviadas y adaptadas a las exigencias del momento. Nace así el Código de Justiniano en 12 libros, del cual se realizó una primera versión en el año 529, que luego fue integralmente sustituida por una definitiva del 534 (el *Codex repetitae preelectionis*).

Las razones prácticas para la redacción de este código fueron puestas a la luz por la constitución *Summa rei publicae* del 529, con la cual fue promulgada la primera edición. El emperador, en efecto, en el § 1 subraya la necesidad de recopilar en un único código las constituciones contenidas en los tres precedentes, reduciéndolas y haciendo más clara su disposición, "con el fin de eliminar del todo su calígine que insidiaba las decisiones correctas de los jueces" (*caliginem earum rectis iudicium definitionibus insidiantem penitus extirpare*). Además en el § 3 prohíbe a los litigantes y a los abogados hacer uso, bajo pena de falsedad, de las constituciones de los tres códigos precedentes ("a fin de que todos, sean litigantes o expertísimos abogados, sepan que de ningún modo les está permitido citar en los juicios ante los tribunales las constituciones de los tres códigos precedentes [...] y aquellas que hasta hoy se venían llamando constituciones nuevas [...] y quienes hayan osado hacer alguna cosa en contra de tales disposiciones se sujetarán al

crimen de falsedad", *ut sciant omnes tam litigatores quam disertissimi advocati nullatenus eis licere ...constitutiones ex veteribus tribus codicibus...vel ...quae novellae constitutions ad praesens tempus vocabantur, in cognitionalibus recitare certaminibus ...falsi crimini subdendis his, qui contra haec facere ausi fuerint*) y niega la posibilidad de valerse de las interpretaciones jurisprudenciales de cualquier modo contrarias al texto de las *leges* del nuevo Código.

Las mismas razones y prohibiciones se encuentran en la constitución de promulgación de la segunda edición del Código, la *Cordi* del año 534. También aquí, en efecto, en el § 1 se indican como justificaciones de su redacción la necesidad de incluir en el mismo las numerosas constituciones emanadas después del 529 y las exigencias de coordinación con el Digesto y las Instituciones, promulgados ambos en el 533. Y también aquí se repitió la prohibición de hacer referencia a los Códigos precedentes (incluyendo al del 529), en cuanto "sólo aquello que se encuentra escrito en nuestro Código renovado debe tener eficacia y ser citado en todas las cuestiones y procesos" (*quod [...] renovato codice nostro scriptum inveniatur, hoc tantummodo in omnibus rebus et iudiciis et obtineat et recitetur*).

Las necesidades concretas de certidumbre emergen de modo más decisivo en la codificación de las *iura* realizada con el Digesto. En la constitución *Deo autore* del año 530, con la cual se dispone el proyecto de la obra, Justiniano ordena a los comisionados redactores:

- a) "Leer y limar los libros relativos al derecho romano de los antiguos juristas, a los cuales los sacra-tísimos príncipes dieron la autoridad de escribir e

- interpretar las leyes, a fin de que ... sin dejar (en la medida en que es posible) ningún texto ni parecido ni discordante ... de ellos se recoja aquel único texto que baste para todos" (...*antiquorum prudentium, quibus auctoritatem consribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes prae- buerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et elimare, ut ... nulla (secundum quod possibile est) neque similitudine neque discordia derelicta ...ex his hoc colligi quod unum pro omnibus sufficiat*) (§ 4).
- b) Construir todo el material recogido en una obra única y "casi consagrar un templo propio y santísimo a la justicia y ordenar todo en cincuenta libros y en títulos ciertos y determinados" (*et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consa- crare et in libros quinquaginta et certos titulos totum ius digererere*), a fin de que todo el derecho antiguo resulte fusionado en ellos y ninguna parte quede fuera (§ 5).
  - c) Reconocer a todos los juristas igual dignidad, sin observar para ninguno alguna posición de super- ioridad (*omnibus auctoribus iuris aequa dignitate pollutibus et nemini quondam praerogativa serranda*), con la consecuencia de abolir tanto el contenido de la Ley de citas como las prohibiciones de utili- zar las anotaciones de Paulo y Ulpiano a las obras de Papiniano (§ 5 *in fine* y § 6).
  - d) Suprimir las prolíxidades encontradas en las obras de la jurisprudencia, colmar sus partes incomple- tas, corregir sus errores, "de modo que cuanto ustedes elijan y pongan, resulte ser el texto ver- dadero, el mejor, como si hubiese sido escrito así

- desde el inicio, y que ninguno ose, con base en la confrontación con volúmenes antiguos, denunciar que lo escrito ha sido alterado" (*ut hoc videatur esse verum et optimum et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit, et nemo ex compariatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat*) (§ 7).
- e) Evitar antinomias (§ 8), repeticiones de lo que ya esté dispuesto en el código (§ 9) y excluir todas las normas caídas en desuso "porque queremos que tengan valor sólo aquellas que o la actividad ju- dicial utilizó frecuentemente o la larga costumbre de esta Urbe ha aprobado plenamente" (*cum haec tantummodo optimere volumus, quae vel iudiciorum frequentissimus ordo exercuit vel longa consuetudo huius almae urbis comprobavit*) (§ 10).

Todas estas directivas imperiales encuentran plena actuación en la redacción del Digesto, como lo confirma la constitución *Tanta* del año 533, con la cual la obra fue promulgada. En lo que a nosotros toca, esta constitución presenta una pluralidad de aspectos interesantes. Antes que nada sobresale la entidad del trabajo desarro- llado por los comisionados, que debieron manejar cerca de dos mil escritos de la jurisprudencia clásica y leer y seleccionar mas de tres millones de líneas contenidas en ellos (§ 1); en segundo lugar, la indicación de la finalidad con la cual se venía dirigiendo la codificación, que era el poner fin a la incertidumbre del derecho expuesto en los *iura*, refleja la caótica situación existente prece- dentemente. Afirma el emperador en el § 13:

*omnibus itaque hominibus eandem sanctionem manifestam facere necessarium perspeximus, ut sit eis cognitum, quanta confusione et infinitate absoluti in quam moderationem et legitimam veritatem pervenerunt: legesque in posterum habeant tam directas quam compendiosas omnibusque in promptu positas et ad possidendi libros earum facilitatem idoneas*

por lo tanto hemos considerado necesario que lo sancionado se haga del conocimiento de todos los hombres, para que sepan lo grande que eran la confusión y la indeterminación de las que fueron liberados y cuáles fueron la medida y la verdad de la importancia de los textos que contienen derecho, los cuales han llegado a nosotros, y para que tengan en el futuro textos jurídicos lineales y sucintos, de fácil consulta para todos e idóneos para hacer fácil la posesión de los libros que los contengan].

Además, poner un remedio a esta caótica situación había permitido "redescubrir" la existencia y la importancia de muchos textos jurisprudenciales que, aunque teniendo valor de ley, ya no se aplicaban más para resolver controversias, o por la escasez de libros que los consignaban o por verdadera ignorancia, de tal suerte que las mismas se decidían más bien según la voluntad de los jueces que con base en la autoridad de los textos legales (§ 17):

*Mirabile autem aliquid ex his libris emersit, quod multitudo antiqua praesente brevitate paucior invenitur. Homines etenim, qui antea lites agebant, licet multae leges fuerant positae, tamen ex paucis lites perferebant vel propter inopiam librorum [...] vel propter ipsam inscientiam, et voluntate iudicium magis quam legitima auctoritate lites dirimebantur.*

[Además de estos libros ha surgido algo sorprendente, esto es, que la antigua abundancia se revela en realidad más limitada de cuanto lo es el actual compendio. En efecto, los hombres que precedentemente intentaban los litigios, si bien existían muchos textos con valor de ley, conducían las controversias con base en pocos, o por la escasez de libros ... o por verdadera y propia ignorancia; por lo tanto los pleitos se decidían más bien según la voluntad de los jueces que con base en la autoridad de los textos que producían derecho].

En fin, para evitar el riesgo de que se pudiera recaer en un estado de confusión e incertidumbre normativa, el emperador prohíbe cualquier comentario a los textos recopilados de esta manera, salvo su traducción al griego según el mismo orden, y la realización de resúmenes también en lengua griega. De tal modo se quiere evitar todo lo que había sucedido cuando los comentadores del Edicto Perpetuo habían tergiversado el texto y lo habían arrastrado a la indeterminación (§ 21).

Por último, la redacción de las Instituciones se dirigía por el contrario al perfil de la formación jurídica, proveyendo bases para una específica educación que en tal sentido se completaría con el estudio del *Codex* y de los *Digesta*. Tales finalidades se reflejan: a) en la constitución promulgadora de la obra, la *Imperatoriam maiestatem* del 533, en la cual, después de recordar la redacción del Código (§ 2) y del Digesto (§ 4), concluye con el auspicio de que los alumnos puedan convertirse en juristas eruditos en grado de que algún día *nostram rempublicam gubernare* (§ 7); b) en la constitución *Omnem*, emanada el 16 de diciembre del mismo año, en la cual la

reforma del ordenamiento de los estudios jurídicos fue justificada con la absoluta insuficiencia de la educación legal precedente, conducida con desorden sobre pocos libros de contenido poco interesante o superado en el terreno jurídico, y a través de lecciones en la mayor parte inútiles (§ 1).

El significado de la codificación de Justiniano es immense para toda la tradición jurídica occidental. También desde la óptica de esta investigación representa una piedra angular, en cuanto pone fin temporalmente al estado de incertidumbre e inadecuación del derecho debidos a la 'crisis de la ley', en el sentido descrito, durante los tres siglos precedentes. Pero el remedio solamente fue temporal, en cuanto ni siquiera Justiniano se preocupó de remover las razones estructurales de tal crisis y de las consecuencias que inevitablemente surgieron de la misma. El emperador, de hecho, corroboró con fuerza la unicidad y la centralidad del papel imperial como único creador e interprete del derecho. Particularmente explícita es la afirmación contenida al final del § 21 de la *Tanta*:

*si quid vero ... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere et interpretari*

[si de verdad ... cualquier cosa aparece ambigua, que los jueces la refieran a la alteza imperial y que sea aclarada por obra de la autoridad del emperador, a la cual se le ha atribuido exclusivamente el poder de emanar leyes e interpretarlas].

Entonces, las *leges imperiales* vienen confirmadas no sólo como fuentes únicas de producción del derecho, destinadas a regular todos los posibles aspectos del mismo, sino que también están destinadas a resolver todas las dudas interpretativas, sin que se atribuya a los órganos jurisdiccionales la facultad de realizar interpretaciones "creativas", diferentes de la mera aplicación de las normas vigentes.

Algunos años después, se reconstituyó la situación de desorden legislativo. A partir del 535, Justiniano fue llamado, en efecto, a legislar de modo continuo y desordenado en los más diversos campos a través de la emanación de constituciones, que encuentran lugar en la codificación oficial, pero que serán recogidas después de su muerte (565), en varias compilaciones privadas, todas, en mayor o menor medida, según el acostumbrado método inaugurado con los códices Gregoriano y Hermogeniano.

EL APARENTE TRIUNFO DE LA LEY  
SOBRE EL DERECHO: MÉXICO, 1840-1940

JAIME DEL ARENAL FENOCHIO

I. INTRODUCCIÓN

El ascenso de la concepción del derecho como ley o conjunto de normas legales adquiere en los países iberoamericanos una peculiar y trascendente significación, toda vez que la formación de su cultura jurídica hubo de alimentarse con elementos propios y singulares y en un *tempus* diferente al de la formación de la cultura jurídica europea. De esta manera no es lícito asimilar la historia jurídica europea con la iberoamericana, por más que a grandes rasgos y para una inmensa mayoría de juristas y abogados iberoamericanos esto resulte natural, dadas las características de las dogmáticas imperantes en el continente americano desde el siglo XVI –particularmente desde el XIX, con el triunfo de la codificación–, el tipo de ejercicio de las profesiones jurídicas (abogados, notarios, consultores, académicos) la forma y el contenido de la enseñanza del derecho, la experiencia cotidiana del ciudadano común frente al derecho, y, sobre todo, la forma de manifestarse de éste. Habrá que subrayarlo: si bien la cultura y la experiencia jurídicas de las diversas naciones latinoamericanas hoy presentan rasgos y ca-

racterísticas a primera vista idénticos a los de las naciones europeas occidentales, en el trasfondo de ambas y más allá del aparato institucional formal que aparece en la vida cotidiana, subsisten ideas, mentalidades, representaciones, prácticas y concepciones acerca del derecho, de la ley, de la justicia, de la costumbre y del orden que no permiten asimilarlas: por más que durante casi quinientos años textos, autores, catedráticos, periódicos, revistas, legisladores y jueces hayan querido y creído imponer con éxito una idea y unas prácticas comunes en torno a esos conceptos. Las diferencias son notables y marcan dos experiencias frente al derecho surgidas, en parte, de un trasfondo común, pero diferenciadas precisamente por la historia y por la geografía. De aquí que le corresponda al historiador del derecho identificar, develar y valorar los elementos diferenciales entre ambas tradiciones y culturas para darlas a conocer a los juristas dogmáticos en su tarea de construir soluciones eficaces a los problemas surgidos de diversas realidades. No parece exagerado afirmar que uno de los principales pecados capitales cometidos por los juristas iberoamericanos ha sido su incapacidad para reflexionar su propia realidad jurídica, así como haberse dejado deslumbrar tan fácilmente por modelos y prácticas jurídicas surgidas para otras latitudes y en otros tiempos. En este sentido, no parece haber grandes diferencias entre lo ocurrido en el devenir de la historia jurídica iberoamericana y lo acaecido en la historia del arte, en la literatura, en la ciencia, y en la historia de la filosofía, donde todavía estamos esperando el surgimiento de escuelas, corrientes, formas e ideas iberoamericanas que impacten y trasciendan en forma decisiva a la cultura occidental, por más que el

Modernismo, la filosofía de lo americano, el muralismo mexicano, el realismo mágico de las décadas de los setenta y setenta, y la teología de la liberación, hayan podido enriquecer desde postulados muy originales dicha cultura. La diferencia, sin embargo, es particularmente dramática respecto del pensamiento jurídico donde la tendencia a copiar y seguir servilmente ideas surgidas allende el océano no conoce prácticamente excepción alguna. A mi modo de ver no se ha formado todavía un original pensamiento jurídico iberoamericano, que resulte no tanto del estudio y profundidad del pensamiento jurídico surgido en Europa, sino de éste y de la reflexión acerca de las diversas y peculiares realidades latinoamericanas, de las propias historias jurídicas y de la consideración elemental de no ser iguales.

Grandes consumidores de ideas surgidas en otras latitudes y para otras circunstancias, buenos y malos lectores de autores de otras lenguas y mentalidades, compradores compulsivos de libros que hablan y describen un derecho que no los refleja, ni les sirve en la realidad, los juristas iberoamericanos han olvidado cosas elementales y obvias, obsesionados por ser "modernos", y por asemejarse a europeos o norteamericanos: han olvidado, por ejemplo, que las posibilidades y alcances del *ius commune* en América fueron diversas a las de Europa, toda vez que su llegada coincidió con el fortalecimiento del derecho real, con el debilitamiento de la jurisprudencia medieval reducida ahora a un *mos italicus* tardío, con el ascenso del Estado moderno y de su vocación reguladora, con la crítica humanista que debilitó la base de autoridad de los textos de ese *ius commune*, y con la oportunidad de realizar la utopía

social en un mundo nuevo que implicara borrar historia y realidad. Han olvidado, también, que vastas zonas de América se encontraban densamente pobladas y, algunas, dueñas de unas civilizaciones altamente complejas que les permitieron construir un orden político y social singular y propio así como un derecho que no habría de destruirse ni desconocerse del todo con la llegada de los europeos, particularmente de los castellanos; situación que provocó la existencia de un nuevo orden jurídico caracterizado por la existencia de dos "repúblicas", la de los indios y la de los españoles, ambas regidas por sus propios ordenamientos jurídicos, sólo que –tampoco lo hemos ponderado como se debiera–, la inmensa población era y siguió siendo por mucho tiempo la de la república indígena. En consecuencia, hemos perdido de vista algo que los juristas europeos consideran muy relevante: la vigencia ineludible de unos *iura propria* que precisamente han singularizado el proceso de construcción de una dogmática también propia. En Latinoamérica, apenas de unas dos décadas para acá los juristas locales nos comenzamos a interesar y a percatar de la existencia de esos "*iura propria*" indígenas que siempre habían estado ahí pero que jamás, absolutamente jamás, habían llamado nuestra atención y que, desde luego, nunca fueron tomados en cuenta a la hora de construir los "sistemas jurídicos" de cada nuevo Estado, dejando fuera del ámbito de los nuevos órdenes jurídicos cualquier idea o institución proveniente de fuera de las corrientes del pensamiento europeo.

Este proceso, sin embargo, afectaría profundamente a millones de personas durante los últimos doscientos años, y beneficiaría únicamente a todos aquellos que

se identificaron con la mentalidad moderna surgida allende el Atlántico.

Esta falta de reconocimiento de lo "propio", de lo singular, aunado al hecho incontrovertible del ascenso del Estado moderno, con toda y su vocación expropiadora, tuvo efectos devastadores en América. Pero en contra de lo que pudiera pensarse a primera vista, no únicamente para la población indígena, sino también para el resto de los habitantes de los inmensos reinos americanos, primero, y, después, para los de las repúblicas modernas surgidas con motivo de la independencia: si a los primeros les significó la imposibilidad de continuar apelando a sus usos y costumbres, tal y como lo habían venido haciendo bajo el dominio castellano, a los segundos les impidió construir unos *iura propria* en América que lograran el reconocimiento del Estado en ascenso y, en consecuencia, los dejó a todos a expensas de la decidida acción legislativa de éste, que vio llegar así la posibilidad de diseñar órdenes sociales y políticos sin las ataduras de la historia. Recordemos que los propios castellanos en América no pudieron alegar conforme a unos *iura propria* (como serían los fueros locales) cuyos ámbitos espaciales de vigencia habían quedado en las planicies o montañas castellanas: aquí habrían de someterse –todos– al imperio de la ley, tanto de la proveniente de la Península como de la establecida para América, en lo que se ha llamado el derecho indiano;<sup>1</sup> y si la costumbre por un tiempo continuó siendo una rica fuente del derecho, su destino final estaba marcado desde el

<sup>1</sup> Para un buen panorama de este derecho, véase Antonio Dougnac Rodríguez, *Manual de historia del derecho indiano*, 2a. ed., México, MacGraw Hill, 1998.

momento mismo en que el papel y la función de la ley del Estado quedaron reforzados –paradójicamente– con el surgimiento de las concepciones acerca del derecho natural moderno o racionalista. Desde el triunfo de estas ideas, la suerte quedó sellada para la diversidad de fuentes que otrora habían caracterizado la creación del derecho en Iberoamérica: si en Europa comenzaría el periodo que Grossi ha denominado el “Absolutismo jurídico”, en los países iberoamericanos daría comienzo la “dictadura del legislador”, fenómeno de consecuencias terribles para casi toda la población del inmenso continente, dado que supuso, por un lado, la absoluta y total identificación, no sólo por la vía doctrinal sino también por medio de la experiencia, entre derecho y ley, y por otro, la absoluta imposibilidad de continuar invocando la vigencia de derechos diferentes a los establecidos por el Estado a través de sus leyes y decretos, por muy antiguos o presentes que fueran. El derecho natural había dictado una consigna que no habría que desobedecer, so pena de violentar el orden racional natural: el derecho quedaba reducido a leyes, y éstas, como siempre, serían establecidas por el poder político, un poder que ahora estaba en el Estado. Lo contrario sería considerado simplemente irracional.

Con todo y su tendencia legalista y contraria a la existencia en América de derechos propios territoriales para la población criolla y mestiza, el orden jurídico indiano supuso el respeto a otros derechos de tipo personal y a diversas jurisdicciones particulares, además del debido respeto a los usos y costumbres de las poblaciones indias: serían los casos de los derechos canónico y del mercantil, ambos elaborados al margen del Estado.

Sin embargo, la experiencia jurídica americana –forjada a partir del siglo XVI– se inclinará cada vez con mayor fuerza hacia un legalismo radical en principio matizado por el respeto a la costumbre, a la vigencia de esos otros ordenamientos jurídicos, a un *ius commune* muy poco alimentado desde la realidad americana y sometido al imperio de las *repetitiones* y por el propio concepto de ley, sometida siempre a la *ratio*, a la prudencia, y a la equidad, como lo muestra la famosa institución del “obedézcase pero no se cumpla”, mediante la cual el acatamiento de una disposición legal podía ser evitado en tanto se revisara por parte del propio monarca su oportunidad, justicia, y conveniencia. Si bien es posible afirmar que la ley forjaría el mundo jurídico americano, habrá que considerar que dicha ley no se parecerá ni en su origen, ni en sus objetivos, ni en su forma de manifestarse, con los de la ley surgida de la concepción iusnaturalista, triunfante en la codificación y en el constitucionalismo modernos a lo largo del siglo XIX.

Lo singular del caso iberoamericano consiste en que el triunfo teórico del modelo iusnaturalista –como lo llama Bobbio<sup>2</sup> coincidió con la emergencia del Estado moderno en América, resultado del amplio y complejo proceso de independencia respecto de la Corona española. Es decir, al nuevo papel asignado a la ley por dicho modelo habrá que sumar en esa América española la amplia oportunidad de diseñar por parte de sus élites modernas, desde las utopías políticas y con franco rechazo de la historia inmediata, cualquier número de

<sup>2</sup> Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Sociedad y Estado en la filosofía moderna. El modelo iusnaturalista y el modelo hegeliano-marxiano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998 (CP 330).

estados soberanos bajo el imperio de un derecho natural y racional que pusiera fin a diversos ordenamientos jurídicos anclados en la tradición o en la *auctoritas*. Doble *tabula rasa*: con la historia y con el derecho; los nuevos estados independientes se encargarían de asimilar la nueva naturaleza y los nuevos fundamentos de la ley, sobre todo aquellos que les otorgaban el monopolio de la creación del derecho; se trataría, en el fondo, de una auténtica revolución legislativa, llamada en adelante a imponer a estudiantes y profesores, académicos y publicistas, jueces y magistrados, abogados y notarios, y, en general, a los también nuevos ciudadanos, la novedosa y revolucionaria concepción de la ley: aquella que la identifica, sin más, con el derecho.

Proceso de imposición, por un lado, y de exclusión, por el otro, en aras de una pretendida racionalidad del derecho y de una supuesta mayor correspondencia con el orden natural del cosmos. Los siglos XIX y XX serán testigos en Iberoamérica del tremendo costo social y humano que este proceso implicó, y del cual los juristas actuales, guiados por los historiadores del derecho, apenas y comenzamos a darnos cuenta.

Este trágico proceso –para la ciencia jurídica como para la sociedad– se desarrolló lentamente, desde los presupuestos más teóricos y abstractos elaborados desde los siglos XVI y XVII por juristas y teólogos católicos, calvinistas y luteranos, hasta la elaboración de los modernos códigos y constituciones a todo lo largo y ancho del continente americano durante los siglos XIX y XX. No fue un proceso terso y uniforme, por el contrario, enfrentó serias dificultades y evidentes contradicciones; adoptó diversas corrientes y perspectivas y apeló a di-

ferentes fundamentos, más allá de su unívoca vocación por el pretendido derecho natural y su común objetivo por imponer la ley estatal como única fuente del derecho, so pretexto de su mayor racionalidad sobre cualesquiera otras fuentes jurídicas. Por estas razones, el fenómeno debe ser estudiado en cada país y atendiendo a diversas circunstancias históricas, y frente a la variedad de autores que coadyuvaron a su triunfo. No deberá descuidarse, por supuesto, hacer hincapié en el proceso de transición (tal vez nunca acabado en los países latinoamericanos) entre una visión (y una época) y otra, dado que, a mi modo de ver, aquí se manifiestan claves muy importantes para entender la resistencia generalizada de las poblaciones de dichos países para “acomodarse” en el respeto debido a la ley. Hechos como la corrupción, la falta de respeto a las autoridades, la capacidad para darle la vuelta –en formas por demás imaginativas– o para desconocer la ley vigente, las formas tradicionales y vivas de ordenación jurídica –éstas sí muy eficaces–, la existencia de instituciones “alternativas” para la solución de conflictos de toda índole, son sencillamente inexplicables si no se conocen dichas claves, que permitirán, tal vez, ser más indulgentes y comprensivos con nuestras sociedades y no incurrir como la Modernidad ha hecho en el uso de calificativos peyorativos que más que posiciones ideológicas definidas revelan una profunda ignorancia histórica.

No cabe duda que un análisis de este tipo, que pretenda dar cuenta del proceso que llevó a los países de América Latina al, para mí –y por fortuna–, inacabado “absolutismo jurídico”, puede pasar por una variedad de métodos e instrumentos de reflexión: desde el estu-

dio del discurso legislativo, hasta el análisis de la práctica de los tribunales; desde el interés por los diversos planes de estudio destinados a la enseñanza del derecho hasta la reflexión en torno a las ideas contenidas en manuales, textos y monografías jurídicas; desde el conocimiento del discurso de los abogados al de la práctica de los notarios; desde la lectura del expediente judicial al de los símbolos de una época determinada; desde el examen de la prensa diaria al de la caricatura, el teatro, la novela y, por qué no, el cine. En fin, la manera por la cual investigar el proceso que llevó al ascenso, triunfo y decadencia del derecho como ley puede ser objeto tanto de visiones decididamente históricas como de visiones filosóficas o sociológicas y dar como resultado conclusiones que pudieran servir para comprender el evidente proceso de transformación que está sufriendo el derecho dentro de la cultura occidental; tal vez, incluso, pudiera ayudar a renovar la dogmática jurídica actual, en aras de más óptimas, flexibles y justas soluciones a los gravísimos problemas del hombre contemporáneo.

Con motivo de la ocasión que nos brinda el acuerdo celebrado entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho, continúo analizando el proceso que llevó a los mexicanos a identificar al derecho con la ley, ahora a partir del examen de algunos de los primeros libros de filosofía del derecho que fueron publicados en México. Estoy consciente de que este camino no llega a dilucidar por completo las interrogantes que propongo esclarecer: ¿cómo fue que los juristas mexicanos acabaron por adoptar, defender y difundir la concepción del derecho que lo redujo a un conjunto de normas legales promulgadas por el Esta-

do?, ¿cuáles fueron los vehículos de los que se valieron para imponer esta visión al resto de la sociedad?, ¿qué resistencias hubieron de vencer?, ¿de cuáles discursos se valieron?

Las respuestas se pueden encontrar en primer lugar en los libros de derecho escritos y publicados en España, principalmente en los últimos años del siglo XVIII y primeros del XIX, y que fueron difundidísimos en toda América Latina como manuales sustitutivos de los textos del derecho romano: las *institutas* de derecho patrio o nacional; textos sencillos, sin mayores pretensiones que sistematizar el nuevo derecho estatal y que poner cierto orden en la aplicación del complejo mundo de las fuentes jurídicas entonces todavía vigentes, para lo cual resultaba óptimo incluir definiciones claras y sencillas, establecer nítidas clasificaciones y agrupar las instituciones dentro del orden sistemático propuesto por los grandes o por los modestos tratados de derecho natural y de gentes. A estas modernas *institutas* se sumaron los diccionarios y los prontuarios, así como una vasta tarea de publicación de colecciones de leyes y decretos vigentes. Muy tarde, en verdad, aparecerían las monografías relativas a los problemas e instituciones jurídicos nacionales, y, todavía más tarde, los primeros tratados de filosofía del derecho. En consecuencia, el conocimiento de la nueva idea acerca del derecho no se difundió en principio por la vía de textos nacionales, ni menos por la vía de los tratados de filosofía del derecho, o de sus equivalentes, aquellos que bajo los títulos de "Prolegómenos del derecho", "Síntesis del derecho", o "Introducción al estudio del derecho", pretendieron dotar a los aspirantes al foro y a la jurisprudencia del conoci-

miento general, y a la vez elemental, del complicado y vasto mundo jurídico.

Aceptemos, pues, que la nueva conceptualización del derecho llamada a imponerse llegó a México por caminos distintos a los libros de filosofía y que provino en su fase inicial de Europa. No obstante esto, el examen detenido de los libros publicados tanto en México como en el resto de los países iberoamericanos por autores oriundos del Nuevo Continente nos permite determinar con cierta seguridad el grado de originalidad del trasfondo doctrinal de la recepción de las nuevas concepciones, la intensidad de la penetración de autores e ideas surgidos en otra y para otra realidad, así como las relativas aportaciones originales que pudieran hacer los juristas americanos, sin duda el aspecto más interesante de una investigación sobre el pensamiento jurídico latinoamericano.

¿Cómo entendieron el derecho natural los juristas de aquí? ¿Qué versión o versiones del mismo aceptaron? ¿Desde qué presupuestos justificaron el reduccionismo del derecho a la ley? ¿Qué entendieron finalmente por derecho, y qué por ley?

## II. EL DERECHO NATURAL DE CLEMENTE DE JESÚS MUNGUÍA

La publicación de libros propiamente de filosofía del derecho no sólo es manifiestamente escasa en el México del siglo XIX, sino muy tardía. La inestable situación política y social que debido a las guerras civiles, rebeliones e invasiones extranjeras que hubieron de sufrir los mexi-

canos durante los primeros cincuenta años de su vida independiente (1821-1871) impidieron cualquier intento de dedicarse con relativa profundidad y constancia al estudio del derecho y al de cualquier otra disciplina del conocimiento. De aquí que no deje de sorprender que a la mitad del siglo se concibieran y se escribieran en una ciudad de provincia, ciertamente distinguida por un notable pasado cultural, los primeros libros de filosofía del derecho propiamente dichos escritos por un jurista mexicano, en este caso jurista y sacerdote; el entonces rector del Seminario de San Pedro de la ciudad de Morelia, capital del estado de Michoacán, el Lic. Clemente de Jesús Munguía (Los Reyes, 1810-Roma, 1868), autor de diversos textos para el uso de los estudiantes del mencionado seminario conciliar: un *Curso de jurisprudencia universal* (1846), un *Derecho natural* (1849), y unas *Insti-tuciones canonicae* (1851) entre otras muchas publicaciones de contenido moral, teológico, filosófico, político, religioso e histórico-pedagógico. Munguía llegaría a ser consagrado años después obispo de Michoacán y le correspondería hacer la más vehemente defensa de los derechos de la Iglesia Católica frente al Estado liberal en los difíciles años de la Reforma y de la Intervención francesa (1856-1862). La obra sin duda más interesante para conocer la concepción del derecho de este abogado y sacerdote son los cuatro tomos publicados en la Ciudad de México en 1849 bajo el largo título de *Del Derecho natural en sus principios comunes y en sus diversas ramificaciones, ó sea, curso elemental de Derecho natural y de gentes, público, político, constitucional, y Principios de legislación*, obra escrita "para el uso de los cursantes de derecho"

del mencionado instituto docente, por órdenes del obispo Juan Cayetano Portugal.<sup>3</sup>

Dueño de una extraordinaria cultura jurídica tanto canónica como secular, que lo llevó a conocer a los principales tratadistas europeos de los siglos XVII y XVIII como Grocio, Puffendorf, Rayneval, Macarel, Mably, Vatel, D'Aguesseau, Montesquieu, y, principalmente Domat, la concepción del derecho que defendió y difundió Munguía nos revela las tensiones surgidas en el pensamiento jurídico mexicano con motivo del impacto de la Modernidad; si por un lado se aferra a mantener una visión del derecho, de la ley y de la justicia asentada en una Jurisprudencia Universal de origen divino, por otro acepta plenamente la visión sistemática y legalista que se deriva de romper con una idea del derecho anclada en las cosas, en la realidad de los problemas humanos, y, en consecuencia, en la tópica que apela a diversos ordenamientos para encontrar una solución adecuada, prudente y justa más allá de pretender realizar la voluntad de un legislador. La idea central que campea en todo el texto del rector michoacano es la de un Dios legislador que ha promulgado una primera ley universal de la cual han de partir todas las demás, sean las que se refieren a los deberes del hombre para con Dios, sean las relativas a las obligaciones para consigo mismo, o las referidas a los deberes para con los demás hombres. Esta suprema y primera ley la formuló de la siguiente manera: el hombre debe "amar a Dios sobre todo, debe amar-

<sup>3</sup> México, Imprenta de la Voz de la Religión, 1849, 4 tomos. He utilizado la edición facsimilar publicada por la Suprema Corte de Justicia y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2005, con estudio introductorio de Faustino Martínez Martínez.

se a sí mismo, debe amar a los demás hombres, como a sí mismo". Esta ley, "merece tal nombre, porque es la mas general, la mas extensa, la mas fecunda de todas las leyes, y por consiguiente el gran principio de todos los derechos, el vínculo que une y estrecha íntimamente las relaciones del mundo moral, y la verdadera clave de la legislación". Su existencia impone la tarea misma de la jurisprudencia y la misión de los juristas:

"Seguirla en todas sus relaciones; clasificar las leyes que contiene, para inferir de aquí las obligaciones de toda la especie humana; aplicar este derecho divino a las leyes que establece el poder público de la sociedad; recorrer estas otras leyes a la luz de sus principios; relacionar cuanto posible sea, la acción de Dios con la del hombre en el gobierno del mundo, para referir constantemente al fin común y universal los objetos diversos y los fines intermedios de la legislación humana: tal es la noble tarea del Jurisconsulto, y la carrera de la ciencia en su mas grande extensión" (t. I, p. XXIX).

De esta primera ley se derivan las demás, divinas o humanas. Toda ley queda definida como "un precepto común, justo, estable, impuesto por el superior, suficientemente promulgado y completamente sancionado", y quien la establece es el legislador; "si es Dios, la ley es divina; si es el hombre, la ley es humana". La primera es definida como "la razón o voluntad de Dios que manda se conserve y prohíbe se perturbe el orden natural" y se identifica con la ley eterna. El hombre y la humanidad participan de esta ley eterna, "y esta parte de la ley eterna forma para él un todo que constituye

lo que llamamos ley natural”, definida como “un precepto con que obliga Dios a los hombres a cumplir los deberes que se derivan de la misma naturaleza de las cosas, y cuya necesidad puede la razón descubrir por sí misma, o bien por otra ayuda”. Sea, pues, que Dios obre por voluntad o por razón lo incuestionable es que la ley siempre es resultado de un mandato, lo que, es verdad, no implica novedad alguna; lo novedoso en la cultura jurídica mexicana resultó reducir el derecho a la ley, es decir, a un mandato del legislador. En efecto, Munguía afirmó: “Un conjunto de leyes colocado bajo la influencia de la unidad de un objeto, constituye lo que se llama *Derecho*”. De aquí que haya podido hablarse de un derecho divino natural o de un derecho divino positivo, distinción que Munguía supera al proponer la división de lo que él denominó Derecho divino universal, definido como el “gran conjunto de preceptos que Dios ha impuesto a todos los hombres para el gobierno de su conducta, según las relaciones esenciales que ellos tienen entre sí y con la Divinidad”, y cuyas características son: divino, natural, universal, inmutable y positivo (t. I, pp. 40-42).

Reducido el derecho a un conjunto de leyes, es decir, de preceptos, bajo la evidente influencia del *Tratado de las leyes* de Jean Domat (Clermont-Ferrand, 1625-París, 1696), (t. I, p. XXIV),<sup>4</sup> no quedaba sino distinguir los dos únicos espacios donde se manifiesta; “los dominios de la naturaleza”, que viene de las manos de Dios, y es,

<sup>4</sup> Munguía llega a afirmar que “si el *Tratado de las leyes* de Mr. Domat tuviese la integridad y extensión de un curso completo de Derecho natural, en lugar de escribir una obra nueva, nos reduciríamos a reproducir aquélla”, *op. cit.*, t. I, p. XVIII.

por lo mismo, “perfecto, universal, absoluto, eterno”, y el segundo, constituido por lo que “el individuo y la sociedad han ido estableciéndose por sí mismos, conduciéndose siempre por las ideas primordiales de que son deudores a la naturaleza”, que es obra siempre del hombre y, de suyo, “imperfecto, particular, relativo, contingente” (*Idem*, pp. X y XI).

La ley humana, sin embargo, no queda al capricho del legislador pues “los gobiernos han sido hechos para los pueblos, y no al contrario”, de aquí que “el derecho de legislar no es otra cosa sustancialmente, que un medio concedido por Dios a los gobiernos, para que cumplan la obligación que les ha impuesto de hacer felices a los Estados”; las leyes, en consecuencia, no deben ser arbitrarias sino estar sujetas “a un conjunto de reglas que constituyen el sistema de la legislación”; sistema fundado en última instancia en la primera ley universal (t. I, pp. 92, 93 y 94).

Adentrándose en el estudio de las obligaciones de los hombres entre sí, Munguía buscó el principio fundamental de la legislación civil. Para postularlo, recordó que había primero “un derecho reconocido por la razón común, independiente de cualquier sistema de legislación”, y segundo, “que este derecho universal es el objeto de la legislación civil”. Si esta última tenía principios, consecuencias y aplicaciones había que esforzarse por encontrar el “principio común, ley imprescriptible de la unidad, condición esencia de la ciencia”. Después de dedicar unas páginas a refutar la supuesta validez del principio de utilidad propuesto por Jeremías Bentham (Londres, 1748-Londres, 1832), propuso como el “verdadero principio de la legislación civil” a la justicia

natural o moral (t. III, pp. 217-226). Justicia cuyos caracteres eran ser infalibles, porque sus principios "son la ecuación lógica y moral de los atributos esenciales y constitutivos del orden, la voz de la naturaleza, y la expresión de la inteligencia y voluntad de Dios"; universales, "porque afectando a la naturaleza humana en su esencia, someten indistintamente a todos los hombres", unos, "porque reconocen un mismo principio, se desarrollan por unos mismos medios, y se identifican en el fin común de la humanidad", perpetuos, "porque no pueden prevalecer contra ellos [...] ninguno de los accidentes pasajeros o vicisitudes varias del hombre o de la sociedad", e inmutables, "porque se fundan en la esencia de las cosas y la esencia de las cosas no está sujeta a mudanza" (t. II, pp. 107 y 108).

Esta visión esencialmente legalista del derecho implicó restarle importancia o desconocer a otras fuentes del derecho que, para la época aún tenían una enorme importancia, sobre todo la costumbre que en México, y en particular en el estado natal del jurista sacerdote, uno de los de mayor población indígena, seguía determinando la vida cotidiana de hombres, pueblos y comunidades. En efecto, el derecho natural se refiere en contadas ocasiones a esta fuente del derecho, una de ellas para afirmar la existencia de dos tipos: las costumbres tácitamente reconocidas por las naciones –que tienen el mismo carácter de leyes–, y las "que no son leyes", pero ejercen un influjo sobre las mismas, ya sea en pro o en contra, llegando incluso a "desprestigar los códigos", caso este último que habría que evitar; lo que sólo es posible si las costumbres descansan –como la ley– en el principio de moralidad, que, a su vez, no puede descansar

sar en los intereses o en las opiniones sino "en el verdadero Derecho natural y se identifica con la religión". De esta manera, el principio religioso vino a convertirse en el pilar más sólido, universal, invariable y fecundo no sólo de la legislación sino de todo el derecho (t. III, pp. 31 y 32). Otra ocasión en la cual Munguía se refirió a la costumbre es cuando trata el problema de las formas de los gobiernos que pueden estar determinadas por el "Derecho consuetudinario o por el Derecho escrito", siempre, ambos, sujetos al gran principio universal de la justicia (*Idem*, p. 233); incluso tratándose de la Constitución de un Estado, éste ha de aplicar "a sus circunstancias particulares los principios generales e inmutables del derecho constitucional" (t. I, p. XLVII).

Para el célebre eclesiástico michoacano, el derecho humano comprendía tres tipos de leyes, atendiendo al tipo de relaciones de todo el cuerpo social; leyes civiles (que comprendían los "códigos" civiles –que incluyen tanto el derecho privado como el derecho público– los penales y los procesales), leyes políticas (relativas a las relaciones entre las naciones y los derecho de los extranjeros) y las leyes religiosas (las leyes que protegen la libertad de la Iglesia, las que garantizan su propiedad y las relativas a su inmunidad). Todas tenían un objetivo común: "llenar los fines del Derecho natural", que "sólo comprende lo evidente y lo justo". Por esta razón, porque en la vida humana aparecen hechos o eventos que no siempre remiten con claridad a la luz de la razón natural, y porque en la "carrera de la vida individual y política se presentan acciones diferentes que no pueden ajustarse a las reglas inmediatas de la justicia natural", ni la verdad se nos aparece como evidente,

Munguía hubo de aceptar la necesidad de "atenerse a lo probable", y por reconocer que "lo de circunstancias, que siempre varían, no puede regirse por la justicia inmediata" habría que estarse al "cálculo prudente de la conveniencia pública". De esta forma, la concepción legalista del jurista y canonista michoacano hubo de ceder a la posibilidad de un derecho natural insuficiente. "La probabilidad y la conveniencia –afirmó–, que no están contenidas en el Derecho natural, son, digámoslo así, la materia que Dios ha querido dejar a la acción laboriosa del entendimiento humano". Ventana abierta a un mundo no contemplado por su férrea y cerrada concepción sistemática del derecho (t. I, pp. XLV-XLVI).

### III. EL DERECHO ROMANO ENTRA AL DEBATE

El año de 1897, José Hilarión Romero Gil (Mascota, Jal. 1822-Guadalajara, 1899), dio a conocer en la ciudad de Guadalajara, capital del estado de Jalisco, unos *Principios de Legislación Universal*, que no fueron otra cosa que extractos de máximas tomadas del *Codex*, del *Digesto* y de la *Instituta*, colocados alfabéticamente y publicados tanto en latín como en castellano. En esta obra se asume todavía la defensa del derecho romano como expresión de una filosofía del derecho útil para la formación de los códigos modernos y, en este sentido, sustitutivo tanto del derecho natural como de los principios universales de la legislación positiva preconizados por el sociologismo jurídico en ascenso.

Al presentar su trabajo, refiriéndose a la "juventud estudiosa" de la ciencia de la jurisprudencia, Romero Gil afirmó:

"veo con sentimiento que se dedica a conocer el texto de los códigos nacionales, despreciando el derecho romano, donde se contienen los principios filosóficos que han servido para la formación de los códigos modernos, y sin el conocimiento de estos principios no podrán ser unos jurisconsultos, sino abogados dogmáticos, que se los nombra así a los que sólo conocen el texto de la ley, sin saber el principio de donde emana y todas sus relaciones. Como en las Pandectas están las doctrinas y decisiones de los jurisconsultos, y éstos se fundaban para establecerlas o dalarlas en algún principio de equidad, se ven sus resoluciones, proposiciones ó juicios generales de verdad y justicia, a los que doy el nombre de axiomas o principios, y al establecerlos los he entresacado de esa grande obra..." así como del Código y de la Instituta de Justiniano.<sup>5</sup>

Subrayo la necesidad expresada por este autor de conocer los principios de una "legislación universal", que diera cuenta del fundamento de las leyes así como de todas sus relaciones. El derecho romano se ponía, de esta forma, al servicio de la legislación, tal y como por esos mismos años la historia del derecho quedaba reducida a una historia de la legislación o de los "códigos" en las obras de autores como el francés Jean Louis Eu-

---

<sup>5</sup> *Principios de Legislación Universal*. Guadalajara, I, García y Compañía, 1897, pp. V y VI. Lamentablemente no he podido tener a la vista el libro de este autor dedicado a la *Filosofía de las leyes o criterio del derecho, dividida en dos partes*, publicado en Barcelona y México por V. Torrens en 1894, obra cuyo título es por demás significativo.

gene Lerminier (1803-1857), o el campechano Gregorio Castellanos (Campeche, 1854-San Juan Bautista, 1906).<sup>6</sup>

#### IV. LA OBRA DE JACINTO PALLARES

Cincuenta años después del libro de Munguía, el segundo tratado iusfilosófico de indudable importancia publicado en México salió de las manos de otro jurista michoacano, discípulo indirecto de Munguía en el Seminario de Morelia y, sin duda, el principal jurista mexicano del porfiriato, don Jacinto Pallares (Los Remedios 1843-Méjico 1904). Pero si Munguía se había caracterizado por su celo religioso, Pallares, en su origen un devoto católico, abanderó un pensamiento positivista, evolucionista, agnóstico y liberal, resultado de una profunda crisis religiosa que jamás terminó de resolver. Jurista dotado de una rica cultura filosófica, dueño de una extraordinaria biblioteca, de un talento oratorio incuestionable y de una fina y sagaz ironía que utilizó en contra de sus adversarios en el foro, publicó en 1901, el *Curso completo de derecho mexicano. Exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana*, en dos gruesos tomos impresos también la Ciudad de México,

<sup>6</sup> Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, París, 1829. Gregorio Castellanos, *Compendio histórico sobre las fuentes del derecho*, San Juan Bautista de Tabasco, Tip. y Encuadernación de M. Gabucio, 1896 [3a. ed. facsimilar, México, Fondo Editorial del Gobierno del Estado de Tabasco, 1980]. Véase Jaime del Arenal Fenochio, "Gregorio Castellanos y los orígenes de la enseñanza de la historia del derecho en México", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 6, núm. 6, 1982, pp. 237-262.

con el subtítulo de *Prolegómenos de filosofía, de historia y de ciencia del derecho*.<sup>7</sup>

Libro de extraordinaria erudición y originalidad, el *Curso* de Pallares representa la versión más acabada y definida escrita en México de las tesis del positivismo evolucionista. El propósito que guió a su autor a escribir los dos gruesos volúmenes que componen la obra fue el de "llegar al alma del derecho y al alma de los profesores de derecho; al alma del *Derecho* considerándolo no como un ruin oficio de lucro mercenario, o como un arte de bien disputar, sino como la *expresión natural*, la *manifestación consciente*, la *ecloción (sic) histórica* de esa sublime, divina y consoladora *ley de la Evolución*" (t. I, p. XII). Ésta no era otra cosa que la "ley de la vida", la "ley de la existencia" marcada por el progreso (la lucha por la vida), donde la evolución es concebida como "el tránsito de la existencia informe, borrosa y embrionaria a la existencia concreta, individual y enérgica" (*Idem*, p. XIII).

Esta interpretación evolucionista y progresista de la sociedad y del derecho, alimentada por las más diversas lecturas de los autores clásicos de la Escuela –Darwin, Laplace, Taine, Comte, y Spencer, entre otros muchos– y de tintes claramente organicistas, determinó el método seguido por Pallares para dar cuenta de la creación y justificación de la sociedad humana –"el supremo y más

<sup>7</sup> México, Imprenta, Litografía y Encuadernación de I. Paz, 1901. He utilizado la edición facsimilar publicada en México, por el Tribunal Superior de Justicia, en 1992. Sobre la obra de Pallares puede verse mi estudio introductorio publicado en *Jacinto Pallares. Maestro y jurista nicolaita. Antología*, Morelia, Gobierno del Estado de Michoacán de Ocampo, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 1992, y "La historia del derecho mexicano de Jacinto Pallares", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, XIII, 2001, pp. 9-27.

noble ser del universo" (*Idem*, p. LI)–, del poder público, y del derecho así como de la ulterior transformación de este último en legislación, considerada como el nivel de evolución más elevado y complejo alcanzado por el derecho: "¿Y el organismo social, el cuerpo social, ese supremo Ser orgánico y vivo que sintetiza todas las fuerzas de la creación no ha de tener un centro, un aparato, un alma que coordine, que armonice, que unifique las incontables y variadas y complejas e intensísimas energías de la vida colectiva de la humana especie?" (*Idem*, p. LI), se preguntó. Su respuesta nos permite conocer su interpretación acerca de la evolución jurídica y cómo llegó a culminar en la identificación absoluta entre el derecho y la ley estatal: "No, desde el aparato informe del primitivo *derecho* encarnado en el materialismo grosero de símbolos hieráticos y transmitido por la voz de los ancianos de generación en generación, hasta los gigantescos sistemas de legislación de las potencias y Estados modernos; desde la indecisa y vaga e indefinida y fluctuante autoridad de los patriarcas y de los areópagos hasta la perfecta y bien definida organización de los gobiernos constitucionales de los tiempos actuales, en toda época, en todos los ciclos de la evolución de las sociedades ha aparecido en ellas ese órgano de orden, de armonía, de coordinación de las energías de las colectividades humanas llamado Poder Público, manifestando su acción perenne en el centro del organismo social por medio de lo se llama la *Ley, el Derecho, la Justicia*" (*Idem*, pp. LI y LII).

El derecho fue concebido como "la fuerza de coordinación de todas las actividades sociales", "la síntesis de todas las incontables energías de la sociedad", equipa-

rable a la "ley de la atracción" para los cuerpos siderales, a "la ley de las afinidades químico-biológicas para la evolución de los seres vivos", o al "cerebro para la unidad de las funciones del cuerpo humano". La justicia –"la palabra más santa que ha salido de los labios humanos"–, por su parte, tenía la misión de distribuir la vida, sostener la armonía y encauzar las energías de la humanidad en el zurco (sic) eterno del progreso" (*Idem*, pp. LII y LIII). Finalmente la ley fue concebida como el último, más acabado y más complejo estadio de la evolución jurídica, resultado, también ella, de una singular evolución:

"Si en los comienzos de la humanidad las leyes, informadas más tarde en tradiciones y costumbres, no fueron concebidas por los hombres, incapaces de generalizaciones científicas, sino como mandatos particulares dictados para escasas agrupaciones sociales y para casos aislados; el simple crecimiento de las sociedades, la ampliación cada vez mayor de la vida social, la percepción cada vez más clara de la identidad de ciertos hechos que debían ser regidos por idénticas reglas, fue familiarizando a los hombres con la idea de *mandatos generales* dotados de cierta permanencia, obligatorios para grandes agrupaciones sociales y distintos por lo mismo a los mandatos de carácter individual, transitorio y fugaz" (*Idem*, p. 36).

De este proceso evolutivo, comenzado desde "la vaguedad mística de las ideas primitivas de las palabras *derecho, ley, justicia*" –a las cuales sucedieron "ideas perfectamente definidas en el orden ideológico"–, "la conciencia humana de nuestra época, el lenguaje actual

de los hombres, el tecnicismo científico moderno" atribuían a esos conceptos unánimemente, según Pallares, los siguientes significados:

- "Derecho es un conjunto de leyes relativas a un objeto determinado o colocadas bajo la unidad de un propósito.
- "Ley es un precepto de general observancia dictado por una autoridad.
- "Justicia es la conformidad de las acciones humanas con la ley" (*Idem*, p. 29).

Pero la complejidad del derecho ameritaba una definición más compleja, que se atuviera a su esencial naturaleza sociológica de "regla de coordinación".

De aquí que el jurista michoacano que considerara que el *Derecho Natural* de su paisano Munguía no fuera otra cosa que "pura charla" (*Idem*, p. 814), definiera al derecho como "la expresión de las funciones propias del poder político; y como el poder político es el aparato regulador de coordinación de las funciones esenciales de la vida social, el derecho es el conjunto de reglas coercitivas de coordinación de las funciones esenciales de la sociedad, reglas dictadas por el Poder Político de una colectividad" (t. II, p. 233).

O bien, como: "Un conjunto de preceptos coercitivos de general observancia dictados por el poder público que en toda colectividad humana aparece, espontánea o conscientemente, como órgano de coordinación y de orden de las actividades sociales" (*Idem*, p. 576).

## V. LA INFLUYENTE PRESENCIA DEL ESPAÑOL GÓMEZ DE LA SERNA

Me interesa destacar en este apartado la obra de un autor español quien, sin ser propiamente un filósofo, debió tener una destacada influencia en los juristas mexicanos, toda vez que sus libros circularon profusamente entre los estudiantes y profesores de derecho, y como texto obligatorio en alguna escuela de jurisprudencia del país; y aunque resulta obvio que no fue determinante para hacer triunfar la visión legalista del derecho —que para entonces se estaba imponiendo fuertemente en toda la República sobre todo a raíz de la promulgación de los diversos códigos modernos que modificaron en forma radical la práctica profesional, en especial la forense—<sup>8</sup> sí permite señalar el nivel e intensidad de la recepción de las nuevas concepciones acerca del derecho y de la ley surgidas en Europa entre aquellos juristas.

Se trata de los breves *Prolegómenos del derecho* del español Pedro Gómez de la Serna (Mahón, 1806-Madrid, 1871), publicados por vez primera en España en 1845 y en 1883 en el puerto de Veracruz, México,<sup>9</sup> y cuyos *Elementos del derecho civil y penal de España: precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, escritos en

<sup>8</sup> El proceso de codificación en México si bien comenzó con la promulgación del Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827-1829, y continuado por diversos proyectos estatales y por el Código de Comercio de 1854, en realidad se vino a consolidar a partir de la promulgación del Código Civil del Imperio de 1865-1866 y del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1870. Véase Óscar Cruz Barney, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM, 2004.

<sup>9</sup> Veracruz, Librería la Ilustración, 1883.

coautoría con Juan Manuel Montalbán, se habían publicado en México treinta años antes.<sup>10</sup>

Interesante y original el razonamiento elaborado por Gómez de la Serna, en el que vincula y distingue los conceptos de legislación, derecho y jurisprudencia; vale la pena transcribirlo en su totalidad:

"Las palabras *legislación, derecho, jurisprudencia*, representan ideas diferentes, aunque enlazadas entre sí. La legislación, tomada esta palabra científicamente y en sus (sic) más alta esfera, se eleva a los principios, fija las teorías, examina los sistemas, compara las instituciones; el derecho comprende, ya las leyes eternas escritas por Dios en el corazón de todos los hombres, ya las reglas positivas que el legislador establece o consiente; la jurisprudencia enseña a entender bien estas reglas y a aplicarlas en todos los negocios de la vida... La legislación se remonta a los conocimientos filosóficos; el derecho se limita a los preceptos jurídicos naturales y a los positivos establecidos por el legislador; la jurisprudencia se reduce a la completa inteligencia y a la aplicación del derecho. La legislación es una ciencia especulativa; el derecho una institución; la jurisprudencia una ciencia práctica. La ciencia de la legislación es la guía del legislador; el derecho y la jurisprudencia la del jurisconsulto" (p. 36).

La jerarquía científica de la legislación sobre el derecho y sobre la jurisprudencia resulta manifiesta, así como la de la segunda sobre la última. Lo importante, en consecuencia, para diseñar las instituciones políticas

y para establecer un orden que significara el bienestar común a todos los miembros de la sociedad era desarrollar, a la manera de Filangieri (Nápoles, 1753-Vico Equense, 1788), una "Ciencia de la Legislación", definida como: "la que enseña cómo deben ser formadas las instituciones políticas y las demás leyes para afianzar la seguridad del Estado, proteger los derechos individuales y procurar el bienestar general" (*Idem*, p. 37). Al derecho, por su parte, lo definió como "el conjunto de preceptos y de máximas que obligan a los individuos de la asociación política de un modo eficaz", y a la jurisprudencia, simplemente, como la "ciencia del derecho" (p. 40).

Importante, por significativa, es también su interpretación acerca de la definición romana de la justicia, según la cual "estriba en la resolución firme de obedecer a las leyes" (p. 20).

A la difusión de las ediciones mexicanas de las obras de este autor, hay que sumar –en lo que sirven para explicar el aparente triunfo de la visión legalista del derecho en México– las ediciones mexicanas de dos obras de dos autores francófonos de extraordinaria influencia en México, la de los treinta y tres volúmenes de los *Principios de derecho civil*, del destacado miembro de la Escuela de la Exégesis francesa François Laurent (Luxemburgo, 1810-Gante, 1887), impresos en México entre 1889 y 1900 con prólogo del mencionado Jacinto Pallares,<sup>11</sup> y la edición de la innovadora *Introducción al estudio del derecho civil. Nociones generales*, del jurista francés Henri L. Ca-

<sup>10</sup> México, Imp. de Cumplido, 1852, 2 tomos.

<sup>11</sup> México, Joaquín Guerra y Valle, Edit., 1889-1900. La edición francesa es de 1869-1878.

pitant (Grenoble, 1865-Allingens, 1937)), traducida por el Lic. José Rodríguez Gil, publicada durante 1901 en la ciudad de Morelia –que por entonces contemplaba con gran optimismo la inauguración de la que llegaría a ser la más importante escuela de derecho del país–, y primer libro que con este título fuera impreso en México.<sup>12</sup>

La obra monumental de Laurent ha sido considerada como “genuina expresión de los postulados de la *École de l'exégèse*: respeto absoluto a la ley; indagación de la voluntad del legislador; imposible adaptación del derecho por el juez en un sistema codificado, y en virtud de la división de poderes”.<sup>13</sup>

#### VI. EL NATURALISMO ANUNCIADO: PRESENCIA DE BIAGIO BRUGI EN MÉXICO

Los años de la dictadura porfirista (1876-1911) marcaron el triunfo del positivismo filosófico en México, y por supuesto, no fueron nada favorables para el cultivo del pensamiento filosófico, tan denostado por dicho positivismo que en su lugar privilegió el estudio de la sociología, la antropología criminal, la higiene y la economía política. Por esta razón sorprende a primera vista que en 1903 apareciera publicado en México un manual de *Filosofía del derecho* escrito por Blas Brugi, “jurisconsulto italiano, profesor ordinario de Instituciones de derecho romano, de Filosofía del derecho y de Derecho civil en la Real Universidad de Padua”. Verdadera ra-

<sup>12</sup> Tip. De la Escuela I. M. Porfirio Díaz, 1901, Ed. de “El Boletín Judicial”. La primera edición francesa es de 1898.

<sup>13</sup> Álvaro Núñez Iglesias, “Francois Laurent”, en Rafael Domingo, *Juristas universales. Juristas del s. XIX*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 247.

reza bibliográfica este texto –prologado por su autor en el puerto de Lucca en septiembre de 1890– que fue traducido por quien llegaría a ser un notable diplomático mexicano, Pablo Herrera de Huerta,<sup>14</sup> para la colección de “La Ciencia Jurídica”, revista y biblioteca quincenal de doctrina, jurisprudencia, crítica, bibliografía y consultas dirigida por el eminentе civilista sinaloense, don Agustín Verdugo (Culiacán, 1858-México, 1906). La traducción española dificultó en principio identificar a su autor, quien no fue otro sino el célebre jurista italiano originario de Orbetello –donde nació el 13 de agosto de 1855– Biagio Brugi, catedrático por años de la Universidad de Pisa, de donde egresó el año de 1875 y a la que llegó a presidir durante los años de 1924 a 1930,<sup>15</sup> después de ser profesor en las universidades de Urbino, Catania, y Padua, y autor de una espléndida obra jurídica, lo mismo en historia del derecho, que en derecho romano, civil, sociología y filosofía del derecho.<sup>16</sup> Falleció en mayo de 1934, en la población de Desio (Milán), siendo senador del Reino de Italia. Los catálogos de las bibliotecas de las universidades

<sup>14</sup> Abogado. Llegaría a ser embajador o encargado de negocios de México en China, Guatemala, Brasil, Nicaragua, y en El Salvador. En 1917 revisó la publicación de un artículo titulado “La penetrazione straniera nell'Estremo Oriente”, escrito por E. Cattelani y publicado en la revista *American Journal of International Law* (vol. 11, núm. 1, enero de 1917).

<sup>15</sup> Senato della Repubblica. “Brugi, Biagio”, <http://notes9.senato.it/sen-regno.NSF/>. Sobre la obra de Biagio véase el espléndido estudio de Máximo Meccarelli. “Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi”, en *Quaderni Fiorentini*, núm. 30, t. I, 2001, pp. 361-476.

<sup>16</sup> Su extensa bibliografía puede consultarse en el catálogo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Padua, <http://catalogo.unipd.it>.

tanto de Pisa como de Padua no registran un libro con el título de la edición mexicana, pero sí uno publicado en Florencia por vez primera en 1891, la *Introduzione encyclopedica alle scienze giuridiche e sociali*,<sup>17</sup> y que para 1898 ya había alcanzado su tercera edición florentina. El texto italiano tiene 271 páginas, casi las mismas que el mexicano compuesto por 274 páginas. Que se trata de la misma obra no cabe duda si nos atenemos a las primeras palabras del prólogo del manual mexicano, donde su autor destaca "El interés que presenta una introducción encyclopédica a las ciencias jurídico-sociales". La identidad del autor se confirma porque en una de las notas de pie de página menciona una de sus primeras obras, el *Disegno di una storia letteraria del diritto romano dal medio evo ai tempi nostri con speciale riguardo all'Italia*, publicada en Padua por Biagio Brugi el año de 1888.<sup>18</sup> El hecho de que la traducción mexicana haya preferido utilizar el título de *Filosofía del derecho* no debe pasar inadvertido, dado que precisamente durante la primera década del siglo XX, por influencia del positivismo de Comte, de Spencer y de Stuart Mill, los estudios de esta disciplina comenzaron a ser sustituidos por la sociología o por la llamada Síntesis de derecho dentro de los planes de estudio de las escuelas de derecho mexicanas.<sup>19</sup> El libro de Brugi es, pues, el

primer manual publicado en México bajo ese título; la razón, tal vez, sea el interés de Verdugo o de Herrera de Huerta por contrarrestar de algún modo el ascenso del positivismo jurídico, entonces ya enseñoreado de la práctica jurídica por influencia de la Exégesis francesa. Sin embargo, el libro del profesor italiano no es propiamente un libro de filosofía del derecho o, si se quiere, no únicamente de esta disciplina, sino un interesante esfuerzo por deslindar los objetos de estudio y los campos de influencia en la formación de los juristas tanto de lo que su autor entendió por filosofía del derecho como de la sociología.

En efecto, el interés primario de Brugi fue destacar la importancia que para los juristas debieran tener las ciencias sociales, que no obstante su juventud, ocupaban "un puesto eminente en la jurisprudencia".

"Desde la introducción debe habituarse a concebir el derecho, como fuerza individual, que opera continuamente en el organismo social, sin romper su armonía. La filosofía positiva y el estudio comparado de los antiguos pueblos nos suministran abundantes materiales para el concepto del derecho; pero el jurisconsulto y el sociólogo no se conforman con alambicados artículos de leyes o con simples catálogos de hechos o resúmenes de cifras sin el culto del alto ideal a que aspira el perfeccionamiento humano" (pp. 5 y 6).

En este sentido, la filosofía del derecho quedaba reducida a "Determinar el objeto de la jurisprudencia"

<sup>17</sup> Impreso por G. Barbera, dentro de los *Manuali Barbera*, vol. 15.

<sup>18</sup> Publicado por Drucker y Senigaglia (eds.), folleto de 29 pp.

<sup>19</sup> Prueba indirecta, pero muy significativa, de este desinterés por la filosofía del derecho la aporta la lectura la *Bibliografía jurídica mexicana* de Manuel Cruzado, publicada en México en 1905, y que no da cuenta sino de una cantidad mínima de obras de esta disciplina. Para los planes de estudio, véase Lucio Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho*, 2a. ed., México,

y a "dar a conocer las ramas en que se divide, y las relaciones que existen naturalmente entre ellas" (p. 8), pero suponía necesariamente que el derecho no se considerase "un puro sentimiento de respeto a la ley o una regla arbitraria de los gobernantes de los Estados, sino una *realidad fenoménica* de la cual se investiga la génesis, la evolución, la función social." (p. 229), de aquí que se propusiese "una explicación racional de las instituciones jurídicas no como estudio abstracto, sino como parte de la misma realidad sujeto a la ley universal que domina todos los fenómenos observables" (p. 225).

Puesto ante la tarea de definir al derecho, Brugi afirmó previamente que éste no era un mero "producto de la mente", y que para entenderlo había que partir de "su base natural e histórica que nos lo presenta como hecho, para remontarnos después a la regla o fórmula que lo refleja" (p. 31). Esta base natural e histórica no podía ignorarse ni aun por quien, interesado en el aspecto técnico del mismo, "encuentra un conjunto de normas ya encerradas en una ley o en un código o ve el cúmulo de leyes, fiscales las más que el Estado actual promulga". Y es que el derecho –afirmó– "no es una creación de filósofos o jurisconsultos, sino que, así como la idea es el espejo de la cosa. Así también el principio jurídico no es sino una norma de lo que realmente sucede en la vida. El hecho es la verdad" (p. 32).

El naturalismo<sup>20</sup> más que evidente de esta concepción queda reforzado cuando el jurista italiano ve en los

hechos sociales el origen de las instituciones, y concluye que si bien es cierto que el derecho "encuentra su más alta expresión en la ley y en la ciencia" es porque "tiene una base natural sobre la que se funda el edificio científico y legislativo" (p. 32). ¿Cuál es ésta?

"Ningún filósofo o legislador ha inventado las disposiciones de las leyes, y repetimos que no debe confundirse el aspecto técnico del derecho con su base natural e histórica, que consisten en una serie de hechos cuyo origen es la naturaleza humana y que se repiten en la sociedad según el grado de civilización, las costumbres y la religión de cada época" (p. 49).

Por otra parte, el derecho reviste ese aspecto técnico cuando era fijado "en la costumbre, en la ley y en la ciencia" (p. 60); pero, contra lo pudiera pensarse, Brugi no fue un defensor de la costumbre a la que consideró siempre limitada en su capacidad normativa, hasta en tanto no fuera convertida en regla jurídica "bajo el sindicato de una autoridad directiva", fuera ésta la del Estado o la de los "doctos" (pp. 55 y 56).

"Si la costumbre tenía una grande importancia en el mundo antiguo, en la vida actual evidentemente el derecho consuetudinario ha perdido parte de su valor no sólo porque casi todas las costumbres más o menos han sido codificadas, sino también porque hoy las leyes se hacen con normas precisas e inviolablemente determinadas en la

<sup>20</sup> Sobre el Naturalismo, véase José Medina Echavarría, *La filosofía del derecho en la crisis de nuestro tiempo*, Recopilación, advertencia, estudio preliminar

y bibliografía por Andrés Lira, Morelia, Universidad Michoacana, El Colegio de Michoacán, 1990, pp. 111-139.

constitución de cada Estado (iniciativa, discusión, aprobación del parlamento, sanción del rey, promulgación, etc.), equiparar la costumbre a la ley parecería alterar el organismo del Estado" (p. 95).<sup>21</sup>

Por el contrario, el papel creador del jurista sí fue reivindicado a todo lo largo del manual. Poseedor exclusivo del aspecto técnico del derecho, a aquél le correspondía aprehender y dominar la dialéctica y el lenguaje jurídicos, la determinación de las relaciones y de las instituciones, el sistema y, por último, la aplicación del derecho al hecho. Y aunque por la diversidad de funciones podía distinguirse entre jurisconsultos teóricos y prácticos, ambos debían poseer la misma cultura, pues de otro modo "el primero es un vano especulador y el segundo un leguleyo o picapleitos" (p. 69). La jurisprudencia, por su parte, ampliaba su tradicional cometido impuesto por la Escuela Exegética francesa, para definirse como "el sistema de las ciencias jurídico-políticas que estudian el derecho, la sociedad y el Estado, hallándose ligadas entre sí no por vínculos artificiales sino provenientes de la actual condición de la sociedad", tal y como últimamente parece señalarlo en cierta manera Paolo Grossi en su libro *Derecho, sociedad, Estado*.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Significativamente éste y los siguientes párrafos fueron anotados por el traductor mexicano con los artículos relativos de la Constitución mexicana de 1857 y del Código Civil del Distrito Federal de 1884 para apoyar la supremacía moderna de la ley sobre la costumbre.

<sup>22</sup> Publicado en Zamora, México, por El Colegio de Michoacán, la Escuela Libre de Derecho y la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo en 2004.

Con todos estos presupuestos Brugi aventuró una primera definición del derecho: "la actuación o externación de las facultades de que el hombre está dotado por la naturaleza; actuación en armonía con las fuerzas sociales en medio a las que vive". Al admitir que ésta era una definición del todo filosófica propuso una más propia y necesaria para los juristas: "una facultad o pretensión reconocida por la ley o la costumbre y que tiene a su servicio la coacción en caso de ser desconocida".

La evidente inclinación del jurista de Pisa por la ley, no obedecía a ningún supuesto teórico o filosófico sino a la constatación de una realidad: el derecho lo estaba formulando el Estado a través de una intensa y cada vez más amplia y abundante actividad legislativa. Por lo mismo, jamás pudo considerar a la codificación moderna como el punto final de llegada de la ciencia del derecho. Para él, el Código moderno era "solamente una fórmula cuya razón generadora se halla fuera de él y la aplicación tiene necesidad de un arte especial" (p. 158), que no constituía "un término fijo, sino más bien la fórmula de las relaciones jurídicas adaptadas a determinado momento histórico" (p. 160), y, por lo mismo, abierto siempre a las reformas y a una inteligente labor interpretativa: "Nuestra especulación filosófica –afirmó– parte así de un momento histórico como es el del renacimiento nacional e indaga si toda la codificación descrita reproduce el derecho patrio y corresponde a la conciencia jurídica colectiva" (p. 166). Esto mismo se podía afirmar de cada una de las leyes que por entonces comenzaban a perfilar las características del "Estado de Derecho", concepto que Brugi contrapuso a la acción "sabia dejada al arbitrio de los gobernantes" (p. 160).

Resulta muy significativo que Brugi haya concluido su *Introduzione* con un apartado dedicado a los "Deberes del jurisconsulto", en el cual ratificó su idea de que la jurisprudencia debía considerarse "como ciencia de las obras" y que quien la cultivase debía acostumbrarse a considerarla "como filosofía práctica directora de su conducta" (p. 264). Entre los deberes señalados me interesa destacar dos: uno, el jurista no debía exagerar "el sentimiento de la legalidad hasta el punto de hacer de una ley existente un término fijo contra toda innovación", que lleva a rendir un culto excesivo a las formalidades y "a crear dificultades en cosas muy sencillas de por sí" (p. 265); y, dos, el jurista no debía "aborrecer toda especulación que conduzca al perfeccionamiento de las instituciones existentes", toda vez que el positivismo –según él– no había destruido la "especulación filosófica" sino sólo cambiado su base (p. 266).<sup>23</sup>

#### VII. EL NATURALISMO REFORZADO: RAFAEL ALTAMIRA

Habrían de pasar los conflictivos años de la Revolución mexicana (1910-1929) para que resurgiera el estudio de la filosofía jurídica en México que durante ese lapso se refugió en algunas escasas revistas especializadas y en las tesis de grado de algunos jóvenes aspirantes al título de abogado. Lo más significativo del periodo

lo representó, a mi modo de ver, la trascendental visita del historiador del derecho español, Rafael Altamira y Crevea (Alicante, 1866-México, 1951) hacia el ocaso de la dictadura porfirista, quien sin ser un filósofo del derecho propuso a los juristas nacionales y a los estudiantes de derecho una visión contraria al positivismo legalista –ya entonces imperante en la dogmática cotidiana– y decididamente cercana a las tesis naturalistas del italiano Brugi.

Altamira, entre diciembre de 1909 y febrero de 1910, dictó cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Ciudad de México, alguna ante el propio presidente Díaz, en las cuales afirmó que el jurista profesional no tenía "por sola función en la vida aplicar las leyes y aceptarlas como son en sí" (p. 69); por el contrario, había que marcar la distancia entre educación jurídica y educación legal y no limitar el "campo de los fenómenos jurídicos a la ley actual, positiva vigente", pues ello implicaría "favorecer la limitación del horizonte jurídico del alumno" (p. 80).<sup>24</sup> Él subrayó la necesidad de que los juristas mexicanos aprendiesen historia del derecho, derecho romano, derecho canónico, latín y, ¡sorprendentemente!, el derecho consuetudinario; disciplinas todas que estaban excluidas del plan de estudios de dicha institución y de casi todos los centros de enseñanza del derecho del país. Las razones para justificar el estudio de este último (que no se estudiaba "en ninguna parte del mundo") las encontraba semejantes tanto en España como en México donde aún vivía una masa de

<sup>23</sup> En el año 2000 la editorial Oxford University publicó en México las *Instituciones de derecho civil*, de Biagio Brugi dentro de la tercera serie de sus "Clásicos del Derecho", nueva edición de la mexicana publicada en 1946 por la Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, con traducción de Jaime Simó Bofarull.

<sup>24</sup> Me he ocupado de rescatar estas conferencias en "Las conferencias de Rafael Altamira en la Escuela Nacional de Jurisprudencia", en Rafael Altamira, *La formación del jurista*, México, Escuela Libre de Derecho, 1993. pp. 5-29.

población indígena muy considerable, a la cual haría velada referencia el sabio alicantino:

"En España es absolutamente necesario porque vivimos con una masa de derecho consuetudinario importante que ha tomado la delantera a la ley, y que impera más en el derecho civil, en que en la libertad es tan grande, y otro tanto se puede apreciar –sin que la ley encuentre tropiezos con él– en la misma esfera del derecho público, en que nuestras costumbres dan la manera de vivir y no las leyes.

Y como el hecho se nos viene a la cara, y como mi país es como el vuestro en que quedan tantas supervivencias de la manera de entender la vida del derecho y los fenómenos de ella, tiene que haber una masa de derecho que no podéis despreciar, que tenéis que atender; es preciso que vuestros especialistas estudien esto que es la realidad viva de México para que estén capacitados para ser verdaderos legistas" (p. 79).

La influencia benéfica de Altamira se haría sentir a los pocos años cuando al fundarse la Escuela Libre de Derecho 1912 se establecieron estudios de Derecho romano, de latín y de historia del derecho.

Su propuesta de estudiar los derechos consuetudinarios pasaría, sin embargo y significativamente, desapercibida.<sup>25</sup>

### VIII. TRIUNFO PRÁCTICO DE LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO CON LA LEY

En México, las décadas de 1910 y 1920 no parecen aportar ideas significativas a la reflexión en torno al derecho y a sus relaciones con la ley. Los juristas y abogados mexicanos más notables –algunos de ellos en el exilio durante varios años– se abocaron a construir el marco constitucional y legal resultado del triunfo del proceso revolucionario. Para ello adoptaron de una manera acrítica la supremacía de la ley, el absolutismo jurídico, la exégesis legal más radical, el desconocimiento total de la personalidad de la Iglesia, la consideración de una justicia meramente formal, y cierta versión socializante del derecho que, sin embargo, no cuestionó en ningún momento el monopolio legislativo del Estado. El triunfo de la ley quedó de manifiesto en el largo conflicto suscitado entre el Estado y la Iglesia mexicanos que desembocó en la sangrienta Guerra Cristera (1926-1929), que enfrentó al poder político con los prelados y católicos mexicanos, quienes comenzaron a desenterrar argumentos iusnaturalistas tradicionales con la ayuda de juristas, abogados y canonistas, para oponerse a unas leyes que consideraron injustas. Durante la década de los treinta, el Estado afirmó su supremacía al expedir los nuevos códigos civiles, penales, y procesales, así como al promulgar las leyes de expropiación, del trabajo y de reforma agraria, y al establecer desde el aparato estatal un régimen corporativo y jerárquico que le asegurara un mejor y más eficiente control sobre la sociedad.

Esta transformación no le costó mayor trabajo al Estado, toda vez que la identificación entre el derecho y la

<sup>25</sup> Rafael Diego Fernández, "Don Rafael Altamira y Crevea y la historia del derecho en México", *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, 1988, t. I, pp. 257-262.

ley ya había triunfado, al menos en el discurso, en prácticamente todos los sectores de la sociedad, especial y lamentablemente entre los juristas, jueces, abogados y notarios, y excepto, significativamente, entre la población indígena, todavía aferrada a regirse por unos usos y costumbres no reconocidos por la Constitución ni por la legislación vigente. El triunfo se había debido al carácter indudablemente práctico de la codificación y de la aplicación de la ley por encima de la invocación de costumbres, de tesis jurisprudenciales o de opiniones de juristas doctos y sabios; era, finalmente el resultado de la victoria de la práctica sobre el discurso; de la política sobre la ciencia; del poder sobre la cultura, del Estado sobre la sociedad. La experiencia de las dictaduras reformistas de Juárez (1858-1872) y de Díaz había hecho sentir a los mexicanos en su vida cotidiana todos los terribles efectos de la ley; y el exterminio no sólo de la vigencia sino incluso de la enseñanza del derecho canónico, así como el desconocimiento total de la vigencia de los usos y costumbres de las comunidades indígenas adquirieron un extraordinario valor pedagógico frente al pueblo mexicano: en adelante aprendería que únicamente la ley era derecho, y que no había más derecho que el del Estado. Poco valdría la historia y la experiencia. De esta forma, el régimen autoritario inaugurado a comienzos de la década de los veinte del siglo XX no tendría mayores dificultades para imponer su amplio programa de transformaciones económicas y sociales, ni para sostenerse por más de setenta años en el poder mediante la vía del uso político de la ley si para ello no contaba con la oposición de unas ideas que distingúan entre derecho y ley, entre orden legal y orden justo, en-

tre justicia y legalidad, ni con el rechazo o la crítica de unos juristas y de unas escuelas y facultades que se aferraban en distinguirlos.

Para ese Estado convino más difundir obras como la del también prestigiado jurista italiano Francesco Cosentini (Turín, 1870-Turín, 1937), *Filosofía del derecho. Prolegómenos a la ciencia comparada del derecho*, publicada en México en 1930,<sup>26</sup> y quien llegó a ser profesor de Filosofía del derecho y de Derecho civil comparado en la Universidad Nacional Autónoma de México. Al referirse a la costumbre, Cosentini afirmó:

"Al fin, cuando el derecho llega a ser más maduro, se relaciona con la autoridad del Estado; entonces no puede ser más por sí misma una fuente del derecho, sino que puede serlo sólo en cuanto que es reconocida por el Estado y, por consiguiente, está limitada por las exigencias del ordenamiento social y del Estado. Entonces la costumbre adquiere un papel subordinado a la legislación, y tiene valor, sólo en cuanto que la ley se refiere a ella expresamente o permite su aplicación" (p. 54).

Como en la obra de Pallares, todo venía a ser resultado, finalmente, de una evolución, de un lento proceso de maduración hacia el progreso, hacia la perfección:

"La fuente principal del derecho es la ley. Cuando la nación alcanza su perfecta organización jurídica en el Esta-

---

<sup>26</sup> México, Cultura, 1930, Turín, 1913. Sobre Cosentini en México, véase José Ramón Narváez, "El código privado-social. Influencia de Francesco Cosentini en el Código Civil mexicano de 1928", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. XVI, 2004, pp. 201-226.

do, éste llega a ser el órgano del derecho, a representar de la manera más perfecta la conciencia jurídica de una nación, dicta normas obligatorias para todos los ciudadanos, y formula leyes" (p. 55).

Sin embargo, –y a diferencia de Pallares– Cosentini también se refirió a la jurisprudencia –en sus dos sentidos de ciencia del jurista y de actividad judicial– y la aceptó como fuente indirecta del derecho, reivindicándola –riesgosamente– frente a la ley cuando ésta "corresponde mal o imperfectamente a las exigencias de la vida social", y en la medida de que "por muy perfectas que sean (las leyes) no pueden nunca comprender toda la variedad y multiplicidad de las relaciones sociales". Por esto mismo el juez podía acudir "a su actividad creadora" que se inspiraría o en la equidad, "que fue bien definida como la justicia del caso particular", o en "el derecho natural, resultado de las idealidades ético-sociales predominantes", "o con el espíritu íntimo de la evolución doctrinal, o, en fin, en su íntima convicción, que en definitiva, es el reflejo mismo de la conciencia colectiva" (pp. 58 y 59).

A partir de la nueva década las cosas cambiaron sustancialmente: nuevas traducciones de autores extranjeros (Kelsen, Radbruch, Stammler, Schmitt), estancias de estudio realizadas en otros países por parte de juristas mexicanos, y la calma política y social indispensable que asegura el cultivo detenido de los saberes, produjeron la reactivación de los estudios de filosofía del derecho en México, y con ello la preocupación por continuar definiendo la relación entre el derecho y la ley, tal y como lo apuntara Julian Bonnecase (1878-1950) en su *Introducción al estudio del derecho*:

"el derecho se identifica con la ley en el sentido genérico del término. Por tanto, uno de los problemas capitales en el estado actual de la ciencia jurídica, se reduce a la distinción esencial entre el derecho y la ley".<sup>27</sup> De esta forma, en 1932 aparece la *Teoría general del derecho* de Alfonso Caso (México, 1896- México, 1970), fruto de sus apuntes escolares en la Escuela Nacional de Jurisprudencia,<sup>28</sup> al año siguiente, Juan José Bremer (México, 1907) publica la *Teoría crítica, teoría axiológica y Teoría integral del derecho. Tres sistemas filosófico-jurídicos*,<sup>29</sup> análisis de las posturas de Rodolfo Stammler (Alsfeld, 1856-Wernigerode, 1938) y de Gustavo Radbruch (Lübeck, 1878-Heidelberg, 1949),<sup>30</sup> y de su síntesis, la *Teoría integral del derecho*. En 1935, apareció la primera edición de un pequeño manual, casi de las mismas dimensiones de los *Prolegómenos* de Gómez de la Serna, y que vendría a tener un éxito y una difusión inusitadas entre las escuelas y facultades de derecho del país: la *Introducción al estudio del derecho* del profesor de esta asignatura en la Escuela Nacional de Jurispruden-

<sup>27</sup> Trad. de la 3a. ed. francesa por el Lic. José M. Cajica Jr., profesor de la Universidad de Puebla, Puebla, Ed. José M. Cajica Jr., 1944, p. 34. Primera edición francesa de 1926. Bonnecase se lamentaba de que "hemos dejado entender que lejos de identificarse con la ley, el derecho puede estar en oposición con ella, y lo está efectivamente muchas veces en la realidad". Véase p. 35.

<sup>28</sup> Alfonso Caso, *Teoría general del derecho*, Curso del profesor... México, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1932. Apuntes tomados por Miguel Osorio Ramírez.

<sup>29</sup> México, UNAM, 1933.

<sup>30</sup> En 1955 se publicó en México, por Botas, el libro de Stammler, *Modernas teorías del derecho y del Estado*, trad. de la 2a. ed., alemana por Faustino Ballvé. Sobre Radbruch, véase Ma. Virginia Martínez Bretón, *Gustavo Radbruch, vida y obra*, México, UNAM, 1989.

cia de la Universidad –entonces meramente Autónoma y no Nacional– de México, el licenciado Trinidad García (Méjico, 1895-Méjico, 1981), quien ese mismo año desempeñó la dirección de la mencionada institución.<sup>31</sup> En este texto los estudiantes mexicanos durante décadas aprendieron que el derecho es: *a) "un conjunto de normas o reglas que gobiernan la conducta externa de los hombres en sociedad, b) es excesivamente un producto social ... c) se impone a los hombres por la fuerza de la misma sociedad organizada en poder y se aplica una sanción al que viola la norma jurídica"* (pp. 2 y 3). También aprendieron que la antigua jurisprudencia –ahora convertida en doctrina– no constituía una fuente del derecho (p. 21), que la ley había ido ganando a la costumbre “un terreno cada vez mayor, hasta el punto de que en las modernas organizaciones sociales de cultura superior la fuente formal del derecho es, capitalmente, la ley”, y que la costumbre en Méjico era una fuente del derecho mediata o indirecta, “porque conforme al sistema legal en vigor, su fuerza obligatoria no emana ya de ella misma, sino de la ley, que es la única fuente inmediata o directa”, si bien podía admitirse el que las costumbres tuvieran un “carácter supletorio respecto de la ley” (pp. 14-17).

Finalmente, en 1940, Eduardo García Mázquez (Coyoacán, 1908-Méjico, 1993) dio a conocer su *Introducción al estudio del derecho*,<sup>32</sup> libro llamado a convertirse

<sup>31</sup> Resultado de unos “Apuntes taquigráficos, revisados por el autor, que sirven de texto”, fue publicada en Méjico, por Manuel de Jesús Nucamendi, Editor, en 1935.

<sup>32</sup> Méjico, Porrúa, 1940. En 1948 dio a conocer *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, Méjico, Ed. Stylo, 1948.

en la principal fuente para el conocimiento de lo que fue y significó el derecho –y sus relaciones con la ley– para miles de juristas mexicanos y latinoamericanos por más de seis décadas, décadas que marcan el aparente –y nunca acabado– triunfo de la identificación entre el derecho y la ley en la sociedad mexicana.<sup>33</sup>

#### IX. CONCLUSIONES (SIEMPRE) PROVISIONALES

Clave para entender el triunfo –nunca total– de la ley frente al derecho en la cultura jurídica mexicana, en especial dentro de la clase de los juristas y los demás operadores del derecho a lo largo del último cuarto del siglo XIX y durante la totalidad del siglo XX; triunfo, por lo demás más práctico que teórico, más “institucional” que real, más formal que material –lo que explicaría la subsistencia de diversos ordenamientos jurídicos no estatales de gran eficacia en la vida cotidiana de muchos de los grupos de la amplia, compleja y muy diferenciada sociedad mexicana, y cuya vigencia se ha continuado ya por siglos, sea la idea del progreso, tan cara para los hombres “de razón” de ambas centurias. En efecto, en prácticamente todos los autores analizados el papel de la ley se presenta como superior al de la costumbre y no se diga frente al de una jurisprudencia docta que es absolutamente ignorada, y más aún ante unos criterios de equidad, bondad y sentido común que durante siglos habían servido a la justicia en concreto. El sistema

<sup>33</sup> Para conocer el panorama iusfilosófico del siglo XX en Méjico, véase Luis Recasens Siches, “La filosofía del derecho en Méjico durante el siglo XX”, en *LXXV Años de evolución jurídica en el mundo*, vol. IV, Méjico, UNAM, 1979.

se privilegió, por más racional y "natural", sobre una visión tópica y casuística del derecho; el concepto dominó la singularidad del caso; la prudencia dejó su lugar a la aplicación exacta o, simplemente lógica, de la norma legal. Pero la ley también sufrió una importante modificación en el papel que tradicionalmente había desempeñado dentro de las fuentes del derecho: la ley moderna vino a ser la expresión de la voluntad del gobernante no la traducción de una cultura jurídica de orígenes imprecisos y de manifestaciones históricas sólidas. La ley fue la nueva razón escrita, expresada en la voluntad de un poder político que no conoció más límites que los que él mismo consideró oportunos. Esto suponía dejar atrás concepciones calificadas de primitivas, arcaicas, superadas por las luces de la razón y por un progreso material y espiritual que apostaba todo a un Estado expropiador del derecho, y que haría de este mismo Estado el símbolo mismo del progreso. ¿Cómo, pues, mantener así la vigencia de unas costumbres, de una concepción popular de la justicia y del bien público, de una ley acotada por otras fuentes del derecho, y la validez práctica de una doctas y autorizadas opiniones vertidas durante siglos por los juristas occidentales? Resultaba imposible; su presencia misma se identificó con el pasado, con lo caduco, con el retroceso mismo. La utopía de la Modernidad pasó por la destrucción de fuentes antaño eficaces y proclamó el monopolio estatal de la ley y de la justicia. A no ser Rafael Altamira, nadie pudo ver con exacta claridad el papel que seguía y seguiría jugando la costumbre en la creación del orden jurídico deslumbrados con el sueño de haber encontrado la clave del orden, de la razón, y de la justicia intemporales. En este sentido,

la lectura de los autores de la Modernidad jurídica vale tanto o más por lo que callan o ignoran que por lo que afirman en sus muy difundidas obras.

De aquí la (en apariencia) inexplicable resistencia de esa compleja sociedad para acatar el nuevo orden construido para ella pero sin ella desde el aparato del poder y mediante el uso de la legislación como instrumento único de creación. Justicia, prudencia, equidad, arbitrio, discreción, composición privada, seguirían siendo valorados y utilizados por unos "privados" a quienes el nuevo discurso en torno a la ley nunca convenció.

En el caso particular de México, el problema de la imposición-aplicación del derecho asumió tintes verdaderamente dramáticos, y modeló a una sociedad que aún hoy no acaba de entender el valor ni el papel de un derecho cuya creación le fue arrancada. El costo más alto lo debieron de pagar las comunidades rurales, particularmente los pueblos indios, así como una sociedad urbana tradicional anclada férreamente en concepciones del orden y de la justicia provenientes de una rica herencia familiar y religiosa de larga historia, mientras los nuevos juristas, abogados y notarios, deslumbrados por el "filosofismo" de dos siglos, construían y difundían en las aulas y en los tribunales, en los congresos y en los textos, toda una mentalidad jurídica ajena a la realidad y a la historia, cargada de fórmulas gramaticales impuestas por el poder so pretexto de su incuestionable racionalidad y de ser expresión de la voluntad general. La historia del siglo XX se encargaría en demostrar cuán equivocados estaban.

## LA "CRISI DELLA LEGGE" COME RIFLESSO DELLA CRISI DELLA SOVRANITÀ STATALE

PAOLO PASSAGLIA

### I. INTRODUZIONE

Il concetto di "crisi della legge" presenta varie declinazioni, tutte però connesse, in maniera più o meno patente, con la constatazione dell'avvenuta "trasformazione" della funzione legislativa.<sup>1</sup> I fattori di tale trasformazione sono, almeno in parte, comuni a molti ordinamenti che si richiamano alla tradizione giuridica occidentale e che sono (dunque) edificati sui postulati del costituzionalismo. È, infatti, riconoscimento diffuso che la complessità delle esperienze giuridiche impone un ripensamento di categorie – tra cui, evidentemente, quella corrispondente alla "legge" – elaborate, per l'essenziale, tra il Settecento e l'Ottocento, e poi ricalibrate, non senza

<sup>1</sup> Emblematico, al riguardo, è il titolo di tre volumi piuttosto recenti, uno dei quali espressamente ricollega, nel sottotitolo, il concetto di "trasformazione" a quello di "crisi": cfr. F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. I. *Vincoli alla funzione legislativa*, Milano, Giuffrè, 1999; F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. II. *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, Giuffrè, 2000; F. Modugno – P. Carnevale (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. III.1. *Rilevanti novità in tema di fonti dopo la riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2003.

qualche difficoltà, al mutato contesto istituzionale del XX secolo.<sup>2</sup>

Ora, la complessità delle esperienze giuridiche si articola tanto sul piano dei contenuti che del diritto sono (devono essere) propri quanto su quello dei centri che producono diritto. Sotto quest'ultimo punto di vista, la "crisi della legge" discende, tra l'altro, da un'altra "crisi", di portata ancor più generale, quale è quella che colpisce la sovranità (*scil.*, statale), nella sua dimensione esterna. Proprio questo collegamento sarà oggetto di esame in queste pagine,<sup>3</sup> dove si cercherà – sia pure in forma estremamente sintetica – di individuare l'origine della doppia "crisi", di seguire il suo sviluppo e di trarre alcune possibili prospettive.

L'ottica nella quale ci si muoverà è quasi esclusivamente quella propria dell'ordinamento italiano, con il che la tematica si intreccerà con l'evoluzione del processo di integrazione comunitaria, a tratti suggerendo l'infidenza – evocativa, ma non scevra di una buona dose di approssimazione – che la crisi della legge (italiana) sia il portato della partecipazione (dell'Italia) alle Comunità europee e, poi, all'Unione europea. In realtà, nella crisi della legge come conseguenza della crisi della sovranità statale rientrano anche altri fenomeni, che non è dato trascurare, giacché contribuiscono, talvolta in maniera

<sup>2</sup> L'esempio tipico delle difficoltà di adattamento è, come noto, la definizione di "fonti primarie" che connota tuttora le leggi e gli atti equiparati, nonostante l'introduzione di una costituzione di tipo rigido.

<sup>3</sup> Non verrà, quindi, analizzata la tematica inerente alla crisi della legge riconducibile all'evoluzione dello Stato nel senso del riconoscimento di una autonomia anche legislativa a beneficio di enti territoriali minori (nel caso italiano, le Regioni e le Province autonome), al riguardo non potendo che rinviarsi al contributo di R. Romboli contenuto in questo stesso volume.

determinante, a forgiare l'attuale assetto del sistema delle fonti.

Partendo dai presupposti appena enunciati, una schematizzazione orientativa su cui conviene fondarsi nel procedere alla disamina è quella di specificare la "crisi della legge" in tre diversi aspetti, relativi, rispettivamente, alla "crisi della legge statale", alla "crisi dei caratteri della legge" ed alla "crisi della legge in generale".

## II. LA CRISI DELLA LEGGE COME CRISI DELLA LEGGE STATALE

La crisi della legge non può non coinvolgere, in primo luogo, la legge che tale è per antonomasia, e cioè la legge statale. Sotto questo punto di vista, la crisi della legge altro non è che una componente della più generale crisi della sovranità statale, a sua volta collegata ad almeno due processi: la c.d. globalizzazione, per un verso, e lo sviluppo di organizzazioni sovranazionali, e segnatamente, nel caso dell'Italia, le Comunità e l'Unione europee.

### 1. Crisi della legge e globalizzazione

È la globalizzazione, fenomeno troppo complesso (oltre che autorevolmente analizzato) per essere affrontato in questa sede<sup>4</sup>. Ai presenti fini, dunque, nel dare per pre-

<sup>4</sup> All'uopo, non può dunque che rinviarsi ai numerosi studi recentemente comparsi, tra i quali si segnalano, limitandosi alla dottrina italiana, M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1996, 126 ss.; M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, il Mulino, 2000; A. Baldassarre, *Globaliz-*

supposti i contorni fondamentali del processo, di natura economica ma anche in parte sociale e culturale, ciò che rileva è il constatare come la dilatazione dei rapporti di interdipendenza tra le economie dei diversi paesi incida pesantemente sulla capacità dei pubblici poteri nazionali di rispondere adeguatamente agli *inputs* che provengono dagli operatori. La difficoltà di governare fenomeni "globali" non implica, evidentemente, un'abdicazione degli Stati, ma certo comporta un ridimensionamento delle loro potenzialità regolative.

L'idea che il titolare del potere legislativo possa intervenire in qualunque settore non è stata formalmente abbandonata, se non in relazione alla indefettibilità del rispetto dei precetti costituzionali, che pure qualche limitazione in proposito possono ben porla.<sup>5</sup>

La *deminutio* del potere legislativo non si apprezza, dunque, sul piano degli oggetti che esso può disciplinare, ma semmai su altri versanti, quali, segnatamente, i contenuti che dell'azione legislativa possono essere concretamente propri e l'efficacia che siffatta azione può aspirare ad avere. Ora, se sotto il primo profilo la tematica si collega a vincoli espressamente previsti, vuoi in fonti costituzionali vuoi in altri tipi di atti, è sotto il secondo che la globalizzazione, in quanto fenomeno eminentemente meta-giuridico, interviene direttamente. A

<sup>5</sup> Sul punto, v., comunque, *infra*, 3.1.

*zazione contro democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2002; M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002; N. Iriti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 625 ss.; S. Casse, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, il Mulino, 2004; F. Galgano, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 313 ss.

prescindere, infatti, da ciò che il legislatore nazionale possa ritenere di dover disciplinare e da come decida di farlo, l'accrescimento della dimensione sovranazionale dei rapporti economici e sociali rende assai più probabile che fenomeni per i quali si avverte la necessità di una disciplina si rivelino non suscettibili di essere circoscritti all'interno dei confini dello Stato, di talché ogni tentativo regolativo del legislatore nazionale rischia di rivelarsi velleitario, o comunque privo di un grado sufficiente di effettività.<sup>6</sup> È evidente, ad esempio, che il bisogno di disciplina delle attività economiche, allorché vada ad incidere su società commerciali di dimensione multinazionale, si scontra con una inevitabile inadeguatezza del raggio di azione statale, destinato comunque ad essere superato dalla possibilità per queste società di scegliere la sede nella quale operare. Sotto altro profilo, ma con esiti non dissimili, i tentativi di disciplinare le condotte poste in essere attraverso la rete *Internet* si scontrano inesorabilmente con la dimensione per sua natura globale della rete medesima, donde la agevole eludibilità di buona parte delle regole poste da un qualsiasi legislatore nazionale.

In questo contesto, le tradizionali fonti di produzione nazionali – e la legge, in primo luogo – segnano il passo, imponendo modalità di normazione alternative; moda-

<sup>6</sup> Rileva A. Pizzorusso, *La problematica delle fonti del diritto all'inizio del XXI secolo*, in *Il Foro italiano*, 2007, V, 41, che "la sovranità degli Stati non è più così assoluta come si pensava un tempo, sia nei confronti dei propri cittadini, sia nei confronti delle persone in genere o degli altri Stati, anche se ciò non basta certamente ad affermare che l'avvento di un "diritto cosmopolitico" debba ritenersi imminente"; ciò detto, si riconosce, però, anche che il sistema degli Stati-nazione, come consolidatosi a partire dalla pace di Westfalia del 1648, "appare ormai lontano e in certa misura superato".

lità che non di rado si traducono nell'utilizzo degli strumenti – anch'essi tradizionali – del diritto internazionale. Là dove il *conditor juris* nazionale non può arrivare, può arrivare la comunità internazionale, attraverso il diritto convenzionale.

I trattati e le convenzioni internazionali, tuttavia, non appaiono di per sé idonei a colmare l'inadeguatezza del diritto politico statale. L'inadeguatezza, infatti, non si misura soltanto in termini relativi (vale a dire in rapporto al livello nel quale le norme sono – o dovrebbero essere – adottate), ma anche, e forse principalmente, in termini assoluti. La globalizzazione è il frutto, ma al contempo è all'origine, di uno sviluppo tecnologico che con sempre maggiore difficoltà può essere "ingabbiato" negli schemi, invero talora angusti, del diritto, sia esso politico o convenzionale.<sup>7</sup> E, di fronte a questa difficoltà, le risposte tendono a coniugare una certa quale *deregulation* – che suona, con riferimento al legislatore, come una originale applicazione del principio in base al quale *ad impossibilia nemo tenetur* – con il diffondersi ed il rafforzarsi di strumenti di *soft law*, per i quali il punto di equilibrio tra l'aggettivo ed il sostantivo tende progressivamente a spostarsi verso l'enfatizzazione del primo.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Per la distinzione tra diritto politico e diritto convenzionale, v. A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1998, 259 ss.

<sup>8</sup> L'espressione "*soft law*", diffusa soprattutto nel diritto internazionale (e, poi, in quello comunitario), viene impiegata in una accezione più ampia, al fine di designare "tutti quei fenomeni di autoregolamentazione diversi dai tradizionali strumenti normativi che sono frutto di un processo formale di produzione legislativa ad opera di organi investiti della relativa funzione (c.d. "*hard law*"), e la cui caratteristica essenziale è data dal fatto di essere privi di efficacia vincolante diretta": l'aggettivo vale, in sostanza, a rimarcare "questa natura non vincolante, oltre che il carattere informale di tali stru-

Il problema non sta, tuttavia, soltanto in ciò che la legge statale non è più in grado di disciplinare. Un piano strettamente connesso è quello concernente gli inevitabili condizionamenti che incombono sul legislatore nazionale nel momento in cui intenda disciplinare determinati rapporti o fenomeni. La globalizzazione, infatti, non incide soltanto come limite di efficacia, ma anche come veicolo di impoverimento della volizione politica, intesa come attività "libera", quanto meno nel momento in cui la si confronti con l'attività amministrativa, generalmente discrezionale. A questo riguardo non può non sottolinearsi che le scelte di politica del diritto che incidano su variabili macro-economiche debbono fare i conti con le conseguenze che una determinata regolamentazione potrebbe avere, non solo sulla crescita economica in quanto tale, ma anche sulla collocazione del paese nell'ambito dell'economia mondiale, e dunque sulla sua competitività nei vari mercati. Ad esempio, una politica che intendesse sostenere la domanda interna imponendo alle imprese cospicui aumenti salariali dovrebbe tener conto della sostenibilità dei provvedimenti adottati anche alla luce della competizione sul mercato industriale, in base alla quale al crescere del costo del lavoro gli investimenti delle imprese si allontanano, privilegiando paesi nei quali il costo è più basso.

L'esempio è – si auspica che sia – sufficientemente indicativo del fatto che, anche quando non si chiede al legislatore nazionale di abdicare, non si può non contornare la sua azione di una serie di vincoli che rendono

menti" (così D. Desiderio, *I concetti di soft law e di lex mercatoria nel diritto del commercio internazionale*, [www.dirittosuweb.com](http://www.dirittosuweb.com)).

questa azione intrinsecamente diversa rispetto a quella che era fino a non molto tempo fa.

Sono, queste, tematiche che imporrebbro una riflessione di amplissimo respiro, nella quale la crisi della legge statale andrebbe letta in parallelo con il mutare del modo di concepire il potere politico ed i suoi limiti. Tematiche, in ultima analisi, che evocano una profonda rivisitazione dei concetti-cardine del diritto costituzionale, dallo Stato alla sovranità, passando per la democrazia ed il costituzionalismo. La vastità del campo di indagine e la difficoltà del compito dovrebbero essere sufficienti a giustificare il mancato approfondimento, in questa sede, della analisi.

## 2. Crisi della legge statale e processo di integrazione comunitaria

Se la globalizzazione si ripercuote in maniera tendenzialmente uniforme sulla funzione legislativa di tutti gli Stati, potendosi al più graduare la sua incidenza in ragione della forza che di ciascuno Stato, nello scenario internazionale, è propria a livello politico ed economico, alcuni processi di integrazione sovranazionale producono effetti con riferimento agli specifici ordinamenti nazionali che dei processi entrano a far parte. Nel caso dell'Italia, a rilevare è principalmente il processo di integrazione europea, che ha dato luogo ad una struttura istituzionale che, pur senza poter essere (ancora?) ricompresa nel *genus "Stato"*, si è comunque sensibilmente allontanata dalle forme classiche delle organizzazioni internazionali, imponendo ai paesi membri condiziona-

menti affatto nuovi nell'esercizio delle loro prerogative sovrane.

L'integrazione europea prende concretamente le mosse all'inizio degli anni cinquanta del secolo scorso, con la creazione, dapprima, della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), nel 1951, e, poi, della Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM) e, soprattutto, della Comunità economica europea (CEE), con i trattati di Roma del 1957. Con il tempo, queste tre Comunità, di cui erano parte sei paesi (Francia, Italia, Germania occidentale, Olanda, Belgio e Lussemburgo), si sono ampliate sino ai ventisette membri attuali, caratterizzandosi altresì per uno sviluppo dei poteri attribuiti al livello sovranazionale, nel quale, dopo il Trattato di Maastricht, del 1992, è stata creata l'Unione europea come sintesi – tra l'altro – delle tre Comunità originarie, la più ampia delle quali ha mutato il proprio nome – a testimonianza dell'estensione della propria sfera d'azione oltre l'ambito puramente economico – da Comunità economica europea a Comunità europea (CE).<sup>9</sup>

Le molte peculiarità che distinguono questo complesso processo dalla storia di altre (probabilmente, di tutte le altre) organizzazioni sovranazionali sono in buona parte condensate in una ormai risalente decisione del principale organo giurisdizionale delle Comunità europee, la Corte di giustizia, nella quale si evidenzia che "la Comunità costituisce un ordinamento giuridico *di nuovo genere* nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunziato, anche se in settori

<sup>9</sup> Si noti, peraltro, che attualmente le Comunità sono ridotte a due, poiché la CECA, allo scadere del termine di efficacia del relativo trattato, dopo cinquant'anni dalla sua istituzione (2002), è stata assorbita dalla CEE.

limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini":<sup>10</sup> altrimenti detto, lungi dall'essere concepite come un semplice accordo tra Stati, le Comunità europee si sono configurate *ab initio* come un *quid pluris*, unendo alla matrice convenzionale la creazione di ordinamenti complessi, nei quali gli attributi propri della sovranità venivano frammentati tra i singoli Stati e le Comunità medesime, inizialmente detentrici di una quota tutto sommato modesta di poteri, ma potenzialmente in grado di acquisirne ulteriori, sino a mettere in crisi, non solo sul piano teorico, l'imputazione in capo agli Stati della sovranità.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 5 febbraio 1963, *NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c/ Amministrazione olandese delle imposte*, causa 26/62, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1963, 3 ss.

<sup>11</sup> Un problema su cui non è qui il caso di soffermarsi, sebbene assuma, almeno con riguardo all'ordinamento italiano, un interesse notevole, è quello concernente le modalità attraverso le quali gli Stati hanno acconsentito al trasferimento di quote di sovranità. L'incidenza dell'adesione sugli assetti istituzionali interni avrebbe probabilmente richiesto, almeno in Italia, una legge costituzionale o di revisione costituzionale con cui autorizzare la ratifica dei trattati istitutivi; le contingenze politiche, e segnatamente l'opposizione dello schieramento social-comunista, rendevano impraticabile questa soluzione, non coagulandosi intorno all'adesione un numero di consensi, in seno alle Camere, sufficiente all'approvazione di una legge costituzionale; alla luce di ciò, si è optato per la ratifica a seguito di una semplice legge ordinaria, la quale è stata ritenuta "coperta" (*id est*, legittimata) dall'art. 11 della Costituzione, che, concepito, nel 1947, nella prospettiva di uno sviluppo delle Nazioni unite ben superiore a quello che poi si sarebbe verificato, si prestava, comunque, a "puntellare" ciò che le forze di maggioranza avevano deciso circa l'integrazione europea: "L'Italia [...] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo". Per l'analisi delle problematiche giuridiche sottese alla adesione dell'Italia al processo di integrazione

In linea di principio, nonostante difettasse una disciplina specifica al riguardo, le Comunità europee, in quanto frutto di trattati internazionali, hanno sempre postulato la possibilità per i contraenti di revocare l'adesione prestata.<sup>12</sup> Nel corso degli anni, però, è apparso sempre più chiaro come la facoltà di recesso fosse puramente teorica, giacché l'approfondirsi dei rapporti tra degli Stati membri ed il compenetrarsi dei livelli di governo nazionale e sovranazionale facevano avvertire in maniera crescente le grandi difficoltà che un recesso avrebbe in concreto comportato, non solo per le Comunità ma anche – ed in particolare – per lo Stato recedente.

Il trasferimento di sovranità, dunque, sebbene formalmente reversibile, è andato strutturandosi come una cessione di fatto irreversibile, dando luogo al paradosso, soltanto apparente, in base al quale i trasferimenti, reversibili sin quando limitati, sono divenuti irreversibili allorquando sono divenuti cospicui. Nel caso dell'Italia, ad esempio, l'"uscita dall'Europa" è ormai evocata solo da sparute fazioni politiche, tutti gli altri operatori

comunitaria ed alla utilizzabilità allo scopo dell'art. 11 della Costituzione, v., di recente, F. Gabriele – A. Celotto, *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale. Temi e problemi sull'impatto del diritto comunitario nel sistema italiano delle fonti*, Bari, Cacucci, 2001, spec. 11 ss.; da ultimo, v. L. Chieffi – M. Cartabia, *Articolo 11*, in R. Bifulco – A. Celotto – M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, UTET, 279 ss.

<sup>12</sup> Si noti che la facoltà di recesso è stata finalmente confermata in maniera esplicita anche nel diritto comunitario, segnatamente nella stesura del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (testo, peraltro, la cui sorte è quanto mai incerta: cfr. *infra*, par. 4.2.), il cui art. I-60, al par. 1, stabilisce che "ogni Stato membro può decidere, conformemente alle proprie norme costituzionali, di recedere dall'Unione"; il medesimo articolo disegna poi una procedura in seno all'Unione europea volta a definire le modalità specifiche del recesso.

concordando sull'opportunità o sulla necessità di restare all'interno del processo di integrazione europea o, comunque (il che, sul piano effettuale, non è poi molto diverso), sull'impossibilità di "tirarsi indietro". A livello istituzionale, soltanto la Corte costituzionale aveva ipotizzato la possibilità, al presentarsi di determinate circostanze di eccezionale gravità, di recedere dalle Comunità europee;<sup>13</sup> la giurisprudenza più recente, però, ha rivisto questo orientamento, non menzionando più come possibile la conseguenza estrema e dunque implicitamente escludendola.<sup>14</sup>

Al di là di queste problematiche, pure centrali al fine di precisare i contorni della palesata crisi della sovranità statale, ciò che in questa sede specificamente interessa è che il trasferimento di sovranità dallo Stato al livello sovrnazionale si è manifestato anche (se non soprattutto) attraverso l'attribuzione in capo alle istituzioni delle Comunità di poteri normativi. Le Comunità europee, infatti, si sono *ab origine* distinte rispetto alle altre organizzazioni internazionali per il fatto di essere dotate

<sup>13</sup> Il riferimento va alla elaborazione della dottrina c.d. dei "controlimiti", sulla cui base, come più ampiamente si dirà (v. *infra*, par. 2.2.2.), la Corte costituzionale, a far tempo dalla sentenza 27 dicembre 1965, n. 98, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1965, 1322 ss., ha ritenuto di poter sindacare gli atti di diritto comunitario contrastanti con i principi inviolabili sanciti nell'ordinamento interno, ipotizzando la possibilità – qualora un contrasto fosse stato effettivamente riscontrato – di dichiarare l'inconstituzionalità della legge di ratifica dell'adesione dell'Italia alle Comunità europee.

<sup>14</sup> Con la sentenza 21 aprile 1989, n. 232, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, I, 1001 ss., la Corte, pur confermando la dottrina dei "controlimiti", si è considerata legittimata a controllare la conformità ai principi supremi di una qualunque norma dei trattati comunitari, ciò che sembra aver escluso l'eventualità di una caducazione dell'intera legge che al trattato abbia dato esecuzione.

di poteri tali da incidere direttamente (*id est*, senza la necessità di una intermediazione da parte dei pubblici poteri nazionali) sull'ordinamento giuridico interno, innovandolo.

A questo proposito, deve segnalarsi l'art. 249 del Trattato istitutivo della Comunità europea,<sup>15</sup> ai termini del quale "per l'assolvimento dei loro compiti e alle condizioni contemplate dal [...] trattato il Parlamento europeo congiuntamente con il Consiglio, il Consiglio e la Commissione adottano regolamenti e direttive, prendono decisioni e formulano raccomandazioni o pareri": "il regolamento ha portata generale", "è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri"; "la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salvo restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi"; "la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati"; "le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti" (e quindi non sono a rigore configurabili alla stregua di fonti del diritto).

Come è ovvio, l'esistenza di atti normativi provenienti dalle istituzioni comunitarie, i quali entrano a far parte, pur se in forme variegate, dell'ordinamento giuridico nazionale non può non portare ad un ridimensionamento dell'autorità del diritto prodotto a livello nazionale (statale o regionale), e dunque anche del diritto

<sup>15</sup> La numerazione degli articoli del Trattato è stata revisionata con il Trattato di Amsterdam, del 1997, per razionalizzare una numerazione divenuta piuttosto complicata a seguito del succedersi delle revisioni, anche molto ampie. Il contenuto dell'attuale art. 249 era in origine proprio dell'art. 189 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea.

legislativo, contribuendo così ad aggravare la "crisi" che questo sta attraversando. In particolare, l'*abaissement* dell'autorità della legge si apprezza sia sul piano quantitativo (par. 2.2.1.) che su quello qualitativo (par. 2.2.2. e par. 2.2.3.).

## 2.1. L'espansione delle competenze normative delle istituzioni comunitarie

Il collegamento tra la diminuzione della potestà legislativa delle autorità nazionali ed il processo di integrazione comunitaria si misura, innanzi tutto, in termini quantitativi.

Al riguardo, la variabile fondamentale è costituita dalla progressiva espansione delle competenze normative delle Comunità europee. Un'estensione che non è agevole cogliere con precisione, se è vero che, nei trattati istitutivi, manca una normativa organica che disegni in maniera compiuta la ripartizione di competenze tra Comunità e Stati membri. In questo quadro ellittico a livello definitorio, l'allocazione concreta delle funzioni (*scil.*, anche normative) è stata ed è tuttora caratterizzata da un assetto "mobile", reso particolarmente fluido dall'evoluzione anche degli strumenti tesi ad ordinarlo: in particolare, nell'individuare ciò che spetta esercitare alle istanze sovranazionali e ciò che resta di competenza dei livelli nazionali si è passati dall'utilizzo di un criterio statico (o di attribuzione) ad un criterio dinamico (o funzionale).<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Per un approccio alla tematica relativa alle competenze delle Comunità europee ed al conseguente riparto di funzioni tra autorità comunitarie ed autorità nazionali fondato sul dinamismo dei criteri di allocazione, v. J. H.

Nella fase iniziale, è stato nettamente preminente il riferimento ad un criterio statico di ripartizione delle competenze. In questo senso, particolarmente eloquenti sono le conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange nel caso *Algera* del 1957, là dove si evidenzia che "il trattato [nella specie, trattavasi del Trattato CEE] poggia su una delega di sovranità fatta dagli Stati membri ad istituzioni sovranazionali per un obiettivo strettamente determinato", in quanto "il principio giuridico che sta alla base del trattato è un principio di competenza limitata": in sostanza, "la Comunità è una persona giuridica di diritto pubblico ed a tale titolo essa gode della capacità giuridica necessaria per esercitare le sue funzioni", ma non anche per esercitare funzioni ulteriori.<sup>17</sup>

Questo approccio è stato fatto proprio anche dalla Corte di giustizia, che ha evidenziato a più riprese come il trasferimento di sovranità da parte degli Stati fosse avvenuto per settori ben delimitati: paradigmatico, al proposito, è il passaggio della sentenza *Van Gend en Loos*, del 1963, in cui si precisa che, sebbene "la Comunità costituisca un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale", e sebbene la novità risieda nella rinuncia, da parte degli Stati mem-

H. Weiler, *The Constitution of Europe* (1999), trad it. *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2003, spec. 85 ss.; v., altresi, M. Cartabia – J. H. H. Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, il Mulino, 2000, 99 ss.

<sup>17</sup> Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Lagrange, 14 giugno 1957, *Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi, Félicie Steichen c/ Assemblée Commune de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, cause riunite 7/56, da 3/57 a 7/57, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1957, 81 ss.

bri, "ai loro poteri sovrani", resta fermo che una siffatta rinuncia è stata operata "in settori limitati".

Dalla metà degli anni sessanta, però, il principio di rigida attinenza alle attribuzioni contenute nei Trattati ha cominciato a lasciar spazio – nella giurisprudenza come nella prassi – ad una diversa impostazione, che avrebbe poi trovato la propria definitiva sanzione con l'introduzione nell'ordinamento comunitario, attraverso il Trattato di Maastricht, del principio di sussidiarietà, così definito nell'art. 5 del Trattato che istituisce la Comunità europea: "Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario".

Come è chiaro, la natura flessibile del principio di sussidiarietà fa sì che, per tutto ciò che fuoriesce dalla competenza esclusiva delle Comunità, si pongano inevitabilmente difficoltà nella compiuta individuazione di ciò che è di spettanza del livello nazionale e di ciò che, invece, richiede (o legittima) un intervento del livello sovranazionale. E queste difficoltà costituiscono un dato con cui tutti gli ordinamenti statali europei sono oggi chiamati a confrontarsi, senza però poter prescindere da una tendenza comunque espansiva delle funzioni delle istituzioni comunitarie. Una siffatta tendenza è apprezzabile sia alla luce delle revisioni dei trattati (non solo quella avvenuta con il Trattato di Maastricht, ma anche quelle dei Trattati di Amsterdam e di Nizza) sia

osservando la giurisprudenza della Corte di giustizia, da tempo piuttosto "generosa" nel riconoscere la sussistenza di ambiti di intervento per le istituzioni politiche comunitarie.

In questo contesto, una grande importanza, nell'ottica dell'espansione dei poteri normativi delle Comunità, è da attribuire alla tematica dei diritti fondamentali, che ormai da decenni si presenta come una delle frontiere verso cui il processo di integrazione europea va muovendosi. Come noto, i trattati istitutivi delle Comunità, incentrati come erano su aspetti eminentemente economici, avevano trascurato le problematiche connesse alla tutela dei diritti individuali. L'espansione del raggio di azione delle istituzioni comunitarie, e segnatamente la loro proiezione in chiave politica, ha però fatto emergere l'impossibilità di lasciare integralmente ad altri livelli di governo il compito di proteggere le situazioni giuridiche soggettive.<sup>18</sup> In assenza di basi testuali solide, è stata la Corte di giustizia ad elaborare, a far tempo dal 1969, e dopo una iniziale reticenza,<sup>19</sup> una giurispru-

<sup>18</sup> Per quanto attiene all'incidenza della tematica concernente la tutela dei diritti sull'evoluzione dell'integrazione europea e sul suo abbandono della dimensione puramente economica, v. L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, Giappichelli, 1998, spec. 49 ss.; B. Beutler – R. Bieber – J. Pipkorn – J. Streil – J. H. H. Weiler, *Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik* (4a. ed., 1993), trad. it. *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, 2a. ed., 2001, Bologna, il Mulino, 313 ss.

<sup>19</sup> In proposito, viene solitamente citata la sentenza *Stork* del 1959, con cui la Corte di giustizia, sul presupposto che il suo compito fosse "semplicemente [quello di] garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione", e non fosse anche quello di "pronunciarsi in merito alle norme dei diritti nazionali", ha omesso di pronunciarsi sul merito di una questione nella quale si denunciava

denza alla luce della quale la Corte medesima è tenuta a garantire l'osservanza, da parte degli attori istituzionali, de "i diritti fondamentali della persona", in quanto questi "fanno parte dei principi generali del diritto comunitario".<sup>20</sup>

Man mano che l'evoluzione giurisprudenziale arricchiva di contenuti la garanzia approntata ai diritti fondamentali, andava maturando l'esigenza di consolidare le acquisizioni attraverso la redazione di un catalogo di diritti. È in questa prospettiva che deve leggersi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata ufficialmente a Nizza il 7 dicembre 2000.<sup>21</sup> Il docu-

la circostanza che una decisione dell'Alta autorità della CECA avesse "violato principi fondamentali della Costituzione tedesca (in particolare gli artt. 2 e 12)" (cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 4 febbraio 1959, *Friedrich Stork et Co. c/ Alta autorità*, causa 1/58, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1959, 43 ss.).

<sup>20</sup> Così Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 12 novembre 1969, *Erich Stauder c/ Stadt Ulm-Sozialamt*, causa 29/69, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1969, 419 ss. Successivamente a questa presa di posizione, la giurisprudenza in materia di diritti fondamentali è andata notevolmente espandendosi, confermando ulteriormente l'idea della imprescindibilità, ai fini di un reale sviluppo del processo di integrazione europea, della presa in considerazione delle problematiche relative alle situazioni giuridiche soggettive.

<sup>21</sup> Sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v., nell'ambito di una letteratura quanto mai ampia, R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001; U. De Siervo (a cura di), *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi*, Bologna, il Mulino, 2001; U. De Siervo (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2001; G. F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, Giuffrè, 2001; L. Ferrari Bravo - F.M. Di Majo - A. Rizzo, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001; M. Panebianco (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2001; P. Costanzo (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Atti del Convegno di Genova del 16-17 marzo 2001, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, 2002, 3 ss.; L. S. Ros-

mento è tuttora privo di valore giuridico formale, collocandosi in una zona grigia tra la mera dichiarazione di intenti, rilevante solo da un punto di vista politico, ed il catalogo di diritti effettivamente vincolante per tutti gli operatori. Trascurando i casi – peraltro non troppo infrequenti<sup>22</sup> – in cui la Carta ha già avuto applicazione in sede giurisdizionale, a rilevare è che, una volta assicurato ad essa un valore giuridico formale (il che sembra tutto sommato scontato, l'unica variabile restando quella del momento in cui ciò avverrà),<sup>23</sup> le Comunità entre-

si (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002; R. Toniatti (a cura di), *Diritti, diritti, giurisprudenza. La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 2002; G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003; M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2003.

<sup>22</sup> Si segnala, da ultima, la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo sul caso *Vilho Eskelinen and Others v. Finland* [GC], no. 63235/00, del 19 aprile 2007, nella quale il richiamo dell'art. 47 della Carta di Nizza, in tema di diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, assume una rilevanza incontestabile nella ricostruzione del diritto comunitario sull'argomento.

<sup>23</sup> La Carta di Nizza è stata trasfusa all'interno del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, andando a formare la sua parte seconda. L'incertezza in merito agli sviluppi del processo costituente non appare come una condizione ostativa insormontabile alla giuridicizzazione del catalogo dei diritti fondamentali, dal momento che nel travagliato *iter* di elaborazione e di approvazione del trattato l'opportunità (o la necessità) di includere la Carta di Nizza nel diritto primario comunitario non è stata oggetto di significative obiezioni. In ordine al Trattato-Costituzione, ancora nell'ambito di una bibliografia assai corposa, v. S. DELLAVALLE, *Una costituzione senza popolo? La Costituzione Europea alla luce delle concezioni del popolo come "potere costituente"*, Milano, Giuffrè, 2002; C. Pinelli, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2002; F. Bassanini - G. Tiberi (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza Intergovernativa*, Bologna, il Mulino, 2003; G. G. Floridia, *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, in collaborazione con L. G. Sciannella, Bologna, il Mulino, 2003; F. Bassanini - G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, il Mulino, 2004;

rebbero in possesso di un ulteriore *atout* da spendere in chiave espansiva delle proprie competenze (incentivando, dal punto di vista adottato in queste pagine, la crisi del diritto e della legge nazionali). Se ne ha una conferma patente volgendo lo sguardo verso altre esperienze di pluralismo territoriale, nelle quali l'introduzione di un catalogo di diritti ha veicolato (o ha contribuito a veicolare) un significativo moto centripeto. La menzione del caso statunitense appare scontata, tanto in riferimento alle discussioni che hanno preceduto l'approvazione e la ratifica dei primi dieci emendamenti alla Costituzione quanto con riguardo alla dinamica innescatasi, dopo la guerra di secessione, con l'approvazione del XIV emendamento, che, con l'estendere l'obbligo di conformarsi a (parte de) il *Bill of Rights* per il diritto degli Stati membri, ha rappresentato uno dei veicoli della crescita dell'influenza della Federazione verificatasi nel periodo successivo.

Ad una analoga dinamica centripeta si è, però, assistito, ancora ad esempio, con l'adozione della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, contenuta nel *Canada Act* del 1982, che ha fornito al potere giudiziario mezzi sino a quel momento impensabili per incidere sulle legislazioni provinciali, favorendo la convergenza verso stan-

G. F. Mancini, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2004; J. Ziller, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2004; R. Bin - P. Caretti, *Profilo costituzionali dell'Unione europea. Cinquant'anni di processo costituenti*, Bologna, il Mulino, 2005; G. Guzzetta, *La nuova costituzione europea*, Padova, CEDAM, 2005; M. C. Baruffi (a cura di), *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?*, Padova, CEDAM, 2006; G. Marazzita, *La Costituzione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

dards di tutela uniformi, evidentemente calibrati (dal e) sul livello federale.

Alla luce di quanto appena accennato, appare altamente plausibile la valutazione in base alla quale la progressiva estensione delle competenze normative delle Comunità potrebbe conoscere, una volta entrato, a tutti gli effetti, a far parte del diritto comunitario un catalogo di diritti, una accelerazione ulteriore, consentendo al diritto comunitario di occupare nuovi e decisivi spazi, con la correlativa (marcata) restrizione delle sfere nelle quali il potere di produrre diritto sarebbe ancora di spettanza delle autorità legislative nazionali.

## 2.2. La superiorità del diritto comunitario rispetto al diritto nazionale

L'espansione del diritto comunitario, per come invertasi e per le forme che potrebbe assumere nel prossimo futuro, non si apprezza soltanto sul piano quantitativo. Non si tratta, infatti, semplicemente di riconoscere una sottrazione di poteri dagli organi nazionali corrispondente all'incremento dei poteri propri degli organi comunitari. Ancor più penetrante è, probabilmente, l'*abaissement* della legislazione nazionale misurabile in termini qualitativi. In proposito, non può non rilevarsi come uno dei principi conformativi del sistema delle fonti nel quadro dell'ordinamento multilivello venutosi a costituire in Europa sia quello del primato del diritto comunitario.

Difettandone l'affermazione all'interno dei trattati istitutivi, il principio c.d. della *primauté* è stato elaborato (*rectius*, rintracciato "nelle pieghe", per così dire, del di-

ritto primario)<sup>24</sup> dalla Corte di giustizia a far tempo da una famosa decisione del 1964. Nella sentenza *Costa c/ Enel*, infatti, si stabilisce che l'“integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie, e, più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune”; in effetti, “se l'efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all'altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l'attuazione degli scopi del Trattato [...], e causerebbe una discriminazione”: “gli obblighi assunti col Trattato istitutivo della Comunità non sarebbero assoluti, ma soltanto condizionati, qualora le parti contraenti potessero sottrarsi alla loro osservanza mediante ulteriori provvedimenti legislativi”. In sostanza, ad avviso della Corte, “il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità”: “il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un

<sup>24</sup> Nel diritto comunitario, si distingue un diritto primario da un diritto derivato, con il primo indicandosi, essenzialmente, le norme dei trattati istitutivi (e dei trattati che li hanno modificati) e con il secondo l'insieme delle norme adottate sulla base delle procedure contemplate nel diritto primario.

atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia”.<sup>25</sup>

La posizione assunta dalla Corte di giustizia è stata poi ripetutamente confermata, sino a divenire *jus receptum* ed a porsi come canone fondamentale nella configurazione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno; non a caso, il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa ha finalmente inglobato il principio della *primauté* del diritto comunitario anche nelle disposizioni di rango primario, stabilendo, all'art. I-6, che “la Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri”.

A questa affermazione, da tempo ormai pacifica in sede comunitaria, hanno fatto tuttavia riscontro tenaci resistenze all'interno dell'ordinamento italiano (ma anche in altri, come, ad esempio, in quello tedesco), dove il principio del primato è stato a lungo contrastato, segnatamente dalla Corte costituzionale. Quest'ultima, solo a seguito di una quanto mai sofferta evoluzione, ha finito per allinearsi, pur mantenendo qualche *distinguo*, alle indicazioni provenienti dalla Corte di Lussemburgo. Volendo qui dar conto, pur se in maniera estremamente sintetica, del “cammino comunitario” della nostra Corte,<sup>26</sup> possono distinguersi due piani di analisi, a seconda che si faccia riferimento all'accettazione del primato del diritto comunitario rispetto alla normativa

<sup>25</sup> Cfr. Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 15 luglio 1964, *Flaminio Costa c/ Enel*, causa 6/64, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1964, 1129 ss.

<sup>26</sup> L'espressione riprende la felice formula coniata da P. Barile, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 2401 ss.

nazionale di rango legislativo ( $\alpha$ ) ovvero all'accettazione del principio anche con riferimento alla normativa di rango costituzionale ( $\beta$ ).

$\alpha$ ) La citata sentenza *Costa c/ Enel* della Corte di giustizia ha avuto origine da una controversia sorta nell'ordinamento italiano, largamente coincidente con altra precedente sulla quale aveva avuto modo di pronunciarsi la Corte costituzionale, con esiti che non pare enfatico definire diametralmente opposti a quelli cui sarebbe addivenuto il giudice comunitario.

La sentenza n. 14 del 1964<sup>27</sup> è stata originata, in effetti, da una questione di legittimità costituzionale sollevata nel corso di un giudizio instaurato dal medesimo avvocato Costa, e radicata al fine di denunciare l'illegittimità costituzionale della legge sulla nazionalizzazione dell'energia elettrica (legge 6 dicembre 1962, n. 1643). La Corte ha, tra l'altro, affermato, nella decisione, che "non vale [va] [l'] argomento secondo cui lo Stato, una volta che [avesse] fatto adesione a limitazioni della propria sovranità, ove [avesse voluto] riprendere la sua libertà d'azione, non [avrebbe potuto] evitare che la legge, con cui tale atteggiamento si concreta[va], incorr[esse] nel vizio di incostituzionalità". Contro tale tesi erano state addotte considerazioni che conducevano "a ritenere che la violazione del trattato, se importa[va] responsabilità dello Stato sul piano internazionale, non toglie[va] alla legge con esso in contrasto la sua piena efficacia": "nessun dubbio che lo Stato [dovesse] fare onore agli impegni assunti e nessun dubbio che il trattato spieg[asse]

<sup>27</sup> Corte costituzionale, sentenza 7 marzo 1964, n. 14, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1964, 129 ss.

l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione"; "ma poiché [doveva] rimanere saldo l'impero delle leggi posteriori a quest'ultima, secondo i principi della successione delle leggi nel tempo, ne consegu[iva] che ogni ipotesi di conflitto fra l'una e le altre non [poteva] dar luogo a questioni di costituzionalità".

La inequivoca applicazione del criterio cronologico di risoluzione delle antinomie tra leggi nazionali ed atti del diritto comunitario ha fatto sì "che, ai fini del decidere, non giova[sse] occuparsi del carattere della Comunità economica europea e delle conseguenze che deriva[vano] dalla legge di esecuzione del Trattato istitutivo di essa, né occorre[sse] indagare se con la legge denunciata [fossero] stati violati gli obblighi assunti con il Trattato predetto".

La contrapposizione con il *dictum* che la Corte di giustizia avrebbe di lì a poco reso non avrebbe potuto essere più netta. La strutturazione del sistema in termini gerarchici (con superiorità del diritto comunitario), che l'applicazione del criterio cronologico di risoluzione dei conflitti tra norme negava in radice, non poteva, però, essere a lungo disconosciuta dalla Corte costituzionale senza che ciò pregiudicasse la stessa partecipazione dell'Italia al processo di integrazione comunitaria. Non a caso, dopo il 1964, la Corte costituzionale, pur avendo cura di evitare di smentirsi in maniera palese, ha intrapreso quel "cammino" che l'ha condotta, per tappe successive, ad un allineamento – di fatto, più che nei postulati teorici – alle elaborazioni della Corte di giustizia.

In questa evoluzione, debbono essere ricordate almeno due decisioni, che hanno rappresentato, rispettivamente, uno snodo fondamentale ed il punto di arrivo

sostanziale (anche se poi ulteriori – anche importanti – precisazioni sarebbero intervenute).

La prima è la sentenza n. 232 del 1975,<sup>28</sup> con la quale la Corte ha definitivamente abbandonato l'idea della prevalenza della legge interna successiva rispetto al diritto comunitario incompatibile, adottando un criterio di risoluzione delle antinomie sostanzialmente riconducibile all'applicazione del principio di competenza. In buona sostanza, la legge interna incompatibile rispetto al diritto comunitario presentava – ad avviso della Corte – un vizio di competenza che si apprezzava alla luce del necessario rispetto degli obblighi comunitari (e dunque, in ultima analisi, dell'art. 11 della Costituzione).

Una siffatta impostazione implicava l'adozione di determinate procedure dirette ad instaurare un controllo sulla legge ed una eventuale constatazione dell'invalidità: "per quanto concerne[va] le norme interne successive, emanate con legge o con atti aventi valore di legge ordinaria, [...] il vigente ordinamento non conferi[va] al giudice italiano il potere di disapplicarle, nel presupposto d'una generale prevalenza del diritto comunitario sul diritto dello Stato"; "certamente non [poteva] accogliersi la soluzione, prospettata e respinta dalla Corte di cassazione, di una declaratoria di nullità della legge successiva interna, dovendosi escludere che il trasferimento agli organi delle Comunità del potere di emanare norme giuridiche, sulla base d'un preciso criterio di ripartizione di competenze per determinate materie, "per l'assolvimento dei loro compiti e alle

condizioni contemplate dai trattati" [...] , comport[asse] come conseguenza una radicale privazione di efficacia della volontà sovrana degli organi legislativi degli Stati membri, pur manifestata nelle materie riservate dai trattati alla normazione comunitaria; tale trasferimento [aveva fatto] sorgere, invece, il diverso problema della legittimità costituzionale dei singoli atti legislativi". Neppure configurabile era da ritenersi "la possibilità della disapplicazione come effetto di una scelta tra norma comunitaria e norma interna, consentita di volta in volta al giudice italiano sulla base di una valutazione della rispettiva resistenza": "in tale ipotesi, [avrebbe dovuto] riconoscersi al giudice italiano non già la facoltà di scegliere tra più norme applicabili, bensì quella di individuare la sola norma validamente applicabile, ciò che [sarebbe equivalso] ad ammettere il suo potere di accettare e dichiarare una incompetenza assoluta del nostro legislatore, sia pur limitatamente a determinate materie, potere che nel vigente ordinamento sicuramente non gli [era] attribuito". Conseguenza ultima era che, "di fronte alla situazione determinata dalla emanazione di norme legislative italiane, le quali [avessero] recepito e trasformato in legge interna regolamenti comunitari direttamente applicabili, il giudice [era] tenuto a sollevare la questione della loro legittimità costituzionale", che la Corte costituzionale – e *soltanto* la Corte costituzionale – avrebbe potuto decidere.

L'avvicinamento della Corte costituzionale alla posizione espressa dalla Corte di giustizia era indubbiamente significativo, non fosse altro perché – contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza n. 14 del 1964 – si garantiva adesso l'obbligo del rispetto da parte della Re-

<sup>28</sup> Corte costituzionale, sentenza 30 ottobre 1975, n. 232, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 2211 ss.

pubblica italiana (per il tramite delle autorità titolari del potere legislativo) degli obblighi assunti a livello comunitario. La Corte di Lussemburgo, tuttavia, a distanza di qualche tempo, ha dimostrato come l'avvicinamento operato non potesse (ancora) ritenersi sufficiente: nella sentenza *Simmenthal*, del 1978, si evidenziava, infatti, che "le norme di diritto comunitario [dovevano] esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli stati membri, a partire dalla loro entrata in vigore e per tutta la durata della loro validità", e quindi dovevano essere configurate come "fonte immediata di diritti e di obblighi per tutti coloro ch'esse riguarda[va]no, [fossero] questi gli Stati membri ovvero i singoli, soggetti di rapporti giuridici disciplinati dal diritto comunitario"; "questo effetto riguarda[va] anche tutti i giudici che, aditi nell'ambito della loro competenza, [avevano] il compito, in quanto organi di uno Stato membro, di tutelare i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario". Del resto, "in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora [fossero] direttamente applicabili, [avevano] l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere *ipso jure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fa[cevano] parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi [fossero] incompatibili con norme comunitarie". In buona sostan-

za, il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica (come nel caso in cui si dovesse ricorrere al giudizio della Corte costituzionale sulla *validità* – intesa come *costituzionalità*, *sub specie* di competenza – delle norme, sino al momento della declaratoria di incostituzionalità regolarmente applicabili) ad atti legislativi nazionali che invadessero la sfera nella quale si esplicasse il potere normativo della Comunità, o altrimenti incompatibili col diritto comunitario, sarebbe equivalso "a negare, sotto questo aspetto, il carattere reale d'impegni incondizionatamente ed irrevocabilmente assunti, in forza del Trattato, dagli Stati membri, mettendo così in pericolo le basi stesse della Comunità": "qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, [aveva] l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribui[va] ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria", ed era pertanto "incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto comunitario qualsiasi disposizione facente parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale port[asse] ad una riduzione della concreta efficacia del diritto comunitario per il fatto che [fosse] negato al giudice, competente ad applicare questo diritto, il potere di fare, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto [era] necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ost[assero] alla piena efficacia delle norme comunitarie", ciò che "si [sarebbe verificato] qualora, in caso di conflitto tra una disposizione di diritto comunitario ed una legge nazionale posteriore, la soluzione

fosse [stata] riservata ad un organo diverso dal giudice cui [era] affidato il compito di garantire l'applicazione del diritto comunitario, e dotato di un autonomo potere di valutazione, anche se l'ostacolo in tal modo frapposto alla piena efficacia di tale diritto fosse [stato] soltanto temporaneo".<sup>29</sup>

La sentenza *Simmenthal* rappresentava inequivocabilmente un passo ulteriore compiuto dalla Corte di giustizia rispetto alla sentenza *Costa c/ Enel*, nella misura in cui, oltre a confermare il principio del primato del diritto comunitario, in essa si indicava anche il modo attraverso cui rendere questo principio pienamente effettivo. La Corte costituzionale non poteva, a questo punto, che allinearsi, salvo creare uno "strappo" assai difficilmente rimarginabile.

L'allineamento si è avuto con la sentenza n. 170 del 1984,<sup>30</sup> con cui il giudice delle leggi italiano, senza mai esplicitamente accettare in maniera integrale ed incondizionata l'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia, ha comunque aperto la strada alla disapplicazione giudiziaria delle leggi nazionali contrastanti con il diritto comunitario: ciò, non già (come teoricamente imposto dalla Corte di giustizia) sulla base della prevalenza (gerarchica) di quest'ultimo, bensì in applicazione del criterio di specialità nella risoluzione delle antinomie. Con un esercizio di "equilibrismo argomentativo" di rara finezza, la Corte costituzionale ha riconosciuto,

<sup>29</sup> Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c/ Simmenthal SpA*, causa 106/77, in *Raccolta della giurisprudenza*, 1978, 629 ss.

<sup>30</sup> Corte costituzionale, sentenza 8 giugno 1984, n. 170, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1984, I, 1098 ss.

innanzitutto, che "il risultato cui [era] pervenuta la precedente giurisprudenza [andava] ridefinito, in relazione al punto di vista, sottinteso anche nelle precedenti pronunzie, ma non condotto alle ultime conseguenze, sotto il quale la fonte comunitaria è presa in considerazione nel nostro ordinamento". In quest'ottica, è stato rilevato che "il giudice italiano accetta che la normativa scaturiente da tale fonte regola il caso sottoposto al suo esame, e ne applica di conseguenza il disposto, con esclusivo riferimento al sistema dell'ente sovrana zionale: cioè al solo sistema che governa l'atto da applicare e di esso determina la capacità produttiva". Le confliggenti statuzioni della legge interna "non possono costituire ostacolo al riconoscimento della "forza e valore", che il Trattato conferisce al regolamento comunitario". Rispetto alla sfera di questo atto, "la legge statale rimane infatti, a ben guardare, pur sempre collocata in un ordinamento, che non vuole interferire nella produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento della Comunità, sebbene garantisca l'osservanza di essa nel territorio nazionale".

Più in particolare, l'effetto connesso con la vigenza di un regolamento comunitario è "quello, non già di caducare, nell'accezione propria del termine, la norma interna incompatibile, bensì di impedire che tale norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale": "in ogni caso, il fenomeno in parola va distinto dall'abrogazione, o da alcun altro effetto estintivo o derogatorio [ivi includendo anche l'effetto derivante da invalidità], che investe le norme all'interno dello stesso ordinamento statale, e ad opera delle sue fonti".

In ragione della distinzione tra ordinamenti nazionali ed ordinamento comunitario, la prevalenza del diritto di quest'ultimo va intesa nel senso che "la legge interna non interferisce nella sfera occupata da tale atto, la quale è interamente attratta sotto il diritto comunitario". Una tale conseguenza "opera però, nei confronti della fonte statale, solo se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno". Fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, "la regola nazionale serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia".

Con la sentenza n. 170 del 1984, dunque, la Corte costituzionale ha accettato di auto-escludersi dal circuito decisionale inherente alla risoluzione di antinomie normative tra diritto interno e diritto comunitario (quanto meno di quello avente effetti diretti o direttamente applicabile all'interno dello Stato),<sup>31</sup> assicurando una pronta reazione da parte dei giudici comuni al verificarsi di una discrasia tra fonti dei due ordinamenti. Gli ulteriori passaggi del "cammino comunitario" della Corte hanno precisato le affermazioni di principio formulate nel 1984, apportando alcune chiarificazioni e, soprattutto, procedendo ulteriormente nel senso del riconoscimento del primato del diritto comunitario, dal quale si è tratto argomento anche per dichiarare, con effetti *erga omnes*, l'illegittimità di una norma legislativa interna contrastante con un atto comunitario allorché la Corte sia adita in via di azione, *ergo* senza che sia pendente un giudizio

comune nel quale la prevalenza del diritto comunitario possa essere garantita mediante la disapplicazione del diritto interno incompatibile.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Cfr., in particolare, la sentenza 30 marzo 1995, n. 94, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 788 ss., dove la Corte opera un doppio richiamo ai propri precedenti. In primo luogo, si riferisce alla sentenza 11 luglio 1989, n. 389, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, I, 1757 ss., nella quale si è precisato che la "non applicazione" della norma interna confligente con quella comunitaria non fa venir meno "l'esigenza che gli Stati membri apportino le necessarie modificazioni o abrogazioni del proprio diritto interno al fine di depurarlo da eventuali incompatibilità o disarmonie con le prevalenti norme comunitarie", esigenza che se, sul piano dell'ordinamento nazionale, si collega "al principio della certezza del diritto, sul piano comunitario, invece, rappresenta una garanzia così essenziale al principio della prevalenza del proprio diritto su quelli nazionali da costituire l'oggetto di un preciso obbligo per gli Stati membri". In secondo luogo, si ricorda che, con la sentenza 10 novembre 1994, n. 384, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 3449 ss., si è per la prima volta affermato, nell'ambito di un giudizio di costituzionalità sollevato in via principale avverso una legge regionale, che l'esigenza di depurare l'ordinamento nazionale da norme incompatibili con quelle comunitarie, essendo ancora al valore costituzionale comportante la chiarezza normativa e la certezza nell'applicazione del diritto da parte di tutti i sottoposti alla legge, può essere soddisfatta anche con una dichiarazione d'illegittimità costituzionale. Invero, ad avviso della Corte, "poiché nei giudizi di costituzionalità in via principale l'oggetto del giudizio stesso non è una norma in quanto applicabile, ma una norma di per sé lesiva delle competenze costituzionalmente garantite alle regioni (nel caso di impugnazione di leggi statali da parte delle regioni) o ex se violatrice di norme costituzionali (nel caso di impugnazione di leggi regionali da parte dello Stato) [...] non si riviene, come invece nei giudizi in via incidentale, alcun ostacolo processuale in grado di precludere alla Corte la piena salvaguardia, con proprie decisioni, del valore costituzionale della certezza e della chiarezza normativa di fronte a ipotesi di contrasto di una norma interna con una comunitaria"; né, d'altro canto, "è senza significato la considerazione che, dati i ricordati caratteri del giudizio in via principale, la "non applicabilità" della norma interna confligente con quella comunitaria rappresenterebbe, nei casi in cui il contrasto normativo si palesasse nell'ambito di quel giudizio, una garanzia inadeguata rispetto al soddisfacimento del dovere, fondato sull'art. 5 del Trattato di Roma e sull'art. 11 della Costituzione, di dare pieno e corretto adempimento agli obblighi comunitari".

<sup>32</sup> Sul punto, v. *infra*, par. seguente.

Questo progressivo radicamento del principio del primato del diritto comunitario, avvenuto soltanto per via giurisprudenziale, ha avuto finalmente l'avallo definitivo da parte del legislatore costituzionale, allorché la riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, operata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, ha introdotto nel nuovo art. 117, un primo comma ai termini del quale "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".<sup>33</sup>

b) Se per i rapporti tra diritto comunitario e fonti legislative nazionali la lunga *querelle* a distanza tra Corte costituzionale e Corte di giustizia pare essersi, allo stato attuale, definitivamente risolta, ben più complessa è rimasta la situazione con riferimento ai rapporti tra il diritto comunitario e le fonti costituzionali nazionali. Sul punto, la Corte costituzionale non ha operato grandi scostamenti dalla posizione assunta con la sentenza n. 98 del 1965, compiutamente ricostruita nella sentenza n. 183 del 1973<sup>34</sup> (a sua volta ripetutamente confermata),<sup>35</sup> secondo la quale "in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve

<sup>33</sup> Sulla portata di questa disposizione, che aveva avuto diverse interpretazioni da parte della dottrina, v., nel senso che si è esposto nel testo, Corte costituzionale, sentenza 3 novembre 2005, n. 406, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2005, 4429 ss.

<sup>34</sup> Corte costituzionale, sentenza 6 luglio 1973, n. 183, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, 1369 ss.

<sup>35</sup> Si vedano, in particolare, la sentenza n. 170 del 1984, nonché la sentenza n. 232 del 1989.

quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini –, possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana"; "ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi [ai trattati istitutivi] una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale [della] Corte [costituzionale] sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali".<sup>36</sup>

Nel dar corpo alla c.d. dottrina dei "controlimiti", queste affermazioni hanno rappresentato – ed a tutt'oggi rappresentano – un limite alla compiuta accettazione del principio della *primauté* del diritto comunitario, a dimostrazione ulteriore della difficoltà, per l'ordinamento interno, di accettarne *tutte* le conseguenze. Il tema del presente scritto, per aver appuntato l'attenzione sul diritto legislativo in senso stretto, non consiglia, tuttavia, di andare oltre questo richiamo, pur doveroso al fine di dar conto delle principali coordinate teoriche entro cui la crisi della legge si muove nei rapporti tra sistema nazionale e sistema comunitario. Ed a prescindere dai controlimiti, ciò che nell'economia di queste pagine appare centrale è proprio la constatazione in base alla quale l'affermazione – per quanto faticosa ed incompleta sia stata – del principio del primato del diritto comunitario

<sup>36</sup> Sulla rimodulazione dei possibili effetti del giudizio della Corte in ordine alla sussistenza di violazioni dei principi fondamentali, v. *supra*, nota 14.

rispetto alla legislazione nazionale ha ingenerato una rilevante *deminutio* di quest'ultima dal punto di vista qualitativo.

### 2.3. L'efficacia diretta del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale

Onde cercare di misurare, in maniera meno approssimativa rispetto a quanto sin qui fatto, la *deminutio* più volte richiamata, occorre operare una distinzione a seconda del tipo di diritto comunitario che si confronti con la legislazione nazionale, scindendo, in particolare, il diritto comunitario avente una applicabilità diretta o effetti diretti dal diritto comunitario privo di tali caratteristiche.

Tra le fonti comunitarie, infatti, soltanto alcune presentano la caratteristica di essere applicabili immediatamente, vale a dire senza che sia necessaria una attuazione o un recepimento da parte delle autorità nazionali. A dire il vero, i trattati istitutivi attribuirebbero questa proprietà –definendola come “applicabilità diretta”– esclusivamente ai regolamenti; la Corte di giustizia, a partire dalla precitata sentenza *Van Gend en Loos* del 1963, l'ha però estesa, sotto il *nomen* di “effetti diretti”, anche agli altri atti normativi comunitari, limitatamente alle disposizioni i cui contenuti siano tali da poter spiegare effetti senza che una interposizione da parte delle autorità nazionali sia indefettibile. Partendo dal presupposto che “la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, [...] che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini”, la Corte ha dedotto che

“il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi”, precisando che “si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie”.

Affinché gli effetti diretti possano dirsi sussistenti, come accennato, è necessario che la disposizione presenti determinati contenuti, che sono così sintetizzabili: “la norma deve porre un *obbligo chiaro e preciso* in capo agli Stati membri”; “l'*obbligo* in questione deve essere *incondizionato*, nel senso che deve essere spirato l'*eventuale termine* concesso agli Stati membri per provvedere all'*adeguamento* dell'*ordinamento interno* alla normativa comunitaria”; “la norma *non* deve concedere o presupporre un *potere discrezionale* agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie, sulle modalità di attuazione e di esecuzione dell'*obbligo* da essa posto”.<sup>37</sup>

Ora, pare di poter dire che, a seconda che le norme di diritto comunitario abbiano o meno queste caratteristiche, i loro riflessi sull'azione del legislatore nazionale mutano sensibilmente.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Cfr. M. Cartabia – J. H. H. Weiler, *L'Italia in Europa*, cit., 97 (enfasi testuali).

<sup>38</sup> Si prescinde, qui, dalle problematiche, pur tutt'altro che secondarie, relative all'accertamento del contrasto tra diritto comunitario e diritto nazionale: in carenza di effetti diretti o di diretta applicabilità, infatti, il *dictum* di cui alla sentenza n. 170 del 1984, come accennato, non si applica, ciò che produce una conservazione, a beneficio della Corte costituzionale, del potere di operare la declaratoria di illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative interne incompatibili.

Nel caso in cui si tratti di diritto comunitario direttamente applicabile (regolamenti) oppure avente effetti diretti (eventualmente, trattati, direttive, etc.), la *deminutio* per il legislatore nazionale si apprezza essenzialmente in termini quantitativi, giacché si deve constatare, in ultima analisi, una restrizione *sic et simpliciter* degli ambiti normativi da disciplinare. La *deminutio* diviene, invece, eminentemente qualitativa allorché ci si confronti con disposizioni di diritto comunitario prive di effetti diretti: in questa evenienza, il legislatore nazionale non si vede preclusa la possibilità di disciplinare determinati settori dell'ordinamento; ciò che perde è la possibilità di disciplinarli "liberamente" (*scil.*, nel rispetto della Costituzione), venendo ad essere vincolato dall'obbligo di attuare precetti normativi più generali provenienti dalle istituzioni comunitarie. Si ha, per questa via, una sorta di degradazione del potere legislativo (nazionale), chiamato, non più a fissare norme generali che spetterà ad altri attuare e concretizzare, ma a specificare contenuti già decisi. È, questo, un modo di concepire la legislazione nazionale che è il sintomo di una crisi probabilmente ancor più grave di quello cui la mera diminuzione dell'estensione del potere potrebbe dar luogo: non ci si limita a precludere la disciplina di certi ambiti, si va a rivisitare la funzione stessa della legge, non "bloccandola", ma mutandone i caratteri e, in ultima analisi, se non proprio svilendone l'autorità, almeno minandone l'autorevolezza. Questa conclusione, che per il momento conviene limitarsi ad accennare, sembra acquisire un notevole spessore alla luce di quanto si dirà tra breve

in ordine ai caratteri della legge, in collegamento con i contenuti tipici degli atti normativi comunitari.<sup>39</sup>

### III. LA CRISI DELLA LEGGE COME CRISI DEI CARATTERI DELLA LEGGE

Nella tradizione post-illuministica, la nozione di legge è stata connotata da varie aggettivazioni, tra le quali, tuttavia, le principali hanno fatto riferimento al concetto di "assolutezza" ed a quelli di "generalità ed astrattezza".

Le trasformazioni subite dalla legge hanno avuto l'effetto di rendere sempre più problematico il richiamo a questi caratteri, un tempo tipici della legge, ma oggi in buona parte anacronistici.

A dire il vero, le dinamiche che hanno condotto al distacco degli aggettivi ("assoluta", "generale" ed "astratta") dal sostantivo ("legge") sono in larga misura inquadrabili in seno agli ordinamenti statali, e quindi solo marginalmente si collegano alla crisi della sovranità statale nelle sue diverse forme. Ciò precisato, il riservare un cenno, per quanto fugace, a queste tematiche non pare un fuor d'opera, non fosse altro se si tiene conto della circostanza che anche su queste dinamiche si inseriscono i rapporti tra ordinamenti nazionali ed ordinamenti sovranazionali.

#### 1. La fine dell'assolutezza della legge

Nel conformare il concetto di legge, il richiamo alla tradizione rivoluzionaria francese ed alle elaborazioni illu-

<sup>39</sup> V. *infra*, spec. par. 3.2.

ministiche (segnatamente a quelle di J. J. Rousseau)<sup>40</sup> ha veicolato quella che è stata definita una vera e propria "idolatria", che si è tradotta sul piano dottrinale nella affermazione del carattere di absolutezza della legge (veicolata dalla sua "razionalità"),<sup>41</sup> che probabilmente ha rappresentato uno dei più marcati fattori di distinzione all'interno della tradizione giuridica occidentale, tra il costituzionalismo forgiato dai *Founding Fathers* statunitensi (e dalla Corte suprema) e quello francese, poi diffusosi in buona parte dell'Europa ottocentesca.<sup>42</sup>

Questa tradizione, che poggiava sulla centralità della legge come espressione della volontà generale, e dunque come strumento principe dell'esercizio della sovranità popolare, ha subito un progressivo ridimensionamento, alla lunga concretizzatosi in un definitivo annichilimento, con l'avvento delle costituzioni rigide e, soprattutto, con l'introduzione della garanzia giurisdizionale della costituzione.

<sup>40</sup> Cfr. *Du contrat social* (1762), in particolare i capitoli VI e VII del Libro II.

<sup>41</sup> Emblematico, al riguardo, è il brano del *Discours préliminaire du premier Projet de Code civil présenté en l'an IX par MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Prémeneuf et Maleville, membres de la commission nommée par le gouvernement (1<sup>re</sup> pluviose an IX)*, nel quale si evidenzia che "les lois ne sont pas de purs actes de puissance; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison", e che dunque "le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce".

<sup>42</sup> Sul concetto di "costituzionalismo", restano fondamentali le opere classiche di C.H. McIlwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, revised edition, Ithaca - Nueva York, Cornell University Press, 1947, e di F.D. Wormuth, *The origins of Modern Constitutionalism*, Nueva York, Harper & Brothers, 1949. Nella dottrina italiana, con riguardo alla distinzione tra costituzionalismo francese e costituzionalismo americano, v., anche per ulteriori riferimenti, M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, spec. 99 ss.; di recente, v. G. Ferrara, *La Costituzione*, Milano, Feltrinelli, 2006, spec. 73 ss.

Il processo, culminato dopo la fine della seconda guerra mondiale, ha spazzato via quella concezione di onnipotenza della legge che aveva permeato le istituzioni ottocentesche e che ben era stato rappresentato, *ante litteram*, dall'osservazione di J.-L. De Lolme – certo icasistica, anche se di assai dubbia correttezza, nel suo riferirsi all'Inghilterra – secondo la quale "*le Parlement peut tout, excepté faire une femme d'un homme, et vice-versa*".<sup>43</sup>

Il parlamento, attraverso la legge, oggi è ben lungi dal poter fare "tutto": i suoi limiti sono disegnati in maniera nitida dalla costituzione, tanto da aver suggerito, a parte della dottrina, la concezione della legislazione come attività che si risolve nello svolgimento dei precetti contenuti nella carta fondamentale.<sup>44</sup>

Al di là di questa lettura, che rischia di concepire l'operato del legislatore come "ingabbiato" in una misura che non corrisponde pienamente alla realtà dei fatti (le norme costituzionali, per la loro struttura e per i loro contenuti, lasciano un margine di manovra tutt'altro che trascurabile al legislatore), è un dato incontestabile che la legge, di per sé, non è più in grado neppure di ambire a dar forma ad un sistema. In questa funzione è stata sostituita dalla legislazione costituzionale, che risponde a logiche in parte diverse (si pensi soltanto all'estensione

<sup>43</sup> J.-L. De Lolme, *Constitution de l'Angleterre ou état du gouvernement anglais comparé avec la forme républicaine et avec les autres monarchies de l'Europe* (1788), libro I, capitolo IX.

<sup>44</sup> Cfr., di recente, F. Modugno, *La posizione e il ruolo della legge statale nell'ordinamento italiano*, Relazione tenuta il 15 dicembre 2005, nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Teramo, nell'ambito del seminario su "Le fonti primarie statali", [www.issirfa.cnr.it](http://www.issirfa.cnr.it): "la funzione legislativa consiste propriamente nel mantenimento e nello sviluppo (svolgimento) della Costituzione, ossia dei valori fondamentali di cui è sostanziato l'ordinamento".

delle maggioranze necessarie per la sua approvazione). L'assolutezza, infatti, si è attagliata a fonti connotate da una maggiore solennità, come appunto le leggi costituzionali e la costituzione; ed in quegli ordinamenti che, come l'Italia, riconoscono l'esistenza di "principi supremi" che si pongono come "sovraconstituzionali", è soltanto la costituzione, in quanto autentica espressione del potere costituente – che solo detiene, illimitato, il potere sovrano<sup>45</sup> – a potersi dire assoluta.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> Non a caso, l'art. 1, secondo comma, della Costituzione italiana, nel sancire il principio di sovranità popolare, precisa che il popolo la esercita "nelle forme e nei limiti della Costituzione", con ciò facendo intendere come il detentore del massimo potere, una volta inquadratosi nell'ambito del potere costituito (*id est*, una volta spentosi il potere costituente), non può non restare vincolato alle determinazioni assunte nel momento creativo del nuovo ordinamento giuridico.

<sup>46</sup> Si noti che, secondo talune elaborazioni dottrinali, persino il potere costituente non sarebbe scevro da condizionamenti: v. P. Häberle, *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes im Verfassungsstaat – eine vergleichende Textstufenanalyse*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, band 112, 1987, 54 ss.; M. Luciani, *La revisione costituzionale in Italia*, in *Association française des constitutionnalistes, La révision de la Constitution, Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Paris – Aix-en-Provence, Economica – Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, 1993, spec. 130 s.; M. Luciani, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, 3284, il quale rileva che "parlare di "potere costituente" come di un potere illimitato, che proprio per l'assenza di freni od ostacoli al suo esercizio va contrapposto al limitato, contenuto potere costituito, non ha più senso. Nessun potere che voglia stare dentro la storia (e logica del potere costituente è [...] non esserne smentito, mentre aspirazione è addirittura il "farla") può permettersi il lusso di cancellare valori divenuti coessenziali all'esperienza politica dell'uomo, valori – cioè – che (come fanno tipicamente i diritti fondamentali) esprimono una trascendenza ormai storizzata, affermatasi senza possibilità di smentita e di [...] ritorni indietro". Sulla stessa lunghezza d'onda si pone anche M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 23 ss., il quale avverte che "nei confronti di una costituzione che ha il suo nucleo inviolabile nella garanzia dei diritti dell'uomo, il concetto di potere costituente come concetto che indica una possibilità futura, come concetto che tiene aperta la possibilità della instaurazione di

In questo processo si è innestata anche la dinamica della integrazione europea, che ha contribuito, per parte sua, ad accettare il carattere "subordinato" della legge. Come già è stato rilevato, il principio del primato del diritto comunitario non può non avere l'effetto di creare un ulteriore livello di fonti che si pone come sovraordinato rispetto alla legge. Un livello la cui preminenza non è affermata soltanto sulla carta, ma è garantita dall'esistenza di un apparato giurisdizionale e da procedure disegnate al fine di assicurare il rispetto del diritto comunitario ad opera del diritto nazionale (di qualunque livello). Il Trattato che istituisce la Comunità europea contempla, agli articoli 226 e seguenti, un apposito ricorso per inadempimento di fronte alla Corte di giustizia, che si sostanzia nella denuncia, presentata dalla Commissione europea ovvero da uno degli Stati membri, del mancato ossequio da parte di uno Stato agli obblighi che gli si impongono. Tale situazione si può produrre in ragione dell'inerzia delle autorità nazionali (ad esempio, allorché non si sia data attuazione ad atti comunitari), ma anche in conseguenza dell'adozione di atti non conformi alle prescrizioni comunitarie. È chiaro che, in quest'ultimo caso, la Corte di giustizia, con la sua decisione, può constatare la illegittimità di un atto legislativo dello Stato membro, imponendogli di "prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta" (art. 228 del Trattato CE).

Oltre al ricorso *ad hoc* alla Corte di giustizia, il diritto nazionale è però soggetto a contestazione e, se del caso,

una nuova costituzione, perde ogni possibile connotato positivo (in termini di collegamento con i diritti)" (pp. 25 s., enfasi testuale).

a declaratoria di non conformità al diritto comunitario anche presso le giurisdizioni nazionali comuni, cui la giurisprudenza comunitaria ha espressamente riconosciuto il potere di disapplicare l'atto interno.<sup>47</sup> Sia pure con qualche reticenza di ordine concettuale, si è visto che la Corte costituzionale ha finalmente ammesso questo potere anche a beneficio dei giudici italiani.<sup>48</sup>

Il sistema così configurato, per quanto forse perfettibile, pare comunque sufficientemente efficace da garantire il rispetto del diritto comunitario, primario e derivato, da parte di normative nazionali con esso incompatibili. Non a caso, non sono mancate le voci dottrinali che hanno sostenuto l'esistenza, allo stato – dunque, anche a prescindere dall'entrata in vigore del Trattato-Costituzione – di una giustizia costituzionale

<sup>47</sup> Il contrasto tra diritto interno e diritto comunitario non è invece invocabile in sede di rinvio pregiudiziale ex art. 234 del Trattato CE. Tale procedura, attivata, nel corso di un giudizio comune, da una giurisdizione nazionale, che può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi su una questione avente ad oggetto, alternativamente o cumulativamente: a) l'interpretazione del diritto comunitario primario; b) la validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e della Banca centrale europea; c) l'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi. Ciò detto sul piano formale, non può non concordarsi con chi, pur ammettendo che "*la Cour ne se reconnaît évidemment pas compétente pour interpréter les dispositions du droit national*", sottolinea comunque che "*ses interprétations du droit communautaire conduiront souvent le juge national à infléchir les interprétations ordinaires du droit national pour le mettre en conformité avec le droit communautaire ou le conduiront à écarter ce droit en cas de contrariété insurmontable par l'interprétation*" (così J. Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 4<sup>e</sup> ed., Paris, L. G. D. J., 2002, 856).

<sup>48</sup> V. supra, par. 2.2.2.

a livello comunitario,<sup>49</sup> una giustizia costituzionale che si articola su elementi di accentramento e, soprattutto, di "astrattezza" (il ricorso per inadempimento) e su elementi di diffusione e di "concretezza" (la disapplicazione giudiziale).<sup>50</sup>

## 2. La perdita dei caratteri di generalità ed astrattezza della legge

"*La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse*". Queste parole, contenute nell'art. 6 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, del 26 agosto 1789, esprimono in maniera nitida l'idea che ha ispirato, dopo la rivoluzione francese, la definizione della nozione di legge come atto che, in quanto espressione di tutti (della *volonté générale*), non si dirige a persone o a situazioni particolari, ma estende (deve estendere) i suoi precetti su tutta la comunità indistintamente.<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Cfr. A. Pizzorusso, *Ipotesi di giustizia costituzionale nei Trattati istitutivi dell'Unione europea e nel progetto di Trattato-Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 2448 ss.; A. Pizzorusso – P. Passaglia, *La loi nationale face à la construction européenne*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 2003, 446 ss.

<sup>50</sup> Sulla classificazione dei sistemi di giustizia costituzionale, v., nella dottrina italiana, M. Cappelletti, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1968; A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 521 ss.

<sup>51</sup> Cfr. già J. J. Rousseau, *Du contrat social*, cit., libro II, capitolo VI: "Quand je dis que l'objet des lois est toujours général j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un homme comme individu ni une action particulière. Ainsi la loi peut bien statuer qu'il y aura des priviléges, mais elle n'en peut donner nommément à personne; la loi peut faire plusieurs classes de citoyens, assigner même les qualités qui donneront droit à ces classes, mais elle ne

Si è operata, in tal modo, una cesura chiara rispetto all'*Ancien Régime*, in cui la struttura analitica degli enunciati normativi era funzionale al riconoscimento di privilegi ed esenzioni ed alla costruzione di una pluralità di *status* corrispondente alle differenze cettuali riscontrabili nella società. Il trionfo delle idee rivoluzionarie ed il conseguente avvento dello Stato liberale hanno imposto una nuova concezione della produzione normativa, che si è fondata su (e che, a sua volta, ha garantito) quel principio di egualanza (formale) che è uno dei capisaldi su cui il nuovo ordine borghese viene costruito.

La centralità del principio di egualanza nei nuovi assetti istituzionali ha veicolato una concezione della legge intimamente connessa alle sue caratteristiche di generalità ed astrattezza, tanto che questi due connotati, sovente concepiti in chiave di endiadi, sono entrati a far parte della definizione stessa del concetto: non si poteva, dunque, avere una legge che non fosse rivolta alla generalità dei consociati e non si poteva avere una legge il cui contenuto non facesse astrazione da situazioni concrete specificamente individuate, donde la ripetibilità della sua applicazione, scil. al verificarsi di determinati presupposti, quelli, appunto, dalla legge individuati come scaturigine della fattispecie disciplinata.

Questa intima connessione tra la legge ed i suoi contenuti (*recte*, la sua portata) è entrata progressivamente in crisi, man mano che le istituzioni borghesi forgiate alla fine del Settecento e nell'Ottocento si sono trovate

*peut nommer tels et tels pour y être admis; elle peut établir un gouvernement royal et une succession héréditaire, mais elle ne peut élire un roi ni nommer une famille royale; en un mot toute fonction qui se rapporte à un objet individuel n'appartient point à la puissance législative*.

di fronte alla necessità di integrare le classi popolari, il cui processo di emancipazione postulava una partecipazione diretta alla vita politica.

La crisi, tuttavia, non è derivata tanto da questa partecipazione in sé quanto da ciò che la partecipazione ha significato (ed originato) in termini di produzione normativa. Le classi popolari, infatti, si facevano latrici di nuovi *inputs* sociali, che imponevano il superamento della nozione tradizionale di egualanza, basata sul divieto di discriminazione e sulla parità di trattamento tra i cittadini, in favore di un nuovo tipo di discriminazioni, alla luce delle quali perseguire una politica di sostegno e di promozione per i soggetti socialmente ed economicamente più deboli, politica che avrebbe trovato una sistemazione organica, con l'avvento dello Stato sociale, nella elaborazione del principio di egualanza sostanziale.

Ecco che, in questa dinamica, i fondamenti teorici che sorreggevano l'identificazione tra la legge e la normazione generale ed astratta sono venuti meno, finendo, anzi, per essere in certa parte ribaltati: la legge, in quanto atto solenne, è divenuta una componente fondamentale della politica redistributiva della ricchezza, di sostegno dei soggetti deboli e di presa in cura di situazioni particolari. Altrimenti detto, la legge è stata sempre più utilizzata per disciplinare *casi concreti* e/o per disegnare i contorni dello *status* (di favore) per categorie di soggetti determinati.<sup>52</sup> La legge non si è più distinta dagli altri atti normativi (e, più in generale, dagli altri

<sup>52</sup> Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, 44 ss.

atti dei pubblici poteri) per i suoi contenuti, ma (tenenzialmente) soltanto per la sua collocazione nel sistema delle fonti: caduta la barriera ideologica tramandata dalla rivoluzione francese, anche la legge ha dato veste giuridica a provvedimenti concreti, talvolta non altrimenti distinguibili dai provvedimenti amministrativi se non avendo riguardo alla veste giuridica che all'atto di imperio veniva attribuita.<sup>53</sup>

Più di recente, a contribuire alla ulteriore perdita dei caratteri di generalità ed astrattezza è soprattutto il progresso tecnico-scientifico e tecnologico, che ha imposto una tecnicizzazione (anche) del diritto, dalla quale la legge non è rimasta immune (né poteva restarlo). Praticamente qualunque aspetto della vita associata ha richiesto una regolamentazione dettagliata, volta a chiarire i confini entro cui la tecnica doveva essere limitata e le modalità che si reputavano idonee a bilanciare le ragioni del progresso con quelle imposte dal rispetto di principi fondamentali, quali, ad esempio, quello della centralità della persona e quello della tutela dell'ambiente, e via discorrendo. Si è trattato, e si tratta, di bilanciamenti che solo occasionalmente possono essere operati in generale, richiedendosi per solito un'accurata ricostruzione dei singoli casi da disciplinare, e – quindi – una modalità di disciplina sempre meno ispirata al principio di ripetibilità (*ergo*, all'astrattezza).

A questo processo di svuotamento dei caratteri di generalità ed astrattezza non è rimasta estranea l'integrazione comunitaria. Le dinamiche in essa innescatesi

<sup>53</sup> In ordine alle c.d. "leggi-provvedimento", il riferimento classico è a C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968.

hanno anzi avuto un rilievo marcato nel senso di accelerare la corruzione dell'ideale illuministico della legge.

Ciò si è verificato, innanzi tutto, per il fatto stesso di concepire la legge (in ossequio al principio del primato del diritto comunitario) alla stregua di un atto subordinato, chiamato a dare attuazione ad atti comunitari che fossero privi di effetti diretti.<sup>54</sup> Così (ri)collocata la legge, gli atti comunitari che sono andati a condizionarla sono divenuti il metro attraverso cui calibrare i caratteri della fonte nazionale. Ed il metro presenta una indulgenza tutt'altro che episodica su aspetti eminentemente tecnici connessi alla materia disciplinata, contribuendo, a cascata, alla tecnicizzazione delle fonti interne (tra cui, evidentemente, anche la legge) di recepimento.

Ancor più significativo è stato, forse, l'approccio che in sede comunitaria si è avuto nei confronti dell'attività di produzione normativa. Al riguardo, deve segnalarsi come, ai termini dell'art. 253 del Trattato Ce, tutti gli atti normativi "sono motivati e fanno riferimento alle proposte o ai pareri obbligatoriamente richiesti in esecuzione del presente trattato".<sup>55</sup> In effetti, l'imporre una motivazione anche agli atti normativi, e (quindi) anche a quelli che si pongono in posizione di superiorità gerarchica rispetto alle leggi nazionali, rompe con la tradizione diffusa in diversi paesi europei (tra cui l'Italia), che vuole la legge atto non motivato perché esercizio dell'attività politica nel senso più alto, tale quindi da distinguersi rispetto all'attività variamente riconducibile

<sup>54</sup> Sul tema, è d'uopo operare un rinvio a quanto esposto *supra*, par. 2.2.3.

<sup>55</sup> Analogamente dispone l'art. I-38, par. 2, del Trattato-Costituzione.

a quella amministrativa, per la quale la motivazione è funzionale alla verifica in merito alla sussistenza di un eventuale eccesso di potere; eccesso di potere che non è configurabile – se non entro limiti assai circoscritti – con riferimento all'operato del legislatore.<sup>56</sup> Le fonti comunitarie, dunque, intervengono a confondere uno dei criteri più tipici di distinzione tra legislazione ed amministrazione, inevitabilmente contribuendo alla "provvedimentalizzazione" delle leggi. Una "provvedimentalizzazione" che non si apprezza per i contenuti (*rectius*, che si apprezza a prescindere dai contenuti), essendo avvertibile già nella forma dell'atto, a testimonianza dell'avvenuto recepimento di una concezione assai lontana da quella tramandataci dalla rivoluzione francese.

#### LA CRISI DELLA LEGGE COME CRISI DELLA LEGGE IN GENERALE

Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente possono essere riprese e collocate in una prospettiva ancor più ampia, onde argomentare l'esistenza di una crisi della legge declinabile come crisi della legge in generale.

<sup>56</sup> Vale a dire nei limiti in cui si dimostri l'irragionevolezza dell'esercizio dell'ampia discrezionalità insita nell'opera legislativa. Sul controllo di ragionevolezza operato dalla Corte costituzionale, v. G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

#### 1. La deregulation

Il Novecento ha visto un accrescimento sensibile del coefficiente di complessità delle società occidentali, dovuto a molteplici fattori, tra i quali certo un posto di primo piano è occupato dal progresso tecnico e scientifico, oltre che dal riconoscimento della peculiarità di tutta una serie di gruppi, individuati su base economica, linguistica, etnica, etc., riconoscimento che ha imposto una considerazione specifica (anche a livello normativo) per ciascuno di essi.

La crescente difficoltà di governare i fenomeni sociali ha lentamente erosò la fiducia nelle potestà regolative del diritto politico, che ha lasciato sempre più spazio all'opera del giudice, istituzionalmente più capace di operare un bilanciamento per il caso concreto che possa assicurare una più generale soddisfazione in situazioni nelle quali si fronteggiano –magari contrapponendosi– esigenze parimenti meritevoli di protezione.<sup>57</sup>

Per quanto attiene all'oggetto di queste pagine, di maggior interesse appaiono però le considerazioni da svolgersi avendo precipuamente riguardo al piano economico. A partire dagli anni ottanta, infatti, la complessità e le implicazioni, di più ardua gestione, dei fenomeni economici ha condotto ad un approccio nuovo rispetto al passato. L'espansione dell'azione dei pubblici poteri che aveva contrassegnato la nascita e l'evoluzione dello Stato sociale ha lasciato progressivamente spazio –dapprima in alcuni ordinamenti (gli Usa ed il Regno Unito, *in primis*), secondo una tendenza che si è

<sup>57</sup> In tal senso, v., in particolare, G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., *passim*.

però generalizzata – ad un ripiegamento proporzionale alla riespansione della auto-regolamentazione da parte dei soggetti privati.

Questa rivisitazione dell'intervento pubblico, che è stata riassunta nel termine *deregulation*, di ispirazione neo-liberista (e, in parte, neo-liberale), non poteva non avere effetti sulla portata e sul significato della legge. Astrattamente, si sarebbe potuto pensare ad un ritorno di essa ai modelli originari di generalità ed astrattezza; di fatto, la *deregulation* è stata sovente declinata più che altro come "fuga" dalla regolamentazione, e quindi anche dalla legge, con il risultato di produrre una contrazione del suo utilizzo e, soprattutto, di sollevare dubbi in ordine alla sua efficacia nel regolamentare un numero sempre più cospicuo di fenomeni e di rapporti.

Queste dinamiche sono state fortemente incentivate da processi di matrice sovranazionale. Il richiamo alla globalizzazione appare scontato: al riguardo, non può che farsi rinvio a quanto in precedenza esposto.<sup>58</sup> In questa sede, semmai, conviene soffermarsi sul contributo che alla *deregulation* ha offerto il processo di integrazione comunitaria, un contributo assolutamente fondamentale, se è vero che la partecipazione dell'Italia alle Comunità ed all'Unione europee è stato all'origine di una profonda rivisitazione della c.d. "costituzione economica".<sup>59</sup>

<sup>58</sup> V. supra, par. 2.1.

<sup>59</sup> Sul tema, v., in una prospettiva generale, L. Cassetti, *La cultura del mercato fra interpretazione della Costituzione e principi comunitari*, Torino, Giappichelli, 1997; S. Casse, *La nuova costituzione economica*, 4a. ed., Roma-Bari, Laterza, 2004.

L'assetto dei rapporti tra le istituzioni ed il mondo economico era stato concepito, dai Costituenti del 1947, nella prospettiva di un massiccio intervento pubblico: uno Stato sociale a tutti gli effetti, chiamato a correggere in maniera energica le (inevitabili) distorsioni di ordine sociale che l'economia capitalistica di mercato portava con sé. In quest'ottica, si era elaborato il doppio binario pubblico/privato nel quale si calava l'iniziativa economica (art. 41) e la proprietà (art. 42). Ed in quest'ottica il titolo della Costituzione relativo ai "Rapporti economici" (articoli 35-47) era stato costellato di riserve di legge e, in generale, di riferimenti all'azione necessaria dei pubblici poteri.

Dato questo quadro costituzionale, lo Stato italiano è divenuto un attore di primo piano nell'economia nazionale, mantenendo in mano pubblica tutta una serie di attività economiche che avessero una particolare rilevanza sociale (si è fatto cenno, in precedenza, alla nazionalizzazione dell'energia elettrica, ma analogo discorso potrebbe farsi per molte altre tipologie di attività, come ad esempio la telefonia ed il servizio postale), ma non solo: molte imprese private in crisi, operanti anche in settori "normali", sono state rilevate dallo Stato o sono state dallo Stato "partecipate",<sup>60</sup> in esse, cioè, al capitale privato si è affiancata una partecipazione di capitale pubblico (non a caso, sino a non molti anni fa, esisteva il Ministero delle partecipazioni statali).<sup>61</sup>

<sup>60</sup> In epoca fascista, a questo scopo, venne fondato – nel 1933 – l'Iri (Istituto per la ricostruzione industriale), che ha assicurato allo Stato, anche nel periodo repubblicano, una parte cospicua dell'industria pesante italiana.

<sup>61</sup> Il ministero fu istituito nel 1956; ad esso furono devoluti tutti i compiti e le attribuzioni prima spettanti in questo campo ad altri ministeri e organi

Sempre nell'ottica di una economia di mercato temperata, si è dato luogo ad una programmazione economica di Stato, con la quale lo sviluppo del mercato veniva in certa misura "guidato", senza tuttavia essere per questo rigidamente vincolato nel suo divenire, come era invece il caso dell'economia pianificata di stampo sovietico.<sup>62</sup>

Nella logica dei trattati istitutivi delle Comunità europee e, poi, dell'Unione europea, l'intervento pubblico nell'economia, di contro, veniva circoscritto, privilegiandosi –in maniera sempre più chiara nel corso dei decenni– la dimensione dell'autonomia dei privati. Alla luce di questa impostazione, il principio cardine su cui impostare lo sviluppo economico era la concorrenza, di talché le molte sfere ad essa sottratte in favore di monopoli o monopsoni pubblici, o anche di posizioni dominanti (sia private che pubbliche), dovevano essere ridotte, se non smantellate.

È dunque sulla scia dei vincoli imposti dalla partecipazione all'integrazione comunitaria che l'Italia ha dovuto rivedere l'assetto del mercato interno, dando forte impulso a privatizzazioni e liberalizzazioni.

Appare chiaro che, una volta circoscritto il peso della dimensione pubblica all'interno del mercato, anche gli strumenti tradizionalmente in mano ai pubblici poteri

governativi. Fatto oggetto di pesanti critiche per il suo cattivo funzionamento negli anni settanta e ottanta, quindi svuotato di competenze dal governo Amato (1992-1993), il ministero fu soppresso a seguito del referendum abrogativo del 15 aprile 1993.

<sup>62</sup> L'attività di programmazione venne fortemente incentivata negli anni sessanta, attraverso il potenziamento del Ministero del bilancio e della programmazione economica (legge 27 febbraio 1967, n. 48).

–e la legge, evidentemente, tra questi– hanno ceduto il passo a nuove forme di regolamentazione dei rapporti tra gli operatori. La *deregulation* è stata, in ultima analisi, il corollario, a livello normativo, di un processo più generale di contrazione dell'influenza dello Stato sui singoli aspetti della vita economica (e sociale), che l'integrazione europea ha accompagnato e sovente stimolato.

## 2. La "legge europea"

Se la crisi della legge, nelle sue diverse forme, ha molti punti di contatto con il processo di integrazione comunitaria, non sembra del tutto casuale che, ad oggi, le Comunità e l'Unione europee abbiano anche simbolicamente manifestato un "rifiuto" della nozione: di "legge", infatti, non si parla mai nei trattati. Le ragioni di questa omissione stanno principalmente nella difficoltà di inserire una nozione tanto carica di storia da essere eccessivamente "impegnativa": non può dimenticarsi che l'integrazione europea ha proceduto costantemente attraverso la politica dei "piccoli passi", privilegiando un approccio funzionalista ad uno che, nel porre *ab initio* le Comunità come soggetto alternativo agli Stati, avrebbe certamente creato maggiori resistenze, a livello nazionale, a trasferimenti di sovranità che, solo con il tempo, sono diventati cospicui.

Fatta questa premessa, non può non attirare l'attenzione una tra le novità più significative del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, testo peraltro di difficile qualificazione e, soprattutto, dall'incerto futu-

ro, giacché, successivamente alla sua approvazione in sede comunitaria, il processo di ratifica da parte degli Stati membri è stato bruscamente interrotto dall'esito negativo dei *referendum* in Francia ed in Olanda (rispettivamente il 29 maggio ed il 1° giugno 2005), a seguito dei quali si è aperta una crisi (anche di prospettive) che allo stato è lunghi dal potersi definire chiusa.

Prescindendo da queste vicende, ciò che rileva, anche su un piano di puro esercizio teorico, è l'avvenuta introduzione, nel diritto primario comunitario, delle nozioni di "legge europea" e di "legge quadro europea", entrambe collocate dal Trattato-Costituzione tra gli atti giuridici dell'Unione (art. I-33, par. 1). È da sottolineare come la nozione di legge venga introdotta unitamente ad altre tipiche del diritto costituzionale (si pensi, ad esempio, all'enfasi che viene posta, all'art. I-46, sulla rappresentanza politica), quasi a voler suggerire un avvicinamento alla dimensione federale dell'Unione europea ed un correlativo allontanamento dalla prospettiva internazionalistica nella quale – pur con crescenti difficoltà ed ambiguità – il processo di integrazione europea si è sinora mosso.

Ora, per operare una valutazione circa l'impatto della novità sul tema preso in considerazione in queste pagine è necessario preliminarmente svolgere una analisi relativa a quale sia il reale concetto che soggiace alle espressioni utilizzate: in altri termini, la questione che si pone è se l'aggettivo "europea" valga a dare al termine "legge" un significato diverso rispetto a quello ereditato dalla rivoluzione francese ovvero se la "legge europea"

possia essere considerata alla stregua di un sottoinsieme all'interno della categoria generale di "legge".<sup>63</sup>

Come si vedrà, è solo a prezzo di alcune – nient'affatto trascurabili – forzature che è possibile inquadrare la legge europea nella nozione di legge,<sup>64</sup> ciò che, in definitiva (e per anticipare le conclusioni cui si perverrà), pare che possa aggravare la crisi della legge, piuttosto che far intravedere un suo recupero di importanza, sia pure in una dimensione diversa rispetto a quella tradizionale.

Per dar conto di questa conclusione, è opportuno distinguere tra un punto di vista soggettivo, riguardante gli organi che della legge (e della legge quadro) europea sono gli autori ( $\alpha$ ), e un punto di vista oggettivo, o materiale, concernente i contenuti della legge ( $\beta$ ).

a) L'influenza del pensiero di J. J. Rousseau, come rivisitato ad opera dei *révolutionnaires*, ha imposto una stretta identificazione tra l'atto-legge e l'organo che ne è l'autore, e cioè il Parlamento, rappresentante diretto del

<sup>63</sup> Sul tema, per una ricostruzione tesa a contestualizzare la "legge europea" nell'ambito della tradizione culturale europea continentale, v. F. Bilancia, *Considerazioni critiche sul concetto di "legge europea"*, in *Scritti in ricordo di Giovanni Motzo*, Napoli, Esi, 2004 (nonché in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)).

<sup>64</sup> Una siffatta posizione è già stata espressa in P. Passaglia, *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in S. Panizza – R. Romboli (a cura di), *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, 2a. ed., Pisa, Plus, 2004, 319 ss. Diverso è, invece, l'approccio di L. Azzena, *Le fonti primarie*, in P. Bianchi – E. Catelani – E. Rossi (a cura di), *Le "nuove" fonti comunitarie*, Padova, CEDAM, 2005, 112, la quale, nell'enfatizzare l'"afflato costituzionale" che caratterizza l'introduzione della nozione di "legge" nel diritto comunitario, tende a sminuire la distanza rispetto alle concezioni invalse a livello nazionale, evidenziando come "la legge europea non sarà rispondente ai canoni tradizionali del concetto di legge, ma neanche la legge italiana lo è più".

popolo cui la legge, in quanto espressione della volontà generale, è da riferirsi.

Ora, se è vero che, da un punto di vista soggettivo, il concetto di legge postula una deliberazione da parte dei rappresentanti del popolo, è però anche vero che questa identificazione tra la legge ed i rappresentanti del popolo è una identificazione, peraltro, soltanto tendenziale, dato che nella maggior parte delle costituzioni contemporanee è agevole constatare che, quando si è in presenza di un parlamento bicamerale, la regola vuole che le due camere non traggano la loro legittimazione dalla medesima fonte, e dunque solo una camera sia espressione diretta del popolo.<sup>65</sup> La legge prodotta da un parlamento bicamerale non è, allora, l'espressione dei rappresentanti del popolo, ma l'espressione della sintesi di due volontà, più o meno differenziate. Ciò che resta però indefettibile affinché l'idea rousseauiana di legge non venga stravolta è che, in seno ad un parlamento bicamerale, la camera bassa, diretta emanazione del popolo, mantenga un certo primato, nel procedimento legislativo, rispetto alla camera alta o, quanto meno, che non si verifichi una situazione di inferiorità: la camera bassa deve avere, come minimo, un diritto di voto assoluto. Altrimenti detto, nei parlamenti bicamerali, la decisione legislativa è (deve essere) il risultato della volontà dei rappresentanti del popolo: questa volontà può essere la sola a manifestarsi (è il caso, ad esempio, dell'ordinamento costituzionale italiano, in cui le due camere sono entrambe elette a suffragio universale di-

<sup>65</sup> Il caso del Regno Unito è emblematico, ma di maggior rilievo, anche a fini statistici, è quello degli Stati federali, nei quali la seconda camera è espressione delle entità federate e non del popolo della federazione.

retto, ma è anche il caso – in altri ordinamenti – di leggi adottate da una sola delle assemblee rappresentative) o può concorrere con altre (si pensi ai senati eletti a suffragio indiretto), su un piano di parità o in una posizione di supremazia, ma comunque mai in posizione di subalternità.

La considerazione di questo adattamento necessario – ma anche dei limiti di questo adattamento – della teoria rousseauiana alle esperienze costituzionali contemporanee appare imprescindibile allorché si vada ad esaminare l'aspetto soggettivo della legge europea.

Le problematiche contro cui ci si imbatte sono, innanzitutto, di ordine terminologico. Da oltre duecento anni, come si è rilevato, la legge è concepita come espressione del Parlamento. Nel caso dell'Unione europea, il Parlamento è soltanto *uno degli autori* della legge: l'art. I-20, par. 1, primo periodo, non potrebbe essere più chiaro, allorché stabilisce che "il Parlamento europeo esercita, congiuntamente al Consiglio, la funzione legislativa e la funzione di bilancio".<sup>66</sup> La legge europea è, quindi, il prodotto, non già del Parlamento (o di uno dei suoi componenti), bensì del Parlamento e del Consiglio (dei ministri).

Per quanto importante possa essere, la terminologia non sembra però di per sé sufficiente ad escludere in radice ogni sussumibilità della *species* "legge europea" nel *genus* "legge": superando le difficoltà nominalistiche, infatti, può ipotizzarsi che il Consiglio dei ministri si configuri almeno in parte (*id est*, nell'esercizio di una

<sup>66</sup> Analogamente (e corrispondentemente), l'art. I-23, par. 1, primo periodo, prevede che "il Consiglio esercita, congiuntamente al Parlamento europeo, la funzione legislativa e la funzione di bilancio".

parte delle sue funzioni) come una sorta di camera alta, rappresentativa delle entità territoriali minori rispetto all'Unione europea.<sup>67</sup>

L'accostamento tra il Consiglio dei ministri ed una camera alta federale è – non può non essere riconosciuto *in limine* – piuttosto audace, specie se si faccia riferimento alle seconde camere strutturate sul modello del Senato statunitense. Se, però, si volge lo sguardo verso un altro modello, quale è quello del *Bundesrat* tedesco, allora qualche margine di consonanza è ben possibile che sia colto: è sufficiente, al riguardo, tenere in considerazione la composizione di questa camera per dedurne, almeno, una certa similitudine con il Consiglio dei ministri, basata sulla circostanza che entrambi questi organi rappresentano il potere esecutivo degli enti territoriali minori e, dunque, in entrambi gli interessi degli Stati (o dei *Länder*) sono protetti dai rappresentanti che traggono la loro legittimazione da un atto di investitura interno al circuito “potere legislativo – fiducia – potere esecutivo” (*scil.*, nell’ambito dei singoli stati o dei singoli *Länder*).

Il funzionamento dell’Unione europea, fondato sulla democrazia rappresentativa (art. I-46, par. 1), non può prescindere, del resto, dallo schema in base al quale, per un verso, “i cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell’Unione, nel Parlamento europeo” e, per l’altro, “gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio

<sup>67</sup> Per una più compiuta analisi di questa duplicità di ruoli che il Consiglio dei ministri può svolgere, sia consentito rinviare a P. Passaglia, *Suggestion to Find a “Parliament” within the Institutional Organization of the EU*, in J. Luther – P. Passaglia – R. Tarchi (edited by), *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1085 ss. (spec. 1157 ss.).

europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini” (art. I-46, par. 2).

L'affermazione di una prossimità con la struttura parlamentare tedesca non pare, dunque, un fuor d'opera, pur restano differenze notevoli, tra le quali è da notare, ad esempio, la presenza in sede comunitaria di due Consigli, vale a dire il Consiglio dei ministri ed il Consiglio europeo, quest’ultimo chiamato – ai termini dell’art. I-21, par. 1 – a dare “all’Unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e [a] definirne gli orientamenti e le priorità politiche generali”,<sup>68</sup> ma necessariamente estraneo al procedimento legislativo, essendo esplicitamente previsto che “non esercita funzioni legislative”.

Ciò detto, un altro – forse decisivo – problema si pone. Quando si parla di “legge europea” o di “legge quadro europea”, si fa riferimento ad atti che vengono adottati seguendo varie procedure, connotate da tipologie assai diversificate di intervento da parte del Parlamento e del Consiglio dei ministri.

i) La prima categoria di leggi (o di leggi quadro) è quella che potremmo definire “ordinaria”, per il fatto che il loro procedimento di approvazione è quello che deve essere seguito ogni qual volta il Trattato-Costituzione non ne menziona un altro. Le coordinate essenziali di questa procedura sono fornite dall’art. I-34, par. 1: “Le leggi e leggi quadro europee sono adottate con-

<sup>68</sup> Nel medesimo senso, v. anche l’art. 4, primo comma, del Trattato sull’Unione europea, secondo cui “il Consiglio europeo dà all’Unione l’impulso necessario al suo sviluppo e ne definisce gli orientamenti politici generali”.

giuntamente dal Parlamento europeo e dal Consiglio su proposta della Commissione, secondo la procedura legislativa ordinaria prevista all'articolo III-396. Se le due istituzioni non raggiungono un accordo, l'atto non è adottato".

Le modalità che presiedono alla "adozione congiunta" –sulla scorta dell'art. III-396– sono caratterizzate da una *navette* legislativa tra il Parlamento ed il Consiglio, che deve terminarsi con l'approvazione di un testo di legge identico, in difetto del quale – al termine della seconda lettura – il presidente del Consiglio, "d'intesa con il presidente del Parlamento europeo", convoca entro sei settimane il comitato di conciliazione (par. 8, lettera b), "che riunisce i membri del Consiglio o i loro rappresentanti ed altrettanti membri rappresentanti il Parlamento europeo" e che "ha il compito di giungere ad un accordo su un progetto comune a maggioranza qualificata dei membri del Consiglio o dei loro rappresentanti e a maggioranza dei membri rappresentanti il Parlamento europeo entro un termine di sei settimane dalla convocazione, basandosi sulle posizioni del Parlamento europeo e del Consiglio in seconda lettura" (par. 10).

Se il comitato di conciliazione giunge a redigere un progetto comune, le due assemblee sono convocate in terza lettura al fine di approvare il progetto (par. 13).

Questa procedura, qui esposta nelle sue linee generalissime, ben può assimilarsi al procedimento di approvazione delle leggi nazionali in un parlamento bicamerale: vi si ritrova la *navette* –elemento pressoché indefettibile della procedura legislativa– e vi si ritrova la conciliazione, che è presente in molti sistemi (ma non in quello italiano), anche se sotto forme diverse. Inoltre,

la parità tra le due assemblee dimostra ulteriormente la sussumibilità della legge europea "ordinaria" nel *genus* legge, malgrado non si riscontri quello che è un carattere generalmente – pur se non invariabilmente – presente, vale a dire la prevalenza della volontà espressa in seno alla camera bassa rispetto a quella di cui sia latrice la camera alta.

ii) La superiorità della camera bassa è peraltro espressamente sancita con riguardo alle c.d. "leggi del Parlamento europeo", a proposito delle quali a deliberare è proprio il Parlamento, previa approvazione del Consiglio dei ministri: l'avere l'ultima parola assicura, in questo caso, alla "camera bassa comunitaria" una superiorità che si conforma pienamente all'idea di legge che ci proviene dalla tradizione.

Non può, tuttavia, non rilevarsi che questa categoria di leggi è assai esigua sul piano numerico, e soprattutto riguarda ambiti materiali che si collegano strettamente all'attività parlamentare, come il potere di inchiesta e lo *status* dei parlamentari, nonché – ma qui il legame è meno immediato – lo *status* del mediatore europeo.

iii) Il vero scoglio che si incontra nell'esercizio di assimilazione della legge europea alla nozione tradizionale di legge è comunque dato dall'esistenza di leggi e di leggi quadro "del Consiglio", cioè di leggi che sono emanazione diretta del Consiglio dei ministri, e per le quali il Parlamento europeo ha, a seconda dei casi, il potere di approvazione preventiva, ovvero soltanto una funzione consultiva (rendendo pareri che sono, sì, obbligatori, ma che non sono vincolanti). Alcune leggi, poi, sono adottate dal Consiglio senza neppure che il Parlamento si sia

pronunciato, rendendosi necessaria l'approvazione da parte degli Stati membri dell'Unione.

Questa categoria complessa di leggi europee si allontana in maniera sensibile –forse, troppo sensibile– dallo schema concettuale in cui si è soliti muoversi. L'assemblea eletta direttamente dal popolo non ha qui una funzione almeno paritaria rispetto all'altra, ma è relegata ad un ruolo ancillare, ciò che contrasta in maniera inequivocabile con la tradizionale nozione di legge di matrice rousseauiana. L'opera di sussunzione, dunque, diviene assai ardua, potendo essere compiuta, probabilmente, soltanto a costo di snaturare il concetto stesso di legge.

β) Se il punto di vista soggettivo fa emergere perplessità di non poco momento, anche l'aspetto oggettivo pare condurre a vanificare il tentativo di assimilazione tra la legge europea e la legge nel senso classico del termine.

*Prima facie, parrebbe, peraltro, di poter cogliere un significativo punto di contatto tra la legge europea e la legge "tradizionale" nell'esplicita attribuzione alla prima del carattere della "generalità": l'art. I-33, par. 1, secondo comma, primo periodo, evidenzia, infatti, che "la legge europea [ma non anche la legge quadro] è un atto legislativo di portata generale".*

L'affermazione, che potrebbe suggerire una contiguità con il principio espresso dall'art. 6 della Déclaration del 1789, si pone in realtà in stretta linea di continuità con quanto già previsto in sede comunitaria, ma con riferimento ad altro atto giuridico. A ben vedere, anzi, può cogliersi un parallelismo pressoché perfetto tra l'art. I-33 del Trattato-Costituzione e l'art. 249 del Trattato che istituisce la Comunità europea. In particolare, dalla lettura delle definizioni di legge europea e di

legge quadro europea emerge incontestabilmente che tali atti sono stati concepiti sul modello (verrebbe da dire, "utilizzando il calco"), rispettivamente, dei regolamenti comunitari e delle direttive, ad essi, di fatto, sostituendosi. La definizione di legge europea, come atto "di portata generale", obbligatorio "in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri" (art. I-33, par. 1, secondo comma), è la definizione elaborata per i regolamenti comunitari (che nel Trattato-costituzione assumono un ruolo ed una collocazione diversa rispetto al passato). Parimenti, la definizione di legge quadro europea, come "atto legislativo che vincola tutti gli Stati membri destinatari per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salvo restando la competenza degli organi nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi" (art. I-33, par. 1, terzo comma), è nella sostanza la definizione a suo tempo elaborata per le direttive (atti che, nel nuovo sistema, scompaiono).<sup>69</sup>

Si è, dunque, ben lungi dal poter intuire una sussumibilità della legge europea nella nozione classica di legge utilizzando all'uopo il carattere della generalità, peraltro neppure previsto per le leggi quadro europee, e di contro previsto per un atto non legislativo, quale il regolamento, dall'art. I-33, par.

<sup>69</sup> Enfatizza questo parallelismo A. Celotto, *La "legge" europea e il nuovo sistema delle fonti nel Progetto di Costituzione europea*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2004, 512, il quale, dopo aver affermato che "vedere [...] utilizzato [...] un termine dal forte connotato evocativo come "legge" può far pensare che [abbia] finalmente trovato cittadinanza nel sistema comunitario la fonte del diritto per antonomasia dei sistemi democratici, la classicissima espressione della volontà generale, volendo parafrasare Carré de Malberg", è poi spinto a dover constatare che "non basta un *nomen juris* per trasformare un sistema", poiché "che la legge europea e la legge quadro europea assomiglino ben poco ai relativi concetti che siamo abituati a maneggiare nel diritto nazionale lo si intende dal semplice confronto" tra il testo del Trattato-Costituzione e l'art. 249 del Trattato C.E.

*1, quarto comma, primo periodo, che parla espressamente di "un atto non legislativo di portata generale".*

L'insieme di questi rilievi pone un interrogativo che, ai presenti fini, deve probabilmente dirsi centrale, e cioè come debba valutarsi, se in termini di "vitalità" o di "crisi" della nozione, l'inserimento della "legge" nella sistematica del Trattato-Costituzione per l'Europa. Come si è anticipato, l'alternativa sembra che debba essere risolta nel secondo senso. In effetti, per quanto possa rintracciarsi l'intento di "omaggiare" la tradizione che vuole la legge come l'atto normativo principale di un sistema (scil., subordinatamente alla costituzione), e per quanto possa cogliersi un collegamento tra il richiamo alla legge e l'edificazione di una struttura istituzionale più solida e maggiormente assimilabile ai modelli statali, non deve essere trascurata la circostanza che il richiamo alla nozione sia puramente nominale, con il che l'omaggio alla tradizione si coniuga con una decisa ridefinizione del concetto. Una ridefinizione che, per il fatto stesso di porre in linea di continuità la legge con il regolamento e la direttiva, si traduce inevitabilmente in un abaissement della legge, giacché essa va ad occupare un ruolo che era stato attribuito ad atti a suo tempo concepiti in maniera tale da evitare di essere troppo impegnativi (almeno nel nome) per le neonate Comunità.

Se anche non si volesse – ma lo si deve – enfatizzare questa circostanza, è innegabile che l'attribuire il nomen "legge" ad atti che sono oggettivamente diversi rispetto alla legge intesa in senso tradizionale ha l'effetto di annebbiare i contorni della nozione, ampliandone i significati ed aumentandone inevitabilmente l'ambiguità. In ultima analisi, il rischio è quello di rendere il nomen una pura etichetta: è questa, forse, la manifestazione più emblematica della crisi che la legge sta at-

traversando, e per la quale non sono ancora state elaborate misure idonee ad arginarla.

Resta da augurarsi che l'evoluzione del processo di integrazione comunitaria verso modelli di tipo federale consenta, al termine della (lunga) transizione, di porre solide basi su cui (ri)edificare la nozione di legge, aggiornando così i caratteri che ci sono stati trasmessi dal passato senza snaturarne l'essenza.

NORMAS Y PRINCIPIOS.  
HACIA UN MEJOR CONOCIMIENTO  
DEL DERECHO

RODOLFO VIDAL GÓMEZ ALCALÁ

"El jurista, a diferencia del leguleyo, no puede darse por satisfecho con lo que en la ley está escrito, sino que debe además investigar su fundamento intrínseco. No basta con conocer las normas particulares; es necesario penetrar en el espíritu que las anima, el cual tiene sus primeras raíces en nuestro propio espíritu. La particularidad de las leyes remite a la universalidad del derecho; y el pensamiento del universal es filosofía. Jurisprudencia y filosofía no pueden, pues, marchar separadas..." .

(Giorgio del Vecchio,  
*Los principios generales del derecho*).

"Aquí debo, por tanto, salir de lo positivo para volver a entrar en lo positivo".

(Feuerbach: "Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft").

### I. El "PARADIGMA" COMO CRITERIO DE MODIFICACIÓN DE LAS CONCEPCIONES CIENTÍFICAS

De acuerdo con Thomas S. Kuhn,<sup>1</sup> la mejor manera de entender los movimientos y transformaciones radicales de las teorías científicas y nuestra percepción acerca del mundo, es mediante lo que él denomina "*paradigma*",<sup>2</sup> término que si bien no aclara de manera satisfactoria, sí nos puede servir para explicar el cambio fundamental que ha operado en el derecho en los últimos sesenta años, mediante sucesos históricos concretos, que propiciaron la aparición de nuevas teorías, y que en conjunto, alteraron no solamente la naturaleza de nuestro objeto de estudio, sino además, la forma en que los juristas lo contemplan.

De acuerdo con su hipótesis, existe la llamada "*ciencia normal*", la cual no es otra cosa, que el nivel de la investigación teórica, elaborada con base en uno o más logros científicos aceptados por la comunidad y que constituyen el fundamento de su posterior producción. La misma va acompañada de una serie de libros característicos o "*clásicos*", que sirven en primer lugar, para definir y delimitar los auténticos problemas científicos,

<sup>1</sup> Thomas S. Kuhn, "*La estructura de las revoluciones científicas*" (trad. Carlos Solís Santos, de la 2a. ed. en inglés de 1970), Fondo de Cultura Económica, México, 2004. También nos apoyaremos en la somera explicación que de esta concepción hace el Dr. Ruy Pérez Tamayo: *¿Existe el método científico? Historia y realidad*, El Colegio Nacional y Fondo de Cultura Económica, 3a. ed., México, 2004, pp. 232 y ss. De hecho, el término "*paradigma*", de origen griego y propio del arte retórico, se ha utilizado por los tratadistas, para enfatizar el cambio radical en la teoría del derecho. Es indudable la influencia de Kuhn en este uso, lo que también contribuyó a ello, el resurgimiento de las prácticas retóricas en el método jurídico.

<sup>2</sup> *Ibidem*, pp. 57 y ss.

dándoles explicaciones más o menos convincentes y por el otro, para mostrar a los investigadores, los objetivos y las tareas que deben producirse en el futuro.<sup>3</sup> Por supuesto, esto trae como consecuencia, la adopción de un sinnúmero de partidarios que asumen y reconocen dichas posturas y las defiendan frente a otras clases de explicaciones.

El desarrollo que se realice para complementar el conocimiento adquirido, debe ser coherente con las premisas en las que se apoya, lo que da mayor sustento a ese conocimiento y permite no sólo su divulgación, sino también su complemento y perfeccionamiento. Este estado de la ciencia implica, por supuesto, una teoría más o menos consistente y difundida ampliamente dentro de la comunidad, así como un método propio que ayude a contemplar y explicar de una manera peculiar el objeto de estudio.

Resulta evidente que durante la historia de esa concepción de ciencia, se acumulen resultados o explicaciones compatibles con el paradigma que los sustenta, pero también es factible y de hecho así sucede, que se vayan produciendo otro tipo de respuestas o informaciones que no son consistentes con las explicaciones en boga, ni con la teoría producida, o que genere insatisfacción en los resultados obtenidos, por lo que se producen anomalías en el conjunto de conocimientos logrados.

No es sino cuando se alcanza un nivel alto de esas anomalías y éstas se acumulan en forma progresiva, lo que vuelve intolerable el seguir manteniendo las ideas torales de las que surgió esa ciencia, por lo que se produ-

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 37.

ce una radical transformación y con ello, se crea un nuevo "paradigma", sobre el cual se elaborarán las nuevas explicaciones para volver a producir la llamada "*ciencia normal*". A este cambio Kuhn lo denomina "*revolución científica*".<sup>4</sup>

Es la "*revolución científica*" la que nos permite explicar y predecir de cierta manera, el conocimiento futuro y su distinción tajante y oposición con el modelo de conocimiento anterior. Por supuesto, el paradigma que lo encierra se sigue desarrollando hasta que se ve sustituido a su vez por otro, que da razón de la modificación posterior de la ciencia en donde se aplica. El nuevo paradigma por supuesto, nace de las lagunas y explicaciones insatisfactorias que deja el anterior, de tal forma que surge como una mejor explicación del anterior y en aras de atender los aspectos descuidados por él.

Es posible que el mérito principal de esta forma de contemplar la labor de los científicos, consista en la explicación de lo que constituye un progreso en la ciencia. Sólo podemos aprehender satisfactoriamente la aparición de las teorías y sus finalidades, cuando tenemos presente la clase de problemas y explicaciones insatisfactorias que no pudieron resolver las hipótesis anteriores. Esto es, la ciencia, como nos recuerda Kuhn, no puede separarse de la historia en la que surge, ni de los intereses de los hombres que la elaboran. No obstante esto y en forma sorprendente, este autor señala que en el resultado de esa trayectoria, encontramos las notas de relativismo e irracionalidad, que nos impiden verlos como una superación efectiva, definitiva y lineal

de los conocimientos adquiridos,<sup>5</sup> es decir, como un progreso real, como en contraposición lo plantea Karl Popper, mediante el método del "*ensayo y error*" y las "*hipótesis falseables*".<sup>6</sup>

Sin pretender afirmar que el modelo hipotético de conocimiento científico propuesto por Kuhn, sea correcto o comprobado, pero sobre todo, aplicable a las ciencias sociales y particularmente al derecho,<sup>7</sup> sí podemos utilizar sus ideas generales, para explicar el cambio de perspectiva, es decir, de "*paradigma*" que se dio en la teoría del derecho, a partir de la segunda mitad del siglo XX, mediante la transformación radical, no únicamente de nuestra percepción de lo que es el fenómeno jurídico, por las insuficiencias, anomalías e insatisfacciones que produjo la entonces "*ciencia jurídica normal*", por medio de sus libros "*clásicos*", sino también, el cambio fundamental que se dio y se está dando.

Dicha modificación no sólo se produjo por cambios políticos, económicos y sociales radicales que se dieron en Occidente, sino también, obedeció a que la teoría jurídica elaborada hasta entonces, no pudo resolver en forma satisfactoria, ni estaba preparada para atender los problemas más importantes que se les presentaban en ese entonces a los juristas, ni pudo responder a sus in-

<sup>5</sup> Como lo expone en el capítulo XIII: "El progreso a través de las revoluciones", pp. 268 y siguientes: "Para ser más exactos, hemos de abandonar la idea implícita o explícita de que los cambios de paradigma llevan a los científicos y a quienes de ellos aprenden cada vez más cerca de la verdad", p. 284.

<sup>6</sup> Al respecto véase: *Conjeturas y refutaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1967.

<sup>7</sup> De hecho el propio Kuhn, con respecto a la idea de progreso, coloca en el mismo nivel a las ciencias exactas y físicas de las llamadas ciencias sociales, véase capítulo XIII, *op. cit.*

\* *Ibidem*, p. 162.

quietudes, ni unir la práctica social con las aspiraciones sociales, políticas o morales, por lo que los fundamentos sobre los cuales se constituyeron sus explicaciones tuvieron que ser sustituidos.

Y es que el derecho, como sucede con las demás ciencias sociales, a diferencia de las restantes ramas del conocimiento, no realiza sus investigaciones con base en elementos o entes externos, perfectamente delimitados y acabados, ajenos al hombre y a sus influencias, sino por el contrario, comparte como objeto de estudio la "*cultura*", misma que no sólo se conforma por manifestaciones externas del individuo, sino también y lo más importante, se ve influido y modificado, por la presencia del propio hombre y de la comunidad en la que se encuentra, por lo que las afectaciones que sufre, repercuten no sólo en el objeto del conocimiento, esto es, la propia "*cultura*", sino además, en las explicaciones que formulamos para su cabal comprensión.

De esta manera, estas teorías, no sólo tienen que contemplar su objeto como fue visto por los anteriores cultivadores de la ciencia, sino además, por las transformaciones que se van produciendo a lo largo de la historia. El objeto del derecho, al estar inserto en la historia y en la "*cultura*", se transforma cuando operan cambios importantes en el entorno humano, por lo que una misión particular de los teóricos del derecho es detectar y difundir cuándo se ha operado el cambio y los resultados que ha producido.

En este sentido, a continuación trataremos de esbozar y explicar someramente cómo se dio el cambio de "*paradigma*" en el derecho en la última mitad del siglo XX y sus consecuencias.

## II. UN PERÍODO RELEVANTE PARA EL DERECHO

El año de 1945 fue importante, no sólo porque se puso fin a la Segunda Guerra Mundial, la conflagración bélica más importante y devastadora ocurrida en la historia moderna, con todos los horrores que trajo consigo, sino también significó para nuestra cultura, el establecimiento permanente de las ideas democráticas y liberales (punto que sólo se cristalizó con el fin de la llamada "*guerra fría*"). Como uno de sus primeros resultados teóricos, los juristas buscaron las respuestas que explicaran y justificaran dichos horrores y el sentido de la guerra, sobre todo, para tomar las medidas necesarias para evitar su repetición.

No tardaron en surgir las voces que señalaban a los "*culpables*" de la guerra y de sus tristes resultados: los teóricos del derecho y su forma reduccionista de contemplar al mismo, quienes no habían permitido frenar a los instigadores de la violencia, ni de los excesos que produjo. Entre ellos, sobresale Gustav Radbruch, quien contundentemente apuntó que la responsable de que Hitler hubiera llegado al poder y de la Guerra Mundial, había sido la teoría positivista imperante en Alemania, la "*ciencia normal*" de la época, la que había dejado no sólo a los abogados, sino a la población en general, sin herramientas conceptuales suficientes para primero percibir los peligros que había detrás de sus postulados y más adelante, para combatirlos cuando se hicieron del poder político e implantaron su programa de acción por medio de normas jurídicas:

"Una orden es una orden, tal cosa vale para los soldados. La ley es la ley, dice el jurista. Mientras que para el soldado

el deber y el derecho cesan de requerir obediencia cuando él sabe que la orden persigue un crimen o una falta, no conoce el jurista, desde que hace unos cien años se extinguieron los últimos iusnaturalistas entre los juristas, ninguna excepción respecto de la validez de la ley y la obediencia de los sometidos a la ley. La ley vale porque ella es ley, y es ley cuando ella, en la generalidad de los casos, tiene el poder de imponerse.

Esta concepción de la ley y su validez (nosotros la llamamos doctrina positivista) ha vuelto tanto a los juristas como a los pueblos indefensos contra leyes, por más arbitrarias, crueles y criminales que ellas sean. Equipara en última instancia el derecho al poder: sólo donde se halla el poder, allí existe el derecho".<sup>8</sup>

Era evidente que los trágicos acontecimientos constituyían una seria llamada de atención hacia el mundo en general, particularmente para los juristas y la ciencia que cultivaban. Resultaba indispensable tratar de evitarlos, no sólo con la creación de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales idóneos, sino era vital transformar nuestra percepción de lo que realmente significaba el derecho. Lo cual sólo podría suceder, con una teoría jurídica consistente, que vinculara las características modernas de la ley, con las firmes convicciones morales de la comunidad. Esto es, era indispensable buscar una vez más, a nivel conceptual, el vínculo entre moralidad y derecho, que la teoría había desecharo, al considerarlo innecesario:

<sup>8</sup> Radbruch, Gustav, "Primera toma de posición luego del desastre de 1945", en *El hombre en el derecho* (trad. Aníbal del Campo), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 121.

"Esto vale para lo futuro. Frente a la arbitrariedad de aquellos doce años pasados, debemos buscar la realización de las exigencias de la justicia con el mínimo de menoscabo de la seguridad jurídica. No a todo juez le sería dable privar de valor a las leyes por su propio puño; esta misión debería ser reservada más bien a un alto tribunal o a la legislación".<sup>9</sup>

En su última obra, el viejo jurista de la Universidad de Heidelberg proponía que a la par de las normas positivas, se tuvieran principios o instituciones de carácter moral que pudieran revisar el contenido de las citadas prescripciones y ayudar a proteger al hombre de una nueva masacre:

"Por donde vemos cómo, a la vuelta de un siglo de positivismo jurídico, resulta aquella idea de un derecho superior a la ley, supralegal, aquel rasero con el que medir las mismas leyes positivas y considerarlas como actos contrarios a derecho, como desafueros bajo forma legal. Hasta qué punto deba atenderse a la justicia cuando ésta exija la nulidad de las normas jurídicas contrarias a ella, y en qué medida debe darse preferencia al postulado de la seguridad jurídica, si ésta impone la validez y el reconocimiento del derecho estatuido, aun a trueque de su injusticia, son problemas que hemos examinado y procurado ya resolver en páginas anteriores. El camino para llegar a la solución de estos problemas va ya implícito en el

<sup>9</sup> Radbruch, Gustav, "Arbitrariedad legal y derecho supralegal", en *El hombre en el derecho*, op. cit., p. 137.

nombre que la Filosofía del derecho ostentaba en las antiguas universidades y que, tras muchos años de desuso, vuelve a resurgir hoy: en el nombre y en el concepto de derecho natural".<sup>10</sup>

Esta posición coincidía con la de otros juristas como Heinrich Rommen y podríamos decir, era la dominante en la doctrina jurídica alemana. Tal visión también fue compartida posteriormente por el mundo entero y de hecho, es la percepción general que tenemos hoy en día, sobre dichos sucesos.

Sin embargo, Ernesto Garzón Valdés nos ha enseñado que si bien al final de la guerra, se atribuyó esa responsabilidad exclusivamente hacia la postura positivista, al ser la explicación científica más aceptada y divulgada entre los juristas, conceptualmente es falsa, porque los teóricos nazis durante su permanencia en el poder, habían descartado expresamente su ejemplo más claro, como lo fue la teoría kelseniana, por evidentemente contraria a sus postulados, al no brindar una adecuada imagen del Estado y sobrevalorar el papel del individuo.

Por otro lado, también los juristas nazis habían utilizado la teoría del derecho natural, para construir y defender las bases de su ideología, dando a entender que la justificación del sistema jurídico que llegaron a imponer, derivaba en una "legalidad natural" basada en el pueblo y en su "derecho no escrito", emanado de

<sup>10</sup> Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho* (trad. Wenceslao Roces), Fondo de Cultura Económica, 6a. reimp. de la 1a. ed. en alemán de 1948, México, 1998, p. 180.

la sangre y de la raza. De cualquier forma, estos abogados habían invocado en sus explicaciones, cuestiones valorativas para corregir o suprimir el derecho legislado y superar los valores individualistas y liberales que se encontraban en ellos.<sup>11</sup> Como lo hacían los teóricos que compartían la teoría del derecho natural, juristas nazis como Karl Larenz, Carl Schmitt, Theodor Maunz, Walter Hamel o Hans Gerber, habían insistido en que el derecho no solamente debía ser reducido al conjunto de leyes, sino además, a otros elementos extranormativos que permitieran un completo conocimiento del "auténtico derecho" que debía aplicarse a la realidad.

Tomando en consideración esta conclusión, no debemos caer en el error de atribuir exclusivamente la culpa del surgimiento y auge del nazismo o del fascismo, a la teoría positivista del derecho, ya que como se ha expuesto, también habría que encontrar las respectivas responsabilidades a las concepciones metafísicas y abstractas que daban las distintas doctrinas iusnaturalistas, así como las posturas decisionistas e irracionalistas tan de moda en los inicios y la primera mitad del siglo XX.

Sin embargo, sí debemos considerar que siendo culpable o no, y después de los desastres de la guerra, el sentir general fue el que las teorías jurídicas predominantes, no sólo la positivista, sino incluso la fundada en el "derecho natural", por su alejamiento de la realidad política en la que se pretendían aplicar, habían sido insatisfactorias no sólo para comprender correctamente

<sup>11</sup> Al respecto véase el prólogo de su obra *Derecho y filosofía* (trad. Carlos de Santiago), 2a. ed., Fontamara, México, 1988, edición tomada de Editorial Alfa, del año 1985, pp. 5 a 41.

el fenómeno jurídico, sino también, por no permitir el combate del surgimiento de las ideas políticas que pusieran en peligro al modelo de ciencia jurídica. Por supuesto, el derecho como tal, tampoco ofrecía una adecuada defensa, ante las múltiples interpretaciones que se le podían dar.

Triste es el caso de Kelsen, que a pesar de ser víctima principal de los efectos del nazismo, tuvo que admitir, que el derecho que se aplicó en Alemania durante la dominación nazi, a pesar de ser un hecho lamentable y aberrante, no podía negarse su realidad, es decir, que había sido efectivamente un derecho vigente y por ello, "válido".<sup>12</sup>

De cualquier manera, debemos considerar esa fecha, como el inicio de un nuevo intento, tanto en la teoría jurídica, como en la legislación, para buscar el que esos lamentables acontecimientos no volvieran a suceder, y sobre todo, el de encontrar nuevos caminos ante los deficientes resultados teóricos y prácticos que habían dejado en los hechos, las teorías positivistas que hoy denominaríamos como "*ciencia normal*".

A partir de ahí, los juristas alemanes intentaron nuevas fórmulas de explicar el fenómeno jurídico, revitalizando las teorías iusnaturalistas, estableciendo nuevos derroteros de conocimiento como la lógica jurídica, las teorías de la tópica, etc., particularmente aquellas en donde se buscaba unir nuevamente el derecho con la moralidad social, que el positivismo se había empeñado en desterrar, en aras de mantener un conocimiento neutral y objetivo.

<sup>12</sup> Citado por Garzón Valdés, *op. cit.*, p. 6.

No cabe duda que el fenómeno de la Guerra Mundial produjo en términos generales un desencanto de la ciencia política y jurídica y de sus resultados teóricos y prácticos, que trajo como consecuencia, la búsqueda de nuevas ideas que explicaran de mejor manera el fenómeno jurídico, vinculando no sólo la idea del derecho, sino además los postulados en los que los hombres consideraban, que debería sustentarse.

El caso de Italia no fue distinto, según lo que he podido estudiar, ya que la llegada del fascismo, no trajo la resistencia de los juristas, ni el sistema de derecho fue obstáculo para ello, como lo señala Luigi Ferrajoli:

"Naturalmente entre los juristas, salvo pocas figuras antifascistas como Silvio Trentin y Francisco Riffini, hubieron formas y grados distintos de desempeño, de adhesión y de compromiso: la toma de distancia de los viejos maestros, como Orlando y Scialoja, que se apartaron en espera de que terminara lo que, al igual que Croce, consideraron un "paréntesis"; la adhesión al régimen de otros que, como Santi Romano, Oreste Ranelletti y Vicenzo Manzini, escogieron trabajar en el mismo porque convergían objetivamente con el estatalismo fascista y porque buscaban salvar lo salvable del principio de legalidad y de los valores de la neutralidad del Estado y de la autonomía del derecho; la aceptación por oportunismo o transformismo, o simple conformismo de la gran mayoría y; por último, el compromiso militante de los juristas del régimen. Pero, más allá de las adhesiones más o menos convencidas, los terrenos de encuentro fueron, por un lado el antiguo método técnico jurídico que había creado una cultura anti-política, burocrática y estatalista y que podía convivir perfectamente con el régimen."

mente con el fascismo y, por el otro, la enorme capacidad del régimen para integrar "técnicos" ...".<sup>13</sup>

Méjico, al igual que los demás países de América, no tuvo un impacto directo e inmediato en sus sistemas normativos, debido a los acontecimientos de la Segunda Guerra Mundial, sino que en la mayoría de los casos, tuvieron que esperar a que los cambios se consolidaran en Europa, para que se pudieran traducir en las normas fundamentales de nuestros países, como estamos contemplando en los presentes años.

Particularmente el caso mexicano es interesante, porque a finales de la guerra comentada, apenas se estaba por cumplir el tercer decenio de la entrada en vigor de su Constitución, la cual está vigente hoy en día, aunque con múltiples reformas, misma que surgió entre otras de sus causas, como una reacción ante un golpe militar o "*cuartelazo*", donde sus instigadores, para derrocar al presidente Madero, elegido democráticamente, habían utilizado a la Constitución entonces en vigor, para la legitimación de su movimiento, mediante el respeto "*en apariencia*", de los mecanismos de sucesión presidencial. Es decir, habían empleado para su rebeldía, los estrictos elementos formales señalados por la ley constitucional, para la "*designación*" del nuevo presidente de la República, aunque violentando en realidad con sus hechos, su "*espíritu*".

Lo paradójico de esta experiencia es que el movimiento revolucionario que como reacción se opuso a

<sup>13</sup> Ferrajoli, Luigi, "La cultura jurídica en la Italia del siglo XX", en *Epistemología jurídica y garantismo* (trad. Pedro Salazar), Fontamara, México, 2004, pp. 194 y 195. El artículo es del año de 1996.

este cuartelazo, si bien se decía que enarbola la bandera de la legalidad y de su estricto cumplimiento, buscando restablecer la validez de la Constitución entonces en vigor, terminó con la creación de una nueva, a espaldas de las reglas que establecían la manera de modificar o alterar las normas constitucionales.<sup>14</sup>

Nuestra Carta Magna entonces, fue el producto de aquellos hombres que con el propósito de restablecer el orden constitucional y la vigencia efectiva de la antigua Constitución, combatiendo aquellos actos que amparados en la letra de la ley, en realidad la habían transgredido, terminaron por crear una nueva, como único medio, para llevar al país al cauce de la auténtica legalidad que se había "*perdido*" en nombre de la misma ley.

Como se puede observar, resulta ser una situación similar, guardando las notorias diferencias, a lo que aconteció en Europa.

Después de esta digresión, debemos volver a nuestro tema y concluir que 1945 es el año a partir del cual comienza la transformación radical del derecho, misma que operó en tres vertientes:

- a) En primer lugar, en la forma de percibirlo y de analizarlo, dando una mayor relevancia a su contenido material y valorativo, lo que implicó el reconocimiento de otros elementos extra normativos que lo integran, como los valores y los principios jurídicos:

<sup>14</sup> Sobre este menester, véase el artículo de Felipe Tena Ramírez, "Derecho constitucional", en *Evolución del derecho mexicano (1912-1942)*, t. I, Ed. Jus, México, 1943, pp. 19-44.

"Los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 demostraron que es imposible identificar al derecho con la ley. Hay principios que aunque no constituyan objeto de una legislación expresa, se imponen a todos aquellos para quienes el derecho no es sólo expresión de la voluntad del legislador sino de los valores que tiene por misión promover, entre los cuales figura en primer plano la justicia... una conclusión que parece generalmente admitida, pero que se ha perdido de vista en la concepción formalista y legalista del derecho: el juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de manera aceptable; debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justa o, por lo menos razonable".<sup>15</sup>

Este punto, llevado al nivel del derecho constitucional, trajo la transformación de la idea del Estado y de las funciones que debería desempeñar en la sociedad, en atención a que se pasó de un simple modelo constitucional democrático, formalista, escéptico en el plano moral y relativista, que había caracterizado a la Constitución de Weimar de 1919 y las demás de la época, a un modelo de constitución sustentado en valores "*culturales*", así como en la dimensión axiológica del individuo y de la comunidad. Frente al predominio del poder público sobre el ciudadano, se moverá el eje central de los textos supremos de los países, hacia los

<sup>15</sup> Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad. Luis Diez Picazo), Civitas, Madrid, 1988, p. 97.

derechos y libertades básicas de los individuos, quienes girarán a partir de entonces, alrededor de las leyes y no al revés, como había sido antes. Bajo este nuevo ideal de sistema constitucional, se fijaron como claves fundamentales en las que se basa la actuación de los poderes públicos: la dignidad humana y sus valores, como principios lógicos, ontológicos y deontológicos de los derechos y de la justificación del poder público (como sucede en el artículo 1 de la Constitución alemana) estableciendo al efecto, medidas efectivas de protección frente al estado, lo que conlleva incluso a la pérdida de derechos fundamentales, frente a aquellos que quieran socavar o combatir el sustento constitucional, o el régimen fundamental de libertad y democracia (el artículo 18 de la Constitución alemana).<sup>16</sup> Recuérdese que fue precisamente este punto el que se alteró profundamente durante los sucesos de la Guerra Mundial comentada, no sólo por la afectación de la idea del individuo, sino de los grupos étnicos, religiosos, políticos, etc. en donde se inserta.

Se estableció frente a la idea del Estado de derecho, un Estado social de derecho, fundado en la idea de la democracia; distinguiendo al efecto entre la ley y el derecho (artículo 20.3 de la Constitución alemana) para distanciarse así de las pos-

<sup>16</sup> En este tema, véase Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana* (trad. Javier Pérez Rollo y Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 393-401.

turas positivistas y de su posible injerencia en la hermenéutica constitucional.<sup>17</sup>

Ejemplos similares se dieron con la Constitución española de 1978, como podemos desprender de sus artículos 1,1; 10,1; 53,1 y 103,1; o la Constitución italiana de 1947, o la Constitución de Portugal de 1976, entre otros ejemplos.

Resulta notorio que el cambio de la perspectiva que venimos comentando y por lo mismo, de "paradigma", incidió en el énfasis que se puso en el individuo en contraposición del estado y particularmente a su concepto prioritario, la soberanía, lo que modificó sustancialmente la forma de organización política de los estados modernos. Cambio radical y trascendente, si se toma en cuenta que el término "soberanía" fue en su origen, no solamente la nota constitutiva del Estado nacional, sino también el fundamento para consolidar al estado como poder monopolizador del derecho, dentro de sus fronteras.

Sin embargo, como lo apunta Zagrebelsky, esa noción ya no se puede reconocer actualmente, con la claridad que tenía antaño. Diversas fuerzas políticas han incidido en su debilitamiento, como lo son, el pluralismo político y el social dentro de los estados, la formación

<sup>17</sup> Véase al respecto Lucas Verdú, Pablo, *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, 2a. ed., Dykinson, Madrid, 1998, pp. 30-37. No es difícil que detrás de este postulado, se encuentre uno de los permanentes debates que se han dado a lo largo de teoría jurídica entre la ley y el derecho, enfatizado con anterioridad al régimen nazi, por la controversia teórica que se suscitó entre Carl Schmitt y H. Triepel, este último recalca: "La ley no es sagrada, sólo el derecho es sagrado; la ley se encuentra sometida al derecho".

de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado en diversas áreas como la política, económica, cultural y religiosa, incluso en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización de fuerzas jurídicas en dimensiones supraestatales, sustrayéndose de los estados particulares, etcétera.<sup>18</sup>

- b) En segundo lugar, y como una consecuencia práctica, ante el reconocimiento de diversas fuentes en el derecho, se transformó la manera como debería aplicarse ante los tribunales, recalando, contrario a lo que postulaba el positivismo, la labor importante y trascendente que realiza el juez, no sólo en la actualización de las normas, sino sobre todo, en la creación y complementación de los sistemas jurídicos, con base en los valores y principios que también forman parte del derecho. Chaim Perelman, apuntó al respecto:

"Esta tendencia hacia el acercamiento de los poderes de los jueces en la elaboración del derecho se acentuó tras el régimen nacional socialista y la resonancia mundial que tuvieron los juicios de Nuremberg. El malogrado profesor Marcic pudo hablar a este propósito de un paso del Estado gobernado por las leyes al Estado gobernado por los jueces. Con esta nueva visión de las relaciones entre el poder legislativo y el judicial forma pareja una nueva con-

<sup>18</sup> En *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia* (trad. Marina Gascón), 6a. ed., Trotta, Madrid, 2005, pp. 11 y 12.

cepción del razonamiento jurídico, y especialmente del judicial que parece imponerse en Occidente, en la segunda mitad del siglo XX".<sup>19</sup>

- c) Derivado de los dos puntos anteriores, se produjo entonces la necesidad de contar con una nueva teoría jurídica, que pudiera dar razones de los cambios producidos en el derecho, de la manera de entenderlo y estudiarlo; de eliminar y superar las anomalías que habían dejado las teorías previas y además; para legitimizar mediante la razón, el nuevo perfil del sistema jurídico que se pretendía establecer:

"Según esta visión, nos hallamos ante un cambio profundo del orden jurídico y político que irremediablemente debería exigir una nueva filosofía del derecho; al parecer, todavía vivimos en un contexto dominado por la ideología del positivismo, mientras los caracteres del ordenamiento jurídico actual ya no son conformes a tal ideología".<sup>20</sup>

Veamos a continuación cómo se llevó a cabo esta modificación y el establecimiento de un nuevo "paradigma" teórico en el derecho.

### III. LA IDEA DEL DERECHO EN EL POSITIVISMO JURÍDICO: EL DERECHO COMO LEY

Si bien es cierto que la concepción que pretende explicar, reducir y justificar el derecho en atención exclusivamente a la ley, no fue novedosa en los siglos XIX y XX, toda vez que en otras épocas ya se dio, como lo podemos ver por ejemplo en Platón, en su diálogo "La República",<sup>21</sup> podemos señalar que el origen del positivismo moderno en sus distintas escuelas, tiene una fecha certera de aparición dentro del siglo XIX. Varios fenómenos y teorías políticas incidieron en su creación.

#### 1. Antecedentes del positivismo

En el terreno de lo político, con el desarrollo y consolidación de los estados nacionales y con ello, la concreción y expansión del concepto "*soberanía*", que implicaba entre otras cosas, el monopolio del poder público y de la "*creación*" del derecho. Por supuesto, esta noción, como lo hizo ver John Austin, uno de los primeros exponentes del positivismo jurídico, implicaba la idea latente de que dicho poder era en realidad, el único posible creador de cualquier derecho, y la causa de las restantes fuentes secundarias de él, como la jurisprudencia o la costumbre, mediante el reconocimiento expreso por parte del poder estatal.

A esta idea se uniría posteriormente, el concepto de "*Estado de derecho*", que implica que la nota de la sober-

<sup>19</sup> Perelman, Chaim, *op. cit.*, p. 91.

<sup>20</sup> Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 2005, p. 10.

<sup>21</sup> Particularmente en su Libro I, con las ideas sobre el origen de las normas y la idea de la justicia que expone de Trasimaco y de Glaucon.

ranía, se daba y se ejercía dentro de un marco normativo creado por ella misma, concepción que surgió del movimiento independentista de los Estados Unidos y se consolidó con la Revolución Francesa.

Asimismo, entre los factores que incidieron en la aparición del positivismo, además de los ya comentados, se encuentran el risorgimento italiano, las guerras de independencia de América Latina, la unificación de Alemania y la liberación de Grecia, los cuales a su vez fueron el producto de una revolución intelectual que cambiaron la óptica de la relación entre el gobierno y el individuo, y establecieron la preponderancia meramente formal y no material, como lo vemos ahora, de este último frente al primero, lo que trastocó todos los cimientos de la sociedad, la economía y el estado. Esta revolución intelectual, según John Henry Merryman, produjo una nueva forma de pensar acerca del derecho, que tuvo repercusiones para la organización y administración del sistema en el que se daba.<sup>22</sup>

Ahora es relevante destacar que la concepción positivista, que pretendía cumplir con los postulados de "cientificidad", de acuerdo con los estándares de la época y explicar de una manera objetiva, la verdadera naturaleza de los fenómenos jurídicos, en realidad se basaba y era heredera de ideas políticas y filosóficas, que lejos de explicar en sí el fenómeno social, intentaban regularlo, con base en ideas producto de las escuelas modernas del "derecho natural", que decían se deducían racionalmente de la verdadera idea del derecho. De esta mane-

<sup>22</sup> Véase al respecto John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica* (trad. Eduardo L. Suárez), Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 47 y ss.

ra, gran parte de los postulados o ideas torales en que descansa la teoría política y jurídica que aún hoy nos rige, descansa en esos "*mitos políticos*", utilizando la terminología del maestro Paolo Grossi, la mayoría de los cuales ya no son vigentes ni aplicables hoy en día, pero que se conservan ante la falta de una mejor explicación de esas ideas.<sup>23</sup>

Los principios rectores del modelo estatal eran, en primer lugar, la idea de un pacto social implícito o explícito, por parte de los habitantes de la comunidad política, que daba origen y fundamento al poder político, en aras de la única finalidad posible de dicho poder, el bienestar del individuo. A partir de dicha constitución estatal, el hombre se convirtió en ciudadano del Estado que había formado.

Para lograr efectivamente lo anterior, constituía un requisito indispensable, controlar a ese poder público,

<sup>23</sup> De esta forma se expresa el profesor Grossi: "Sin embargo, si el historiador libera su mirada de vicios apologeticos, esta civilización, que tiene la cuidadosa pretensión de proponerse como desacralizadora y demoledora de mitos, se muestra por el contrario como gran constructora de los mismos. Ya en nuestro campo de estudio, el jurista de ojos desencantados lo comprueba en aquellas fuertes corrientes del iusnaturalismo del siglo XVIII, tan influyentes en la configuración de la modernidad, que estamos acostumbrados a calificar de ilustración jurídica de la Europa continental. Aquí se puede encontrar la más inteligente, la más consciente, la más hábil creación de mitos jurídicos jamás hallada en la larga historia jurídica occidental; un conjunto de mitos orgánicamente imaginado y unidos para dar vida a una verdadera y auténtica mitología jurídica..."

La ilustración político-jurídica tiene necesidad del mito porque tiene necesidad de un absoluto al que acogerse; el mito suple notablemente la carencia de absoluto que se ha producido y colma el vacío en otro caso peligroso para la propia estabilidad del nuevo marco de la sociedad civil. Las nuevas ideologías políticas, económicas, jurídicas tienen finalmente un soporte que garantiza su inalterabilidad", Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad* (trad. Manuel Martínez Neira), Trotta, Madrid, 2003, pp. 40 y 41.

mediante el poder mismo, de ahí surgió la teoría de la división tripartita de los poderes, como lo postularon en sus orígenes Locke y Montesquieu, en donde para limitarlo, se segmentaba su ejercicio. Así, había un poder que creaba la ley y con ello, el derecho y otro que se limitaba a aplicarlo. La teoría pretendía normar la realidad y en ese tenor, se establecía que a la sección del Estado que le correspondía producir el derecho, no podía interferir con su aplicación y viceversa. Una de dichas aplicaciones llevadas al extremo fue, por supuesto, la prohibición a los jueces de producir derecho y normas generales y, con ello, estaban imposibilitados de "*interpretar*" las normas jurídicas, en todo lo que no fuera el sentido gramatical o la intención clara de los creadores de la ley.

Además del movimiento constitucional de los siglos XVIII y XIX, que pretendió controlar por medio de constituciones escritas, la actuación de los poderes públicos, también ayudó a la formación del positivismo, el fenómeno de la codificación francesa y su extensión a otros estados europeos, donde se intentó plasmar en cuerpos escritos, de una manera que se pretendía entonces completa y sistemática, todas las normas jurídicas aplicables a una institución, de tal manera que las normas escritas, abarcaban no sólo la actuación de los órganos públicos y su relación con los particulares, sino también la de éstos entre sí, lo que llevaba a una imagen de que todo el entorno humano estaba regido por leyes producidas voluntariamente por los hombres, por medio de sus representantes públicos.

Los creadores de estos cuerpos normativos, intentaban con su elaboración, y a fin de eliminar la discrecio-

nalidad de las autoridades y con ello suministrar las garantías necesarias a los hombres libres en su actuación social, la supresión de otras fuentes del derecho, como la doctrina, el derecho natural, y que la labor de juristas y jueces se centrara exclusivamente en el conocimiento y utilización de esos cuerpos normativos.

Por otro lado, las distintas escuelas del derecho natural, con el movimiento codificador, dejaron de desarrollarse, al ver plasmados en las distintas leyes positivas, sus postulados, por lo que en lugar de la investigación teórica acerca del contenido normativo de ellas, se convirtieron en intérpretes doctrinales del derecho escrito. Con ello, se transformó el derecho, en un fenómeno escrito y con ello, se inclinó el pie de la balanza a favor de las concepciones legalistas, transformando los sistemas jurídicos en sistemas positivos. De ser las normas jurídicas generales, comunes y permanentes en los estados, de acuerdo con las viejas tradiciones medievales, o del derecho natural, se pasó a normas concretas, vigentes por períodos históricos determinados y elaboradas bajo la sanción del poder público nacional y por la expresa voluntad de éste.

Observación peculiar podemos hacer en este periodo de transición en el derecho, donde uno de sus principales objetivos fue el de terminar con el llamado gobierno de los jueces, quienes intentaban trastocar todas las reformas revolucionarias establecidas en Francia, con el movimiento codificador. La experiencia de estos tribunales había hecho que se temiera que los cambios que se introdujeran con motivo de la legislación y de los actos deseados por parte del poder público para transformar "racionalmente" a la sociedad, fueran dejados sin efecto.

to por ellos, con el pretexto de la aplicación de la ley. En ese tenor, se insistió en que los jueces sólo podían aplicar la ley y por lo tanto, no podían ni siquiera interpretarla, dejando esta opción exclusivamente al poder legislativo, por la cual éste daría el sentido autorizado de los textos normativos. Esto explica la aparición en Francia de la Corte de Casación.<sup>24</sup>

## *2. El modelo científico del positivismo*

Por otro lado, si bien no podemos suponer que el llamado positivismo, como corriente filosófica que tuvo su origen en Francia con Augusto Comte, haya influyendo directamente con la aparición en el derecho de las escuelas positivistas, sí podemos decir que algunos de sus postulados en el modelo de ciencia que establecían, fueron tomados en cuenta por estas nuevas escuelas, que presuponían como la única forma legítima de conocimiento, el obtenido por medio de la ciencia y ésta implicaba la restricción como objeto de un conocimiento, a supuestas realidades comprobables empíricamente, lo que en nuestro campo de estudio, sólo podía ser mediante las leyes escritas y conocidas mediante las publicaciones oficiales.

Por supuesto, también era requisito ineludible, la existencia de un método científico apto para este estudio, el cual debería ser riguroso, racional y apoyado también en el método inductivo, abandonando con ello, los viejos métodos antiguos y medievales cuyo origen se encontraba en la lógica aristotélica y la retórica gre-

colatina, los cuales por sí mismos se consideraban que eran incapaces de explicar correctamente el verdadero sentido de las leyes.

Además, el conocimiento estaba centrado, como lo dirían los alemanes en el siglo XIX, a un momento histórico concreto. Es decir, el estudiar el derecho vigente en un lugar y época determinada, como lo postularon Savigny y Puchta.

La ciencia debía postular conocimientos certeros y demostrables, por tanto, debía eliminar todos aquellos supuestos o hipótesis que no pudieran ser comprobados metodológica o empíricamente.

Por último, se encontraba el papel que debía desempeñar el investigador en esta rama, esto es, los juristas, quienes al realizar un estudio riguroso, debían abandonar cualquier posición personal respecto al objeto que estudiaban, lo que implicaba un alejamiento entre el sujeto que conocía y el objeto conocido, lo que en nuestro campo de estudio se tradujo en una aparente neutralidad valorativa del derecho y con ello, la imperiosa necesidad de no introducir dentro de su estudio, aspectos subjetivos y no demostrables, como lo eran los valores morales, políticos o sociales en que se apoyaban las normas. El derecho como objeto del saber, en consecuencia, debería centrarse exclusivamente en el estudio de las normas plasmadas por el legislador, sin poder dar un comentario personal crítico acerca de ellas, o introducir elementos extranormativos en su análisis y apreciación.

Por la extensión del presente trabajo, no podemos adentrarnos al análisis del positivismo en sus vertientes principales, como lo podría ser, el ámbito constitucio-

<sup>24</sup> Véase al respecto a Merryman, *op. cit.*, capítulo VII, pp. 80 y ss.

nal, o el de la dogmática jurídica, y por lo tanto, sólo nos enfocaremos al aspecto medular del mismo, que es la teoría general del derecho, lo que significa plantearnos sobre la forma en que teóricamente se conceptualizó al derecho.

Desde el punto de vista de los alcances y la finalidad de la ciencia, y como se ha comentado, la misma se debía reducir a una mera teoría general del derecho, vista ésta desde el punto de vista formal, dividida en tres secciones, la teoría de la norma jurídica, con sus características y elementos; una teoría del ordenamiento jurídico y por último, el análisis de los términos jurídicos más importantes para los abogados.<sup>25</sup>

### *3. Supuestos teóricos centrales del positivismo*

Un primer postulado que lo caracteriza, de orden metodológico y de presupuesto para su estudio, era la necesidad de considerar al derecho como un dato empírico, y no así, como un objeto intangible y cultural.<sup>26</sup> Tomando la idea de que siempre que se hablaba de este término, se hacía referencia a uno concreto y determinado en un momento histórico, debido a que era perfectamente dis-

<sup>25</sup> Bobbio Norberto, *Teoría general del derecho* (trad. Eduardo Rozo Acuña, de la edición italiana de 1956), Debate, Madrid, 1991, p. 153, así como Kelsen, como nos lo enseña en las secciones: "I. Derecho y Naturaleza", "IV. Estática Jurídica" y "V. Dinámica Jurídica", de su obra, *Teoría pura del derecho* (trad. Roberto J. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

<sup>26</sup> Como efectivamente lo podemos encontrar en Jeremías Bentham ya sea en su *Fragmento sobre el Gobierno*, o en su *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, o en John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, particularmente la lección VI.

tinguible y diferenciable en el tiempo y en el espacio, y por lo mismo, se trataba de un ente que podía ser percibido por medio de los sentidos, ya sea porque se considerara que se trataba en esencia de hechos sociales, o de eventos que podían producir una percepción sensible:

"En términos muy generales la tesis social positivista es que lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales (esto es, la variedad de las tesis sostenidas por los positivistas son diversos refinamientos y elaboraciones de esta gruesa formulación). Su tesis moral es que el valor moral del derecho (tanto de una disposición jurídica particular como de todo un ordenamiento jurídico) o el mérito moral que ésta tenga es una cuestión contingente que depende del contenido del derecho y de circunstancias de la sociedad a la cual se aplica. De todas, la tesis social es la más fundamental".<sup>27</sup>

Derivada de esta primera situación y como elemento más sensible de esta percepción materialista, encontramos que el derecho es reducible a la ley y ésta no es más que el producto de un resultado psicológico, también verificable por nuestros sentidos, es decir, se trata de un conjunto de mandatos emitidos por autoridades o entes públicos soberanos, respaldados por amenazas o sanciones traducibles igualmente en eventos físicos. De esta forma, el derecho y los elementos que lo integran, pueden ser estudiados correctamente por medio de un método riguroso, de acuerdo con las concep-

<sup>27</sup> Joseph Raz, *La autoridad del derecho, ensayos sobre derecho y moral* (trad. Rolando Tamayo Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, pp. 55-56.

ciones de la época. Así apunta el profesor Bobbio: "Con esto entiendo que el mejor modo de acercarse a la experiencia jurídica es aprehender los rasgos característicos y considerar el derecho como un sistema de normas o reglas de conducta. Partimos por tanto, de una afirmación general de este tipo: la experiencia jurídica es una experiencia normativa".<sup>28</sup>

Además, el positivismo, como tendencia natural de las demás ciencias de tratar de encontrar una explicación única a todas las clases de normas, se obstinó en reducir éstas a un solo tipo, las que constituyen mandatos dictados por la autoridad y respaldados por sanciones, como lo encontramos en el caso de Bentham, Austin e incluso Kelsen, de ahí que a este tipo de explicaciones se les identificara como la vertiente "*imperativa*".

No fue sino con Hart, cuando, sin abandonar la explicación normativa del derecho, reconoció ante la imposibilidad de explicar todo tipo de norma bajo los términos simplistas del positivismo, la necesidad de aceptar distintas clases de ellas dentro de un sistema jurídico, estableciendo su clara distinción entre reglas primarias y reglas secundarias, siendo estas últimas, de tres tipos, las de reconocimiento, que permiten conocer cuándo

<sup>28</sup> Bobbio, *op. cit.*, p. 15. Definiciones similares encontramos desde el surgimiento de este tipo de concepciones, como lo apunta John Austin: "Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society, wherein that person or body is sovereign or supreme", en *The Province of Jurisprudence Determined*, Hackett Publishing Company, Cambridge, p. 193. o: "...la que puede, con estricta propiedad, ser aplicado el nombre de derecho; en una palabra, ese género de leyes que vemos se dictan en toda nación como expresión de la voluntad de los órganos gobernantes", Bentham, Jeremias, *Fragmento sobre el Gobierno* (trad. Julián Larios Ramos), Aguilar, Madrid, p. 72.

una norma primaria pertenece a un mismo sistema; las reglas de cambio, que nos ayudan a reconocer cuándo las normas se han modificado o han sido sustituidas por otras y las reglas de adjudicación, que atribuyen competencia a autoridades. De hecho dejó como una tarea pendiente a desarrollarse por los juristas, la cual por cierto aún no se ha dado de manera definitiva, la de establecer la taxonomía completa de los distintos tipos de normas que podemos encontrar en el derecho positivo de cada estado.<sup>29</sup>

Otra idea relevante para distinguir al positivismo, es el postulado de que no existe una relación conceptual necesaria entre el derecho y la moral, lo que significa que para concebir, entender y aplicar el sistema jurídico, no necesitamos tener presente a las normas morales, en atención a que las reglas jurídicas, se bastan a sí mismas para su entendimiento y aplicación. El derecho no requiere del sustento o apoyo de otros sistemas para su existencia, conocimiento y operación.

La seguridad jurídica y sobre todo, la estructura autoritaria del derecho, obligaban a los tratadistas a realizar esa diferenciación, para evitar confundir sistemas normativos diferenciados. No solamente esa distinción descansaba en una utilidad práctica de poder distinguir una norma perteneciente a un sistema de otro, sino además, constituía un requisito metodológico para que la jurisprudencia pudiera ser una auténtica ciencia. El jurista debería ser neutral en la toma de posiciones morales, en los asuntos en donde intervenga y además, debería con-

<sup>29</sup> Véase al respecto *El concepto de derecho* (trad. Genaro R. Carrión), Abeardo Perrot, Buenos Aires, 1998, particularmente su capítulo V: "El derecho como unión de reglas primarias y secundarias", pp. 99 y ss.

siderar que el propio sistema jurídico estaba cerrado a la inclusión de normas que no provinieran de su propio sistema, o no estuvieran respaldadas por la autoridad emisora, lo que implicaba no sólo a las cuestiones políticas, sino también a las éticas, ya que de lo contrario, se relativizaba todo el valor del derecho, y además, se perdía el criterio de diferenciación que lo caracterizaba como en su momento lo apuntó Max Weber.<sup>30</sup>

Lo anterior no impide, ni implica que se reconozca que el contenido normativo haya sido influenciado por consideraciones de carácter moral, sino que una vez creadas las reglas, éstas son independientes y actúan en forma separada de las normas morales o ideas políticas que las inspiraron.

Como lo señalaba Kelsen, la condición de existencia de una norma jurídica, no depende de su contenido o de las razones morales que la sustentan, sino del hecho de haber sido creadas de acuerdo con las pautas que el propio sistema establece para su creación.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Weber, Max, *Economía y sociedad*, 7a. reimp. de la 2a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 653 y ss.

<sup>31</sup> "El derecho sólo puede ser distinguido esencialmente de la moral, cuando es concebido –como se mostró anteriormente– como un orden coactivo; es decir cuando el derecho es concebido como un orden normativo que trata de producir determinada conducta humana, en cuanto enlaza a la conducta opuesta un acto coactivo socialmente organizado; mientras que la moral es un orden social que no estatuye sanciones de este tipo; sus sanciones se reducen a la aprobación de la conducta conforme a la norma, y a la desaprobación de la conducta contraria a la norma, sin que en modo alguno entre en juego en ello el empleo de la fuerza física", *Teoría pura del derecho*, *op. cit.*, p. 75. Más adelante y con respecto a la posición que debe adoptar el científico del derecho frente a la moral señala: "...la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto. El jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera con el por él descrito", p. 81.

Lo anterior lleva a un papel secundario y supletorio de las consideraciones de índole moral o político en el discurso jurídico, las cuales sólo eran tomadas en cuenta, cuando las normas expresamente así lo autorizaban, como lo apunta el profesor Hart. La moral sólo opera en deficiencia o en apoyo de las normas jurídicas,<sup>32</sup> ya que el positivismo jurídico implicaba "la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así".<sup>33</sup>

En efecto, para el profesor Hart, la aplicación de la moral en el derecho se daba en diversas situaciones como lo son, en primer lugar,<sup>34</sup> en el hecho de que los sistemas jurídicos descansan en una obligación moral originaria; o en la convicción del valor moral del sistema, ya que la nota de coactividad de los sistemas jurídicos, presupone el consenso en su autoridad moral. Sin embargo, el propio Hart reconocía que el acatamiento de las normas jurídicas, no necesariamente implica el que estén basadas en dicho consenso moral, sino también en cálculos interesados o en una actitud tradicional o no reflexiva por parte de los destinatarios de las normas.

También está la influencia que de hecho presentan las consideraciones de índole moral sobre el derecho, toda vez que las mismas se introducen en el proceso legislativo, e incluso en el judicial, de tal forma que nor-

<sup>32</sup> H. L. A. Hart., *op. cit.*, pp. 247-261.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 230.

<sup>34</sup> *Ibidem*, capítulo IX: "Las normas jurídicas y la moral", particularmente la sección "Validez jurídica y valor moral", pp. 247 y ss.

mas o sentencias pueden revestir una mera envoltura jurídica con contenidos eminentemente morales.

En concordancia con lo anterior, también la moral y sus disposiciones influyen en los jueces al momento de interpretar y aplicar las normas jurídicas. Hart estaba convencido de que las normas tenían una "*textura abierta*" que dejaban, en la mayoría de las ocasiones, un amplio margen de acción para la actividad creadora de las instituciones aplicadoras del derecho, en donde por supuesto, cabía la introducción de criterios morales, aunque también de otra índole.

De igual forma, y siguiendo la distinción positivista entre el derecho que es y el que debe ser, ideas morales nos auxilian para hacer una crítica al sistema jurídico y proponer modificaciones, que llevaran a suprimir consideraciones o situaciones apreciadas como socialmente injustas o incorrectas, al amparo de esas ideas morales, sin que se lleguen a confundir ambos sistemas.

Asimismo, todo sistema jurídico involucraba la realización de un mínimo de justicia, por lo que de hecho, y no conceptualmente, dentro del sistema, se encontraban principios de moralidad. Prueba de ello, podrían ser los principios de generalidad, abstracción o publicidad de las normas, que involucran cierta concepción formal de justicia o "*una moralidad interna*" en el derecho,<sup>35</sup>

<sup>35</sup> En este punto, resulta clásica la controversia que se dio entre el profesor Hart y el maestro de la Universidad de Harvard, Lon Fuller, reflejada en la obra de Hart "Lon L. Fuller: The Morality of Law", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Nueva York, Oxford University Press, 1988. O en el artículo del profesor Fuller: "Positivism and Fidelity to Law –a Reply to Profesor Hart", en *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, pp. 593-629. Las principales ideas del profesor Fuller las encontramos en *La moral del derecho* (trad. Francisco Navarro), Trillas, México, 1967.

que por supuesto no se llegaban a confundir con los postulados de la moral.

Por último, también las ideas morales, servían para la transformación del derecho, por medio de la resistencia o crítica hacia ese sistema.

Sin embargo, el positivismo siempre tuvo claro, al decir de Hart, la distinción entre el derecho que se da y se aplica en una comunidad y el que, basado en consideraciones de justicia y de moral, debía aplicarse. Un conocimiento científico y técnico jurídico debía capacitar a los funcionarios y a los estudiosos, para saber distinguir con claridad la diferencia entre ambos ordenamientos, ya que: "No parece que el esfuerzo para adiestrar y educar a los hombres en el uso de un concepto más restringido de validez jurídica, en el que no caben normas jurídicas válidas aunque moralmente inicuas, haya de conducir a robustecer la resistencia frente al mal ante las amenazas del poder organizado, o a una comprensión más clara de lo que está moralmente comprometido cuando se exige obediencia".<sup>36</sup>

La idea de que cuestiones de carácter moral conviven con el derecho, no debe llevarnos al extremo, según la vertiente que analizamos, de que éste y la moral se confundan, sino que necesariamente implican que deban ser separadas intelectualmente, no sólo como un presupuesto metodológico del conocimiento jurídico, sino en aras también de la propia protección del hombre, a fin de evitar la anarquía social, ya que si los individuos confunden dichos conceptos, es posible que se produzca una situación de caos, al no reconocer como válidas

<sup>36</sup> Hart, *op. cit.*, p. 259.

normas jurídicas que efectivamente existen y han sido promulgadas y por ello, deja de aplicarse el criterio de validez de las normas, al depender de la sola aceptación de sus destinatarios aislados.

Así, la idea de la ciencia jurídica y de los abogados, era la de tener un aparato conceptual que nos permitiera distinguir entre la invalidez del derecho y su inmoralidad, para apreciar la complejidad y variedad de las distintas situaciones que podían enfrentar en la práctica las normas jurídicas. En ese sentido, el positivismo proponía a los hombres un valor superior en el criterio de seguridad, no sólo su conducta podía únicamente restringirse por normas expedidas por autoridades objetivamente reconocibles, sino además, las mismas debían distinguirse de pautas sociales o morales no incorporadas expresa y claramente en esas normas.

No obstante esto, la relación entre moral y derecho, cuestionamiento científico que siempre ha rondado a los hombres, no pudo el positivismo dar una respuesta satisfactoria que permitiera a los abogados y a los individuos en general tener clara la diferencia entre ambos ordenamientos, pero además, permitir que ambos sistemas normativos, sin perder su identidad, pudieran interactuar en la práctica social, no sólo por lo que toca al contenido de sus disposiciones, sino también a su mutua justificación. Por otro lado y a partir de la segunda mitad del siglo XX, la mera legalidad ya no resulta suficiente para el sustento social de lo jurídico, sino que se requiere además de su legitimidad, lo que sólo una teoría vinculada con la ética y el sistema democrático pudiera brindar, como lo expone Habermas: "La idea de Estado de derecho exige que las decisiones colecti-

vamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no sólo se revistan de la forma de derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido. No es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho *legítimamente estatuido*. Y en el nivel posttradicional de justificación sólo puede tenerse por legítimos el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad común".<sup>37</sup>

#### *4. Otros puntos teóricos no resueltos adecuadamente por el positivismo*

No sólo la insatisfactoria respuesta dada a la relación entre moral y derecho, fue crítica, sino también lo fue el explicar sustentadamente el fundamento de validez del sistema, en atención a que en el caso de Kelsen, se determinó que para efectos teóricos y para respetar el auténtico método científico jurídico y no invadir otras esferas de conocimiento, el fundamento de validez del sistema jurídico, lo era a su vez, otra norma, a la que llamó la "norma fundante básica": "Una norma pertenece a un orden jurídico solamente por haber sido instaurada conforme a lo que determina otra norma de ese orden. Este regreso conduce, finalmente a la norma fundante básica que no ha sido establecida conforme a lo determi-

<sup>37</sup> Habermas, Jürgen, *Factualidad y validez* (trad. de Manuel Jiménez Redondo sobre la 4a. ed.), Trotta, Madrid, 1998, p. 202.

nado por ninguna otra norma y que, por ende, tiene que ser presupuesta”,<sup>38</sup> la cual tenía que ser hipotética.

Sin embargo, esta respuesta recibió fuertes críticas, incluso dentro de los propios positivistas, en atención a que el sentido de preguntarnos sobre esa norma fundante es para explicar el origen y contenido de las restantes normas del sistema al que pertenecen, lo que no se cumple con la explicación que propone Kelsen, ya que se parte de la base que el ordenamiento jurídico ya existe en su estructura y contenido, por lo tanto, esa aparente norma básica, no cumple con ninguna función explicativa sobre el origen ni producción del mismo sistema.<sup>39</sup>

Además porque se trata de una explicación falsa, al no existir realmente esa aparente norma. Ninguna explicación existe al hecho de que así como debemos suponer una norma fundamental, no pudiera haber de igual forma otra norma fundamental que la explicara. Esto nos lleva en realidad a que el problema de que el fundamento del derecho, no puede tener una base normativa jurídica, es decir, este sistema no se sustenta ni explica por sí mismo.<sup>40</sup>

Por su parte, el profesor Hart apuntó, intentando superar este escollo, que en realidad el fundamento de validez del derecho lo teníamos que encontrar también en una norma, a la que denominaba regla de reconoci-

miento, misma que no dependía a su vez de otra norma jurídica, sino de un hecho empírico, una práctica social.

Por lo que toca a la explicación que nos da Hart, si bien supera el problema de pretender fundamentar el derecho en una norma hipotética jurídica irreal y por el contrario, intenta incorporarla a una regla de reconocimiento, que descansa en una práctica social, también esta explicación resulta insuficiente, ya que no puede dar razón del contenido del sistema jurídico, ni demostrar que en realidad se trata de sólo y únicamente una norma de reconocimiento. Por su lado, Dworkin manifestó que la tesis de Hart nos puede llevar a la conclusión de que en realidad existen distintas reglas de reconocimiento, y que se pueden establecer distintas fuentes independientes de normas válidas, pero en ese tenor, caería la explicación de que solamente puede haber una regla de reconocimiento, por cada sistema normativo.

Particularmente relevante fue el tema que veremos en la sección siguiente, de que ni la norma fundante básica, ni la regla de reconocimiento pueden ayudar a los aplicadores de las normas, a resolver casos difíciles, cuando se acude a elementos que no son precisamente normas, como lo son los principios o interpretaciones analógicas, o incluso, doctrina, lo que nos lleva a la conclusión de que dicha norma de reconocimiento o norma básica, si se da, sólo opera a nivel normativo y no para otras ni todas las fuentes del derecho, lo que obliga a replantearnos toda la base de la explicación que nos suministraba y de los criterios de validez que establecía.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> Kelsen, *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 243.

<sup>39</sup> Al respecto véase Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, pp. 121 y ss. De la misma manera véase Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 121 y ss.

<sup>40</sup> Respecto de esta crítica véase Carlos S. Nino, op. cit., pp. 122 y 123.

<sup>41</sup> De hecho, en su último escrito, el profesor Hart, sin abandonar su tesis de la regla de reconocimiento, como instrumento idóneo incluso para identificar la pertenencia de los principios al sistema jurídico, reconoció que esta

Otro tema crítico fue explicar y justificar la existencia de leyes inconstitucionales, que a pesar de ello y de contravenir por ende, la norma superior, o la regla de reconocimiento, formaban parte del sistema normativo. Resulta claro que para estos juristas, el elemento validez es el relevante para considerar la pertenencia de una norma al sistema jurídico. A su vez esta característica se adquiere cuando la norma inferior ha sido producida de acuerdo con los lineamientos de una norma superior. Sin embargo, cuando esto no es así, técnicamente debería responderse, en el sentido de que no existe norma, por contravenir a la cadena de validez que le da sustento. Pero los teóricos nunca han podido responder adecuadamente esta solución, la cual no puede tener una respuesta meramente normativa, si no se toma en cuenta la efectividad, la práctica social y lo que es más importante, lo que consideran los jueces y abogados que es finalmente el derecho, como en su último escrito Hart consideró que así era. En definitiva, la atención a este problema muestra que los problemas jurídicos no son necesariamente problemas normativos exclusivamente y que dependemos de otras ciencias para su expli-cación.<sup>42</sup>

---

norma no siempre sería útil para detectar o encontrar todos los principios que en realidad se invocan y aplican por los tribunales. De la misma manera, admitió que las normas constitucionales pueden servir de criterio de incorporación de principios dentro del sistema. Véase Hart, H. L. A., *Post Scriptum al concepto de derecho* (trad. Rolando Tamayo y Salmorán), Universidad Nacional Autónoma de México, México, pp. 43 y ss.

<sup>42</sup> Al respecto véase Hans Kelsen *Teoría pura del derecho*, dentro del capítulo V, "Dinámica jurídica. La construcción escalonada del orden jurídico, el inciso j): La ley inconstitucional, pp. 277 y siguientes.

De igual forma está el tema de las fuentes de derecho, que es otro punto que caracteriza a la teoría positivista, ya que al ser el sistema jurídico un producto social, no se reconocen otras fuentes, que las que derivan de las propias normas, o las que se reconocen por medio de éstas. Respecto a lo anterior, Kelsen considera que las fuentes del derecho, únicamente pueden ser la ley o la costumbre, reconocida por la primera, desconociendo la posibilidad de otras fuentes para la producción del derecho, ya que las mismas, sólo confundían el objeto del conocimiento.<sup>43</sup> Igual planteamiento formulaba el profesor Hart. Sin embargo, cómo atender los cuestionamientos de que en la práctica autoridades y particulares consideraran otros elementos en la eficacia del derecho.

En relación con esto, tal vez el problema teórico que más insatisfacciones produjo a los juristas, fue la respuesta que se dio frente a los llamados "*casos difíciles*", y la interpretación de las normas ante la insuficiencia del texto legal o las lagunas técnicas. Kelsen apuntaba que cuando se tiene que resolver un caso concreto y a falta de disposición legal que determine el contenido de la actuación judicial, o que la norma no tenga un contenido claro, entonces el juez tiene discreción para establecer y resolver la controversia, dando el criterio que más le parezca adecuado, lo que incluso lo faculta para producir una nueva norma jurídica. Consideraba que la ciencia del derecho no podía establecer una manera de resolver el problema, por estar fuera de los parámetros de su estudio y convertirse entonces en un tema social o político, ajeno a la ciencia. En este caso, se puede de-

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, pp. 242 y 243.

cir que el sistema jurídico lo faculta para crear derecho, actuando como legislador, de acuerdo con su libre arbitrio, punto que de igual manera compartía en su esencia el profesor Hart.<sup>44</sup>

Sin embargo, veremos en la próxima sección, cómo la atención a este punto, junto con la limitada actuación judicial, trajo como consecuencia la modificación radical en la teoría del derecho, mediante el establecimiento, de acuerdo con Kuhn, de un nuevo "paradigma".

Respecto del tema de las fuentes, Alf Ross cuestionaba esta reducción en el positivismo y por lo tanto su rechazo, porque no tomaba en cuenta dentro de ellas a lo que denominaba "*la tradición de la cultura*", que evidentemente ejercía una influencia en la concepción y aplicación del derecho, ya que en todo pueblo, vive una tradición común que anima a todas las formas manifiestas de vida y por lo tanto, afecta no sólo a las costumbres sino a sus instituciones jurídicas o sociales. Es una especie de

<sup>44</sup> Kelsen, *Terría pura del derecho*, "La construcción escalonada del orden jurídico", particularmente la producción de normas jurídicas generales por los tribunales, pp. 246 y ss.: "Ello significa que el tribunal queda facultado para producir una norma jurídica individual para el caso que se le presenta, cuyo contenido de ninguna manera está predeterminado por una norma general de derecho de fondo producida por vía legislativa o consuetudinariamente. En ese caso, el tribunal no aplica tal norma jurídica, sino la norma jurídica que lo facilita para crear nuevo derecho de fondo. Se suele decir que el tribunal está facultado para actuar como legislador", p. 253. Más adelante, respecto de los casos difíciles, responde contundentemente: "La pregunta de cuál sea la posibilidad 'correcta', en el marco del derecho aplicable, no es -según los supuestos previos- ninguna pregunta dirigida al conocimiento del derecho positivo, no es una pregunta teórica jurídica, sino que es un problema político [...] el escritor que en su comentario caracteriza una determinada interpretación, entre varias posibles, como la única 'correcta', no cumple una función científico-jurídica, sino una función jurídico-política", pp. 353 y 358.

"espíritu" que anima a una filosofía de vida, que afecta sin duda a los individuos al momento de conocer, apreciar y aplicar al derecho, manifestación que por su propia naturaleza, está en constante transformación y que por supuesto, anima a los jueces al momento de aplicar sus resoluciones, motivo por el cual, los resultados que puede dar la ciencia, para explicar el fenómeno jurídico son limitados y no pueden ser permanentes.<sup>45</sup>

Gran mérito del positivismo consistió el estudio riguroso de los conceptos jurídicos, que constituyen la base teórica para la reconstrucción analítica del derecho, tales como derecho subjetivo, obligación, acto antijurídico, sanción, etc., elementos que resultan indispensables para la correcta comprensión de las distintas ramas de nuestro campo de estudio. Con esas expresiones se busca investigar los criterios o pautas que utilizan los abogados y los aplicadores de las normas, además del público en general, respecto del uso social que dan a los mismos, así como la reconstrucción formal de ellos, para eliminar vaguedades e imprecisiones y así buscar mejorar nuestra comprensión acerca de la realidad jurídica.<sup>46</sup>

Sin embargo, y por lo que se refiere a su principal cultivador, Kelsen, los resultados a los que llegó no fueron del todo satisfactorios, en primer lugar, porque trató de derivar la mayoría de los conceptos, de uno primario que fue la sanción y ésta la redujo a un acto coactivo, característico según él, de la esencia de lo jurídico. De

<sup>45</sup> Al respecto véase Alf Ross, "Sobre el derecho y la justicia" (trad. Genaro R. Carrión), EUDEBA, 1997, en su capítulo 3o., núm. XIX, pp. 129 y ss.

<sup>46</sup> Para una exposición respecto de este tema, véase Santiago Nino, Carlos, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

tal forma, que el concepto de acto antijurídico, responsabilidad y obligación, se derivaba de esa concepción, a pesar de nuestras apreciaciones, o del sentido usual que tenían las personas y los abogados de estos conceptos.<sup>47</sup>

Por otro lado, pretendió explicar dichos términos sólo desde el punto de vista normativo, sin pretender apoyarse en otros ámbitos de la realidad, lo que lo llevó a conclusiones inaceptables desde el punto de vista teórico, ya que cómo es posible pretender la fundamentación de los conceptos de sanción, acto ilícito, derecho u obligaciones, sin tomar en cuenta los aspectos sociales, políticos o morales que pueden subyacer para su correcta comprensión, los cuales están en constante dinamismo. Respecto de este tema, el profesor Robert Alexy ha planteado recientemente la posibilidad de dar explicaciones más consistentes a los vocablos jurídicos básicos, entre ellos, el de derecho subjetivo, si no lo hacemos desde una perspectiva "*esencialista*", como se ha caracterizado hasta ahora la teoría jurídica, sino con base en una rationalidad práctica, de tipo "*discursivo*" que nos pueda dar razón sobre el contenido y la importancia de estos términos, en los temas críticos de la teoría jurídica.<sup>48</sup>

En ese tenor, queda todavía por desarrollar dentro del ámbito de la ciencia jurídica, una explicación satisfactoria a estos conceptos, que toma en cuenta el nuevo paradigma sobre el cual se están edificando las nuevas teorías jurídicas.

<sup>47</sup> A este respecto, véase Kelsen, *op. cit.*, pp. 123 y ss., que corresponden a la sección de "Estática Jurídica".

<sup>48</sup> Alexy, Robert, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional" (1991), en *Derecho y razón práctica* (trad. Pablo Larrañaga), Fontamara, México, 1993.

Por supuesto, otro elemento que tampoco fue tomado en cuenta por el análisis que realizaron este conjunto de posturas, es que a pesar de señalar y enfatizar el aspecto institucional y dinámico de los sistemas jurídicos, que los distinguían del derecho antiguo y de otros sistemas normativos como el moral o el religioso, en realidad no tomaron en cuenta la práctica jurídica como determinante para identificar correctamente al derecho, por lo que la movilidad que predicaban era conceptual y no así real. Es decir, analizaron al sistema normativo como un objeto que desde el punto de vista teórico, se podía estudiar correctamente y ya estaba concluido, sin tomar en cuenta la vivencia del mismo y que de ella, se puede y debe reformular algunas de nuestras concepciones.

Sin embargo, no prestaron atención a la práctica jurídica y a la manera en que el derecho se va transformando en la realidad, a través de la interpretación jurídica y la solución de las controversias concretas que se presentan ante los tribunales. Esta deficiencia vino a transformarse a partir de 1950, con el surgimiento de las teorías argumentativas que más que verlo desde la vertiente normativa y legislativa, lo enfocan hacia los aspectos discursivos y concretos del derecho, pretendiendo descubrir en este aspecto, la real naturaleza de lo jurídico.

Que quede clara la idea que la doctrina positivista enfatizó más los aspectos históricos y concretos del derecho y no tomó en cuenta las aspiraciones valorativas y culturales permanentes que los hombres han depositado en él. Por otro lado, sobrevaloró los elementos voluntarios y conscientes que aparecen en el derecho y con ello sólo tomó en cuenta las normas creadas por el hom-

bre, pero no así esos factores permanentes que siempre han estado en el derecho y que constituyen reglas de justicia que han acompañado al ser humano desde la antigüedad. Esto es, se recalcó el aspecto decisionista, sin tomar en cuenta que existen elementos sociales que no controla el hombre que también influyen y determinan el contenido del sistema jurídico. Éste no solamente es un acto de voluntad, sino también y más que nada, producto de la historia y de la cultura y por lo tanto, expuesto a su notable influencia.

Por supuesto, tal teoría no podía quedar íntegra, ante los resultados que una crisis que afectara la cultura y la historia de la humanidad, como lo fue la última conflagración mundial.

#### IV. LA IDEA DEL DERECHO EN LAS NUEVAS CONCEPCIONES: EL DERECHO COMO CONJUNTO DE LEYES, PRINCIPIOS Y VALORES CULTURALES

##### 1. Ideas que hicieron surgir estas nuevas teorías

Como se ha apuntado, fueron los resultados de la Segunda Guerra Mundial, los que hicieron pensar, no sólo en las deficiencias de la estructura política y jurídica de los estados, incluidas sus relaciones en el ámbito internacional, sino también de las insuficiencias de las teorías del derecho, no sólo para explicar los fenómenos de los que se ocupa, sino también para contrarrestar los efectos de políticas nacionales o internacionales adversas. A esto se unía el desgaste del criterio de legalidad, como piedra angular de los estados nacionales y su insufi-

cia ante los reclamos teóricos que se le formulaban a la ciencia jurídica.

Para Ferrajoli, los elementos que propiciaron la modificación en el derecho y con ello, de la teoría jurídica, están enfocados en tres apartados.<sup>49</sup>

El primero de ellos, por una crisis en la idea de "legalidad", entendida ésta, como una ausencia o ineeficacia en los controles legales y con ello, en la proliferación y variedad de la ilegalidad; corrupción en la política, la administración pública y la economía; el desplazamiento en factores extralegales y extra institucionales, en la producción del derecho; la existencia de grupos de presión y partidos políticos en la negociación de las leyes. Todo ello, motivó que la idea de la legalidad y del valor efectivo de la Constitución se pusieran en entredicho, en atención a que las normas jurídicas en la realidad, se presentaban ineeficaces para contrarrestar dichos efectos, de tal manera que el foco de producción normativa, se desvía hacia los agentes responsables de esa crisis, como ya lo había anticipado de cierta manera León Duguit.<sup>50</sup>

A lo anterior, contribuyó la insuficiencia de la estructura de las formas de estado y de la falta de legitimidad en los resultados que alcanzó, lo que originó por un lado, un exceso normativo, que generó falsas expectativas en la población y con ello desencanto en los resultados del estado de derecho: "Precisamente, el deterioro

<sup>49</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (trad. Perfilo Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Trotta, Madrid, 1999, particularmente el capítulo 1, El derecho como sistema de garantías.

<sup>50</sup> Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público y privado* (trad. de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén), Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2001.

de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispostas para la propiedad y la libertad, representan, en efecto, no sólo un factor de ineeficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio".<sup>51</sup>

También la crisis en el estado de derecho, se originó por la inadecuación estructural de la forma del estado, superadas por la realidad, en atención a que las funciones tradicionalmente encomendadas al llamado estado del bienestar, se vieron agravadas por la crisis del estado social, en donde no pudo satisfacer las expectativas por parte de sus habitantes, lo que motivó una crisis en su legitimidad. De hecho, el estado occidental nunca ha podido resolver en forma satisfactoria la idea del estado de derecho, con los límites a la actuación del poder público y por otro lado el estado social, donde se obligaba a dichos poderes a la realización de acciones positivas para la satisfacción de los llamados derechos sociales.

Como resultado de esa crisis se produjo una inflación legislativa, motivada por la labor de los grupos de presión, lo que trajo a su vez una nueva crisis en las notas de las normas jurídicas, su generalidad y abstracción y con ello, la pérdida de la idea de la certeza jurídica.

Por último, se presentó una crisis del estado nacional, con el debilitamiento de las ideas de soberanía y de la constitución de ese estado, para volver hacia el

individuo como núcleo principal del derecho, de su regulación y hacia sus aspectos internacionales, donde el estado nacional deja de detentar el monopolio de la producción legislativa, confiando a las instancias internacionales la tutela y protección de los derechos mínimos fundamentales. Con ello se trajo el debilitamiento del constitucionalismo tradicional y la búsqueda de nuevas explicaciones sobre el poder nacional, lo que modificó las bases de producción legislativa y de las fuentes del derecho.

Evidentemente la modificación de los supuestos teóricos e históricos en el derecho, trajo consigo, la aparición de una serie de explicaciones teóricas, no sólo dentro de la filosofía, sino también dentro de la dogmática jurídica general, entre la que destaca el derecho constitucional, del que surgieron nuevas teorías que buscan explicar las transformaciones constitucionales de los estados modernos, posturas que identificamos como "*neoconstitucionalistas*", cuyos atributos serían los siguientes: frente a la insistente reducción del derecho a la ley, sobre todo en el aspecto interno de los estados, que postulaba en un aspecto esencial la corriente positivista, se considera que en realidad resulta falsa y simplista, como lo hemos podido demostrar en la sección anterior. En contraposición, se remarcó el reconocimiento de la existencia de otras fuentes del derecho, que nunca fueron suprimidas por las teorías predominantes del siglo XX, como serían la doctrina jurídica, como lo postulaba Ross, los principios jurídicos, no como elementos excepcionales y supletorios en la decisión de controversias, en aspectos no regulados por la ley, sino como un elemento que da sentido y coherencia al sistema constitucional. De he-

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 16.

cho, la doctrina constitucional actual está centrada en el estudio de los valores y principios en que se sustentan las constituciones. De esta forma se expresa Zagrebelsky: "Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derecho y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aquí interesan en la medida que son principios).

Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley".<sup>52</sup>

Con ello también se produjo un cambio de óptica en la percepción de lo que es el sistema normativo, ya que no sólo se consideraba éste en un aspecto terminado y completo, como lo pretendía hacer ver el positivismo, al reducirlo únicamente a leyes, sino se incide en su aspecto dinámico, abierto e incompleto, imagen que debe tomar en cuenta una consistente teoría jurídica.

La existencia de normas, principios y valores, implica no sólo frente a los abogados, sino a los jueces, el reconocimiento de que lo jurídico implica una actividad en constante transformación y desarrollo.

De ahí el renacimiento de las llamadas "*teorías argumentativas*", que enfatizan ese aspecto cambiante y discursivo del derecho, lo que lleva implícito al reconocimiento de una fuente adicional en su producción, que son las técnicas de argumentación, como lo postula Robert Alexy, como más adelante expondremos.

<sup>52</sup> Zagrebelsky, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

La validez del derecho no incide ya tanto en sus propiedades formales, sino también y con la misma importancia, en el contenido del sistema normativo, integrado, además de las reglas, por los indicados valores y principios jurídicos, que necesariamente unen a la política, la democracia y la moral con el derecho, lo que incide en su legitimidad, toda vez que las principales normas del sistema, sobre todo las constitucionales, están impregnadas de valores y aspectos culturales que lo materializan y lo vinculan a la comunidad a la cual se pretende aplicar, abriendolo a los valores sociales vivientes universalmente.

El reconocimiento como parte de los problemas de la ciencia jurídica, la relación entre moral y derecho, lo que se traduce en el reconocimiento de que los principios no solamente tienen un contenido jurídico, sino también moral, para pasar a una etapa superior y reconocer que los problemas obedecen a una razón práctica y que como tal, influyen tanto en la moral como en el derecho. De hecho, también la distinción entre normas y principios en su conceptualización y aplicación se vuelve problemática, para sustituirse a su vez, como lo han reconocido el último Hart y Joseph Raz, en razones para la actuación, que de igual forma pueden pertenecer a distintos sistemas normativos, pero sin que pierdan su independencia e identidad. De esta manera se expresa Habermas: "Las razones que abonan la legitimidad del derecho, so pena de disonancias cognitivas, han de estar en concordancia con los principios morales de una justicia y solidaridad universalista, así como con los principios éticos de un modo de vida tanto de los individuos

como de los colectivos, conscientemente proyectado y asumido con responsabilidad".<sup>53</sup>

Por otro lado, la realidad ha mostrado, ante la superación de los postulados positivistas que se ha pasado de un estado legislativo, con base en reglas, a un estado constitucional, con la participación activa de los jueces, en donde se incorporan, en las normas superiores del sistema jurídico, principios y valores de contenido moral y democrático que materializan al derecho y que obliga a los juristas a no dejar de lado los problemas morales y sociales que se suscitan en el estado.

Evidentemente lo anterior fue propiciado por los cambios constitucionales operados a partir de la Segunda Guerra Mundial, donde se dotó de contenidos materiales y específicos a las normas constitucionales, de tal forma que el estudio de esta rama del derecho, implicaba también el estudio indispensable de los valores en los que se sustentaba.

Si los movimientos codificadores del siglo XIX trajeron como consecuencia el desarrollo y expansión de la ciencia positivista, la Segunda Guerra Mundial y las transformaciones que produjo en los estados nacionales, y con ello la crisis de la que hemos hablado en los párrafos anteriores, trajo el descrédito de esta ciencia y el surgimiento de un nuevo paradigma. De tal forma que, como lo apunta Manuel Atienza, si en su momento Ernest Bloch expuso que la escuela histórica había crucificado al derecho natural en la cruz de la misma historia, podemos ahora afirmar que la nueva concepción positiva de la Constitución ha crucificado, con sus

<sup>53</sup> Habermas, *op. cit.*, p. 164.

propios elementos, al positivismo jurídico en la cruz de la misma Constitución.<sup>54</sup>

## 2. Los principios jurídicos en el mundo actual

Si bien es cierto que el tema de los principios estuvo presente durante todo el desarrollo del positivismo jurídico, en función de las normas de clausura, como medio para resolver los casos no regulados por las leyes, teniendo aplicación de una forma subordinada y subsidiaria, tan es así que se llegó a considerar por la doctrina predominante, que en realidad no eran más que abstracciones de normas escritas. A partir de la segunda parte del siglo XX, se dieron intentos doctrinales, para revitalizarlos a fin de atribuirles autonomía y la importancia que en la práctica siempre han tenido.

Uno de ellos, el profesor Giorgio del Vecchio, quien al inaugurar sus lecciones sobre Filosofía del derecho, en 1958, en la Universidad de Roma, sustentó una brillante plática sobre el tema, concluyendo que cuando los códigos civiles incorporaron el tema de los principios de derecho, como fuente para resolver las controversias que se les presentan a los jueces y las cuales no pueden dejar de decidir, si bien la doctrina tradicional era unánime en aceptar que no debían entenderse los principios del derecho natural (Mazzoni, Guelfi, Fadda, Benza, Brunetti, Derrugiero, Brugi, Ferrara, etc.) si se acude a las exposiciones de motivos que inspiraron la incorporación de ese término en los citados códigos, no

<sup>54</sup> Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 44.

se puede concluir que sus autores quisieron hacer referencia a abstracciones que se derivaban de la legislación civil, por lo que esta suposición resultaba falsa.<sup>55</sup>

Según este autor, el tema de los principios nos remite necesariamente al derecho natural, y sólo los podemos conceptualizar a manera de una relación necesaria entre lo que denominaba la sustancia "*intrínseca de las cosas*" y las reglas jurídicas, para evitar la arbitrariedad, vinculándolo, al tema de los derechos fundamentales de la persona.<sup>56</sup>

Un aspecto relevante de la conferencia, a pesar del espíritu que la sustenta, es la idea de que los principios tenían un valor sobre y dentro de tales normas, al representar la razón y el espíritu que las informa, de tal manera que el legislador, reconociendo su existencia, los estableció como el medio ideal para integrar sus propios

<sup>55</sup> "El proyecto del Código Albertino había acogido la misma expresión utilizada ya por el Código austriaco, declarando que los casos dudosos habrían de decidirse según los principios de derecho natural; y aunque tal fórmula suscitase objeciones de varias partes en la elaboración del proyecto, debe tenerse en cuenta que tales objeciones no procedían de una aversión sustancial al concepto, sino que sólo tendían a obviar el peligro de una interpretación poco precisa... La explicación dada después por el ministro de Justicia, al decir que con la expresión principios del derecho natural, se quería designar 'el conjunto de aquellas máximas de sana moral que son por todos reconocidas', contenía, desde luego, una evidente impropiedad del lenguaje, en cuanto transfería la moral al ámbito del derecho; pero demostraba una vez más la intención, no ciertamente positivista, que animaba sobre este punto a los autores del Código. Ni pudo esta intención variar en el último instante, cuando se acogió, con el consentimiento del mismo ministro de Justicia, la propuesta de utilizar más bien las palabras 'principios generales del derecho'; cuyas palabras pasaron después, sin debates ni discusiones de importancia en las disposiciones antedichas al Código vigente", Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho* (trad. Juan Osorio Morales), 3a. ed., Bosch, Barcelona, 1979, pp. 46-48.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 113 y 114.

preceptos, sin llegarlos a confundir con las normas positivas, de tal manera, que su valor es imprescindible en todo sistema normativo, dado su carácter integrador y justificador.

Otro impulso decisivo en el tema de los principios se lo debemos a Josef Esser, quien consideró que no es posible dar una respuesta simple y unitaria a la pregunta acerca de la naturaleza de los llamados principios jurídicos. Por el contrario, de un análisis adecuado de ellos, desprendemos que detrás de ellos existen fuentes distintas a la mera ley en su producción, por lo que no podemos asimilarlos a éstos, ni darles un tratamiento secundario. Nos sirven para superar las deficiencias de las normas que se inspiran en ellos.<sup>57</sup>

Para Esser, ningún principio actúa por sí solo como creador de normas, sino que poseen fuerza constructiva en unión con el resto del ordenamiento jurídico. Esto es, los principios operan normativamente dentro del sistema jurídico en el que se encuentran reconocidos, además, de que sólo son aptos para la formación de normas nuevas, cuando empleamos argumentaciones específicamente jurídicas, desde el punto de vista de la justicia. Es decir, los principios cobran relevancia en los casos concretos, cuando es necesario ajustar las razones de las normas a las necesidades de los casos concretos que se nos presentan.<sup>58</sup>

Siguiendo a Pound, reconoce que dentro del sistema jurídico podemos encontrar distintas clases de normas,

<sup>57</sup> Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (trad. Eduardo Valentí Fiol), Bosch, Barcelona, 1961, p. 5.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 88.

como serían las reglas de derecho en sentido estricto, los principios que son parte de un derecho material y no formal y que permiten a los aplicadores ante la falta de normas, resolver las controversias. Además también están los conceptos jurídicos, las opiniones doctrinales y los que denomina “estándares”, por lo que la ciencia debería dar cuenta de esta pluralidad de fuentes en el derecho.<sup>59</sup>

Por último, no es sino hasta 1967, cuando el tema toma impulso, introduciendo nuevos elementos sobre su estructura que permitirán un mayor desarrollo. En efecto, con la aparición del artículo del profesor Ronald Dworkin: “¿Es el derecho un sistema de normas?”,<sup>60</sup> este tema vuelve al primer plano de discusión dentro de las teorías normativas, introduciendo así un nuevo paradigma que permitirá la revolución acerca del conocimiento del derecho.

En el mismo, se trataba de impugnar la visión que del derecho ofrecía el positivismo, desde uno de sus puntos débiles, que no pudo proporcionar una respuesta consistente ni satisfactoria. Esto es, el tema de la in-

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 121 y 122.

<sup>60</sup> El artículo se encuentra en la obra del mismo autor que aparece en su *Filosofía del derecho* (trad. Javier Sáinz de los Terreros), Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pp. 75-127. Este artículo pasaría a ser el capítulo 2: “El modelo de las normas”, de su famosa obra: *Los derechos en serio* (trad. Marta Gustavino), Ariel, Barcelona, 1984. De hecho el profesor Dworkin ha recordado este suceso en su última obra *Justice in Robes*: “In the 1970s a debate began, prompted by an article in which I suggested that Hart's version of analytic positivism, which claimed to be an account of the concept of law itself and therefore to apply to all fullfledged legal systems now and in the past falsified a substantial part of law's phenomenology and official written record”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, Londres, 2006, p. 32.

terpretación y aplicación del derecho, cuando no existe norma, o ésta es vaga o imprecisa. Como se recordará, el positivismo jurídico postulaba que ante la falta o insuficiencia en la norma, el juez contaba con una discrecionalidad y por lo tanto, podía producir una nueva norma. Sin embargo, la aceptación de este postulado implicaba una contradicción con uno de los fundamentos de la propia teoría de la que partía, el de que las normas sólo podían tener vigencia en el futuro y nunca “*ex post facto*”. Si se acepta esta explicación, luego entonces se está reconociendo que los jueces pueden producir normas generales para regular situaciones acontecidas con anticipación a la propia norma.

Sin embargo, lo más relevante de este artículo, era que en realidad la visión que ofrecía el positivismo, en cualquiera de sus vertientes, era demasiado simplista al describir la función aplicadora en el derecho, ya que no tomaba en cuenta una serie de estándares, que también confluyan en su aplicación, sobre todo cuando nos enfrentamos a un “*caso difícil*”. Esto es, ni siquiera podían explicar convincentemente la realidad cotidiana de los abogados y los jueces, ya que además de tomar en consideración el único elemento existente en el sistema jurídico, al decir de los positivistas, esto es, normas jurídicas, también hacían uso de elementos que consideraban válidos y que no se podían confundir con las normas y a las que deberíamos prestar atención.

Dworkin postulaba que a la par de las normas o reglas, estaban los principios, los cuales tenían una naturaleza propia y diferente de las primeras y que por lo tanto, tenían que distinguirse de ellas, al contar con elementos claros y distintos para su aplicación.

Diversas eran las notas que producían dicha distinción, en primer lugar, está el elemento lógico, ya que a diferencia de las normas que en su opinión se aplican de manera disyuntiva, esto es, se aplica o no la norma a un caso concreto, los principios sólo establecen una "razón" que discurre en una única dirección, pero que no exige una decisión en particular.<sup>61</sup> Es decir, sólo menciona la finalidad que debe perseguirse, pero no en sí el contenido de la decisión a tomar, lo que sin duda deja un amplio campo de acción a la práctica judicial o doctrinal.

Por otro lado, los principios tienen una diferencia respecto a su contenido, ya que cuando se invocan, hacemos mención a su peso o importancia.<sup>62</sup> Cuando existen principios que deben ser tomados en cuenta al momento de resolver una controversia, se debe tomar en cuenta "el peso específico" que tiene cada uno de ellos, lo que no sucede con las normas, que en términos generales suelen tener un mismo valor jurídico.

De igual manera, en las normas podemos conocer cuáles y cuántas son, por virtud de la regla de reconocimiento, así como el contenido de su disposición, lo que no sucede con los principios, ya que de antemano no podemos saber cuántos son y la forma en que se van transformando, o produciendo, o los factores que inducen a ello, ni mucho menos todo el contenido normativo o valorativo que pueden tener.

Por su parte, Robert Alexy ha intentado complementar estas notas que caracterizan a los principios, pero enfatizando el aspecto de regla que también incide en éstos.

Así, además de la nota de generalidad superior que encontramos en las normas jurídicas, punto ya aceptado por la doctrina, incluso el positivismo, como Joseph Raz, los principios se distinguen en que son normas que sólo ordenan una finalidad, pero no establecen la forma en que se deba cumplir en cada caso. Esto es, los principios son "*mandatos de optimización*", los cuales pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida de su cumplimiento, sólo depende de las posibilidades reales y jurídicas que se dan en cada caso. De ahí que su aplicación varíe en un supuesto de otro. De cualquier forma, las posibilidades jurídicas son determinadas por los propios principios y reglas que se oponen al principio que se invoca.<sup>63</sup>

De hecho, la situación de que los principios jurídicos se puedan aplicar en forma distinta en cada caso, lleva a la conclusión de Alexy de que en realidad además de las normas y de principios, una teoría procedural y las reglas del discurso, constituyen también un elemento indispensable de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Lo expuesto por Dworkin en su momento, fue relevante para la ciencia jurídica, ya que alertó a la comunidad respecto del papel que juegan los principios, no únicamente en la solución de los casos límite que se presentan ante los tribunales nacionales, sino más general,

<sup>61</sup> Véase al respecto, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés, con la revisión de Ruth Zimmerling), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 y 87. Estas ideas son desarrolladas a su vez en "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", conferencia que fue impartida por Alexy en septiembre de 1988, recogida en *Derecho y razón práctica* (trad. Manuel Atienza), Fontamara, México, 1993, pp. 9-35.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 77.

sobre la forma en que los abogados perciben y aplican el derecho, lo que demostró que en realidad el sistema jurídico de cualquier país, está integrado, más que por mandatos emitidos por el propio legislador, por otro tipo de elementos como son, los principios.

Los argumentos del profesor Dworkin fueron relevantes para toda la comunidad científica jurídica, ya que constituyó un auténtico "*paradigma*" que permitió transformar nuestra percepción acerca del derecho y con ello permitió que se transformara la dogmática y la teoría del derecho que se producía hasta entonces.

Sin embargo, como lo han reiterado diversos autores, el término "*principio*", todavía en nuestros días no es claro, ya que suscita distintas impresiones entre los abogados. De acuerdo con Manuel Atienza, quien a su vez sigue a Carrión y Guastini, podemos encontrar por lo menos seis sentidos diferentes, de este concepto:

Como una norma muy general, como ya lo vimos, cuyas propiedades relevantes son muy generales, por ejemplo, el artículo 1796 del Código Civil para el Distrito Federal que señala: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley". Como se ve, dicha disposición es una norma general, aplicable a todo contrato que celebren los particulares, pero que también constituye una regla que puede ser aplicada a otro tipo de contratos no específicamente regulados por el Código Civil, como lo pueden ser los mercantiles

e incluso los contratos celebrados por la administración pública, vemos aquí cómo esta norma puede ser utilizada como un principio aplicable a cualquier acto jurídico. La generalidad está referida a los elementos que la contienen y que la hacen aplicable a un mayor número de supuestos, incluso a aquellos no regulados por el propio Código.

Concomitante con lo anterior, también se entiende por principio, una norma que emplea términos oscuros o vagos, quedando incluidas aquellas que utilizan lo que en la doctrina se conoce como "*conceptos jurídicos indeterminados*", situación que ya se había apuntado por parte del profesor Dworkin, los cuales en la terminología del profesor Hart, cuentan con una "*textura abierta*". Ejemplo de esto lo encontraríamos en la siguiente disposición del Código citado, que se encuentra en la sección del contrato de mandato: "Artículo 2563. En lo no previsto y prescrito expresamente por el mandante, deberá el mandatario consultarle, siempre que lo permita la naturaleza del negocio. Si no fuere posible la consulta o estuviere el mandatario autorizado para obrar a su arbitrio, hará lo que la prudencia dicte, cuidando del negocio propio". Es evidente que los términos "*arbitrio*", "*prudencia*" y "*negocio propio*", son términos imprecisos que sólo pueden concretarse en casos particulares, sin que de antemano se pueda dar una definición completa sobre el contenido de estos términos.

También utilizamos este término cuando nos referimos a una acción pública a desarrollar por parte de los poderes públicos, como sucede en las normas programáticas, que implican derechos fundamentales sociales en las constituciones de los estados, como el derecho a la vivienda, a la salud, al medio ambiente, etc. En este caso, cobra relevan-

cia el criterio del mandato de optimización a nivel general que nos señalaba el profesor Alexy.

De igual forma y siguiendo a Dworkin y a la importancia que se suele atribuir a los principios, decimos que éstos tienen un claro contenido moral, y que expresan un valor superior en el ordenamiento jurídico, como acontece con el derecho a la libertad o a la igualdad. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que como lo enfatiza dicho autor, los principios en un sentido general, no sólo suelen tener un contenido moral, sino también aspectos de carácter económico, político o social que constituye un objetivo deseable para la comunidad, a los cuales daba el calificativo de "directriz", para distinguirlo de los principios, con el contenido moral apuntado.<sup>64</sup>

El vocablo que analizamos también puede ser utilizado como aquella clase especial de reglas que están dirigidas a los órganos de aplicación del derecho, como puede ser el siguiente ejemplo, contenido en el Código Civil, "Artículo 1857. Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán a favor de la menor transmisión de derechos e intereses; si fuere oneroso se resolverá la duda a favor de la mayor reciprocidad de intereses..."

Una norma que contiene una máxima general y que permite la aplicación sistemática del ordenamiento jurídico, como lo puede ser el último párrafo del artículo 14 constitucional, que obliga a los juzgadores a resolver todas las controversias civiles y administrativas que se les presen-

ten, y que inciden en la pretensión de plenitud del sistema jurídico.

Por supuesto que la anterior distinción no es exhaustiva y lo que es más importante, que podamos encontrar principios que comparten varias de las anteriores distinciones.

En ese tenor, uno de los primeros problemas que enfrentamos es precisamente cuál de todos los sentidos expuestos corresponde en realidad al tema de los principios. Seguramente debemos considerar que no existe una única ni sola naturaleza cuando hablamos de este término y que ontológicamente podamos considerar que existen varios tipos o clases de ellos, como sucede en el caso de las normas jurídicas.

Atienza, para aclarar más la situación, y siguiendo los dictados de Dworkin, distingue entre principios en sentido estricto, como aquellos que sólo contienen normas de carácter moral y que expresan un valor superior dentro del sistema normativo y normas programáticas o directrices, que sólo contienen normas programáticas, no necesariamente de contenido moral al poder público, las cuales al momento que confluyen en una misma situación deben dar preferencia a las primeras.

### 3. Clases de principios

En ese tenor, pudiéramos dar una clasificación sobre los principios, de acuerdo con lo que se ha expuesto, y siguiendo las ideas de Dworkin. En primer lugar tenemos a los principios en sentido estricto, los cuales tienen a su vez su fuente en valores morales, ya sea que se incorpo-

<sup>64</sup> Dworkin, *op. cit.*, pp. 72 y ss.

ren en normas o no, así como las directrices y normas programáticas, que tienen como fuente políticas públicas de carácter económico, social, cultural o político.

De acuerdo con Atienza, aun sería susceptible una distinta clasificación, tomando para ello la terminología de los maestros argentinos Alchourrón y Bulygin entre principios que van dirigidos a guiar la conducta de las personas y los principios dirigidos a regular el ejercicio de los órganos públicos.<sup>65</sup>

Otra clasificación podría ser la de principios explícitos, cuando se encuentran formulados y reconocidos o normados expresamente en el sistema jurídico y los principios implícitos, en los cuales son extraídos a partir de otras normas o enunciados normativos, sin que se puedan prever completamente en un momento determinado dentro del sistema de derecho.<sup>66</sup> Particularmente dentro de esta última clasificación, podríamos hacer referencia a los principios que si bien están fuera del sistema jurídico, se incorporan a él dentro de un determinado momento histórico, dada la "apertura" que existe en las constituciones actuales: "En cuanto se admite principios, y se admite que cabe una justificación superior de las aplicaciones de normas, efectuadas a la luz de principios, y se reconoce, por tanto, a los principios como ingredientes normales del discurso jurídico, desaparecen tanto el carácter cerrado del sistema jurídico, como la irresolubilidad de los conflictos entre reglas".<sup>67</sup>

<sup>65</sup> Véase Atienza, *op. cit.*, p. 5.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>67</sup> Habermas, *op. cit.*, p. 279.

Nosotros todavía podríamos hacer una subclasificación más dependiendo del ámbito de aplicación o especialidad del principio, y así tendríamos principios aplicables a todo el sistema jurídico y principios propios de determinada rama del derecho, como la administrativa o la penal. El principio de "*nullum crimen nullum penae sine legis*", sería un principio específico del derecho penal, que no resulta aplicable a otras ramas del derecho.

Por supuesto y al igual que acontece con las normas jurídicas, aún estaría pendiente una taxonomía exhaustiva respecto de los principios, que nos ayude a aclarar más su naturaleza y la forma en que operan dentro del razonamiento jurídico.

#### 4. Naturaleza de los principios

Otra cuestión relevante consiste en la naturaleza misma de los principios, ya que para algunos autores, Dworkin entre ellos, los principios por su estructura y finalidad, tienen y así deben ser considerados, una naturaleza distinta de las normas. En cambio, para otros autores, tanto las normas como los principios, tienen una naturaleza normativa, diferenciándose por otros factores, por lo que lo incluyen dentro del concepto de reglas jurídicas y así se hablaría de reglas como normas y reglas como principios, como lo postula Robert Alexy, o el último Hart.<sup>68</sup>

Los principios no sólo se distinguen de las normas por los atributos que los caracterizan, sino también por

<sup>68</sup> Entre ellos, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

la forma en que se aplican. Estas últimas, cobran relevancia cuando se cumple el supuesto normativo que contienen y en caso de existir conflicto entre ellas, luego entonces se utilizan normas secundarias que señalan la forma de seleccionar la norma idónea, a las que se les conoce como reglas para la solución de antinomias. Así se da preferencia a una norma especial, respecto de una norma general; a una norma posterior, respecto de una norma anterior, norma superior respecto de norma inferior, norma constitucional respecto de norma inconstitucional.

Sin embargo no sucede así con respecto a los principios, ya que como se ha apuntado y de acuerdo con la propia estructura que los conforman, la concurrencia de principios en una situación determinada, suele ocurrir con frecuencia y en ese tenor, no es posible la aplicación de los criterios que se utilizan para las normas. Por el contrario, existen reglas especiales muchas veces no positivadas, que sirven para resolver esta cuestión. La aplicación de varios principios, no implica el que se excluyan recíprocamente, sino que pueden coexistir en la solución del caso y la forma en que participarán se realiza, de acuerdo con Robert Alexy, mediante el criterio al que se denomina "*ponderación*", lo que implica un análisis y valoración de los que concurren para ajustar su necesidad, jerarquía y proporcionalidad.

Esto trae como consecuencia el que resulta imposible tener de antemano un criterio objetivo, permanente y fijo en la solución de problemas que pueden surgir entre los principios, lo que lleva a los abogados a resolver en cada caso los conflictos de principios que se les presentan, situación que no acontece con las normas,

donde de antemano se puede prever objetivamente una solución concreta. De ahí que el reconocimiento de la existencia de los principios y su importancia dentro de un sistema de derecho, implique como consecuencia, el reconocimiento de una actividad propia que determine en cada caso el grado de su participación, con ello, también se reconoce a esa actividad, el razonamiento jurídico, como elemento integrante del sistema normativo, ya que por medio de él, se puede llegar al establecimiento de la norma individual aplicable en un caso donde los principios participen.

En relación con lo anterior, Alexy ha intentado formular mediante lo que denomina "*ley de ponderación*" reglas que nos permitan conocer cuándo resultan procedentes la aplicación de determinados principios y la medida en que deben aplicarse, punto que considero resulta desacertado, por no poder dar fórmulas lógicas o matemáticas en este aspecto, lo que pudiera producir una reducción y "*cosificación*" de los principios, perdiendo su carácter dinámico y orientador.<sup>69</sup>

A nivel constitucional también se presenta la posibilidad de conflicto entre principios constitucionales y leyes ordinarias, en donde se aplican la prioridad de los principios, en atención a su jerarquía.

Por último, el conflicto entre principios y directrices lleva a la derrotabilidad de estos últimos, en atención al contenido moral de los primeros.

---

<sup>69</sup> Al respecto véase: Alexy, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales* (trad. Pablo Larrañaga), Fontamara, México, 2005, pp. 47 y ss. Habermas también ha combatido esta concepción de Alexy, véase *Facticidad y validez*, op. cit., pp. 262 y ss.

Por otro lado, los principios, a diferencia de la dimensión subordinada y subsidiaria que tenían en la visión positivista, se transforman no sólo como elementos importantísimos del sistema jurídico y, por lo tanto, como un papel destacado en la solución de controversias y de creación del derecho. Además, a diferencia de las normas, cumplen con una función explicativa y legitimadora del sistema jurídico, dadas las notas de abstracción, importancia y generalidad que presentan, sobre todo por su contenido material. Para Zagrebelsky, los principios cumplen actualmente una función supletoria, integradora y correctora en el propio sistema ante la insuficiencia de reglas.<sup>70</sup>

Como lo apunta Atienza, los principios a la par de las leyes científicas hacen posible una descripción sencilla sobre el contenido del sistema normativo, empleando varios de ellos, podemos sintetizar gran parte de los fines y las razones de las reglas que se contienen en él. Pero también dando los motivos y las finalidades de las normas que no encontramos en estas últimas, de tal manera que nos permiten ver al derecho, como un sistema ordenado de valores y sobre todo de sentido, aunque muchas veces son contradictorios, de tal manera que permiten ver las deficiencias en la integración del sistema positivo, lo que permite su modificación.<sup>71</sup>

De la misma manera como los principios incorporan valores morales o sociales en el sistema jurídico, cumplen a la par no sólo con la función integradora que he-

mos expuesto, sino de igual manera, con una función justificatoria de la existencia y permanencia de todo el sistema, lo que indudablemente contribuye a la legitimación del sistema jurídico.

Especial relevancia tienen los principios en nuestro tiempo, por la importancia que han tenido, lo que los distingue de su tratamiento y conceptualización en el positivismo, toda vez que los mismos se han incorporado, no sólo mediante el discurso de los abogados en la solución de las controversias civiles, penales o administrativas que se les presenten, sino sobre todo, por su expresa incorporación a las constituciones modernas. A partir de ahí, podemos decir que el derecho se ha materializado con el contenido de dichos principios que indudablemente reflejan valores morales y democráticos que se deben desarrollar, de tal manera que el conocimiento de lo jurídico, sólo puede ser logrado mediante el estudio de esos contenidos normativos, superando así las limitaciones que nos daba la concepción positivista. De esta manera, la Constitución de los estados occidentales modernos, y toda su regulación inferior, supone que su estudio ya no tiene únicamente por objeto la creación o distribución formal de poderes, sino el contenido material que lo inspira, con lo que la preocupación y la relación que se daba entre moral y derecho, que el positivismo afanosamente trataba de explicar, se ha visto disminuida al incorporarse esos principios morales en principios jurídicos que explican y desarrollan todo al sistema al que pertenecen.

En ese tenor, los principios han dejado de tener sólo una perspectiva moral para convertirse también en jurí-

<sup>70</sup> Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 117.

<sup>71</sup> Atienza, *Las piezas del derecho, teoría de los enunciados jurídicos*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

dicos y con ello, una necesidad de estudiarlos desde el punto de vista jurídico:

"De este modo, el constitucionalismo aparece como el mejor banco de prueba de la nueva teoría del derecho y ésta, a su vez, como una óptima justificación del modo de actuar de aquél. El constitucionalismo, en efecto, acostumbrado a trabajar con valores y principios, que son jurídicos pero también morales, así como a escrutar la validez/justicia de las normas o decisiones a la luz de los mismos, permite confirmar... lo acertado de una ciencia del derecho desde el punto de vista interno. Por su parte, la teoría del derecho del participante justifica y estimula al constitucionalista en la búsqueda de las mejores respuestas morales a los problemas jurídicos, otorgando carta de naturaleza a lo que, por lo demás era ya sabido: la función justificadora y no meramente descriptiva de la dogmática. No debe extrañar, por ello, que Dworkin propugne una teoría del derecho abiertamente comprometida con la cultura jurídica del momento, es decir, con el constitucionalismo, más concretamente que propugne la " fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética".<sup>72</sup>

Sin embargo, esa mutua dependencia entre moral y derecho, que confluye por medio de los principios y se une al procedimiento democrático, en la producción de las normas jurídicas, no debe llevarnos al extremo de confundir en la teoría y en la práctica a ambos sistemas. Si bien los dos pueden surgir y explicarse desde una sola base social, una adecuada teoría jurídica nos

debe llevar a una separación de ambos ordenamientos, en atención a sus características intrínsecas, pero sin dejar de reconocer su influencia recíproca.

Es decir, como nos lo recordara Esser, si bien los principios nos llevan a alejarnos del positivismo, lo hace para que regresemos a una nueva teoría que sin desdenar los logros que obtuvo y que todavía son consistentes con nuestras convicciones, nos permita superarlo pero retomando sus aspiraciones de un conocimiento certero. Esto es, hemos salido del positivismo, para en algún momento volver a él.

#### V. APÉNDICE. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN LOS TRIBUNALES DE MÉXICO

Actualmente tanto nuestra Constitución como nuestros distintos códigos civiles hacen mención a los principios generales del derecho. El motivo por el cual se incorporó en nuestra Constitución este concepto, obedeció a la deficiente procuración de la justicia que se daba en las distintas entidades federativas que conforman al país, ya que ante la existencia de cacicazgos y otras fuentes locales de poder, no era raro encontrar eventos en donde no se aplicaba ni siquiera la ley positiva. De esta manera se estableció como un derecho fundamental en la Constitución de 1917, que las controversias civiles o mercantiles que se plantearan ante los tribunales, se aplicaran en forma correcta.<sup>73</sup>

<sup>72</sup> De hecho quien motivó la inclusión de este tema en nuestro texto supremo, fue el tratadista Emilio Rabasa en su obra: *El artículo 14 constitucional. Estudio constitucional* (1906). Actualmente se puede encontrar en Porrúa, México. Particularmente los capítulos IX, X y XI.

<sup>73</sup> Prieto Sanchís, *op. cit.*, p. 57.

Por lo que se refiere a su inclusión en la ley civil, como sucedió en los restantes países de tradición latina, tuvo como propósito la de servir como una norma de clausura, al momento de resolver toda clase de controversias que se le presentaran al juzgador, ya que éste no se encontraba facultado para dejarla de resolver. Así ante la falta de norma jurídica expresa, de su interpretación o de su aplicación analógica, el juez debería echar mano de los llamados principios jurídicos.

El término de "*principio general del derecho*", se tomó de los anteriores códigos mexicanos de 1870 y 1884. A su vez éstos se inspiraron en el proyecto de Código Civil español de 1851 (conocido como García Goyena) y presumiblemente éste se inspiró a su vez en el Código Austriaco, que en su artículo 70, hablaba de principios jurídicos naturales y del Código Civil para el Reino de Cerdeña, también identificado como Código Albertino de 1837, en donde se utilizaba "Principios generales del derecho".<sup>74</sup>

Como lo apuntó para el caso de Italia, Georgio del Vecchio, si bien la aplicación que se le dio en la mayoría de los casos a esta expresión, denotaba un criterio positivista, no fue éste el que tuvieron en cuenta los legisladores que lo introdujeron por primera vez al sistema mexicano, como se puede desprender, de algunos

<sup>74</sup> Para ver el origen del artículo 14 constitucional y 19 del Código Civil, véase Batiza, Rodolfo, *Las fuentes del Código Civil de 1928*, Porrúa, México, 1979; Ovalle Favela, José, su comentario al artículo 14 constitucional en *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, 4a. ed., t. III, Porrúa, México, 1994, pp. 104-111; Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 8a. ed., Porrúa, México, 1982, pp. 54-58. De igual forma véase Diez-Picasso, Luis y Antonio Guillén, *Sistema de derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 141-143.

párrafos de la exposición de motivos del Código Civil de 1870:

"Estando fuera de la posibilidad humana la previsión de todos los actos que pueden ser materia de controversia, son de todo punto inevitables la insuficiencia de la legislación y la necesidad de suplirla, ora con los principios generales del derecho, ora con la tradición de los tribunales, ya con las opiniones de los jurisconsultos, ya, en fin, con la propia conciencia, fundada en el sentimiento de justicia y equidad que Dios ha inspirado al corazón del hombre, y que casi siempre se abre paso aun en medio de la lucha de los intereses y de las pasiones, lo que se omitió en las leyes no se omitirá por la providencia de los juzgadores".

Superadas las guerras internas en el país, que lo paralizaron casi todo el siglo XIX y normalizadas sus actividades y con ello la aplicación de las leyes civiles, la expresión de los principios generales del derecho, fue utilizada de distinta manera. En primer lugar, se hizo para suplir la legislación positiva, con base en la propia legislación incluyendo la histórica que se había aplicado en el país, como se reconoció por el Tribunal de Circuito de México en el mes de agosto de 1892.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, tercera época, t. VI, p. 515. En la sentencia que aparece en este registro, el Tribunal dispone que a falta de una ley nacional, se debe acudir a las leyes españolas que estuvieron vigentes, para cumplir con los tratados de Córdoba que nos dieron la independencia (considerando noveno). De esta manera, se aplica la novísima recopilación que estuvo vigente en nuestro país, antes de surgir de manera independiente. De cualquier manera en el considerando décimo segundo de la sentencia, se señala que los principios de derecho, se deducen sólo de las disposiciones legales incluso de las leyes derogadas, que obligan a juzgar los casos de otros

Una segunda postura fue la de considerar a este término, vinculado con las ideas de la moralidad y la justicia. Así se dijo que sí se podía extraditar a las personas que cometieran algún delito, a pesar de que no existiera un tratado internacional al respecto, con base en que los principios de moralidad y de justicia que: "exigen que los delitos no queden impunes, cualquiera que sea el lugar donde se cometen".<sup>76</sup> En esta vertiente se utilizaron principios que no estaban expresamente previstos en la legislación.<sup>77</sup>

La misma ambivalencia la encontramos en la aplicación de nuestro Código Civil actual de 1928, y la jurisprudencia positiva que nos regula, la cual comenzó, una vez entrada en vigor la Constitución que actualmente nos rige de 1917.

En efecto y al amparo de la doctrina italiana, se estableció que por principio general del derecho, no podían quedar incluidas abstracciones o generalidades jurídicas, sino, por el contrario, "principios cardinales del ordenamiento positivo", que se podían obtener de la abs-

---

iguales o semejantes. Otro ejemplo en donde al aplicarse esta noción se invocaron disposiciones positivas españolas, se encuentra en el *Semanario Judicial de la Federación*, segunda época, t. XIV, p. 995, donde el Tribunal de Circuito de México, el 8 de junio de 1888, aplicó disposiciones del "Reguli Juris", "Fuero Juzgo" y el "Fuero Real". Para la consulta de la llamada "jurisprudencia histórica" se utilizó la obra: "Jurisprudencia histórica y otros documentos de la época (1870-1910)", de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (DVD-Rom), México, 2003.

<sup>76</sup> Como lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 13 de julio de 1885, en su sentencia que aparece en el *Semanario Judicial de la Federación*, segunda época, t. IX, p. 73.

<sup>77</sup> Como lo encontramos en la sentencia que dictó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 22 de mayo de 1882, en su sentencia que aparece en el *Semanario Judicial de la Federación*, segunda época, t. IV, p. 715.

tracción de las normas que se encontraban en el propio sistema, como en su momento lo expusieron los juristas Ferrara, Richi, Brasi, Coviello, Ruggiero, Pachioni, Fadida o Bensa. Así las cosas, esta noción no podía hacer referencia a un concepto universal, ni a su vinculación con un derecho natural o normas morales, sino identificado siempre con normas positivas y concretas, y por lo tanto, dichos principios son particulares, históricos y variables, de acuerdo con cada nación y dependiendo de las condiciones sociales del derecho vigente.<sup>78</sup>

Así, los tribunales afirmaron que dicha noción, se obtiene de aquellas que pueden desprenderse de otros argumentos legales para casos análogos, o que se encuentran en otras leyes, ya sea positivas o históricas.<sup>79</sup> También apuntaron que sólo se aplican, de acuerdo con la entidad federativa de donde se abstraen los mismos y por lo tanto, los principios "generales" del derecho son en realidad locales, dependiendo de la ley del lugar de la que se obtienen.<sup>80</sup> Así se manifestó de igual manera que son subsidiarios y supletorios de las normas jurídicas, ya que nuestra Constitución, sólo autoriza acudir

<sup>76</sup> Véase Borja Soriano, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

<sup>77</sup> Como lo asentó la Tercera Sala, de la Suprema Corte de Justicia, en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XCVIII, p. 125: "Principios generales de derecho. Aplicación de". O el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en la competencia núm. 532/35, aparecida en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XLIII, p. 283: "Principios generales de derecho".

<sup>78</sup> Como lo determinó la Tercera Sala, de la Suprema Corte de Justicia, en el *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCVIII, quinta época, p. 125: "Principios generales de derecho, no pueden aplicarse como tales los preceptos del Código Civil del Distrito Federal, a controversias suscitadas en distinta entidad federativa".

a ellos ante la falta de texto legal expreso que regule la situación jurídica en análisis.<sup>81</sup>

Pero como sucedió en la vigencia de la Constitución anterior, también se dieron tesis jurisprudenciales que vincularon a los principios de derecho con verdades jurídicas notorias, indiscutibles de carácter general, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, mediante procedimientos jurídicos de generalización, sin que puedan estar en contradicción con el derecho positivo,<sup>82</sup> o también se consideraron como valores jurídicos.<sup>83</sup>

De hecho incluso los propios tribunales han reconocido paradójicamente la coexistencia de ambas posibles interpretaciones respecto de esta noción, vigentes al mismo tiempo.<sup>84</sup>

<sup>81</sup> Como lo estableció el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito en el amparo directo 264/97 que aparece en el *Semanario Judicial de la Federación*, VII, novena época, t. VII, junio de 1998, p. 692.

<sup>82</sup> Como se señaló por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo civil directo 6187/34 que se puede consultar en el *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LV, p. 2642, "Principios generales de derecho".

<sup>83</sup> Como lo fijó el Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito en la queja 243/91, que se puede consultar en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. VIII, noviembre de 1991, p. 145. De hecho, en una interesante tesis del Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en la queja 93/89, determinó que los principios generales del derecho son la formulación más general de los valores insitidos en la concepción actual del derecho y que son la manifestación auténtica prística de las aspiraciones de la justicia de una comunidad: "Principios generales del derecho, su función en el ordenamiento jurídico", *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, III, Segunda Parte, enero a junio de 1989, p. 57.

<sup>84</sup> Como se desprende en la sentencia del Tercer Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, en la queja 203/87, aparecida en

Con la llegada del nuevo "paradigma" que hemos apuntado en las páginas anteriores, por medio de la doctrina, se prevé un cambio en el criterio de los tribunales, respecto a la noción de principio de derecho, para vincularlo a principios superiores del ordenamiento jurídico, no necesariamente reconocidos en nuestros textos positivos, sino inspirados en los valores que conforman las sociedades democráticas.<sup>85</sup>

También el cambio apuntado lo podemos encontrar en tribunales especializados mexicanos, por ejemplo, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuando resolvió el llamado "caso Tabasco", declarando

el *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, Tribunales Colegiados de Circuito, 217-228, sexta parte, p. 514: "Queja procedente contra resoluciones dictadas durante el trámite de incidentes de reposición de autos, aun cuando no haya sido admitida la demanda de amparo, con fundamento en principios generales del derecho". En esta resolución, se transcriben algunos precedentes de la interpretación positivista del vocablo como aquellos que "son los principios consignados en alguna de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las que se han expedido después de 1917, sino también las anteriores a la Constitución de 1917", como también las fundadas en un iusnaturalismo: "son verdades jurídicas notorias, indiscutiblemente de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiere dado si hubiere estado presente o habría establecido si hubiere previsto el caso siendo condición que no desarmonice o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas deben llenar". Es interesante esta tesis porque para sentar su precedente, el Tribunal Colegiado realiza una mezcla de ambas interpretaciones, sin decidirse por ninguna de ellas.

<sup>85</sup> Como se puede ver en la sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "MATERIA ELECTORAL. PARA EL ANÁLISIS DE LAS LEYES RELATIVAS ES PERTINENTE ACUDIR A LOS PRINCIPIOS RECTORES Y VALORES DEMOCRÁTICOS PREVISTOS EN LOS ARTÍCULOS 41 Y 116, FRACCIÓN IV DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS", aparecida en la acción de inconstitucionalidad 30/2005 y que se puede consultar en el *Semanario Judicial de la Federación*, novena época, t. XXIII, abril de 2006, p. 646.

nula la elección para el gobierno de dicho estado de la República, debido a que el cumplimiento de principios fundamentales y democráticos resulta indispensable para que se declare válida una elección a cargo público, los cuales están incorporados en nuestra Constitución y en las leyes electorales estatales, lo que los convierte en imperativos, de orden público, de obediencia inexcusable y no renunciables, por lo que su acatamiento resulta indispensable.<sup>86</sup>

No cabe duda que con el cambio que ha operado en nuestro derecho, el tema de los principios, dejarán de ser vistos como elementos subsidiarios o supletorios de nuestra legislación, para pasar, a un mismo plano de importancia respecto de las normas positivas, como fuentes principales e integradoras de nuestro sistema.

\* En efecto, el tribunal señala lo siguiente en el considerando décimo tercero: "Dichos principios son entre otros, las elecciones libres, auténticas y periódicas; el sufragio universal, libre, secreto y directo; que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales prevalezcan los recursos públicos sobre los de origen privado; la organización de elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral, el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso a los partidos políticos a los medios de comunicación social, el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales. Como consecuencia de lo anterior, si esos principios son fundamentales en una elección libre, auténtica y periódica, es admisible arribar a la conclusión de que cuando en una elección, donde se consigne una fórmula abstracta de nulidad de una elección, se constate que alguno de estos principios ha sido perturbado de manera importante, trascendente, que impida la posibilidad de tenerlo como satisfecho cabalmente, y que por esto se ponga en duda fundada la credibilidad y la legitimidad de los comicios y de quienes resulten de ellos, resulta procedente considerar actualizada dicha causal". Revisión constitucional electoral, expediente SUP-JRC487/2000 y su acumulado SUP-JRC-489/2000, actores Partido de la Revolución Democrática y Partido Acción Nacional.

## DIRITTO COME REGOLE E COME PRINCIPI

FRANCO BONSIGNORI

### PREMESSA

Nell'affrontare questo argomento prendiamo le mosse da una sintetica definizione teorica delle nozioni di "regola giuridica" e di "principio giuridico", da sempre figure importanti della cultura giuridica. Procederemo poi all'analisi del rapporto e della funzione di tali figure nella struttura ontologica del diritto, a cui faremo seguire un tentativo sommario di descrivere il ruolo e le forme da esse assunte nel corso della sua storia. A tale proposito ci riferiremo al diritto occidentale d'ispirazione romanistica, quale grandiosa esperienza storica in cui si riflettono a nostro avviso aspetti essenziali della natura profonda del *jus*.

### I. DEFINIZIONI

1. La prima definizione è quella di "regola giuridica". S'intende con il termine "regola" un'entità linguistica - o comunque sempre riducibile a dato linguistico - dotata di una configurazione logico-semantica, anche se non necessariamente di una forma esteriore, "imperati-

va" e derivante da una manifestazione originaria di volontà, non necessariamente umana, indirizzata a porre obblighi. E si usa il termine "giuridica" per delimitare un sottoinsieme della medesima, il cui ambito deriva dall'assunzione di una certa definizione generale del diritto e può variare in funzione di essa. Nella dottrina sono state proposte diverse tipologie e tassonomie di regole giuridiche.<sup>1</sup> La seconda definizione è quella di "principio giuridico". S'intende con il termine "principio" un'entità essa pure linguistica dotata di una configurazione logico-semantica, anche se non necessariamente di una forma esteriore, "descrittiva" e derivante non da una manifestazione originaria di volontà ma da un'elaborazione conoscitiva di dati. E si usa il termine "giuridico" per delimitare un sottoinsieme del precedente, il cui ambito deriva come sopra dall'assunzione di una certa definizione generale del diritto e può variare in funzione di essa. Alla stregua di questa nozione, un principio giuridico rappresenta una formulazione assai generale esprimente idee, valori e finalità relativi sia a un settore della realtà giuridicamente rilevante, sia ad altri principi o gruppi di principi di cui fornisce un'elaborazione e uno sviluppo, sia infine a regole o a gruppi di regole presenti in uno o più ordinamenti giuridici, nei cui confronti delinea e precisa aspetti generali e fondativi. In tutti e tre i casi il principio può essere autoevidente ove sia espresso e non autoevidente ove non sia espresso in linguaggi normativi o conoscitivi: con differenze di accentuazione in virtù della natura

<sup>1</sup> Cfr. ad esempio N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 145 ss.; M. Iori-A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, p. 251 ss.

del principio, nel senso che i principi rivolti alla realtà o ad altri principi tendono meno ad essere autoevidenti rispetto a quelli rivolti alle regole. Quando il principio è autoevidente si parla di *principio giuridico esplicito*; quando il principio è non autoevidente si parla di *principio giuridico implicito*. Il principio giuridico esplicito ha una qualità linguistico-semantica comparabile a quella delle regole, salvo maggiori ambiguità e vaghezza dovute al suo proprio carattere generale-fondativo. Esso può essere appreso attraverso una semplice descrizione, sia pur combinata a un certo intervento ermeneutico. Il principio giuridico implicito ha invece una qualità linguistico-semantica assai più sfumata e complessa, per cui il suo apprendimento richiede un lavoro ermeneutico-conoscitivo sulla realtà e sui linguaggi con un crescendo di difficoltà - in termini di ambiguità e di vaghezza - che va dal riferimento alle regole, ad altri principi e alla realtà. Così, può accadere che dall'analisi degli stessi contesti di dati - realtà, principi, regole - vengano tratti principi diversi o addirittura opposti, e ciò sia perché da quei contesti può emergere pluralità di principi, sia perché gli stessi ermeneuti possono essere indirizzati da differenti scelte tecniche o valutative. E' quindi difficile, o forse impossibile, sapere con sicurezza quali sono i principi impliciti inerenti ad uno o ad un altro contesto, secondo l'ordine di difficoltà prima indicato. Un'ultima connotazione importante dei principi giuridici, che li distingue nell'ambito dei linguaggi descrittivi, è il loro "impatto" normativo. Poiché appartenenti al diritto che fornisce una disciplina delle condotte, essi hanno un "effetto" normativo il quale può essere tanto diretto ove il principio stesso sia assunto a fonte di ob-

blighi, quanto *indiretto* ove il principio funzioni quale elemento dell'operazione attraverso le regole. Vedremo meglio più avanti queste figure.<sup>2</sup>

## II. TEORIA

1. Fissate le definizioni, passiamo al secondo punto dell'analisi. E' indubbio che la cultura giuridica mostra, e ha sempre mostrato nel corso della sua storia, una costante presenza di regole e di principi. Ciò significa che essi hanno a che fare con l'ontologia stessa del diritto? Siamo di fronte ad aspetti della sua naturale struttura, oppure si tratta di figure che hanno diversi statuti e funzioni? Insomma, di cosa è fatto il diritto: di regole, di principi, di ambedue o magari di qualcos'altro? e in quale rapporto stanno i suoi componenti?

Appare evidente che la risposta a queste domande apre un problema tipico di definizione generale del diritto, e quindi richiede alcune osservazioni preliminari sull'argomento. S'intende la definizione generale del diritto come il risultato di un'operazione conoscitiva complessa che sta all'origine della formulazione di una qualsiasi visione del mondo giuridico; e poiché una visione del mondo giuridico esprime una metafisica, e cioè rappresenta un approccio ermeneutico al *jus* di natura opzionale e valutativa, la definizione generale del diritto ne condivide interamente i profili. Parlando su un piano linguistico-semantico questo vuol dire che la definizione formula sostanzialmente una "stipulazione" di signi-

ficato, e cioè una proposta di nuovo significato la quale incontra un limite strutturale e un limite funzionale e si sottopone a un giudizio complesso. Il limite strutturale consiste nel fatto che la definizione, per essere sensata e accettabile, deve rendere conto della realtà e rappresentarne i caratteri; va esclusa perciò ogni arbitraria stipulazione ed il processo definitorio assume anche una qualità descrittiva in ordine alla realtà e ai linguaggi. Tale connotazione è resa dal concetto di "definizione esplicativa" o "ridefinizione".<sup>3</sup> Il limite funzionale deriva dalla circostanza che la definizione costituisce uno strumento per la ricerca, e quindi deve servire al sapere in cui è formulata; di conseguenza stipulazioni diverse possono o debbono essere offerte per differenti ricerche senza che ciò implichi contraddizione. Il giudizio complesso infine è il risultato di tutti i precedenti profili. Infatti, da un lato le esigenze di rappresentazione "realistica" e di funzionalità alla ricerca assoggettano la definizione a un giudizio "descrittivo" di tipo sia fattuale sia pragmatico-strumentale, mentre dall'altro lato la natura metafisico-valutativa dell'operazione definitoria apre la strada anche a un giudizio peculiarmente assiologico, alla cui stregua i valori assunti vengano accolti o respinti. E questo, alla fine, è il giudizio più rilevante e conclusivo.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> L'originaria formulazione di tale concetto di definizione del diritto risale alla filosofia analitica: cfr. U. Scarpelli, *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, p. 9 ss.

<sup>3</sup> Una più ampia trattazione del problema della definizione generale del diritto, che mette in evidenza tutti i precedenti aspetti, si può trovare in F. Bonsignori, *Concetto di diritto e validità giuridica*, Giuffrè, Milano 1985, p. 95 ss.

<sup>4</sup> Per una sintetica analisi dei concetti di "regola giuridica" e di "principio giuridico", cfr. ancora *ibidem*, p. 239 ss.

2. Alla luce di tale idea di definizione possiamo affrontare il problema della natura del *jus* e del ruolo in essa svolto da regole e principi. Appare evidente che l'ambito di ricerca a cui guardiamo è peculiarmente quello teorico-filosofico, e quindi che il concetto di diritto corrispondente deve avere una portata il più possibile generale e comprensiva, capace di render conto della globale fenomenologia giuridica e dei linguaggi pratici e conoscitivi che in essa e attorno ad essa si costruiscono. Orbene, in tale prospettiva possiamo fare una prima e fondamentale osservazione: una definizione teorico-filosofica del concetto generale di diritto non può in alcun modo evitare il riferimento alla dimensione delle regole. Per l'evidenza storica che essa rivela fin dalla più lontana antichità - pensiamo, ad esempio, agli ordinamenti politici e religiosi che si sono succeduti nella storia<sup>5</sup> -, per il potente sviluppo assunto nella modernità e nei tempi attuali, per la grandiosa convergenza di concezioni e di pratiche culturali indirizzate in quel senso, per tutti questi e altri motivi la figura delle regole s'impone come un contenuto del campo referenziale del concetto di diritto dal quale non è dato prescindere, e quindi come un aspetto centrale ed essenziale della natura del *jus*. Una definizione del diritto formulata in ambito teorico-filosofico - ma probabilmente ogni possibile definizione del diritto - sarebbe perciò insensata, inutile e vuota se non prevedesse la figura delle regole! Si può affermare quindi che il diritto è fatto senz'altro di regole, ossia possiede una dimensione "normativa"

<sup>5</sup> Per un sommario quadro storico dell'evoluzione mondiale dei vari sistemi giuridico-culturali, cfr. M. G. Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Einaudi, Torino 1978.

da cui è connotato peculiarmente in tutte le sue possibili forme e trasformazioni.<sup>6</sup>

Questo però vuol dire che il diritto è fatto "solo" di regole mentre i principi hanno diverse funzioni e collocazioni? In realtà, non è proprio così. Infatti, se ben guardiamo, gli stessi argomenti prima indicati per le regole valgono anche per i principi. Qui pure siamo di fronte alla tradizione di una costante presenza di principi, di pratiche e di concezioni ad essi ispirate che hanno fatto la storia della cultura giuridica. Cambia soltanto la direzione assunta nella modernità, ove si assiste a un arretramento dei principi in favore delle regole; questo appunto è il senso della cultura giuridica che ha dominato i due secoli passati e ancora fa la sua parte nel presente. Si potrebbe pensare, sempre alla luce di una definizione teorico-filosofica del diritto, che il passaggio dai principi alle regole sia il risultato di un'evoluzione del fenomeno giuridico nel senso di una progressiva maturazione? per cui i principi sarebbero sì una forma del diritto, ma ancora imperfetta e destinata ad essere superata in quella più evoluta e matura delle regole, ove i principi non sparirebbero ma resterebbero come una sorta di fenomeno collaterale importante, utile, magari imprescindibile per le operazioni giuridiche, però non ontologicamente qualificante? Questa è senza dubbio una concezione con cui molti giuristi potrebbero concordare. Ma, in realtà, non sembra un'idea convincente, e ciò si può dimostrare attraverso

<sup>6</sup> «Il normativismo per lo più non è una specifica e autonoma concezione generale del diritto (...): esso è piuttosto un insieme di tesi comuni a molte correnti del pensiero giuridico moderno e contemporaneo, e compatibile con concezioni del diritto differenti, basate anche su differenti atteggiamenti filosofici e giuridici» (M. Jori-A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 82).

un'analisi che affronti proprio la figura delle regole e ne descriva struttura e funzionamento.

3. Come s'è detto, la regola giuridica è un linguaggio, ossia un "testo" linguistico, di tipo normativo. In quanto tale possiede un "significato" che va compreso per la gestione conoscitiva e pratico-applicativa della medesima. Ora, ogni testo normativo possiede una complessità semantica in conseguenza di vari fattori: la naturale "apertura" dei termini generali e astratti, l'interazione endosistemica delle regole che ne dilata gli effetti, i limiti della capacità umana di conoscere e di prevedere la realtà, la presenza di dimensioni assiologiche e teleologiche esse pure semanticamente aperte, l'evoluzione continua della vita, ecc. Tutto questo apre un'indeterminatezza che impone la necessità di sostanziali "precisazioni semantiche", poiché l'applicazione delle regole ai casi concreti richiede ovviamente la fissazione di sensi abbastanza precisi. E' necessario quindi un intervento ermeneutico che formuli opzioni di significato per definire l'ambito referenziale delle regole. Da ciò non è possibile in alcun modo prescindere: l'opzione interpretativa rappresenta un'attività irriducibile, strutturale, intrinsecamente connaturata al farsi e all'evolversi del diritto come regola. E siccome l'indeterminatezza semantica coinvolge non solo aspetti oggettivi - di tipo teorico o fattuale - ma anche scopi e valori, la scelta ermeneutica avrà una doppia valenza: sarà al contempo tecnico-descrittiva ed assiologico-valutativa, variando il rapporto fra i due profili secondo una linea che va da regole particolari su casi chiari a regole più generali su casi problematici fino alle grandi regole che investono gli alti principi e valori fondativi delle culture.

Con tale idea della gestione conoscitiva e pratico-applicativa delle regole non concordano varie teorie

ermeneutiche riduttivistiche, le quali si affidano generalmente a tre argomenti distinti. Il primo argomento, qualificabile come *formalistico-soggettivistico*, ritiene che il significato di una regola, a prescindere da ogni altro possibile significato, è quello voluto dal legislatore, il contenuto dell'"intenzione" di esso. Il secondo argomento, qualificabile come *formalistico-oggettivistico-teleologico*, afferma che il significato di una regola, a prescindere da ogni altro possibile significato, è quello "adeguato" agli scopi e ai valori che essa intende raggiungere, si tratti di scopi e valori naturali o storico-sociali. Il terzo argomento, qualificabile come *non formalistico-oggettivistico-pragmatico-evolutivo*, sostiene che una regola esprime, fra tutti i possibili significati, un senso adatto volta a volta alle circostanze in cui opera, e quindi una successione storica di sensi correlativa allo sviluppo dei contesti.<sup>7</sup> Ma, in realtà, tutti questi argomenti prestano il fianco a critiche. Contro la prima dottrina si può obiettare che l'"intenzione" del legislatore, in quanto fatto storico, non sempre appare ben definita o definibile, per cui assai spesso essa non è altro che quella assegnata al legislatore dagli interpreti stessi. Anche i valori e gli scopi a cui guarda la seconda dottrina non sono affatto autoevidenti e lasciano adito a vari intendimenti, fra i quali gli interpreti sono costretti a orientarsi seguendo più o meno coscientemente idee soggettive. Infine, il concetto di "significato adatto alle circostanze" della terza dottrina non è meno ambiguo dei precedenti,

<sup>7</sup> Un quadro generale delle problematiche e delle teorie ermeneutiche è offerto ancora in *ibidem*, p. 205 ss. Sull'argomento cfr. anche U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano 1976, p. 345 ss.

lasciando agli interpreti uno spazio ancora maggiore di discrezionalità relativo sia ai dati di fatto, sia alle loro opportune regolazioni normative, sia ai significati ad esse meglio adeguati. Nessuna di queste dottrine quindi appare in grado di contraddirre la concezione ermeneutica sopra indicata, che si conferma come una visione congrua, coerente con la complessa natura delle regole e capace di rispecchiare i profili.

*4. Ora, una conclusione del genere porta con sé conseguenze importanti in ordine all'ontologia stessa delle regole, cioè alla loro natura sostanziale. Infatti, l'operazione ermeneutica così intesa svolge un effetto peculiarmente "creativo" sulla formazione delle regole giuridiche contribuendo in modo concreto alla definizione del loro contenuto. Dato che il testo normativo prodotto dalla volontà originaria - il cosiddetto "testo delle fonti" - attua il suo scopo regolativo non immediatamente ma solo attraverso una precisazione semantica, esso appare in sé un testo imperfetto e preliminare bisognoso d'integrazione: è sostanzialmente un materiale grezzo da definire, una sinopia da completare con l'affresco. L'operazione ermeneutico-assiologica - che produce a sua volta un testo, il cosiddetto "testo degli interpreti" - compie appunto tale completamento fornendo il prodotto finito e pronto all'uso. Di conseguenza, il testo delle fonti rappresenta non la regola giuridica già completa che aspetta solo di essere conosciuta e applicata, bensì solo una parte della medesima a cui si aggiunge l'altra parte formata dal testo degli interpreti. La regola giuridica risulta in tal modo costituita "ontologicamente" dall'unione e dalla combinazione dei testi delle fonti e degli interpreti, ai quali compete peso e valenza del tutto equipollenti.*

*Da questa figura composita della regola derivano tre importanti corollari. Il primo corollario afferma che esiste un irridimibile rapporto di "coimplicazione" e di "consecutività" fra testo delle fonti e testo degli interpreti, nel senso che non ci può essere regola giuridica senza la compresenza di un testo delle fonti e di un testo degli interpreti tale che il primo "anticipa" sempre il secondo rappresentando la parte iniziale, logicamente e temporalmente, della regola. Ciò contraddice per un verso le dottrine che fanno dell'operazione ermeneutica un processo marginale e successivo alla formazione autonoma delle regole, e per l'altro verso le dottrine favorevoli all'idea di regole implicite non pronunciate dalle fonti. Il secondo corollario sostiene che l'operazione ermeneutica compie una creazione "condizionata" e "delimitata": poiché non può enucleare significati diversi da quelli insiti nel testo delle fonti, l'intervento creativo è un'operazione su significati dati che investe una parte soltanto della regola e non la regola intera. Questo smentisce le dottrine secondo cui gli interpreti sono una fonte globalmente creativa del diritto, come ad esempio il realismo giuridico radicale, la dottrina del diritto libero, ecc.<sup>8</sup> Il terzo corollario afferma che la regola giuridica possiede una parte fissa e immutabile, il testo delle fonti, e una parte mobile e mutevole, il testo degli interpreti. La loro interazione fa sì che da un unico testo delle fonti possano uscire tante regole quanti sono i significati ad esso attribuiti nel corso della sua vita: regole tutte diverse fra loro ma aventi comune origine nel capostipite, il testo delle fonti. Ne deriva che la regola giuridica non è un ente stabile e dato una volta per tutte: essa ha una "storia" nel tempo, dispiegandosi come fenomeno evolu-*

<sup>8</sup> Sul realismo giuridico radicale, cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano 1962. Sulla dottrina del diritto libero, cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1966, p. 82 ss.

tivo che rielabora costantemente lo stesso materiale in forme a priori indefinite e indefinibili. Rende bene questa figura l'immagine di un fiume che dalla sorgente - la formazione del testo delle fonti - giunge al mare - l'abrogazione della regola - mostrando nel suo cammino varie diramazioni - le successive interpretazioni di significato - ove scorre la stessa acqua però in forme diverse a seconda della natura dei defluenti. Una figura dunque "processuale" e "olistica" della regola giuridica, alla cui stregua essa risulta un ente complesso e collettivo, frutto del lavoro integrato di vari operatori e in specie dei legislatori e degli interpreti.<sup>9</sup>

5. Di fronte a una visione siffatta della regola giuridica, proprio la dimensione alternativa dei principi entra in campo in modo centrale e determinante. Infatti, appare evidente che l'operazione ermeneutica –così come delineata– risulta strutturalmente e inevitabilmente attraversata dai principi. Essa non si risolve in una mera "aneddotica descrittiva" delle regole ma rappresenta un'ampia elaborazione teorico-pragmatica ove la dimensione dei principi forma lo sfondo su cui s'imposta la filigrana dei discorsi trovando unità e coerenza. E' anche, o principalmente, in base ai principi che l'interprete si orienta fra i significati, individua relazioni, compie scelte; e poiché l'operazione ermeneutica coinvolge scopi e valori, si tratta di principi tanto tecnico-descrittivi quanto assiologico-valutativi, ed ambedue sia esplicativi che impliciti. L'intero arco dei principi è insomma coinvolto nel processo emeneutico, in un'azione ad ampio raggio ove un intrico di decisioni, di va-

<sup>9</sup> Per una descrizione più ampia e approfondita di tale dottrina, cfr. F. Bonsignori, *Diritto, valori, responsabilità*, Giappichelli, Torino 1997, p. 103 ss. Un'analisi simile, ma con intenzioni ed esiti diversi, si può trovare in R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino 1990, *Introduzione*.

lutazioni e di scelte insieme pragmatico-strumentali ed assiologiche forma e trasforma il diritto in modo incessante.

In seguito a ciò, la concezione delle regole, dei principi e del loro rapporto risulta profondamente coinvolta. Poiché il processo ermeneutico "dà sostanza" alla regola, i principi entrano dentro la regola e la costruiscono. La regola è "abitata" dai principi, intimamente unita ad essi in una commixtio che ne riduce l'"alterità" e ne determina i contenuti. Al contempo, i principi mostrano a loro volta profili inaspettati. Almeno in larga parte<sup>10</sup> appaiono autonomi e originari anziché derivati da regole, sia ciò inteso nel senso "naturale" della visione giusnaturalistica o in quello "culturale" della visione giuspositivistica: stanno insomma sullo stesso piano delle regole e interagiscono con esse da pari a pari svolgendo un proprio ruolo. Ogni concezione riduttivistica ed ancillare dei principi viene così radicalmente smentita. Di converso, però, i principi sono anche legati alle regole e stretti entro i loro confini, trovando in ciò dei limiti sostanziali alla propria autonomia. L'operazione attraverso principi non muove liberamente dalla realtà e dai linguaggi, ma è vincolata da un tessuto di regole che l'imbriglia a guisa di tela di ragno sistematica e ben congegnata e definisce lo spazio semantico entro cui essa può muoversi. L'ermeneuta dei principi insomma opera in ampia misura come un "servo delle regole", le quali gli alzano attorno un baluardo intermediante la sua relazione col mondo. Più che un esploratore di territori liberi e imprevedibili, egli è un "giardiniere" a cui compete la cura di piante preziose –i principi– entro un hortus sostanzialmente conclusus. Un hortus conclusus che mostra però almeno due vie di fuga.

<sup>10</sup> Infatti, resta indubbia la presenza nell'ordinamento di principi meramente tecnici ad esso interni.

*La prima deriva dal fatto che l'ermeneuta contribuisce alla formazione ontologica delle regole, per cui la sua operazione incontra un muro costruito pure con le proprie mani, un limite ai principi la cui rigida alterità s'affenua poiché è dai principi stessi influenzato. La seconda, ancora più rilevante, ha a che fare con la natura assiologico-valutativa dei principi o di ampia parte di essi. Tale profilo rivela infatti notevoli complessità. Nella misura in cui l'ermeneuta tratta principi implicanti scopi e valori - in particolare le grandi finalità che danno anima e fondamento ai popoli e ai sistemi - si trova in un universo semanticamente fluido e indeterminato ove confluiscono ambiti vari e diversi delle culture. Pur muovendosi entro il diritto, egli ha a che fare suo malgrado col mondo esterno ad esso, con la cultura globale che lo circonda e in specie con le riserve attigue della morale e della politica. I grandi principi sono perciò, in qualche modo e irrimediabilmente, figure ibride e miste, enti "giuridico-morali-politico-culturali" che agiscono come "ponti" di connessione fra i mondi, come "porte" aperte alla loro reciproca visitazione e contaminazione. Di conseguenza, il lavoro giuridico che li utilizza, pur rivolto alle regole e mantenuto nei loro confini, non può essere "solo" giuridico: è un lavoro complesso che opera in molteplici direzioni entrando nella cultura globale e interagendo coi vari aspetti di essa. Insomma, alla fine l'hortus delle regole, pur se imprigiona l'operazione in base ai principi, appare tutt'altro che rigidamente conclusus. Il suo giardiniere può guardare nel vasto mondo per ricavarne intuizioni e novità, e appunto all'uopo sa modellare con abilità il muro di confine. Addirittura, ove sia un poco ardito è in grado anche di avventurarsi direttamente in quel mondo per ritornarne con linfe e nuove essenze. Ed in effetti, come potrebbe il giardino essere così rigoglioso usando solo del proprio, senza i tesori giunti da*

*altrove? L'ermeneuta e i suoi principi sono quindi senz'altro "servi delle regole", ma solo a metà: rappresentano sostanzialmente dei "servi-liberi", che pur accettando la sudditanza conservano un'indipendenza e non rinunciano a darle spazio. Figure strane, contraddittorie, in qualche modo paradossali; di quelle figure -un poco inquietanti, irregolari e trasgressive- che sono alla fine i "germi" preziosi della cultura e le conferiscono impulso e movimento.*

6. A questo punto, siamo in grado di rispondere alla domanda iniziale sulla presenza e sul ruolo di regole e principi nella dimensione del jus. Si può affermare, alla luce e per le esigenze di una definizione teorico-filosofica del diritto, che tanto le regole quanto i principi si configurano come elementi del campo referenziale del concetto di jus, e quindi come aspetti dell'ontologia del giuridico. Il diritto è costituito sia da regole che da principi, dotati ambedue in larga misura di autonomia ma interagenti in modo profondo e irriducibile nella struttura e nella dinamica del fenomeno, al punto che i principi formano il corpo stesso delle regole e ne condizionano l'elaborazione mentre le regole imbrigliano i principi e l'operazione che li riguarda in vincoli determinanti pur se non irriducibili. Se collochiamo tali figure sullo sfondo complessivo della cultura e delle sue articolazioni, si può affermare che i principi giuridici, nel loro esprimere linguaggi sostanzialmente descrittivi-conoscitivi, sono aspetti della cultura diffusa ove si svolge la relazione comune fra gli uomini, mentre le regole giuridiche, per la forma imperativa e la presenza di volontà normative, tendono verso il potere e quindi verso il settore specifico della relazione politica: pur se esistono insiemi di regole giuridiche - quelle sociali, consuetudinarie, ecc. - senz'altro operanti nella cultura diffusa. Si può affermare perciò, almeno in linea

di massima e tendenzialmente, che il diritto come principi è una dimensione della cultura diffusa e che il diritto come regole è una dimensione della cultura politica: e quindi che il fenomeno giuridico nel suo insieme esprime un arco ampio e complesso di realtà il quale investe la cultura globale a vasto raggio e diffonde i suoi contenuti in varie diramazioni.

La vita del diritto è sostanzialmente una continua interazione di queste dimensioni - regole e principi, politica e cultura - le quali s'intersecano, si rimandano e si connettono senza sosta: un vero e proprio caduceo<sup>11</sup> di linee costantemente avvolte in un viltuppo inestricabile. Spesso una dimensione può prendere la prevalenza sull'altra e dominare il campo magari per lunghi periodi, ma ciò non vuol dire né che l'altra scompaia né che siamo di fronte a un'evoluzione progressiva o regressiva. Si tratta soltanto di fasi storico-culturali, soggette ad avvicendarsi e a ribaltarsi in un moto che è circolare e ritornante anziché lineare e unidirezionale. E ove una figura prevalga sull'altra cambiano anche i soggetti centrali di riferimento. In un periodo di dominio delle regole i protagonisti fondamentali del diritto sono i politici; lo jus s'incardina alla politica ed essa in larga misura lo forma e lo gestisce quale strumento delle sue operazioni. In un periodo di dominio dei principi invece i protagonisti fondamentali del diritto sono i

<sup>11</sup> Non a caso Ermes, portatore del caduceo, è il dio degli scambi e dei commerci e quindi ha a che fare strettamente con la dinamica del diritto: < Dio dei pastori e dei viaggiatori, inventore di mucchi di pietre che indicano il cammino, dio dell'astuzia e del ladrocinio, ma anche signore dello scambio e del contratto, astuto nelle parole e truffaldino negli atti> (L. Kahn-Lyotard, *Ermes*, in Y. Bonnefoy, *Dizionario delle mitologie e delle religioni. Le divinità l'immaginario i riti il mondo antico le civiltà orientali le società arcaiche*, a cura di I. Sordi, tr. it. di L. Bedini, V. Brugnatelli, G. Imperiali, M. S. Manca di Villahermosa, M. G. Meriggi, R. Pela, S. Persetti, M. N. Pierini, C. Pieruccini, L. Tricarico, Rizzoli, Milano 1989, p. 596).

soggetti della cultura. Naturalmente non tutti i soggetti; per la sua peculiare complessità il diritto sta sempre in qualche misura lontano dall'uomo comune ed ha bisogno di specialisti, i competenti giuristi, che assumono vari aspetti di cui la storia è ricca: sapientes, giudici, scienziati, giudici-scienti, ecc. Ma certo, in ogni fase storica tanto i politici quanto i giuristi sono, magari in disequilibrio e con impegni diversi, chiamati all'opera, poiché il diritto richiede, proprio in virtù delle figure che lo conformano, le operazioni degli uni e degli altri.

### III. STORIA

1. Il quadro teorico prima indicato trova conferma nella storia della cultura giuridica in specie occidentale. Tutta la grande tradizione del diritto romano - dalle origini alla fioritura del diritto pretorile, alla codificazione giustinianea, alla rinascita medioevale e al poderoso sviluppo del *jus commune* - esprime una visione del diritto come fatto eminentemente da principi. Al cuore di esso sta l'opera degli scienziati, o dei giudici-scienti, che in direzioni molteplici - guardando alla realtà, alle relazioni, ai linguaggi, ecc. - percorrono i tortuosi sentieri del *jus* e del *justum*. Sono i sapienti giuristi, dai *iurisprudentes* romani agli ermeneuti medioevali, che esplorano le misteriose logiche di una ragione giuridica immersa nella cultura globale come sua linfa profonda e ai quali spetta, proprio in virtù della loro *sapientia*, una parola finale di fronte a chiunque: al potere politico e spesso alla Chiesa medesima. Ricordiamo come il conflitto giuridico descritto ne *Il mercante di Venezia* di Shakespeare - e relativo a tempi già piuttosto avanzati -

non è risolto dalle istituzioni ma da un finto *iurisprudens* chiamato appositamente per decifrare il groviglio, la cui parola viene accolta e sancita senza discutere. Certo, anche le regole fanno parte del quadro ma con un ruolo più marginale: sono fra gli ingredienti del grande gioco la cui gestione globale e definitiva risiede nella funzione ermeneutica e propositiva della *sapientia*. Ciò che dice il diritto per bocca dei giuristi, e non il potere per bocca dei potenti, è da osservare: *Veritas, non auctoritas, facit legem*. Naturalmente, la *veritas* deve tradursi in *auctoritas* se il diritto vuole svolgere il ruolo di guida delle condotte che gli compete. Così, le pronunce dei *sapientes* divengono automaticamente modelli di comportamento per i consociati, applicati dai giudici e volti verso il futuro, compiendo con ciò un "salto logico" dal descrittivo al prescrittivo che poi una parte importante del pensiero moderno e contemporaneo riterrà inammissibile.<sup>12</sup> Questa visione percorre secoli e secoli della cultura giuridica occidentale avallando l'idea dell'esistenza di un'intrinseca "logica giuridica della ragione", di una specifica e alta "ragione pratico-giuridica universale", che giunge fino alle soglie del nostro mondo e trova i suoi ultimi epigoni nella grande stagione autunnale della pandettistica tedesca.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Questa dottrina, nota come "Divisionismo", è avvalorata specialmente dalla filosofia analitica del diritto contemporanea: cfr. M. Jori-A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 190 ss.; F. Bonsignori, *Le regole e il potere. Filosofie del diritto e della politica*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 25 ss., 45 ss.

<sup>13</sup> Per una presentazione generale della pandettistica tedesca, cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 17 ss.

2. Intanto che i sapienti giuristi compiono il loro lavoro, s'affirma e si consolida in Occidente un'antica forma di pensiero giuridico che dal medioevo in poi riprende nuovo vigore: il *giusnaturalismo*. Nel suo nucleo teorico essenziale, il giusnaturalismo presenta una concezione "dualistica" del diritto basata sulla distinzione fra diritto naturale –*jus naturale*, indipendente dalla creazione umana, universale, uniforme e immutabile– e diritto positivo –*jus positum*, fatto dagli uomini, relativo, differenziato e storicamente mutevole-. Fra i due ordini di diritto è posto un rapporto gerarchico alla cui stregua il diritto naturale "legittima" il diritto positivo nel senso che questo assume natura giuridica, e quindi obbligatorietà, solo alla luce del diritto naturale. Il diritto positivo diviene così sostanzialmente un mero strumento del diritto naturale, che serve a realizzare gli astratti dettami di esso nella realtà della vita concreta.<sup>14</sup> Se ben guardiamo, tale dottrina riprende sostanzialmente i motivi di fondo della cultura giuridica tradizionale prima indicata. Infatti, il quadro teorico che presenta esprime una *metateoria* di tipo oggettivista e cognitivistico, alla cui stregua la descrizione della realtà mostra valori in essa *ab origine* insiti e li propone quali modelli di comportamento. E' quindi la stessa idea dei sapienti giuristi tradizionali, la quale scavalcava la divisione fra descrittivo e prescrittivo e basa l'obbligo giuridico –in questo caso anche morale– sulla conoscenza del mondo. Siamo così nell'ambito di una visione del *jus* come fondato sostanzialmente su principi e su operazioni ermeneutico-conoscitive ad essi

<sup>14</sup> Sui profili teorici fondamentali della visione giusnaturalistica, cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1972, pp. 127 ss., 159 ss.

corrispondenti. Ancora una volta *veritas, non auctoritas, facit legem*. Ci sono però alcune importanti novità. In primo luogo, qui appare più "alta" la qualità del livello gnoseologico: entra in campo la filosofia e guida la scena dando ai giuristi i termini ultimi di riferimento, che ora diventano immagini speculative universali da cui discende la logica pratica del diritto. La pandistica tedesca ne rende chiara testimonianza, combinando il tradizionale metodo ermeneutico-sapienziale con i principi del razionalismo filosofico –e in particolare con l'idea kantiana di libertà– nella costruzione di un sistema giuridico-concettuale di tipo gerarchico.<sup>15</sup> In secondo luogo, assume maggiore rilievo la figura stessa delle regole. Nel giusnaturalismo medievale teocratico la regola è il modo in cui si esprimono l'obbligo pre-positivo emanato direttamente da Dio e l'obbligo positivo creato storicamente dagli uomini: ad esempio, la *lex aeterna, divina, naturalis e humana* di San Tommaso.<sup>16</sup> Nelle versioni "classiche" del giusnaturalismo contrattualistico moderno –ad esempio, in Locke e in Rousseau<sup>17</sup>– la regola, quale "legge generale e astratta", è la tipica forma del diritto positivo risultante dal contratto, mentre il diritto naturale si risolve nella figura di grandi principi assiologico-speculativi. La realtà complessiva del diritto appare fatta perciò in larga misura da regole, pur se la

linfa vitale dei principi e dei valori l'attraversa e la nutre in una *commixtio* profonda e inestricabile.

3. Tale *commixtio* viene spezzata in modo esplicito con l'avvento del *positivismo giuridico*, a partire dalla seconda metà del XIX secolo. Nel suo nucleo teorico essenziale il positivismo giuridico ribalta il dualismo giusnaturalistico mediante una dottrina radicalmente "monistica" del diritto. Per esso non esiste un diritto naturale: l'unico vero diritto è quello positivo (*jus positum*), frutto dell'attività umana che si dispiega nella storia mutando e differenziandosi in ordine ai tempi, ai luoghi e alle culture. Ogni altra e diversa forma di obbligo, compreso il presunto diritto naturale dei giusnaturalisti, non appartiene al diritto bensì rientra nella morale, contigua al diritto ma distinta da questo.<sup>18</sup> Tale rovesciamento di prospettiva coinvolge ovviamente in modo profondo le regole e i principi. Le regole assumono un ruolo del tutto predominante, con differenze però non marginali a seconda delle diverse concezioni. Infatti, il giuspositivismo s'articola in indirizzi che, sulla base della comune idea "positiva" del diritto, pongono in primo piano volta a volta la società o le istituzioni. Per le dottrine del primo tipo - i vari movimenti sociologico-realisticci<sup>19</sup> - esiste, accanto a ordinamenti di regole vere e proprie,

<sup>15</sup> Cfr. sul punto K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 19 ss.

<sup>16</sup> Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. I. Antichità e medioevo*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 206 ss.

<sup>17</sup> Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L'età moderna*, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 152 ss., 280 ss.

<sup>18</sup> Un'analisi ormai classica dei profili generali del positivismo giuridico è offerta in N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal dott. Nello Morra*, Giappichelli, Torino 1996; ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit. p. 75 ss.

<sup>19</sup> Per una sintetica presentazione dei movimenti sociologico-realisticci in generale, cfr. M. Jori-A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 68 ss.

un vasto contesto di *jus* socialmente diffuso in ordine al quale è difficile o addirittura impossibile parlare di volontà originanti, per cui siamo fuori sostanzialmente dall'ambito delle regole.<sup>20</sup> Per le dottrine del secondo tipo - il normativismo statalistico-legislativo, protagonista assoluto della fase matura del giuspositivismo - il diritto consiste invece di regole, e in particolare di regole emanate dall'autorità suprema dello Stato e organizzate in complessi unitari gerarchici: il diritto insomma coincide, come dice N. Bobbio, col "linguaggio del legislatore" strutturato in sistema.<sup>21</sup> Appare evidente allora che nei due casi cambia notevolmente il ruolo di regole e di principi. Nelle prospettive sociologico-realistiche c'è ampio spazio per operazioni attraverso i principi le quali investono il lavoro sulle regole e la loro gestione applicativa, mentre nelle visioni normativistiche tali operazioni, pur non essendo escluse, incontrano limiti rilevanti. Innanzitutto, scompare l'autonomia dei principi rispetto alle regole: essi vengono intesi come "depositati di regole" frutto d'astrazione concettuale, e quindi come modi indiretti di manifestarsi delle regole stesse emananti dalla medesima volontà creativa. In secondo luogo, si tende a negare -o ad ammettere solo in casi speciali di esplicito rimando da parte dell'ordinamento- la figura dei principi impliciti, ambiguumamente ermeneutica e difficile da controllare. In terzo luogo, si toglie ai principi qualunque natura ed eccedenza di tipo assiologico

<sup>20</sup> In questo senso, ad esempio, è orientato il pensiero di E. Ehrlich, fondatore della sociologia del diritto: cfr. K. Larenz, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, cit., p. 87 ss.

<sup>21</sup> Cfr. N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 302 ss.

facendone degli strumenti tecnici, neutrali e funzionali alla gestione logico-pratica delle regole. Insomma, in definitiva si accetta la presenza dei principi ma se ne riduce assai la portata cercando di tenerli il più possibile e di depotenziarne l'uso normativo. Le regole, e non i principi, sono il diritto e pongono l'obbligo corrispondente: *Auctoritas, non veritas, facit legem*. La dimensione politica ha preso così il sopravvento, con i suoi poteri e le sue istituzioni di cui il diritto è parte fondamentale. I principali artefici del *jus* sono adesso gli uomini della politica che pongono regole, mentre i giuristi perdono rilevanza e arretrano in ruoli di tecnicismo formale ove è richiesta assai più l'obbedienza che la sapienza. Pensiamo al giurista della scuola francese dell'esegesi al quale compete soltanto di pronunciare, nel modo più chiaro e fedele possibile, la parola del potere espressa in *Code*.<sup>22</sup> Questo "stile" domina larga parte dell'ottocento e del novecento portando a un grande sviluppo di ordinamenti normativi, di articolazioni e specializzazioni dei medesimi, di tecniche e di procedure per la gestione di regole e di processi.

Ciò però non vuol dire, come è già stato osservato, che sia finalmente avvenuto un progresso e un perfezionamento del *jus*. Il diritto ha trovato soltanto un altro modo di manifestarsi, una diversa epifania corrispondente a una fase storico-politica - quella dell'affermazione dello stato borghese unitario e centralizzato - in cui meglio funziona la regola rispetto al principio, l'operazione politica rispetto a quella scientifico-culturale. Tant'è vero

<sup>22</sup> Sulla scuola dell'esegesi, cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 55 ss.

che il nuovo stile ha inizi ancor più risalenti: i primi centri di esso emergono con lo stesso giusnaturalismo moderno - che è il correlato filosofico-politico della vicenda borghese - il quale inizia a prospettare figure di società rette da regole positive e da strutture politiche convenzionali. È stata proprio l'idea originaria dello *Stato di diritto*, - peculiarmente giusnaturalistica, sorta nel cuore stesso della sapiente cultura dei principi e frutto anche di essa - a lanciare sul piano storico la regola positiva generale e astratta quale strumento d'azione e di limite del potere,<sup>23</sup> innescando con ciò l'evoluzione inarrestabile del diritto come regola e anche il singolare ribaltamento che spesso farà della regola il mezzo, anziché del controllo, dell'arroganza del potere.

*4. E i tempi contemporanei? Qual è la fase storica che attualmente sta attraversando la cultura giuridica? Come appare il diritto nel mondo che ci circonda? Usciti dalle due guerre mondiali e dal nazi-fascismo che hanno gettato nell'incubo il sogno della ragione politico-giuridica borghese, gli uomini del novecento si sono aperti a nuove esigenze di giustizia e di civiltà cercando di realizzarle, sotto il profilo giuridico, principalmente con un recupero della dimensione dei principi. In questo senso va tutto l'ampio movimento volto allo sviluppo dei diritti umani, delle istituzioni internazionali di controllo, della giurisprudenza scientifica e giudiziale, del ruolo dei valori che ha investito l'intera cultura giuridica occidentale e che sempre più si diffonde nel mondo intero. In qualche modo, si è risposto al fallimento del diritto come regola e potere mediante*

<sup>23</sup> Le origini e le evoluzioni della figura dello Stato di diritto sono descritte ampiamente in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, con la collaborazione di E. Santoro, Feltrinelli, Milano 2003.

*una riedizione della sua grande alternativa storica. Ma certo, una riedizione di tipo nuovo e non un mero ritorno al passato. Il lungo predominio giuspositivistico, insieme alle forme politiche che in parallelo si sono evolute e consolidate, ha reso ormai irreversibile la realtà del diritto come regola, per cui la rinascita dei principi ha assunto un aspetto di integrazione, oltre che di contemperamento e di controllo, degli ordinamenti tradizionali. Ove il tessuto del jus mostrava sostanzialmente una trama di regole si è inserito un solido ordito di principi a rinforzarla e a sostenerla. Non a caso, gli sfondi teorici che in larga misura hanno sorretto questo processo sono stati o un'esplicita riedizione del giusnaturalismo - diverso però dal passato, più sottile e sofisticato -, o una svolta in senso "critico" del giuspositivismo che a dire il vero ha molto in comune con la precedente. Insomma, è emersa una visione nuova, integrata, composita del diritto, in cui i due profili ontologici delle regole e dei principi giocano in pieno e reciprocamente ruoli d'impulso, di arricchimento e di controllo: ove la volontà normativa assorbe la sapienza giuridica e ne riceve limitazione, mentre l'intelligenza della cultura offre profili di senso e di contenuto alle ragioni politiche che la guidano. Una figura dunque quale mai la storia l'ha conosciuta e che si proietta verso un futuro pieno di sfide e bisognoso ancora di rinnovata creatività.*

*Questa complessa configurazione è rappresentata perfettamente da un nuovo indirizzo dottrinale, anch'esso frutto antico della modernità ma rilanciato in modo forte nel novecento: il costituzionalismo. Nella sua accezione contemporanea, infatti, il costituzionalismo propone una visione del diritto assai peculiare. Definisce il diritto come un ordinamento di regole fortemente gerarchizzato, statalistico e legislativo al cui vertice sta la Costituzione, norma fonda-*

mentale di riconoscimento e di qualificazione dei contenuti dello stesso ed espressione di un "potere costituente" frutto di volontà peculiarmente umane. Ritiene che la Costituzione possieda una struttura composita alla cui stregua, accanto a regole tecnico-formali di riconoscimento e di qualificazione dei contenuti del sistema e a regole genericamente organizzative, esiste un nucleo di principi e valori in senso ampio etico-politici fungenti essi stessi da criteri di riconoscimento e di qualificazione dei contenuti sistematici. Afferma infine che una parte della Costituzione, comprendente anche il nucleo di principi e valori di cui sopra, sia indisponibile per il potere costituito e modificabile solo attraverso una "rottura" del sistema frutto di un nuovo potere costituente; è questa un'idea forte di "rigidità" della Costituzione, legata all'idea che un settore di essa esprima il "senso" essenziale dell'ordinamento e dell'accordo politico-sociale che lo fonda.<sup>24</sup> Ne esce una figura di ordinamento giuridico la quale prevede una distinzione fra due ambiti dello stesso, gerarchicamente posti in modo tale che uno si configura rispetto all'altro come un "diritto sul diritto" operante un controllo sui contenuti del sistema e un limite e un vincolo alla produzione giuridica ordinaria. E poiché al vertice dell'ordinamento stanno pure i principi e i valori etico-politici, l'operazione di controllo è, oltre che di tipo tecnico-formale e contenutistico-, di tipo peculiarmente assiologico: il "diritto sul diritto" agisce sul resto del sistema anche in forma valutativa, e cioè in termini di dover essere etico-politico. La gestione di questo compito viene affidata alle Corti, e in specie alle Alte Corti, insieme ad altre apposite istituzioni di garanzia: ma la stessa giurisprudenza scientifica

<sup>24</sup> Una presentazione del costituzionalismo contemporaneo nei suoi aspetti prevalentemente giuridico-filosofici è offerta in A. Barbera (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997.

ca ha molto da dire in proposito e svolge un ruolo prezioso e irrinunciabile.<sup>25</sup>

Come si vede, siamo di fronte a una visione che configura una profonda e costante interazione fra regole e principi nel processo giuridico. Le regole trovano nei principi un "giudice" irredimibile che le disciplina, le elabora, le controlla, dà sensi e sviluppi, immette linfa e dinamizza la vita. Ciò non infrange però la qualità dominante delle stesse, poiché i principi sono pur sempre connessi a volontà normative precise che ne fanno entità positive dell'ordinamento. Ma certo, essi non possono essere considerati dei surrogati ancillari di regole: nei limiti in cui hanno profili assiologici vanno oltre lo stesso diritto e investono le dimensioni ulteriori della cultura facendo da ponte fra i mondi. Così, l'interazione fra regole e principi, e quindi fra politica e cultura diffusa, emerge con evidenza e definisce un intreccio inestricabile e virtuoso di reciproci arricchimenti e condizionamenti. Il che corrisponde in modo perfetto alle conclusioni teoriche tratte in precedenza sulla natura del jus e sul ruolo delle sue componenti. Alla fine, anche le trasformazioni politico-giuridiche avvenute nel mondo contemporaneo hanno avuto la loro correlativa "riflessione" teorica, e questo complesso teorico-pratico sembra in grado di confermare, più di quanto sia avvenuto in passato, la congruità della dottrina che abbiamo proposto.

5. Vorrei concludere con due brevi osservazioni le quali appaiono doverose per completare il quadro.

<sup>25</sup> Per una più ampia analisi in questi termini del costituzionalismo contemporaneo, cfr. F. Bonsignori, *Fini cogenti, norme imperanti, valori? Il diritto "giusto" fra giusnaturalismo, positivismo giuridico e costituzionalismo*, in E. Rippe (a cura di), *Interrogativi sul diritto "giusto"*, Plus, Pisa 2001, p. 21 ss.

*La prima osservazione ritorna sulla definizione del diritto a suo tempo proposta. Assunto che essa comprende le dimensioni linguistiche delle regole e dei principi, non si può escludere che comprenda anche altro. In realtà, non è insensato pensare che una definizione teorico-filosofica del jus, proprio per la sua ampia portata ermeneutica, possa essere estesa a dimensioni extralinguistiche di tipo sia fattuale, come cose e comportamenti, sia istituzionale.<sup>26</sup> Ma certo, l'aspetto linguistico resta assorbente e predominante e rappresenta la base essenziale, con la sua coppia virtuosa di protagonisti, dell'ontologia e del divenire del jus.*

*La seconda osservazione riguarda una frequente obiezione, cara ai sostenitori delle regole, circa un rischio rappresentato dai principi. Un eccessivo ruolo dei principi, si dice, può compromettere il funzionamento corretto dei meccanismi dello Stato di diritto e della democrazia poiché consente che particolari élites –appunto gli esperti gestori dei principi– impongano obblighi normativi generali la cui sede naturale, per il rispetto delle garanzie, dovrebbe essere l'assemblea elettiva e legislativa. Ad esempio, le Alte Corti che “fanno” diritto usando i principi si sostituiscono sostanzialmente al legislatore senza avere una reale legittimazione democratica. Questa preoccupazione sembra in realtà tutt'altro che irrilevante –poiché è assai meglio un eccesso di scrupoli garantistici che un semplicismo miope e superficiale–, ma non sembra alla fine molto fondata sotto un profilo teorico e pratico. Da un punto di vista teorico possiamo affermare che le figure dello Stato di diritto e della democrazia si sono evolute in modo tale che il meccanismo democratico-garantista non poggia più soltanto*

<sup>26</sup> Su questo punto specifico, cfr. F. Bonsignori, *Le regole e il potere. Filosofie del diritto e della politica*, cit., p. 38 ss.

*sui fondamenti classici del rapporto fra sovranità popolare e rappresentanti e della divisione dei poteri, ma implica anche una relazione complessa che attui un equilibrio fra i poteri mediante una struttura intermedia di organi di garanzia. Le élites che gestiscono i principi sono proprio elementi essenziali di questa struttura e quindi, anziché contraddirne il quadro della democrazia garantista, ne rappresentano aspetti qualificanti e irrinunciabili. Da un punto di vista pratico, è ormai opinione comune che il concreto funzionamento delle democrazie moderne appare ben lungi dal loro ideale teorico e vede all'opera processi ove dietro l'immagine astratta della “volontà popolare” sono in azione gruppi di potere mutevoli e confliggenti. Un concreto e spesso esplicito élitarismo politico domina quindi il campo, ed esso non è migliore ai fini delle garanzie democratiche rispetto all'élitarismo giuridico dei principi. Anzi, è notevolmente peggiore: poiché mentre i gruppi di potere sono legati per definizione a interessi particolari e quelli mirano a realizzare, le élites dei principi possono aprirsi alla cultura diffusa e raccogliere istanze più generali e profonde. Ciò naturalmente ove esse siano formate da accorti e sapienti giuristi, consapevoli del loro ruolo e capaci d'interpretarlo in funzione di valori comuni e condivisi facendosi tramite fra la politica e la cultura. In questo caso tali figure contribuiscono a un rinnovamento giuridico e istituzionale che va davvero in direzione dell'equilibrio e dell'armonia all'interno del potere e nel rapporto fra potere e società, contribuendo a fare della politica una buona guida per le persone e del diritto ciò che naturalmente dovrebbe essere: uno strumento di giustizia. Alla fine, nella travagliata epoca contemporanea –ma probabilmente in ogni epoca, che pure ha i suoi travagli– la vera “legalità garantistica” non può corrispondere solo a un generale e accurato rispetto delle regole*

*ma implica una dinamica assai più complessa alla cui stregua le istituzioni giuridico-politiche siano davvero capaci di recepire le istanze della società e di regolarle in modo adeguato: il che presuppone ovviamente una cultura giuridico-politica evoluta, matura, responsabile e in grado di interpretare e guidare i bisogni sociali.<sup>27</sup> Le buone élites dei principi risiedono proprio nel fuoco di questa cultura, luoghi di confine ove la voce del popolo arriva ed è combinata con la sottile razionalità del diritto in una sintesi virtuosa che illumina gli eventi e li trasforma in progresso e in giustizia. La voce profonda di un popolo, si dice spesso, è quella dei suoi poeti, narratori, artisti, musicisti, filosofi, ecc.; perché non può essere anche quella dei suoi sapienti giuristi?*

<sup>27</sup> Per una riflessione in tal senso, cfr. F. Bonsignori, *Fini cogenti, norme imperanti, valori?* cit., p. 28, n. 20.

## LA CRISIS DEL DERECHO EN MÉXICO

RAFAEL ESTRADA SÁMANO

### I. INTRODUCCIÓN

Acostumbrados desde los años setenta a padecer crisis económicas frecuentes, casi siempre al final de las administraciones federales cada seis años, los mexicanos veían venir el 30 de noviembre de 2006, fecha en que terminaría el gobierno del presidente Vicente Fox, con miedo y recelo. El propio presidente Fox y las autoridades financieras y hacendarias del país aseguraban, por su parte, que el relevo de su gobierno sería el segundo al hilo en el que no se presentaría crisis alguna en materia financiera o económica. Naturalmente eso era lo deseable y afortunadamente así sucedió.

Sin embargo, hay que recordar que no sólo hay crisis de índole financiera o económica: históricamente las ha habido muy variadas en su carácter y en sus matices. Y hablando de crisis, los estudios y análisis, así como las tesis y doctrinas desarrolladas a partir de ellos, que ha llevado a cabo el antiguo juez italiano Luigi Ferrajoli, uno de los exponentes del pensamiento jurídico actualmente más respetados y estudiados, se centran precisamente en que según él "estamos asistiendo, incluso en los países de democracia más avanzada, a una crisis

profunda y creciente del derecho, que se manifiesta en diversas formas y múltiples planos".<sup>1</sup>

Esquemáticamente, distingue Ferrajoli tres aspectos de esa "crisis profunda y creciente", en los que habremos de detenernos en el siguiente apartado de este estudio, a saber: primero, *la crisis de la legalidad*; segundo, *la crisis del estado social*; tercero, *la crisis del Estado nacional*.

Dada la similitud y la adecuación de su pensamiento con la situación que se vive en México en estas épocas de una transición hacia la democracia que aún no concluye, parecería que el mencionado jurista italiano estuviera haciendo un análisis precisamente de esa situación mexicana, lo cual no pasaría de ser una mera coincidencia divertida y curiosa si no fuera porque el propio Ferrajoli alerta acerca de que "es evidente que esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia" y de resolverse al fin "en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y de controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos...".<sup>2</sup>

Con todo, después de un severo análisis que lo lleva a exponer con vehemencia "el papel garantista del derecho", Ferrajoli concluye que "con independencia de nuestro optimismo o pesimismo, no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Este es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de

la democracia",<sup>3</sup> conclusión que igualmente se antoja aplicable a la complicada y convulsa situación que hoy prevalece en México.

Por lo anterior, es natural y adecuado que el punto de partida de este estudio sea el pensamiento y las tesis del autor italiano mencionado, pues "textos del autor, reflexiones a partir de los mismos y cavilaciones sobre los comentarios a cargo del propio Ferrajoli son eslabones de una cadena que no puede ser ignorada por los estudiosos de la teoría jurídica y política de nuestro tiempo".<sup>4</sup>

Además, "no parece exagerado afirmar que, en torno a la figura y obra de Ferrajoli, se ha producido todo un movimiento intelectual que ha generado adhesiones y ha despertado reacciones no sólo ni principalmente entre los penalistas, sino también entre los teóricos y los filósofos del derecho, por una parte, y entre los constitucionalistas, por la otra.

Pero quizás la aportación más importante del pensamiento de Ferrajoli ha sido la de servir como punto de arranque para el debate y la discusión razonada alrededor de una amplia gama de temas que no sólo interesan a la teoría y a los teóricos sino que, las más de las veces tienen una enorme y, en ocasiones, trágica actualidad práctica".<sup>5</sup>

<sup>1</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>2</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, 4a. ed., Madrid, 2004, p. 15.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 11 y 12.

## II. LOS PLANTEAMIENTOS DE LUIGI FERRAJOLI

Como ya se anotó arriba, Ferrajoli distingue, esquemáticamente, tres aspectos de la "crisis profunda y creciente del derecho" que él mismo denuncia.

Al primero de ellos lo llama *crisis de la legalidad*, es decir, del valor vinculante asociado a las reglas por los titulares de los poderes públicos. Se expresa en la ausencia y en la ineeficacia de los controles y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidad del poder. En Italia –pero me parece que, aunque en menor medida, también en Francia y en España– numerosas investigaciones judiciales han sacado a la luz un gigantesco sistema de corrupción que envuelve a la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extra-legales y extra-institucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los *lobbies* de los negocios, que tiene sus propios códigos de comportamiento. En Italia, además, la ilegalidad pública se manifiesta también en forma de crisis constitucional, es decir, en la progresiva degradación del valor de las reglas de juego institucional y del conjunto de límites y vínculos que las mismas imponen al ejercicio de los poderes públicos: basta pensar en los abusos de poder que llevaron a pedir la acusación del ex presidente de la República italiana por atentado contra la Constitución, en la pérdida de contenido de la función parlamentaria, en los conflictos entre el poder ejecutivo y el judicial, debidos a que el primero no soporta la independencia del segundo, por no hablar del entramado que existe entre política y mafia y del papel

subversivo, todavía en gran parte oscuro, desempeñado desde hace ya decenios por los servicios secretos".<sup>6</sup> Hay que insistir: hasta en los detalles parecería que con esta descripción Ferrajoli se estuviera refiriendo también al México actual, al de los primeros años del siglo XXI.

El segundo aspecto de la crisis, "sobre el que más se ha escrito", lo encuentra Ferrajoli en "la inadecuación estructural de las formas del Estado de derecho a las funciones del *Welfare State*, agravada por la acentuación de su carácter selectivo y desigual que deriva en la *crisis del Estado social*", la cual, "como se sabe,... ha sido con frecuencia asociada a una suerte de contradicción entre el paradigma clásico del Estado de derecho, que consiste en un conjunto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos de forma cierta, general y abstracta, para la tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social que, por el contrario, demanda a los propios poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas, no siempre predeterminables de manera general y abstracta y, por tanto, eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídas a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación burocrática y partidista. Tal crisis se manifiesta en la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción. Es claro

<sup>6</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

que se trata de un aspecto de la crisis del derecho que favorece al señalado con anterioridad. Precisamente, el deterioro de la forma de la ley, la falta de certeza generalizada a causa de la incoherencia y la inflación normativa y, sobre todo, la falta de elaboración de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y control, al sistema de las garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representan, en efecto, no sólo un factor de ineeficacia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio".<sup>7</sup> Nuevamente, esta descripción del ex juez italiano sobre el segundo aspecto de la crisis del derecho parecería estar inspirada no solamente en la realidad italiana, sino también en hechos y circunstancias que se presentan a diario en México.

Hay además, sigue exponiendo Ferrajoli, "un tercer aspecto de la crisis del derecho que está ligado a la *crisis del Estado nacional* y que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, por consiguiente, en un debilitamiento del constitucionalismo. El proceso de integración mundial, y específicamente europea, ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, en materia militar, de política monetaria y de políticas sociales. Y aunque este proceso se mueva en una línea de superación de los viejos y cada vez menos legitimados y legitimables Estados nacionales y de las tradicionales fronteras estatalistas de los derechos de ciudadanía, por

ahora está poniendo en crisis, a falta de un constitucionalismo de derecho internacional, la tradicional jerarquía de las fuentes. Piénsese en la creación de nuevas fuentes de producción, como las del derecho europeo comunitario... sustraídas a controles parlamentarios y, al mismo tiempo, a vínculos constitucionales, tanto nacionales como supra-nacionales".<sup>8</sup> En cuanto a los detalles, esta descripción de Ferrajoli no es aplicable a la realidad mexicana, pues los efectos que la globalización ha venido produciendo en Europa son muy diversos a los que ha significado para México; sin embargo, qué duda cabe de que también en este último país existe actualmente una *crisis del Estado nacional*, derivada en parte del mismo fenómeno de la globalización y de la innegable y muy pronunciada adscripción de México a la esfera de influencia de los Estados Unidos, pero derivada también de causas internas relacionadas con el cambio de régimen político que gradualmente se ha venido dando durante las dos últimas décadas del siglo XX y la primera del siglo XXI, cambio que se aprecia ha venido hasta ahora con un signo democrático, pero que no obstante plantea retos formidables para la organización y el funcionamiento del Estado mexicano. Tan existe en este último una *crisis del Estado nacional*, que se ha planteado desde el año 2000 la necesidad de llevar a cabo una profunda Reforma del Estado, misma que ahora, en 2006, se pretende transite dentro de los cauces de una ley del Congreso de la Unión específicamente expedida para ese efecto.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 16 y 17.

Finalmente, Ferrajoli llega a la conclusión de que "esta triple crisis del derecho corre el riesgo de traducirse en una crisis de la democracia. Porque, en efecto, en todos los aspectos señalados, equivale a una crisis del principio de legalidad, es decir, de la sujeción de los poderes públicos a la ley, en la que se fundan tanto la soberanía popular como el paradigma del Estado de derecho". Y también señala Ferrajoli el diverso riesgo de que la misma crisis pueda resolverse al fin "en la reproducción de formas neoabsolutistas del poder público, carentes de límites y controles y gobernadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamientos".<sup>9</sup> Obviamente, este señalamiento de un doble riesgo es aplicable a la realidad por la que actualmente atraviesa México.

Más adelante, de manera por demás aguda y penetrante, Ferrajoli argumenta que "el reto que hoy se deriva para la razón jurídica de las múltiples formas que adopta la crisis del derecho en acto no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por la ilustración jurídica, cuando emprendió la obra de la codificación bajo la enseña del principio de legalidad. Si bien, respecto a la tradición iuspositivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho –bastante más que en el viejo Estado liberal– como un *sistema artificial de garantías* constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales... Esta función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específi-

ca complejidad de su estructura formal, que en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*, en el que la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo".<sup>10</sup>

En un intento válido y bien logrado por conciliar las dos tendencias filosóficas sobre el derecho que más estuvieron presentes durante el siglo XX, el iuspositivismo y el iusnaturalismo, con gran claridad expone Ferrajoli: "Si en virtud de la primera característica, el <ser> o la <existencia> del derecho no puede derivarse de la moral ni encontrarse en la naturaleza, sino que es, precisamente, <puesto> o <hecho> por los hombres y es como los hombres lo quieren y, antes aún, lo piensan; en virtud de la segunda característica también el <deber ser> del derecho positivo, o sea, sus condiciones de <validez>, resulta positivizado por un sistema de reglas que disciplinan las propias opciones desde las que el derecho viene pensado y proyectado, mediante el establecimiento de los valores ético-políticos –igualdad, dignidad de las personas, derechos fundamentales– por los que se acuerda que aquéllas deben ser informadas. En suma, son los mismos modelos axiológicos del derecho positivo, y ya no sólo sus contenidos contingentes –su <deber ser> y no sólo su <ser>– los que se encuentran incorporados al ordenamiento del Estado constitu-

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 19.

cional de derecho, como *derecho sobre el derecho*, en forma de vínculos y límites jurídicos a la producción jurídica. De aquí se desprende una innovación en la propia estructura de la legalidad, que es quizá la conquista más importante del derecho contemporáneo: la regulación jurídica del derecho positivo mismo, no sólo en cuanto a las formas de (su) producción sino también por lo que se refiere a los contenidos producidos... Gracias a esta doble artificialidad –de su <ser> y de su <deber ser>— la legalidad positiva o formal del Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no sólo es condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. Podemos llamar <modelo> o <sistema garantista>, por oposición al paleopositivista, a este sistema de legalidad, al que esta doble artificialidad le confiere un papel de garantía en relación con el derecho ilegítimo. Gracias a (ese <modelo> o <sistema>) el derecho contemporáneo no programa solamente sus *formas* de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de las leyes y demás disposiciones. Programa además sus *contenidos* sustanciales, vinculándolos normativamente a los principios y a los valores inscritos en sus constituciones, mediante técnicas de garantía cuya elaboración es tarea y responsabilidad de la cultura jurídica. Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: *a)* en el plano de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la dissociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; *b)* en el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la

concepción puramente procedural de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; *c)* en el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; *d)* por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su objeto".<sup>11</sup>

Indudablemente, para los propósitos de este trabajo, de esa alteración en cuatro diversos planos del modelo positivista clásico que Ferrajoli advierte, interesa mayormente exponer y comentar el aspecto de la "*Democracia formal y democracia sustancial*", es decir, el señalado por el autor bajo el inciso *b*) de los arriba transcritos. A ese respecto, "se comprende –dice– que una tal dimensión sustancial del Estado de derecho se traduce en dimensión sustancial de la propia democracia. En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad *en droits*, en cuanto se hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede o no ser titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indispo-

<sup>11</sup> *Ibidem*, pp. 19 y 20.

nibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y de otra y vinculándola a su tutela y satisfacción".<sup>12</sup>

Consecuencia lógica de lo anterior en el pensamiento de Ferrajoli es la de pedir que estos fundamentos sean elevados al rango constitucional con objeto de "injertar una dimensión sustancial no sólo en el derecho sino también en la democracia". Y es que el constitucionalismo "es no tanto... un elemento antitético de la democracia (política y formal), como, sobre todo, su necesario complemento sustancial".<sup>13</sup> Efectivamente, las dos clases de normas que regulan la producción jurídica antes comentadas –las *formales* que condicionan la *vigencia* y las *sustanciales* que condicionan la *validez*– garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la <democracia política> que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse <democracia sustancial> puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por la mayoría, lo cual está garantizado por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas al respeto de los derechos fundamentales, so pena de

invalidez, así como al respeto de los demás principios axiológicos establecidos por la misma *sustancia*.<sup>14</sup>

Así, sostiene Ferrajoli, "los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos, generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social". Los derechos fundamentales forman así la esfera de lo decidible y actúan como factores no sólo de legitimación sino también, y sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no decisiones.<sup>15</sup>

Si no se toma en cuenta lo anterior, así como la naturaleza falible e imperfecta de todo Estado constitucional que puede presentar fallas y lagunas, pues resultan impensables "una perfecta coherencia y plenitud y una total ausencia de antinomias y de lagunas", a una concepción exclusivamente procedural o formal de la democracia corresponderá necesariamente una concepción formal de la validez de las normas como mera vigencia o existencia; "mientras que una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>13</sup> *Idem*.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, pp. 23 y 24.

de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales –ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales– como condiciones de validez de las decisiones de la mayoría. Diremos que, en este sentido, la posibilidad del <derecho inválido> o <lagunoso> –o sea, de la divergencia entre normatividad y efectividad, entre deber ser y ser del derecho– es la condición previa tanto del Estado constitucional de derecho como de la dimensión sustancial de la democracia”.<sup>16</sup>

Ahora bien, según el pensamiento ferrajoliano los vicios de la incoherencia y la falta de plenitud, “si bien son irreducibles más allá de ciertos límites, dentro de éstos son reducibles mediante las adecuadas garantías. Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el galantismo de un sistema

jurídico es una cuestión de grado, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos”.<sup>17</sup>

Después de considerar el papel del juez y la necesidad de reforzar a la jurisdicción con una nueva legitimación democrática del poder judicial y de su independencia sobre la base de la sujeción del juez a la ley, pero no a la letra de la ley, sino sujeción a la ley en cuanto ésta es válida, es decir, coherente con la Constitución, de modo que el juez juegue un papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, Ferrajoli pasa a tratar sobre la cuarta y última alteración introducida en el modelo paleopositivista por el modelo garantista, la cual afecta al papel de la cultura jurídica y permite reaccionar ante un excesivo pesimismo que alimentan muchos análisis de la actual crisis del derecho. Resalta, en esa perspectiva, “el compromiso por un constitucionalismo europeo (que) se liga al dirigido al desarrollo de un constitucionalismo mundial. Yo creo que hoy ya no es posible hablar con decencia de democracia, igualdad, garantías, derechos humanos y universalidad de derechos si no tomamos finalmente <en serio> –según la feliz fórmula de Dworkin– la *Declaración universal de derechos* de la ONU de 1948 y los Pactos sobre derechos de 1966; si los encerramos dentro de los confines establecidos de nuestras democracias, ampliados quizá a los de la <fortaleza europea>; si seguimos disociando derechos del hombre y derechos del

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 24 y 25.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 25.

ciudadano, preocupándonos sólo de éstos y no de aquéllos. Tras la caída de los muros y el fin de los bloques, ya no hay coartadas para que la democracia, cuyo triunfo celebramos, no se haga verdad a sí misma".<sup>18</sup>

El desarrollo posterior de la idea final transcrita en el párrafo inmediato anterior es en verdad luminoso y esperanzador; según él, "Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre... quiere decir hoy poner fin a ese gran *apartheid* que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano. Y esto significa, a su vez, dos cosas, Ante todo, reconocer el carácter supra-estatal de los derechos fundamentales y, como consecuencia, prever en sede internacional garantías idóneas para tutelarlos y darles satisfacción incluso contra o sin sus Estados. En concreto, un código penal internacional que establezca su carácter no voluntario sino obligatorio y su competencia para decidir sobre la responsabilidad de los Estados miembros de la ONU, acompañado de la atribución del monopolio de la fuerza legal a organismos internacionales democráticamente representativos".<sup>19</sup>

En seguida, Ferrajoli sostiene que tomar en serio los derechos fundamentales quiere también decir que se tiene el valor para disociarlos de la ciudadanía: "tomar conciencia de que la ciudadanía de nuestros países ricos representa el último privilegio de *status*, el último residuo premoderno de las diferenciaciones personales, el último factor de exclusión y de discriminación, y no –como sucedió en el origen de los Estados modernos– de

inclusión e igualación, la última contradicción irresuelta con la proclamada universalidad de los derechos fundamentales". Aunque reconoce que la universalización efectiva de tales derechos, comenzando por los de libertad de residencia y de circulación o tránsito, generaría enormes problemas para los países de los que habla, es decir, "para nuestros países ricos", ahora asediados por la presión de la inmigración originada en el resto del mundo, en apoyo de sus tesis Ferrajoli acude a una muy autorizada fuente del pensamiento occidental y cristiano, nada menos que a la de quien es considerado como el fundador del *derecho de gentes*, en los siguientes términos: "Pero yo querría recordar que, precisamente en España, a raíz del descubrimiento de América, Francisco de Vitoria, en sus *Selectiones de Indis recenter inventis* desarrolladas en la Universidad de Salamanca en 1539, formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, al proclamar como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el *ius communicationis*, el *ius migrandi*, el *ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi*, así como de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*. Entonces, cuando eran concretamente desiguales y asimétricos, la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo y después, durante cinco siglos, de la colonización y la explotación de todo el planeta. Hoy, cuando la situación se ha invertido y son los pueblos del tercer mundo los empujados por el hambre hacia nuestros opulentos países, esos derechos sólo pueden ser negados y transformados en derechos de ciudadanía, al precio de una pérdida de credibi-

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.

lidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se basan nuestras democracias".<sup>20</sup>

Todavía más y en desarrollo consecuente de su pensamiento, Ferrajoli sostiene que "la superación del carácter ilimitado de la soberanía estatal y, por otra parte, del límite de la ciudadanía para el disfrute de los derechos fundamentales representa, pues, la condición para el desarrollo de un constitucionalismo mundial", por el cual aboga, sin desconocer los enormes problemas políticos y jurídicos que supondría, sobre todo por la reforma del sistema de fuentes en él implicada. En todo caso, en el producto final debería quedar "preservada la rígida primacía de las normas que garantizan derechos fundamentales sobre cualquier otra fuente".<sup>21</sup>

No titubea Ferrajoli en señalar que "naturalmente, todo esto es tarea que corresponde mucho antes a la política que a la cultura jurídica. Pero si se toman en serio el derecho y los derechos fundamentales, es también una responsabilidad nuestra, de la ciencia jurídica; la cual, como ha escrito recientemente Letizia Gianfornaggio, puede concebirse hoy como una <garantía>: precisamente como una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto. Se comprende que semejante función pragmática –crítica y proyectiva– de la ciencia jurídica contradiga el dogma kelseniano y weberiano de su carácter no valorativo y puramente formal. Pero es sólo mediante el cumplimien-

to de un papel semejante, como la razón jurídica puede hoy ponerse en condiciones de comprender la específica complejidad de su objeto. Porque la ciencia jurídica sólo podrá responder con éxito al difícil reto de la actual complejidad social si, como escribía Filangieri hace dos siglos, cuando identificaba no en el derecho que es sino en el que debe ser <el objeto común de los que piensan>, vuelve a ser <crítica del derecho> existente y al mismo tiempo <ciencia de la legislación> y <ciencia de las constituciones>... Por consiguiente, se puede muy bien seguir asumiendo como tarea de la ciencia jurídica la señalada por Norberto Bobbio... en un célebre ensayo de 1950: la realización de la unidad, la coherencia y la plenitud del ordenamiento. A condición de que resulte claro que esa unidad, esa coherencia y esa plenitud –en este aspecto tienen toda la razón los críticos realistas del derecho– de hecho *no existen*. No existe la coherencia, estructuralmente excluida por la posible producción de normas vigentes pero inválidas por hallarse en contraste con los principios de libertad constitucionalmente establecidos. No existe la plenitud, asimismo excluida por la posible no producción de las normas o actos impuestos por los derechos sociales, también éstos de rango constitucional. Y no existe ni siquiera la unidad, puesto que el sistema de fuentes se ha visto trastornado por la intervención de fuentes supra o extraestatales cuya ubicación en el interior del ordenamiento es siempre incierta y opinable. Pero el hecho de que estas cualidades no existan y quizás no puedan existir nunca íntegramente no significa que no constituyan el objetivo, cierto es que nunca realizable, de la ciencia jurídica: la *coherencia*, perseguible a través de la crítica interna del derecho vi-

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 32 y nota 6 en p. 35.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 32 y 33.

gente, dirigida a exigir la anulación de las normas inválidas; la *plenitud*, que demanda la identificación de los incumplimientos del ordenamiento y por tanto el diseño de garantías idóneas para impedirlos; la *unidad*, que requiere la elaboración de un constitucionalismo mundial idóneo para restaurar una jerarquía mínimamente cierta y racional de las fuentes en el cuadro de la unidad del ordenamiento internacional".<sup>22</sup>

Termina el autor su brillante exposición argumentativa sobre la crisis del derecho con las siguientes afirmaciones: "yo creo que con independencia de nuestro optimismo o pesimismo no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Éste es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia".<sup>23</sup>

### III. ANÁLISIS Y OPINIONES

Es natural que los planteamientos de Luigi Ferrajoli hayan suscitado –y seguramente seguirán suscitando– múltiples análisis, consideraciones, observaciones y opiniones. Sería imposible pretender incluirlos todos, pero sí es dable exponer y comentar algunos de ellos, los más relacionados con el objeto y los propósitos de este estudio.

Por lo que hace a la relación entre el constitucionalismo y la democracia, algunos autores han retomado y

enriquecido una discusión que ya se había generado. En el marco de ese debate, autores como Ermanno Vitale, Michelangelo Bovero y, sobre todo, Anna Pintore, habían objetado las dificultades que plantea para la teoría democrática la concepción ferrajoliana de la "democracia sustancial" y, particularmente en el caso de Pintore, el potencial carácter antimayoritario de algunas de las tesis de Ferrajoli y el poco espacio que la deliberación democrática encontraba en su representación del Estado constitucional contemporáneo. Pintore acusaba a Ferrajoli de generar un modelo en el que la democracia se veía asfixiada por la "insaciable" vocación de los derechos fundamentales, que tendían a invadir por completo el escenario público y anulaban en buena medida la discusión y el lugar de la política que deben existir en cualquier Estado democrático. La respuesta de Ferrajoli a las críticas de Pintore ha sido sintetizada con acierto por Antonio de Cabo y por Gerardo Pisarello en los siguientes términos: "...no serían los derechos, sino más bien los poderes, públicos y privados, quienes, en realidad, exhiben una férrea vocación de 'insaciabilidad' que los lleva a desconocer los límites y vínculos que el propio ordenamiento positivo, y no simples reclamos morales, les impone. Dicha tendencia a la impunidad, a resistir y a despreciar los controles y vínculos que los derechos entrañan, lejos de enriquecer, empobrece a la democracia política, poniendo en riesgo sus propios fundamentos".

Esta idea, muy en la línea de la lógica ferrajoliana, es sólida y sugerente; sin duda está informada por la realidad de muchos sistemas constitucionales y ciertamente evoca numerosos casos acontecidos en países iberoame-

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 33 y 34; notas 7, 8 y 9 en p. 35.

<sup>23</sup> Cfr. *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento...*, op. cit., pp. 13 y 14.

ricanos, en donde los abusos se han generado invariablemente por la acción de órganos de poder, nunca por reclamaciones formuladas con base en los derechos fundamentales.

Con todo, esa misma idea no ha dejado satisfechos a todos los interlocutores de Ferrajoli, como lo revelan los ensayos de autores como Andrea Greppi, José Luis Martí Mármol, Susanna Pozzolo, Pedro Salazar Ugarte y Lorenzo Córdova Vianello que han seguido girando en torno a los alcances de la concepción democrática de Ferrajoli.<sup>24</sup>

Sobre el tema del constitucionalismo y el garantismo, Luis Prieto Sanchís sostiene por su parte que "Ferrajoli ha insistido en que el paradigma garantista <es uno y el mismo que el del actual Estado constitucional de derecho>, o en que representa <la otra cara del constitucionalismo>, concretamente aquella que se encarga de <formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente>. Aun cuando el galantismo presente de forma expresa distintos modelos de análisis, como por otro lado sucede también con el constitucionalismo, cabe afirmar que el Estado constitucional de derecho expresa la fórmula política del galantismo, el único marco institucional en el que puede prosperar el ambicioso programa garantista. Un programa cuyo elemento medular consiste en una concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos que sólo puede alcanzarse desde el Estado constitucional; sólo este modelo político incorpora un

riguroso <principio de estricta legalidad>, que supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales, sino también a los límites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales".

Sin embargo, Prieto Sanchís señala con razón que "el Estado constitucional tampoco presenta unos rasgos uniformes u homogéneos en todas sus manifestaciones, ofreciendo versiones más o menos vigorosas de control del poder" y con Guastini afirma que "la constitucionalización debe concebirse como un proceso, no como una cualidad todo o nada" y, sobre todo, que existe en las diversas constituciones "una densidad variable de contenido normativo. En relación con este último aspecto, podríamos dividir las constituciones en dos grandes categorías ideales: constituciones formales o procedimentales, cuyo objeto exclusivo sería organizar el poder y, con ello, las fuentes del derecho (*norma normarum*), indicando quién manda y cómo manda, pero dejando que sean luego los distintos órganos estatales quienes decidan qué debe mandarse o prohibirse; y las constituciones materiales o sustantivas, que incorporarían un programa político cerrado que prácticamente asfixiaría la libertad política del legislador y de las demás instituciones, que se convertirían así en meros ejecutores del documento constitucional... Lógicamente, ninguna de estas categorías se dan en estado puro: las constituciones, por muy formales que sean, necesariamente han de incorporar algunos preceptos sustantivos, aunque sólo sea para asegurar las condiciones de la formación democrática de la ley; y, por muy material que quiera ser, ninguna constitución podría descender a la regulación de tantos detalles que hiciera superflua la acción del le-

<sup>24</sup> *Ibidem*, Tercera Parte, pp. 341-462.

gislador. Pero... todas las constituciones se aproximan a uno u otro modelo e incluso podríamos designarlas con un nombre: constituciones Kelsen y constituciones Ferrajoli. Kelsen, en efecto, tal vez sea el autor que, tomándose en serio la fuerza normativa de la constitución, más dificultades y cautelas mostró a la hora de incorporar al texto principios o derechos, en suma, límites materiales a la acción del legislador. Ferrajoli, por su parte, quizá sea el autor que, tomándose en serio la democracia parlamentaria, ha construido un modelo más denso y vigoroso de constitución normativa".<sup>25</sup>

Con sobrada razón, Prieto Sanchís reconoce y explica que "en efecto, Ferrajoli propone un modelo particularmente vigoroso de Estado constitucional, pero es muy consciente de que ese modelo no es ningún reflejo o descripción de la realidad, sino más bien una propuesta para su transformación, un *deber ser* nunca por completo realizado. El Estado constitucional es normativo, encarna un deber ser con frecuencia desmentido por la práctica institucional, y de ahí que surjan *antinomias* y *lagunas*. Antinomias que nacen de la promulgación de normas que violan o contradicen prohibiciones constitucionales, por ejemplo, las que derivan de derechos-inmunidad que imponen como garantía primaria una obligación de abstención o no hacer. Y lagunas que, al contrario, se producen por una ausencia de normas, concretamente de aquellas normas que serían indispensables para dar cumplimiento a mandatos positivos que derivan de la constitución, por ejemplo de los derechos sociales o prestacionales que imponen como garantía

primaria una obligación de dar o de hacer... Precisamente porque existen estas patologías es preciso atribuir una sobresaliente función crítica a jueces y juristas, llamados a denunciar y en su caso controlar las normas y decisiones que, a la luz de la constitución, existen sin deber existir (*antinomias*), o no existen debiendo existir (*lagunas*): la jurisdicción ya no es la simple sujeción del juez a la ley, sino también análisis crítico de su significado como medio de controlar su legitimidad constitucional. Y la ciencia jurídica ha dejado de ser, supuesto que lo hubiera sido alguna vez, simple descripción, para ser crítica y proyección de su propio objeto".<sup>26</sup>

Por su parte, al tratar sobre la democracia como valor, como ideal y como método, Andrea Greppi sostiene que "la evolución de la democracia en el último tercio del siglo XX ha dejado resultados desconcertantes. En otra época nadie hubiera imaginado que los ideales democráticos iban a imponerse con tanta facilidad sobre sus rivales, pero tampoco que los sistemas políticos democráticos (incluso los más consolidados) iban a entrar en un proceso tan acelerado de degradación interna... En todo caso, pocos filósofos acertaron a percibir los síntomas de un fenómeno que viene de lejos, pero que sólo ahora hemos llegado a tocar con la mano. La expansión de la democracia en el mundo... corre paralela a un debilitamiento de sus fuentes de legitimidad. Es en este marco en el que los amigos nuevos o viejos de la democracia sienten la necesidad de volver la vista atrás y reconsiderar las razones que determinaron en el pasado la feliz convergencia entre una de las posibles formas de

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 41 y 42.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 46.

entender el ideal democrático, que denominamos *liberal*, y la estructura jurídica del Estado de derecho. Dos ideologías, dos fórmulas políticas entre las que se crearon sólidos puentes, hasta el punto en que la asociación entre ambas llegó a parecer indestructible". Más adelante señala este autor que "las doctrinas del neoconstitucionalismo constituyen un nuevo capítulo en la historia de las complejas relaciones entre la democracia y el ideal del gobierno de leyes. El punto de referencia común a estas propuestas se encuentra en la tesis en virtud de la cual el juicio de validez de las leyes *debe estar sometido* a los criterios sustantivos o de contenido que proporcionan los derechos fundamentales recogidos en la constitución. La defensa de esta tesis aparece como una más entre las diferentes respuestas que juristas y filósofos han dado al déficit de legitimidad que arrastran las (llamadas) democracias formales... Me interesa discutir el alcance de la revisión del concepto de democracia que Ferrajoli ha ensayado, sin perder de vista que esta operación implica una revisión del ideal normativo de la democracia. Creo que el juicio sobre la oportunidad del doble cambio que se propone, uno en el nivel conceptual y otro en el nivel ideológico-político, ha de tener en cuenta las condiciones de esa crisis a la que he aludido desde el comienzo. Es necesario valorar hacia dónde conduce, qué costos puede tener, qué condiciones han de darse para que pueda alcanzar sus objetivos. En definitiva, se trata de ver si es ésta la solución más oportuna para salvar las dificultades a las que se enfrenta la democracia en nuestro tiempo".<sup>27</sup>

Y es que según el mismo Greppi, "la renovación de la idea de democracia es una pieza importante en el proyecto del Estado constitucional, tal como éste ha ido perfilándose... a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. El ideal del constitucionalismo es el de un orden social en el que la totalidad del poder público y privado, incluido el poder de autodeterminación democrática, se encuentra sometido al imperio de la ley. La fórmula del galantismo propuesta por Ferrajoli expresa el valor ético de este ideal. Una vez cumplido el programa normativo del Estado de derecho, gracias a una serie de mecanismos que determinan la rigidez e inviolabilidad de las normas constitucionales, el poder sólo puede actuar en el ámbito y con los instrumentos determinados por ley. De este modo, la consolidación de los principios de rigidez y supremacía de la constitución convierte a los derechos fundamentales en índice de legitimidad democrática. La legitimidad no se mide ya por criterios *externos*, sino por criterios de validez *internos* del ordenamiento jurídico. Con la constitucionalización de un conjunto de principios básicos de la justicia, la democracia de los modernos destruye los puentes con el viejo formalismo liberal... En *Derecho y razón* (obra de Ferrajoli) la definición de democracia introducida como corolario de lo que para su autor es el núcleo de la teoría jurídica y política de la modernidad, esto es, la idea de que el derecho es ante todo instrumento para la garantía de determinadas exigencias de justicia básica. La teoría del garantismo se construye en diferentes niveles. Incluye una serie de postulados de orden epistémico, una serie

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 341 y 342.

de principios de orden moral y una serie de corolarios jurídicos y políticos".<sup>28</sup>

Dos son los comentarios por demás penetrantes de Lorenzo Córdova Vianello que interesa destacar: el primero se refiere a que Luigi Ferrajoli ha emprendido la tarea de delinear un sistema teórico que se construye alrededor de la idea del <Estado de derecho> en sentido garantista o, si se quiere, de <democracia constitucional>. "Ese esfuerzo está encaminado hacia la construcción de una teoría axiomatizada del derecho, basada en una serie de conceptos fundamentales...(los cuales) si bien son de uso corriente en el lenguaje jurídico, son específicamente redefinidos y estructurados por Ferrajoli en una construcción que para algunos tiene una pretensión de integralidad similar a la teoría pura kelseniana, pero referida específicamente a los derechos fundamentales"; Córdova Vianello apoya este primer comentario en los análisis del pensamiento ferrajoliano llevados a efecto por Gerardo Pisarello y Antonio del Cabo.

En el segundo comentario, Córdova Vianello muestra un esquema muy bien logrado de la teoría de Ferrajoli, la cual "parte de la determinación de tres pilares básicos: a) el establecimiento de un concepto de derechos fundamentales que servirá de eje rector de toda su teoría; b) la reformulación en clave garantista de la idea del constitucionalismo que si bien retoma la matriz liberal de este concepto, será <radicalizado> y llevado hasta sus últimas consecuencias; y c) la determinación de una dimensión sustancial del concepto de democracia que viene a sumarse y a complementar su dimensión for-

mal o procedural, redefiniendo con ello sus alcances tanto en el ámbito estrictamente jurídico... como en el ámbito de las decisiones políticas. Esta construcción, basada en la pretensión de universalismo de los derechos fundamentales, le permite plantear un modelo jurídico que busca aplicación no sólo dentro de las tradicionales fronteras marcadas por los conceptos clásicos de Estado y soberanía, sino también en un contexto internacional con la intención de definir una ruta para el establecimiento de un orden constitucional mundial, hoy en fase embrionaria".<sup>29</sup>

Acaso lo más sobresaliente es que, en el pensamiento de Ferrajoli, el constitucionalismo deja de ser únicamente una técnica de limitación del poder público, como lo concibió la tradición liberal clásica que se inicia con Locke, para transformarse en una verdadera técnica de la limitación de *cualquier poder* que pueda poner en riesgo los derechos fundamentales de las personas, máxime si se trata de uno de esos poderes a los que Ferrajoli aplica el duro adjetivo de "salvajes", los cuales no son otros que, siendo de carácter público o privado, estando apoyados o no en la ley, reflejan el poder del más fuerte y el ejercicio de este poder que es la negación misma del derecho desde sus raíces. En este sentido, no hay duda de que la doctrina de Ferrajoli se presenta como una posición de vanguardia en la que el constitucionalismo busca afirmarse como un instrumento de protección de los derechos fundamentales frente a violaciones procedentes no únicamente del tradicional poder público contra el cual se erigió la construcción liberal, sino tam-

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 343.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 447.

bien de cualquiera de los otros poderes que de hecho existen y operan en el seno de la comunidad, ya sean legales, ilegales o extralegales, ya sean públicos o privados, e incluso individuales o colectivos.<sup>30</sup>

En cuanto a la naturaleza y los alcances del juego que supone la generación de los acuerdos democráticos, juego que, como es bien sabido, se establece entre mayorías y minorías, Córdova Vianello, "sin la intención de entrar en un debate, por lo demás prolongado y rico, que se ha desarrollado a lo largo de más de diez años entre Luigi Ferrajoli y Michelangelo Bovero, en torno a la idoneidad de utilizar el concepto de <democracia sustancial> para referirse a aquella esfera de los derechos fundamentales que condicionan las decisiones de la democracia formalmente concebida, debate que –como lo ha reconocido el propio Bovero– encarna un acuerdo sustancial y un desacuerdo formal; y probablemente sin la pretensión de exhaustividad que sin duda merecería el tema, no quisiera dejar de hacer algunas reflexiones sobre la aparente incompatibilidad que algunos autores plantean entre una visión garantista del constitucionalismo como la que sostiene Ferrajoli y los principios que sustentan la concepción procedural de la democracia fundada, en primer término, en la regla de la mayoría como mecanismo para asumir las decisiones colectivas".

En seguida pasa Córdova a comentar que, en términos generales, la objeción a Ferrajoli se plantea sobre la cuestión de si los términos de la expresión por él utilizada de <democracia constitucional> se encuentran entre sí en una relación de aporía o bien de complemento.

"Más allá de la cuestión semántica, el problema consiste en determinar si los límites que el Estado constitucional de derecho le impone a la capacidad de decisión de la mayoría resultan incompatibles con la definición misma de democracia. En términos generales podríamos sostener que sí, pero sólo en el caso de que la democracia sea entendida como la capacidad de decisión absoluta en manos de la mayoría".

Pero si, por el contrario, continúa comentando Córdova Vianello, si ubicamos a Ferrajoli en el contexto de la larga tradición de pensamiento democrático que plantea (desde una óptica liberal) límites al poder de la mayoría, "entonces su constitucionalismo democrático resulta plenamente compatible con un concepto de democracia, entendida como gobierno no absoluto, que es el producto de la lucha histórica contra la autocracia. Sin duda el constitucionalismo representa un límite al poder de la mayoría, pero es un límite consecuente con la evolución histórica de la democracia que se ha ido redefiniendo para no caer en lo que Tocqueville definía como el <despotismo de la mayoría>".<sup>31</sup>

En efecto, en democracia el principio general es el de que debe prevalecer la voluntad de la mayoría. Así lo admiten todos los tratadistas serios. Pero también convienen en que la democracia no es sólo cuestión de números y en que la mayoría puede equivocarse y un solo hombre tener la razón frente a todos los demás y aun cuando la voluntad de la mayoría sea la que se imponga, es imposible que haya unanimidad de criterios y de voluntades al tomar una decisión. Por lo tanto, los

<sup>30</sup> Cfr. Córdova Vianello, en *Ibidem*, pp. 450 y 451.

<sup>31</sup> *Ibidem*, pp. 455 y 456.

intereses de los disidentes también han de estar protegidos, pues sólo así puede darse el gobierno democrático de las mayorías en beneficio del pueblo, el cual también está integrado por la minoría.

Con mayor amplitud y claridad se expresa lo anterior cuando se sostiene que en la democracia no es simplemente la suma de voluntades humanas incalificadas la que hace el derecho, ni la que obliga en derecho y cuando se defiende la aseveración de que si todo un pueblo contra un solo hombre afirma y establece un principio o una voluntad que sean injustos, el hombre aislado, aquella persona débil, solitaria, impotente en el orden material, tiene razón, tiene derecho y puede pedir justicia contra la masa, contra el número, contra el poder material y contra la gravitación de la fuerza que pretendan ahogar el espíritu. En esta línea de pensamiento, el alma de la democracia radica, pues, no en fórmulas cuantitativas, sino en la supremacía de la ley moral sobre la ley positiva, sobre el Estado, sobre el poder político y sobre todas las formas del poder humano, al que probablemente con frecuencia podría apreciársele también como el poder inhumano.

Por otro lado, en la organización democrática del gobierno y de la vida social se da, debe darse, una respetuosa convivencia entre los individuos, entre las mayorías y las minorías políticas. Si bien a la mayoría queda la responsabilidad de la dirección gubernamental, también le queda la de respetar a las minorías, las que nunca estarán sujetas a una tiránica voluntad mayoritaria. Para lograr ese respeto y no tener que someterse a cualquier decisión de la mayoría, con sobrada razón si ésta fuera injusta, las minorías se organizan políticamente y

surge entonces un elemento indispensable en el sistema democrático: la oposición. Ésta no es, en una democracia, simplemente una fuerza negativa, un peso muerto frente a la acción gubernamental. Todo lo contrario: es una fuerza que impide a los gobiernos la estrechez de miras. Cuando un gobierno toma en cuenta las exigencias de la oposición para determinar su línea de acción, se abre a las aspiraciones del país, recoge al máximo los elementos de concordia y unidad y ensancha los fundamentos de su propia subsistencia. En otros términos, el derecho de discrepar, de disentir, garantizado plenamente y ejercido precisamente a través de la oposición, es condición indispensable para la construcción de una comunidad de hombres libres. Donde no hay derecho de discrepar garantizado, donde no hay oposición, no puede haber un Estado verdaderamente democrático.<sup>32</sup>

Dos autores y actores políticos norteamericanos, ambos connotados miembros de minorías que llegaron a convertirse en mayorías en virtud de la alternancia propia del juego democrático, expresaron el principio al que han de sujetarse en la democracia las relaciones entre mayorías y minorías. Lincoln sostuvo que "una mayoría que se somete a los frenos y limitaciones constitucionales, y que siempre se adapta fácilmente a los cambios expresos de la opinión y el sentir populares, es el único soberano de un pueblo libre. Quien esto repudie se entrega, fatalmente, a la anarquía o al despotismo. La unanimidad es imposible". Por su parte, Jefferson, talento indiscutible de la ciencia y la filosofía políticas, sentó

<sup>32</sup> Cfr. Estrada Sámano, Rafael, *La calificación de las elecciones en el sistema electoral mexicano*, tesis profesional, ELD, México, 1972, pp. 26-28.

con pensamiento concluyente el principio antes mencionado cuando dijo que dentro del orden democrático "todos tendrán presente este sagrado principio de que en todos los casos ha de prevalecer la voluntad de la mayoría, pero que esa voluntad, para ser legítima, debe ser razonable; que la minoría goza de igualdad de derechos que una misma ley debe proteger, y que violarlos sería opresión".<sup>33</sup>

Para concluir, hay que reconocer con Córdova Vianello que como una respuesta anticipada frente a una crítica centrada en el carácter utópico e irreal de sus planteamientos, Ferrajoli sostiene: "La ciencia jurídica nunca se ha limitado al estudio y al comentario de cómo es el derecho o de cómo debería ser desarrollado. Siempre ha producido imágenes del derecho y del orden jurídico, que implican un sentido compartido de las razones para la obediencia política... No hay razón para creer que esto será diferente con el derecho internacional, especialmente si se considera que el nuevo paradigma de la primacía y garantía de los derechos humanos como condiciones para la paz mundial y la coexistencia refleja las crecientes expectativas y el sentido común de los pueblos a medida que toman conciencia gradual del incremento de la interdependencia global".

La situación actual del mundo hace difícil ser optimistas y no ser escépticos frente a las sistematizadas y sin duda constructivas tesis de Luigi Ferrajoli. Pero es cierto también, como concluye Córdova Vianello, que "ante la ausencia de otros modelos alternativos, su

<sup>33</sup> Steele Commager, Henry, *Documentos básicos de la historia de los Estados Unidos de América*, Servicio de Información de los Estados Unidos, Washington, s/f. pp. 31 y 21.

construcción teórica de un constitucionalismo global... sigue constituyendo un paradigma jurídico por el que, me parece, vale la pena batirse".<sup>34</sup>

#### IV. EL CASO DE MÉXICO

Es justo y pertinente reconocer que ya hace años, cuando menos cuarenta y cinco, que surgieron señalamientos que pueden considerarse como predecesores o al menos como premonitorios de la *crisis* que Ferrajoli ha denunciado. En efecto, desde entonces se señaló con verdad que "en todo Occidente es probablemente cierto que... la fe en la democracia sigue aún muy viva. Ningún hombre, político ni gobierno oye con agrado que no es democrático. Al mismo tiempo, sin embargo, se puede comprobar un creciente descontento con la democracia efectiva, un <malestar en la democracia>. No puede negarse que el descontento con la democracia se funda en parte en graves imperfecciones del sistema político según el cual funciona. Las constituciones de los modernos Estados democráticos provienen del siglo XIX y han sido transmitidas, aplicadas o imitadas sin variación importante en sus rasgos esenciales, mientras que las constituciones sociales y económicas han cambiado desde entonces en un grado muchas veces revolucionario... Si a pesar de esto se sostiene que la constitución sigue en vigor, ésta se vuelve evidentemente una pura ficción. Las cosas se denominan con nombres falsos... La forma discrepa con la realidad. En último término el derecho queda vaciado de su contenido y su aplicación

<sup>34</sup> Garantismo. *Estudios sobre el pensamiento...*, op. cit., pp. 459 y 460.

es un juego de conceptos. La separación entre la ley y la realidad es a la larga insoportable. Esta es una de las raíces principales del <malestar en la democracia><sup>35</sup>.

Pero si eso era cierto en todos los países adscritos a la cultura occidental y cristiana, en México ese <malestar en la democracia> adquiría perfiles propios y distintivos, probablemente de mayor profundidad y significación. En elegante y ordenada exposición, el destacado constitucionalista Felipe Tena Ramírez sostenía por aquellos mismos años que "en México el problema de la democracia entraña deficiencias tan radicales, que en verdad el sistema no existe. A partir de la independencia, el pivote político del país se hizo consistir en el sufragio universal, cuya existencia quedaba desmentida por la profunda desigualdad cultural y económica entre una minoría medianamente preparada y una gran mayoría destituida del conocimiento cívico más elemental. Era fácil y a veces necesario que los gobernantes suplantan una voluntad popular que no existía; pero también era fácil que en nombre de esa voluntad ficticia, que como un mito sagrado erigía la Constitución, los defraudados pretendientes al poder fraguaran rebeliones; había, pues, que emplear el ardor o la fuerza, y así nuestra historia fue dando tumbos entre cuartelazos triunfantes y represiones sangrientas.

"La revolución social que se inició en 1914 ha trastornado todos los planes de gabinete. Por entre las grietas de una estructura electoral en desuso, que todavía pos-

tula la aritmética de los votos individuales, ha aflorado en la vida política del país el sufragio de las masas organizadas. El influjo creciente del factor colectivo, que tiende a suplantar el factor individual, elemento éste característico del constitucionalismo, ha introducido entre nosotros formas avanzadas de democracia social que no se avienen con la organización electoral individualista ideada por la Constitución.

"No lo anterior, que al fin y al cabo sólo plantea un problema de técnica electoral, sino la existencia de un partido político oficial, es lo profundamente perturbador de la incipiente democracia mexicana. Un partido del gobierno es precisamente lo contrario a un gobierno de partido. La democracia quiere que todos los partidos tengan posibilidad de ganar el gobierno; se llega así al gobierno del partido triunfante. Mas cuando es el gobierno mismo el que crea y sostiene su propio partido para perpetuarse en el poder, estamos en presencia del procedimiento antidemocrático del partido del gobierno.

"Es cierto que la Ley Electoral autoriza y regula la existencia de los partidos por igual y que a su amparo coexisten diversos partidos. Mas la permanencia no interrumpida del partido autocrático en el poder desde su fundación, salvo eventuales y secundarias representaciones, ha suprimido de hecho toda oportunidad de turno a los demás partidos, lo que es esencial en el juego democrático. A su vez, los partidos no oficiales, ante la imposibilidad de lograr el objetivo de todo partido político como es llegar al poder, se han recluido en una oposición amargada y sistemática. Todo lo anterior ha

<sup>35</sup> Pequeña Biblioteca Herder, núm. 34, *El mundo del derecho*, trad. alemán por E. Valenti, Ed. Herder, Barcelona, 1963, pp. 109 y 110.

hecho que la ciudadanía se retraija en una pasividad estéril...”.<sup>36</sup>

Décadas después, una vez que México transitó por una evolución gradual y lenta de sus instituciones políticas y electorales, puede afirmarse válidamente que “el aspecto electoral de la democracia puede considerarse un asunto muy avanzado. México puede presumirse ante todos de poseer un sistema jurídico avanzado y confiable, digno de mostrarse al mundo. Las normas sustantivas y adjetivas del proceso electoral y el amplio sistema de medios de impugnación en la materia han dejado un grato sabor de boca en todos los mexicanos, un sabor que sólo da la sensación de conquista, de ver fructificados los esfuerzos de muchas generaciones y de muchos actores por contar con una plataforma legal y organizacional amplia, sólida y confiable para la elección de nuestros gobernantes.

“Pero sin demeritar nada de lo anterior, también estoy convencido de que la democracia mexicana no es un proceso concluido. Y es que la democracia no se agota en lo electoral, es decir, no se reduce a que sea el sufragio el que designe quiénes son los gobernantes; es mucho más que eso... La democracia es *una forma de vida*, bien lo dice nuestro artículo tercero constitucional. La democracia es un sistema en el que todos los órganos del poder público tienen acotadas sus facultades, limitadas, entre sí y frente a los gobernados. La democracia es, ante todo, un sistema de límites.

“Nuestra democracia sigue en proceso de consolidación y debe seguir avanzando, ganando terreno, pasando a otras arenas. Aún falta librar otras batallas para generar tradiciones democráticas que respalden con firmeza el sistema del que hoy presumimos. Entre éstas, principalmente, se encuentra la del respecto a la legalidad como condición para establecer un sistema de convivencia social y política real y efectivamente democrático, en el que impere la racionalidad de las normas más que el capricho o la excepcionalidad de quien puede más. El camino será largo y es preciso transitarlo combinando firmeza, sensibilidad y sentido de responsabilidad”.<sup>37</sup>

Hay que cuestionar, sin embargo, si ese camino que Gudiño Pelayo vaticina todavía como “largo”, será transitado y transitado sin que entre los mexicanos y entre las diversas fuerzas políticas, sociales y económicas que ellos integran, se alcancen y se establezcan los acuerdos mayoritarios necesarios para efectuar una serie de reformas estructurales que sirvan como infraestructura para la construcción del camino al que alude el mismo Gudiño Pelayo.

Para empezar, como ha señalado José Manuel Villalpando, hay que emprender una “reforma urgente que nunca ha sido considerada” y que dicho autor estima justificadamente como “necesaria y urgente”, puesto que vendría a dar base, sentido y orientación a las decisiones políticas fundamentales establecidas en la Constitución mexicana, tanto a las actualmente plasma-

<sup>36</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 9a. ed., Porrúa, México, 1968, pp. 105 y 106.

<sup>37</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, “El papel de los jueces en la construcción de la democracia”, en *Revista Académica. Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, año IV, núm. 7, pp. 107 y 108. México, julio de 2006.

das ahí como a las que resultaren de las demás reformas que en ella y en la legislación secundaria sean introducidas. Villalpando se refiere a esa reforma "necesaria y urgente" en los siguientes términos: "El objetivo... es proponer, como reforma fundamental, necesaria y urgente, la inclusión explícita en nuestra Constitución de un párrafo preliminar –que también puede ser llamado "preámbulo"– en el cual se contengan y expresen los fines del Estado mexicano, las razones y los motivos que nos unen como nación y los principios rectores que regulen la convivencia social y obliguen a los poderes públicos para lograrlos, además de que permitan inspirar el orden jurídico nacional y den certeza al modelo de desarrollo nacional conforme a sus postulados. Por otra parte, pero no menos importante, sería la guía y el asidero último al cual podrían recurrir los tribunales de la nación para resolver las controversias en las que se diriman definiciones esenciales de constitucionalidad, pues dicho preámbulo o párrafo preliminar fungiría como norma superior, la más alta de todas, al ser punto de partida y origen de las demás".

Asumiendo su papel como historiador del derecho, Villalpando añade: "Hoy en día, los mexicanos desconocemos las razones por las cuales existimos como nación libre y soberana, sin que exista en nuestra Constitución mención alguna sobre el particular, ausencia notoria toda vez que en el pasado sí existieron textos constitucionales que señalaron enfáticamente los motivos de la creación del Estado mexicano y la correspondiente obligación de los poderes públicos para conseguirlos... Por eso, antes de reformar al Poder Ejecutivo,... al Poder Le-

gislativo,... al Poder Judicial,... nuestro federalismo,... el sistema electoral, antes de cualquier reforma, por importante que sea, lo urgente y prioritario es pactar y restringir entre todos los mexicanos, la existencia misma del Estado y las aspiraciones de convivencia y progreso que queremos lograr, es decir, que estemos de acuerdo en la fuente misma que da origen y legitimidad a la vida social y a la acción de los poderes públicos en beneficio exclusivo de esas aspiraciones".

Para concluir, después de recordar que "esta idea de contar con una declaración expresa y explícita de los fines del Estado no es ninguna novedad", Villalpando cierra sus reflexiones con lo siguiente: "Uno de los más antiguos textos constitucionales de occidente, resalta el valor de los fines del Estado, pero además, concede una enorme y magnífica importancia a la recurrente y políticamente sana, recomendable y obligatoria costumbre de volver frecuentemente a los principios, para no perder el rumbo ni variar el destino de una nación. Así, en el artículo XV de la Declaración de Derechos de Virginia, del año 1776, se consigna lo siguiente:

Que ningún gobierno libre, ni las bendiciones de la libertad pueden preservarse por un pueblo sin un firme compromiso con la justicia, la moderación, la templanza, la frugalidad y la virtud y recurriendo con frecuencia a los principios fundamentales.

La recomendación es categórica: <recurriendo con frecuencia a los principios fundamentales>. La lección para nosotros, los mexicanos, es obvia: no podemos re-

currir con frecuencia a ellos porque ni siquiera los tenemos. Y contar con ellos es la reforma más urgente que se puede y se debe hacer al Estado mexicano".<sup>38</sup>

La más urgente, quizás, pero no la única, ni mucho menos. Urgen también otra serie de reformas estructurales de las que, por cierto, ya se ha venido hablando en México desde hace varios años, sobre todo a partir de que en el año 2000, por decisión mayoritaria del electorado, se determinó acceder a un verdadero cambio de régimen, abandonando el presidencialista y autoritario que se había practicado durante siete décadas, con variantes y matices que derivaban del cambio de titular en el Poder Ejecutivo Federal cada seis años, régimen al que daba base y solidez el sistema político electoral de partido oficial y hegemónico arriba descrito con auxilio de don Felipe Tena Ramírez.<sup>39</sup>

Entre las reformas que tienen estrecha relación con la *crisis del derecho* están, a no dudarlo, la reforma integral del sistema de procuración y administración de justicia, con dos vertientes importantes: una relativa a la interpretación constitucional y, por tanto, al ordenamiento jurídico del juicio de amparo y otra relacionada con la modernización del sistema de justicia penal.

Por otro lado, está la llamada reforma del Estado mexicano que más propiamente debería designarse como la reforma de la Constitución del Estado mexicano, en la que se trabajó con ahínco en los inicios del gobierno del presidente Fox (2000-2001), pero que después

se estancó y está aún pendiente, si bien es cierto que ha sido reactivada en el seno del Congreso de la Unión mediante la expedición de una ley que se designa precisamente como la Ley para la Reforma del Estado.<sup>40</sup>

A este respecto, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea ha escrito con razón que "el mundo se encuentra inmerso en la vorágine de la gran ola del cambio con una velocidad nunca antes vista. No es éste el lugar para analizar la complejidad que enfrenta la comunidad internacional en su conjunto y en cada uno de los Estados que la componen. Simplemente debemos reconocer que México no es ajeno a este fenómeno, pero que, además, en el caso de nuestro país se agregan las particulares e inéditas circunstancias políticas y sociales por las que atraviesa... Es frecuente que en los grandes momentos de cambio ocurran *choques ideológicos* entre los que pretenden que las cosas no se modifiquen y que, incluso, niegan la existencia del fenómeno del cambio, y quienes impulsan el cambio y las adecuaciones que permiten avanzar hacia estadios de vida más civilizados. Para los conservadores sólo el pasado importa, a él hay que rendirle culto; para los progresistas el pasado debe servir de impulso hacia el futuro... México está frente a un gran reto. Después de más de setenta años de un régimen autoritario, se ha logrado la alternancia democrática a través, curiosamente, de las instituciones que dieron sustento al anterior régimen. Transición pacífica y exitosa. Empero, éste ha sido sólo el primer paso. Tenemos por delante lo más difícil: el adecuado funcionamiento de un régimen democrático, con gobernabilidad y con eficaces controles

<sup>38</sup> Villalpando, José Manuel, "Los fines del Estado mexicano", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 30, núm. 30, pp. 619 y 620; 646, México, 2006.

<sup>39</sup> *Vide supra*.

al ejercicio del poder; un sistema democrático en sentido pleno que se identifique cabalmente con el Estado de derecho; un sistema abierto a la sociedad. Tenemos la responsabilidad de romper el círculo de nuestra historia entre anarquía y autoritarismo. Los mexicanos debemos ser capaces de operar eficazmente en la democracia, so riesgo de que ésta sea abandonada como el camino deseable por la mayoría de los mexicanos".

Las propuestas de Zaldívar Lelo de Larrea en relación con lo expuesto en el párrafo anterior se centran en varios aspectos por demás atendibles: en primer término, "destaca la nueva y trascendente función que le toca jugar al Poder Judicial de la Federación y, en especial, a la Suprema Corte de Justicia a partir, también, de rescatar la función de la Constitución como auténtica norma jurídica", ya que "durante el régimen priista la Constitución desempeñó en México una función más de programa político y de instrumento legitimador del grupo gobernante que de auténtica norma jurídica suprema vinculante para gobernantes y gobernados... Del mismo modo, sirvió como careta para cubrir la apariencia de un régimen democrático... Así la Constitución se convirtió en instrumento del poder y no en norma jurídica para el control del ejercicio del poder". Lograda la alternancia en el Ejecutivo Federal en el 2000, "la nueva realidad obliga –como condición indispensable– al reconocimiento pleno del papel normativo de la Constitución, de la cual emana la validez de todos los actos de producción jurídica de los distintos operadores políticos. La democracia no se agota en lo electoral, comienza con ello. Una democracia en sentido pleno exige el respeto de la norma constitucional, en especial en lo

que tiene que ver con los derechos fundamentales de los gobernados y con las garantías procesales para que éstos sean realmente eficaces... Sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia".

En otra parte de su interesantísimo diagnóstico, Zaldívar Lelo de Larrea, después de hacer notar cómo ahora "los conflictos políticos devienen en controversias jurídicas de carácter constitucional" y "de esta forma, el derecho constitucional se hace proceso; la política se vuelve justiciable;... la política se ve obligada a desenvolverse dentro de los límites fijados por la Constitución", resalta la necesidad de una nueva constitucionalidad y con abundantes razones concluye que "la interpretación constitucional exige el mayor cuidado y rigor argumentativo" y que para todo ello hace falta construir, desde la Suprema Corte y junto con ella, una teoría constitucional "de la cual carecemos", teoría que debería proporcionar las respuestas adecuadas para las siguientes cuestiones sujetas por ahora a debate: "¿qué criterios interpretativos deben prevalecer?, ¿qué concepción constitucional debe servir como punto de partida?, ¿cómo garantizar gobernabilidad y control del poder?, ¿cómo lograr la mayor eficacia en la protección de los derechos fundamentales?, ¿qué valores sociales deben iluminar la interpretación de la norma fundamental?, ¿de dónde deben extraerse y en qué forma?, etcétera. No es posible interpretar la Constitución sin una previa teoría de la Constitución".

Es claro, como sostiene también Zaldívar, que "en gran medida la democracia mexicana se juega su futuro en la actividad de la Suprema Corte, constituida como tribunal constitucional y como el gran árbitro de

los conflictos de poder. Por esa razón la sociedad no puede aislarse de la labor que realiza la Corte, sino se debe propiciar la reflexión para alcanzar un consenso básico sobre la nueva constitucionalidad a la que todos aspiramos".<sup>41</sup>

Parece que concuerda con Zaldívar Lelo de Larrea otro jurista que ha llegado hasta la más alta magistratura del país cuando expresa las siguientes ideas acerca de tan cruciales tópicos: "Ocuparse hoy en día y en nuestro país del tema de la interpretación constitucional es particularmente importante, pues la misma, por un lado, habrá de cambiar de un modo notable y, por otro, porque respecto de ella ha sido particularmente pobre la reflexión. En el primer caso, las condiciones de cambio democrático a las que asistimos, le darán un carácter plenamente normativo a la norma fundamental, y como consecuencia de ello los diversos actores políticos habrán de luchar por lograr que sus puntos de vista subjetivos se constituyan en los sentidos normativos obligatorios; en el segundo caso, las condiciones autoritarias del régimen que se está trascendiendo, no eran favorables para generar ejercicios interpretativos de las normas constitucionales, de ahí que nuestra Constitución se encuentre, por decirlo de esa manera, poco desarrollada. En el futuro, el modo como se interprete nuestra Constitución será un asunto de la mayor importancia, pues de ello dependerá que ciertas propuestas políticas y sociales sean consideradas como válidas, y otras no, con en consiguiente efecto en lo que hace a sus

posibilidades de establecimiento (o no) como normas obligatorias".<sup>42</sup>

Tratando de sintetizar, ojalá que con éxito, el pensamiento de Zaldívar Lelo de Larrea y de Cossío Díaz, habría que comenzar por admitir, desde luego, que en México ya se cuenta, por fin, con una justicia propiamente constitucional. El resultado de esta aceptación conduce a un mucho más complejo y problemático ejercicio sobre la justicia constitucional: hay que enfrentarse con la construcción del tema central de este modelo jurisdiccional que es, a no dudarlo, la Constitución misma. En primerísimo lugar, en cuanto a la plena aceptación de que la Constitución está integrada por normas específicamente jurídicas, establecidas, por tanto, para regular conductas humanas y, en su caso, hacer valer sus órdenes y mandatos por medio de ese dato característico del derecho que es la coacción jurídica. En segundo término, habría que desentrañar los principios y valores que sin duda están imbrincados en las normas que integran la ley fundamental. En tercer lugar, se trataría de desentrañar el sentido general de la Constitución; lo relevante en este tercer momento consistiría en que sólo a partir de la asignación de un sentido general y predominante a la Constitución, como también lo reclama José Manuel Villalpando, sería posible darle un sentido a los preceptos todos que la componen. En el ejercicio, sin duda, se descubrirían o se confirmarían antinomias y contradicciones que se contienen en el texto constitucional, de las cuales quedaría éste expurgado, ya sea por la vía juris-

<sup>41</sup> Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 105, México, 2002, pp. XIX-XXIV.

<sup>42</sup> Cossío Díaz, José Ramón, *Bosquejos constitucionales*, Porrúa, México, 2004, p. 34.

prudencial o por medio de reformas o adiciones llevadas a cabo por el órgano revisor de la Constitución.<sup>43</sup>

No obstante lo anterior, otro autor ya citado en este estudio, quien, como Cossío Díaz, también forma parte del más alto Tribunal de la Nación, da la voz de alerta en relación con un importantísimo aspecto de la *crisis del derecho* cuando afirma: "Aunque parezca reiterativo, debo insistir y hacer especial énfasis en que de ninguna manera basta que la propia norma, en particular la Constitución, limite en el papel el ejercicio del poder público. Son indispensables los instrumentos para hacer efectivas y reales esas limitaciones. Nuestra propia historia tiene ejemplos de los anterior". Después de referirse a esos ejemplos históricos –como el de la relación de subordinación de la ley fundamental que se dio entre la Constitución de 1857, y la dictatorial concentración de poder durante el Porfiriato, fenómeno acertadamente comentado por Daniel Cosío Villegas– Gudiño Pelayo va más allá cuando afirma que "el voto y las tradiciones democráticas que hemos ido construyendo los mexicanos han venido a reemplazar el uso o la necesidad de la fuerza. Por eso, hoy más que nunca, los tribunales están llamados a realizar su vocación natural de contener el ejercicio del poder en sus propios cauces. Recurrir a los tribunales para que solucionen un conflicto, ya sea que se trate de un conflicto entre órganos de poder o un conflicto acerca de la validez de una elección, no es contaminar o manchar el desarrollo democrático de México, ni tiene la connotación negativa que unos quieren achacar-

le cuando en tono peyorativo hablan de la judicialización de la política o la politización de la justicia".<sup>44</sup>

Gudiño Pelayo abunda en los argumentos por los que no coincide "con quienes se escandalizan o preocupan de que la política se judicialice o porque la justicia se politicé" y concluye diciendo que "en este nuevo escenario, el rol de la Suprema Corte ya no se concreta, como fue durante más de siglo y medio, a ser sólo intérprete y garante de los derechos de las personas, sino que, además, asume otro papel fundamental, ahora como árbitro entre poderes y niveles de gobierno. Se trata de una Corte de peso completo que traza las líneas constitucionales cuando éstas las desdibuja la actuación del poder público o cuando hay diferencias en cuanto al alcance de las mismas, y ese rol garantiza a quienes vivimos e integramos un régimen democrático que la democracia perviva como sistema y que sea la Constitución la que determine cómo se ejerce el poder público en forma democrática.

"Sin un tribunal constitucional que desempeñe esta importantísima función, que en México tiene asignada la Suprema Corte, tendríamos, en palabras de García de Enterría, ...una Constitución herida de muerte, que liga su suerte a la del partido en el poder, que impone en esos casos, por simple relevancia fáctica, la interpretación que en ese momento le conviene...".<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 308.

<sup>44</sup> En nota de pie de página, Gudiño Pelayo se refiere expresamente al artículo de José Antonio González Fernández, titulado "La judicialización de la política", publicado en la revista *Nuestra Democracia*, núm. 2, año 2005, pp. 15 y ss.

<sup>45</sup> Gudiño Pelayo, José de Jesús, *op. cit.*, pp. 110-113.

Con todo, es claro que México necesita completar, redondear y poner en práctica las reformas arriba aludidas. Sólo por referencia a las múltiples propuestas que se han formulado sobre la reforma del Estado y ante la imposibilidad de tratarlas todas con detalle, hay que conducir al lector hacia la publicación más completa y adecuada.<sup>46</sup> Por lo que toca a la reforma del sistema de justicia penal, también se han producido en México varias iniciativas y propuestas; la remisión a la reciente referencia bibliográfica que aquí se proporciona<sup>47</sup> puede ilustrar y guiar al lector en este importante aspecto.

## LA "CRISI DELLA LEGGE" NELL'EVOLUZIONE DEL RAPPORTO TRA "DIRITTO POLITICO" E "DIRITTO CULTURALE". L'ATTIVITÀ CREATIVA DI DIRITTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DEI GIUDICI COMUNI

ROBERTO ROMBOLI

### PREMESSA

#### I. SIGNIFICATI DI "CRISI DELLA LEGGE" E QUELLO ASSUNTO A BASE DELLA INDAGINE

Il presente scritto si pone lo scopo di esaminare, con particolare riguardo alle vicende italiane, il tema generale della "crisi della legge" sotto lo specifico aspetto della valorizzazione di quello che viene definito come "diritto culturale" a scapito del "diritto politico",<sup>1</sup> verificatosi a seguito del passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale e della creazione di un sistema di controllo di costituzionalità della legge e degli atti aventi forza di legge.

<sup>46</sup> Comisión de Estudios para la Reforma del Estado, *Conclusiones y propuestas*. Prólogo de Juan Ramón de la Fuente, UNAM, México, 2001.

<sup>47</sup> Laveaga, Gerardo (coord.), *65 Propuestas para modernizar el Sistema Penal en México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006.

<sup>1</sup> Per la contrapposizione tra "diritto politico" e "diritto culturale" e l'esatta definizione dei medesimi v. Pizzorusso, *Fonti "politiche" e fonti "culturali" del diritto*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, I, 327 ss.

Anche di recente di "crisi della legge", come trasformazione rispetto al modello della legge che fu,<sup>2</sup> si è parlato in tre differenti significati, vale a dire nel senso di:

- a) tramonto della concezione mistica della legge come suprema manifestazione di volontà dello Stato, causa la superiorità della Costituzione e la soggezione della legge al controllo di costituzionalità, che determina, unitamente al carattere pluralistico delle fonti prefigurato dalla Costituzione, la crisi dello stesso modello tradizionale delle fonti;
- b) alterazione della funzione della legge che da generale e astratta diviene sempre più legge di tipo settoriale per la redistribuzione delle risorse e la eliminazione delle disuguaglianze (c.d. amministrativizzazione della legge);
- c) crisi delle istituzioni e della legge parlamentare, determinata a seguito dell'uso ed abuso dell'istituto del referendum abrogativo, della decretazione d'urgenza, della delega legislativa e del processo di delegificazione.<sup>3</sup>

Il significato che prenderemo a base della nostra analisi è essenzialmente il primo dei tre sopra indicati, al fine di evidenziare la valorizzazione e l'espansione che

<sup>2</sup> Per questa espressione v. Modugno, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in *Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 1 ss., il quale contrappone in tal senso la "crisi della legge" alla "legge della crisi", vale a dire ciò che la legge è diventata.

<sup>3</sup> In tal senso Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 2004, 8 ss.

dalla concreta realizzazione del controllo di costituzionalità delle leggi è derivata a favore del diritto culturale, sia con riguardo all'attività più specificamente della Corte costituzionale, che ha consentito di rivalutare l'elemento razionale rispetto a quello volontaristico delle fonti del diritto, sia a quella, per molti versi connessa, dei giudici comuni.

Se attraverso ed a seguito del fenomeno della codificazione il diritto era venuto in qualche misura a ridursi e ad identificarsi nella legge, configurando il ruolo del giudice quale quello di "bocca della legge", la realizzazione del controllo di costituzionalità, ha consentito di recuperare il significato ed il valore del diritto giurisprudenziale, "erodendo la crociata giuspositivista che aveva cercato di imporre il diritto legislativo come l'unico vero diritto"<sup>4</sup> e producendo un innegabile avvicinamento del nostro sistema di *civil law* a quello di *common law*, fondato sul principio dello *stare decisis*.

Nessuno oggi esclude infatti la natura in larga misura "creativa" dell'attività del giudice e pure se l'efficacia delle sue decisioni è, di regola, limitata alle parti del giudizio, è innegabile l'effetto di precedente che queste vengono a svolgere, con efficacia non vincolante, ma persuasiva<sup>5</sup> ed è da intendere che le particolari garanzie di autonomia-indipendenza-imparzialità che la Costituzione riconosce a favore dei giudici siano state previste proprio in considerazione della particolare attività, anche "creativa" del diritto, che questi sono chiamati a

<sup>4</sup> Così Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 2<sup>o</sup> ediz., 378

<sup>5</sup> Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 1977, 525 ss. ed Autori ivi citati, tra i quali specialmente gli scritti di Gino Gorla.

svolgere,<sup>6</sup> sia nella loro ordinaria attività di interpretazione della legge, sia, come vedremo, nella diretta applicazione dei principi costituzionali.

## II. PARTE PRIMA. LA CORTE COSTITUZIONALE

### *1. L'attività creativa di diritto: 1. a) l'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione delle regole del processo costituzionale*

In Europa allorché –a seguito del riconoscimento, successivamente alla seconda guerra mondiale, della natura gerarchicamente superiore della Costituzione rispetto alle altre fonti del diritto e con la finalità di rendere effettiva e concretamente azionabile tale superiorità venne introdotto in molti paesi il sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, la scelta seguita fu, com'è noto, quella a favore di un sistema accentratò.

La diversa tradizione relativamente al valore della legge, al rapporto tra le scelte appartenenti al potere politico e le funzioni riconosciute al potere giudiziario, consigliarono infatti di istituire un organo apposito (una Corte o un Tribunale costituzionale), del tutto distinto dalla magistratura e composto secondo criteri che servissero a garantire una sua particolare sensibilità, anche "politica", ritenuta necessaria per il delicato compito ad esso affidato di sindacare e di poter dichiarare illegitti-

mo un atto proveniente dall'organo direttamente rappresentativo del corpo elettorale.<sup>7</sup>

Non si ritenne invece di riconoscere un simile potere al giudice comune, in maniera diffusa, sia per il timore che il raffronto tra una costituzione fortemente innovativa rispetto alla legislazione vigente, ereditata dal regime precedente, avrebbe determinato un'eccessiva esposizione politica da parte della magistratura, la quale avrebbe potuto fungere da contrappeso alle scelte politiche del parlamento,<sup>8</sup> sia per una più generale sfiducia nella sensibilità ai nuovi valori costituzionali da parte di magistrati formatisi sulla base di principi assolutamente diversi, sia infine per il timore che la mancanza del carattere vincolante del precedente giudizio (*stare decisis*) avrebbe potuto arrecare pregiudizio al principio della certezza del diritto, per l'ipotesi che una legge fosse ritenuta contrastante con i principi costituzionali da parte di alcuni giudici e non da parte di altri.

Nell'esame della creazione giurisprudenziale del diritto, procederemo analizzando dapprima una serie di aspetti relativi all'attività della Corte costituzionale e quindi, successivamente, a quella dei giudici comuni.

Con riguardo al primo aspetto saranno in particolare presi in considerazione: a) la creazione, da parte del Giu-

<sup>6</sup> Si vedano sul punto le osservazioni di Pizzorusso, *Introduzione*, in *L'ordinamento giudiziario. Testi a cura di A. Pizzorusso*, Bologna, 1974, 51 ss.

<sup>7</sup> Corte cost. 14 luglio 1989, n. 406, *Giur. cost.*, 1989, 1831, punto 3 del considerato in diritto, parla, a proposito del nostro modello di giustizia costituzionale, di "una scelta, la quale, oltre alla ponderata valutazione dei modelli preesistenti di garanzia costituzionale, si corrella all'idea, rimasta portante nel nostro sistema costituzionale, della preminenza della legge e degli atti equiparati".

<sup>8</sup> Sul punto v., volendo, Romboli, *L'applicazione della Costituzione da parte del giudice comune*, in *Ordinamento giudiziario e forense*, a cura di Panizza, Pizzorusso e Romboli, Pisa, 2002, 252 e gli Autori ivi citati.

dice costituzionale, di regole processuali per i giudizi costituzionali, b) la modulazione degli effetti temporali delle dichiarazioni di incostituzionalità, c) la pronuncia di sentenze c.d. manipolative ed infine d) la più recente giurisprudenza, attraverso la quale la Corte sembra indicare ai giudici una lettura delle disposizioni legislative impugnate che vada oltre il significato letterale delle stesse, attraverso vere e proprie "sentenze-leggi".

Sotto il primo aspetto (*sub a*), in varie occasioni la dottrina costituzionalistica si è interrogata, soprattutto in questi ultimi anni, circa il grado di vincolatività che le disposizioni processuali assumono per il Giudice delle leggi, in considerazione della natura dello stesso e del tipo di attribuzioni ad esso riconosciute e, conseguentemente, anche sulla possibilità di un apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione delle stesse regole processuali.<sup>9</sup>

Certamente non possono essere trascurate o non adeguatamente valutate le caratteristiche e le particolarità proprie del processo costituzionale e dell'organo davanti al quale esso si svolge, che non può essere inqua-

<sup>9</sup>Sulla formazione, valore e grado di vincolatività delle norme sul processo costituzionale, v. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 63; Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, *ivi*, 105; Romboli, *Significato e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni dell'associazione di studi e ricerche parlamentari*, Milano, 1992, 2, 41 ss.; M. D'Amico, *Giustizia e processo costituzionale*, *Jus*, 1994, 49; Bignami, *Considerazioni introduttive su processo costituzionale e giustizia costituzionale*, *ivi*, 83; Angiolini, *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, Cerri, *Note in tema di giustizia costituzionale*, 1082 e Romboli, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1084, 1082 e 1090; Pizzorusso, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in BES-SONE (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133.

drato interamente nella figura del giudice senza perdere buona parte del suo ruolo e del suo operare nel nostro sistema costituzionale.

Proprio in considerazione di tali particolarità non può negarsi la possibilità, ed anche l'opportunità, di un apporto della stessa Corte costituzionale, attraverso la propria giurisprudenza e nei limiti ad essa consentiti, alla elaborazione delle regole procedurali attraverso un'integrazione della disciplina per molti versi lacunosa del processo costituzionale ed un'interpretazione delle disposizioni in materia spesso tutt'altro che chiare ed univoche.<sup>10</sup>

L'apporto decisivo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della disciplina "vivente" del processo costituzionale si è d'altra parte manifestata fin dai primi anni di funzionamento, basti pensare alla fondamentale presa di posizione, contenuta nella prima sentenza (n.1 del 1956), circa la sindacabilità delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Costituzione o ancora alla delineazione del significato e della portata della rilevanza (in cui si esprime principalmente il carattere di pregiudizialità del giudizio attivato in via incidentale) e della possibilità da parte della stessa Corte di

<sup>10</sup>In proposito è stato osservato come spesso la dottrina mostri eccessiva acquiescenza ai risultati raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale, la quale finirebbe per essere esaltata come *ius receptum*, con la conseguenza che la causa della mancata elaborazione di categorie procedurali proprie del giudizio costituzionale sarebbe da rinvenire nello scarso peso che la giurisprudenza costituzionale ha assegnato alle formalità processuali, v. Angiolini, *La Corte senza il "processo" o il "processo" costituzionale senza processualisti?*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di Romboli, Torino, 1991, 20 ss. e, analogamente, Pugliotto, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polemica di un concetto*, in *Jus*, 1994, 110-111.

controllare il giudizio svolto in proposito da parte del giudice *a quo*.

Sempre con riguardo ai presupposti legittimanti l'instaurazione di un processo in via incidentale sulle leggi, degna di nota è la gestione, operata dalla Corte, delle nozioni di "giudice" e di "giudizio", rispetto alle quali è possibile individuare due distinti periodi della giurisprudenza costituzionale. Il primo (1956-1971), caratterizzato da una lettura ampia ed estensiva dei due termini, ed il secondo (1971-2007) in cui assistiamo ad una chiara e netta inversione di tendenza in senso restrittivo, in evidente contrasto con alcune delle affermazioni sostenute nel periodo precedente.

Tale atteggiamento e interpretazione dei presupposti processuali risponde a momenti diversi della nostra giustizia costituzionale, nel primo dei quali prevaleva certamente l'interesse della Corte ad allargare l'accesso al giudizio, al fine di favorire la diffusione e la realizzazione dei valori costituzionali, visti ancora da molti settori della magistratura come principi generali non immediatamente applicabili e rivolti quasi esclusivamente al legislatore. Nel secondo momento questa sensibilizzazione poteva ormai ritenersi a ragione raggiunta, per cui inizia un'opera, che si farà poi sempre più stringente, di selezione delle questioni e di precisazione più particolareggiata delle condizioni richieste per l'instaurazione del giudizio, unita ad un controllo più penetrante ed attento (a volte anche eccessivamente pignolo) della presenza delle stesse.

Ugualmente importante, soprattutto in considerazioni delle più recenti prese di posizione della Corte, l'ap-

porto della giurisprudenza costituzionale a proposito del contraddittorio nel processo costituzionale.

Basti pensare alla, per molti aspetti discutibile, sentenza n. 210 del 1983 con cui la Corte, dopo averlo implicitamente ritenuto per oltre venti anni, ha negato la possibilità di attribuire la qualifica di parte al presidente del consiglio dei ministri intervenuto, tramite l'Avvocatura dello Stato, nel giudizio costituzionale. Anche in questo caso la finalità appare abbastanza trasparente e consiste nella volontà di ricorrere con maggiore facilità alla camera di consiglio "per mancata costituzione delle parti", nella considerazione che molto spesso accadeva ed accade che sia presente il presidente del consiglio, mentre le parti del giudizio *a quo* non si costituiscano.

Con riferimento poi al tema, specie in certi anni assai dibattuto, relativo alla possibile presenza nel giudizio costituzionale di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo* e dal presidente del consiglio dei ministri, la Corte ha tenuto per un lungo periodo una posizione di netta chiusura, escludendo la possibilità di costituirsi da parte di terzi, attraverso una giurisprudenza costante e senza rilevanti incrinature.

Successivamente, richiamandosi all'art. 24 Cost. –con ciò riconoscendo il valore e l'esistenza di un "processo" costituzionale– la Corte ha improvvisamente aperto il contraddittorio, consentendo di costituirsi o di intervenire nel processo costituzionale, oltre alle parti regolarmente costituite nel giudizio *a quo* al momento dell'emissione dell'ordinanza di rinvio e al Presidente del consiglio dei ministri e della giunta regionale, anche a quanti abbiano un interesse diretto, strettamente colle-

gato con quel giudizio, tale da poter essere colpito dagli effetti della sentenza della Corte costituzionale, allorché non sia stato loro possibile costituirsi nel giudizio *a quo* e la partecipazione al processo costituzionale divenga il solo modo per "difendere" le loro posizioni giuridiche soggettive e, in maniera ancora più ampia e dopo averlo escluso in moltissime occasioni negli anni precedenti, ha riconosciuto l'ammissibilità di un intervento nel giudizio di un ordine professionale allorché siano devolute alla Corte questioni di legittimità che toccano anche la sfera di competenza dell'ordine professionale stesso.

Una spiegazione del comportamento della Corte potrebbe forse essere individuata nel ruolo sempre maggiore che nei giudizi costituzionali ha ormai assunto la tecnica del c.d. bilanciamento di valori o di interessi che caratterizza forse più di ogni altro elemento l'attuale momento della giustizia costituzionale, e che sembra dover necessariamente comportare che nel processo costituzionale tutti i diversi interessi che vengono in gioco siano adeguatamente rappresentati.

Un terreno su cui si è ampiamente manifestata l'opera creativa della giurisprudenza costituzionale è costituito poi dalla tipologia delle decisioni.

In particolare il provvedimento di restituzione degli atti al giudice *a quo* ha origine esclusivamente giurisprudenziale, esso infatti non trova origine e giustificazione in una specifica disposizione, ma è essenzialmente frutto della giurisprudenza costituzionale, la quale ha, per ragioni pratiche, quasi "inventato" questo tipo di decisione.

Il rapporto poi di tale provvedimento con quello di inammissibilità è stato dalla Corte inteso diversamente,

in relazione al particolare momento della giustizia costituzionale e alle esigenze ritenute di maggior importanza. Così ad un momento di maggiore collaborazione tra Corte e giudice e di maggiore incentivo a sollevare questioni di costituzionalità, corrisponde un utilizzo del primo, allorché viene riscontrato un vizio sanabile da parte del giudice *a quo*, o del secondo, quando invece manca un presupposto (ad es. atto privo della forza di legge) la cui esistenza è fuori dalla disponibilità dello stesso. L'esigenza di chiudere il maggior numero possibile di giudizi ha suggerito alla Corte di impiegare la formula della inammissibilità (la quale anziché spingere il giudice a risollevare la questione, lo induce a demordere) anche nelle ipotesi in cui fin allora aveva usato quella della restituzione degli atti, che finisce per valere solo per l'ipotesi di *ius superveniens*.

Con riguardo alla pronuncia di illegittimità costituzionale conseguenziale, una semplice lettura della seconda parte dell'art. 27 l. 87/53 ("essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata") mostra, in maniera quasi inequivocabile, come l'impiego fatto dalla Corte di tale pronuncia sia senza dubbio *contra legem*, quest'ultima intesa sia in una accezione letterale che nella sua collocazione nel sistema di instaurazione del giudizio costituzionale incidentale. La Corte infatti è giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale conseguenziale di altra disposizione o fatispecie normativa, analoga o simile, sul presupposto della ricorrenza della stessa violazione costituzionale accertata nei confronti della disposizione impugnata *principaliter*.

Con riferimento alla decisione di manifesta infondatezza, essa viene utilizzata per un lungo numero di anni quasi esclusivamente ad indicare una questione già affrontata e decisa negli stessi termini o palesemente priva di qualsiasi fondamento, mentre un uso assai diverso si inizia ad avere negli anni del c.d. smaltimento dell'arretrato e continua per buona parte ancora oggi.

Il fatto che la Corte abbia impiegato la manifesta infondatezza, per inconsistenza della questione accertabile *ictu oculi*, in un numero di casi oltre cinque volte superiori a quelli per cui era stata applicata nei trenta anni precedenti, mostra *per tabulas* come la Corte abbia gestito la nozione di manifesta infondatezza in maniera alquanto libera, in particolare al fine di raggiungere lo scopo prefissosi dell'eliminazione delle questioni pendenti.

Si aggiunga, per concludere, tutta la serie di dispositivi creati dalla Corte al fine di dotarsi, sull'esempio di quanto avviene in altre esperienze continentali di giustizia costituzionale, di tecniche decisorie ulteriori e più sofisticate, tra cui quelle attraverso le quali ha voluto modulare gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento (c.d. pronunce di illegittimità costituzionale sopravvenuta, sulle quali torneremo tra poco), giungendo in alcuni casi addirittura a rendere la dichiarazione di incostituzionalità non operante per il giudizio nell'ambito del quale l'eccezione era stata sollevata. In altri casi, in considerazione della particolarità della questione ad essa sottoposta e delle conseguenze di una pronuncia di illegittimità costituzionale, ha rilevato la "incompatibilità" della disciplina impugnata con la Costituzione, ma ha poi concluso per l'infondatezza o addirittura per la inammissibilità e, successivamente, ha sperimentato le

decisioni c.d. additive di principio, attraverso le quali viene dichiarata l'incostituzionalità delle norme impugnate ed introdotto un principio rivolto sia al legislatore che al giudice.

Innegabile, ed aggiungerei ineliminabile, quindi l'importanza dell'apporto alla determinazione della disciplina processuale fornito dalla giurisprudenza costituzionale, proprio in considerazione del ruolo che la Corte svolge nel nostro sistema costituzionale, delle attribuzioni a questa riconosciute e del modo come il giudizio costituzionale sulle leggi si è venuto concretamente a realizzare.

Il riconoscimento della legittimità di un importante e concreto apporto della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della disciplina processuale non può d'altra parte significare libertà di scegliere ora l'una ora l'altra interpretazione della disposizione processuale, a seconda del caso su cui la Corte si deve pronunciare, il che equivarrebbe a negare qualsiasi valore e significato alle regole processuali.

Si può concordare sul fatto che il processo costituzionale, in conseguenza del suo particolare oggetto e quindi dell'interesse generale ad esso sotteso, è un tipo di processo assai particolare, tale da non poter utilizzare *sic et simpliciter* e senza adeguati adattamenti le categorie processuali elaborate con riferimento ad altri tipi di processo, disegnati per differenti scopi e ragioni, come è possibile riscontrare in ordine al concetto di "parte", di "interesse a ricorrere", di "intervento", di "pregiudizialità", di "principio del chiesto e pronunciato" ecc.

Si può altresì essere d'accordo sulla necessità di una interpretazione ampia delle disposizioni processuali da

parte della Corte e sul considerare quindi le stesse caratterizzate da una certa flessibilità, in modo da riconoscere alla Corte un qualche margine di discrezionalità nella sua applicazione.

Detto questo parrebbe però potersi e doversi richiedere una coerenza nell'uso di tale discrezionalità, in modo da creare una uniformità di comportamento, in presenza delle stesse condizioni e di obbligare la Corte, allorquando intenda decidere diversamente, quanto meno a motivare il proprio comportamento, che viene a porsi in contrasto con un indirizzo da essa stessa instaurato e seguito in generale.

Il richiamo alla necessità del rispetto delle regole processuali sta a significare tutela di un valore, a nostro avviso, assai importante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità cioè di "individuare standars di comportamenti che offrono, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale".<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Elia, Considerazioni sul tema, in *Giudizio "a quo"* cit., 98; in proposito pure Carrozza, *Il processo costituzionale come processo*, in *La giustizia costituzionale* cit., 63 ss., spec. 69-70.

## 2. La modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità attraverso le decisioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta

Per quanto concerne il secondo aspetto (*sub b*), la Corte costituzionale ha sperimentato negli ultimi anni un tipo di decisione (le c.d. sentenze di illegittimità costituzionale sopravvenuta), attraverso le quali essa tende appunto a dilazionare nel tempo gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, in chiara deroga a quanto espressamente stabilito dalla legge.

A proposito di tali applicazioni giurisprudenziali, pare necessario distinguere tra quella che potremmo chiamare la illegittimità costituzionale sopravvenuta in senso stretto o in senso proprio e quella che invece giunge allo stesso risultato di limitare l'efficacia retroattiva delle dichiarazioni di incostituzionalità attraverso un bilanciamento tra i diversi valori costituzionali che vengono concretamente in gioco.

Le due ipotesi, normalmente accomunate nello stesso fenomeno della illegittimità costituzionale sopravvenuta e in tal senso presentate anche dalla stessa Corte costituzionale, meritano invece di essere mantenute separate, in quanto, almeno concettualmente, assai diverse e soprattutto produttive di conseguenze diverse in ordine alla loro operatività nel processo costituzionale.

Attraverso la prima (illegittimità sopravvenuta in senso stretto) la Corte afferma che una determinata disciplina, conforme al dettato costituzionale al momento della sua entrata in vigore, è divenuta incostituzionale solo successivamente, a seguito del sopraggiungere di avvenimenti posteriori, per cui l'effetto della dichiara-

zione di incostituzionalità deve decorrere dal momento in cui tale condizione si è effettivamente verificata.<sup>12</sup>

La deroga alle regole generali relative agli effetti delle sentenze di accoglimento deriva quindi dal fatto che la legge impugnata perde la sua efficacia, non dal giorno della sua entrata in vigore, ma da un momento successivo (quello in cui è divenuta incostituzionale), mentre resta rispettato il principio secondo cui essa, con tale limite, non può trovare applicazione nel giudizio *a quo* e in tutti i giudizi ancora pendenti in cui di tale legge si deve fare applicazione.<sup>13</sup>

Nella seconda ipotesi invece (bilanciamento di valori) la Corte, nella considerazione che la dichiarazione di incostituzionalità di una legge, nel tutelare e garantire certi valori, produrrebbe contemporaneamente effetti negativi rispetto ad altri valori, anch'essi meritevoli di tutela a livello costituzionale, differisce l'efficacia della propria pronuncia in maniera da ridurre o eliminare tali effetti negativi e indica quindi un termine a partire dal quale la disposizione impugnata deve ritenersi incostituzionale. In questo caso il *vulnus* alle normali regole sull'efficacia delle sentenze di accoglimento è indubbiamente maggiore, in quanto può condurre a dover considerare la norma dichiarata incostituzionale ancora applicabile nel giudizio *a quo* e/o nei giudizi pendenti.<sup>14</sup>

Le due ipotesi sopra riassuntivamente richiamate sembrano poi conseguentemente differire tra di loro anche per quanto riguarda l'individuazione, da parte della Corte, del *dies a quo*, a cui far riferimento per ricollegarvi gli effetti della decisione di accoglimento.

Nel primo caso infatti esso, coincidendo con il momento in cui la legge è divenuta, per tutti ed a tutti gli effetti, incostituzionale, parrebbe doversi ricavare interamente all'interno della questione di costituzionalità ad essa sottoposta e dal materiale normativo a disposizione della Corte.

Nel secondo caso invece, dovendosi bilanciare tra di loro diversi, e nella specie contrapposti, valori costituzionali e individuare il punto di minore sofferenza per entrambi, la Corte gode indubbiamente di una maggiore discrezionalità, difficilmente suscettibile di controllo, se non quello relativo alla sua "ragionevolezza".<sup>15</sup>

Il tema della modulazione nel tempo degli effetti delle decisioni costituzionali, anche in conseguenza dei surricordati "esperimenti" da parte della giurisprudenza costituzionale, è stato oggetto di molti ed approfon-

<sup>12</sup> Si vedano, tra le altre, Corte cost. 71, 72, 80, 105, 370/1996, 78/1997.

<sup>13</sup> Cfr. Corte cost. 71, 72, 80, 105, 370/1996, 78/1997.

<sup>14</sup> Corte cost. 266/1988, 50, 398/1989, 416/1992.

<sup>15</sup> Nel progetto predisposto, nel 1997, dalla commissione bicamerale per le riforme costituzionali, il quale prevedeva una pressoché totale riscrittura dell'intera seconda parte della Costituzione (e che poi non ha terminato il suo *iter parlamentare*) era stabilita la possibilità, per la Corte costituzionale, di differire fino ad un anno gli effetti delle sentenze di accoglimento, mentre si era ritenuto di non introdurre nel Progetto la facoltà della corte di limitare gli effetti retroattivi delle proprie decisioni, in quanto si sarebbe così introdotto una deroga di carattere eccessivamente ampio al principio generale che impedisce di applicare a tutti i rapporti ancora "giustiziable" le norme dichiarate incostituzionali.

diti interventi in dottrina,<sup>16</sup> anche in considerazione delle analoghe esperienze compiute da altre Corti.<sup>17</sup>

Certamente la suddetta innovazione può essere vista con favore per la parte in cui sembra poter liberare la Corte costituzionale dalla eccessiva preoccupazione degli effetti delle proprie decisioni di accoglimento, a scapito dei diritti costituzionali da tutelare, anche se, per altri versi, non può non porre una serie di interrogativi

<sup>16</sup> Sulla modulazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità nel tempo, v. L. Pegoraro, *La Corte e il parlamento: sentenze indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1988; M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; A. Pace, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1997, 444; Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997; Celotto, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, a cura di Modugno, Milano, 1999, I, 97 ss.; Siclari, *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 1778 ss.; L. A. Azzarolli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000.

<sup>17</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle Corti tedesca e austriaca, che vedono ora tuttavia disciplinato legislativamente il relativo potere di "differimento" degli effetti delle rispettive sentenze: si tratta delle sentenze di "non conformità costituzionale" previste dall'art. 31 c. 2 della legge sulla corte tedesca e delle sentenze di c.d. "pura incostituzionalità" di cui all'art. 140 c. 3 della Costituzione austriaca, che riconosce alla Corte il potere di differire l'efficacia dell'annullamento (in caso di sentenza di accoglimento) sino ad 1 anno. E' interessante notare che analogo potere alla Corte austriaca si vede riconosciuto con riferimento alle sentenze di accoglimento emesse in caso di impugnazione diretta o incidentale dei regolamenti nel corso di un giudizio: in tal caso, ove sia disposto il differimento, si precisa (art. 60, c. 1) che comunque l'atto non trova applicazione al caso deciso dal giudizio a quo (soluzione certo "equa", ma difficile da giustificare "istituzionalmente").

circa la "sopportabilità" della stessa dal nostro sistema di controllo delle leggi.

Innanzi tutto una simile previsione comporta il riconoscimento alla Corte di un potere che pare sottrarsi a qualsiasi tentativo di fissazione di criteri e presupposti, assumendo le caratteristiche di un potere assolutamente discrezionale, molto più simile a quello proprio del legislatore (sebbene *ad interim*) che non a quello di un giudice. Inoltre la dichiarazione di incostituzionalità con sospensione degli effetti viene a porsi in chiaro contrasto con il carattere incidentale del giudizio ed il sistema della pregiudizialità costituzionale. Il giudice che ha sospeso il giudizio, in attesa della decisione della Corte, in quanto ha ritenuto che la disposizione di legge da applicare nel suo giudizio potesse porsi in contrasto con la Costituzione, si vedrebbe cioè, nonostante che la Corte abbia accolto il suo dubbio, ad applicare nel giudizio *a quo* la disposizione dichiarata incostituzionale, in ragione della dilazione degli effetti decisa dalla Corte. D'altra parte la previsione di una sorta di "premio" per il giudizio *a quo* sarebbe difficilmente conciliabile con il rispetto del principio di egualianza e sarebbe comunque particolare la situazione di una disposizione che tutti ormai sanno essere incostituzionale, ma che dovrebbe continuare ad essere osservata come legge dello Stato ancora per un anno o più.

La dilatazione degli effetti nel tempo ha in fondo lo scopo di dare al legislatore il tempo per intervenire e quindi la sua validità viene in definitiva a dipendere dalla solerzia di questi.

*3) Le sentenze di incostituzionalità ed in particolare le c.d. sentenze "manipolative" del testo della legge oggetto del controllo*

Circa l'aspetto indicato per terzo (*sub c.*), l'art. 136, 1<sup>o</sup> comma, della nostra Costituzione prevede che "quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge e di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione".

Da ciò parrebbe del tutto corretta e condivisibile la posizione di quanti ritengono che le sentenze di accoglimento della Corte siano qualificabili come fonti del diritto.<sup>18</sup>

La previsione costituzionale faceva però con ogni probabilità riferimento ad ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità totale, tale cioè da cancellare la disposizione dall'ordinamento, mentre nella realtà la Corte ha fatto sovente un particolare utilizzo delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale della legge attraverso quelle che vengono comunemente definite le sentenze "manipolative",<sup>19</sup> così dette ad indicare che, con esse,

<sup>18</sup> Cfr. Pizzorusso, *La manutenzione del libro cit.*, 122 ss., il quale esamina le principali tesi contrarie a tale qualificazione e le ragioni sulle quali esse si fondono.

<sup>19</sup> Sulle decisioni manipolative, v. G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1684; L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, I, 299; Carnevale, Modugno, *Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del verso della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, 1990, 519; A. Pizzorusso, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 262; C. Colapietro, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1991; G. D'Orazio, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 61; E. Grossi, *Sentenze di spesa "che non*

la Corte procede ad una modifica ed integrazione delle disposizioni sottoposte al suo esame, in modo che queste escono dal giudizio costituzionale con una portata normativa ed un contenuto diverso da quello originario. Tra le decisioni manipolative si pone poi un'ulteriore distinzione tra le pronunce di tipo "additivo" e quelle di tipo "sostitutivo".

Con le prime si fa riferimento a quel tipo di pronuncia con la quale la Corte dichiara incostituzionale una certa disposizione, in quanto *omette* di dire qualcosa ("nella parte in cui non prevede che"). Così ad esempio può dichiarare l'incostituzionalità di una disposizione del codice di procedura penale, per la parte in cui non prevede che determinati atti siano svolti alla presenza del difensore dell'imputato, con il risultato che, a seguito di tale pronuncia, sarà obbligatoria la presenza del difensore anche per l'espletamento di attività per le quali, nella formulazione originaria della legge, essa non era prevista.

Le decisioni sostitutive si caratterizzano invece per il fatto che con esse la Corte dichiara l'incostituzionalità di una legge, per la parte in cui prevede una determinata cosa, *anziché* prevederne un'altra. La decisione sostitutiva si compone quindi di due distinte parti: una demolitoria del contenuto della disposizione impugnata, l'altra ricostruttiva attraverso cui la Corte provvede a dotare la disposizione stessa di un diverso contenuto, in linea con i principi costituzionali.

*costino*", Torino, 1992; AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81 u.c. della Costituzione*, Milano, 1993; A. Pugliotto, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199.

Tali decisioni, per il loro carattere immediatamente autoapplicativo e quindi certamente più invasivo, hanno in varie occasioni determinato momenti di possibile "frizione" tra Corte costituzionale e legislatore.

Si è parlato in proposito di un ruolo di "supplenza" della Corte nei confronti del parlamento e di una funzione paralegislativa della prima, ponendo il problema della legittimazione della Corte costituzionale a compiere interventi, e quindi scelte, che spettano esclusivamente al legislatore ed anche da parte della magistratura si è assistito, in alcune occasioni, ad una sorta di "ribellione" rispetto a questo tipo di decisioni, da parte dei giudici, i quali, mentre hanno riconosciuto valore ed efficacia cogente alla parte ablativa della sentenza della Corte, si sono rifiutati di seguire la parte "ricostruttiva", ritenendola una illecita esorbitanza rispetto alle funzioni che la Costituzione e la legge attribuiscono alla Corte costituzionale.

Alla accusa di "sconfinamento", si è replicato, attraverso una tesi forse più utile e opportuna che pienamente convincente, secondo cui la Corte non svolgerebbe in questi casi alcuna attività propriamente creativa ma, attraverso l'interpretazione, si limiterebbe a far emergere norme che sono già presenti a livello costituzionale e le decisioni di tipo manipolativo verrebbero pertanto correttamente impiegate in quanto si porrebbero come l'unica soluzione costituzionalmente possibile, quindi costituzionalmente obbligata, una soluzione pertanto "a rime obbligate".<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale*, Padova, 1984, 408.

Alcuni problemi particolari si sono posti nella giurisprudenza costituzionale con riguardo all'utilizzazione delle sentenze manipolative in materia penale incriminatrice, per l'esistenza del principio di legalità delle pene ("nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso", art. 25, 2° comma, Cost.), nonché per le implicazioni e le conseguenze finanziarie connesse all'intervento additivo della Corte, alla luce dell'art. 81, 4° comma, Cost., secondo cui "ogni (...) legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte".

Con riguardo alla materia penale la Corte ha sempre escluso, con giurisprudenza assolutamente costante, la possibilità di interventi additivi e ciò non tanto perché si tratta di materia coperta da riserva di legge (il che avrebbe comportato la necessità di concludere nello stesso senso per tutte le altre materie che la Costituzione riserva all'intervento del legislatore), ma in quanto trattasi di uno speciale principio di legalità delle pene che comporta, per il tipo di materia trattata ed i beni su cui essa va ad incidere (libertà personale), una esigenza di certezza che esclude la configurabilità di interventi additivi della Corte.

In ordine al problema relativo alla applicabilità della disposizione di cui all'art. 81, 4° comma, della Costituzione alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale ed in particolare alle sentenze additive, sulla base della collocazione e della formulazione letterale della suddetta disposizione ("ogni legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte") si deve concludere per la sua inapplicabilità, almeno in via diretta, alle decisioni della Corte, sia perché mostra

chiaramente di volersi riferire all'attività del legislatore, sia perché comunque il Giudice delle leggi, a differenza del Parlamento, non sarebbe in alcun modo in condizione di assolvere al compito di indicare i mezzi con cui far fronte alle maggiori spese derivanti quale effetto delle sue pronunce di incostituzionalità.

Una simile conclusione parrebbe, a prima vista, realizzare quello che è stato definito il "paradosso della Corte" la quale, mentre applicherebbe il disposto dell'art. 81, 4° comma, Cost. ai prodotti normativi del legislatore, non lo applicherebbe alle norme che essa stessa produce, creando norme per loro natura esenti dai vincoli e dai limiti imposti da tale disposizione. Il sudetto "paradosso" può essere in qualche modo superato sostenendo, come necessario, che il disposto dell'art. 81, 4° comma, Cost. pur non essendo direttamente applicabile all'attività della Corte costituzionale, ciò nonostante non può considerarsi per questa *tamquam non esset*, ma appare come espressivo di un principio e di un valore generale, quale quello dell'equilibrio finanziario o di bilancio, che certamente la Corte è tenuta a considerare ed a valutare nel momento in cui è chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale di una legge.

#### *4. Il tentativo di imporre ai giudici una lettura della legge "oltre" il significato dalla stessa ricavabile attraverso i tradizionali strumenti dell'interpretazione*

L'ultimo aspetto indicato (*sub d*) fa riferimento ad ipotesi in cui la Corte costituzionale ricorre ad un tipo di pronuncia (quella interpretativa di rigetto), attraverso la quale essa dichiara infondata l'eccezione di costitu-

zionalità sollevata, ma alla condizione che, da parte dei giudici, venga seguita l'interpretazione della disposizione impugnata indicata dalla stessa Corte come l'unica tale da evitare una pronuncia di incostituzionalità.

Questo tipo di decisione è stata utilizzata dalla Corte fin dall'inizio della sua attività, ma solo di recente sembra essere spesso impiegata soprattutto allorché l'interpretazione suggerita appare, nei riguardi del testo normativo, più "creativa" o più "ardita", in quanto il significato indicato dalla Corte non discende affatto chiaramente dalla lettera del medesimo, quando addirittura non sembra porsi in contrasto con esso.

Con riguardo a questo utilizzo dello strumento delle interpretative di rigetto la Corte sembra suggerire al giudice una interpretazione spesso poco conciliabile con la lettera della legge, anche in ipotesi in cui questo si sia espressamente pronunciato nel senso della impraticabilità di tale lettura, proprio in quanto non consentita dal tenore letterale della disposizione impugnata.

Si prenda ad esempio la sent. 394/2005, relativa alla questione di costituzionalità della mancata previsione della trascrizione del titolo che riconosce il diritto di abitazione del genitore affidatario della prole naturale, che non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile assegnato.

Il giudice *a quo* rilevava come le disposizioni censurate non consentivano una diversa interpretazione, in quanto "le norme sulla trascrizione, rispondendo all'interesse pubblico alla sicurezza dei traffici giuridici, sono da considerarsi di stretta interpretazione nella parte in cui indicano gli atti soggetti a trascrizione".

La Corte afferma invece che allo scopo non è necessaria un'apposita previsione e che il principio che garantisce il minore attraverso la trascrizione del titolo che assegna al genitore affidatario il diritto di abitazione nella casa familiare "è ricavabile da un'interpretazione sistematica delle disposizioni a tutela della filiazione".<sup>21</sup>

Lo stesso può dirsi per la questione di costituzionalità relativa al divieto di detenzione di materiali esplosivi per quanti ammessi al servizio civile a seguito di obiezione di coscienza, anche quando detto materiale sia detenuto ad usi chiaramente non offensivi (ma per altri fini, nella specie estrazione di blocchi lapidei).

La questione veniva sollevata sulla base di un'interpretazione, ritenuta del tutto pacifica, dell'espressione "invulcro contenente materie esplosive", condivisa, tra l'altro, dalla stessa parte privata interessata.<sup>22</sup>

La Corte costituzionale risolve la questione rilevando come l'espressione di cui sopra, seguendo anche la supposta intenzione del legislatore, deve intendersi come riguardante i materiali esplosivi "in quanto predisposti per l'offesa alla persona".<sup>23</sup>

In altra decisione di pari data,<sup>24</sup> la cosa appare ancora più evidente. L'eccezione di costituzionalità riguardava la disposizione che consente di concedere l'indennità di mansione ai centralinisti non vedenti occupati in base alle norme relative al collocamento obbligatorio. A fron-

te del testo normativo così formulato, il giudice ne derivava l'ovvia conseguenza che, avendo il legislatore fatto espresso riferimento alle assunzioni in base alle norme relative al collocamento obbligatorio, l'indennità non poteva riconoscersi ai centralinisti non vedenti assunti in via ordinaria.

La Corte risolve la questione attraverso "una ricostruzione sistematica della normativa in esame", in base alla quale giunge alla conclusione che l'indennità in questione spetta a tutti i centralinisti non vedenti, indipendentemente dalla particolare modalità di accesso all'occupazione, derivandone che "non può ritenersi di ostacolo a questa interpretazione la formulazione testuale della disposizione impugnata, laddove fa espresso riferimento alla fonte costitutiva del collocamento obbligatorio".

Di recente poi la Corte, dopo aver richiamato esplicitamente la propria giurisprudenza in tema di necessario esperimento da parte del giudice dell'interpretazione conforme, ha pronunciato una interpretativa di rigetto, rilevando come il giudice *a quo*, per giustificare l'impossibilità di tale interpretazione si fondasse esclusivamente "su dati letterali", che la Corte interpreta invece in maniera diversa, superando così i dubbi di costituzionalità.<sup>25</sup>

L'uso delle pronunce interpretative di rigetto sopra indicato, allorché l'interpretazione conforme suggerita viene a forzare alquanto il dettato letterale<sup>26</sup> si riconviene a

<sup>21</sup> Corte cost. 21 ottobre 2005, n. 394, *Giur. cost.*, 2005, 3892, con nota di Sicari.

<sup>22</sup> Cfr. Tar Piemonte, ord. 3 settembre 2005, G.U., 1° s.s., 16 novembre 2005, n. 46.

<sup>23</sup> Corte cost. 7 aprile 2006, n. 141, *Giur. cost.*, 2006, 1319.

<sup>24</sup> Corte cost. 7 aprile 2006, n. 140, *Giur. cost.*, 2006, 1314.

<sup>25</sup> Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 343, G.U., 1° s.s., 2 novembre 2006, ediz. str.

<sup>26</sup> Si vedano in proposito le osservazioni di Guazzarotti, *Fin dove arriva l'interpretazione correttiva della Corte costituzionale?*, in *Quaderni cost.*, 2002, 814-816.

nette al problema più generale, anch'esso evidenziatosi negli ultimi anni nella giurisprudenza costituzionale, della efficacia di quelle decisioni – esattamente definite “sentenze-leggi”<sup>27</sup> – con cui la Corte, attraverso un dispositivo diverso da quello di illegittimità costituzionale, procede più che ad una interpretazione, ad una vera e propria riscrittura del testo della legge.

Si potrebbero in proposito citare, tra gli altri, i casi relativi alla indennità di maternità in caso di parto prematuro,<sup>28</sup> quello del disconoscimento di paternità in caso di inseminazione eterologa,<sup>29</sup> quello del permesso di soggiorno a minori stranieri sottoposti a tutela,<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Così Carlassare, *Perplessità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, 191.

<sup>28</sup> Corte cost. 16 maggio 2002, n. 197 e 28 novembre 2002 n. 495, in *Giur. cost.*, 2002, 1570 e 4074, con nota di Frontoni.

<sup>29</sup> Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, 2632.

<sup>30</sup> Corte cost. 5 giugno 2003, n. 198, in *Giur. cost.*, 2003, 1520, la quale ha dichiarato infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, 1° comma, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui non prevedrebbe che, al compimento della maggiore età, il permesso di soggiorno possa essere rilasciato anche nei confronti dei minori stranieri sottoposti a tutela, ai sensi degli art. 343 ss. cod.civ.

Il giudice *a quo* – pur rilevando che in alcuni casi altre autorità giudiziarie avevano ritenuto la disposizione impugnata applicabile anche nei confronti dei minori stranieri sottoposti a tutela e che tale risultato si impone alla luce del principio costituzionale di egualianza – aveva però considerato impossibile seguire una simile interpretazione, in quanto contraria al tenore letterale della disposizione ed ai canoni ermeneutici stabiliti dall'art. 12 delle preleggi, dal momento che la disposizione impugnata si riferisce esplicitamente ai minori stranieri dati in affidamento.

La Corte costituzionale osserva come l'interpretazione letterale dell'art. 32, 1° comma, d. lgs. 286/98 porrebbe lo stesso in sicuro contrasto con i valori personalistici che caratterizzano la nostra Costituzione e suggerisce pertanto un'integrazione della disposizione in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del

quelli in cui il giudice aveva espressamente escluso che il testo normativo consentisse l'interpretazione suggerita dalla Corte.<sup>31</sup>

Con specifico riguardo ad un simile utilizzo delle sentenze interpretative di rigetto è stato sostenuto che la Corte opererebbe una sorta di “nomofilachia creativa” con riguardo alla normazione di rango primario, attraverso la sostituzione di una nuova scelta politica rispetto a quella operata dal legislatore con l'atto sottoposto a controllo.<sup>32</sup>

minore e del rapporto di affidamento, concludendo, su questa base, che l'art. 32, 1° comma, d. lgs. 286/98, va riferito anche ai minori stranieri sottoposti a tutela, ai sensi del titolo X del libro primo del codice civile.

<sup>31</sup> Cfr., ad esempio, Corte cost., ord. 25 maggio 2004, n. 153, in *Giur. cost.*, 2004, 1579.

Assai opportunamente è stata da alcuni (Perini, *L'interpretazione della legge alla luce della Costituzione fra Corte costituzionale ed autorità giudiziaria*, in Malfatti, Romboli, Rossi (cur.), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, 38 ss.) richiamata in proposito la posizione assunta, con giurisprudenza costante, dalla Corte in tema di conflitto di attribuzione tra poteri o tra enti, allorché parte formale o sostanziale (come nel secondo caso) sia l'autorità giudiziaria.

Il Giudice costituzionale ha infatti più volte sottolineato come al giudice non sia consentito in alcun caso di procedere alla disapplicazione della legge, dovendo egli, in caso di sospetta incostituzionalità della stessa, limitarsi a proporre l'eccezione di costituzionalità e come non spetti, d'altra parte, alla Corte di sindacare i vizi di interpretazione della legge in cui sia incorso il giudice, dovendosi questi farsi valere solamente nell'ambito del sistema delle impugnazioni. La stessa dottrina ha altresì ricordato quella giurisprudenza costituzionale che ha, in varie occasioni, ritenuto “plausibile” la posizione del giudice di non poter accedere alla interpretazione conforme allorché la lettera della legge non renda la stessa percorribile (v., a titolo di esempio, Corte cost. 9 giugno 2000, n. 184, in *Giur. cost.*, 2000, 1602).

<sup>32</sup> M. Esposito, “In penetrabilis pontificum repositum erat”: brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto, in *Giur. cost.*, 2004, spec. 3018 ss., il quale rileva come, così facendo, la Corte costituzionale fuoriesca dal sistema costituzionale, in quanto essa trae la sua legittimazione dalla funzione di garanzia con metodo giurisdizionale e non le è quindi consentito di

### III. CONTROLLO DELLA LEGGE O SOSTITUZIONE NELLE SCELTE DEL SOGGETTO POLITICO

#### 1. Il rispetto della discrezionalità del legislatore

Accanto alle ipotesi prima ricordate di una diretta (o quasi) creazione di diritto ad opera della Corte costituzionale, viene ad assumere un indubbio interesse per il tema che stiamo trattando il tema relativo ai limiti che il Giudice costituzionale incontra (o dovrebbe incontrare) nella sua opera di controllo della legge e quindi delle scelte politiche operate dal legislatore con l'approvazione delle stesse. Si tratta cioè di verificare se ed in che misura la Corte si sia mantenuta nei limiti di un'attività di verifica della conformità di tali scelte ai superiori principi costituzionali e quando invece abbia finito per sostituire le proprie valutazioni a quelle del soggetto politico.

Più in particolare pare opportuno sottolineare *a)* i limiti che la Corte incontra di fronte allo spazio delle scelte discrezionali da ritenersi riservato al legislatore; *b)* l'esperienza in tal senso, al fine di rispettare quei limiti senza rinunciare al compito assegnatole dalla Costituzione, delle c.d. sentenze "di principio"; *c)* l'uso della tecnica della "ragionevolezza", nonché *d)* i limiti che incontra il legislatore a fronte di una pronuncia di incostituzionalità ed il problema della individuazione,

indicare, a proprio giudizio, i contenuti da essa "creati", anche in contrasto con la lettera della legge, in quanto conformi a Costituzione; in tal modo vengono vulnerate le dinamiche della responsabilità politica e viene a porsi un problema di deficit democratico, a detimento del principio di certezza del diritto e di quello di egualianza.

in certi casi, del soggetto cui spetta in proposito "l'ultima parola".

Sotto il primo aspetto (*sub a*), può senz'altro ritenersi che i rapporti tra Corte costituzionale e parlamento trovano uno dei momenti più significativi e delicati nella determinazione dei limiti che il controllo di legittimità costituzionale della prima incontra nei confronti del rispetto della discrezionalità del legislatore e delle scelte da questi operate, senza ovviamente con ciò rinunciare ad operare il controllo, che verrebbe a frustrare lo scopo della stessa esistenza del Giudice delle leggi.<sup>33</sup>

In proposito non si è certamente rivelato risolutivo il principio fissato dall'art. 28 l. 87/53, in base al quale la Corte svolge un sindacato di sola legittimità, con esclusione di qualsiasi sindacato "sull'uso del potere discrezionale del parlamento".

Il problema dei limiti derivanti per il controllo della Corte dalla discrezionalità del legislatore è stato accostato al fenomeno delle *political questions*, cioè del rifiuto da parte della Corte suprema americana, in applicazione del principio della separazione dei poteri, di esaminare certe questioni perché politicamente delicate.

<sup>33</sup> Sui limiti al controllo della Corte in relazione alla discrezionalità del legislatore, v. L. Carlassare, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 60; A. Pizzorusso, *Controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, ivi, 71; C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991; E. Rossi, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989*, in R. Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale ad una svolta* cit., 215; M. Scudiero, S. Staiano (cur.), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999; M. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000.

A parte altre possibili valutazioni, c'è comunque da notare come la posizione della Corte costituzionale italiana sia diversa da quella della Corte americana, in quanto la prima è tenuta a emettere una decisione ed è collocata in posizione equidistante da tutti gli altri poteri dello Stato, compreso il potere giudiziario, del quale è giudice di eventuali conflitti tra poteri.

La Corte costituzionale, nel curare la propria immagine di "giudice" più che di "legislatore", ha con molta frequenza tenuto a ribadire che i propri interventi "creativi" derivano direttamente da una applicazione-interpretazione obbligata della Costituzione e non da una libera scelta della Corte, rifiutandosi di fornire una risposta precisa allorché la questione posta dal giudice fosse tale da offrire, per la sua soluzione, una pluralità di possibili soluzioni, nessuna costituzionalmente imposta, discendente cioè, per usare la già ricordata terminologia crisafulliana fatta propria dalla Corte, "a rime obbligate".

Frequente nella giurisprudenza costituzionale è l'affermazione secondo cui la Corte non può scendere nel merito della eccezione di costituzionalità in quanto la normativa impugnata esprime scelte da ritenersi attinenti alla "politica legislativa" o perché il giudice pone un quesito di carattere politico al quale essa, in ragione dei suoi poteri, non può dare adeguata risposta con una pronuncia di incostituzionalità, a meno che l'uso della discrezionalità legislativa risulti del tutto arbitrario e irragionevole.

Alcune materie sono poi ritenute più di altre riservate al legislatore, allorché vengano in considerazione profili

che lasciano aperta la possibilità di diverse soluzioni. Così ad esempio per quanto attiene all'organizzazione della giustizia oppure a questioni di costituzionalità che involgano scelte generali di carattere economico-politico o di politica criminale oppure che presuppongano una revisione complessiva della materia.

## 2. L'esperienza delle c.d. sentenze "di principio"

Venendo al secondo aspetto segnalato (*sub b*), la Corte costituzionale, stretta tra la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore, allorché il suo intervento sia ritenuto indispensabile e non sostituibile e il non mancare, in caso di inerzia del parlamento, al proprio ruolo di garante della legittimità costituzionale delle leggi e dei diritti fondamentali dei cittadini costituzionalmente tutelati, ha "creato" un nuovo tipo di decisione attraverso il quale essa segue la stessa tecnica delle sentenze additive che già abbiamo visto, con la differenza che nel nostro caso non viene introdotta una regola immediatamente operante ed applicabile, ma viene fissato un principio generale che deve essere attuato attraverso un intervento del legislatore, ma al quale può già, in certi limiti, fare riferimento il giudice nella decisione dei casi concreti. Questo tipo di pronuncia prefigura quindi una sorta di collaborazione tra la Corte, il parlamento ed i giudici, ognuno dei quali deve agire nell'ambito delle competenze ad esso riconosciute dall'ordinamento.

In proposito, anche con riferimento alla distinzione tra una legislazione per regole ed una per principi, si è parlato di decisioni "additive di principio" oppure di

"sentenze mecanismo" o ancora di "sentenze-delega" o "additive a dispositivo generico".<sup>34</sup>

Tali pronunce determinano una evidente valorizzazione ed espansione dei poteri interpretativi del giudice nell'applicazione della legge. L'elemento qualificante consiste nel fatto che, attraverso queste pronunce, la Corte non fornisce essa stessa l'interpretazione corretta della disposizione impugnata, né procede ad una diretta manipolazione del testo normativo (come accade attraverso le dichiarazioni di incostituzionalità a carattere additivo, manipolativo o sostitutivo, con cui si procede direttamente a determinare l'effetto di una norma immediatamente applicabile da parte del giudice), ma si limita a fissare appunto un principio, tratto dalla Costituzione, demandando quindi al giudice il compito di trovare la soluzione interpretativa più idonea per il caso da decidere alla luce ed in applicazione del principio enunciato dalla Corte. Ciò nella considerazione che, in alcune situazioni, la conformazione della legislazione ai principi costituzionali sia meglio perseguitibile con riferimento al caso concreto che non attraverso una pronuncia demolitoria della Corte costituzionale.

Può essere utile in proposito ricordare alcuni casi specifici, un primo è costituito dalla sent. 11/1998,<sup>35</sup> relativa alla sanzione penale prevista per coloro che rifiutano il

<sup>34</sup> Sulle pronunce additive di principio, v. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; G. P. Dolso, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4111; P. Falzea, *Le sentenze della Corte costituzionale a contenuto indeterminato e il ruolo del giudice nel processo di reintegrazione del sistema normativo*, Torino, 2000; A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3435.

<sup>35</sup> Corte cost. 5 febbraio 1998, n. 11, *Foro it.*, 1998, I, 996.

servizio militare di leva senza essere stati ammessi al servizio civile sostitutivo. Nella specie, sulla domanda di ammissione al servizio civile non era intervenuta la risposta in quanto il richiedente era stato nel frattempo congedato per motivi di ordine fisico. L'assenza della risposta (ormai impossibile) rendeva (assurdamente) applicabile al soggetto la sanzione penale ivi prevista. La Corte riconosce che tale situazione sarebbe senz'altro incostituzionale, ma nega che sia riconducibile alla disposizione censurata e chiede pertanto al giudice di individuare altrove la soluzione giuridica del problema, in modo comunque da evitare le conseguenze derivanti dall'applicazione della disposizione impugnata. In particolare la Corte conclude che "spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina".

Un altro caso riguarda invece l'ipotesi di un marito il quale, dopo aver dato il proprio assenso alla inseminazione artificiale della moglie con seme di terzi (c. d. inseminazione eterologa) aveva richiesto il disconoscimento di paternità del figlio nato dall'inseminazione artificiale, richiamandosi all'art. 235 cod. civ. In base a tale disposizione è infatti prevista la possibilità di disconoscimento da parte di chi dimostri il proprio stato di impotenza nel periodo compreso fra il trecentesimo ed il centottantesimo giorno prima della nascita (situazione nella quale il marito rientrava).

La questione di costituzionalità sollevata chiedeva alla Corte di dichiarare incostituzionale l'art. 335 cod. civ., nella parte in cui era applicabile anche all'ipotesi

del figlio nato da inseminazione eterologa. La Corte costituzionale ha ritenuto che, nonostante la chiara formulazione letterale, l'art. 235 doveva ritenersi scritto per l'ipotesi di figli nati da rapporti adulterini e quindi non applicabile al caso di specie, rispetto al quale ha proceduto ad individuare i principi costituzionali da ritenere ad esso riferibili, vale a dire la tutela della persona nata a seguito di fecondazione artificiale, sia in relazione ai propri diritti verso chi si è impegnato liberamente ad accoglierlo (il quale deve assumersi le sue responsabilità), sia agli obblighi di istruzione e mantenimento che gravano sui genitori. Anche in questo caso la Corte conclude la propria decisione affermando, significativamente, che "nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali".<sup>36</sup>

In entrambi i casi quindi la Corte costituzionale, di fronte all'accertata situazione di assenza di una disciplina da applicarsi al caso specifico e concreto che il giudice è chiamato a risolvere, invita il giudice a trovare la soluzione attraverso un'applicazione diretta dei principi costituzionali da essa stessa indicati.

Un'altra ipotesi assai significativa si è verificata con riguardo alla questione concernente la differenza massima di età prevista dalla l. 184/1983 per l'adozione, la quale traeva origine da un caso di adozione, svolta all'estero e perfezionata in Italia, da parte di coniugi, uno dei quali con età di soli tre mesi superiore al limite di quaranta anni di massimo divario, fissato dal legislatore.

<sup>36</sup> Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, *Foro it.*, 1998, I, 3042.

La Corte pur considerando ragionevole la scelta del legislatore, afferma che "deve essere riconosciuta la possibilità che il giudice valuti, *con rigoroso accertamento, l'eccezionale necessità* di consentire, nell'esclusivo interesse del minore, che questi sia inserito nella famiglia di accoglienza che, sola, può soddisfare tale suo interesse, anche quando, pur rimanendo nella differenza di età che può solitamente intercorrere tra genitori e figli, l'età del coniuge adottante si discosti *in modo ragionevolmente contenuto* dal massimo di quaranta anni, legislativamente previsto. Tuttavia, affinché non si trasformi in una regola l'eccezione deve rispondere ad un *criterio di necessità* in relazione ai principi ed ai valori costituzionali assunti quale parametro di valutazione della legittimità costituzionale della disposizione denunciata (art. 2 e 31 Cost.)".<sup>37</sup>

Le espressioni evidenziate con il carattere corsivo paiono mostrare, fuori da ogni ragionevole dubbio, l'ampio margine che la Corte viene così a riconoscere al potere interpretativo del giudice nel "conformare" il dettato normativo ai principi costituzionali da essa indicati.

Il nuovo tipo di decisione "di principio" ha avuto, negli ultimi anni, varie applicazioni, anche se in realtà non tutte le pronunce così qualificate possono ritenersi aventi gli stessi caratteri (e quindi anche la stessa efficacia). In particolare una sensibile differenza pare potersi porre tra le ipotesi in cui la Corte ha indicato un principio specifico, facilmente determinabile, rispetto a quelle in cui il principio indicato appare generico ed indeter-

<sup>37</sup> Corte cost. 24 luglio 1996, n. 303, *Giur. cost.*, 1996, 2503, con nota di Lamarche, *L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero, il giudice minore è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell'interesse del minore)*.

minato o ancora addirittura indeterminabile se non a seguito di uno specifico intervento del legislatore.

Nel primo caso pare evidente come, in assenza di un intervento del legislatore, il giudice è chiamato esso stesso a individuare la soluzione del caso concreto, come forse pure nel secondo caso, rispetto al quale è stato da alcuni segnalato il pericolo di interpretazioni difformi da parte dei giudici, suggerendo soluzioni tendenti a far recuperare al sistema il carattere di controllo "accentrato",<sup>38</sup> rispetto ad una chiara tendenza mostrata dalla Corte a valorizzare l'opposto carattere "diffuso".

Di fronte a principi affermati dalla Corte, ma ritenuti non applicabili da parte del giudice, si è parlato invece di un doppio effetto paralizzante,<sup>39</sup> nel senso che, da un lato, la disciplina dichiarata incostituzionale non sarebbe più applicabile, stante l'effetto *erga omnes* della decisione di accoglimento e, dall'altro, il giudice non sarebbe posto nella condizione di concludere il giudizio, in assenza di un intervento del legislatore e le sentenze contenenti principi così formulati sono state parificate alle decisioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore.

In diverse occasioni la Corte è stata chiamata ad occuparsi del "seguito" delle proprie pronunce additive di principio, in particolare, con riguardo a successivi interventi del legislatore ad esse ispirati oppure al mancato intervento del legislatore, che ha con ciò giustificato

<sup>38</sup> Cfr. D'Amico, *Le insidie delle decisioni "di principio"* (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro), in *Giur. cost.*, 1999, 2252; Dolso, *Le sentenze additive* cit., 4158.

<sup>39</sup> Così Parodi, *La sentenza additiva* cit., 327.

la riproposizione della medesima questione di costituzionalità.

### 3. L'utilizzo ed il carattere pervasivo del criterio della "ragionevolezza"

Circa il terzo aspetto (*sub c*), un particolare interesse rivestono, per il tema dei rapporti tra Corte e legislatore e dei limiti della prima nei riguardi delle scelte discrezionali del secondo, le ipotesi, invero assai frequenti, in cui il Giudice costituzionale fa ricorso al criterio della "ragionevolezza".<sup>40</sup>

Il controllo della "ragionevolezza" della scelta operata dal legislatore rappresenta oggi la vera pietra miliare ed un punto assolutamente fondamentale dell'attività della Corte costituzionale. Essa, nel momento in cui giudica sotto il profilo della ragionevolezza sulla legittimità

<sup>40</sup> Sul criterio di "ragionevolezza" nella giurisprudenza costituzionale, v. A. M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975; Cerri, *L'egualanza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976 e *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle "fattispecie dubiose"*, in *Giur. cost.*, 1999, 166; Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d'uguaglianza*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 605 e *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir. Aggiornamenti*, Milano, 1997, I, 899; Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, voce del *Digesto disc. pubblicistiche*, Torino, 1997, XII, 341; Ruggeri, *Ragionevolezza e valori*, attraverso il prisma della giustizia costituzionale, in *Dir. e soc.*, 2000, 567; Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; L. Carlassare, *I diritti davanti alla Corte costituzionale: ricorso individuale o rilettura dell'art. 27 l. 87/53?*, in *Studi in onore di Elia*, Milano, 1999, I, 213; AA.VV., *Corte costituzionale e principio di egualanza*, Padova, 2002; Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2002; D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

tà di una determinata scelta del legislatore sospettata di incostituzionalità, non limita il suo esame a questo o a quel particolare principio costituzionale che il giudice *a quo* ha ritenuto esser stato violato, ma estende necessariamente il suo giudizio a tutti i principi costituzionali che vengono ad essere coinvolti nella questione, al fine di operare un bilanciamento degli stessi e di giudicare appunto sulla "ragionevolezza" della scelta del legislatore.

In proposito Mortati rilevava come la nozione di ragionevolezza non sia poi nella sostanza diversa, nel contenuto e negli effetti, da quella, forse più scioccante, di "eccesso di potere legislativo", come pure sembra aver ritenuto la stessa Corte costituzionale allorché ha affermato che affinché "sia possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore, è pertanto necessario che l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di 'eccesso di potere' e, dunque, di svilimento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa".<sup>41</sup>

La giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni mostra come, nel giudizio di ragionevolezza svolto dalla Corte, del riferimento al principio di egualianza di cui all'art. 3 Cost., e del conseguente giudizio in chiave

comparativa tra due diverse posizioni, se ne siano quasi interamente perse le tracce.

Il richiamo al concetto di ragionevolezza, da parte della Corte costituzionale, viene operato almeno in due differenti significati, il primo dei quali, in più stretto legame con l'art. 3 Cost., appare come sinonimo particolarmente di *razionalità, logica, coerenza, congruità*. In tali ipotesi spesso la Corte ancora il sindacato di ragionevolezza alla *ratio legis*, il che le consente di esplicare il suo giudizio mantenendosi nei limiti fissati dall'ordinamento, senza sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore.

In un secondo significato la Corte si riferisce alla ragionevolezza in una accezione del termine più vicina al concetto di *bilanciamento, equilibrio, contemporeamento*, nel senso della necessità di operare un bilanciamento tra due o più valori, tutti riconosciuti a livello costituzionale, ma che, nella specie, non appaiono suscettibili di essere congiuntamente realizzati.

La Corte ha esteso l'opera di bilanciamento tra valori, applicandola esplicitamente anche alle proprie decisioni, allorché giunga o ritenga di poter pervenire ad una pronuncia di accoglimento. Si potrebbe infatti dire che in certi casi la Corte valuta la "ragionevolezza" degli effetti che deriverebbero da una eventuale pronuncia di incostituzionalità della disciplina denunciata.

I caratteri ed i contorni della nozione di ragionevolezza finiscono pertanto per essere alquanto sfuggenti e, nonostante diversi ed anche molto approfonditi studi sull'argomento, pare ancora valida la osservazione di Mezzanotte, secondo cui "il criterio della ragionevolezza, nonostante appaia presente un po' ovunque anche

<sup>41</sup> Corte cost. 12 luglio 1995, n. 313, *Giur. cost.*, 1995, 3439.

quando non è espressamente menzionato, non è riuscito finora a produrre coerenze sistematiche se non in misura incomparabilmente inferiore alle sue reali attitudini".

Proprio il carattere indefinito della nozione, che finisce per abbracciare il campo davvero sterminato della rispondenza di una norma a canoni di coerenza, razionalità e proporzionalità nella distribuzione delle tutele giuridiche, ha fatto temere una sovrapposizione della razionalità della Corte a quella del legislatore, con il rischio di trasformare la prima in un "senato della buona legislazione", al di fuori di quello che è il proprio ruolo istituzionale.

*4. La possibilità per il legislatore di riprodurre, con legge ordinaria o con legge costituzionale, una disposizione dichiarata incostituzionale: "a chi spetta l'ultima parola"*

L'ultimo degli aspetti segnalati (*sub d*) concerne il profilo interessante i rapporti tra Corte costituzionale e legislatore, relativamente alla possibilità per il legislatore di riprodurre, nello stesso testo, una legge dichiarata incostituzionale per vizi sostanziali.

La Costituzione non contiene un espresso principio che obblighi il legislatore a non approvare di nuovo una legge ritenuta dalla Corte costituzionale illegittima, anche se tale effetto sembrerebbe dover descendere abbastanza agevolmente dai principi che delineano il ruolo dei soggetti titolari del potere normativo (parlamento-governo) e quello proprio dell'organo di controllo della costituzionalità del loro operato e di chiusura del sistema.

Simile conclusione è accolta dalla dottrina che si è occupata specificamente dell'argomento, la quale ha parlato in proposito di uno stretto divieto giuridico per il legislatore di riprodurre, *illico ac immediate*, una norma dichiarata incostituzionale e vale comunque con riguardo al potere di legislazione ordinaria del parlamento. In termini, almeno in parte, diversi il problema parrebbe porsi infatti, come vedremo, con riguardo al legislatore costituzionale che intendesse ripristinare, con legge costituzionale, una normativa dichiarata illegittima dalla Corte.

Seppure assai raramente, si è verificato in alcuni casi che il legislatore, con o senza la specifica volontà di andare contro la pronuncia costituzionale, abbia riprodotto una disciplina già dichiarata incostituzionale da una sentenza della Corte ed allora ci si è chiesti quale efficacia assuma una simile legge nei riguardi dei giudici e degli operatori giuridici in generale e attraverso quale procedimento è possibile far valere il vizio di cui risulta inficiata.

L'alternativa parrebbe essere tra riferirsi ad una efficacia di giudicato della sentenza costituzionale ed alla possibilità dei giudici di disapplicare la legge che riproduce una normativa dichiarata incostituzionale, richiamandosi alla sentenza stessa oppure, come pare preferibile, all'efficacia di precedente della stessa, per concludere che il giudice dovrà obbligatoriamente sollevare la questione di costituzionalità della nuova legge che, con tutta probabilità o meglio con certezza, sarà pure dichiarata illegittima, per le stesse ragioni che avevano indotto la corte a dichiarare incostituzionale la prima legge.

Nello stesso senso si è espresso, nella sua relazione sulla giustizia costituzionale nel 1997, il presidente della

Corte costituzionale, il quale ha parlato di un divieto di riprodurre, per il passato, la norma dichiarata illegittima, "divieto che tuttavia non va confuso con la possibilità da parte del legislatore di riprodurre per il futuro norma di analogo contenuto precettivo che, in ipotesi sarà inficiata nel merito dagli stessi vizi da cui era affetta la norma precedente, ma che tuttavia non lede l'art. 136 della Costituzione".

In termini assai diversi si pone ovviamente il problema allorché il parlamento "reagisca" ad una decisione non condivisa della Corte costituzionale attraverso una legge di carattere costituzionale.

Ciò si è verificato in un caso relativamente all'applicabilità ai giudici costituzionali dell'istituto della *prorogatio*, allorché le camere, attraverso la l. cost. n. 2 del 1967, esclusero espressamente tale possibilità, con ciò superando la diversa scelta operata dalla Corte attraverso l'approvazione di una specifica disposizione regolamentare, ma si è ripresentato più recentemente, in termini decisamente più eclatanti ed interessanti, a proposito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 513 c.p.p. La vicenda, per la sua importanza, merita di essere, seppur sinteticamente, richiamata.

Il parlamento, con l'approvazione della l. 7 agosto 1997 n. 267, aveva apportato modifiche al codice di procedura penale ed in particolare in tema di valutazione della prova, disponendo la inutilizzabilità delle dichiarazioni accusatorie rese da quanti, nel corso del dibattimento, si fossero poi sottratti al controesame da parte dell'accusato. La modifica al codice di rito, raggiunta a seguito di una laboriosa contrattazione tra le diverse forze politiche, aveva il dichiarato scopo di rendere inu-

tilizzabili nei processi penali le dichiarazioni dei "colaboratori di giustizia", spesso principale elemento di prova nei processi contro la mafia.

La Corte costituzionale, con la sent. n. 361 del 1998, dichiarò incostituzionale tale disposizione, contestando, nella sostanza, la "ragionevolezza" della scelta legislativa ed in particolare il bilanciamento tra i diversi valori in gioco operato dal parlamento, giudicando prevalente il principio di conservazione degli elementi di prova legalmente acquisiti e venendo quindi a ripristinare la disciplina precedente. A giudizio di alcuni è questa l'ipotesi in cui la Corte, nella sua storia, si è trovata maggiormente ad assumere un ruolo di protagonista politico.

A fronte della suddetta pronuncia – vista come una decisione a favore dei "giudici" e contro il "legislatore" – la reazione del parlamento è stata immediata e veemente, attraverso la presentazione di un'apposita proposta di legge costituzionale che limitasse la tipologia delle decisioni del Giudice costituzionale e soprattutto con l'approvazione della l. cost. 23 novembre 1999 n.2, con la quale è stato modificato l'art. 111 Cost. e sono stati introdotti i principi del c.d. giusto processo.

Con tale legge vengono inseriti nella Costituzione – accanto ai classici principi, in gran parte già ricavabili e ricavati da altre disposizioni costituzionali, della imparzialità e terzietà del giudice, della parità di armi tra le parti e della durata ragionevole del processo – regole che avrebbero meglio trovato la loro collocazione nel codice di procedura penale (come accadeva infatti con la legge dichiarata incostituzionale) e che vengono elevate a rango di costituzione formale solo allo scopo di "imporle" alla Corte costituzionale.

Il nuovo art. 111 Cost. stabilisce in particolare che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita".

Se è vero che, sotto l'aspetto strettamente formale, non possono nutrirsi dubbi circa la possibilità per il parlamento, nel rispetto dei limiti impliciti ed esplicativi alla revisione costituzionale, di superare una pronuncia della Corte costituzionale attraverso l'approvazione di una legge costituzionale che, come tale, si impone al Giudice delle leggi, pare altrettanto vero che il comportamento di un parlamento che, di fronte alla decisione con cui la Corte dichiara l'incostituzionalità di una propria legge, decide di confermare quella legge, rivestendola a scopo protettivo della veste formale di legge costituzionale, debba ritenersi come un comportamento assolutamente eccezionale e per niente normale sotto l'aspetto dei rapporti tra organi costituzionali.

Per questo debbono essere condivise le affermazioni secondo cui quello sopra ricordato è un "modo davvero estremo per paralizzare definitivamente la Corte" (Carlassare), il cui uso normale produrrebbe inevitabilmente un indebolimento della stessa idea di costituzione, come quadro tendenzialmente stabile e di garanzia.

#### IV. LA NATURA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

##### 1. La storica e non risolta (o non risolubile) "ambiguità" tra il carattere "politico" e quello "giurisdizionale"

A completamento delle osservazioni svolte in ordine all'attività della Corte costituzionale "creativa" di diritto, pare opportuno svolgere qualche riflessione conclusiva, con riguardo alla esperienza italiana, relativamente alla natura del Giudice costituzionale ed al suo inserimento nella forma di governo ed al carattere "politico" o "giurisdizionale" che questi avrebbe concretamente assunto.<sup>42</sup>

Il carattere "ibrido" o "ambiguo" della Corte costituzionale deriva ad essa dal fatto di essere un organo chiamato a giudicare secondo un metodo ed un procedimento tipicamente giurisdizionale, ma avente ad

<sup>42</sup> Sulla natura della Corte costituzionale e la sua collocazione nella forma di governo, v. Barile, Cheli, Grassi (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, ivi, 515; Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; Chimenti, *Gli organi costituzionali nella forma di governo italiana*, Torino, 1989; Luciani, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in AA.VV., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Milano, 1989, 65; Cheli, *La Corte costituzionale nella forma di governo in Italia*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Milano, 1991, n. 1, 125; Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991; Pizzorusso, Romboli, Rossi, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, a cura di Panizza, Torino, 1997; Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005; Elia, *La forma di governo della nostra repubblica negli anni 1956-2006 (pronunce della Corte e contributi dottrinali in "Giurisprudenza costituzionale")*, in PACE (cur.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 314; Ruggeri (cur.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

oggetto un atto tipicamente politico, quale la legge che non poteva quindi non colorare di politicità l'attività e la natura dell'organo di controllo.

Il problema della natura del Giudice costituzionale, sul quale ben può dirsi che sono stati scritti "fiumi d'inchiostro", viene a porsi fin da prima che la Corte iniziasse concretamente a funzionare, mostrando subito una contrapposizione tra quanti tendevano ad avvicinarla al potere legislativo e quanti invece valorizzavano essenzialmente gli elementi di giurisdizionalità.

Volendo richiamare in maniera assolutamente sintetica e non certo esaustiva le posizioni della dottrina, nel primo senso si pose Piero Calamandrei, il quale definì la Corte come un organo para-legislativo, sottolineando la estraneità di tale organo all'ambito del potere giudiziario e la sua afferenza a quello legislativo e riconoscendo alla funzione della Corte non solamente un ruolo di legislatore negativo (dichiarazione di incostituzionalità), ma altresì di legislatore positivo, dal momento che la dichiarazione di infondatezza di una questione di costituzionalità avrebbe dovuto intendersi come una sorta di interpretazione autentica della legge impugnata, che avrebbe dovuto escludere categoricamente la possibilità di riproporre la medesima questione nell'ambito di altri giudizi.<sup>43</sup>

La dottrina assolutamente maggioritaria si espresse invece, con varie e più o meno accentuate sfumature, a

<sup>43</sup> Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950.

Per il riconoscimento anche alle sentenze di infondatezza dell'efficacia *erga omnes* v. poi Ruggeri, *Storia di un "falso". L'efficacia "inter partes" delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990.

favore della natura giurisdizionale, osservando come la stessa non poteva ritenersi venir meno né a seguito della soluzione di controllo accentrativo, né per le connotazioni politiche dell'oggetto,<sup>44</sup> pur precisando in alcuni casi che si sarebbe dovuto parlare di carattere giurisdizionale, ma non come giurisdizione di tipo contenzioso, bensì di volontaria giurisdizione, per la mancanza di una lite in senso proprio<sup>45</sup> o di giurisdizione di annullamento.<sup>46</sup>

Quando la Corte costituzionale, nel 1956, ha iniziato a funzionare, il problema della sua natura ha continuato a proporsi e questa volta però la discussione è stata arricchita dai riferimenti alla giurisprudenza costituzionale ed al ruolo che, di conseguenza, la Corte è venuta ad assumere nel nostro ordinamento costituzionale.

In una occasione particolarmente vivace fu la contrapposizione tra le posizioni espresse da Franco Modugno e da Gustavo Zagrebelsky.

Il primo attribuiva alla Corte un ruolo di co-determinazione dell'indirizzo politico, unitamente al potere legislativo, più che un ruolo di controllo sanzionatorio successivo, rilevando come le funzioni del Giudice co-

<sup>44</sup> Cfr. Azzariti, *Considerazioni sulla nuova disciplina del sindacato sulla costituzionalità delle leggi* (1948) e *Gli effetti delle pronunce sulla costituzionalità delle leggi* (1950), in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 127 ss. e 136 ss.; Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia* (1950), in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 269 ss.; Garagnati, *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Jus*, 1950, 232 ss.; Pierandrei, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura-efficacia-esecuzione)* (1954), in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964, III, 85 ss.

<sup>45</sup> Cappelletti, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 135 ss. E *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957.

<sup>46</sup> M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902 ss.

stituzionale sarebbero da ritenere, nella situazione politica del momento, non "sostitutive", bensì "collaterali" a quelle del parlamento, in ragione dell'acquisito ruolo politico di mediatrice degli interessi sostanziali e di moderatrice dei conflitti,<sup>47</sup> mentre il secondo sottolineava la grande importanza che assume il collegamento con l'autorità giudiziaria e la netta distinzione di ruoli tra Corte e legislatore, sostenendo come la politicità della Corte fosse cosa assai diversa da quella del parlamento e come l'attività della prima, al momento, avesse essenzialmente natura giurisdizionale, in quanto non mediatrice di interessi, ma propugnatrice di valori e principi di insieme, nei quali la mediazione degli interessi doveva restare compresa.<sup>48</sup>

Un'importante riflessione sull'argomento a quaranta anni dall'inizio dell'attività della Corte, si deve ad un volume pubblicato da Enzo Cheli, al termine della sua esperienza come giudice costituzionale ed avente ad oggetto appunto la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri.<sup>49</sup> L'Autore rileva come ciò che connota la giustizia costituzionale, rispetto alle altre funzioni pubbliche, è la sua "assoluta atipicità", in quanto il controllo di costituzionalità delle leggi non esprime un aspetto della funzione giurisdizionale avendo di questa la forma, ma

<sup>47</sup> Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in Barile, Cheli, Grassi, *Corte costituzionale* cit., 19 ss.

<sup>48</sup> Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in Barile, Cheli, Grassi, *Corte costituzionale* cit., 103 ss.

Le relazioni di sintesi, relativamente alla posizione assunta fin allora dalla Corte nel nostro sistema, furono svolte nell'occasione da Paolo Barile e da Leopoldo Elia (Barile, Cheli, Grassi, *Corte costituzionale* cit., 537 ss. e 515 ss.).

<sup>49</sup> Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.

non la sostanza, né la sentenza della Corte può essere avvicinata alla legge, per l'assenza di un potere di iniziativa dell'organo giudicante e per il carattere vincolato della pronuncia. Siamo in presenza, secondo Cheli, "di una funzione 'intermedia' che (...) è al tempo stesso politica e tecnica –para-legislativa e para-giurisdizionale–, funzione che conduce, da un lato, a 'giurisdizionalizzare' la politica dentro le forme del processo, dall'altro a 'politizzare' la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce".<sup>50</sup>

Circa dieci anni dopo un altro illustre costituzionalista, al termine del suo mandato come giudice costituzionale, ha pubblicato un volume avente questo sottotitolo: "la Corte costituzionale e la politica",<sup>51</sup> in cui Zagrebelsky sostiene che la funzione della Corte è politica, ma al tempo stesso non appartiene alla politica, spiegando questo apparente paradosso attraverso un doppio significato che può essere attribuito al termine "politica". Un primo, come attività rivolta a produrre convivenza, unione (*pactum societatis*) ed un secondo come attività di competizione tra le parti, come lotta per la maggioranza di governo (*pactum subjectionis*).

La Corte viene indicata come organo in(m)-politica, nel senso che sarebbe al tempo stesso "dentro" ("in") la politica (se intesa nel primo dei due significati sopra in-

<sup>50</sup> Cheli, *Il giudice delle leggi* cit., 15.

<sup>51</sup> Zagrebelsky, *Principi e voti* cit. Il volume riporta in copertina la seguente frase: "la Costituzione fissa una volta per tutte i principi di libertà e di giustizia. Le sue garanzie non appartengono alla politica ma hanno una funzione politica. Comprendere questo paradosso significa penetrare l'essenza della democrazia".

dicati) ed estranea ad essa ("im" come "non"), se intesa invece nel secondo significato.<sup>52</sup>

A conclusione di questa sommaria indicazione di alcuni importanti momenti di riflessione sull'argomento in esame, possiamo affermare che può ritenersi ormai raggiunta la consapevolezza che l'attività della Corte costituzionale e la sua qualificazione subirebbero una inammissibile riduzione se interamente ricondotte all'attività tipica degli organi politici oppure a quella giurisdizionale come esercitata dai giudici comuni.

Il carattere "ibrido" proprio dell'organo fin dalle sue origini e per le ragioni dette, ha consentito in questi ormai cinquanta anni di funzionamento della giustizia costituzionale una notevole flessibilità all'azione del Giudice costituzionale, tale da potersi meglio adattare alle diverse, specifiche situazioni o momenti storici, accentuando ora maggiormente le proprie caratteristiche "giurisdizionali", ora quelle "politiche".

La rilevata "ambiguità" della propria natura ha finito quindi per risultare un elemento senza dubbio positivo, nella misura in cui, come rileva Enzo Cheli, ha consentito alla Corte di "sviluppare l'una o l'altra anima a seconda delle condizioni di omogeneità-disomogeneità, compattezza-frantumazione, efficienza-paralisi, stabilità-instabilità che caratterizza il sistema politico".<sup>53</sup>

La maggiore difficoltà per la Corte risulta pertanto quella di far sì che l'oscillazione del pendolo tra il polo politico e quello giurisdizionale venga mantenuta entro

<sup>52</sup> Zagrebelsky, *Principi e voti* cit., 35 ss.

<sup>53</sup> Cheli, *Il giudice delle leggi* cit., 125. In senso analogo v. pure Silvestri, *Legge (controllo di costituzionalità)*, voce del *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1994, IX, 128 ss.

un determinato margine, senza mai eccedere in un senso o nell'altro, ed in questo giocano inevitabilmente un ruolo importante, oltre ovviamente ai fattori esterni più volte ricordati, anche elementi interni alla Corte, quali la compattezza dei componenti o l'autorevolezza del presidente.

Così se appare fuori dubbio che il Giudice costituzionale, per le caratteristiche e l'oggetto dei giudizi costituzionali, goda di una discrezionalità a livello interpretativo-applicativo decisamente maggiore rispetto a quella propria dei giudici comuni – ciò che fa della Corte un giudice del tutto speciale – assume importanza decisiva che il giudizio della Corte faccia sempre riferimento al testo della Costituzione ed ai parametri cui ancorare la decisione<sup>54</sup> ed in particolare che le proprie pronunce siano sempre adeguatamente motivate,<sup>55</sup> allo scopo di

<sup>54</sup> Per l'affermazione secondo cui la Corte ha la necessità di mostrarsi aderente al testo della Costituzione, "muovendosi con piccoli passi nella progressione interpretativa, in modo da non far svanire l'aura di giurisdizionalità su cui, nel nostro sistema costituzionale e nel presente momento storico, continua a fondare la sua legittimazione", v. Silvestri, *Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione*, in Luatti (cur.), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994, 33.

Sul significato e l'importanza del riferimento al testo costituzionale e sulle caratteristiche della interpretazione costituzionale v., da ultimo, il volume curato da Azzariti, *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007 ed in particolare i saggi di Luciani, Modugno, Pace e G. U. Rescigno, nonché Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004 e *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2006, 743 ss.

<sup>55</sup> Sulla motivazione delle decisioni della Corte costituzionale v. Romboli, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in Angiolini (cur.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 206 ss.; Ruggeri (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994; Spadaro, *Le motivazioni delle sentenze della Corte come "tecniche" di creazione di norme costituzionali*, in *Nomos*, 1993, 83; A. Saitta,

tener distinti la sua posizione ed il suo modo di operare rispetto a quelli propri degli organi politici.

Per questo, sebbene accada che alcune volte ed in certe circostanze la Corte non si attenga sempre rigorosamente a tale principio, è pure importante sottolineare come l'azione della Corte non sia un'attività libera quale quella degli organi politici e come il "se", "su cosa" e "quando" delle proprie decisioni non sia nella disponibilità del Giudice, ma derivi da una serie di regole processuali che, sebbene più elastiche e in parte frutto della stessa giurisprudenza costituzionale, la Corte è tenuta ad osservare.

L'attività della Corte infatti, come esattamente sottolineato,<sup>56</sup> per rispondere al proprio ruolo di garante della Costituzione nei confronti degli organi politici, non può che essere quello di un organo di giustizia, seppure a livello costituzionale, con poteri delimitati e non deve ambire a far evolvere il paese verso principi e valori sostanzialmente nuovi, non possedendo per questo né le capacità professionali, né la forza politica, indispensabili per esercitare vere e proprie funzioni di indirizzo politico. Le finalità sottese alla sua istituzione possono

---

*Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.

<sup>56</sup> De Siervo, *Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in *Storia, giustizia, costituzione. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale*, *Giornale di storia costituzionale*, 2006, 88. Di recente è stato sostenuto che, dato il carattere pluridimensionale dell'attività di controllo della Corte, questa non può trovare legittimazione nei circuiti politico-rappresentativi, ma nell'esercizio di una giurisdizione, per quanto *sui generis*, che trovi fondamento su criteri sufficientemente stabili e sulla motivazione delle decisioni (Morelli, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in Ruggeri (cur.), *La ridefinizione della forma di governo* cit., 434 ss.).

in effetti essere perseguite soprattutto attraverso un sapiente uso delle tecniche processuali e decisorie, mentre il forzare i confini delle proprie competenze esporrebbe la Corte a confronti politici dai quali non potrebbe che uscire sconfitta.

Una Corte costituzionale la quale operasse, al pari dei giudici comuni, con criteri puramente giurisdizionali e priva della necessaria sensibilità politica sarebbe senza dubbio un pessimo Giudice costituzionale, mentre una Corte "quinta colonna di forze politiche esterne"<sup>57</sup> subalterna alla maggioranza politica sarebbe un Giudice costituzionale inutile, in quanto semplice copertura delle decisioni della maggioranza, in contrasto con il proprio ruolo e la propria natura antimaggioritaria, al servizio della democrazia.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> L'espressione è di Zagrebelsky, *Principi e voti* cit., 60, secondo cui "una Corte politicamente schierata, quinta colonna di forze politiche esterne, meriterebbe puramente e semplicemente di essere soppressa, perché, se pregiudizialmente orientata a favore della maggioranza, non se ne capirebbe l'utilità se non come copertura e inganno della pubblica opinione; se orientata contro, se ne capirebbe forse l'utilità ma mancherebbe totalmente di legittimità".

<sup>58</sup> Zagrebelsky, *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali*, Discorso pronunciato in Campidoglio per la celebrazione dei 50 anni di attività della Corte costituzionale (Roma 22 aprile 2006), afferma che la "la giustizia costituzionale è una funzione della repubblica, non della democrazia. Le Corti sono ospiti sgraditi in casa d'altri, la democrazia; sono padrone di casa in casa propria, la repubblica".

Secondo Pasquino (*Controllo di costituzionalità e forma di governo*, in *Storia, giustizia, costituzione* cit., 319-320) la natura non democratica dell'organo di controllo lo mette essenzialmente al riparo della lotta politica di tutti i giorni.

## V. PARTE SECONDA. I GIUDICI COMUNI

*1. Ruolo del giudice e attività creativa di diritto:  
la prima "rivoluzione" a seguito dell'entrata in vigore  
della Costituzione e del funzionamento  
della Corte costituzionale*

Come anticipato nella premessa a questo scritto, la seconda parte dello stesso sarà dedicata più specificamente al ruolo assunto nel nostro ordinamento dal giudice comune ed alla sua partecipazione ad un'attività non meramente attuativa, ma anche creativa del diritto.

Il tema richiama immediatamente il noto principio della subordinazione del giudice alla legge, che la nostra Costituzione esprime all'art. 101, 2° comma, attraverso l'affermazione secondo cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", una formula che più di ogni altra, come esattamente rilevato da Gustavo Zagrebelsky,<sup>9</sup> risente però nel suo significato delle caratteristiche generali dell'ordinamento giuridico in cui i giudici sono concretamente chiamati ad operare.

Nella più recente esperienza costituzionale italiana, due momenti in particolare hanno inciso fortemente sul ruolo assegnato al giudice, vale a dire l'entrata in vigore, nel 1948, della Costituzione repubblicana e successivamente la realizzazione dell'ordinamento comunitario.

<sup>9</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 206, secondo cui tale principio continua comunque ad essere inteso nel senso del servizio passivo della volontà del legislatore, senza tentarne interpretazioni più conformi al senso che ha oggi il legame tra la legge e la situazione attraverso la giurisdizione.

Con riferimento al primo l'entrata in vigore della Costituzione, in considerazione delle caratteristiche che la contraddistinguono, produce quella che è stata definita una vera e propria "rivoluzione", rispetto all'ordinamento precedente.

Nello stato liberale monoclasie, com'è noto, il diritto si esprime essenzialmente e quasi esclusivamente attraverso la legge formale del parlamento, che costituisce l'unica vera e più importante fonte del diritto. La stessa, in quanto indirettamente espressione della sovranità popolare, viene anche in qualche misura considerata per definizione giusta ed è per ciò che non viene previsto alcun sistema di controllo sulle leggi. Riguardo quindi alla giurisdizione vale nettamente l'assoluto primato della legge ed il giudice è conseguentemente visto come un soggetto che, in considerazione delle proprie capacità tecnico-giuridiche, è chiamato ad applicare la stessa, ricercando la volontà con essa espressa dal legislatore. Un giudice, come si dice, "bocca della legge" e meccanico applicatore di un sistema giuridico chiaro e completo.

La "rivoluzione" apportata dalla Costituzione non deriva tanto dal fatto che una nuova fonte viene ad inserirsi nel previgente sistema delle fonti, quanto dalle caratteristiche di questo nuovo tipo di fonte: una fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge (rigidità) ed organizzata più per principi che per regole.

La previsione della superiorità gerarchica della Costituzione, e quindi di limiti invalicabili per il legislatore ordinario, comporta che, a differenza del periodo pre-costituzionale orientato per l'assoluta prevalenza del momento "politico" della formazione del diritto, risulta

adesso decisiva, per il rispetto di quei limiti e quindi per l'attuazione dei principi costituzionali, l'attività dei giudici, in stretto raccordo con quella della Corte costituzionale.

Tali principi debbono servire, da un lato, a svolgere una funzione unificante per l'interpretazione delle singole leggi spesso espressione di interessi particolari e, dall'altro, a guidare il giudice nell'individuazione della soluzione specifica per il singolo caso di fronte alla difficoltà della legge di prevedere e regolare i casi concreti. Ne deriva un'indubbiamente dilatazione della funzione di interpretazione della Costituzione da parte del giudice che fa definitivamente tramontare la visione di questo come "bocca della legge" o come meccanico applicatore di una regola già interamente contenuta e presente nel dettato normativo.

Come scrive Livio Paladin, con l'entrata in vigore della Costituzione "svanisce l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo" e "subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema 'in movimento' soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell'ordinamento, ma dall'intrinsico mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e delle leggi".<sup>60</sup>

<sup>60</sup> Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 110.

Similmente è stato sottolineato da più parti<sup>61</sup> come è attraverso il richiamo alla Costituzione ed ai principi innovatori in essa contenuti - la Grande trasformazione del ruolo del diritto nelle moderne società del benessere, di cui parla Mauro Cappelletti<sup>62</sup> che si realizza la c.d. rivolta contro il formalismo, ossia contro un'interpretazione formale del diritto rifacentesi all'esigenza di certezza del diritto ed a favore del riconoscimento dell'attività creativa dell'interpretazione con apertura verso la tutela di nuove situazioni emerse successivamente all'entrata in vigore dell'atto normativo interpretato.

Specie di fronte ai diritti sociali, a domande che vengono poste al giudice per la concreta realizzazione degli stessi, questo vede considerevolmente ampliati gli spazi interpretativi nel fare riferimento e dare applicazione ai principi costituzionali.

L'intuizione di Piero Calamandrei in ordine alla Carta costituzionale come fondamento di "una nuova teoria dell'interpretazione delle leggi", non viene immediatamente recepita dalla magistratura la quale, sulla base della VII disposizione transitoria della Costituzione, era pure chiamata a svolgere una sorta di controllo diffuso di costituzionalità delle leggi, in attesa dell'entrata in funzione della Corte costituzionale. I giudici, e quelli della cassazione in particolare, tendono infatti a mantenere una separazione tra il piano della legalità

<sup>61</sup> Cfr., tra gli altri, Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972, 155 ss.; Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, 29 ss.; Rebuffa, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1988, 127 ss.

<sup>62</sup> Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 22 ss.

e quello della costituzionalità,<sup>63</sup> svalutando il significato ed il valore della Costituzione come fonte del diritto, direttamente applicabile da parte del giudice.

Sintomatica in proposito la scelta operata tra l'effetto di abrogazione e quello di incostituzionalità che si sarebbe verificato a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione nei riguardi delle leggi anteriori. La giurisprudenza della cassazione si orienta nel primo senso, venendo così in qualche modo a considerare la Costituzione come *lex posterior* più che come *lex superior* e riconoscendo l'effetto abrogativo solo in presenza di una chiara incompatibilità tra la disposizione costituzionale e quella legislativa. Di conseguenza viene riconosciuta diretta applicazione solo alle disposizioni costituzionali aventi un contenuto specifico, mentre la si nega per quelle contenenti principi, ritenute come tali rivolte solo al potere legislativo (affinché vi dia attuazione) e non a quello giurisdizionale.

E' questa l'origine della distinzione tra disposizioni costituzionali programmatiche e precettive (e all'interno di queste tra disposizioni ad applicazione diretta o indiretta o differita) operata in particolare dalla giurisprudenza della cassazione degli anni 1948-1956. Mentre le prime sarebbero state riferibili esclusivamente al potere legislativo ed applicabili solamente dopo l'intervento di attuazione dello stesso, le seconde, se precettive e ad applicazione diretta, avrebbero prodotto l'abrogazione delle precedenti disposizioni di legge.

<sup>63</sup> Luciani parla in proposito, in un recente scritto (*Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, II, 501 ss.) di "legalità legale" e di "legalità costituzionale".

Un momento di grande rilievo, per il tema che stiamo trattando, è rappresentato dall'entrata in funzione nel 1956 della Corte costituzionale, la quale è inevitabilmente subito chiamata a prendere posizione in ordine al problema relativo al rapporto tra i due piani prima accennati: quello della legalità e quello della costituzionalità. In concreto, a fronte di una questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice nel corso di un giudizio, la Corte costituzionale deve decidere se debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice comune l'interpretazione della legge e quindi essa debba limitarsi ad assumere la stessa così come interpretata dal giudice oppure se essa possa a sua volta interpretare la legge in maniera eventualmente diversa rispetto a quella fatta propria dal giudice. Con ciò superando la distinzione dei piani (al giudice la legge, alla Corte la Costituzione, secondo l'espressione di Carlo Mezzanotte).<sup>64</sup>

La Corte costituzionale, fin dalle prime decisioni, mostra di accogliere con fermezza la seconda soluzione, come mostrano inequivocabilmente le pronunce interpretative di rigetto, attraverso le quali la Corte dichiara non fondata la questione di costituzionalità, ma fornisce al contempo una lettura interpretativa della stessa tale da evitare la dichiarazione di incostituzionalità. La legge in altri termini viene "salvata" dalla incostituzionalità, a condizione che il giudice segua l'interpretazione indicata dalla Corte come l'unica costituzionalmente conforme.

<sup>64</sup> Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 160.

Questa posizione del Giudice costituzionale produce una reazione da parte soprattutto della Corte di cassazione, la quale si sente in qualche misura espropriata del potere di interpretazione e di nomofilachia, dando luogo a quella che è stata definita la "guerra tra le due corti".<sup>65</sup>

La situazione di "guerra" è stata in seguito superata attraverso il riferimento fatto dalla giurisprudenza costituzionale alla nozione di "diritto vivente" ossia alla legge come interpretata ed applicata dalla giurisprudenza.

La Corte costituzionale ha parlato, in proposito, di "approdo interpretativo pressoché incontrastato in giurisprudenza" o di "soluzione interpretativa collaudata", di "consolidata giurisprudenza della cassazione" o di "giurisprudenza dominante", mentre ha escluso che possano concretizzare un diritto vivente le prassi o le direttive amministrative. Più in particolare è stato sottolineato, anche nelle ricostruzioni del concetto operate dalla dottrina, come non sia sufficiente una decisione, neppure se della cassazione, a determinare la nascita di un diritto vivente, ma occorra una giurisprudenza costante anche dei giudici di merito, pur se accanto all'aspetto quantitativo occorre tenere conto, come ha sottolineato anche il Presidente della Corte costituzionale Granata, pure di quello qualitativo e quindi essenzialmente della giurisprudenza della cassazione. Niente vieta ovviamente che il diritto vivente, pur formatosi,

<sup>65</sup> Per una ricostruzione dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione e delle vicende che li hanno caratterizzati, v. Campanelli, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005, spec. 157 ss.

possa, a seguito della pronuncia di decisioni di segno interpretativo diverso, ritenersi interrotto e quindi non più esistente.

L'aspetto comunque più importante da sottolineare è quello per cui, sulla base della suddetta giurisprudenza costituzionale, appare evidente come una legge possa dare luogo a differenti interpretazioni, tutte astrattamente possibili e come la scelta tra di esse debba essere orientata alla luce della Costituzione, preferendo cioè quella più in linea con il dettato costituzionale. E' immediatamente percepibile, in altri termini, che l'operazione condotta dalla Corte costituzionale attraverso le pronunce interpretative può (o deve) essere operata anche da parte del giudice comune nel decidere le controversie ad esso proposte.

## 2. La tutela dei diritti fondamentali da parte dei giudici, nell'assenza della legge, attraverso l'applicazione diretta della Costituzione

La magistratura pare chiaramente prendere coscienza del significato e del ruolo che la Costituzione viene in tal modo ad assumere per l'attività interpretativa del diritto e degli insegnamenti forniti dalla ricordata giurisprudenza costituzionale. Nel corso del Congresso che l'Associazione nazionale magistrati tiene a Gardone nel 1965 fu infatti approvato un ordine del giorno<sup>66</sup> in cui

<sup>66</sup> Questo il testo completo dell'ordine del giorno approvato a conclusione dei lavori del congresso di Gardone: "Il congresso afferma che il problema dell'indirizzo politico nell'ambito della funzione giurisdizionale non si pone, ovviamente, in termini di indirizzo politico contingente, che spetta alle forze politiche, titolari della funzione legislativa ed esecutiva, bensì in

si respingeva la pretesa di ridurre l'interpretazione "ad una attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese" e, nel delineare la posizione del giudice di fronte alla legge, veniva espressamente indicata la necessità di interpretare la stessa alla luce della Costituzione, seguendo un'interpretazione "adeguatrice" e, solo quando la lettera della legge non lo consentisse, veniva indicata la necessità di proporre alla Corte una questione di legittimità costituzionale.<sup>67</sup>

termini di tutela dell'indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario e attribuendo a quest'ultimo, oltre che al Capo dello Stato e alla Corte costituzionale, il compito di garantire il rispetto; sottolinea che la retta consapevolezza di questi principi da parte del giudice è necessaria ai fini di una sempre più completa attuazione della Costituzione; afferma che spetta pertanto al giudice, in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere, 1) applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale. Si dichiara decisamente contrario alla concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad un'attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese. Il giudice, all'opposto, deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, una applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione".

<sup>67</sup> Nonostante ciò quest'ultima soluzione viene in pratica seguita con maggiore frequenza rispetto alla prima, anche perché solo così (attraverso l'autorevole interpretazione fornita dal Giudice costituzionale o la dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata) si è certi di poter superare la diversa interpretazione fatta propria dalla Corte di cassazione. Si viene cioè a determinare una sorta di alleanza tra la parte più giovane della ma-

Lo stesso ordine del giorno indicava espressamente la spettanza al giudice del potere di applicazione diretta della Costituzione (*Drittewirkung*), quando ciò fosse tecnicamente possibile.<sup>68</sup>

Ciò presuppone una concezione della Costituzione vista non soltanto in posizione di "difusa" nei riguardi di interventi positivi del legislatore lesivi di interessi costituzionalmente tutelati, ma come atto normativo che può essere utilizzato anche e soprattutto in caso di inerzia ed omissioni del legislatore e pure nei rapporti interprivati. La possibilità cioè che tra privati i principi costituzionali siano invocati per misurare l'esercizio delle libertà, controllare le manifestazioni del potere e giudicare della stessa validità delle esplicazioni dell'autonomia negoziale.

In una situazione di grave ritardo o di persistente inerzia del legislatore i giudici comuni (come pure, ovviamente, la Corte costituzionale) si sono trovati ad essere destinatari di tutta una serie di domande sociali ed

---

gistratura e la Corte costituzionale a favore della realizzazione dei principi espressi dalla Costituzione.

<sup>68</sup> In questi casi si è parlato, a mio avviso impropriamente, di "uso alternativo del diritto", ad indicare un comportamento tendente, in nome dei principi costituzionali e facendo diretta applicazione degli stessi, alla disapplicazione della legge. Come da tempo è stato sottolineato, parrebbe preferibile parlare in proposito di un "uso costituzionale" del diritto, dal momento che il giudice non procede affatto a disapplicare una legge, bensì a riempire i vuoti esistenti, specie in certe materie, e con riferimento ai diritti sociali (si pensi all'ambito dei diritti della persona, al diritto al lavoro, alla salute, solo per fare qualche esempio), derivando la soluzione direttamente dalla Costituzione.

Cfr., tra gli altri, Natoli, *Alcune osservazioni su Costituzione, interpretazione evolutiva e giurisprudenza alternativa, in Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, Milano, 1983, vol. I, 281-282.

hanno quindi cercato, attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali, di porre rimedio alle omissioni legislative dando tutela alle nuove istanze sociali che non trovavano riconoscimento nella legislazione civilistica.

L'applicazione diretta della Costituzione non può ovviamente significare il riconoscimento al giudice del potere di disapplicare per questo la legge. Allorchè infatti, in presenza di una legge non conforme alla Costituzione, non sia tecnicamente possibile (in quanto esorbitante dai poteri rientranti nella funzione interpretativa) procedere, nel senso visto, ad una interpretazione "adeguatrice", il giudice deve necessariamente ed obbligatoriamente sollevare apposita questione di costituzionalità davanti alla Corte. L'applicazione diretta della Costituzione presuppone pertanto l'esistenza di clausole generali da specificare nel loro contenuto oppure di veri e propri vuoti normativi da riempire applicando i principi generali dell'ordinamento e quindi *in primis* i principi costituzionali.

Molte, e relative a diversi settori dell'ordinamento, sono state in questi anni le ipotesi di applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni. Questa sede non consente un'esposizione completa ed esauriente di tali ipotesi, per la quale non posso che rinviare alle specifiche ricerche svolte in materia,<sup>69</sup> per cui mi limiterò qui a segnalare, con carattere esemplificativo, alcuni dei settori in cui l'applicazione diretta

della Costituzione ha avuto una maggiore e più diffusa applicazione.

Innanzi tutto, nell'ambito dei diritti della persona, un ruolo importante ha svolto il riferimento all'art. 2 Cost., il quale tutela "i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità" e richiede "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà". Tale disposizione è stata prevalentemente interpretata come una fattispecie "aperta", tale cioè da poter essere riferita, nella parte relativa alla tutela dei diritti inviolabili, anche a quei diritti della personalità che sono stati definiti "diritti nuovi", in quanto l'esigenza di una loro tutela è sorta successivamente all'entrata in vigore della Costituzione a seguito dell'evoluzione del costume o dello sviluppo delle scienze (ad esempio le situazioni legate ad atti di disposizione del proprio corpo, alla tutela del diritto al nome o, più recentemente, al c. d. diritto all'oblio). Per la parte relativa al dovere di solidarietà, il riferimento all'art. 2 Cost. è stato sovente richiamato ad integrazione dei rapporti tra privati. Sempre nell'ambito dei diritti della persona e delle formazioni sociali il giudice in varie occasione ha fatto diretta applicazione del principio di egualanza sostanziale, contenuto nell'art. 3, 2° comma, Cost., dell'art. 15 Cost. ai fini della tutela della *privacy*, degli art. 17 e 18 Cost., a proposito della libertà di riunione e di associazione.

Uno dei campi nel quale abbastanza frequente è stata l'applicazione diretta di principi costituzionali è stato quello del diritto del lavoro, per il quale, oltre all'art. 4 Cost. (diritto al lavoro), si è fatto spesso applicazione diretta dell'art. 36, 1° comma, Cost., per la determinazio-

<sup>69</sup> Cfr., da ultimo, Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2007 ed Autori ivi citati.

ne in concreto della misura della retribuzione, dell'art. 36, 2° e 3° comma, Cost., relativamente alla durata della giornata lavorativa, al diritto al riposo settimanale ed alle ferie annuali, dell'art. 37 Cost., in ordine alla posizione della donna lavoratrice e alla tutela del lavoro minorile, dell'art. 40 Cost. relativamente all'esercizio del diritto di sciopero.

Nell'ambito dei diritti sociali frequente è stata la diretta applicazione, da parte dei giudici comuni, dell'art. 32 Cost. sulla tutela del diritto alla salute ed è in base alla ritenuta diretta applicabilità dello stesso nei rapporti interprivati che si è giunti al riconoscimento del c.d. danno biologico, ossia della responsabilità civile e dell'obbligo di risarcimento non soltanto per i danni patrimoniali in senso stretto, ma per tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. Frequente pure l'applicazione diretta dell'art. 38 Cost. circa i problemi inerenti l'assistenza sociale e le assicurazioni obbligatorie sul lavoro.

Infine la Costituzione ha avuto una serie di applicazioni dirette connesse alle garanzie processuali ed al diritto di difesa, ad esempio relative all'art. 13 Cost., circa le limitazioni alla libertà personale, 24 Cost., diritto di difesa in ogni stato e grado, art. 111 Cost., circa il ricorso in cassazione contro provvedimenti giudiziari, art. 113 Cost., in ordine alla giustizia amministrativa.

In alcuni casi l'applicazione diretta della Costituzione da parte del giudice comune è stata in qualche modo "aperta" da interventi della Corte costituzionale, la quale ha proceduto eliminando gli ostacoli che diversamente si sarebbero posti ad un'applicazione diretta o il carattere rigido della regola, riconoscendo e sollecita-

tando il potere di apprezzamento del giudice caso per caso, sulla base dei principi costituzionali individuati e sottolineati dalla stessa Corte costituzionale. Così facendo la Corte pare superare definitivamente, ribaltandone i presupposti, la teoria del carattere programmatico di certe disposizioni costituzionali, la quale, in difesa del formalismo giuridico, tendeva appunto ad escludere l'applicazione giurisprudenziale di disposizioni costituzionali non del tutto determinate e ad evitare che il contenuto del principio fosse stabilito dal giudice caso per caso.

L'attività interpretativa del giudice non si riduce quindi ad una scelta tra due diverse letture di un testo normativo, ma diviene un'operazione più complessa, spesso "aperta" o resa possibile attraverso pronunce "di principio", di cui già abbiamo parlato, con cui la Corte si limita ad esprimere principi costituzionalmente rilevanti, cui il giudice dovrà attenersi nella sua attività interpretativa, in tal modo sostituendo "ad una regola rigida, stabilita dalla legge, una norma flessibile ed adattabile al caso, aprendo la strada a nuovi ambiti di discrezionalità dei giudici e secondo taluno tendendo addirittura a configurare un diritto casistico in luogo di un diritto per regole generali".<sup>70</sup>

<sup>70</sup> Così Onida, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in Carlassare (cur.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, 187.

### *3. La creazione di diritto attraverso l'attività interpretativa del giudice e la progressiva valorizzazione della stessa da parte della Corte costituzionale*

Con riferimento ai poteri interpretativi del giudice, la giurisprudenza costituzionale tende ad una chiara e progressiva valorizzazione degli stessi, sia come conseguenza del ricorso a determinate tecniche decisorie (il giudizio per valori, il necessario bilanciamento, il controllo della ragionevolezza della leggi), sia attraverso affermazioni specificamente rivolte ai poteri interpretativi del giudice con riguardo alla soluzione dell'incidente di costituzionalità.

Così in varie occasioni la Corte costituzionale ha precisato che il giudice, di fronte a più possibili interpretazioni, ha innanzi tutto l'obbligo di scegliere quale di esse intende seguire, escludendo che egli possa sollevare una questione di costituzionalità al solo scopo di richiedere alla Corte la soluzione di un mero dubbio interpretativo, dal momento che ciò rientra nei poteri dell'autorità giudiziaria oppure che un'eccezione di costituzionalità possa essere proposta alla Corte al solo scopo di far prevalere un'interpretazione della legge rispetto ad altra, dovendo essere il giudice a scegliere l'interpretazione conforme alla Costituzione.

Un'affermazione in proposito assai importante, più volte ripetuta negli ultimi anni da parte del Giudice costituzionale, è quella secondo cui una legge non può essere denunciata e dichiarata incostituzionale solo perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali,

ma deve esserlo solamente quando è impossibile darne interpretazioni costituzionalmente conformi.

La tendenza che emerge dalla sopraccitata giurisprudenza costituzionale è chiaramente nel senso di sollecitare il giudice a fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione "adeguatrice", evitando così di coinvolgere nella soluzione del dubbio la Corte costituzionale, la quale pare recentemente impegnata a valorizzare appunto l'attività interpretativa della legge e della Costituzione (e della prima alla luce della seconda) da parte del giudice, evitando di assumere essa stessa interpretazioni "militanti", come avveniva con le decisioni interpretative di rigetto della prima maniera.

La richiesta, da parte della Corte, al giudice di seguire, quando possibile, un'interpretazione della disposizione impugnata che valga a salvare la stessa dalla dichiarazione di incostituzionalità, dapprima presentata come un invito, una richiesta al giudice *a quo*, si è in questi ultimi anni trasformata in un obbligo per quanti intendano proporre eccezioni di costituzionalità. Accanto infatti alle tradizionali condizioni, poste dalla legge, della "rilevanza" e della "non manifesta infondatezza" che l'autorità giudiziaria deve necessariamente valutare prima di rimettere una questione alla Corte, questa ha adesso aggiunto, in via giurisprudenziale, una terza condizione rappresentata dall'aver il giudice sperimentato previamente la possibilità di una interpretazione "adeguatrice" o "conforme". La questione di costituzionalità infatti viene attualmente dichiarata inammissibile (o più

spesso manifestamente inammissibile) qualora esista, in giurisprudenza, una diversa lettura della disposizione impugnata che superi i dubbi di costituzionalità e comunque nel caso in cui il giudice rimettente non dimostri di aver sperimentato la possibilità di giungere ad una interpretazione "conforme" a Costituzione.<sup>71</sup>

In una recente occasione –relativa ad una questione di costituzionalità circa la mancata previsione del rilascio del permesso di soggiorno, al compimento della maggiore età, per i minori stranieri sottoposti a tutela, quando ciò era invece previsto per i minori dati in affidamento– la Corte costituzionale ha rilevato come l'interpretazione letterale della disposizione impugnata poneva la stessa in sicuro contrasto con il principio personalista della nostra Costituzione ed ha suggerito al giudice, attraverso una pronuncia di infondatezza, una integrazione della disposizione in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento, concludendo che, nonostante la diversa previsione normativa, la disposizione impugnata doveva ritenersi riferita anche ai minori stranieri sottoposti a tutela.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> Circa l'obbligo, per il giudice, di dimostrare, pena la dichiarazione di inammissibilità della questione di costituzionalità, di aver sperimentato la possibilità di superare il dubbio di costituzionalità attraverso un'interpretazione "adeguatrice", con riguardo alla più recente giurisprudenza costituzionale, v. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2002-2004), Torino, 2005, 76 ss.

<sup>72</sup> Corte cost. 5 giugno 2003, n. 198, *Giur. cost.*, 2003, 1520. Il giudice *a quo* rilevava come la disposizione impugnata prevede la possibilità che sia rilasciato, in certe condizioni, il permesso di soggiorno al minore straniero in condizione di affidamento e non anche per quelli sottoposti a tutela, osser-

Nel valorizzare il ruolo del giudice la Corte costituzionale pare in qualche misura spingere verso una progressiva, maggiore espansione della funzione dello stesso di "giudice dei diritti" –rispetto a quella di "giudice della legalità"<sup>73</sup> venendo, con qualche vaga somiglianza all'attività propria della Corte di Lussemburgo, a dare essa la corretta interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della prima o fissando i principi e lasciando poi al giudice di risolvere il caso specifico secondo quella interpretazione o in applicazione di quei principi, anche quando ciò comporti una evidente forzatura (che pare, in certi casi, quasi avvicinarsi ad una disapplicazione) della disposizione impugnata.

vando altresì come, stante la chiara ed inequivoca lettera della legge, non era ammisible un'interpretazione estensiva tale da ritenere la stessa previsione valida anche per la differente situazione della tutela. Per questo l'autorità giudiziaria domandava alla Corte una pronuncia di incostituzionalità della disposizione impugnata, per la parte in cui non riteneva applicabile quanto in essa previsto anche alla situazione dei minori sottoposti a tutela.

La Corte ha invece affermato che lo stesso risultato poteva essere raggiunto, se non attraverso un'interpretazione estensiva, comunque attraverso un'integrazione in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento, entrambi finalizzati ad assicurare la cura del minore, nonché sulla base della sostanziale egualianza delle situazioni di fatto nelle quali si trovano i minori stranieri in affidamento o sottoposti a tutela.

<sup>73</sup> In ordine alla evoluzione del rapporto fra giudice e legislatore, nel senso della accentuazione del ruolo di "giudice dei diritti" rispetto a quello di "giudice della legalità", v. F. G. Pizzetti, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003, 243 ss.

*4. La seconda "rivoluzione" a seguito della realizzazione dell'ordinamento comunitario: il potere del giudice di disapplicare (o non applicare) la legge*

Un secondo momento da sottolineare per l'incidenza sul ruolo del giudice comune, nell'evoluzione del sistema delle fonti del diritto, è rappresentato, come anticipato, dalla realizzazione dell'ordinamento comunitario, a proposito del quale si parla della creazione di un nuovo diritto comune europeo, fondato finora, e nel prossimo futuro, in maniera determinante dal confronto tra le decisioni giurisprudenziali che, a diverso livello, assumeranno gli organi giurisdizionali nazionali e soprannazionali. Un esplicito riconoscimento del valore della giurisprudenza per la realizzazione dell'ordinamento comunitario è contenuto nel preambolo della Carta di Nizza del 2000 dove si legge che la Carta riafferma "i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo".

Volendo richiamare i punti di arrivo di quello che è detto il "cammino comunitario", per quanto concerne in specifico i riflessi sul ruolo del giudice, possiamo sottolineare, da un lato, l'affermazione del primato del diritto comunitario su quello nazionale - essendo all'evidenza uscita ormai definitivamente sconfitta la teoria dualista, ancora a parole riaffermata dalla nostra Corte costituzionale, a vantaggio della teoria monista da sempre sostenuta dalla Corte europea - e, dall'altro, il conseguente potere-dovere del giudice di sottoporre, in caso di dubbio ed in via pregiudiziale, alla Corte di Lussemburgo

la questione relativa all'interpretazione del diritto comunitario, nonché l'obbligo di disapplicazione (o non applicazione) del diritto nazionale, qualora lo stesso sia ritenuto in contrasto con il diritto comunitario.

L'importanza ed il ruolo centrale che viene ad assumere il giudice nazionale deriva dal fatto che la Corte di giustizia, al fine di rendere efficaci i vincoli derivanti per gli stati membri dal diritto comunitario, ha pensato di appoggiare il compito di controllare, e in parte di sanzionare, gli stati ai loro giudici nazionali, attraverso appunto gli strumenti della pregiudiziale comunitaria e del potere-dovere di disapplicazione. Il ricorso da parte del giudice alla Corte europea per la interpretazione pregiudiziale del diritto comunitario è poi venuto ad assumere un'efficacia decisamente maggiore a seguito del riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della efficacia di fonte del diritto anche alle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo,<sup>74</sup> come ribadito di recente dalla giurisprudenza costituzionale che ha restituito gli atti al giudice *a quo* per un riesame della rilevanza a seguito di "ius superveniens", dove lo "ius" era appunto rappresentato da una sentenza interpretativa della Corte di giustizia.<sup>75</sup>

Attraverso la possibilità di disapplicazione della fonte nazionale, in quanto contrastante con il diritto comu-

<sup>74</sup> Si veda in proposito Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 249 ss.

<sup>75</sup> Corte cost., ord. 14 marzo 2003, n. 62 e ord. 20 aprile 2004 n. 125, *Foro it.*, 2004, I, 2299, le quali si fondano sull'affermazione secondo cui i principi enunciati nelle decisioni della Corte di giustizia si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno ed hanno quindi valore di fonte del diritto e di *ius superveniens*.

nitario, il giudice comune viene così ad esercitare una sorta di controllo diffuso di "comunitarietà" nei confronti della legge nazionale, che segue spesso al rinvio pregiudiziale. Quest'ultimo infatti viene ad assumere caratteri, per certi versi simili a quelli della pregiudiziale di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, dal momento che, com'è stato opportunamente notato,<sup>76</sup> si viene, di fatto, ad esercitare un controllo sulla conformità della legge nazionale al diritto comunitario allorché la Corte di giustizia, come spesso accade, non si limita a rispondere al quesito posto dal giudice, ma si spinge oltre dando esplicitamente un giudizio in ordine ad una determinata disciplina ("la direttiva X osta ad una disciplina nazionale che preveda ..." oppure "l'art. Y del TCE deve interpretarsi nel senso che osta ad una regola quale quella dell'art. Z della legge nazionale XY").

Il giudice nazionale viene pertanto a trovarsi nella condizione di dover seguire l'interpretazione conforme, non solamente con riguardo alla Costituzione, ma pure con riferimento al diritto comunitario (così come, in varie occasioni, sottolineato dalla Corte di giustizia)<sup>77</sup>

<sup>76</sup> Cfr. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Roma, 2004, 240 ss.; Giovannetti, *Riflessioni sul controllo di legalità comunitaria tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte di giustizia*, in *Scritti dei dottorandi* cit., 421 ss.

<sup>77</sup> Il giudice nazionale viene infatti invitato dalla Corte di Lussemburgo (ed anche, in alcuni casi, dalla Corte costituzionale) a procedere ad una interpretazione della legge nazionale conforme al diritto comunitario, prima di procedere alla disapplicazione della prima per contrasto con il secondo. Una lettura quindi che tenda a "salvare" la legge dalla disapplicazione.

Il riferimento, nella giurisprudenza comunitaria, alla necessità di un'interpretazione conforme risale al 1984 (sent. 10 aprile 1984, Von Colon e Karmann, causa C-14/83), affermazione poi ribadita più puntualmente nel 1988 (sent. 4 febbraio 1988, Murphy, causa C-157/86). Più recentemente è stato af-

e, allorché non ritenga possibile fare ciò direttamente, è tenuto ad investire, attraverso la richiesta pregiudiziale, la Corte costituzionale oppure la Corte di giustizia. In certe ipotesi può darsi che le due vengano a porsi entrambe, contemporaneamente, con riferimento ad uno stesso caso, determinandosi il fenomeno della c.d. doppia pregiudizialità,<sup>78</sup> con la necessità per il giudice di stabilire in quale rapporto stiano tra di loro l'una e l'altra e quale quindi debba essere esercitata per prima.<sup>79</sup>

fermato che l'"esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta" (sent. 5 ottobre 2004, Pfeiffer, cause riunite da C-397/01 a C-403/01) e che "l'obbligo di interpretazione conforme è uno degli 'effetti strutturali' della norma comunitaria che consente, assieme allo strumento più invasivo dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti ed agli obiettivi dell'ordinamento comunitario (conclusioni presentate il 30 giugno 2005 dall'avv. gen. Tizzano sul caso Mangold, causa C-144/04).

Spesso i "suggerimenti" della Corte di giustizia si presentano sotto una forma simile a quella delle sentenze interpretative di rigetto della nostra Corte costituzionale, altre volte sotto quella che potrebbe invece accostarsi alle nostre sentenze additive o sostitutive.

Trattandosi di suggerimenti relativi in sostanza all'interpretazione da dare, da parte del giudice, al diritto nazionale più che a quello comunitario, ci potremmo chiedere quale grado di vincolatività essi possono avere per i giudici nazionali.

In proposito v. la ricerca svolta da Giovannetti, *Integrazione comunitaria e funzione giurisdizionale*, tesi di dottorato, Dottorato di Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, XIII ciclo, Pisa, 2006.

<sup>78</sup> Sulla quale v., di recente, Sorrentino, *E' veramente inammissibile il "doppio rinvio"?*, in *Giur. cost.*, 2002, 783 ss.; Celotto, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"*, ivi, 2004, 1732 ss.

<sup>79</sup> In proposito la Corte costituzionale ha ritenuto che la pregiudiziale comunitaria debba precedere quella costituzionale ed infatti, anche di recente, ha rinvia a nuovo ruolo (in attesa della decisione della Corte di giustizia) la pronuncia in ordine ad una questione di legittimità costituzionale sollevata

Attraverso il raccordo con la Corte di giustizia è pertanto consentito al giudice comune di superare, dandosi certe condizioni, anche l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale e soprattutto quella del legislatore nazionale.

Esemplare in proposito il recente caso in materia ambientale, relativo alla nozione di "rifiuto" di cui all'art. 6, 1° comma, lett. a), d. lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, sul quale si era creata una giurisprudenza dei giudici comuni ormai consolidata, fondata principalmente sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. Il governo italiano ha ritenuto quella interpretazione particolarmente restrittiva e tale da poter pregiudicare la competitività sul mercato di vari settori della nostra industria e, di conseguenza, ha approvato un decreto-legge (8 luglio 2002 n. 138, convertito in legge 8 agosto 2002 n. 178), con cui ha fornito l'interpretazione autentica della nozione di "rifiuto", in palese contrasto con la giurisprudenza comunitaria. Alcuni giudici nazionali hanno in seguito proposto questione pregiudiziale, chiedendo alla Corte

---

da un giudice in via incidentale, sulla base dell'informazione, comunicata in udienza dall'Avvocatura dello Stato, che la medesima questione era stata sollevata, da altri giudici, alla Corte di Lussemburgo, per un'interpretazione ai sensi del TCE (v. Corte cost., ord. 1° giugno 2004, n. 165, *Foro it.*, 2004, I, 2299).

Di fronte ad un giudice che aveva esercitato entrambe le pregiudizialità contemporaneamente, la Corte ha risposto dichiarando manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità, per manifesta contraddittorietà della stessa, in quanto la pregiudiziale comunitaria tende ad accertare se la norma censurata sia compatibile con l'ordinamento comunitario, e quindi applicabile nell'ordinamento italiano, mentre la questione di costituzionalità presuppone che la norma, di cui il giudice stesso ha sollecitato l'interpretazione della Corte di giustizia, sia applicabile (ord. 21 marzo 2002, n. 85, *Foro it.*, 2002, I, 1603).

di giustizia di pronunciarsi in merito alla compatibilità con il diritto comunitario della nozione di "rifiuto" desumibile dalla legge di interpretazione autentica ed essa si è espressa in senso negativo, confermando la propria precedente giurisprudenza in materia<sup>80</sup> e consentendo al giudice di disapplicare la normativa nazionale.

Il ruolo pertanto che viene richiesto al giudice nazionale, a seguito della realizzazione dell'ordinamento comunitario, è veramente centrale e complesso, egli infatti, come ha sostenuto il presidente della Corte di giustizia Rodriguez Iglesias,<sup>81</sup> ha due cappelli, ma li porta contemporaneamente e non uno dopo l'altro.

Con l'ordinamento comunitario le funzioni del giudice vengono quindi ad ampliarsi ed arricchirsi di nuovi strumenti ed istituti, che producono inevitabilmente un ampliamento del proprio potere interpretativo, che lo conduce, come detto, alla possibilità anche di non dare applicazione ad una legge dello stato. Il giudice infatti viene a rivestire il ruolo di giudice della legalità dell'ordinamento, anche se rispetto ad esso viene ad avere sempre maggiore rilievo quello di giudice dei diritti; il giudice è il portiere (l'unico portiere potremmo aggiungere) della Corte costituzionale, ma deve evitare di aprire la porta quando il dubbio di costituzionalità può essere superato facendo ricorso ai propri poteri interpretativi (c.d. interpretazione conforme) e può, ri-

---

<sup>80</sup> Corte giust. Cee, sez. II, 11 novembre 2004, causa C457/02, *Foro it.*, 2005, IV, 16, con nota di Amendola, "Rifiuto": non era autentica l'interpretazione italiana e di Paone, *La nozione di rifiuto tra diritto comunitario e diritto penale*.

<sup>81</sup> Rodriguez Iglesias, *Intervento all'Incontro di studio tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle comunità europee*, Roma, Palazzo della Consulta, 4-5 aprile 2002, Roma, 2003.

correndone le condizioni, risolvere il caso applicando direttamente la Costituzione; il giudice deve pure perseguire un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale al diritto comunitario e, quando necessario, proporre la questione interpretativa alla Corte di giustizia di Lussemburgo, nonché, anche sulla base della risposta di quest'ultima, procedere alla diretta disapplicazione (o non applicazione) della legge nazionale ritenuta in contrasto con il diritto comunitario.

*5. La produzione del diritto da parte dei giudici:  
forme, modalità e legittimazione rispetto  
alla produzione del diritto da parte dei soggetti politici*

A fronte del ruolo che il giudice è chiamato oggi ad assolvere e che ho cercato sommariamente di riassumere, nei suoi elementi più rilevanti, il problema della natura creativa o meno dell'attività interpretativa o della ricerca e ricostruzione della volontà del legislatore (o dei legislatori, come sarebbe più corretto dire) potrebbe essere risolto attraverso due sole parole, quelle usate in proposito venti anni fa da Mauro Cappelletti: "verità banale". Egli infatti nella premessa al suo volume "Giudici legislatori?", osservava come lo scopo dello scritto non era certamente quello di "dimostrare la verità banale, anche se infinite volte in ogni epoca e con tanta inesauribile perseveranza negata o nascosta, della creatività della giurisprudenza".<sup>82</sup>

Affermare la natura creativa della giurisprudenza significa ammettere –senza poter affrontare il delicato

tema del valore del precedente giudiziario come fonte del diritto, anche quando ad esso non viene formalmente riconosciuta forza vincolante - che anche i giudici, nei limiti e nelle forme fissati dall'ordinamento, concorrono alla determinazione ed alla produzione del diritto. Ciò non vuol dire affatto ovviamente porre questi ultimi sullo stesso piano del legislatore, ma che il principio di soggezione del giudice alla legge significa innanzi tutto, come da tempo affermato e dimostrato da Pizzorusso,<sup>83</sup> soggezione al diritto e che il rapporto tra legislatore e giudici non è, come già sostenuto da Carlo Esposito<sup>84</sup> e da Salvatore Satta,<sup>85</sup> quello di una "assurda gerarchia", ponendosi i due soggetti in una posizione di assoluta parità, ognuno certamente secondo il proprio ruolo, nello svolgimento e nella determinazione dell'ordinamento giuridico.

Come scrive Gustavo Zagrebelsky, chiudendo il suo notissimo scritto sul diritto mite, il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come "parti" del diritto, non come "tutto il diritto", né i giudici possono ritenersi i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso, essendo essi più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia; "il diritto

<sup>82</sup> Pizzorusso, *Intervento al Convegno di Senigaglia 9-11 novembre 1979*, in *Giust. e Cost.*, 1980, 3-4, 183 ss e *Intervento*, in *I poteri del giudice civile di fronte alla legge*, Rimini, 1985, 219 ss.

<sup>83</sup> Satta, *Norma, diritto, giurisdizione*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1973, III.

<sup>84</sup> Esposito, *La validità delle leggi*, Milano, 1934.

<sup>85</sup> Cappelletti, *Giudici legislatori?* cit., I.

non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti".<sup>86</sup>

La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene certamente con forme e modalità differenti ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità e di legittimazione democratica. Come scrive recentemente Alessandro Pizzorusso, l'atto legislativo è rivolto direttamente a produrre diritto ed impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale.<sup>87</sup>

La legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del legislatore si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto. Al legislatore è consentito anche, attraverso l'esercizio del proprio potere normativo, di contrastare eventuali interpretazioni, ritenute non corrette, date alle proprie leggi, attraverso l'approvazione di leggi di interpretazione autentica, le quali possono prevedere anche la loro applicazione per i procedimenti in corso (leggi in varie occasioni ritenute dalla Corte costituzionale non

in contrasto con la Costituzione) ed a lui rimane altresì l'ultima parola anche nei riguardi di dichiarazioni di costituzionalità delle proprie leggi, avendo il potere di revisione costituzionale, seppure è auspicabile che tale potere venga usato solo rarissimamente e per situazioni assolutamente eccezionali.

Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge, dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate, nonché, con la dovuta cautela, da quella che Ross chiama la "tradizione culturale", vale a dire i fattori morali, economici, politici e culturali propri di un paese, nel momento in cui il giudice è chiamato a giudicare.

A ciò deve aggiungersi quella che è stata da alcuni chiamata la "processualità" dell'agire del giudice,<sup>88</sup> che lo distingue nettamente dall'azione del legislatore. Intendo riferirmi al principio per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, alla necessaria motivazione delle proprie decisioni. In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio della soggezione del giudice alla legge (*rectius al diritto*), da cui abbiamo preso le mosse.<sup>89</sup>

<sup>86</sup> Zagrebelsky, *Il diritto mite* cit., 213.

<sup>87</sup> Pizzorusso, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2003, n. 2, 340 ss.

<sup>88</sup> Così Cappelletti, *Giudici legislatori?* cit., 126.

<sup>89</sup> Si vedano in proposito le osservazioni di Bin, *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004, spec. 55 ss. e 115 ss.

**LO STATO "REGIONALE" ITALIANO:  
LA CRISI DELLA LEGGE STATALE**

NICOLA PIGNATELLI

**I. UNA NOTAZIONE PRELIMINARE**

Nelle pagine che seguiranno intendiamo ricostruire le vicende costituzionali del regionalismo italiano, tentando di mettere in rilievo la progressiva dilatazione della sfera di autonomia regionale (non solo legislativa) e la conseguente produzione del fenomeno della "crisi" (*rectius, erosione*) della legge statale. Tuttavia è necessario da subito precisare come il regionalismo italiano non sia stato caratterizzato da un processo lineare di espansione dell'autonomia a danno del centro (in crisi, appunto), visto che il fenomeno del decentramento ha storicamente incontrato delle resistenze culturali, costituzionali (ossia previste dallo stesso quadro costituzionale a tutela dell'unità repubblicana) e politico-normative (ossia delle limitazioni surrettizie introdotte dallo Stato nell'ordinamento giuridico attraverso una interpretazione estensiva delle proprie prerogative). Sembra di potere dire, come per ogni fenomeno di "crisi" (psicologica, fisica o costituzionale), che possono generarsi delle "reazioni", in alcuni casi fisiologiche, in

altri patologiche (-surrettizie); in altri casi ancora le crisi possono assecondare delle "derive", ancor più critiche, come qualche tentativo di inopportuna devoluzione di competenze naturalmente statali. Tuttavia i fenomeni di "crisi" non sono certamente un male quando sono strumentali alla migliore tutela dei diritti e ad una più efficiente risposta ai bisogni sociali sul territorio.

## II. L'IDEA REGIONALISTA NELL'ITALIA LIBERALE

In Italia l'idea regionale nasce già nell'Ottocento, nelle ispirazioni del pensiero liberale, nelle riflessioni, nel periodo antecedente e preparatorio alla unificazione (1861), degli esponenti della tendenza federalista, come Cattaneo, Rosmini e Gioberti. Lo stesso Mazzini, uno dei principali protagonisti dell'Unità d'Italia, pur sostenendo il principio unitario, riconosceva la Regione come ente intermedio tra la Nazione ed il Comune affermando suggestivamente che l'unitarietà non si identificava necessariamente con l'accentramento e che l'Ente rappresentava una nuova forza, una spinta per le iniziative locali che avrebbe reso più efficiente l'andamento generale della cosa pubblica.

Anche il Conte Cavour (primo capo del Governo italiano a veder votata la fiducia dal Parlamento nel 1852) si interessò alla questione regionale; presentò infatti alla Camera dei deputati un disegno di legge, approvato nel giugno del 1860, per la istituzione presso il Consiglio di Stato di una Commissione legislativa per lo studio di progetti di legge relativi alla riforma dell'ordinamento amministrativo dello Stato; lo stesso Consiglio dei Ministri guidato dal Cavour approvò il 13 marzo 1861 un

piano di riorganizzazione delle articolazioni dello Stato, composto da alcuni progetti.

Nel progetto sulla ripartizione del Regno il Regno italiano veniva suddiviso in Regioni, Province, Circondari, Comuni. La Regione era costituita come una circoscrizione amministrativa dello Stato con a capo un governatore con il compito di espletare i servizi politici di sicurezza di competenza del Ministro dell'Interno e di adottare gli atti di competenza degli altri Ministeri; si trattava di una logica di decentramento amministrativo gerarchico, dovendo desumersi che gli organi regionali, a cui si devolvevano le funzioni, erano organi governativi.

In un altro progetto sull'amministrazione regionale si attuava invece un decentramento amministrativo autarchico, visto che gli organi regionali erano svincolati gerarchicamente dall'amministrazione centrale; in questa prospettiva le Regioni erano pensate come una sorta di consorzio tra le Province, con autonoma personalità giuridica (con competenze limitate a talune materie, quali i lavori pubblici, la sorveglianza degli istituti di istruzione, la tenuta degli archivi storici). Tra l'altro accanto alla potestà amministrativa, quest'ultimo progetto attribuiva ad una commissione eletta un potere deliberativo di adozione dei regolamenti riguardanti la bonifica dei terreni.

Anche da questi progetti emergeva chiaramente l'idea che l'unità politica non importava necessariamente l'unità amministrativa e che le tendenze, i costumi, le tradizioni, le esigenze e i bisogni locali dovevano essere garantiti e soddisfatti attraverso l'espletamento di funzioni territorialmente più "vicine", ed in quanto tali più consapevoli.

Tuttavia nel giugno del 1861 la Commissione straordinaria della Camera, eletta per riferire sui disegni di riforma, decise di sospendere la discussione dei progetti e di adottare alcuni articoli transitori in base ai quali si estendevano le leggi amministrative piemontesi del 1859. Si pervenne così alla definitiva unificazione amministrativa nel 1865, che arginò il movimento regionalista; rappresentarono una mera eccezione taluni interventi specifici come la istituzione nel 1869 di un regio Commissariato civile per la Sicilia.

Nel dibattito parlamentare successivo si contrapposero due diverse impostazioni del liberalismo post-unitario, quella della sinistra storica (Depretis), a favore di una concezione regionalista, e l'altra espressa dai conservatori, che affermavano la virtuosità del centralismo amministrativo. Inoltre la questione istituzionale relativa al rapporto tra centro e periferia era fortemente legata al dibattito sulla questione meridionale, relativa alle drammatiche condizioni economiche e sociali in cui versava il Sud dell'Italia. Si sosteneva che l'unificazione aveva generato dei vantaggi quasi esclusivamente al Nord; l'articolazione regionale era così vista come un strumento per contenere le sperequazioni.

Dopo la prima guerra mondiale il problema della articolazione della struttura amministrativa veniva riproposto dal Partito popolare di matrice cattolico-democratica. Luigi Sturzo nella sua relazione al terzo congresso nazionale del Partito sollecitò la riforma della organizzazione dello Stato e la istituzione giuridica delle Regioni, non come meri organi di decentramento amministrativo (quindi di natura governativa) ma come enti rappresentativi della comunità regionale, eletti, dotati di propria

competenza amministrativa e legislativa. Questa spinta verso l'autonomia regionale si perse, come altre istanze, nella triste vicenda autoritaria che ha caratterizzato l'Italia per un ventennio, fino alla seconda guerra mondiale; il fascismo mortificò qualunque velleità di decentramento, visto il rischio che poteva nascondersi dietro l'esercizio di poteri "lontani" dallo Stato.

### III. ...E NELL'ASSEMBLEA COSTITUENTE

Il dibattito sulle Regioni si è vigorosamente riaperto, dopo la seconda guerra mondiale, nell'Assemblea costituente, in cui emerse una diffusa (anche se eterogenea) volontà delle forze politiche (socialista, comunista, liberale, cattolica, radicale, repubblicana) di scommettere su un ulteriore livello di governo; sino ad allora il sistema di governo locale si articolava su due livelli, quello comunale e quello provinciale. Era evidente l'esigenza di una inversione rispetto alla deriva accentratrice che caratterizzò il ventennio fascista.

Inoltre, con particolare forza i democratici cristiani sostenevano la necessità di una riforma dello Stato che garantisse l'efficienza e la funzionalità dei poteri pubblici; queste potevano essere soddisfatte da un Ente più vicino alle realtà locali, politicamente responsabile, dotato di proprie competenze costituzionali. I repubblicani inoltre misero in evidenza come la nozione storica di Regione, coincidente con le attuali circoscrizioni geografiche, appariva superata, prospettando un accoppiamento in cinque o sei cantoni, affini relativamente ai profili economici, culturali, sociali.

Più specificatamente in seno alla "Commissione dei settantacinque", creata col compito di elaborare il progetto della Carta costituzionale, e ancor prima in seno alla "Commissione dei dieci", presieduta dall'on. Ambrosini, che si occupò dei temi regionali, si affermò l'idea di dare vita alle Regioni come enti intermedi tra Stato e Comuni. Le sinistre a seguito della crisi di governo del 1947, che portò alla loro estromissione dall'esecutivo, sentirono strategicamente la necessità di una maggiore valorizzazione delle autonomie come potenziale contropotere. Tuttavia non si spinsero ad accettare totalmente le proposte dei democristiani, che erano certamente più avanzate, affermando di non tollerare una potestà legislativa "piena" ma soltanto una potestà "integrativo-attuativa" della legislazione statale.

Si giunse così ad un compromesso sulla autonomia legislativa regionale, caratterizzato da una rinuncia dei democristiani alla potestà piena che fu attribuita soltanto alle Regioni "speciali" e da un riconoscimento da parte delle sinistre di una potestà maggiore rispetto a quella meramente integrativa-attuativa. La soluzione di sintesi fu rappresentata dalla potestà "concorrente", una sorta di terza via. Deve comunque precisarsi che la potestà integrativa rimase ma limitatamente a quelle materie rimesse alle Regioni da una scelta discrezionale del legislatore statale.

In sede costituente fu poi forte la consapevolezza delle peculiari problematiche relative ad alcune Regioni. Alla fine della seconda guerra mondiale profonde divisioni segnavano il paese, soprattutto tra il Nord e il Sud. Vi erano tendenze separatistiche in Sicilia, Valle d'Aosta e in trentino Alto-Adige. Contro il rischio di

una deriva secessionista si utilizzò una maggiore e più intensa valorizzazione della autonomia regionale. Fu tra l'altro necessario dare una risposta a queste istanze critiche, già prima dell'inizio dei lavori dell'Assemblea costituente, attraverso il riconoscimento dell'autonomia regionale alla Sicilia (r.d.lgs. 455/1946), o con una speciale revisione degli istituti tradizionali in Valle d'Aosta (d.lgs. 545/1945), ovvero avviando le procedure per l'adozione di ordinamenti autonomistici in Trentino-Alto Adige; questa logica autonomistica, pur in assenza di spinte separatistiche, fu estesa anche alla Sardegna.

Fu poi la stessa Assemblea costituente ad elaborare ed approvare quattro (dei cinque) statuti speciali. Furono infatti convertiti in legge costituzionale il decreto regio di approvazione dello Statuto della Regione siciliana (l. cost. 2/1948) e con leggi costituzionali gli Statuti speciali per la Sardegna, Valle d'Aosta e Trentino-Alto Adige (l. cost. 3, 4, 5/1948). La complessa situazione internazionale fece invece sì che si rimandasse l'adozione dello Statuto per la Regione Friuli-Venezia Giulia, che vide approvato il proprio statuto soltanto con la l. cost. 1/1963, dopo la risoluzione della questione di Trieste.

#### IV. ...NEL MODELLO COSTITUZIONALE DEL 1948

##### *1. Il principio del pluralismo territoriale tra unità ed autonomie*

A questo punto è necessario soffermarci più in particolare sulle scelte dei Costituenti, sul quadro costituzionale, che come si vedrà più avanti ha subito profonde

innovazioni (*rectius, uno stravolgimento*) a partire dalla fine degli anni '90.

I Costituenti hanno affermato chiaramente il principio del pluralismo autonomistico come cardine dell'assetto delle istituzioni politiche; l'art. 5 Cost., collocato tra i "principi fondamentali" della Costituzione, afferma infatti che la Repubblica è una e indivisibile ma riconosce le autonomie locali, promuovendo il più ampio decentramento amministrativo.

Da questa norma si desume in primo luogo la configurazione del modo di essere dell'ordinamento generale, che riconosce minori ordinamenti regionali a carattere derivato o autonomo, in quanto espressione della capacità di darsi proprie norme delle minori collettività territoriali nell'ambito dell'unica collettività nazionale. E' poi promossa la più ampia possibilità di esplicazione a tale capacità di autonormarsi e quindi governarsi. In questa logica il principio dell'autonomia locale è un principio "aperto", suscettibile di integrazioni progressive in collegamento con le nuove consapevolezze sociali, che emergono storicamente in seno alle comunità locali.

Accanto a questo principio può leggersi nell'art. 5 Cost., come una sorta di corollario, il principio del decentramento amministrativo, come canone di organizzazione e di distribuzione delle competenze decisionali nell'ambito dell'ordinamento generale, che rimane certamente saldo nella sua unità.

L'art. 5 Cost. presuppone una complessa rete di collegamenti fra ordinamenti, facendo del nostro ordinamento giuridico un ordinamento composto da una pluralità di ordinamenti territoriali minori. Questa pluralità era

specificatamente esplicitata dalla originaria formulazione dell'art. 114 Cost. in cui si leggeva che "La Repubblica si riparte in Regioni, Province, Comuni"; nel modello costituente poteva scorgersi chiaramente l'idea che le autonomie locali fossero ordinamenti derivati dall'unico ordinamento repubblicano. La Costituzione individuava così Regioni, Province, Comuni come enti esponenziali delle rispettive collettività territoriali; l'originario art. 115 Cost. disponeva che "le Regioni sono costituite in enti autonomi con propri poteri e funzioni secondo i principi fissati nella Costituzione" e l'originario art. 128 Cost. disponeva che "le Province e i Comuni sono enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni".

Gli Enti territoriali erano così pensati come realtà contraddistinte da un territorio proprio, da una collettività che in esse si sarebbe organizzata, da una istituzione di governo, da un complesso di poteri e funzioni attribuiti dalla Costituzione per l'espletamento della autonomia. In particolar modo a tali enti nei loro rapporti con la collettività, come emergeva dagli artt. 115 e 128 Cost., si riconosceva una sfera di autonomia politica, in quanto costituiti ed organizzati attraverso Consigli (assemblee) eletti in grado di rappresentare la società, esprimendo un indirizzo politico proprio, potenzialmente anche diverso da quello espresso dal circuito nazionale (limitato alla sola dimensione amministrativa per i Comuni e le Province).

Quanto alle Regioni si deve tenere presente il "doppio" regime pensato dai Costituenti, ossia la distinzione tra Regioni ordinarie e Regioni speciali, le quali dispongono "di forme e condizioni particolari di autonomia",

secondo i rispettivi Statuti approvati con legge costituzionale (art. 116 Cost.). La Costituzione per le Regioni ordinarie e gli statuti per le Regioni speciali disegnavano così i tratti fondamentali dell'organizzazione di governo e la distribuzione delle competenze.

Alle Regioni ordinarie si riconosceva l'autonomia statutaria, ossia la possibilità di adottare un proprio statuto avente ad oggetto la disciplina della organizzazione e del funzionamento dell'ente per tutto quanto non definito puntualmente dalla Costituzione. Tuttavia l'originario art. 123 Cost. prevedeva che lo Statuto fosse deliberato dal Consiglio regionale ma approvato con legge del Parlamento. Anche alle Regioni speciali, per quanto non fosse riconosciuta una potestà statutaria propria, era attribuita dai rispettivi Statuti la facoltà di auto-organizzazione nei limiti fissati dagli statuti stessi.

Quanto invece alle Province e ai Comuni, i riferimenti contenuti nell'art. 128 Cost. riguardavano soltanto l'autonomia politica, non essendovi nessuna esplicita affermazione e riconoscimento della potestà statutaria. Tuttavia l'ordinamento generale ha riconosciuto un potere di autorganizzazione in capo a tali organi, desumendola implicitamente dal sistema del pluralismo autonomistico. Questo riconoscimento ha trovato la sua prima generalizzazione nella l. 142/1990 sull'ordinamento degli enti locali.

I Costituenti inoltre, una volta sancita l'autonomia politica degli enti territoriali, si preoccuparono di individuare gli strumenti per l'esplicazione di tale autonomia. Per le Regioni ordinarie (negli artt. 117, 118 Cost.) e speciali (negli Statuti) venivano individuate le materie nelle quali tali enti avrebbero disposto di autonomia

legislativa; nelle medesime materie, secondo la logica del parallelismo, avrebbero potuto esercitare la propria autonomia amministrativa. L'art. 128 Cost. disponeva invece che sarebbero state le leggi generali della Repubblica a determinare le funzioni (esclusivamente amministrative) delle Province e dei Comuni, nell'ambito dei principi fissati dalle stesse leggi nazionali. Deve poi ricordarsi come la logica del parallelismo, di cui sopra, poteva essere rotta da una scelta del legislatore nazionale che avrebbe potuto attribuire agli enti minori talune materie di interesse esclusivamente locale (art. 118 Cost.), altrimenti di competenza amministrativa regionale.

L'originario art. 119 Cost. riconosceva anche l'autonomia finanziaria regionale nelle forme e nei limiti fissati dalle leggi nazionali, che avrebbero dovuto porre in essere un coordinamento con la finanza statale, provinciale e comunale. Dalla stessa norma poteva desumersi anche come i Costituenti avessero presupposto l'autonomia finanziaria delle Province e dei Comuni, che in realtà ha avuto una sua più esplicita affermazione soltanto nella già citata l. 241/1990.

In questo generale impianto, informato ad una logica di separazione delle competenze tra i livelli di governo, potevano solo scorgersi episodici momenti di partecipazione degli enti territoriali alla vita dello Stato (artt. 75, 138 Cost.: iniziativa congiunta di almeno cinque Consigli regionali per referendum abrogativi o costituzionali; art. 83 Cost.: delegati regionali partecipanti all'elezione del Presidente della Repubblica; art. 121 Cost: iniziativa di legge nazionale spettante a ciascun Consiglio regionale).

## 2. L'autonomia politica regionale

L'autonomia politica di un ente si risolve nella rappresentatività della collettività che vive sul territorio sul quale tale ente esercita le proprie competenze attraverso i propri organi costituzionali che danno attuazione ad un programma politico.

I Costituenti contemplarono come organi della Regione il Consiglio regionale, la Giunta ed il suo Presidente (art. 121 Cost.), demandando poi alla legge ordinaria di stabilire il "sistema di elezione, il numero e i casi di ineleggibilità o di incompatibilità dei Consiglieri regionali", disponendo comunque un divieto di appartenere contemporaneamente "a un Consiglio regionale e ad una delle Camere del Parlamento o a un altro consiglio regionale". Quanto alla forma di governo, la Costituzione prevedeva direttamente che "il Presidente e i membri della Giunta sono eletti dal consiglio regionale fra i suoi componenti" (art. 122, 4° comma, Cost.), attribuiva al Consiglio la potestà legislativa e regolamentare attribuita alle Regioni (art. 121, 2° comma, Cost.), prevedeva inoltre che la "Giunta regionale è l'organo esecutivo della Regione", mentre "il Presidente della Giunta rappresenta la Regione, promulga le leggi ed i regolamenti regionali, dirige le funzioni amministrative delegate dallo Stato alla Regione, conformandosi alle istruzioni del governo centrale" (art. 121, 3° e 4° comma, Cost.). In realtà queste norme hanno poi subito una integrazione e uno specifico sviluppo in sede di approvazione degli Statuti regionali, che hanno dato vita a forme di governo in alcuni casi dualistico-parlamentari ed in altri di tipo monistico, caratterizzate da una com-

mistione tra componenti parlamentari ed assembleari. Secondo la prospettazione di alcuni Statuti, Consiglio e Giunta sono venuti a compartecipare all'esercizio delle fondamentali funzioni della Regione: in particolare, al Consiglio, definito come organo di indirizzo e controllo politico della Regione, è stata riservata l'approvazione, oltre che delle leggi e i regolamenti, dei principali atti di alta amministrazione, quali i programmi generali e settoriali della Regione, mentre alla Giunta è stato riconosciuto il ruolo di iniziativa ed elaborazione degli stessi. Alla base di questa logica statutaria vi è stata la consapevolezza che la Regione dovesse adempiere prevalentemente ad un ruolo unitario di programmazione, indirizzo e coordinamento.

## 3. L'autonomia regionale statutaria e legislativa

Come abbiamo già avuto modo di dire, i Costituenti attribuirono alle Regioni una potestà statutaria, per quanto differenziata tra Regioni speciali e Regioni ordinarie. Per le prime gli Statuti avrebbero dovuto disciplinare non solo l'organizzazione ma anche i poteri e le competenze, che per le Regioni ordinarie erano disciplinati direttamente dalla Costituzione. Infatti mentre le Regioni ordinarie erano sottoposte ad una disciplina comune, dettata dal Titolo V della Costituzione, le cinque Regioni speciali avrebbero avuto una propria disciplina, derogatoria (in quanto approvata con legge costituzionale) rispetto a quella comune dettata dalla Costituzione. Nella logica costituente il fondamento dell'autonomia delle Regioni speciali si fondava sullo Statuto stesso, mentre il fondamento dell'autonomia delle Regioni ordinarie si

fondava sulla Costituzione; per queste ultime infatti le forme e le condizioni di tale autonomia erano già definite dal testo costituzionale.

Anche rispetto alla autonomia legislativa poteva apprezzarsi una sostanziale differenza. Gli Statuti delle Regioni speciali prevedevano una pluralità di livelli di potestà regionale corrispondenti ad altrettanti elenchi di materie. In primo luogo si riconosceva una potestà regionale "esclusiva" (piena), propria soltanto delle cinque regione a regime speciale. Questa potestà incontrava soltanto due limiti: (a) il limite dei principi generali dell'ordinamento giuridico, che secondo la Corte costituzionale (1107/1988) consistono "in orientamenti o criteri direttivi di così ampia portata o così fondamentali da potersi desumere, di norma, soltanto dalla disciplina legislativa relativa a più settori materiali, (...) ovvero, eccezionalmente, da singole materie, sempreché in quest'ultimo caso il principio sia diretto a garantire il rispetto di valori supremi collocabili al livello delle norme di rango costituzionale o di quelle di immediata attuazione della Costituzione"; (b) il limite delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali (come quella agraria, che ha caratterizzato la storia italiana).

Si riconosceva inoltre una potestà "concorrente", ossia di approvazione di norme regionali di dettaglio nell'ambito di talune materie per le quali spettava allo Stato fissare i principi fondamentali; ed infine una potestà meramente "integrativa-attuativa", che consentiva alle Regioni speciali di emanare norme, in altre specifiche materie, per adeguare la legislazione statale alle particolari esigenze regionali.

Quanto invece alla potestà legislativa delle Regioni ordinarie l'originario art. 117 Cost. prevede soltanto due tipologie di potestà legislativa, escludendo infatti la configurabilità della potestà piena.

Questa norma costituzionale prevedeva infatti che le Regioni avrebbero potuto emanare norme legislative, nell'ambito di un elenco tassativo di materie (es. fiere e mercati, polizia urbana, caccia, pesca, artigianato) e nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi statali; erano poi previsti due ulteriori limiti, quello dell'"interesse nazionale" e quello dell'interesse di altre Regioni, che non potevano essere compromessi dall'esercizio dell'autonomia legislativa. Il limite dell'interesse nazionale, come diremo meglio più avanti, ha giocato un ruolo decisivo nella definizione dei rapporti tra centro e periferia.

Questi (specifici) limiti attengono al rapporto tra legge regionale e ordinamento statale. Mentre i limiti generali riguardano la natura stessa della legge regionale, fonte primaria nella gerarchia delle fonti anche se utilizzabile nell'osservanza del criterio di competenza rispetto alla legge statale. In questa logica la legge generale incontra il limite del rispetto della Costituzione (il c.d. limite costituzionale); i limiti riguardano anche la natura dell'autonomia della Regione, priva di soggettività nell'ordinamento internazionale, potendo desumersi il limite degli obblighi internazionali; ed inoltre vi sono limiti connessi alla particolare natura dell'ente, particolare per delimitazione geografica e per specializzazione settoriale, potendo così desumersi il limite territoriale ed il limite delle materie.

#### *4. L'autonomia regionale amministrativa e finanziaria*

Il modello costituente legava l'allocazione delle funzioni amministrative al riparto di competenze legislative definite dall'art. 117 Cost. Infatti l'originario art. 118 Cost. prevedeva che "spettano alle Regioni le funzioni amministrative per le materie elencate nel precedente articolo". Tuttavia questa corrispondenza doveva essere letta alla luce di altre previsioni costituzionali.

In primo luogo era lo stesso art. 118, 1° comma, Cost., a prevedere che lo Stato avrebbe potuto attribuire con legge l'esercizio delle funzioni amministrative agli enti territoriali minori, in relazione alle materie di esclusivo interesse locale, sottraendole così alla competenza regionale. Inoltre si disponeva che lo Stato stesso avrebbe potuto delegare competenze proprie alle Regioni (art. 118, 2° comma, Cost.).

La Regione avrebbe normalmente dovuto esercitare le sue funzioni amministrative delegandole alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali o valendosi degli uffici di questi (art. 118, 3° comma, Cost.). Nel modello costituente la Regione era pensata come una amministrazione indiretta necessaria (o ad organizzazione impropria), visto che, sia nel caso della delega sia in quello dell'avvalimento degli uffici, l'organizzazione regionale doveva essere costituita non da apparati dipendenti dalla stessa Regione ma da apparati propri di altri enti. In questo modo si sarebbe dovuto realizzare un reale decentramento per enti autonomi territoriali.

E' certamente vero che vi sia stata una limitata o mancata attuazione delle deleghe da parte delle Regioni

(soprattutto nei primi anni di funzionamento), tuttavia il legislatore nazionale ha scorporato funzioni di titolarità regionale per attribuirle ai Comuni (es. assistenza sociale, turismo, artigianato, sanità), pur mantenendo ferme in capo alle Regioni funzioni di programmazione organizzativa e finanziaria.

Sarebbe stata comunque soltanto la l. 241/1990 a conferire per la prima volta organicamente alle Regioni il compito di provvedere, con il riassetto territoriale dei Comuni e delle Province, all'attribuzione di tutte le funzioni di interesse locale a quest'ultimi, arrivando a discernere, alla luce delle caratteristiche della popolazione e dei territori, tra funzioni di interesse comunale e funzioni di interesse provinciale.

Al fine di completare questo sintetico quadro deve ricordarsi come l'originario art. 119 Cost., garantendo l'autonomia finanziaria regionale nelle forme e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica, disponeva due forme essenziali di finanziamento, una ordinaria ed una straordinaria. La prima consisteva nell'attribuzione "di tributi propri e quote di tributi erariali in relazione ai bisogni delle Regioni per le spese necessarie ad adempiere le loro funzioni normali"; la seconda invece consisteva nell'assegnazione da parte dello Stato a singole Regioni di contributi speciali "per provvedere a scopi determinati, e particolarmente per valorizzare il Mezzogiorno e le Isole". Da qui emerge chiaramente come il costituenti avesse ben presente il problema della sperequazione tra Regioni ricche e Regioni povere. La forma ordinaria di finanziamento era di carattere tributario e fondata sull'autonomia impositiva regionale ("tributi propri") e si riferiva alla globalità delle funzioni spettanti alle Re-

gioni, alla luce del quadro costituzionale (come poteva evincersi dall'uso della parola "normali", in riferimento alle "funzioni"). Tra l'altro non potevano escludersi per finalità ulteriori contributi specifici a destinazione vincolata.

### *5. Il controllo sugli atti degli enti territoriali*

La Costituzione del 1948 aveva posto a garanzia della delimitazione e della separazione delle sfere di competenza dei meccanismi di controllo sugli atti degli enti territoriali. In primo luogo i Costituenti optarono per un meccanismo preventivo di controllo sulla legge regionale. Secondo l'originario art. 127 Cost., entro trenta giorni dalla trasmissione della legge deliberata dal Consiglio regionale, il Governo, tramite un proprio commissario, avrebbe potuto consentire l'ulteriore corso della legge (in modo tacito lasciando decorrere il termine senza rinviare la legge, o in modo espresso, restituendo la legge con un apposito visto) ovvero rinviare la legge con osservazioni sulla legittimità costituzionale o sulla inopportunità per contrasto con l'interesse nazionale o di altre Regioni. Nel caso però di approvazione a maggioranza assoluta da parte del Consiglio regionale dello stesso testo di legge rinviato, il Governo non avrebbe potuto fare altro che ricorrere in via diretta entro quindici giorni dalla comunicazione alla Corte costituzionale o, in caso di vizio di merito, al Parlamento.

La Corte costituzionale è infatti, anche nel nostro modello di giustizia costituzionale, il garante della rigidità della Costituzione, sia in relazione ai vizi di legittimità sia ai vizi di competenza o di attribuzione. Questi ultimi trovano la loro giustiziabilità in due sedi: quando si tratta di vizi di competenza-attribuzione legislativa è attivabile il giudizio costituzionale in via principale, quando invece si tratta di vizi di competenza-attribuzione amministrativa o giurisdizionale è attivabile il conflitto di attribuzione tra Enti (o intersoggettivo). Deve comunque precisarsi che nel giudizio costituzionale in via principale (che ha ad oggetto atti legislativi) lo Stato, impugnando la legge regionale, può far valere qualsiasi vizio, mentre le Regioni, impugnando la legge statale, possono lamentare soltanto una invasione o una usurpazione di competenza propria.

Quanto invece ai conflitti di merito sulle leggi regionali il giudice avrebbe dovuto essere il Parlamento. Le modalità di svolgimento di tale giudizio sono state disciplinate dai regolamenti della Camera e del Senato; il parametro di giudizio era rappresentato certamente dall'interesse nazionale. Deve però ricordarsi come nella storia repubblicana il Parlamento non sarebbe stato mai investito di questioni di merito, vista la preferenza sistematica del Governo ad utilizzare le più rassicuranti forme di controllo di legittimità anche per i conflitti politici.

I Costituenti inoltre pensarono alla introduzione di un sistema di controllo sugli atti amministrativi regionali. L'originario art. 125 Cost. disponeva che tale controllo "è esercitato, in forma decentrata da un organo dello Stato, nei modi e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica. La legge può in determinati casi ammettere il controllo di merito, al solo effetto di promuovere, con richiesta motivata, il riesame della deliberazione da parte del Consiglio regionale". Un meccanismo analogo era

stato pensato per gli atti amministrativi degli altri enti territoriali, come poteva desumersi dall'art. 130 Cost., secondo il quale un organo della Regione, costituito nei modi stabiliti da una legge statale, avrebbe dovuto esercitare il controllo di legittimità sugli atti delle Province, dei Comuni e degli altri enti locali; la stessa norma costituzionale disponeva che in casi determinati dalla legge poteva essere esercitato un controllo di merito, nella forma di richiesta motivata di riesame agli enti deliberanti.

#### V. I PRIMI VENT'ANNI DI STORIA REPUBBLICANA: L'INATTUAZIONE DEL MODELLO COSTITUZIONALE

Quello appena descritto rappresenta, in sintesi, la struttura costituzionale dello Stato regionale italiano pensato dall'Assemblea costituente, che si preoccupò tra l'altro di prevedere delle norme transitorie al fine di scandire i tempi dell'attuazione del Titolo V della II parte del testo costituzionale. In particolar modo la VIII disp. trans. disponeva che le elezioni dei Consigli regionali e degli organi elettivi delle amministrazioni provinciali fossero indette entro un anno dall'entrata in vigore della Costituzione stessa; la IX disp. trans. disponeva inoltre che la Repubblica entro tre anni avrebbe dovuto adeguare le sue leggi alle esigenze delle autonomie locali e alla competenza legislativa attribuita alle Regioni.

Quest'ultima previsione ha certamente posto dei dubbi interpretativi. Si è però privilegiata una lettura della norma transitoria nel suo complesso, non intendendola come riferita esclusivamente all'obbligo di approvare leggi "cornice" al fine di consentire l'espletamento della

potestà legislativa concorrente ex art. III7 Cost. ma a tutti i casi i cui la normativa costituzionale faceva espresso rinvio a provvedimenti legislativi, la cui adozione sarebbe stata strumentale al completamento del sistema delle autonomie. E' stato scritto infatti che questa norma ha finito per acquistare una efficacia "quasi permanente", essendo suscettibile di una pluralità di applicazioni non circoscritte nel tempo, in quanto riferita a tutta la legislazione statale interferente con il settore delle autonomie.

In realtà i termini temporali, previsti dalle norme transitorie, sono stati abbondantemente violati, dando vita ad una palese inattuazione del modello costituzionale, ad un congelamento della Costituzione e ad una sua violazione.

Ne fu un sintomo evidente la c.d. legge Scelba (l. 62/1953), il cui art. 9 disponeva che le Regioni per legiferare avrebbero dovuto attendere l'emanaione delle leggi cornici, con la conseguenza che la potestà legislativa concorrente risultava paralizzata, ossia in balia della approvazione delle leggi statali recanti i principi fondamentali della materia; questa norma rappresentava chiaramente la volontà politica della maggioranza parlamentare democristiana (cattolica) di arginare le autonomie ed in particolar modo alcune Regioni del Centro Italia, dove era forte la presenza delle sinistre (soprattutto dei comunisti). In definitiva si voleva evitare, attraverso uno "ostruzionismo di maggioranza", che si generassero indirizzi politici alternativi a quello nazionale; per far questo si accettò di congelare la Costituzione. In questo periodo funzionarono soltanto le Regioni speciali sulla base dei rispettivi Statuti.

Tuttavia continuò il dibattito, caratterizzato da alcune contraddizioni, su quale fossero le misure necessarie per rendere effettiva la riforma regionale. Si trattava di capire se fosse necessario per prima cosa approvare le leggi cornice, per dare possibilità alle Regioni di legiferare, o la legge sulla finanza regionale o ancora la normativa di trasferimento delle funzioni e del personale dello Stato alle Regioni. Soltanto con i Governi di centro-sinistra (a partire dal 1962) sembrò cambiare qualcosa.

Con la l. cost. 3/1963 il Molise fu costituito in Regione autonoma, separata dall'Abruzzo. Nel 1968, con diciannove anni di ritardo rispetto alla previsione della VIII disp. trans., fu finalmente approvata la legge elettorale che ha permesso nel 1970 le prime elezioni dei Consigli regionali. Nello stesso anno fu approvata la l. 281/1970, recante "provvedimenti finanziari per l'attuazione dell'ordinamento regionale" nonché la delega legislativa per il trasferimento delle funzioni dello Stato alle Regioni nelle materie previste dall'art. 117, 1<sup>o</sup> comma, Cost.

Negli anni '60 maturava la fase di preparazione del nuovo ordinamento regionale, alla luce di un movimento politico-culturale favorevole al ruolo delle Regioni e ai rapporti tra Stato e Regioni, più che nel senso della separazione, in quello del coordinamento e della integrazione reciproca. In questo periodo fu modificata anche la legge Scelba dall'art. 17 della l. 281/1970, secondo il quale in assenza di leggi cornice le Regioni non sarebbero rimaste paralizzate ma avrebbero potuto legiferare, pur nel rispetto dei principi impliciti nella legislazione statale sulle materie da regolare.

In questo clima le Regioni si misero all'opera al fine di dotarsi di propri Statuti, approvati tutti nel 1971.

Tuttavia questo clima "regionalista" dovette subito scontrarsi con gli ostacoli e le limitazioni che emerse in sede di trasferimento delle funzioni alle Regioni, che si pose in essere sulla base della delega contenuta nell'art. 17 della legge finanziaria. I decreti delegati del '72 operarono numerosi "ritagli" di settori in seno alle materie di competenza regionale, conservati in capo alla amministrazione nazionale, vista la sussistenza di interessi nazionali, non frazionabili sul territorio.

Tra l'altro questa lettura restrittiva delle funzioni regionali fu avallata dalla Corte costituzionale dinanzi alla quale molte disposizioni di tali decreti furono impugnate dalle Regioni; la giurisprudenza costituzionale valorizzò fortemente la nozione di interesse nazionale per argomentare la legalità costituzionale di tali disposizioni.

#### VI. DALLA FINE DEGLI ANNI '70 AGLI ANNI '90: LE VICENDE DEL REGIONALISMO

Qualche anno dopo abbiamo assistito ad una secondata ondata di trasferimento di funzioni, ad opera del dlgs. 616/1977, adottato sulla base di una delega contenuta nella l. 382/1975 che avrebbe dovuto completare il processo di regionalizzazione iniziato qualche anno prima. Non può negarsi che il dlgs. 616/1977 superò la logica riduttiva e centralista dei primi decreti dando vita ad un trasferimento per settori organici di materie. Va rilevato inoltre come accanto allo spostamento di funzioni verso le Regioni fu intrapreso anche un processo di attribuzione di nuove funzioni agli enti territoriali minori, alla luce di una interpretazione estensiva dell'art. 118, 1<sup>o</sup>

comma, Cost. In altre parole si tentò di ampliare l'ambito delle materie cui riferire le competenze regionali, riducendo però nello stesso tempo in queste materie le funzioni amministrative direttamente esercitate dalle Regioni, per attribuirle agli enti territoriali minori. In questa logica lo Stato avrebbe dovuto esplicare un ruolo di legislazione e di programmazione generale, la Regione un ruolo di legislazione e programmazione specifica e gli enti locali minori un ruolo di amministrazione in senso stretto.

Le stesse Regioni speciali chiesero, sulla scorta delle vicende relative al dlgs. 616/1977, che fossero riviste le disposizioni di attuazione degli statuti, già emanate con contenuti (anche in questo caso) restrittivi. Sembrava significativo e singolare come le Regioni speciali abbiano finito per doversi fondare sui traghetti raggiunti dalle Regioni ordinarie per ottenere una adeguata attuazione dei propri Statuti.

In questi anni maturò poi un maggior attivismo del Parlamento nella approvazione di leggi cornice, al fine di evitare che le Regioni esercitassero la potestà normativa concorrente alla luce di principi fondamentali in realtà vecchi e inidonei. Fra queste possono ricordarsi la legge sulla formazione professionale (l. 845/1978), sui trasporti pubblici locali (l. 151/1981), sul turismo (l. 217/1983), sull'artigianato (l. 443/1985).

Gli anni '80 invece hanno riproposto un flusso antiregionalista e quindi una inversione di tendenza rispetto al clima degli anni immediatamente precedenti. Gli elementi che hanno permesso una certa compressione della autonomia regionale sono certamente molteplici. In questa sede è sufficiente ricordare la conversione

dell'interesse nazionale da limite di merito a limite di legittimità, rilevante nel giudizio innanzi alla Corte costituzionale sulle leggi regionali. In alcuni casi la giurisprudenza costituzionale ha legato l'interesse nazionale all'art. 120 Cost. e in particolare all'unità del sistema economico-nazionale, in altri agli obblighi internazionali per la possibilità che lo Stato venisse chiamato a rispondere dei comportamenti delle Regioni, in altri casi alle riserve di legge contenute in Costituzione, che presuppongono una esigenza di un'eguale disciplina normativa della materia.

Accanto alla forza espansiva dell'interesse nazionale vi era certamente la funzione di indirizzo e coordinamento dello Stato, introdotta dalla l. 281/1970 al momento di delegare il Governo all'emanazione dei primi decreti per il trasferimento di funzioni. Questa funzione è stata poi disciplinata in via generale dalla legge di delega 382/1985 e dal dlgs 616/1977, alla luce dei quali si prevedeva che un atto amministrativo statale si ponesse come parametro di legittimità di atti legislativi regionali. Attraverso questa funzione lo Stato è stato in grado di limitare l'autonomia regionale. Inoltre deve ricordarsi come molto spesso le leggi cornice approvate dal Parlamento contenessero principi particolarmente invasivi, quindi nella sostanza norme di dettaglio che neutralizzavano in alcuni ambiti la competenza legislativa regionale.

Probabilmente queste tendenze al centralismo hanno nuovamente rinvigorito il fronte autonomistico e le istanze territoriali. Gli anni '90 hanno finalmente visto l'approvazione di una legge generale di ordinamento delle autonomie locali, ossia la già citata l. 241/1990,

che in realtà ha subito importanti modifiche nel corso degli anni, come quella concernente la forma di governo degli enti locali (l. 81/1993) o le forme di gestione dei servizi (l. 437/1995). In particolare la l. 81/1993, che ha introdotto l'elezione diretta del Sindaco del Comune e del Presidente della Provincia, ha contribuito a dare notevole visibilità agli enti locali. In questa logica è stata istituita nel 1996 una sede di raccordo tra Stato ed enti territoriali, ossia la Conferenza Stato-città e autonomie locali.

Quanto alle Regioni invece la l. 43/1995 ha introdotto un nuovo sistema elettorale, che ha seguito la stessa linea di tendenza segnata dalla l. 81/1993 per Comuni e Province, prevedendo un sistema elettorale maggioritario per il Consiglio, cui si accompagna anche la designazione del Presidente della Regione, per quanto in forma indiretta, da parte dell'elettorato. In questo clima nuovo si è affermato un combattivo movimento politico, la Lega Nord che ha avuto come principale obiettivo quello di accelerare i processi autonomistici, arrivando addirittura a prospettare un modello federale dello Stato, in rottura con il modello costituzionale.

La questione federale ha certamente trovato un seguito nel dibattito politico, in concomitanza con il periodo di "tangentopoli", in cui è stata accertata la corruzione del sistema dei partiti e la presenza di forme di finanziamento illecito; infatti in questo periodo di forti critiche al centralismo burocratico ed amministrativo le ragioni delle autonomie (o di una soluzione a favore delle autonomie) hanno avuto buon gioco ad essere alimentate.

Nel 1993 è stata istituita la Commissione bicamerale per le riforme istituzionali presieduta dagli onorevoli

De Mita e Jotti, orientata verso un rafforzamento del regionalismo e una intensa modifica del Titolo V della II della Costituzione. Tuttavia la fine anticipata della legislatura pose nel nulla il progetto. In questi anni il dibattito teorico e politico sui sistemi federali e regionali ha raggiunto il suo punto più alto fino al 1997, quando la Commissione bicamerale presieduta dall'on. D'Alema ha elaborato un altro progetto di riforma costituzionale, in cui poteva leggersi un elemento proprio del federalismo. Vi era infatti in quel progetto una clausola in base alla quale erano enumerati i poteri e le competenze dello Stato e tutto il resto era attribuito alle Regioni. Era invece ancora difettosa nel progetto la presenza delle Regioni nel cuore costituzionale della Repubblica attraverso una loro partecipazione diretta alla Seconda Camera, come nel modello tedesco.

Per quanto anche questo progetto, caratterizzato da molte contraddizioni, si fosse arenato per contingenti vicende politiche, si è progressivamente affermato un processo di "federalismo amministrativo" avviatosi con l'approvazione della l. 59/1997. Anche questa legge era sorretta dall'idea che tutto ciò che non fosse espressamente riservato allo Stato centrale spettava a poteri locali, ove entrassero in gioco funzioni e compiti localizzabili nell'ambito dei rispettivi territori. Si tentava di realizzare una sorta di federalismo a Costituzione invariata, ossia il massimo livello di decentramento amministrativo possibile nell'ambito della Costituzione vigente. Gli obiettivi della riforma dell'amministrazione centrale e periferica dello Stato erano individuati nel progressivo alleggerimento dei compiti gestionali della Presidenza

del Consiglio nonché nella riduzione dell'organizzazione ministeriale e degli uffici statali periferici.

La l. 59/1997 superava così il principio del parallelismo delle funzioni, previsto dall'originario art. 118 Cost., poiché a fronte dell'ampio conferimento di funzioni amministrative ai Comuni sarebbe rimasta invariata la competenza legislativa regionale ex art. 117 Cost.

Tuttavia un vero stravolgimento del Titolo V si è avuto con tre leggi di revisione costituzionale (1/1999, 2/2001 e 3/2001) che hanno dato vita ad un'altra fase del regionalismo italiano. Alla luce di queste revisioni costituzionali può dirsi che il dibattito politico, salvo le rivendicazioni della Lega Nord, ha abbandonato idee federaliste per imboccare la via di un regionalismo rafforzato. Nelle prossime pagine ci soffermeremo sul "nuovo" Titolo V, ossia sul modello costituzionale vigente di regionalismo, il cui spirito è riassunto dall'art. 114 Cost. in cui si legge che la Repubblica è articolata (dal basso verso l'alto) in Comuni, Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, tutti enti dotati di una propria autonomia; questa norma costituzionale pone infatti sullo stesso piano lo Stato e gli altri enti territoriali nell'ambito dell'unità complessiva della Repubblica.

## VII. IL MODELLO COSTITUZIONALE VIGENTE (DOPO LE L. COST. 3/2001, 2/2001 E 1/1999)

### 1. L'autonomia politica regionale

La l. cost. n. 1/1999 ha modificato gli articoli 121, 122, 123, 124, 125, 126 Cost. introducendo una forma di governo regionale caratterizzata dall'elezione popolare di-

retta del Presidente della Regione; in realtà il legislatore, che ha modificato il modello costituzionale originario, ha previsto una forma di governo transitoria, vigente fino al momento in cui le singole Regioni non disciplino la propria forma di governo nel proprio Statuto e non approvino la legge elettorale.

Tale forma di governo si fonda su due organi, entrambi legittimati dal corpo elettorale:

- a) il Consiglio regionale, eletto dagli elettori regionali. Il Consiglio è titolare della funzione legislativa, del potere di fare proposte di legge al Parlamento, ed i suoi membri sono titolari della insindacabilità per le opinioni espresse e i voti dati, analoga a quella prevista per i membri delle Camere ex art. 68, 1° comma, Cost.
- b) il Presidente della Regione, eletto a suffragio universale e diretto dal corpo elettorale regionale. Il Presidente rappresenta la Regione, dirige la politica della Giunta, ne è responsabile, promulga le leggi approvate dal Consiglio, emana i regolamenti regionali e dirige le funzioni amministrative delegate dallo Stato alle Regioni. La Giunta regionale, che è l'organo esecutivo, titolare della funzione amministrativa, è diretta dal Presidente, che ha il potere di nomina e di revoca dei membri della Giunta.

Quanto ai rapporti tra Presidente e Consiglio deve ricordarsi che quest'ultimo può esprimere la sfiducia nei confronti del Presidente mediante mozione motivata, sottoscritta da almeno un quinto dei suoi componenti

ed approvata per appello nominale, a maggioranza assoluta dei componenti. L'approvazione di tale mozione determina le dimissioni della Giunta e lo scioglimento del Consiglio regionale, con l'indizione di nuove elezioni. Questo meccanismo si informa al principio "simul stabunt, simul cadent", alla luce del quale, posto che Presidente e Consiglio sono eletti contestualmente, il venir meno di uno dei due organi determina la scadenza anticipata dell'altro. In questo modo il legislatore costituzionale ha tentato di evitare l'instabilità dei Governi regionali, che ha caratterizzato la storia regionale, nonché cambiamenti di maggioranza in corso di legislatura senza il voto del corpo elettorale ed eventuali "coabitazioni", ossia l'appartenenza del Presidente ad una coalizione diversa da quella della maggioranza del Consiglio.

Tuttavia nulla esclude che le singole Regioni, attraverso i propri Statuti, decidano di adottare una forma di governo diversa, escludendo l'ipotesi della elezione diretta. L'art. 123, 1° comma, Cost. dispone infatti che le Regioni hanno la competenza a determinare la forma di governo e i principi fondamentali di organizzazione. La nuova disciplina costituzionale attribuisce poi alla legge regionale la individuazione del sistema elettorale nonché le ipotesi di ineleggibilità ed incompatibilità, nei limiti dei principi fondamentali determinati con legge della Repubblica.

Deve precisarsi che è sì vero che le Regioni possono derogare nello Statuto alla forma di governo transitoria, ma nella ipotesi in cui decidano di optare per l'elezione diretta del Presidente della Regione, allora non potran-

no discostarsi dal contenuto dell'art. 126 Cost. (Corte cost. 2/2004).

Tra l'altro, con la legge cost. n. 2/2001 anche alle Regioni speciali è stata concessa una certa autonomia nella scelta della forma di governo. Questa legge costituzionale ha modificato ogni singolo statuto speciale, disponendo che la Regione possa dotarsi di una propria legge statutaria che definisca una nuova forma di governo ed il sistema elettorale; questa legge regionale è detta "rinforzata" perché deve essere approvata a maggioranza assoluta e può essere sottoposta a referendum approvativo.

## *2. L'autonomia regionale statutaria e legislativa*

La l. cost. 1/1999 ha inciso sulla autonomia statutaria delle Regioni. Quanto alle Regioni speciali, lo Statuto continua ad essere approvato con legge costituzionale (approvata chiaramente dal Parlamento nazionale) ma alcune delle disposizioni (relative alla forma di governo) sono derogabili, come detto, da una legge regionale "rinforzata", che è in grado di declassare le norme costituzionali. Inoltre la riforma ha semplificato il procedimento di revisione degli Statuti speciali disponendo che le modifiche non siano sottoposte a referendum costituzionale (come previsto dall'art. 138 Cost., che disciplina il procedimento di revisione costituzionale e di approvazione di una legge costituzionale).

Quanto invece agli Statuti ordinari, l'art. 123 Cost., 2° comma, ha modificato la procedura di formazione, disponendo che lo Statuto sia approvato dal Consiglio

regionale con legge votata "a maggioranza assoluta dei suoi componenti, con due deliberazioni successive adottate ad intervallo non minore di due mesi"; una procedura aggravata che ha delle analogie con quella prevista dall'art. 138 Cost. Il Governo della Repubblica ha la possibilità di impugnarlo direttamente davanti alla Corte costituzionale entro trenta giorni dalla sua pubblicazione. Entro tre mesi dalla pubblicazione un cinquantesimo degli elettori regionali o un quinto dei componenti dei Consigli regionali possono promuovere un referendum. Si tratta di una ipotesi di referendum "sospensivo", visto che lo stesso art. 123 Cost. dispone che lo Statuto sottoposto a referendum non è promulgato se non è approvato dalla maggioranza dei voti validi.

Alla luce del nuovo modello costituzionale può affermarsi che gli Statuti delle Regioni ordinarie sono leggi rinforzate. In dottrina si discute problematicamente sulla "forza" giuridica di questi atti. In questa sede è sufficiente affermare che lo Statuto rispetto alla legge statale è dotato di un ambito riservato di competenza, che il legislatore statale non può invadere, mentre rispetto alla legge regionale ha una posizione di sovraordinazione gerarchica (Corte cost. 304/2002). Quanto a quest'ultimo profilo deve precisarsi che una legge regionale che viola lo Statuto può essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, visto che produce una violazione indiretta dell'art. 123 Cost.; lo Statuto rappresenta una norma interposta tra la legge regionale e la Costituzione.

Deve comunque precisarsi che la giurisprudenza costituzionale (2/2004, 372/2004, 378/2004, 379/2004) ha distinto all'interno degli Statuti un contenuto dispositivo, che può essere utilizzato ai fini del controllo di co-

stituzionalità, da un contenuto meramente programmatico ("non normativo"), che invece non può assurgere a parametro di legittimità delle leggi regionali.

In maniera ancora più penetrante la riforma del titolo V ha inciso sull'autonomia legislativa delle Regioni.

Il nuovo art. 117 Cost. produce una inversione del modello di riparto delle competenze tra Stato e Regioni ordinarie. Il modello costituzionale originario infatti prevedeva un elenco di materie rimesse alla competenza concorrente, aggiungendo che leggi statali -fonte a competenza generale- potevano delegare ulteriori competenze alle Regioni (potestà attuativa). Nell'attuale disposto dell'art. 117 Cost. invece può leggersi un elenco di materie di competenza esclusiva dello Stato (2° comma: es. immigrazione, ordine pubblico, cittadinanza); un elenco di materie su cui le Regioni hanno potestà concorrente, ossia un elenco di materie in cui la legislazione dello Stato determina i principi fondamentali e la legislazione regionale la normativa di dettaglio (3° comma: es. professioni, tutela della salute, protezione civile); una clausola residuale (4° comma), alla luce della quale nelle materie non comprese nei due elenchi precedenti spetta alle Regioni la potestà legislativa (c.d. residuale).

Questo è il quadro "statico", in cui la fonte legislativa è diventata fonte a competenza d'attribuzione, abilitata (sembrerebbe) ad intervenire solo in una serie di settori tassativamente determinati, mentre la legge regionale diviene la fonte a competenza potenzialmente generale, abilitata a disciplinare ogni materia non riservata in esclusiva alla legge statale. Non può negarsi però come vi siano una serie di fattori "dinamici" alla luce dei quali

tale quadro deve essere interpretato, come emerge dalla giurisprudenza della Corte costituzionale.

La Corte (282/2002) ha certamente riconosciuto la portata innovativa della riforma, affermando che il quesito se la legge regionale rispetti i limiti della competenza legislativa attribuita alle Regioni deve muovere non dalla ricerca di uno specifico titolo di legittimazione dell'intervento regionale ma dalla indagine sulla esistenza di riserve (esclusive o parziali) di competenza statale.

Tuttavia è impossibile ricondurre un determinato oggetto all'ambito di competenza regionale "residuale" per il solo fatto che tale oggetto non sia immediatamente riferibile ad una delle materie elencate negli altri commi dell'art. 117 Cost. (sent. 370/2003). Per altro nell'ambito della competenza esclusiva statale vi sono alcune "materie" che sono in grado di incidere nell'ambito di competenza regionale per la loro trasversalità, ridimensionando la portata rivoluzionaria della riforma; vi sono infatti delle materie che in realtà sono qualificabili come "funzioni" (sent. 40/2002).

Si pensi all'"ordinamento penale", che non permette alla legislazione regionale di prevedere sanzioni penali nelle materie di propria competenza; alla "tutela della concorrenza" che certamente è in grado di incidere sulla materia del commercio, di competenza residuale regionale; si pensi soprattutto alle "determinazioni dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" che incidono inevitabilmente sulla istruzione, sulla sanità, in cui le Regioni possono legiferare. All'inverso però è innegabile come talune materie regionali sono in grado di ingerirsi nell'ambito di competenza

statale. Si pensi all'impatto che le competenze regionali possono produrre nell'ambito della tutela dell'ambiente (art. 117, 2° comma, Cost.). La Corte ha affermato infatti che il "valore" dell'ambiente, per essere tutelato in modo più efficace, necessita anche degli interventi regionali, nei limiti delle proprie competenze.

Deve inoltre ricordarsi come il quadro delineato dall'art. 117 Cost. possa essere modificato alla luce della logica del regionalismo differenziato previsto dall'art. 116, 3° comma, Cost. Questa norma infatti dispone, relativamente alle Regioni ordinarie, che possono essere attribuite ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, nell'ambito delle materie di competenza corrente e di alcune di competenza esclusiva statale; tale attribuzione può essere posta in essere, su iniziativa della Regione interessata, sentiti gli enti locali, con legge statale, approvata a maggioranza assoluta (e non relativa come previsto ordinariamente dall'art. 64 Cost.), previa intesa tra Stato e Regione interessata.

Negli ultimi anni vi è stato un sensibile aumento delle pronunce rese dalla Corte costituzionale nei giudizi in via principale, in cui sono parti lo Stato e le Regioni, che impugnano una legge. La Corte rappresenta, specialmente in questi primi anni di funzionamento del nuovo modello costituzionale, un protagonista necessario nella composizione dei rapporti tra centro e periferia. In particolar modo la giurisprudenza costituzionale ha dovuto misurarsi con la problematica questione della distinzione tra "principio" e "dettaglio", che è vitale per il corretto funzionamento della legislazione concorrente, nell'ambito della quale il legislatore statale e quello regionale sono pericolosamente a ridosso.

Inoltre particolare importanza assume l'art. 117, 1° comma, Cost. secondo il quale la potestà legislativa (sia statale che regionale) è esercitata nel rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali. E' innegabile come il legislatore costituzionale del 2001 abbia voluto affermare una omogeneizzazione dei "limiti".

In riferimento ai vincoli comunitari può dirsi come sia stato esplicitato un limite che la giurisprudenza costituzionale aveva sempre desunto implicitamente dall'art. 11 Cost., in cui non vi è in realtà un riferimento alla dimensione comunitaria. Quanto agli obblighi internazionali, la riforma non è stata meramente ricognitiva, visto che in precedenza era solo la legislazione regionale ad essere tenuta al rispetto di tali obblighi; invece, alla luce del nuovo art. 117, 1° comma, Cost., anche la legge statale, se in contrasto con il diritto internazionale pattizio, potrà essere dichiarata incostituzionale.

Quanto invece alle Regioni speciali, gli Statuti rimangono in vigore, salvo le modifiche apportate dalla l. cost. 2/2001 relativamente alla forma di governo, rimanendo così inalterata anche la vecchia logica degli elenchi di materie: a) competenza esclusiva regionale; b) competenza concorrente; c) competenza attuativa. Tuttavia si è posto il problema di quale fine faccia la competenza esclusiva delle Regioni speciali oggi che il nuovo Titolo V riconosce alle Regioni ordinarie una competenza residuale, ossia una competenza più ampia della prima visto che sottratta ai limiti propri di questa (cfr. § 3.3). L'art. 10 della l. cost. 3/2001 dispone che sino all'adeguamento dei rispettivi Statuti, le disposizioni di questa legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a

Statuto speciale per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampia rispetto a quelle già attribuite. Si dovrebbe così ritenere che i vecchi limiti non valgono più per la competenza esclusiva delle Regioni speciali.

### *3. L'autonomia regionale regolamentare*

L'art. 117, 6° comma, Cost. valorizza inoltre il potere regionale di emanare regolamenti, un potere poco utilizzato in passato dai Consigli regionali. La riforma invece ha inciso profondamente in due direzioni. In primo luogo ha sottratto tale potere all'organo legislativo per attribuirlo più naturalmente all'organo regionale esecutivo, ossia alla Giunta. In secondo luogo ha limitato la competenza statale alle sole materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato, lasciando invece in ogni altra materia la competenza regolamentare alle Regioni. Per altro nella stessa norma si prevede che lo Stato possa, anche nelle materie di propria competenza, delegare l'adozione dei regolamenti alle Regioni.

### *4. L'autonomia regionale amministrativa e finanziaria*

L'art. 118 Cost. introduce una nuova logica di allocazione e distribuzione della funzione amministrativa. Alla logica del "parallelismo" sostituisce quella della "subsidiarietà". La riforma infatti individua nel Comune il titolare naturale della funzione amministrativa. La sottrazione di tale competenza al Comune può essere posta in essere soltanto se questo non sia in grado di garantire l'esercizio unitario della funzione stessa. In questo caso spetta allo Stato e alle Regioni, nelle materie

di propria competenza, individuare il livello di governo "superiore" più idoneo all'esercizio di tale competenza. Tale valutazione di idoneità dovrà essere posta in essere sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

In questo modo la distribuzione della funzione amministrativa è mobile; lo stesso Stato potrebbe rimettere alcune funzioni anziché in capo ai Comuni alle Regioni, laddove la dimensione degli interessi lo richieda. Tuttavia al di fuori delle disposizioni concernenti le funzioni fondamentali degli enti locali e le altre riconducibili nell'ambito di competenza statale, le determinazioni circa il livello degli interessi e il titolo del conferimento dovrebbe considerarsi rimessa al legislatore regionale.

Anche in questo ambito però la giurisprudenza costituzionale ha svolto un ruolo decisivo, innestando un forte elemento di dinamicità, "ulteriore" rispetto all'art. 118 Cost. La Corte (303/2003) ha infatti ammesso che il Parlamento possa attribuire allo Stato funzioni amministrative non solo nelle materie di competenza esclusiva ma anche in quelle di potestà concorrente e di potestà residuale. Per di più la Corte, oltre ad aver affermato il funzionamento della sussidiarietà al di là dei limiti di competenza ex art. 117 Cost., ha messo in evidenza come questo spostamento delle funzioni amministrative incida anche sullo stesso riparto della competenza legislativa; infatti il principio di legalità, che impone che anche le funzioni assunte per sussidiarietà siano organizzate e regolate dalla legge, conduce logicamente ad escludere che le singole Regioni possano organizzare le funzioni attratte a livello nazionale e ad affermare che solo la legge statale possa svolgere questo compito.

Ad ogni modo questa deroga all'art. 118 Cost. sembra essere ammessa dalla Corte solo se la valutazione dell'interesse pubblico da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affatto da irragionevolezza alla strenua di uno scrutinio stretto di costituzionalità e sia oggetto di un accordo con la Regione interessata.

Quanto invece alla autonomia finanziaria, l'art. 119 Cost. dispone che i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno una autonomia di entrata e di spesa. In altre parole si riconosce che gli enti territoriali devono avere entrate proprie ed il potere di concorrere a determinare la quantità; devono inoltre poter decidere di spendere le risorse di cui dispongono. Più specificatamente si dispone che tali enti territoriali abbiano una finanza alimentata sia con tributi ed entrate proprie, sia con partecipazione al gettito di tributi statali riferibili al loro territorio. Tuttavia lo Stato come può desumersi dall'art. 117, 3° comma, Cost., può dettare i principi fondamentali in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario.

Alla luce di questo modello deve rilevarsi come le Regioni, i Comuni, le Province e le Città metropolitane saranno dotate di risorse finanziarie diverse a seconda della ricchezza economica del rispettivo territorio; infatti il gettito dei tributi varia in funzione della ricchezza tassata. In questa logica, visto che le Regioni più povere avranno minori mezzi, è istituito al fine di garantire l'unità nazionale un fondo perequativo per l'assegnazione di risorse aggiuntive agli enti territoriali più deboli.

### *5. Il sistema dei controlli sugli atti degli enti territoriali*

La riforma del Titolo V ed il tentativo di rafforzamento delle autonomie territoriali ha avuto come necessario corollario la soppressione del sistema dei controlli sugli atti amministrativi delle Regioni e degli enti locali, come disciplinato dagli artt. 125 e 130 Cost. (cfr. § 3.5). Tuttavia il legislatore costituzionale ha sentito la necessità, come bilanciamento al processo di decentramento, di introdurre un potere "sostitutivo" del Governo (art. 120 Cost.) rispetto alle Regioni e agli altri enti territoriali nel caso di mancato rispetto di norme internazionali della normativa comunitaria oppure in caso di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica o la tutela dei c.d. livelli essenziali.

Altrettanto significativa la ristrutturazione del processo costituzionale in via diretta (o giudizio costituzionale in via principale), che sembra essere esemplare dello spirito della intera riforma del Titolo V. Il nuovo art. 127 Cost. infatti ha attenuato fortemente le differenze tra il ricorso dello Stato avverso le leggi regionali e il ricorso delle Regioni avverso le leggi statali. E' stata soppressa la natura preventiva del ricorso del Governo, che ora può impugnare soltanto successivamente leggi regionali già in vigore. Lo Stato e le Regioni possono promuovere parimenti una questione di legittimità costituzionale entro sessanta giorni dalla pubblicazione della legge contestata.

Non può negarsi però come sia rimasta una asimmetria, una disparità relativa ai motivi del ricorso. Il Governo infatti può far valere qualsiasi tipologia di vizio

della legge regionale, non dovendo così dimostrare la sussistenza dell'interesse a ricorrere, ossia una lesione attuale e concreta della propria sfera di competenza legislativa. Al contrario le Regioni possono impugnare una legge statale solo quando questa invada la sfera di competenza regionale, come garantita dall'art. 117 Cost. Parte della dottrina ha ritenuto questa differenziazione un elemento dissonante rispetto al quadro costituzionale.

### VIII. GLI ENTI TERRITORIALI MINORI NELLO STATO REGIONALE

Nei paragrafi precedenti abbiamo tentato di guardare alle vicende del regionalismo italiano dalla prospettiva delle Regioni. Abbiamo avuto però modo di affrontare alcune tematiche che investono direttamente i Comuni, come quella della ripartizione della funzione amministrativa. In questo paragrafo invece intendiamo soffermarci più specificatamente sugli enti territoriali minori in seno allo Stato regionale italiano.

Probabilmente il congelamento dei Comuni e delle Province è stato maggiore di quello subito dalle Regioni. Soltanto nel 1990 il Parlamento ha approvato una legge sull'ordinamento delle autonomie locali, necessaria per una reale attuazione del pluralismo territoriale sancito dall'art. 5 Cost. Con questa legge si ancoravano gli enti territoriali alle esigenze delle comunità locali e si sanciva la potestà statutaria, cioè la capacità di darsi uno Statuto; inoltre per la prima volta si disciplinavano in modo organico forme di partecipazione dei cittadini all'amministrazione locale (istanze, proposte, referendum consultivi).

La legge 142/1990 (oggi assorbita nel T.U. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, dlgs 267/2000) ha rappresentato una anticipazione della importanza che la l. cost. 3/2001, modificando il Titolo V della II parte della Costituzione, ha riconosciuto agli enti locali; oggi l'art. 114 Cost. costituzionalizza lo spirito di quella legge, disponendo che i Comuni e le Province sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione; enti dotati di autonomia normativa (statutaria e regolamentare), di autonomia amministrativa e finanziaria.

L'autonomia normativa degli enti locali si svolge con atti subordinati alla legge statale e alla legge regionale. Lo Statuto deve dettare le norme fondamentali sull'organizzazione dell'ente, come quelle relative ai rapporti tra gli organi e tra gli uffici, alle forme di garanzia delle minoranze, alle modalità di collaborazione con altri enti. Spetta comunque al legislatore statale in via esclusiva la disciplina della legislazione elettorale, degli organi di governo e delle funzioni fondamentali.

Anche l'autonomia regolamentare è sancita a livello costituzionale. L'art. 117, 6° comma, Cost. dispone infatti che Comuni e Province hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e allo svolgimento delle funzioni attribuite, dovendo tenersi presente che le funzioni attribuite sono quelle amministrative allocate secondo la logica della sussidiarietà prevista dall'art 118 Cost. In altre parole la potestà regolamentare è intimamente connessa all'autonomia amministrativa degli enti locali, di cui abbiamo già detto (così come dell'autonomia finanziaria ex art. 119 Cost.).

Quanto invece alla forma di governo, la disciplina si trova nella legislazione statale, più specificatamente nella l. 81/1993, modificata dalla l. 265/1999. I Comuni e le Province hanno un Sindaco o Presidente della Provincia, ossia il capo dell'esecutivo locale, una Giunta, ossia l'organo collegiale esecutivo, ed un Consiglio, ossia l'organo assembleare di indirizzo e controllo. Il modello normativo, non certamente derogabile dai Comuni e dalle Province come accade per le Regioni, si basa sulla elezione diretta del Sindaco e del Presidente della Provincia. Mentre l'elezione dei Consigli comunali e provinciali è caratterizzata da una commistione di elementi del sistema maggioritario e del sistema proporzionale, che si diversifica a seconda che si tratti di Province e Comuni al di sopra di 15.000 abitanti o di Comuni al di sotto di 15.000 abitanti. Il Sindaco e il Presidente della Provincia durano in carica cinque anni e non possono ricoprire più di due mandati consecutivi; questi e le rispettive Giunte cessano dalla carica in caso di approvazione di una mozione di sfiducia votata per appello nominale dalla maggioranza assoluta dei componenti del Consiglio. In questo caso si determina lo scioglimento anticipato dello stesso Consiglio con conseguenti nuove elezioni.

#### IX. UN'ALTRA VICENDA DEL REGIONALISMO: UN PROGETTO "BOCCIATO" DI RIFORMA COSTITUZIONALE

Il 16 novembre 2005 terminava il proprio iter un disegno di revisione della II parte della Costituzione presentato nell'ottobre del 2003 su iniziativa del Presidente

del Consiglio Berlusconi e di altri Ministri. Contro questo progetto di revisione costituzionale approvato dal Parlamento veniva richiesto il referendum (oppositivo) da cinque Consigli regionali, da 500.000 elettori e da un quinto dei parlamentari, ossia da tutti i soggetti previsti dall'art. 138 Cost., che disciplina la procedura aggravata per la modifica della Costituzione.

Il 25 e 26 giugno del 2006 il corpo elettorale, votando in prevalenza "no" al quesito referendario, ha bocciato la riforma ed in modo più specifico, per quanto ci interessa, anche la proposta di introdurre elementi di federalismo (o di regionalismo "forte") nel nostro sistema.

Si prevedeva infatti la istituzione di un Senato federale, con un passaggio da un bicameralismo paritario, in cui le Camere svolgono i medesimi compiti in una posizione di equiordinazione, ad un bicameralismo differenziato. In primo luogo questa differenziazione poteva apprezzarsi in relazione al rapporto di fiducia del Governo, che sarebbe stato limitato alla sola Camera dei deputati. Inoltre il progetto prevedeva una diversificazione del ruolo delle due Camere nello svolgimento della funzione legislativa. Nel quadro costituzionale vigente una legge deve essere approvata da entrambe le Camere nello stesso testo; nel progetto di riforma costituzionale invece l'approvazione dei disegni di legge nelle materie di competenza esclusiva statale veniva attribuita alla Camera dei deputati, mentre l'approvazione dei disegni di legge recanti principi fondamentali nelle materie di potestà concorrente veniva attribuita al Senato federale. Era prevista comunque la possibilità per la Camera non competente di proporre modifiche all'altra Camera. Soltanto in casi tassativamente previsti

la funzione legislativa sarebbe stata esercitata collettivamente, salvo comunque prevedere in caso di mancato accordo delle due Camere sul medesimo testo, al fine di evitare lungaggini del procedimento, la convocazione di una commissione bicamerale deputata alla redazione di un testo unificato da sottoporre alla approvazione del Parlamento.

Deve ricordarsi che l'esigenza di una Camera rappresentativa delle Regioni è stata più volte manifestata, anche dopo la modifica del Titolo V nel 2001, che sembra essere carente di momenti di raccordo e di leale collaborazione tra Stato e Regioni, quella leale collaborazione che la giurisprudenza costituzionale ha fortemente valorizzato, negando qualsiasi logica di separatismo geometrico tra le funzioni e le competenze. La riforma provava -così sosteneva il Governo- a rispondere a questa esigenza di "collegamento" e di "rappresentatività" regionale, prevedendo la contestuale elezione dei senatori di una Regione e del rispettivo Consiglio regionale, la partecipazione all'attività del Senato federale, senza diritto di voto, dei rappresentanti delle Regioni e delle autonomie locali, la eleggibilità condizionata ad un legame con la Regione (come l'aver ricoperto cariche pubbliche elettive in enti territoriali locali o regionali all'interno della Regione o il risedere nella Regione alla data di indizione delle elezioni).

Tuttavia la dottrina costituzionalistica ha messo subito in evidenza la debolezza di queste novità, la inidoneità di questi elementi a garantire la natura "federale" del Senato. Appariva così inutile anche l'introduzione di un bicameralismo differenziato visto che non vi era una reale differenza tra la natura delle due Camere.

Inoltre il progetto incideva sul riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Pur mantenendo fermo il criterio dell'art. 117 Cost., introduceva un nuovo elenco di materie di "competenza esclusiva" delle Regioni: assistenza e organizzazione sanitaria; organizzazione scolastica, gestione degli istituti scolastici, definizione dei programmi; polizia locale ed ogni altra materia non espressamente riservata allo Stato. Era evidente il rischio di una disarticolazione e di una frammentazione regionale della scuola pubblica e del servizio sanitario nazionale; il progetto di riforma sembrava mettere in crisi il cuore dello Stato sociale, ossia l'uniformità sul territorio nazionale del diritto alla salute e del diritto alla istruzione.

Tra l'altro in maniera contraddittoria, rispetto ai fini dichiarati della riforma, veniva introdotto nuovamente il limite dell'interesse nazionale per la legislazione regionale, dando la possibilità al Governo di chiedere al Consiglio regionale di rimuovere le disposizioni di una legge ritenute contrastanti con tale interesse, potendo, in caso di mancata rimozione, sottoporre la questione al Parlamento in seduta comune, che avrebbe potuto a maggioranza assoluta annullare la legge o le singole norme regionali. Oscura appariva anche l'eliminazione del limite degli obblighi internazionali, finalmente previsto dall'attuale art. 117, 1° comma, Cost., come modelato dalla l. cost. 3/2001.

In realtà la volontà del Governo Berlusconi di presentare questo progetto di riforma costituzionale sembrava fortemente condizionata dalle esigenze di identità politica della Lega Nord, che faceva parte (in modo quantitativamente decisivo) della maggioranza parlamentare.

Non può negarsi come in Italia il tema del rafforzamento della autonomie venga riproposto in modo ciclico ma spesso legato alla contingenza politica, che vede un partito, come quello della Lega Nord, confondere le ragioni proprie con quelle istituzionali. Mentre si scrive il dibattito politico è focalizzato sul c.d. federalismo fiscale, potendo rilevarsi un certo inquinamento populistico, che ancora una volta non aiuta l'individuazione di soluzioni tecniche reali ed efficienti.

#### X. UNA NOTAZIONE FINALE

Dal quadro sinteticamente ricostruito fin qui emerge come il fenomeno della crisi della legge statale non sia certamente un fenomeno "statico", visto che il discriminante tra le sfere di autonomia regionale (certamente rafforzata rispetto al modello costituzionale originario) e la dimensione statale è un discriminante "mobile" (anche storicamente), intimamente condizionato dalle interpretazioni di ruolo delle parti (dello Stato e delle Regioni) e degli arbitri (la Corte costituzionale e la magistratura amministrativa, che è naturalmente chiamata ad applicare le norme regionali e a conoscere i regolamenti). Tuttavia, a parte questa mobilità, l'ultima vicenda referendaria dimostra come la "crisi della legge statale" non possa (e non debba) risolversi in una "crisi dello Stato" e della sua unità.

#### XI. BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

T. Martines, A. Ruggeri, C. Salazar, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano, 2005.

- F. Dal Canto, E. Rossi, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, 2005.
- M. Luciani, *L'autonomia legislativa*, in *Le Regioni*, 2004, 355 ss.
- S. Bartole, R. Bin, G. Falcon, R. Tosi, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003.
- P. Cavaleri, *Diritto regionale*, Padova, 2003.
- G. Meale, *Diritto delle Regioni e poteri locali*, Bari, 2003.
- G. Falcon (a cura di), *Stato, regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003.
- A. Anzon, *I poteri delle Regioni nella transizione dal modello originario al nuovo assetto costituzionale*, Torino, 2003.
- E. Bettinelli, F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2003.
- T. Groppi, M. Olivetti (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2003.
- M. Olivetti, *Nuovi Statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna, 2002.

*La crisis de la ley*  
se terminó de imprimir en enero de 2008,  
en la Ciudad de México.  
El tiro fue de 500 ejemplares.

**El presente volumen bilingüe contiene los trabajos derivados del II Encuentro entre profesores pertenecientes a los claustros de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho, celebrado en la ciudad italiana a fines del 2006, con el acuciante tema de "La crisis de la ley". La visión multidisciplinaria de probados expertos en las materias que se abordan, sin duda contribuirá a la reflexión y al análisis crítico que tanto se espera de los juristas al alborear el siglo XXI.**



ESCUELA LIBRE  
DE DERECHO



L00022372

ESC

DE DERECHO