

SUL PARADIGMA COSTITUZIONALISTA. UNA DISCUSSIONE A PARTIRE DAL LIBRO  
*NORME, GIUDICI E STATO COSTITUZIONALE.*  
*FRAMMENTI DI UN MODELLO GIURIDICO\**

1. Stato costituzionale tra ricostruzione storica e teorica - 2. Norme e giudici - 3. Il discorso dei diritti: due problemi e una prospettiva - 4. Quale futuro per lo Stato costituzionale?

Abstract

Il presente contributo si pone quale scopo fondamentale l'analisi del paradigma costituzionalista a partire dell'opera *Norme, giudici e Stato costituzionale* che, attraverso lo studio dell'evoluzione storica dei concetti di Stato di diritto e di Costituzione, delinea le potenzialità dell'espansione a livello internazionale del paradigma costituzionalistico.

The main purpose of the present contribution is to analyse the constitutional paradigm from the book *Norme, giudici e Stato costituzionale* which, thru the study of the historic evolution of the concepts of Rule of Law and Constitution, outlines the opportunities of the international expansion of the constitutional paradigm.

Keywords: Rule of Law, Constitutional State, Human Rights, Democracy, Judge made law.

*Norme, giudici e Stato costituzionale* di Francisco Javier Ansuátegui Roig si presenta come una lucida analisi dei punti di forza e delle debolezze di un paradigma, quello costituzionalista, oggi invocato forse con troppa facilità e spesso con eccessivo distacco dalla realtà. Quello dello Stato costituzionale è un modello che, come traspare dall'opera, può essere inteso sotto un duplice profilo: giuridico e politico. Nel primo senso, evidentemente, costituisce la chiave di comprensione della “nuova” realtà giuridica in cui la validità della legge è legata a requisiti di carattere anche sostanziale e dove l'imperio della Costituzione si è sostituito all'imperio della legge. Sotto il profilo del modello politico, lo Stato costituzionale rappresenta, invece, una scelta verso un preciso sistema valoriale: garanzia dei diritti fondamentali, distinzione in senso forte tra regole e principi e ammissione nel discorso giuridico di ragioni e argomenti morali con conseguente maggior rilievo dell'attività del giudice. In tutto ciò, un elemento risulta subito essenziale per la proposta teorica di Ansuátegui Roig – proposta che si presenta al lettore con un duplice intento sia descrittivo che critico –: la necessità di fondare il modello giuridico sul concetto di limite al potere.

---

\* F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme, Giudici e Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Torino, 2020, ed. it. a cura di Marina Lalatta Costerbosa.

La questione dell'imposizione di limiti legali (costituzionali) al potere risulta spesso trascurata quando si discorre di Stato costituzionale, quasi a dire che tale preoccupazione sarebbe, nel contesto giuridico contemporaneo, superata o comunque ininteressante<sup>1</sup>. Il concreto rischio che oggi la scienza giuridica corre è di assolutizzare la Costituzione e il suo contenuto normativo, considerarla giusta proprio in quanto Costituzione (quasi in virtù del suo solo “*nomen*”), eliminando dal discorso intorno al diritto la costante necessità di interrogarsi sulle strategie per la limitazione del potere che, secondo Ansuátegui Roig, devono necessariamente passare per la garanzia dei diritti fondamentali. Dimenticare l'assoluta necessità di mantenere vivo il discorso sui diritti umani pone gli stessi in pericolo: la dialettica dei diritti è ciò che ne garantisce la tutela, ma soprattutto anche l'estensione – sia qualitativa che quantitativa. La consapevolezza di tutto ciò ha indotto l'autore verso una precisa scelta metodologica che predilige, primariamente, la ricostruzione storico-teorica del paradigma costituzionale. In questo modo l'intento perseguito è duplice: innanzitutto, offrire al lettore la possibilità di comprendere le radici di un modello spesso oggetto di adesione acritica e irriflessa, secondariamente, proiettare il costituzionalismo verso il futuro e una concezione cosmopolita dei diritti umani.

Lungi dal voler qui riproporre una sintesi della ricostruzione svolta nell'opera – impossibile se non al costo di eccessive e indebite generalizzazioni – si intendono stabilire solo alcuni punti essenziali per comprendere le problematiche che oggi sorgono dal lemma Stato costituzionale.

#### 1. Stato costituzionale tra ricostruzione storica e teorica

Ansuátegui Roig, innanzitutto, si concentra sulle origini storiche del concetto di Stato, un neologismo che vide la luce fra tardo Medioevo e Rinascimento, il cui referente semantico era una realtà nuova e in costante trasformazione<sup>2</sup>. È proprio in epoca tardomedievale che si assiste alla progressiva unificazione del centro di potere e la sostituzione della formula *auctoritas, non veritas facit legem* al precedente sistema statico basato sulla deduzione sostanziale delle norme da un principio – o più principi – morali sovraordinati e considerati assoluti e veri<sup>3</sup>. L'abbandono dell'assetto

---

<sup>1</sup> Sul punto, invece, dovrebbero far riflettere le parole di Norberto Bobbio che, interrogandosi sullo stato attuale dei diritti, rileva la difficoltà di apprestare una tutela effettiva degli stessi soprattutto in un'epoca come quella attuale descrivibile come «catastrofe». Cfr. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2019, p. 252.

<sup>2</sup> A. PASSERIN D'ENTRÉVES, *La dottrina dello Stato. Elementi di analisi e interpretazione*, III ed., Torino, 2009, pp. 57-59.

<sup>3</sup> L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, pp. 6-7.

feudale, il conseguente approdo alla monarchia assoluta e la formazione dell'apparato burocratico-amministrativo hanno reso il concetto di Stato sostanzialmente irrinunciabile<sup>4</sup>. Sebbene non sia l'unico mezzo a sua disposizione, la forza diviene presto lo strumento specifico per l'azione dello Stato<sup>5</sup> che, come afferma Ansuátegui Roig, assume come fine il soddisfacimento delle esigenze dell'individuo. L'azione dell'organizzazione politica non è più autoreferenziale – fine a se stessa come nella *polis* aristotelica – ma diventa un che di strumentale: l'individuo precede lo Stato<sup>6</sup>. Ecco che compare l'esigenza di tutelare l'individuo, uno stato embrionale di quella che diverrà solo in tempi moderni la necessaria garanzia dei diritti fondamentali<sup>7</sup>.

Come si vede, dunque, nello Stato di diritto si afferma con maggior forza la necessità di assoggettare il potere ai limiti (im)posti dalla legge, il suo esercizio diventa razionale e, soprattutto, impersonale<sup>8</sup>. Anche a prescindere dall'emersione marcata di dimensioni sostanziali, Ansuátegui Roig sostiene che già in questa concezione formale di Stato di diritto sia possibile individuare una sorta di pretesa morale costituita proprio dal rifiuto dell'arbitrarietà del potere<sup>9</sup>. Nondimeno, l'assoggettamento dell'esercizio del potere a procedure formali che intendano garantirne la non arbitrarietà non assicura in nessun modo una intrinseca giustizia, la correttezza dello stesso. Ciò induce l'autore a sostenere un concetto sostanziale di Stato di diritto in cui all'imperio della legge sia affiancata anche la garanzia dei diritti fondamentali e, dunque, una dimensione normativa in senso forte. Il culmine del processo di affermazione dei diritti fondamentali si raggiunse con lo Stato costituzionale, per alcuni una trasformazione, per altri un'evoluzione, del precedente modello di Stato. Secondo la prima posizione, lo Stato costituzionale sarebbe il prodotto della crisi dell'impero della legge e, dunque, un superamento dello Stato di diritto; per la seconda lo Stato costituzionale deriverebbe da una trasformazione nel tempo dei tratti caratterizzanti lo Stato di diritto ad opera

---

<sup>4</sup> N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, p. 44. Potrebbe in questo caso dirsi che lo Stato «divenne un concetto insostituibile, senza il quale la realtà non poteva più essere percepita né interpretata». Cfr. R. KOSELLECK, L. FONNESU, *Storia dei concetti e concetti della storia*, in *Contemporanea*, 1998, 1.1, p. 17.

<sup>5</sup> M. WEBER, *Scritti politici*, Roma, 1998, p. 178.

<sup>6</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme, giudici e Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Torino, 2020, p. 7. Come affermato anche da Matteucci «era [...] lo Stato moderno a contenere in sé i germi dell'individualismo». Cfr. N. MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1993, p. 39.

<sup>7</sup> Anche se in questo momento, è bene precisarlo, siamo ancora lontani dalle elaborazioni moderne sui diritti umani.

<sup>8</sup> N. MATTEUCCI, *Lo Stato*, cit., p. 35.

<sup>9</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., p. 36. Se anche un parametro formale può, secondo l'autore, diventare un valore morale da rispettare resterebbe da chiedersi come distinguere ciò che inerisce la morale e cosa no e soprattutto se non ci si trovi dinnanzi ad una ipertrofia dell'ambito stesso della morale.

del costituzionalismo contemporaneo<sup>10</sup>. Ciò che però Ansuátegui Roig mette subito in luce è che «il mantenimento delle condizioni ed esigenze del principio dell'imperio della legge implica che lo Stato costituzionale non possa rappresentare un modello alternativo allo Stato di diritto; esso sarà piuttosto il risultato della sua trasformazione»<sup>11</sup>. Ad ogni modo, e a prescindere dalla specifica posizione sullo sviluppo del modello costituzionale, arriviamo alle parole Costituzione e costituzionalismo che, storicamente, hanno individuato concetti anche molto distanti tra loro. La Costituzione degli antichi, quella di greci e romani, è un concetto pervasivo che riguarda l'intera realtà culturale, politica e morale della *polis* o della *civitas*<sup>12</sup>. McIlwain dimostra come la concezione greca vedesse nella *politeia* l'anima (*ψυχή*) della città<sup>13</sup> e un discorso analogo può essere svolto con riguardo all'esperienza romana<sup>14</sup>. In particolare, qui troviamo un concetto che sarà importante per la tradizione costituzionale europea e che rappresenta il concreto riconoscimento delle diverse forze sociali: l'*aequabilitas*<sup>15</sup>. Con l'approdo alla cosiddetta Costituzione dei medievali, si manifesta invece la necessità di ricomprendere il discorso costituzionale entro quello propriamente giuridico, ciò per la necessità di implementare un sistema di limiti ed equilibri ai diversi centri di potere presenti nella società. È lo stesso esercizio del potere sovrano a chiedere, come una sorta di premessa logica necessaria, lo sviluppo del discorso costituzionalista.

Alle soglie del periodo moderno, i concetti di *aequabilitas* e *miktè politéia* assumono nuovo significato e impongono di considerare dal punto di vista costituzionale non più, o non solo, il soggetto investito del potere, bensì le modalità di esercizio di questo<sup>16</sup>. La Costituzione assume presto una posizione di superiorità giuridica e determina l'ingresso nell'ordinamento di una indefettibile dimensione morale. Un'altra implicazione del passaggio al costituzionalismo moderno è data dalla stretta connessione con il paradigma democratico, tanto che da un lato Carlos Nino parla di un matrimonio – seppur difficile – tra questi valori ideali<sup>17</sup> e Norberto Bobbio giunge a postulare una triade di valori della civiltà giuridica contemporanea composta da pace, democrazia e diritti

---

<sup>10</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., pp. 29-30. Sulla concezione dello Stato costituzionale come mutamento dello Stato di diritto si veda G. ZAGREBELSKY, *Diritto mite*, Torino, 2008, pp. 20 ss.

<sup>11</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., p. 31.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>13</sup> C.H. MCILWAIN, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca, 1947, p. 27.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 41 e ss.

<sup>15</sup> Sul punto cfr. tra gli altri M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009.

<sup>16</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., p. 11.

<sup>17</sup> Cfr. C.S. NINO, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, 1996.

fondamentali<sup>18</sup>. Da un lato l'esistenza della Costituzione – corredata dalle garanzie della rigidità e del controllo giudiziale sulla costituzionalità delle leggi – fornisce al cittadino una tutela contro l'arbitrarietà del potere, dall'altro la deliberazione democratica costituisce l'unica via per garantire «l'operatività giuridica dei diritti»<sup>19</sup>.

Ansuátegui Roig nella sua esposizione è chiaro: anche il modello dello Stato costituzionale è incardinato nella storia, perciò, lungi dal poterlo considerare il punto di arrivo per la civiltà giuridica, esso deve porsi come presupposto per l'estensione dei valori democratico-costituzionali a livello internazionale<sup>20</sup> attraverso l'assunzione di responsabilità degli individui e il superamento del concetto di Stato nazionale<sup>21</sup>.

Il secondo intento ricostruttivo manifestato nell'opera, come anticipato, è anche di carattere teorico, proprio in quanto l'inclusione della dimensione morale nello Stato costituzionale ha imposto di ripensare ai classici paradigmi di giusnaturalismo e, soprattutto, di positivismo giuridico. Ansuátegui Roig non nasconde la sua preferenza verso il paradigma giuspositivista ritenendo compatibile il modello costituzionale con i pilastri della distinzione tra descrittivo e prescrittivo e della separazione tra diritto e morale corretta, nonché per la possibilità di ammettere la presenza di criteri materiali per il riconoscimento della legge valida<sup>22</sup>. Il bersaglio critico sono invece quelle teorie che, cercando di elaborare un concetto di diritto, finiscono col diventare discorsi intorno ad un modello di Stato, per l'appunto quello costituzionale. Il monito di Ansuátegui Roig assume importanza centrale: il teorico deve sempre essere vigile e non condizionare indebitamente il «concetto stesso di diritto e i suoi tratti strutturali»<sup>23</sup> con la specificità del modello giuridico e del momento storico in cui elabora la propria teoria. Contrariamente, si cade nell'impossibilità di offrire un concetto di diritto oggettivo. Il compito, senz'altro, non è semplice: gli sforzi di Gregorio Peces-Barba dimostrano la difficoltà di dare conto, nell'ambito di una teoria giuspositivista, delle trasformazioni

---

<sup>18</sup> N. BOBBIO, *L'età*, cit., pp. 249 e ss.

<sup>19</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., p. 18.

<sup>20</sup> Ansuátegui Roig parla in proposito della costruzione di uno "*status mundialis hominis*". Cfr. *Ibid.*, p. 24.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 66. Una critica simile a quella presentata da Ansuátegui Roig è quella avanzata da Andrea Porciello nei confronti delle dottrine neocostituzionaliste e, in particolare, quella di Robert Alexy. Porciello evidenzia come queste "nuove" teorie del diritto finiscano troppo spesso col confondere il modello – Stato costituzionale – con il concetto – quello di diritto oggettivamente considerato e a prescindere dal tipo di contesto giuridico in cui è formulato. Cfr. A. PORCIELLO, *La formula di Radbruch e la dimensione ideale del diritto: una critica alla prospettiva di Robert Alexy*, in P. TINCANI, M. LA TORRE (a cura di), *La dimensione ideale del diritto. Discutendo con Robert Alexy*, Milano, 2018, pp. 157-176.

subite dallo Stato. In particolare, questo autore sembra da un lato allontanarsi dalla prospettiva hartiana<sup>24</sup> e dall'altro sostenere l'inclusione nella norma fondamentale di una specifica morale coincidente con i valori e i principi incarnati dai diritti fondamentali<sup>25</sup>.

La teoria del diritto, dice Ansuátegui Roig, deve essere in grado di spiegare il funzionamento del sistema giuridico qual che esso sia, senza tuttavia dimenticare che assumere il punto di vista del diritto significa assumere una determinata concezione della giustizia<sup>26</sup>. Nondimeno, nello studio di diritto e morale e dei loro rispettivi rapporti il teorico del diritto può sviluppare un discorso che non sia valutativo, ma semplicemente descrittivo. Quando Ansuátegui Roig afferma che il discorso del teorico del diritto «non muta se questi contenuti [moralmente incorporati nell'ordinamento n.d.r.] sono moralmente accettabili o riprovevoli»<sup>27</sup>, sembra quasi riecheggiare un po' quella teoria sulla purezza del metodo del giurista di kelseniana memoria<sup>28</sup>. Ad ogni modo la conclusione è chiara: il diritto è una presa di posizione rispetto a determinati contenuti morali e, pertanto, da questo punto di vista non potrà mai essere neutro<sup>29</sup>.

## 2. Norme e giudici

Un altro tratto essenziale del costituzionalismo considerato da Ansuátegui Roig è la questione della produzione normativa con specifico riferimento alla presunta attività di creazione giudiziale del diritto.

L'introduzione delle Costituzioni negli ordinamenti giuridici contemporanei, ha determinato, si sa, un profondo cambio di paradigma, stravolgendo i caratteri fondamentali del precedente Stato di diritto. Le Costituzioni compongono oggi una sorta di “cielo delle stelle fisse” dell'intero

---

<sup>24</sup> Basti qui ricordare che Hart aveva operato una poderosa rilettura del paradigma positivista sia alla luce degli sviluppi del costituzionalismo novecentesco, ma anche, e soprattutto, in ragione del dibattito con il suo allievo Ronald Dworkin. Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, nuova ed. con Poscritto, Torino, 2019.

<sup>25</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., pp. 65-66.

<sup>26</sup> Peraltro, quando Ansuátegui Roig afferma che assumere il punto di vista del diritto significa adottare un preciso punto di vista sulla giustizia intende, naturalmente, sia la giustizia in senso stretto, sia l'assunzione di una precisa posizione in merito ai diritti fondamentali. Qui la sua prospettiva si avvicina a quella di Zagrebelsky, il quale sostiene che «chi ha pensato alla Costituzione solo come ordinamento alla giustizia e non come ordinamento della libertà, ha invocato non una Dichiarazione dei diritti, ma una Dichiarazione dei doveri». Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritto mite*, cit., p. 126.

<sup>27</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., p. 81.

<sup>28</sup> O quasi, si potrebbe dire, una conservazione e rivalutazione di quell'aspetto metodologico del positivismo giuridico reso celebre dalla teoria bobbiana. Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari, 2020.

<sup>29</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., p. 81.

ordinamento<sup>30</sup>, esse non solo hanno assunto il vertice della gerarchia delle fonti, ma hanno stabilito una rete di principi<sup>31</sup> che impone il limite oltre il quale il legislatore non può legittimamente spingersi. Il principale merito della dottrina neocostituzionalista, ammette Ansuátegui Roig, è stato quello di spostare l'attenzione dai limiti cosiddetti epistemologici a quelli normativi. I primi sono ciò che rende possibile il distinguo tra i diversi sistemi normativi, consentendo perciò l'elaborazione di una dottrina pura del diritto<sup>32</sup>. Viceversa, i limiti normativi riguardano il contenuto e la giustificazione del diritto. L'importanza crescente data dal neocostituzionalismo ai limiti epistemologici, abbandonando, o per meglio dire riducendo grandemente, l'essenziale funzione svolta dai limiti normativi, ha determinato la progressiva confusione del diritto con altri sistemi normativi – in particolare, quello morale. Il concreto rischio che il giurista, di fronte a simili teorie del diritto, corre è di non essere più in grado di riconoscere con certezza ciò che è giuridicamente normativo da ciò che non lo è: in altre parole il giurista si trova di fronte ad un concetto di “diritto sfocato”<sup>33</sup>. Sembra, dunque, che la proposta teorica di Ansuátegui Roig consti nell'invito al contenimento dei limiti del diritto, quasi a voler ricordare che ammettere la possibilità di individuare il giuridico a prescindere dal ricorso a valutazioni morali non implica necessariamente il disconoscimento dell'importanza, nella determinazione della legittimità del diritto, dei limiti interni, sostanziali o normativi che dir si voglia.

Parallelo alla questione delle fonti del diritto e dell'individuazione del giuridico è il tema della creazione giudiziale di norme. È bene precisare che l'autore quando parla di creazione non sembra affatto intendere una abilità quasi mitica del giudice di creazione *ex nihilo*, bensì la capacità che gli organi giudiziari hanno di assumere un ruolo di co-protagonismo con il legislatore nella produzione giuridica.

---

<sup>30</sup> Utilizzo questa espressione in senso sia descrittivo che critico. Intendendo, da un lato, indicare il ruolo fondamentale svolto dai principi nel porre un limite al potere edificato sulla nozione di diritti fondamentali; dall'altro, adottando un punto di vista critico, tento di sottolineare la tendenza che spesso si manifesta nel ritenere i suddetti principi come un che di intangibile e quasi etereo oggetto di acritica adesione.

<sup>31</sup> L'immagine ricordata è quella proposta da Ronald Dworkin. Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986. Peraltro, è necessario notare che quando si parla di passaggio dal modello gerarchico-piramidale a quello della rete lo si fa con un duplice intento: da una parte si indica il “network” di principi individuati – più o meno esplicitamente dalle carte costituzionali –, dall'altro, invece, si rileva la pluralità di soggetti che oggi sono *de facto* ammessi alla produzione legislativa.

<sup>32</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., pp. 91-92. Proprio per questo motivo, lo studio di tali limiti venne ampiamente privilegiato dalla dottrina del positivismo giuridico.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 100.



Il ruolo del giudice nel modello costituzionale, dice Ansuátegui Roig, non dipende esclusivamente della funzione di garanzia della Costituzione e dalla morfologia del diritto che, accanto alle regole, vede l'esistenza di principi. Il lavoro interpretativo che viene richiesto al giudice diventa qualcosa di più di una semplice specificazione dell'indeterminatezza congenita a questi ultimi. Interpretare significa, infatti, adottare le decisioni dei casi concreti sulla base del materiale normativo esistente che, non essendo sempre privo di contraddizioni, imporrà al giudice di ammettere nel giudizio anche elementi extragiuridici. Naturalmente, Ansuátegui Roig non manca di sottolineare che questa proattività del giudice possa presentare taluni aspetti problematici<sup>34</sup>, sebbene gli stessi possano essere ridimensionati pensando a un controllo più pregnante da parte del potere legislativo e, soprattutto, attraverso il controllo della giustificazione esterna della motivazione della sentenza<sup>35</sup>. Il giudice, pertanto, non è padrone del diritto, tuttavia è obbligato dalla stessa Costituzione ad assumere determinate posizioni anche morali e politiche che lo rendono responsabile, più di prima, per le proprie decisioni.

Da ultimo si noti che interrogarsi sul ruolo del giudice è anche prodromico allo sviluppo della questione dei diritti umani, infatti ciò che è richiesto nello Stato costituzionale non è più solo l'enunciazione delle garanzie fondamentali per gli individui, bensì anche una loro traduzione pratica, effettiva e questa non può avvenire che attraverso l'opera degli organi giudiziari.

### 3. Il discorso dei diritti: due problemi e una prospettiva

Ansuátegui Roig mette il lettore fin da subito in guardia rispetto alla "questione dei diritti", dal momento che ogniquale volta si discorra di diritti umani il rischio costantemente in agguato è l'introduzione di falsità e simulazioni e, soprattutto, la strumentalizzazione politica della retorica stessa dei diritti fondamentali<sup>36</sup>. Tra i problemi denunciati dall'autore due spiccano per rilevanza:

---

<sup>34</sup> Su tutti il crollo del paradigma quasi mitico della certezza del diritto tipico dello Stato di diritto legislativo. Sul punto cfr. anche G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2018, 2, pp. 517-544.

<sup>35</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., p. 138.

<sup>36</sup> Un problema questo individuato anche da Gregorio Peces-Barba che scrisse «l'espressione "diritti umani" è anche un termine emotivo che suscita sentimenti nei suoi destinatari ed è sempre soggetto a tentazioni di manipolazioni. [...] l'espressione "diritti umani" si situa nel nucleo della lotta politica». Cfr. G. PECES-BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 2000, p. 9. Sull'equivocità del linguaggio dei diritti umani come conseguenza del relativismo etico contemporaneo cfr. anche F. VIOLA, *L'universalità dei diritti umani: un'analisi concettuale*, in F. BOTTURI, F. TOTARO (a cura di), *Universalismo ed etica pubblica*, Milano, 2006, pp. 155 e ss.



innanzitutto, quello della moralizzazione del discorso dei diritti – soprattutto con riguardo alla loro pretesa universalistica – e, in secondo luogo, la critica di eurocentrismo o occidentalismo spesso mossa ai diritti fondamentali.

L'approccio morale ai diritti porta necessariamente con sé la pretesa di elaborare un paradigma morale universale<sup>37</sup> che determini con precisione il concetto di soggetto titolare dei diritti, nonché, quali siano i rispettivi rapporti tra individuo e società. Ad ogni modo, è altresì evidente che avanzare una pretesa etica sul discorso dei diritti può portare con sé il rischio di riduzionismo, dimenticando la fondamentale funzione che il particolarismo identitario e culturale svolge nella società globale contemporanea. Tuttavia, questa prospettiva non tiene in considerazione il fatto che affermare che un diritto sia universale significa “semplicemente” sostenere l'esistenza di tratti comuni a diverse culture, tradizioni e individui che necessitano di tutela<sup>38</sup>. Tutto ciò non determina una necessaria rinuncia all'interculturalismo, bensì rafforza la consapevolezza della possibilità di un vero dialogo tra le differenti culture<sup>39</sup>. Da questo tipo di considerazioni non sembra distante la proposta teorica di Ansuátegui Roig nel momento in cui afferma che per parlare di universalità dei diritti umani debbono individuarsi dei contenuti morali minimi che, grazie alla loro intrinseca “capacità seduttiva”, possano essere oggetto di condivisione da parte di diversi popoli e diverse culture<sup>40</sup>. Dunque, una sorta di *minimum* etico che consenta di continuare a parlare di diritti e che, in un certo qual modo, rivitalizzi la pratica discorsiva intorno a concetti generalissimi come quelli di dignità e di essere umano. Riecheggiano in questo senso gli assunti teorici di Robert Alexy che, cercando di dare un fondamento ai diritti umani, descrisse l'intrinseca struttura dialogica degli stessi attraverso il necessario assunto del riconoscimento dell'altro come persona e perciò della sua dignità<sup>41</sup>. Riconoscere l'universalità dei diritti umani, dice Ansuátegui Roig, significa attribuire valore all'individuo «non a causa della sua appartenenza al gruppo, all'etnia, all'ideologia o alla religione, ma per il suo valore morale in se stesso e per la sua pretesa di meritare una considerazione e un rispetto nella stessa misura degli altri».

---

<sup>37</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., pp. 149-150.

<sup>38</sup> F. VIOLA, *L'universalità dei diritti umani*, cit., p. 163.

<sup>39</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 317.

<sup>40</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., pp. 165-166.

<sup>41</sup> R. ALEXY, *¿Derechos Humanos sin Metafísica?*, in *Doxa*, 2007, 30, p. 243. Sembra inutile in questa sede ripercorrere un altro grande paradigma teorico sui diritti umani, quello dworkiniano, che struttura l'esistenza, il riconoscimento e la necessità di garanzia degli stessi sul concetto di dignità. Cfr. R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, 2011.

Al tema dell'universalità è strettamente connessa la critica di eurocentrismo – presentata spesso anche come occidentalismo o occidentossicazione<sup>42</sup> – della dottrina dei diritti fondamentali. Ora, il fatto che le odierne dichiarazioni dei diritti siano state elaborate dalla cultura occidentale e, per così dire, soffrano del retroscena storico-giuridico-sociale europeo non può essere posto in discussione. Questo tratto è stato messo in luce tra gli altri anche da Peces-Barba che, nella sua *Teoría dei diritti fondamentali*<sup>43</sup>, propone la ricostruzione del concetto di diritti fondamentali anche attraverso lo studio dei suoi modelli di evoluzione storica<sup>44</sup>. Tuttavia, come evidenzia Ansuátegui Roig, non mancano le posizioni di chi, come Spaemann<sup>45</sup>, persiste nel rappresentare la concezione dei diritti umani ancora fortemente legata al contesto europeo e che, anzi, vede nello stesso concetto di tolleranza del particolarismo il frutto di una cultura specifica (europea) e che perciò «quando l'Europa ha perso il fondamento sostanziale e il contenuto del suo universalismo, la richiesta universale di tolleranza e diritti umani può essere respinta come un eurocentrismo ingiustificato»<sup>46</sup>. Questa critica e quelle ad essa simili muovono dal fatto che l'Europa, dopo aver elaborato un concetto di diritti fondamentali, si sia comportata come una cultura civilizzatrice – quasi ammantata da una innata superiorità morale – e che perciò nel mondo contemporaneo del pluralismo le sue proposte debbano essere superate in virtù di una spinta contro-egemonica<sup>47</sup>.

Ciò premesso, la domanda che Ansuátegui Roig si pone è se il contesto di provenienza del modello dei diritti influisca effettivamente anche sulla sua accettabilità. Si tratta, in altre parole, di capire se l'attuale formulazione dei diritti umani possa validamente essere uno strumento del cosmopolitismo ovvero se sia una mera concettualizzazione di una precisa idea di dignità umana tipicamente occidentale e idonea ad alimentare lo scontro tra civiltà<sup>48</sup>. L'autore sul punto è chiaro: rifiutare una concezione solo in virtù del suo contesto di origine è, di fatto, una forma di fallacia

---

<sup>42</sup> Termine utilizzato da Upendra Baxi per sostenere la critica alle enunciazioni di diritti che si limitino a rappresentare versioni secolari di un diritto, in realtà, di origine divina e che abbia l'unico scopo di «governare i “non illuminati”». Cfr. U. BAXI, *Le voci della sofferenza, l'universalità frammentata e il futuro dei diritti umani*, in R. CAMMARATA, P. TINCANI, L. MANCINI (a cura di), *Diritti e culture. Un'antropologia critica*, Torino, 2014, p. 113.

<sup>43</sup> G. PECES-BARBA, *Teoría*, cit., pp. 95 e ss.

<sup>44</sup> La stessa prospettiva emerge in controluce anche in C.S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, II ed., Buenos Aires, 1989.

<sup>45</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., pp. 155-156.

<sup>46</sup> R. SPAEMANN, *Universalismo o eurocentrismo. La universalidad de los derechos humanos*, in *Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, 1990, XXIII, p. 116.

<sup>47</sup> B. SOUSA DE SANTOS, *Se Dio fosse un attivista dei diritti umani: i diritti umani e la sfida delle teologie politiche*, in R. CAMMARATA, P. TINCANI, L. MANCINI (a cura di), *Diritti*, cit., pp. 145-146.

<sup>48</sup> M. MENESES, J. NUNES, C. AÑÓN, A. BONET, N. GOMES, *Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos*, in *Boaventura de Sousa Santos: Construyendo las Epistemologías del Sur Para un pensamiento alternativo de alternativas*, vol. II, Argentina, 2019, p. 107.

naturalistica<sup>49</sup>, tanto più che spesso le critiche non arrivano nemmeno a valutare l'effettivo contenuto della proposta cosiddetta eurocentrica dei diritti. La teoria dei diritti fondamentali nasce in un preciso contesto storico<sup>50</sup> e, proprio per questo, è necessario svolgere un costante lavoro di epurazione della sua retorica per giungere a individuare proprio quei contenuti minimi che non possono non essere oggetto di condivisione panumana<sup>51</sup>.

Analogamente, si potrebbe anche giungere ad affermare che, esattamente come il concetto di diritti deve slegarsi dal contesto europeo di origine, deve anche lasciarsi alle spalle il collegamento con la realtà statale per proiettarsi verso la dimensione internazionale. Questa è la proposta di Ansuátegui Roig per una fondazione cosmopolita dei diritti che, come sosteneva anche Peces-Barba<sup>52</sup>, è l'unica strada percorribile per garantire la libertà e la pace. È proprio nell'universalità dei diritti umani<sup>53</sup> e nella presa di posizione rispetto alle questioni poste dal cosmopolitismo che si sostanzia il legame tra quest'ultimo e il costituzionalismo.

#### 4. Quale futuro per lo Stato costituzionale?

Non sembra azzardato ammettere che *Norme, giudici e Stato costituzionale* sia un'opera pienamente esaustiva, chiara didatticamente, profonda scientificamente: in essa l'autore compie uno sforzo di ricostruzione magistrale dello stato dell'arte della dottrina costituzionalista, senza tuttavia esimersi dal criticarla ove necessario. Il tema del costituzionalismo, come presentato da Ansuátegui Roig, è una questione aperta: di fronte al teorico e al pratico del diritto si pongono sempre nuovi problemi e sfide da affrontare, tanto più che, a causa della sua estrema duttilità, questo paradigma viene oggi sempre più usato e abusato e sotto la sua etichetta convergono teorie anche molto diverse tra loro<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Norme*, cit., p. 157.

<sup>50</sup> Qui si intravede l'influenza di Gregorio Peces-Barba.

<sup>51</sup> Con la precisazione che nell'analisi di Ansuátegui Roig è chiaro che ogni proposta normativa sui diritti umani debba essere oggetto di giustificazione razionale. In questo senso, è possibile ravvisare nuovamente un avvicinamento alla teoria del discorso di Robert Alexy, in particolar modo per la possibilità di raggiungere un accordo ragionevole tra i partecipanti alla pratica discorsiva.

<sup>52</sup> G. PECES-BARBA, *Teoria*, cit., pp. 155 e ss.

<sup>53</sup> Sul nuovo universalismo dei diritti umani come aspirazione per portare al potere una nuova civiltà tra gli Stati e le società umane v. U. BAXI, *Le voci*, cit., p. 113.

<sup>54</sup> In questo senso, il costituzionalismo sta subendo la stessa sorte del giusnaturalismo e del positivismo giuridico che, ridotti a termini sostanzialmente vuoti, possono ricondurre alle proposte teoriche più disperate.

Se è questo il problema, forse dobbiamo chiederci: la rappresentazione giuridica del costituzionalismo e del diritto veicolata attraverso essa continua oggi a essere una costruzione dei limiti del potere? Oppure si è trasformata – o si sta tuttora trasformando – essa stessa in potere? La considerazione da cui dobbiamo muovere è che i concetti e le realtà cambiano a velocità diverse, perciò potremmo forse trovarci di fronte ad una realtà che non può più essere efficacemente sintetizzata con il lemma Stato costituzionale<sup>55</sup>. Ciononostante, il quadro offerto dall'opera di Ansuátegui Roig è chiaro: da un lato vi è una precisa rappresentazione del nostro orizzonte di esperienza, dall'altro, attraverso il ricongiungimento della politica del diritto con la discussione filosofica<sup>56</sup>, troviamo la profilazione di uno spazio di aspettativa che permette di intravedere le potenzialità dell'espansione, tanto intensiva quanto estensiva, del paradigma costituzionalistico a livello internazionale.

ANNACHIARA CARCANO  
Università degli Studi di Salerno

---

<sup>55</sup> R. KOSELLECK, L. FONNESU, *Storia*, cit., p. 17.

<sup>56</sup> Sulla necessità di procedere in questo senso cfr. BOBBIO, *L'età*, cit., pp. 14-16, ma anche M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze, 2020.