

**TEORIA DEL DIRITTO E DELLO STATO**  
RIVISTA EUROPEA DI CULTURA E SCIENZA GIURIDICA

---

2006/1-2-3



*THEORY OF LAW AND STATE*

**TEORIA DEL DIRITTO E DELLO STATO**

RIVISTA EUROPEA DI CULTURA E SCIENZA GIURIDICA

*RECHTS- UND STAATSLEHRE*

*THÉORIE DU DROIT ET DE L'ÉTAT*

*TEORÍA DEL DERECHO Y DEL ESTADO*

2006  
N. 1-2-3



Copyright © MMVI  
ARACNE editrice S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Raffaele Garofalo, 133 A/B  
00173 Roma  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-1270-3  
ISSN 1721-8098

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941, n. 633, ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO – via delle Erbe, 2 – 20121 Milano – telefax 02 809506 – e-mail [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it).

---

# Indice

---

pag.

## Articoli e saggi

BALDINI V., <i>L'incostituzionalità della Rasterfahndung, ovvero sia alla perenne ricerca di un (difficile...) equilibrio fra Stato di diritto e "Stato di prevenzione"</i>	1
CARPANO E., <i>Kant et l'Etat. Aux origines de l'Etat libéral</i>	20
DI MARTINO A., <i>Qualche osservazione in tema di sovranità e dualismo alla luce di una recente decisione del Tribunale costituzionale tedesco</i>	39
DI SALVATORE E., <i>Appunti per uno studio sulla libertà nella tradizione costituzionale europea</i>	85
NOCILLA D., <i>Etica cristiana e nuove prospettive del diritto pubblico: il quadro costituzionale</i>	148
RIDOLFI A., <i>L'antiparlamentarismo e i romanzi di Federico De Roberto (A proposito del dialogo del giurista con la letteratura)</i>	199
SCHAMBECK H., <i>Österreichs Verfassungsrecht und seine Entwicklung</i>	262
TALAVERA P., <i>El derecho en el espejo de la literatura</i>	282
ZAMORANO FARIÁS R., <i>Formas históricas de coordinación social en América Latina: de la teoría de la dependencia al fetichismo neoliberal</i>	319

## Interpretazioni e opinioni

ESPOSITO M.G., <i>Fondazione teoretica o tutela dei diritti dell'uomo?</i>	345
--	-----

## INDICE

FERNÁNDEZ E., <i>Orden jurídico versus violencia contra las mujeres</i>	353
GARCÍA SORIANO M.V., <i>La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su incidencia en una futura ampliación del ámbito material de las competencias del Defensor del Pueblo Europeo</i>	389
GIANFRANCESCO E., <i>Le Regioni italiane e la giurisdizione</i>	400
MACIOCE F., <i>Note (filosofiche) sul principio di lealtà e di cooperazione tra le parti nel processo civile</i>	430
MAGNANI C., <i>Sussidiarietà e Costituzione: pluralismo e diritti</i>	453
MANGIAMELI S., <i>Giudice e sistema democratico: i problemi attuali del potere giudiziario</i>	473

### Discussioni e recensioni

SAPUTELLI G., <i>discussione su N. Bobbio, La consuetudine come fatto normativo, Padova 1942</i>	491
SARTEA C., <i>discussione su Z. Bauman, Modernità liquida (2000, trad. it., Roma-Bari 2002), Amore liquido (2003, trad. it., Roma-Bari 2006), Vita liquida (2005, trad. it., Roma-Bari 2006)</i>	511
SPERANDII C., <i>recensione a D. Lecourt, Humain posthumain, Paris 2003</i>	527

### Letteratura e diritto

BASCHERINI G., <i>B. Brecht, L'eccezione e la regola e Il cerchio di gesso del Caucaso. Appunti per un seminario su diritto e letteratura</i>	533
DE NOBILE S., <i>Calvino e la crisi dello Stato democratico</i>	538
DI SALVATORE G., <i>Alterità e riconoscimento ne Il Mercante di Venezia di William Shakespeare</i>	547
<i>Abstracts</i>	565

---

# Articoli e saggi

---

VINCENZO BALDINI

## **L'incostituzionalità della *Rasterfahndung*, ovvero sia alla perenne ricerca di un (difficile...) equilibrio fra Stato di diritto e “Stato di prevenzione”**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *Rasterfahndung* come metodo di prevenzione nella lotta al terrorismo: aspetti critici. – 3. Analisi delle argomentazioni addotte dal Tribunale costituzionale federale: un'esaltazione dello Stato costituzionale di diritto o un infiacchimento della lotta al terrorismo internazionale? – 4. L'opinione dissenziente del giudice Haas. – 5. Conclusioni.

### 1. *Premessa*

La Corte federale tedesca è stata chiamata ancora una volta a verificare la compatibilità con i dettami dello Stato costituzionale di diritto, di una disciplina legislativa – di livello statale finalizzata alla prevenzione di reati connessi all'azione del terrorismo internazionale, in un contesto politico e sociale fortemente scosso dall'ennesimo rischio – per fortuna, sventato – di un attentato che avrebbe dovuto compiersi proprio su un treno delle ferrovie tedesche. A venire all'esame della Corte, questa volta, è lo strumento della *Rasterfahndung*, una forma di controllo preventivo di polizia già largamente usato in Germania dagli anni Settanta, per la lotta al terrorismo interno <sup>(1)</sup>, che in conseguenza del grave attentato dell'11 settembre 2001 alle Torri Gemelle, era stato da molti legislatori statali (Berlino, Hessen, Nordrhein-Westfalen) ulteriormente potenziato, nell'intento di poter individuare e neutralizzare potenziali terroristi

---

<sup>(1)</sup> Sui caratteri della *Rasterfahndung* quale strumento di prevenzione, cfr. per tutti W. ACHELPÖHLER-H. NIEHAUS, *Rasterfahndung als Mittel zur Verhinderung von Anschlägen islamistischer Terroristen in Deutschland*, in DÖV, 2003, 49 ss.

“infiltrati” nella società civile tedesca, in attesa di passare all’azione.

Le previsioni finalizzate ad un più largo utilizzo della *Rasterfahndung* si inquadrano, in generale, all’interno di una strategia globale di prevenzione, considerata generalmente come l’unica via in grado di presidiare con maggiore efficacia la sicurezza dei cittadini nella lotta a tale forma di terrorismo.

Con la sentenza in parola, provocata da una *Verfassungsbeschwerde* promossa da studenti universitari incappati nelle maglie dei controlli di polizia attraverso una *Rasterfahndung*, la Corte costituzionale federale tedesca censura, nello specifico, il ricorso alla misura in quanto, nella specie, adottata in carenza dei presupposti stabiliti dalla disciplina legislativa statale, e, così, in violazione del fondamentale diritto alla riservatezza (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) dei ricorrenti. Nel contempo, tuttavia, essa fornisce indicazioni circa la necessità, per il legislatore, di vincolare a condizioni particolarmente rigorose la legittimità dell’impiego di uno strumento di indagine così fortemente invasivo della sfera dei diritti fondamentali, come è, appunto, la *Rasterfahndung*.

## 2. *La Rasterfahndung come metodo di prevenzione nella lotta al terrorismo: aspetti critici*

Prima di analizzare criticamente alcuni passaggi delle argomentazioni addotte dal giudice di Karlsruhe a sostegno della sua decisione, è opportuno precisare meglio come operi il ricorso della *Rasterfahndung*. Si tratta di un particolare metodo di polizia volto a prevenire uno stato di pericolo attraverso l’acquisizione di dati, trasmessi da uffici pubblici e privati, riguardanti persone, che poi vengono inseriti in una griglia elettronica di altri dati previamente acquisiti e con questi ultimi automaticamente confrontati (*Abgleich*). Attraverso tale automatico confronto vengono sottoposte a controlli soltanto le persone cui corrispondono determinate caratteristiche o connotati previamente definiti e considerati significativi anche per ulteriori indagini (es: età, tratti somatici, condizioni professionali, modalità di condotta in merito a particolari situazioni di vita – per es., pagamento in liquido del canone di fitto dell’abitazione, spostamenti frequenti – etc.). L’obiettivo pratico finale del ricorso alla *Rasterfahndung*, il cui esercizio, in ogni caso, deve essere stato previamente autorizzato dal giudice, è quello di pervenire



alla preventiva individuazione di potenziali criminali. Peraltro, dopo il primo tragico attentato dell'11 settembre 2001 alle Torri Gemelle di New York, realizzato anche da persone "normali", che vivevano regolarmente integrate nella società civile tedesca, il ricorso a tale metodo è stato intensificato nella prospettiva di individuare ulteriori potenziali *Schläfer* ("Sleepers"), pronti in qualunque momento ad entrare in azione e sacrificare anche la propria stessa vita per la commissione di attentati di violenza inaudita, seminando così il Terrore nelle società occidentali.

A tale scopo, la gran parte dei *Länder* ha provveduto a modificare i rispettivi ordinamenti di polizia, estendendo la possibilità del rilevamento e dell'elaborazione elettronica di dati incrociati in ragione dell'esigenza di fronteggiare situazioni caratterizzate da uno stato permanente di pericolo, del quale, peraltro, il presupposto giuridico dell'attualità è apparso recessivo in ragione della particolare gravità dell'evento temuto.

3. *Analisi delle argomentazione addotte dal Tribunale costituzionale federale: un'esaltazione dello Stato costituzionale di diritto o un infiacchimento della lotta al terrorismo internazionale?*

Nell'ottobre 2001 il tribunale di prima istanza (*Amtsgericht: AG*) di Düsseldorf aveva autorizzato, su richiesta del comando di polizia l'impiego della *Rasterfahndung*, ex art. 31 *PolG NW*, nella versione allora attuale e vigente – poi modificata nel 2003 – secondo cui la polizia poteva richiedere, tanto ad uffici pubblici quanto ad uffici al di fuori della sfera pubblica, la trasmissione di dati personali relativamente a determinati gruppi di persone acquisiti da banche dati, a scopi di automatico confronto con altre serie di dati, peraltro solo nella misura in cui ciò appariva necessario alla difesa da un pericolo attuale per l'esistenza o la sicurezza del *Bund* o di un *Land* o per l'integrità fisica, la vita o la libertà di una persona (comma 1). In conseguenza, gli uffici anagrafe del *Land*, come anche l'ufficio del registro centrale degli stranieri, a Colonia, e tutte le Università statali, insieme con gli altri istituti di formazione universitaria (*Hochschulen, Fachhochschulen*) furono costretti a trasmettere agli uffici di polizia dati riguardanti uomini nati tra il 1.10.1960 ed il 1.10.1963. Il giudice di merito, in particolare, aveva tra l'altro argomentato che, nella specie, l'interpretazione circa il presupposto della probabilità del realizzarsi dell'evento avrebbe dovuto assu-

mersi in modo meno stringente quanto più grave fosse apparsa l'ampiezza del danno temuto <sup>(2)</sup>. E giacché alcuni terroristi che avevano preso parte all'attentato di New York dell'11.9.2001 avevano vissuto in quel *Land*, allora il pericolo poteva dirsi senz'altro esistente anche nel Nordrhein-Westfalen, quantunque, allo Stato, l'imminenza del suo realizzarsi non si lasciava pronosticare con certezza.

Il ricorrente era un cittadino marocchino di fede islamica, nato nel 1978, che all'epoca in cui si procedette alla *Rasterfahndung* era studente all'Università di Duisburg, il quale lamentava, nella specie, l'inesistenza di un pericolo attuale ai Beni giuridici considerati dalla norma in esame. Il Tribunale adito (*Landgericht*), tuttavia, aveva rigettato il ricorso sostenendo, di contro, l'attualità del pericolo nella forma di atti terroristici compiuti da gruppi estremisti islamici che, secondo quanto si apprendeva dai rapporti di polizia, sarebbero stati responsabili degli attacchi recati l'11 settembre 2001 alle Torri Gemelle di New York. Peraltro, il Tribunale ammetteva che al momento non si lasciava prefigurare come imminente un attacco terroristico; in ogni caso, in considerazione delle attività preparatorie già svolte e del livello di organizzazione militare raggiunto, occorreva in ogni tempo fare i conti con il rischio di un possibile attentato di natura terroristica.

Le medesime motivazioni poste a base della sentenza di primo grado furono riprese anche nelle successive decisioni di appello, rispettivamente, del *Landesgericht* <sup>(3)</sup> e dell'*Oberlandesgericht* <sup>(4)</sup> che respingevano il ricorso inoltrato argomentando, tra l'altro, l'esistenza dello stato di pericolo attuale per la sicurezza del *Bund* o di un *Land* anche dal fatto che il Governo della Repubblica federale aveva espresso solidarietà agli USA per gli attentati subiti <sup>(5)</sup>.

Investita attraverso la *Verfassungsbeschwerde*, la Corte tedesca ha rilevato la violazione, da parte delle precedenti decisioni giurisprudenziali, del fondamentale diritto del ricorrente alla tute-

---

<sup>(2)</sup> AG Düsseldorf, decisione del 02.10.2001.

<sup>(3)</sup> LG Düsseldorf, decisione del 29.10.2001.

<sup>(4)</sup> OLG Düsseldorf, decisione dell'8.2.2002.

<sup>(5)</sup> ...quantunque, tuttavia, il giudice superiore avesse ritenuto contrario al principio di proporzionalità l'utilizzo della *Rasterfahndung* nei confronti di cittadini tedeschi.

la della riservatezza (art. 2, comma 1 in combinato con l'art. 1, comma 1, GG).

Dopo aver tratteggiato i connotati essenziali di tale diritto, il giudice costituzionale ha dichiarato la piena costituzionalità dell'art. 31, comma 1, della legge di polizia del *Land* del Nordrhein-Westfalen (*PolG NW*), su cui poggiava, nella specie, l'autorizzazione al ricorso alla *Rasterfahndung*. Tale autorizzazione legislativa riguarda, in particolare, informazioni aventi una differente relazione con i diritti della personalità (ad es: dati anagrafici, residenza, *status* civile, etc.). I dati acquisiti (espressamente menzionati nel suddetto art. 31 *PolG NW*), poi, combinati con altri – ad es: cittadinanza, religione, indirizzi scolastici, etc. – permettono di avere un quadro più chiaro sulle persone interessate e verificarne, per così dire, il livello di sospettabilità ai fini del potenziale compimento di attentati terroristici. Pertanto, la disposizione in parola consente ingerenze (*Eingriffen*) nella sfera dei diritti fondamentali delle persone cui si riferiscono i dati trasmessi all'autorità di polizia.

Del resto, è già l'atto dell'inoltro di tali dati a costituire di per sé un'ingerenza nel diritto alla riservatezza di queste ultime in quanto rappresenta la premessa per l'acquisizione e la conservazione di essi ai fini di una loro decrittazione, da parte della stessa autorità di polizia, in combinato con altri dati <sup>(6)</sup>. Ad ogni modo, essenziale al riconoscimento di un'ingerenza nel fatto dell'acquisizione di dati riguardanti persone è, secondo lo stesso giudice, se, in relazione alla comune osservazione con riguardo alla connessione determinata attraverso lo scopo del controllo e dell'utilizzo, l'interesse dell'autorità pubblica ai dati rilevati è già così forte da approvare un turbamento (*Betroffensein*) in una qualità che causa l'ingerenza in un diritto fondamentale. Questo è, dunque, anche il caso della *Rasterfahndung ex art. 31, comma 1, PolG NW*, per la quale i dati rilevati dopo essere serviti per un primo controllo incrociato (*Datenabgleich*) continuano a formare oggetto di successivi provvedimenti, di ulteriori più ampi riscontri incrociati. Ne consegue che la gran parte dei dati rilevati restano a disposizione delle autorità

---

<sup>(6)</sup> Del resto, la Corte, richiamandosi al precedente (BVerfGE, 100, 313, 366; 107, 299, 328), precisa anche come tale connotazione di "ingerenza" mancherebbe se dati venissero acquisiti casualmente e, subito dopo la loro acquisizione, venissero cancellati in modo anonimo senza lasciare traccia.

di polizia dei *Länder* anche dopo la trasmissione di essi all'ufficio federale di polizia (*Bundeskriminalamt*).

Tanto l'ordine di trasmissione impartito dalla polizia non direttamente alle persone interessate, bensì ad uffici pubblici e/o a luoghi privati di lavoro prefigura un pregiudizio del diritto alla riservatezza, in quanto mira all'acquisizione riguardante le prime, quanto la conservazione di tali dati da parte delle autorità a cui gli stessi sono trasmessi, realizza un'ingerenza nel diritto alla riservatezza delle persone i cui dati, dopo il primo riscontro, per il quale essi sono stati acquisiti, vengono successivamente ad essere oggetto di ulteriori provvedimenti.

Ad ogni modo, il *Bundesverfassungsgericht* assume la conformità ai parametri costituzionali dell'autorizzazione all'ingerenza in diritti fondamentali prevista dal citato art. 31, comma 1, *PolG NW*, in particolare con riguardo alla considerazione della tutela di interessi generali nonché all'osservanza dei principi di chiarezza normativa e di proporzionalità.

Con specifico riguardo a quest'ultimo parametro, che comprende, a sua volta, le esigenze di legittimità dello scopo, nonché l'idoneità, necessarietà ed adeguatezza dei mezzi per realizzarlo, la Corte ha ritenuto, in particolare, che il riferimento alla "difesa di un pericolo per l'esistenza o la sicurezza della Federazione o di un *Land* o per l'integrità fisica, la vita o la libertà di una persona", contenuto nella disposizione in parola, costituisca un fine legittimo da perseguire. Inoltre, la stessa prescrizione si rivela senz'altro idonea allo scopo perché in grado di incrementare le possibilità di realizzazione dell'obiettivo mirato, e necessaria al suo perseguimento, giacché misure meno rigorose non risulterebbero funzionalmente altrettanto efficaci.

Anche in merito alla proporzionalità *stricto sensu* come è andata determinandosi nella stessa giurisprudenza costituzionale <sup>(7)</sup>, l'art. 31, comma 1, *PolG NW*, è parso esente da censure giacché l'ingerenza autorizzata dalla norma nella sfera dei diritti fonda-

---

(7) ...la quale, secondo il Tribunale giudicante, esige che la gravità dell'ingerenza in relazione ad un complessivo bilanciamento non possa essere sproporzionata rispetto al peso delle ragioni che ne giustificano l'impiego. Ciò significa che anche una misura in sé considerata idonea e necessaria per la tutela di un bene giuridico non può essere impiegata allorquando i pregiudizi al diritto fondamentale che da ciò conseguirebbero, finirebbero per superare l'incremento di tutela che a quel determinato bene giuridico deriverebbe dall'impiego della misura in questione.

mentali è stata condizionata all'esistenza di un pericolo *concreto* (corsivo mio: n.d.r.) per i beni giuridici minacciati <sup>(8)</sup>. In secondo luogo, tale ingerenza si giustifica anche alla luce dell'obiettivo di apprestare un'efficace tutela a beni costituzionali fondamentali (sicurezza della Federazione o di un *Land*, etc.).

Peraltro, ai fini di operare una valutazione giuridica del modo di siffatta ingerenza sono apparsi alla Corte non poco significativi i rilievi di natura essenzialmente prognostica, quali, ad es., quello relativo al numero dei soggetti interessati dal controllo o al grado di intensità del pregiudizio recato a questi ultimi, in fine, quello relativo ai presupposti sulla base dei quali tale ingerenza verrebbe a giustificarsi, soprattutto se le persone interessate abbiano offerto ragioni per giustificare la loro sottoposizione ai controlli incrociati di polizia. Più specificatamente, con riguardo alla misura del grado di intensità del pregiudizio recato da tali controlli, i riferimenti da considerare per una valutazione di legittimità del ricorso allo strumento di polizia sono anche al fatto se i controllati restano coperti dall'anonimato, quali notizie inerenti la loro personalità sono acquisite dagli investigatori e a quali svantaggi gli interessati potrebbero andare incontro o avrebbero ragione di temere sulla base dei provvedimenti adottati <sup>(9)</sup>.

Pertanto, il grado di ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali del singolo che il ricorso alla *Rasterfahndung* è idoneo a provocare si presenta notevole, sia in relazione al contenuto dei dati da riferire all'autorità di polizia, sia anche tenendo conto del contenuto dei dati che con i primi debbono essere incrociati nella "griglia" elettronica. Con riguardo al primo profilo, il Tribunale precisa che la richiesta di trasmissione dei dati, mentre non può comprendere quelli coperti da segreto professionale o d'ufficio, si estende di solito anche a quelli riguardanti la cittadinanza, la condizione familiare, di studio, di appartenenza religiosa (incluso le convinzioni religiose

---

<sup>(8)</sup> Infatti, nel testo originario della disposizione, che è venuto qui all'esame del Tribunale costituzionale federale, al primo comma dell'art. 31 *PolG NW* si condiziona espressamente il ricorso alla *Rasterfahndung* all'esistenza di un "pericolo concreto" (presupposto che è poi venuto meno nella versione novellata dal legislatore del 2003 (25.7.03)).

<sup>(9)</sup> Per es., si ritiene che l'intensità dell'ingerenza sia alta quando si tratti di informazioni per l'acquisizione delle quali risultano fortemente pregiudicate le aspettative di affidamento del singolo (come è, per es., il caso della violazione del segreto epistolare o, ancora, quello relativo all'inviolabilità del domicilio).

del controllato) e altro. Del resto, in relazione alla disposizione legislativa dell'art. 31 *PolG NW*, il *Bundesverfassungsgericht* non ha mancato innanzitutto di prefigurare i rischi connessi alla previsione dell'ampiezza dei dati acquisibili attraverso la *Rasterfahndung*, quali, in primo luogo, il formarsi di banche dati – peraltro dalla stessa disposizione implicitamente non legittimate – costruite dalle autorità di polizia attraverso le quali poter disporre nel tempo del maggior numero di notizie riguardanti il maggior numero di individui, con l'effetto di ricostruirne in modo a volte del tutto completo l'immagine di personalità.

Con riguardo, poi, al secondo profilo, rileva il giudice costituzionale come tanto la trasmissione quanto l'utilizzo dei dati acquisiti attraverso tale strumento di polizia fondano per gli interessati il rischio di divenire oggetto di (ulteriori) provvedimenti statali di indagini<sup>(10)</sup>; a ciò va ad aggiungersi il rischio, qualora gli stessi venissero portati a pubblica conoscenza, di generare un pregiudizio nella vita quotidiana per i soggetti interessati (...) <sup>(11)</sup>. Se anche il comma 4, primo alinea, dell'art. 31 *PolG NW*, che prevede l'obbligo dell'autorizzazione giudiziaria all'uso della *Rasterfahndung*, vale a ridurre in generale il livello di segretezza del provvedimento, fino al momento della pubblicità del provvedimento, tuttavia, nella specie, nessun obbligo di pubblicazione risulta legislativamente previsto. Del resto, l'anonimato non riguarda le persone i cui dati, dopo la chiusura della *Rasterfahndung* vengono conservati per essere utilizzati anche successivamente.

Peraltro, di rilevante, sotto il profilo dell'incostituzionalità, era parso alla Corte anche il fatto che la normativa contestata, in quanto diretta al rilevamento di cd. "*Nichtstörer*" – dunque senza presupporre che i sottoposti alla misura fossero responsabili del

---

<sup>(10)</sup> ...rischio che, secondo il giudice, è molto alto e che si è mostrato fondato con riguardo alle vicende riguardanti il ricorso alla *Rasterfahndung* dopo i tragici eventi dell'11 settembre 2001.

<sup>(11)</sup> Rileva la Corte federale come l'intensità dell'ingerenza è condizionata anche dal fatto che tali controlli sono segreti – solo poche persone possono esserne informate ma in seguito all'avvenuta acquisizione dei dati. "La segretezza di un provvedimento statale di ingerenza conduce ad un innalzamento della sua intensità": così, in *BVerfG* (decisione del primo Senato del 04.4.2006), 1 *BvR* 518/02, *Rn.* 113. Peraltro, lo stesso art. 31 *PolG NW*, al quinto comma, prevede un obbligo di informazione solo a favore di quelle persone le quali sono fatte oggetto di ulteriori provvedimenti, sempre che, tuttavia, ciò non possa generare un pericolo per il raggiungimento dello scopo dell'ulteriore impiego dei dati acquisiti.

pericolo – consentisse ampie ingerenze in diritti fondamentali in assenza di ogni sospetto, investendo così numerose persone che non si trovano in alcuna relazione con una concreta condotta negativa e che, pertanto, non hanno provocato attraverso quest’ultima l’ingerenza recata dalla misura di polizia <sup>(12)</sup>. In effetti, scopo della *Rasterfahndung* avrebbe dovuto essere quello di individuare possibili “*Schläfer*” del terrore, persone dunque che vivono perfettamente integrate nella società civile senza aver concorso, con la loro condotta, a destare sospetto alcuno sulle proprie capacità omicide <sup>(13)</sup>.

Nondimeno, una tale eccessiva ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali del cittadino avrebbe finito per recare pregiudizio anche al Bene comune, giacché la libertà di autodeterminarsi costituisce “una elementare condizione funzionale di una comunità liberal-democratica basata sulla capacità di agire e di partecipare dei suoi cittadini” <sup>(14)</sup>. Ne risulterebbe penalizzata, pertanto, la spontaneità nell’agire se qualcuno percepisse la sensazione di essere continuamente sotto controllo.

La Corte non manca, poi, di rilevare come l’assenza di ogni sospetto quale connotato della presente *Rasterfahndung* risulterebbe accentuato dal fatto che proprio la insospettabilità e la buona capacità di adattamento della condotta sono acquisiti a criteri fondamentali per la ricerca dei cd. *Schläfer*. Con riguardo poi all’ampiezza della fascia di reclutamento (*Streubreite*) dello strumento di polizia, sottolinea il Tribunale costituzionale federale come rilevante sia non soltanto il numero delle persone che sono interessate dalla *Rasterfahndung* in modo pregiudizievole per i loro diritti fondamentali ma, più in generale, il contesto complessivo dei soggetti compresi nelle maglie del provvedimento.

Nello specifico, il giudice costituzionale, pur non ritenendo quest’ultimo, nella previsione del citato art. 31, comma 1, *PolG NW*,

---

<sup>(12)</sup> “*Denn der Einzelne ist in seiner grundrechtlichen Freiheit umso intensiver betroffen, je weniger er selbst für einen staatlichen Eingriff Anlass gegeben hat*”, in BVerfG, 1 BvR 518/02, Rn. 117.

<sup>(13)</sup> Pertanto, secondo quel giudice, siffatto tipo di *Rasterfahndung* necessariamente postula il riferimento a tratti generici del potenziale attentatore e, corrispettivamente, non può che fare leva su criteri assai generici di ricerca: così, in BVerfG, 1 BvR 518/02, Rn. 119.

<sup>(14)</sup> “*Denn der Einzelne ist in seiner grundrechtlichen Freiheit umso intensiver betroffen, je weniger er selbst für einen staatlichen Eingriff Anlass gegeben hat*”, in BVerfG, 1 BvR 518/02, Rn. 117.

come tale difforme dal principio di proporzionalità, tuttavia ne ha censurato l'adeguatezza in relazione alla mancata esistenza, nella fattispecie, di un pericolo sufficientemente concreto, quale la stessa disposizione impugnata aveva assunto a necessario presupposto di legittimità della misura. L'osservanza delle regole proprie dello Stato di diritto che la Costituzione richiede anche per la difesa da pregiudizi recati ai fondamenti dell'ordinamento liberal-democratico è, dalla Corte, evocato quale parametro di riferimento della legittimità di ogni disciplina in tema di lotta al terrorismo e non sconta eccezioni nemmeno per la realizzazione dell'istanza di sicurezza che, dunque, non potrebbe essere perseguita nel suo massimo grado sacrificando i diritti di libertà <sup>(15)</sup>. Nella specie, l'impiego della *Rasterfahndung* produce ampie ingerenze nella sfera di diritti fondamentali di persone, in assenza totale di elementi di sospetto, con l'effetto di "rastrellare" potenziali terroristi e contro di questi adottare ulteriori provvedimenti di indagine.

La dichiarazione di incostituzionalità consegue coerentemente dal difetto, nella specie, di un presupposto fissato dalla legge statale che finiva per rendere ingiustificata e, perciò, illegittima l'ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali di coloro che, come il ricorrente, erano capitati nelle maglie del controllo di polizia. È altrettanto vero, che se lo schema argomentativo del giudice costituzionale rispetta senz'altro le premesse di natura ontologica richiamate con riguardo al diritto fondamentale alla riservatezza, tuttavia, come la categoria del "pericolo concreto" difficilmente avrebbe potuto rappresentarsi, nel caso di specie, attraverso la forma ordinaria tipizzata dagli ordinamenti di polizia. Come è stato anche più volte evocato in differenti passaggi della parte motiva, l'obiettivo della *Rasterfahndung* di cui all'art. 31, comma 1, *PolG NW*, era diretto all'individuazione, nella zona, di potenziali *Schläfer* i quali, di norma, non offrono alcun elemento di sospetto atto a consentirne o facilitarne il riconoscimento.

La censura irrogata dalla Corte, adombra piuttosto l'espressione di un giudizio circa la generale inutilizzabilità di tale stru-

---

<sup>(15)</sup> Molto importante è l'affermazione della Corte secondo cui il rispetto dello Stato di diritto vale anche per il perseguimento degli obiettivi fondamentali della sicurezza e della difesa della popolazione. Poiché la stessa Costituzione esclude il perseguimento dello scopo della sicurezza assoluta a prezzo dell'annullamento della libertà: v. BVerfG, 1 BvR 518/02, Rn. 128).



mento nell'ambito di una strategia di prevenzione nei confronti di atti terroristici che sia la sola compatibile con i caratteri dello Stato costituzionale di diritto. Ciò, anche se di rilievo, tra le argomentazioni addotte, è il passaggio in cui si ammette che il legislatore, nella organizzazione dei poteri di ingerenza nella sfera dei diritti fondamentali, non debba sentirsi necessariamente vincolato alla tradizionale soglia connessa al concetto di "pericolo", cui si riferisce il diritto di polizia. Ben potrebbe, allora, tale soglia abbassarsi al di sotto del livello ordinario della proporzionalità per quanto attiene alla tutela di particolari esigenze che, peraltro, nella fattispecie sottoposta a giudizio non vengono rilevate. Tuttavia, nell'operazione di ragionevole bilanciamento tra valori ed interessi concorrenti, l'attenzione agli obblighi statali di tutela derivanti dalle disposizioni di principio della Costituzione nonché dalle stesse prescrizioni dei diritti di libertà non deve giungere a determinare una sottovalutazione o anche una totale inefficacia del divieto di ingerenze inadeguate nella sfera dei diritti fondamentali. Pertanto, l'adempimento di siffatti obblighi ammette il ricorso unicamente a mezzi che non generano contrasti con il dettato costituzionale.

Del resto, il giudice costituzionale, richiamando i precedenti, ha ricordato come alla stregua del parametro di proporzionalità in senso stretto possa ritenersi anche un assoluto divieto di ingerenze nella sfera dei diritti fondamentali, quantunque operate a scopo di indagine su persone nell'ambito della sicurezza interna.

In definitiva, se la Costituzione non impedisce al legislatore di sviluppare ulteriormente e, così, rivisitare i tradizionali vincoli che al diritto di polizia discendono dai caratteri dello Stato di diritto, sul fondamento verifica di nuove o mutate situazioni di pericolo o di minaccia di un pericolo, le valenze proprie dei valori concorrenti – ed, a volte, collidenti – della libertà e della sicurezza non possono, tuttavia, essere da quest'ultimo significativamente spostate o alterate. Il riferimento vincolante al parametro della proporzionalità "in senso stretto" impone dunque l'obbligo di osservare sempre un adeguato bilanciamento tra la specie e l'intensità dell'ingerenza nei diritti fondamentali provocata dall'attivazione di uno strumento di indagine e gli elementi della fattispecie che giustificano tale ingerenza, quali, ad es., la soglia di intervento o l'importanza dei beni protetti. Così, quanto più grave sia il pregiudizio minacciato o imposto al Bene giuridico considerato e quanto meno pesante sia, invece, l'ingerenza operata nel diritto fondamentale di che trattasi, tanto minore può apparire la probabilità con la quale dedurre una violazione a tale bene e, così, uno scarso effetto di consolidamento posso-

no avere i fatti su cui il sospetto si fonda. Poiché perfino con riguardo al più grave pregiudizio al Bene giuridico in considerazione non può difettare dal punto di vista della legittimità costituzionale il presupposto di una “sufficiente probabilità”<sup>(16)</sup>, mai potrebbe l’impiego della *Rasterfahndung* essere autorizzato in un ambito che precede tale soglia di presenza di un “pericolo concreto” e, dunque, a prescindere dalla sussistenza di elementi di sospetto per le persone interessate.

Ciò, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, non richiede necessariamente che il pericolo si profili come “attuale” (*gegenwärtig*), secondo anche l’espressione dell’art. 31, comma 1, *PolG NW*; tale è il pericolo che ha già cominciato ad evidenziare gli effetti dell’evento criminoso o che, comunque, prefigura tale evento come imminente. Diversamente, il giudice ha ritenuto sufficiente a giustificare il ricorso alla *Rasterfahndung* almeno l’esistenza di un pericolo “concreto” per i Beni giuridici minacciati pur se, a tal riguardo, ha precisato che l’apprezzamento prognostico di probabilità del suo verificarsi deve in ogni caso essere fondato su elementi di fatto e non su vaghe supposizioni. Pertanto, di pericolo “concreto” secondo il Tribunale può parlarsi in caso di pericolo durevole nel tempo quando la probabilità del compiersi dell’evento dannoso esiste per un tempo, più lungo rispetto a quel determinato momento. Anche con riferimento alla supposizione di un concreto pericolo di durata generata, in particolare, dall’esistenza di potenziali attentatori (cd. *Schläfer*) sono necessari fatti sufficientemente fondati per giustificare il ricorso alla misura preventiva di polizia. Così, non basta il fatto, che nella pratica non potrebbe essere escluso, della preparazione nel territorio tedesco, di atti terroristici; o anche condizioni di tensione legate alla politica estera, per legittimare l’ingerenza attraverso la *Rasterfahndung* nel diritto fondamentale alla riservatezza. La legittimità di una tale ingerenza, invece, postula l’esistenza di ulteriori fatti, da cui risulterebbe un concreto pericolo, ad es., perché esistono effettivi indizi della preparazione di atti terroristici o della presenza in Germania di persone che si preparano a compiere attentati, che in tempi prevedibili devono essere commessi nello stesso territorio tedesco o in altri luoghi. In definitiva, il limite dell’esistenza di un pericolo concreto è assunto a paradigma della proporzionalità

---

<sup>(16)</sup> “*Insbesondere lässt die Verfassung grundrechtseingreifende Ermittlungen ins Blaue hinein nicht zu*”, in BVerfG, 1 BvR 518/02, Rn. 136.

della *Rasterfahndung* nel singolo caso in cui quest'ultima viene posta in essere.

Per altro verso, la Corte costituzionale federale riconosce che l'autorizzazione di cui all'art. 31, comma 1, *PolG NW* soddisfi i requisiti costituzionali tanto della determinatezza quanto anche della chiarezza normativa, nella misura in cui il suo ambito di applicazione venga inteso nel senso rappresentato nella decisione. Tra l'altro, il legislatore statale ha soddisfatto il bisogno – rilevante sul piano della legittimità costituzionale allorquando trattasi di ingerenze nel diritto alla riservatezza – di determinare in modo preciso e specifico in relazione all'ambito di rilevamento la finalità dei dati <sup>(17)</sup>.

All'esito delle argomentazioni esposte dal *Bundesverfassungsgericht* è la censura delle decisioni adottate dai giudici di merito di primo, secondo e terzo grado – contro le quali il ricorrente aveva proposto la *Verfassungsbeschwerde* – che si basavano su un'interpretazione ampia del concetto di “pericolo attuale” e, così, su una sostanziale trasfigurazione di senso dell'autorizzazione prevista dall'art. 31, comma 1, *PolG NW* in un potere di indagine in una sfera che ancora precede l'esistenza della condizione di un pericolo concreto. Tali decisioni, dunque, avrebbero conferito al concetto di “pericolo attuale” richiamato nella norma in questione un contenuto che non soddisfa le istanze costituzionali connesse al contenuto dei diritti fondamentali. Tra tali istanze, quella secondo cui una *Rasterfahndung* può ragionevolmente indirizzarsi contro soggetti non ritenuti sospetti e legittimare, così, ingerenze nel diritto alla riservatezza di questi ultimi quando sussista, in ogni caso, un pericolo fondato su elementi di fatto, il quale perciò alimenta la supposizione che sulla base dell'acquisizione e dell'indagine relativa a dati di determinate persone si possano adottare provvedimenti in grado di scongiurare il realizzarsi dell'evento temuto.

Merita rilevare, del resto, come un'accezione essenzialmente tuziorista del riferimento all'esistenza di un pericolo concreto quale necessario presupposto per un legittimo utilizzo della *Rasterfahndung* sia apparsa, seppure con qualche differente sfumatura interpretativa, unanimemente assunta nell'indirizzo della giu-

---

<sup>(17)</sup> Del resto, l'istanza di determinatezza è assecondata “in quanto il concetto riportato nella citata disposizione degli ‘altri dati necessari per il singolo caso’” con riguardo allo scopo normativo di difesa dal pericolo e con riguardo alla verifica, a cosa questi dati sono “necessari, può essere così concretizzata che il principio di proporzionalità resta impregiudicato”: v. BVerfG, 1 BvR 518/02, Rn. 152.

risprudenza di merito. In tal senso, ad es., va l'orientamento del giudice amministrativo di Mainz, che peraltro non ha escluso l'impiego di tale strumento di indagine nemmeno con riguardo alle situazioni di pericolo esistenti al di fuori del territorio federale, mentre altri giudici – come, ad es., quelli dell'Hessen ed il Tribunale di Berlino – hanno ritenuto, in particolare, la sola *possibilità* (corsivo mio: n.d.r.) che anche sul territorio federale potessero avvenire in futuro attentati di matrice terroristica non sufficiente ad integrare la condizione di “pericolo attuale”. Essendo l'autorizzazione alla *Rasterfahndung* subordinata ad una riserva di giurisdizione, è al giudice competente che spetta l'apprezzamento della sussistenza di siffatto presupposto, peraltro entro una sfera di valutazione che non può essere contenuta nell'ambito di un mero controllo di “plausibilità”.

---

## *Interpretazioni e opinioni*

---

MARIA GABRIELLA ESPOSITO

### **Fondazione teoretica o tutela dei diritti dell'uomo?**

È un interrogativo che sollecita una riflessione sul problema dei rapporti uomo-mondo che può essere studiato da tre prospettive diverse: *cosmocentrica*, *antropocentrica* e *teocentrica*.

Vi è un momento felicissimo dell'esperienza umana in cui l'uomo vive in modo profondamente unitario con il cosmo.

Nella prospettiva cosmocentrica non c'è distinzione tra il mondo naturale governato dalle leggi della necessità ed il mondo umano governato dalle leggi della libertà.

Questa unitarietà cosmocentrica è stata la caratteristica di tutto il periodo che ha preceduto la nascita della filosofia. Ha accompagnato i primordi, periodo descritto dalla grande opera di Omero e di Esiodo tracciato in modo mirabile dai lirici greci.

Il destino, la "*moira*" diventa nella cultura greca una legge di necessità che è legge non solo della vita biologica ma anche di quella etica. Sul piano istituzionale l'uomo vive la propria esperienza in sintonia con le leggi della città: disobbedire ad una legge della *polis* non era soltanto un atto antiggiuridico ma anche violazione di una legge etica.

In questo orizzonte non c'è libertà, non c'è responsabilità e pertanto i diritti non sorgono perché non c'è il dovere di rispettarli e di riconoscerli <sup>(1)</sup>.

---

<sup>(1)</sup> R. MONDOLFO, *La comprensione del soggetto umano nell'antichità classica*, Firenze 1958; ID., *Alle origini della filosofia della cultura*, Bologna 1956; F. D'AGOSTINO, *Per una archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Milano 1979; F. CAVALLA, *La verità dimenticata: attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Padova 1996; F. TODESCAN, *Considerazioni sulla genesi dell'idea di giustizia in un frammento di Anassimandro*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1968; A. CAPIZZI, *Anassimandro e la natura come modello ideale della città*, in *Filosofia e società*, 1981.

Nella prospettiva antropocentrica l'uomo vuole recuperare un posto nell'universo, partecipare alle sorti della sua vita ed essere responsabile. La matrice ideologica di questa esigenza è decisamente o individualistica o collettivistica: due anime che accompagnano la cultura moderna facendola approdare ad una mentalità tecnocratica.

La ragione è un agente primario di trasformazione non solo della natura ma anche dei rapporti sociali, essa ha la pretesa indebita di una conoscenza esaustiva e tale pretesa si trasforma poi in ansia di possesso e quindi di dominio e di sfruttamento.

La separazione cartesiana tra *res cogitans* e *res extensa* altro non è che separazione del pensiero dalla vita, riduzione del corpo a sostanza estesa, a qualcosa di manipolabile, ad una macchina che può essere sottoposta al volere ed all'arbitrio dell'istanza pensante.

L'assunto racchiuso nel pensiero di F. Bacone che "solo la scienza può migliorare le condizioni dell'umanità porta alla convinzione che la società sia una immensa officina il cui scopo esclusivo è la produzione e l'organizzazione di forze per conquistare il mondo mediante la tecnica. Ciò determina uno sfruttamento sempre più intenso di risorse materiali attraverso uno smisurato apparato produttivo che rischia, ritorcendosi sull'uomo, di schiacciarlo" <sup>(2)</sup>.

È la mentalità dell'*homo faber fortunae suae* che celebra la sua libertà disancorata da un ordine oggettivo dall'ordine interno delle cose avendo perso il senso del suo valore universale.

In questo contesto risulta minacciata la cultura dei diritti, si desidera l'uomo del profitto e non della fecondità, si alimenta quella grande legge del profitto che emargina le esistenze più fragili: bambini, giovani, anziani.

Si ha dunque una falsa idea di umanità perché l'uomo è catturato da ingranaggi, automatismi, conformismi sociali e cerca di

---

<sup>(2)</sup> AA.Vv., *La società criticata*, Napoli 1974; L. LOMBARDI VALLAURI-G. DILCHER, *Cristianesimo la secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallauri-G. Dilcher, II, Baden-Milano 1981; W. DILTHEY, *L'analisi dell'uomo e l'intuizione della natura. Dal Rinascimento al secolo XVIII*, Firenze 1927; N. BOBBIO, *Le origini del giusnaturalismo moderno ed il suo sviluppo nel secolo XVII*, Padova 1966; P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Napoli 2000; G. DEL VECCHIO, *Su la teoria del contratto sociale*, ora in ID., *Contributi alla storia del pensiero giuridico e filosofico*, Milano 1963; A. DEL NOCE, *Il problema dell'ateismo*, Bologna 1964; ID., *L'epoca della secolarizzazione*, Milano 1970; F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, Milano 1987; ID., *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, III, Milano 2001.

vivere nella storia riparandosi dai colpi della storia, cerca di vivere nel presente evitando le fatiche del presente. Egli non domina più né con il pensiero né con l'azione la sua vita e si perde come anonimo nella folla.

Si ha una falsa idea di vita perché l'unico metro per misurare l'esistenza è il potere, il denaro, il successo e l'uomo si perde nella futilità in un desiderio di comodità, in pigrizie, in chiacchiere nell'automatismo di adempimenti esteriori. Da qui la perdita del senso del tempo e del legame vitale con la vita dei Padri.

Perdita della durata delle cose che non hanno più il marchio dell'artigianalità dell'artista e le cose non sono più per durare ma per corrispondere tecnicamente ad un bisogno.

Le informazioni di massa, destinate all'individuo generico, non consentono di fare uso della propria individualità perché l'uomo è costretto a volere, sentire, pensare cose che riempiono l'aria.

La società cessa di essere una unione di persone e diventa un insieme di processi produttivi che sacrificano intelletti e coscienze. Si ha una falsa idea di libertà la quale è intesa come liberazione da ogni legge che si stacca dall'ordine oggettivo, dall'ordine interno delle cose per dare spazio alla rivolta del violento e dell'incoscienze<sup>(3)</sup>.

E così al posto dell'uomo rimane un animale sofferente che non sente più il tempo del suo vivere perché non conosce più il rapporto umano avendo perso il senso del suo valore universale.

Infatti guerre, violenze, disoccupazione, miserie abitano l'uomo a considerarsi come precaria coesistenza che in sé non vale nulla.

La vita si riduce a creazione ed arbitrio di potenti i quali si sostituiscono alla delicata tessitura dell'uomo semplice, alla gelosa autonomia del mondo storico. Essa si disumanizza in mostruosi organismi di interessi in una tirannica trama di rapporti, attanagliata dalla propria funzione sociale.

---

<sup>(3)</sup> G. CAPOGRASSI, *Le ambiguità del diritto contemporaneo*, in *La crisi del diritto*, Padova 1953, 13-47, ora in *Id.*, *Opera Omnia*, V, Milano 1959, 385-427; *Id.*, *Incertezze sull'individuo*, in *Scritti di sociologia e politica in onore di Luigi Sturzo*, Bologna 1953, I, 255-291, rist. con *Introduzione* di S. COTTA, Milano 1972, ora in *Opera Omnia*, V, cit., 429-470; *Id.*, *Su alcuni bisogni dell'individuo contemporaneo*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1955, 413-455, rist. in *AA.Vv.*, *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Padova 1957, 299-351 e con il titolo *Persona e pianificazione in Justitia*, 1955, 153-198, ora in *Opera Omnia*, V, cit., 483-543.

Essa esce dunque dal quadro di senso ed è ridotta a puro materiale biologico di cui poter disporre. In questo orizzonte culturale non vi è posto per una “*regola aurea*” dovere-diritto, ma solo per l'esercizio di un potere che crea leggi le quali possono essere sottese da una mirabile confusione tra etica e diritto, tra essere e dover essere tra reale ed ideale, tra soggetto ed oggetto <sup>(4)</sup>.

Legge dunque creata e modificata dalla sovranità politica alla quale è consentito di pensare il vero ed il falso, di cogliere il bene ed il male, perché tutto ha valore in quanto nulla ha valore.

A questa prospettiva imbevuta di razionalismo filosofico, di relativismo etico, di materialismo giuridico, occorre lanciare una sfida. Il bisogno di giustizia è un momento primordiale che sta a monte della fenomenica giuridica e che giustifica nel giudizio della sovranità politica la creazione di norme informate a scelte etiche razionalmente accettabili se conformi a valori oggettivi preesistenti nella loro perennità a qualsiasi funzione legislativa <sup>(5)</sup>.

La storia dell'umanità non ha conosciuto solo l'*homo faber* ma anche l'*homo sapiens*, l'uomo che riceve una legge che agisce e genera in lui una crescita in modo da consentire all'intelligenza (*intus-legere*) di entrare in una dimensione del sapere ed attingervi il bene e consentire alla volontà di fare il bene appreso in modo da poter godere della sapienza intuita e del bene compiuto.

È l'uomo in dialogo con la verità, la virtù e la felicità mediante l'intelligenza, la volontà, il sentimento, sfere ideali nelle quali egli si muove e respira <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(4)</sup> A. ROSMINI, *Antropologia in servizio della scienza morale* (1838), a cura di C. Riva, Roma 1954 (nuova ed. a cura di F. Evain, Stresa-Roma 1981); ID., *Filosofia della politica* (1939), a cura di M. D'Addio, Milano 1972 (nuova ed. a cura di S. Cotta, Milano 1985).

<sup>(5)</sup> ID., *Filosofia del diritto* (1841), LXI, a cura di R. Orecchia, Padova 1969; ID., *La Costituzione secondo la giustizia sociale* (1848), in *I progetti di Costituzione. Saggi editi ed inediti*, I, a cura di C. Gray, Milano 1952; D. ZOLO, *Il personalismo rosminiano. Studio sul pensiero politico di A. Rosmini*, Brescia 1963; AA.VV., *Rosmini: Etica e politica*, Atti del XXIV Corso della Cattedra Rosmini, Stresa-Milazzo 1991.

<sup>(6)</sup> AA.VV., *Poesia Verità e Mistica* (Rosmini Manzoni Reborà), Atti del XIX Corso della Cattedra Rosmini, Stresa-Milazzo, 1986; AA.VV., *Pensiero rosminiano e cultura contemporanea*, Atti del XX Corso della Cattedra Rosmini, Stresa-Milazzo 1987; M.T. ANTONELLI, *Lascesi cristiana in A. Rosmini*, Milazzo 1952; ID., *Studi rosminiani e problemi di ontologia intrinsecistica*, Milano 1955; G. BESCHIN, *La comunicazione della persona nella Filosofia di Rosmini*, Milano 1964; B. BRUNELLO, *Rosmini dal sistema all'etica del pensiero politico*, Bologna 1963; G. GONELLA, *La filo-*



Ed è una via maestra che consente all'uomo di inserirsi a pieno titolo nella vita operosa di una civiltà per consegnarsi alla responsabilità delle sue azioni ed alla capacità di fare storia.

È questa la prospettiva teocentrica che disimpegna dal contingente e fa maturare la consapevolezza di una esistenza che ha un "oltre" che non è orgogliosamente chiusa in se stessa, contrapposta alla natura, ma una esistenza che cerca di scoprire nella natura una legge entro la quale poter rintracciare la propria autentica vocazione (7).

Non c'è verità perché il pensiero la pensi, ma c'è il pensiero in quanto essa verità è presente e ne costituisce l'essenza.

L'intelligenza nell'aderire a tutto ciò che è ed ha (vita, beni, felicità) entra in una realtà totale, vi attinge una legge oggettiva, legge che oltrepassa le illusioni del presente che, mettendo a nudo le minacce di formalismo e di dogmatismo di una civiltà giuridica e politica, pone a fondamento dell'esistenza l'incontrovertibilità dei valori. Allora non è il gioco delle utilità che costituisce la grande forza che assicura la cultura dei diritti e non è il mutare delle condizioni storiche, ma un sentire che qualcosa appartiene alla vita prima che la comunità nasca e le appartiene con tutti i caratteri dell'unità, esclusività, perché fonte e sede del "divino". Il "divino" non è Dio, ma raggio di luce che illumina senza conoscere la fonte, condizione ed orizzonte di ogni diritto ed essendo il "divino" (8) comune a tutti gli uomini, fonda e costituisce il vincolo etico e giuridico dell'umanità e così appare degno di specifico approfondimento in relazione alla

---

*sofia del diritto secondo Antonio Rosmini*, Roma 1934; ID., *Il principio del diritto nel sistema filosofico di Antonio Rosmini*, Palermo 1935; T. MANFREDINI, *Essere e Verità in Rosmini*, Bologna 1965.

(7) P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Bari 1989; B. PARADISI, *Studi sul Medioevo giuridico*, Roma 1987; D. QUAGLIONI, "Civitas sapientia". *Bollettino giuridico e dottrine politiche fra Medioevo ed età moderna*, Rimini 1989; A. PADOVANI, *Perché chiedi il mio nome? Dio, natura e diritto nel secolo XII*, Torino 1997; F. CAVALLA, *Scientia, Sapientia ed esperienza sociale*, II, Padova 1974; S. COTTA, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, Torino 1955; R.M. PIZZORNI, *Il fondamento etico religioso del diritto secondo S. Tommaso d'Aquino*, Roma 1968; ID., *Il contenuto del diritto naturale secondo San Tommaso d'Aquino*, in AA.VV., *S. Tommaso e la filosofia del diritto oggi*, Roma 1975.

(8) A. ROSMINI, *Del Divino nella natura* (1869), a cura di P.P. Ottonello, Stresa-Roma 1991; ID., *Antropologia soprannaturale* (1884), a cura di U. Muratore, Stresa-Roma 1983; C. RIVA, *La società teocratica*, Brescia 1963; ID., *Attualità di Rosmini*, Roma 1970.

persona <sup>(9)</sup>. Persona, potenza di sentire il giusto e l'ingiusto nell'orizzonte rivelativo dell'essere la cui mediazione impartisce la grande lezione del "non nuocere" del "non usare violenza" ed alla cui apertura la persona coglie l'amore, l'amicizia, l'umiltà, la carità, insomma tutto ciò che costituisce l'indistruttibile cemento della vita sociale perché essenza e fondamento della moralità.

E così il diritto sorge in questo orizzonte nel momento in cui è fonte per altri di morale obbligazione: "Non fare agli altri ciò che non vuoi sia fatto a te". È un precetto che è rimasto nel tempo ed è il fondamento di ogni società anche se diverse sono le culture.

Non basta la semplice coesistenza di più persone, non basta un mero rapporto fondato su fatti e convenzioni, occorre l'oggettività della legge morale nella coscienza interiore dell'uomo. Legge oggettiva che aiuta l'uomo stesso a spogliarsi dei propri interessi, ad uscire dalle proprie chiusure, ad immedesimarsi nell'altro facendo suoi i sentimenti, i pensieri, le volizioni, ad amare l'altro per quello che è e per quello che merita, soltanto allora egli conosce e riconosce <sup>(10)</sup>.

Allora il riconoscimento precede la tutela e la protezione, viene prima il sorriso, l'accoglienza da parte dell'uomo, della vita e poi verrà l'anagrafe. Ritrovare nella natura la sede di una forma significa recuperare una dualità tra il celeste ed il terrestre nella quale l'avventura umana o decide di aprire la porta dell'essere o decide di perdersi.

I diritti nascono dal possesso di questa carica di durezza, di resistenza, di indisponibilità dell'oggetto, ostacolo insuperabile a tutte le manipolazioni e quindi nasce la dignità e la libertà della persona. Libertà che conosce la grande lezione del "non nuocere",

---

<sup>(9)</sup> M.F. SCIACCA, *La libertà ed il tempo*, a cura di M.F. Sciacca, Milano 1965; Id., *Luomo questo squilibrato. Saggio sulla condizione umana*, Milano 1973; F. MERCADANTE, *Il regolamento della modalità dei diritti*, Milano 1974.

<sup>(10)</sup> B. BRUNELLO, *La "forma morale" dell'essere in A. Rosmini. Il principio di inoggettivazione*, in AA.VV., *L'essere morale ed ideale in A. Rosmini*, cit., 1955, 247-251; R. LAZZARINI, *Il punto critico dell'ontologia rosminiana: l'inoggettivazione*, Atti del Congr. Intern. di Fil. "A. Rosmini", II, Firenze 1957, 327-360; F. PIEMONTESE, *Oggettività filosofica e non oggettività ideologica*, in *Ideologia e filosofia*, Atti XXI Corso di Gallarate, Brescia 1957, 234-236; M.F. SCIACCA, *Ontologia triadica e trinitaria*, Milano 1972, 145-149; G. BESCHIN, *L'inoggettivazione in A. Rosmini*, in *Rivista rosminiana*, 1975, 43-75; C. BERGAMASCHI, *L'essere morale nel pensiero filosofico di Antonio Rosmini*, Stresa 1982, 101-105.

“non ledere”, “non usare violenza” perché il diritto possa mandare il guizzo più bello nell’istante in cui si spegne.

Le reali trasformazioni sociali, giuridiche e politiche avvengono proprio qui nella negatività del dovere giuridico come fonte eudemonologica che si alimenta di quel “divino” che è la terra franca dell’oggettività.

Diritto è piacere, piacere che nasce nell’atto del riconoscimento dell’ordine dell’essere di cui si avverte tutta la complessità e la misteriosità, ma è anche dolore, dolore per la violazione, gemito puro della persona per la rottura della sua connessione con l’essere, fonte del suo sostanziale ed originale atto di libertà <sup>(11)</sup>.

E così tutti gli istituti giuridici costituiscono la prova eloquente di un vincolo universale nel bisogno dell’uomo di superare se stesso per contribuire a dare vita alla legge delle cose, perché al di là di tutte le determinazioni del mondo storico, resti un vincolo etico e giuridico che a lui sopravvive.

È così possibile una convergenza tra istituzioni giuridiche e valori inalterabili della vita e l’uomo deve rendersi conto sempre più ed in modo particolare che la vita più profonda non è quella empirica, contingente, episodica, ma quella in cui si misurano i valori che decretano cosa sia il veramente esistente, cosa sia l’effimero.

Egli si allontana dalle insidie del male, comunicando con gli altri mediante il contratto, assumendo doveri (responsabilità), stabilendo unità di vita (matrimonio e famiglia), legandosi spiritualmente e materialmente alle cose (proprietà) <sup>(12)</sup>.

La sete di giustizia è un momento primordiale che sta a monte della fenomenica giuridica e che giustifica nel giudizio dell’argomentazione giuridica la creazione di norme informate a scelte etiche razionalmente accettabili se conformi a quell’orizzonte normativo che precede nella sua perennità a qualunque funzione legislativa.

---

<sup>(11)</sup> Si legga il dibattito su *La forma morale dell’essere. Verità e Libertà nel mondo contemporaneo*, Atti del XXVIII Corso della Cattedra Rosmini, Stresa 1955, con il prezioso contributo di V. MATHIEU, M.A. RASCHINI, G. GIANNINI, TADEUSZ STYCZEN, M. SANCHEZ, A. NEGRI, G. GALLONI, G. MARINI, S. MORAVIA, D. ANTISSETTI, M. BALDINI, P. PRINI, U. MURATORE, E.M. ANDRIONESI.

<sup>(12)</sup> Il lettore più acuto, più autorevole e più rosminiano in senso filosofico che il *Diritto secondo Rosmini* abbia trovato è Capograssi. Cfr. F. MERCADANTE, *Il regolamento della modalità dei diritti*, cit., 92 ss.

Solo con uno strumento legislativo che al momento della previsione “diritto di pretendere” faccia seguire quello della “fruizione”, godimento effettivo del bene, è possibile riscattare la sovranità politica, il legislatore, dalla caduta nella ragione pratica (il giornalista) per elevarla all'intelligenza morale in virtù della quale essa possa “salvare la legge” dagli attacchi lesivi e la possa “servire” essendo questa il modo riflesso di un ordine superiore <sup>(13)</sup>.

La fondazione teoretica ed etica dei diritti lancia una sfida al mondo, all'Europa di ieri e di oggi in cui sembra proprio vincente la linea positivista che, nel sopprimere i due momenti, il soggettivo e l'oggettivo, conferisce ad unità indifferenziate a fantasmi giuridici, il primato morale e giuridico di un diritto di natura che è anche un diritto di ragione riservato viceversa alla persona umana.

Se la coscienza di occidente sente la necessità di commisurarsi all'essenza, non può non legare il suo destino etico e giuridico a quello ontologico.

È un modo questo per scuotere le radici stesse di una civiltà che, pur avendo compiuto tanti secoli di storia, deve imparare a pensare ed agire nell'ordine dell'essere <sup>(14)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> La tentazione dispotica è quella di considerare la società civile l'unica società. L'individuo in Rosmini, proprio perché centro di un mondo più animato regge da solo l'antagonismo con la società; cfr. F. MERCADANTE, *op. cit.*, 520; C. RIVA, *Prefazione* a A. ROSMINI, *La società teocratica*, Brescia 1963, 12 ss.

<sup>(14)</sup> A. ROSMINI, *La Costituzione secondo la giustizia sociale* in *Progetti di Costituzione*, cit. Ogni potestà viene da Dio tanto quella del Principe quanto quella del secondino o del maestro di scuola. Cfr. M. NICOLETTI, *Aspetti teologici nel pensiero politico di Rosmini*, in AA.VV., *Credere pensando*, a cura di Menk-Staglioni, Brescia 1997, 521 ss.; A. ROSMINI, *La dottrina della carità*, Discorso IV, Domodossola 1954, 171 ss.; G. LORIZIO, *Ricerca della verità metafisica della carità*, in AA.VV., *Credere pensando*, cit., 461-486, 509-531.

---

## *Discussioni e recensioni*

---

GABRIELLA SAPUTELLI

***discussione su***  
**N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942**

1. *Introduzione*

Ancora oggi non riusciamo a liberarci dal pregiudizio secondo cui lo studio della consuetudine possa apparire meno degno di trattazioni scientifiche delle altre fonti, a causa della posizione marginale che essa riveste in seno all'ordinamento statale che la colloca all'ultimo posto della sua scala gerarchica <sup>(1)</sup>.

Tuttavia, non si può negare che la consuetudine esercita un "fascino come pochi altri argomenti" <sup>(2)</sup>, oltre che una profonda utilità, rappresentando di certo un vero e proprio "banco di prova per la teoria del diritto" <sup>(3)</sup>.

Queste sono le impressioni suscitate dalla rilettura di un testo che ha segnato un punto decisivo, non solo in merito alla riflessione sull'argomento specifico, ma anche in relazione alle trasformazioni che hanno caratterizzato il periodo in cui ha trovato gestazione, segnato da profonde modificazioni dell'assetto politico e istituzionale, con inevitabili riflessi nel sistema delle fonti. Il testo è una delle prime opere di Bobbio, scritto nel suo

---

<sup>(1)</sup> Esso appare diretta conseguenza di atteggiamenti passati, come nel 1947 ha notato anche M.S. Giannini all'inizio della sua recensione al libro di Bobbio, oggetto della trattazione: "è una vecchia osservazione che sulla consuetudine si è scritto molto di più di quel che meriterebbero l'importanza e le dimensioni di essa nel diritto positivo" (M.S. GIANNINI, *Sulla consuetudine*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1947, 89-96).

<sup>(2)</sup> La citazione è sempre di M.S. GIANNINI, *op. cit.*

<sup>(3)</sup> L'espressione è di N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942, 92. Una non dissimile affermazione la si ritrova nel lavoro enciclopedico di Carlo Esposito: "la consuetudine svela assai più del diritto scritto il mistero della nascita delle disposizioni di diritto obiettivo" (C. ESPOSITO, *La consuetudine costituzionale*, in *Id.*, *Diritto costituzionale vivente*, Milano 1992, 283-342; lo scritto riproduce quanto apparso in *Studi in onore di E. Betti*, I, Milano 1962, 597-639, che a sua volta riflette, con alcune integrazioni, la voce *Consuetudine (diritto costituzionale)*, apparsa in *Enc. dir.*, IX, Milano 1961, 456-476).

periodo di “apprendistato” <sup>(4)</sup>, e poi rimasto punto di riferimento non solo per i lavori successivi dello stesso autore sull’argomento (in particolare per l’omonima voce enciclopedica), ma anche per altri studiosi che si sono interessati al tema.

Lo studio si presenta come un lavoro di teoria generale, mancante di riferimenti al contesto positivo del periodo <sup>(5)</sup>, ma non per questo espressione di una esercitazione erudita sul tema, poiché l’autore, pur trattando di uno specifico argomento, si propone di rivalutarlo nell’ambito di una più vasta teoria delle fonti e di un più interessato tentativo di comprendere, da un lato, l’intero fenomeno normativo e, dall’altro, gli sconvolgimenti della scienza giuridica del periodo, al fine di richiamare l’attenzione e aprire una discussione sulle fondamenta di un “edificio che vacilla” <sup>(6)</sup>. Egli offre all’uopo due fondamentali avvertimenti metodologici che costituiscono lo schema di lavoro dell’opera stessa: abbracciare il più largo campo possibile dell’esperienza giuridica, cioè evasione da un ordinamento giuridico particolare che impedisce di vedere le varie fonti allo stato puro, nel caso in questione il diritto consuetudinario rispetto al diritto statale, ma, al tempo stesso (ed ecco il secondo avvertimento), non trascurare l’esistenza stessa dell’ordinamento positivo poiché “il diritto non è regola astratta, ma è posto e vige in funzione di un ordinamento, in vista e a mezzo di una organizzazione sociale”.

In tal modo, la scelta di analizzare, solo al termine del lavoro, la consuetudine così come si pone in rapporto con l’ordinamento statale, rispecchia l’intenzione dell’autore di comprendere il fenomeno solo dopo aver sgomberato il campo da preconcetti e pregiudizi. Attraverso l’analisi e la critica, mai aprioristica, delle varie teorie che si sono susseguite nel corso del Novecento, l’autore riesce a dimostrare che la posizione rivestita attualmente dalla consuetudine appare espressione di una scelta storica e, pertanto, relativistica. È ponendosi a questo livello che l’autore cerca di scorgere, dietro opinioni pur variamente argomentate, il riflesso di preconcetti mutuati da precise concezioni dominanti, da cui occorre liberarsi. Preconcetti di cui è profondamente intriso lo stesso concetto di diritto, tale da influenzare ogni successiva trattazione sul tema.

Così, pur nell’ambito di un argomento specifico, vengono ripercorse le vie elementari del diritto, e messo a tema l’origine del fenomeno normativo, utilizzando argomentazioni scientifiche, ma soprattutto grazie all’ausi-

---

<sup>(4)</sup> Come Bobbio stesso affermerà successivamente nella *Premessa* a N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994.

<sup>(5)</sup> Ci si riferisce alle Preleggi al Codice civile che ha visto la luce nello stesso anno e alla legislazione fascista.

<sup>(6)</sup> N. BOBBIO, *La Consuetudine*, cit., 12: “quando il problema delle fonti acquista onore di riflessioni e dibattiti (...) è segno che il mondo giuridico sta attraversando una fase di trasformazione e non ha ancora trovato il suo assestamento” per questo “la scienza giuridica deve ricominciare dal problema delle fonti se vuol mettersi alla pari con la vita che, a dispetto dei giuristi e ad onta dei filosofi, ha sconvolto gli istituti tradizionali e con essi travolti i pacifici schemi”.

lio di un particolare strumento: l'esperienza giuridica ("cioè al mondo delle azioni che costituiscono il diritto, al diritto visto non più nella sua struttura oggettiva, ma nel suo costituirsi, concretezza, storicità"). Ecco le motivazioni della scelta dell'argomento, che l'autore intende esaminare "allo stato puro, liberata da tutte le sovrastrutture storiche e dottrinali per cogliere in essa non un episodio contingente della vicenda storica del diritto, ma un fattore universale e sempre ricorrente, dallo studio del quale la stessa vicenda storica può essere illuminata e la teoria del diritto arricchita di nuovi dati e nuovi problemi".

Il mancato approfondimento della situazione normativa del periodo e le esigue riflessioni sulla posizione rivestita dalla consuetudine nel contesto statale, che sono state additate come una incompletezza dell'opera <sup>(7)</sup>, possono ora essere visti come elementi che permettano all'opera di riacquistare un'attualità sempre crescente, soprattutto quando la successiva Costituzione Repubblicana del '47, ribaltando completamente l'impostazione fascista trasfusa nel codice Grandi, ha messo in ombra e sminuito proprio le Preleggi, e le nuove frontiere della globalizzazione hanno messo ancor più in crisi il monopolio dello Stato e della legge.

---

<sup>(7)</sup> Come notato da Giannini nella sua recensione: "i più gravi e vivi problemi della consuetudine non sono i problemi concettuali, ma quelli relazionali: relazioni tra consuetudine e norme legislative, e trasporto alle norme consuetudinarie, in rapporto a quelle scritte, delle classificazioni delle nozioni, degli accadimenti giuridici elaborati e studiati per le norme scritte medesime. Io sono persuaso che solo quando avremo fatto questo lavoro faticoso, spesso oscuro e meramente documentale, potremo approfondire con maggiore esperienza gli stessi problemi concettuali della consuetudine" (M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 96).





---

## Letteratura e diritto

---

GIANLUCA BASCHERINI

### **B. Brecht, *L'eccezione e la regola* e *Il cerchio di gesso del Caucaso*. Appunti per un seminario su diritto e letteratura (\*)**

I due testi teatrali, scritti a quindici anni di distanza l'uno dall'altro – il primo nel 1930, quando in Europa stanno crescendo i fascismi e la crisi di Weimar è ormai conclamata, il secondo nel 1944/45, alla fine della seconda guerra mondiale – sollevano questioni in parte analoghe. Entrambi hanno al loro centro il processo, uno nel primo testo e molti nel secondo, e declinano un tema in fondo comune anche a molti altri lavori brechtiani del tempo: in base a quali criteri si amministra la giustizia? È possibile la giustizia e l'umanità in una società ed in un tempo "disumanati"?

La trama de *L'eccezione e la regola* è abbastanza semplice e lineare: un mercante si mette in viaggio con una guida ed un portatore per ottenere una concessione ad Urga, in Mongolia. Un altro mercante lo segue con lo stesso scopo e dunque il primo è costretto a forzare le tappe del viaggio per arrivare prima dell'altro e accaparrarsi la concessione. L'avidità e la diffidenza tuttavia lo porteranno prima a licenziare la guida, poi a picchiare ed infine ad uccidere il portatore che gli stava offrendo una borraccia con dell'acqua. Ad Urga si intenta un processo al mercante, il quale tuttavia verrà assolto perché, avendo incessantemente maltrattato la guida, poteva temerne la reazione (che doveva necessariamente essere violenta) e scambiare per minaccia un gesto di generosità (pp. 936-939).

Più complessa ed articolata la trama de *Il cerchio di gesso del Caucaso*. Qui il ritmo serrato, quasi da cronaca, della "rappresentazione didattica" (come era *L'eccezione*) lascia il posto al respiro epico, ai tempi lunghi. *Il cerchio* presenta una struttura al contempo tripartita e circolare, con-

---

(\*) Questo scritto nasce in occasione di una relazione tenuta nell'ambito dei seminari su diritto e letteratura organizzati dalla cattedra di diritto costituzionale comparato del Prof. Angel Antonio Cervati, facoltà di Giurisprudenza dell'università "La Sapienza" di Roma. Seminari che, da qualche anno, ho la fortuna di coordinare. Ho scelto di conservare la natura espositiva ed informale del lavoro, mantenendo l'oralità del testo, evitando note a piè di pagina, riducendo al minimo le citazioni bibliografiche e, soprattutto, lasciando parlare i testi letterari oggetto dell'incontro per restituirne almeno in parte questa origine seminariale e la natura di semplice introduzione ad un più ampio dibattito che ha coinvolto diversi colleghi e studenti su alcune delle sollecitazioni che, per chi si occupa di diritto, possono venire dalla lettura di questi testi.

tenendo in sé i meccanismi del teatro nel teatro. C'è un antefatto, un prologo che si svolge in un villaggio caucasico distrutto dalla guerra: qui siedono gli abitanti di due kolchoz – quasi tutti vecchi e donne e qualche soldato – che si contendono un terreno. Quando questi avranno risolto la contesa – secondo un procedimento assolutamente informale e comunicativo (pp. 2047-2048), ma che non diventa mai una parodia di un vero processo, come invece si verificherà nel prosieguo – e il terreno verrà assegnato al kolchoz che ha presentato il progetto che permetterà di ricavare da quel terreno la maggiore utilità per entrambi, per festeggiare il raggiungimento dell'accordo, il cantore del kolchoz che ha avuto il terreno racconta la storia del cerchio di gesso, che in realtà non si svolge, come dice il titolo, nel Caucaso bensì in Cina.

Qui inizia lo storia del cerchio di gesso, che può suddividersi in tre parti. Nella prima, si narra la storia di Gruša, una giovane serva che raccoglie ed alleva il figlio dell'inetto governatore della provincia, abbandonato dalla madre avida e snaturata nel corso di una insurrezione, e delle varie peripezie che la ragazza e il bimbo attraversano nel corso della rivolta. In questa prima parte si narra inoltre della storia d'amore di Gruša e di Simone, soldato della scorta del governatore, e del matrimonio imposto a Gruša con un falso moribondo e che si risolverà per lei in una ennesima traversia. Nella seconda parte si racconta la vicenda di Azdak, bugiardo, spiantato ed ubriacone, che nel corso della rivolta finisce a fare il giudice in processi assurdi – perché *“il giudice è sempre stato un furfante, e perciò adesso un furfante sia giudice”* (p. 2118) – e ad emanare sentenze stravaganti, ma giuste, o perlomeno che finiscono comunque per tutelare il soggetto debole. Nella terza parte la rivolta è appena cessata e la madre naturale reclama il bambino – anche perché, come ben sa la governatrice ma non Gruša, chi ha in custodia il bambino si vede assegnare denaro e terreni. Gruša, tuttavia, si rifiuta di consegnare il bambino e reclama il diritto a prendersene cura, a essergli madre. A dirimere questa controversia viene chiamato Azdak, il quale, ascoltate le parti e non riuscendo ancora a decidere, impone a tal fine un giudizio salomonico, la prova del cerchio di gesso: il bambino verrà posto al centro di un cerchio tracciato in terra con del gesso e le due donne, una da una parte e una dall'altra, dovranno tirarlo a sé. Gruša tuttavia si rifiuta di sottoporre il bambino a una simile prova. Allora Azdak, con un *happy end* abbastanza insolito nel teatro di Brecht, affida il bambino a Gruša e le proprietà al demanio perché ne faccia parchi per l'infanzia (imponendo che almeno uno di questi che si chiami parco Azdak) e scioglie il matrimonio di Gruša con il vecchio.

Gruša, dunque, come il portatore, è l'eccezione: è costantemente messa in pericolo dalla sua bontà, dalla sua scelta di occuparsi del bambino quando tutti invece pensano solo a fuggire e a salvare sé stessi. Ma, a differenza del portatore, Gruša è l'eccezione che si afferma sulla regola. Lui perde lei vince. Inoltre, mentre nel portatore sembra prevalere la paura come sentimento alla base del suo comportamento, l'agire di Gruša sembra invece mosso da una passione amorosa e da una rivendicazione di dignità. Gruša lotta per quello che sente come un suo diritto: a essere madre, a continuare a prendersi cura di quel bimbo, e lotta non perché è assolutamente

“buona”, per un innato altruismo, quanto piuttosto per una irresistibile vocazione (un sentimento, un richiamo) di maternità verso quella creatura: vocazione cresciuta nella solidarietà creatasi tra loro nelle traversie superate assieme e nella scoperta in sé di un’attitudine, protettiva per il bimbo e gratificante per lei. Passioni, sentimenti che fanno di lei una madre che non si piega neppure dinanzi ad Azdak ed alle strategie che questo velatamente le suggerisce, al quale anzi Gruša risponde sempre a brutto muso. La giovane, dunque, come narrazione di una concezione della maternità non ridicibile a un “vincolo di sangue”, ad una matrice biologica, ma piuttosto un “valore” prodotto dall’agire umano (p. 2135). Per questo infatti Azdak affida il bambino non alla madre naturale, ma a chi ha mostrato di saperlo allevare e prendersene cura perché “ogni cosa deve appartenere a chi le si conviene” (p. 2143) e qui la fine della vicenda del cerchio di gesso si lega all’antefatto della *pièce*, alla soluzione della contesa tra i due kolchoz. L’anomalo giudice Azdak, riconoscendo il diritto di Gruša ad allevare il bambino, decide sulla base di argomenti non formali, ma attenti piuttosto ai diversi interessi in conflitto ed alle passioni che li animano.

Poi c’è la storia di Azdak, che presenta due elementi interessanti. Due rovesciamenti. Il primo dei rovesciamenti è Azdak stesso ed i suoi processi. Un “*furfante messo a fare il giudice*”, che rovesciando il diritto (p. 2114 s.) fa comunque giustizia. Si fa pagare dagli avvocati ed attribuisce al denaro un valore morale (pp. 2120 e 2135). Mangia e beve durante i processi e non manca di apprezzare le grazie femminili che vengono tratte in giudizio (pp. 2118-2125). Usa il codice per sedervisi sopra. Ha paura dei potenti e non lo nasconde, poiché non ha alcuna intenzione di fare l’eroe (p. 2128). Azdak è un corrotto benedetto dai poveri che lo chiamano “giudice giusto” e che teme in ragione del suo essere stato indulgente con i poveri e severo con i ricchi (pp. 2127, 2129). Dai suoi processi-farsa vengono decisioni eque. È questo in particolare il caso del processo per l’affidamento del bambino, che si conclude con una decisione irrispettosa del diritto posto dei (e dai) forti e che premia invece l’umanità della giovane. E con la fine del processo – che nell’opera coincide con il ristabilimento dell’ordine costituito – Azdak si toglie la toga (perché con quella, dice, “fa troppo caldo”) e piano piano sparisce dalla scena (p. 2142). Qui sta il secondo dei rovesciamenti (e qui forse è meglio parlare di rivolgimento), che riguarda il rapporto tra ordine e giustizia. Azdak infatti diviene giudice in un tempo di confusione e disordine, di sconvolgimento dei rapporti sociali, e cessa di esserlo con il ristabilimento dell’ordine.

Si potrebbe pensare che *Il cerchio di gesso* sia, come spesso si è ritenuto un elogi dell’URSS, e che la sua morale sia quella per cui finché una nuova società (in questo caso una società comunista, anzi la Russia di Stalin) non crea un nuovo ordine giuridico, la legge formale ed i giudici saranno sempre uno strumento dei forti, del potere, ed una giustizia attenta a quelli che potremmo definire i soggetti deboli potrà esservi solo piegando la legge formale, stravolgendo il diritto e il processo. Ma questo mi sembra un piano di lettura abbastanza superficiale e che soprattutto non renderebbe questi testi per noi interessanti, al contrario. Detto per inciso, non pare neanche che fosse questa l’intenzione di Brecht, visto il trattamento

che riserva al delegato del governo, continuamente dileggiato dai contadini di entrambi i kolchoz (p. 2050 s.).

Un'altra possibile morale della storia potrebbe essere quella per cui la giustizia è possibile solo in situazioni che non sono né dritte né rovesce; solo nelle fasi incerte, basculanti. Che ordine e giustizia (e dunque potere e giustizia) sono incompatibili. Che la giustizia compare solo nei momenti aurorali o crepuscolari: come quelle stelle che, all'alba o al tramonto, brillano un poco prima di scomparire nella luce piena o nella piena oscurità dell'ordine costituito, del potere. Ma anche tale conclusione, per quanto già più interessante della precedente, è forse troppo drastica e non condivisibile. Peraltro il testo non pare un peana della rivoluzione, dal momento che in esso la rivolta oppone ad un potere ottuso una violenza cieca (p. 2126).

Allora può provare a trarsi qualche altra morale da queste storie, non così radicalmente negativa nei confronti del diritto e, come dire, più maneggevole ed utile per noi.

Antonio Cervati ha richiamato *L'eccezione e la regola* in un suo recente lavoro in tema di norme di riconoscimento, affermando che il testo brechtiano (ma la stessa cosa, credo, può dirsi anche per *Il cerchio di gesso*) investe "il processo, la prova, l'individuazione della regola e dell'eccezione", ma che soprattutto questi lavori richiamano "il senso etico e l'esigenza di non appagarsi troppo realisticamente di quel che accade ogni giorno".

Oggi che il riconoscimento di un diritto costituzionale europeo e l'individuazione dei diritti fondamentali passano per tanta parte attraverso la giurisprudenza di corti nazionali e sovranazionali, l'interesse di questi lavori, a me pare, sta nel fatto che questi due testi (il primo con i toni dell'invettiva, del dramma, il secondo con quelli della commedia, più difficile da maneggiare ma capace di maggiore profondità e radicalità di analisi e critica), ci offrono due parodie "speculari" delle figure del giudice, del processo e della legge che ci inducono a ragionare dei criteri in base ai quali viene amministrata la giustizia. La prima parodia (*L'eccezione*) stravolge la sostanza e salva la forma: si nega giustizia in un formale processo. La seconda parodia (*Il cerchio di gesso*), al contrario, stravolge le forme del processo ma ne garantisce la sostanza, narrando di come possa venire giustizia da un processo stravolto e rovesciato.

Questi testi inoltre rimandano ad una ulteriore possibile modalità di amministrazione della giustizia: la controversia tra i kolchoz. Equa, ragionevole, risolta sulla base della consistenza delle ragioni, delle argomentazioni che sorreggono le due pretese alla ricerca della regola più adeguata al caso concreto ed alla convivenza sociale, una giustizia che non nasce direttamente dalla legge ma da un confronto aperto riguardo le rispettive pretese e le argomentazioni poste alla base di queste pretese e che potremmo definire "isonomica", la quale a sua volta presuppone *philia*, reciproco riconoscimento nelle relazioni entro e tra le comunità. In certo modo, dunque, la controversia tra i kolchoz ricorda quel concetto "classico" di comunità studiato da Giuliani ed al contempo l'esistenza di una dimensione, una componente intrinsecamente sociale del processo e di quelli che noi siamo abituati – secondo moduli civilistici e proprietari – a pensare come

diritti; una dimensione che oggi, dinanzi alle dinamiche in atto nel costituzionalismo europeo dei diritti, può essere utile tenere presente.

Concludendo, può dirsi che questi due testi teatrali, come molte altre opere d'arte, interrogano i giuristi ed offrono loro un'occasione di riflessione ed approfondimento attorno a differenti questioni. Possono aiutare ad avere una miglior conoscenza giuridica dei mutamenti che intervengono nelle rappresentazioni sociali delle idee di legge, codice, Costituzione, ordinamento giuridico; possono costituire uno strumento, o più semplicemente un'occasione, di riflessione attorno alle "norme di riconoscimento" se – ancora con Giuliani – si intendono queste come riguardanti non solo i soggetti e organi legittimati ad adottare atti normativi, ma anche "i contenuti delle norme da applicare e... i percorsi conoscitivi attraverso i quali si giunge al riconoscimento del diritto vigente, ai fini della sua applicazione". Inoltre, ci riportano queste *pièces* "la dimensione umana, comunicativa e dialettica dell'esperienza giuridica": l'importanza che hanno, nelle dinamiche del giuridico e nelle sue interpretazioni, giurisprudenziali e non, le speranze di mutamento dello stato delle cose; le aspettative e le esigenze che si manifestano nella società in termini di conflitti per il riconoscimento e la tutela di un diritto; le differenti concezioni etiche ed assiologiche che attraversano questi conflitti. Da ultimo, *Leccezione* e *Il cerchio* ripropongono all'attenzione la controversialità e l'esperienzialità, assieme alla forte componente etica, dei percorsi attraverso cui l'interpretazione della legge trova la regola più adeguata alla convivenza sociale. Percorsi dialogici e non legati staticamente all'immagine di una monolitica "volontà del legislatore".



---

## Abstracts

---

BALDINI V., *L'incostituzionalità della Rasterfahndung, ovvero sia alla perenne ricerca di un (difficile...) equilibrio fra Stato di diritto e "Stato di prevenzione"* 1

Once again the German Constitutional federal Court has stated in the matter of the dialectic relationship between "State of prevention" and "constitutional State of law" to insist on the reasons of the latter, in a framework of measures meant to fight the risks of international terrorism.

In particular, the federal Judge has intended to limit the recourse to preventive measures of restraint, the so called *Rasterfahndung*, to the sole hypothesis of a concrete danger threatening fundamental juridical interests, such as the existence of the Federation or of a *Land*, and the life and liberty of individuals.

The sentence, following the decision of the First Senate of the Constitutional federal Court (15.2.2006) on the constitutionality of preventive measures provided in the law on the security of flights, can be considered in the trend of a political jurisprudence according to which, on a constitutional perspective, "State of prevention" and *Rechtsstaat* may be deemed reciprocally compatible and functionally integrated.

CARPANO E., *Kant et l'Etat. Aux origines de l'Etat libéral* 20

This article expounds and analyses the liberal dimension of the kantian theory of State. For Immanuel Kant, only the juridical state submitted to the republican constitution can realize freedom which is the ultimate end of the law. From this assumption, the kantian State can be presented as a juridical, liberal and republican State. This State's liberal conception prefigures the ontological foundations of the *Rechtsstaat* theory developed in the nineteenth century by the german liberals.

DI MARTINO A., *Qualche osservazione in tema di sovranità e dualismo alla luce di una recente decisione del Tribunale costituzionale tedesco* 39

The essay aims to consider the concept of sovereignty and the dualist approach of the relationship between domestic law and international law, from a sentence of the *Bundesverfassungsgericht* on the efficacy of the case law of the European Court of Human Rights in the German legal system (BVerfGE 111, 307 del 14 ottobre 2004). Emphasising the methodological approach of the *Begriffsgeschichte*, the referral to sovereignty of the German Constitutional Judge is not though univocal, but it reflects its different meanings. On one hand a logic and formal one, on the other hand a substantial and axiological significance, in the evolution trend of the constitutional pluralistic State.

The dualistic model is considered in such context, brought to the methodological horizon of State and voluntary legal positivism, highlighting the difficulty of its transposition in the actual processes of European integration and globalisation.

With the view to the evolution of the concept of external sovereignty and the protection of human rights, after the second world war, we're bound to abandon a the traditional dichotomies of dualism-monism, internal and external sovereignty of the State. However, it may be possible to notice a new common core of significance, which limits sovereignty in its immanence and exalts its legitimacy through fundamental rights. The European system of protection of fundamental rights is the key of this new scenario, as underlined by the impossibility for the *Bundesverfassungsgericht* to solve the case with a dualistic approach, in a formal way of reasoning, and stressing on the other hand the material of the European Convention for the protection of Human Rights and a synergic interpretation with the German Fundamental Law.

DI SALVATORE E., *Appunti per uno studio sulla libertà nella tradizione costituzionale europea* 85

The essay concisely goes over the historical and juridical circumstances which have accompanied the evolution of freedom. The scope of the research is limited to the constitutional tradition of some Member States of continental Europe. The work takes its start from the distinction highlighted by F.A. v. Hayek among medieval free-



doms (pre-liberal concept of freedom) and “rationalist” and “constructivist” freedoms. Most part of the essay is devoted to “constructivist” liberalism of continental Europe and analyses some of the most relevant theories which have been proposed (such as Montesquieu, Kant, etc.), verifying their correspondence and effectiveness with constitutional history. The conclusion is that the juridical evolution of freedom is crossed by a latent tension: on one hand, the shattering of its actual historical experience; on the other hand, the attempt of the scholars to reduce such experience to a unity. A hint of confirmation may be found in the law of the European Union, which intends to interpret the meaning of freedom on the basis of constitutional traditions, with a comparative method. Such intention, though, ends by replacing the historical and juridical experience of freedom with a normative decision, rationally justified from the necessity to reduce the system to unity.

NOCILLA D., *Etica cristiana e nuove prospettive del diritto pubblico: il quadro costituzionale* 148

State juridical positivism, according to which law is the manifestation of will of the State and which poses on the top of the system of sources parliamentary acts, has shown the first symptoms of a crisis after the first world conflict, due to the deep contradiction among the system of concepts developed by such methodical approach and the new emerging concepts, of Constitution, policy and general principles of law. In the years following WWII the crisis becomes irreversible. The catalogues of rights enshrined in national Constitutions, as much as in international charters, were a mean of making positive natural law; the role of judges in the judicial control of legislation was emerging; the central role of the law was threatened by legislative inflation; the national State ceded to phenomenons of international cooperation. Therefore a change in the method of constitutional law has occurred. Some scholars have taken into account the peculiar matter of constitutions, which entails vague principles and not precise norms of behaviour; thus, a different qualitative approach in constitutional interpretation, which opens the way to case law of values. On the other hand, the increasing importance of the judicial review of legislation stress the role of the balancing test of values and the test of reasonableness, which implies ethic appraisals of the interpreter. The issue is where those values, necessary for constitutional interpretation, should be drawn, for they

are mostly ethic and social principles which, through a gradual process are made positive.

RIDOLFI A., *L'antiparlamentarismo e i romanzi di Federico De Roberto (A proposito del dialogo del giurista con la letteratura)* 199

Taking its start from the analysis of the two main novels by Federico De Roberto, *I Viceré* and *L'imperio*, the essay aims to describe the historical and cultural context in which anti-parliamentarist theories began and then grew. In particular, it focuses on the fundamental role of this peculiar literary genre on legal and political studies during the last two decades on the 19th century (for example, on Gaetano Mosca's *Teorica dei governi*), until the great crisis of liberal-parliamentary State during the first post-war period. Furthermore, part of the essay tries to explain the (mainly political) reasons of Benedetto Croce's heavy opposition against De Roberto.

SCHAMBECK H., *Österreichs Verfassungsrecht und seine Entwicklung* 262

Austrian constitutional law is based upon a multiplicity of constitutional sources and constitutional acts of the Bund and of the nine Länder, and moreover of ordinary laws which provide for the enforcement of the Constitution and of national treaties of constitutional modifications. The most important constitutional source though is the federal Constitution (B-VG) of 1920, which derives from a project of Hans Kelsen. In such a document there can be found the democratic system of the *Dezemberverfassung* of 1877, of the austrian constitutional monarchy, which was initially a unitary State, the seeds of the democratic Republic as a form of State and of the Federation. Although the plurality of constitutional sources, Austria has not developed its own European constitutional conscience, and constitutional law has been modified even in its contents. The development of democracy has led to an increasing role of the competences of the central State, at a federal and communal level, which has brought to the recognition of fundamental rights such as the protection of the political system of parties and associations, which find their legal basis in a new and broader Constitution of the Federation. Such a constitutional reform is based upon a deci-

sion-making process which is independent from majority relationships and is far more oriented to the general welfare, a responsible and social legal order, a clear system of competences and social policies, and legal certainty. Such a reform would be deemed necessary also considering the new integrated European legal order which collects each individual national conscience.

TALAVERA P., *El derecho en el espejo de la literatura*

282

The approach to the Law from the Literature is a way proposal from the years 80 for the movement *Law and Literature* and that it has consolidated as educational and investigator matter in the North American most important universities. Here the three fundamental roads of connection are studied between both worlds: on one hand, the road hermeneutics, begun by R. Dworkin, that considers the "*Law as Literature*", and he intends to use the literary critic's elements for the interpretation of the norms (the judge is already a "novelist in chain" that he should write with his resolutions a new chapter in a novel begun, that already demands a double coherence, argumentational and stectical, with the written). On the other hand, the road of who, as R. Posner, excludes all connection hermeneutics between both, understanding that in the Law what counts is the legislator's will and not the literary interpretation or "stetical" of the precept. And, finally, the road of who, as F. Ost, understands that the greats stories represent, par excellence, the constituent foundation of the societies, the nations and the states, besides offering the critical last instance on the effective norms in those societies.

ZAMORANO FARIÁS R., *Formas históricas de coordinación social en América Latina: de la teoría de la dependencia al fetichismo neoliberal*

319

The increasing and tearing processes of functional differentiation, that complicated its socio-political structure, logically characterized the institutionalization of the expectations in the evolutionary becoming of the State-nation in Latin American country. Without any doubt, in the region, the political centralism and the history of the innumerable legal-politic and economic reforms have been used to perpetrate the status quo more than to change it, so that during

the years, the expectations, in their material dimension, did not resist to the general disappointment. It is interesting to observe the way in which during the last decades the expectations proposed themselves, struggling and practicing at least five social coordination and development models in order to obtain the wished modernity in the continent. These proposals turned basically around the political regimen valorisation as a central space for the construction of democracy and constituted the models that Latin-American country used for its self-representation.

ESPOSITO M.G., *Fondazione teoretica o tutela dei diritti dell'uomo?*

345

History of humanity has not known only the “*homo faber*” of anthropocentric humanism, but also the “*homo sapiens*” of theocentric humanism which carries away from substantiality and finds human rights on the basis of the “golden rule” rights-duties.

That golden rule lets us perceive the distinction between right and wrong in the disclosed world of being and its mediation role teaches us “not to harm”, “not to damage” and “not to injury”.

FERNÁNDEZ E., *Orden jurídico versus violencia contra las mujeres*

353

This article pays particular attention to the spanish Act called *Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (Integral Protection Measures against Gender Violence)*, and specially to the discussion about the possible justification of the differenced treatments for sex reason, that it establishes.

The premises of this work are the following: 1.- If Law is no discrimination and no violence (Ballesteros), violence against women as specific kind of violence and as a manifestation of discrimination, is a qualified negation of legal order and no a private matter out of the Justice and rights; 2.- Law as no discrimination and no violence fights against violence with non equal weapons. This is his superiority. The force what Law exercises in order to prevent and combat violence is, and must be, always limited by: a) formal limits (submitted to rules); b) material limits (for example, capital punishment exceeds these limits); c) and the limit of the reasonableness. This connects with the character of the Law as no discrimination. It

requires, for each differenced legal treatment, and chiefly for those where race, sex, etc. are implicated, an objective and reasonable justification.

Reasonableness implies legitimate aim and proportionality of measure.

We get to the following conclusions (taking into account the case-law from the Spanish Constitutional Court and the one from the Court of Justice of the European Communities about positive actions): 1. – In general, L O 1/2004 satisfies the parameter of the aim that can justify differenced treatments. This aim would be preventing, punishing and eradicating the violence that women are victims in couple relationships area and assisting the victims. 2. – The proportionality test must be done from each differenced legal treatment previewed in the Act.

The social and labour rights satisfy the proportionality parameter and would be, therefore, constitutionally legitimate, because they would be moderate positive actions that don't cause a correlative and direct prejudice to third people. Also, in many cases, additional conditions are required, not only being a gender violence victim, to activate these rights.

The creation of Violence against women Courts can be considered constitutionally justified as a clear show of the "specification process", which doesn't suppose giving to his advance takers differenced rights than these of the rest of the people. Only supposes to give specific guarantees to ensure the effective use of the common human rights.

It is thought that the increase of the penal responsibility for men origins more doubts of constitutionality (this question is pendant of decision from the Spanish Constitutional Court), because of a lack of proportionality, for supposing "a specially prejudicial or unmeasured result" for them. However, it is suggested the possible interpretation according the Constitution, demanding in the particular case the existence of the fundament of the over punishment that would be the discriminatory character of the behaviour.

GARCÍA SORIANO M.V., *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su incidencia en una futura ampliación del ámbito material de las competencias del Defensor del Pueblo Europeo* 389

The European Ombudsman investigates complaints about maladministration against the institutions and bodies of the European

Union. He has contributed to introducing a new right, included in the European Charter of Fundamental Rights, in article 41, the right of good Administration, and he has achieved the approval of The European Code of Good Administrative Behaviour, which explains to citizens his rights in relation with the European Administration.

He hasn't any attributions about right's protection, nevertheless, in my opinion, he constitutes a valuable resource capable of helping the administration to be better and to respect the European Charter; for example, he has contributed from the abolition of age limits in recruitment, from greater access to the documents, or from the elimination to the discrimination.

GIANFRANCESCO E., *Le Regioni italiane e la giurisdizione* 400

The essay examines the forms of participations of the Italian Regions to the exercise of jurisdictional functions and organisation of judiciary system, with a specific reference to the experience of the Regions with a special Statute and with an ordinary Statute, before and after the constitutional reform of 2001.

From the analysis of constitutional provisions, legislative norms of enforcement and case law emerges that in the Italian experience the judiciary power is in the hands of the State, excluding therefore relevant forms of participation for the Regions, although the constitutional provisions would be able to provide a significant scope. However, there is no violation or elusion of the Constitution, due to the uncertainty of the boundaries disciplining such matter.

With a reference to the proposals of constitutional reform of the Italian regional system, in the latter part of the essay doubts are expressed against the idea of attributing to the Regions competences on the discipline of the *status* of the judiciary.

MACIOCE F., *Note (filosofiche) sul principio di lealtà e di cooperazione tra le parti nel processo civile* 430

Loyalty that the right imposes in a trial (art. 88 c.p.c.) can't be understood neither as a simple correctness, or as a fair play required in a competition or in a game. In a specific sense, it must be understood in a different perspective, in which the trial is an institutional dialogue, built on any principles as equality and rationality.

MAGNANI C., *Sussidiarietà e Costituzione: pluralismo e diritti* 453

Subsidiarity constitutes a new principle of the republican legal order.

From the constitutional debate up to the administrative reforms of the 90's, the principle of Subsidiarity, until now just anticipated at an ordinary level of legislation, was introduced at a constitutional level with the revision of 5<sup>th</sup> Title of the Second Part of the Constitution of 2001.

The constitutional impact of subsidiarity should be considered analysing the principle in the constitutional context. There are also other keys of interpretation of subsidiarity, as a methodological principle capable of assigning public functions or as a value which refers to a precise axiological context.

The essay takes into account the different meanings and declination of subsidiarity, resolving them with the "open" character of constitutional principles of pluralism of the social groups and the guarantee of inviolable human rights.

MANGIAMELI S., *Giudice e sistema democratico: i problemi attuali del sistema giudiziario* 473

In the optic of former constitutionalism, judicial protection of rights and separation of powers were strictly connected on a relationship based upon reciprocity. The development of the democratic principle, though, has modified this approach and thus the supposed identity among acts of Parliament and law. In such context, judiciary decisions do not appear as sons of parliamentary acts and citizens' protection of rights finds its source in the Constitution: the legality of acts is replaced by constitutional lawfulness. The contemporary State's Constitution entails two different schemes for the protection of citizens' freedoms and rights: on one hand, the principle of legality of judicial activity, on the other hand, constitutional restraints on the legislative power, in favour of the people's rights. These two concurrent systems, though, reflect the risks of a "majority dictatorship" and of a "judiciary government". Such risks may be avoided only restoring the equilibrium of each power. For a democratic State, whose law is the expression of an act decreed by a democratic representatives meets the requirement of pluralism, but it does not guarantee fundamental rights. From this point of view, the Constitution does not represent only a negative limit to the exercise

of powers, but also the source of a duty for the promotion and fulfilment of rights, a duty towards which the legislative and judicial activities must be oriented. Such a system may function as long as we move from a unitary view of the legal system. That unity, though, seems to be shattered in contemporary legal systems. On an internal point of view, the reason may be found in the growth of autonomy of civil society, and it's testified from the increasing role of independent authorities and functional autonomies. On an external point of view, such shattering is caused by the European and international integration processes. Facing those new perspectives, the role of the act of Parliament and of judiciary decisions must be reconsidered from the doctrine of constitutional law.