

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA, GIUDIZIALIZZAZIONE DELLA POLITICA E ATTIVISMO GIUDIZIARIO

Una prospettiva di teoria generale del diritto

BRUNO MAKOWIECKY SALLES

ISBN-IT: 9788899490164



A.D. 1308
unipg
DIPARTIMENTO
DI GIURISPRUDENZA



ACCESSO ALLA GIUSTIZIA, GIUDIZIALIZZAZIONE DELLA POLITICA E ATTIVISMO GIUDIZIARIO

Una prospettiva di teoria generale del diritto

BRUNO MAKOWIECKY SALLES

ISBN-IT: 9788899490164



A.D. 1308
unipg
DIPARTIMENTO
DI GIURISPRUDENZA



**PÓS-GRADUAÇÃO
UNIVALI**
Cursos de Mestrado, Doutorado
e Pós-Doutorado em
CIÊNCIA JURÍDICA



Magnifico Rettore dell'Università degli Studi di Perugia
Maurizio Oliviero

Responsabile tecnico E-book/UNIPG
Stefano Flamini

Indirizzo
Dipartimento di Giurisprudenza – Università degli Studi di Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG)

Progetto Editoriale/Editore
Alexandre Zarske de Mello

Revisione
Luana Abrahão Francisco
Pedro Grabriel Cardoso Passos

Copertina
Pedro Grabriel Cardoso Passos

Traduzione
Katiuska Waleska Burgos General

Testo di Quarta di Copertina

Questo volume raccoglie un contenuto ampio, attuale e rilevante per la Scienza Giuridica. Si parte dalla Teoria Generale del Diritto (Capitolo I), si passa attraverso i Diritti e Doveri Umani e Fondamentali (Capitolo II) e si approda a temi teorico-pratici come l'Accesso alla Giustizia, la Giudizializzazione della politica e l'Attivismo Giudiziario (Capitolo III). L'intera costruzione è permeata da una costante articolazione tra diritti e doveri, cercando un maggiore equilibrio affinché il Diritto (lato sensu) possa adempiere adeguatamente alla sua funzione di regolare la vita in una società democratica.

Coordinatori
Maurizio Oliviero
Paulo Márcio Cruz

Autore
Bruno Makowiecky Salles
Dottore di ricerca in co-tutela in Scienze Giuridiche (UNIPG) e Ciência Jurídica (UNIVALI)

Il presente ebook è stato pubblicato nell'ambito degli accordi di collaborazione tra il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia/UNIPG e il Programa de pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica/PPCJ UNIVALI volti a promuovere scambi di docenti e ricercatori nonché iniziative comuni di ricerca nell'ambito delle scienze giuridiche.

Vincolato al Programma di Ricerca Internazionale Congiunto PPCJ/UNIVALI e Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia-UNIPG

ISBN-IT: 9788899490164

Sumário

PREFAZIONE.....	4
NOTA DELL'AUTORE	5
CAPITOLO I.....	10
LA TEORIA GENERALE	10
1. L'UNIVERSO DEL DIRITTO.....	17
1.1. Hans Kelsen.....	17
1.2. Herbert L. A. Hart.....	21
1.3. Ronald Dworkin	24
1.4. Robert Alexy	29
1.5. Richard Posner.....	34
1.6. Concetto di Diritto (<i>lato sensu</i>)	37
2. PIANETI E SATELLITI	38
2.1. Diritto Oggettivo e Diritto Soggettivo.....	38
2.2. Diritti soggettivi propriamente detti e diritti potestativi	41
2.3. Doveri (<i>lato e stricto sensu</i>) e obbligazioni.....	42
2.4. Rapporto giuridico, situazione giuridica, posizione giuridica, onere e istituti	44
3. TRAMONTO.....	50
CAPITOLO II.....	51
L'AMBITO DEI DIRITTI E DEI DOVERI UMANI E FONDAMENTALI	51
1. DIRITTO INTERNAZIONALE.....	53
1.1. Diritti Umani	53
1.2. Doveri Umani.....	58
2. DIRITTO COSTITUZIONALE	62
2.1. Diritti Fondamentali.....	63
2.1.1. Diritti civili e politici	69
2.1.2. Diritti sociali, culturali ed economici	71
2.1.3. Diritti collettivi e diffusi	73
2.1.4. Altre categorie?	75
2.1.5. Aspetti giuridico-soggettivi e giuridico-oggettivi.....	76
2.2. Doveri Fondamentali	79
2.2.1. L'autonomia dei Doveri e le loro relazioni con i Diritti	84
2.2.2. Funzioni ed efficacia	84
2.2.3. Alcune tipologie.....	87
3. UN MEDESIMO TRAMONTO	89

CAPITOLO III.....	91
SU DIRITTI E DOVERI: ACCESSO ALLA GIUSTIZIA, GIUDIZIALIZZAZIONE DELLA POLITICA E ATTIVISMO GIUDIZIARIO	91
1. ALLINEAMENTO DEGLI ASTRI	92
1.1. La cultura dei diritti	93
1.2. I doveri: un complemento necessario	96
1.3. La cittadinanza	98
2. PROIEZIONI TOPICHE	102
2.1. Accesso alla giustizia.....	103
2.2. Giudizializzazione della politica	106
2.3. Attivismo Giudiziario	109
3. NUOVE INTERAZIONI	111
CONCLUSIONI	112
GLOSSARIO	115
RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	120

TESTO DI QUARTA DI COPERTINA

Questo volume raccoglie un contenuto ampio, attuale e rilevante per la Scienza Giuridica. Si parte dalla Teoria Generale del Diritto (Capitolo I), si passa attraverso L'ambito dei Diritti e dei Doveri Umani e Fondamentali (Capitolo II) e si approda a temi teorico-pratici come l'Accesso alla Giustizia, la Giudizializzazione della politica e l'Attivismo Giudiziario (Capitolo III). L'intera costruzione è permeata da una costante articolazione tra diritti e doveri, cercando un maggiore equilibrio affinché il Diritto (lato sensu) possa adempiere adeguatamente alla sua funzione di regolare la vita in una società democratica.

RINGRAZIAMENTI

Al Prof. Dott. Paulo Márcio Cruz, Coordinatore del Programma di Post-Laurea Stricto Sensu in Scienza Giuridica dell'Universidade do Vale do Itajaí – PPCJ/UNIVALI, per il costante incoraggiamento allo studio avanzato e alla ricerca internazionale.

Al Prof. Dott. Marcelo Buzaglo Dantas, che mi ha accompagnato durante il Post-Dottorato, per l'esempio come docente, per la disponibilità, l'esperienza, l'orientamento, l'amicizia e la fiducia.

Alla Prof.ssa Dott.ssa Maria Chiara Locchi, per l'accoglienza a Perugia e per le preziose lezioni, specialmente in Diritti Umani e in Diritto Comparato.

All'Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, soprattutto al Programma di Post-Laurea Stricto Sensu in Scienza Giuridica - PPCJ/UNIVALI, per l'opportunità di far parte di un Corso all'avanguardia, internazionalizzato e di elevato prestigio, con cui colgo l'occasione per ringraziare tutti i suoi professori, funzionari e studenti.

All'Università degli Studi di Perugia, per l'accoglienza calorosa che mi riserva sempre e per la magnifica biblioteca, nella quale si perde completamente la nozione del tempo. La ringrazio nella persona del Magnifico Rettore e maestro Maurizio Oliviero.

Al Potere Giudiziario e all'Accademia Giudiziaria dello Stato di Santa Catarina, per l'instancabile stimolo alla formazione continua del corpo di Giudici e Funzionari. Ringraziamenti speciali al Presidente del Tribunale di Giustizia, Desembargador João Henrique Blasi, e al Direttore Esecutivo dell'Accademia Giudiziaria, Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli, per la comprensione e l'incoraggiamento al perfezionamento, così come al Giudice Ausiliario della Presidenza Maurício Cavallazzi Póvoas per aver condiviso con me, nel periodo di congedo, le sfide del Coordinamento dei Magistrati.

Al Prof. Dott. Daniel Mitidiero, per il sostegno.

Alle isole di Florianópolis e Fernando de Noronha.

Ai miei amici, responsabili del rinnovamento dell'anima.

A tutti coloro che, in un modo o nell'altro, hanno contribuito all'esistenza di questo libro. Ne cito alcuni: Rodrigo e Gustavo Rocha Meintanis, Marcelo Amorim, Felipe e Thiago Linhares, Hiago Busch, Fábio José Rosa, Gustavo Garcia Maes, Guilherme Zanella, Diogo Bonelli Paulo, Gustavo Blasi Rodrigues, Thiago Carriço de Oliveira, Rodrigo Santos Cunha, Gustavo e Gabriel Fidelis, Gustavo Marcinko, Victor Abdo, Tom Carneiro, Frederico Siegel, Daniel Coutinho, Ricardo Rafael dos Santos, Juliano Rafael Bogo, Eduardo Passold Reis, Romano J. Einzweiller, Osmar Nunes Júnior, Luís Paulo Lodetti, Rafael Maas dos Anjos, Roberto Lepper, Rafael Milanese Spilere, Sérgio Renato Domingos, Fernando Dal Bó Martins, Giancarlo Bremer Nones, Felipe Kenishi Takada, Maiara Albonico Minatto e a tutto il personale del Coordinamento dei Magistrati.

DEDICA

A Sandra Makowiecky, mia madre.

Ad Alice, Vinicius e Pedro, sempre.

PREFAZIONE

Inizio evocando un legame ancestrale che risale alla metà degli anni '70 e più precisamente al semestre in cui mi preparavo a sostenere l'esame di ammissione all'università.

Io e un compagno di studi delle scuole superiori, frequentate presso il rinomato Colégio Catarinense qui a Florianópolis, ci dedicammo con grande impegno allo studio, in particolare alle discipline considerate più complesse: chimica, fisica, biologia e matematica.

Il nostro impegno diede i suoi frutti!

Faccio ora un salto temporale di quasi 50 anni, collocandomi in questo secolo, nel recente anno 2020, quando, in qualità di Primo Vicepresidente del Tribunale di Giustizia dello Stato di Santa Catarina - TJSC, avevo la possibilità di avvalermi di un Giudice di Diritto di Grado Speciale come assistente diretto.

In seguito a numerose indicazioni e raccomandazioni dei colleghi, mi sono concentrato sul nome di Bruno Makowiecky Salles, giovane Magistrato dotato di un'intelligenza straordinaria unita a un'ammirevole umiltà e a un notevole spirito collaborativo, che fortunatamente accettò l'invito.

Ebbene, a causa di queste molte "svolte del destino", Bruno si rivela essere il figlio del mio caro compagno di studi per l'esame di ammissione all'università. Ecco il legame ancestrale a cui mi riferivo all'inizio.

Nel biennio iniziato nel febbraio 2022, assumendo, dopo essere stato eletto per la benevolenza dei miei pari, la Presidenza del TJSC, non ho esitato a convocare Bruno affinché rimanesse con me, questa volta in una funzione più impegnativa, quella di Coordinatore dei Magistrati, e lui, ancora una volta, ha acconsentito, continuando a prestare un servizio rilevante alla causa della Giustizia di Santa Catarina.

Giorni fa ho ricevuto da lui l'onorevole invito a presentare un'altra delle sue formidabili produzioni accademiche, questa volta frutto di un Post-Dottorato recentemente concluso.

Il libro è denso, affronta, sotto vari aspetti, la Teoria del Diritto, la tematica dei Diritti e Doveri nel campo Giusfondamentale e temi contemporanei come l'Accesso alla Giustizia, la Giudizializzazione e l'Attivismo Giudiziario.

Si tratta di un'opera che si distingue soprattutto per la sua attualità, considerati gli attacchi sempre più ricorrenti, ai giorni nostri, ai diritti (e doveri) fondamentali.

Congratulazioni, Bruno!

João Henrique Blasi (Presidente del TJSC – 2022/2023)

NOTA DELL'AUTORE

Questo volume costituisce la versione commerciale di una ricerca condotta nell'ambito del Post-Dottorato in Scienza Giuridica presso l'Universidade do Vale do Itajaí – PPCJ/UNIVALI, con un periodo di studio post-dottorale presso l'Università degli Studi di Perugia - UNIPG. Dalla ricerca è nato un libro in portoghese¹, ora tradotto in italiano in occasione di una visita scientifica, come professore all'UNIVALI, per condurre attività seminariali presso l'UNIPG.

Le pagine che seguono si propongono di riflettere se la Teoria del Diritto, incluso il sottosistema delle norme sui diritti umani e fondamentali, articoli ed equilibri adeguatamente i suoi elementi principali: i diritti e i doveri. La questione e le sue implicazioni si ripercuotono sulle funzioni stesse del Diritto.

La lettura di questo libro si giustifica per molteplici ragioni, qui sintetizzate brevemente. Ai giorni nostri, la Teoria del Diritto si caratterizza per una chiara prevalenza dei diritti e delle figure giuridiche attive sui doveri e le figure giuridiche passive². Ciò si riflette anche nell'ambito dei Diritti e Doveri Umani e Fondamentali. Tale squilibrio è una conseguenza dell'avvento della modernità, che ha spostato il focus del Diritto (lato sensu) sugli interessi degli individui, relegando in secondo piano gli scopi comunitari. Sebbene auspicabile, tale tendenza si è spinta oltre il punto di equilibrio, promuovendo un forte individualismo e una cultura di preoccupazione esclusiva per i propri diritti (*culture of rights*) che isolano la cittadinanza, la allontanano dall'impegno nella costruzione del bene comune ed erodono le nozioni di dovere e responsabilità.

Da qui la rilevanza di opere scientifiche che cerchino di conciliare meglio i diritti e i doveri nella Teoria del Diritto. Non si tratta di sostenere un'equivalenza: i diritti e la libertà individuale devono prevalere sui doveri e le istanze comunitarie, non essendovi spazio per concezioni autoritarie dello Stato, del Diritto o della società. Ciononostante, permane un ampio margine per interazioni più armoniche e per il rafforzamento dell'idea di dovere con un approccio anche personalistico, rivolto, al contempo, alla persona umana e al benessere della società. A tal fine, è necessario descrivere, concettualizzare³, classificare e sviluppare meglio la categoria dei doveri giuridici. La dinamica promossa con l'apporto dei doveri rende il Diritto più completo nella sua funzione di regolare la vita di una società prospera, oltre a fornire, come si vedrà, una base per

¹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

² Sono esempi di figure giuridiche attive i diritti, i poteri, le facoltà, le aspettative e gli interessi legittimi. Alcune delle figure passive sono i doveri, le obbligazioni, le soggezioni e gli oneri. Non tutte saranno trattate in questo libro, che delimiterà quelle più importanti nel suo contesto e per i suoi scopi. A riguardo: PERLINGIERI, Pietro. **Istituzioni di diritto civile**. 5ª edizione riveduta ed aggiornata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 42-45.

³ Sebbene il pensiero concettualista o la scuola della giurisprudenza dei concetti non riescano a riflettere l'intero fenomeno giuridico, che non si esaurisce in un'applicazione formale di formulazioni concettuali preesistenti, il fatto è che, ciononostante, i concetti conservano un ruolo imprescindibile nel Diritto (lato sensu). Siano essi rinvenibili in testi ufficiali (leggi, decisioni e altri) o in studi dogmatici, siano essi costituenti di regole o sistematizzatori della conoscenza, siano essi ristretti a un sistema giuridico o applicati ad altri ordinamenti, i concetti possono avere funzioni di enunciazione dei contenuti giuridici (*law-stating function*) e di ausilio nel trattamento o impiego di tali contenuti (*juridical-operative function*), contribuendo, accanto ad altre componenti, incluse alcune di natura valutativa, alla comprensione del sistema e all'applicazione delle norme e degli standard regolatori e decisionali. Sul tema: FRÄNDBERG, Ake. An essay on legal concept formation. In: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietman von der (ed). **Concepts in law**. Dordrecht: Springer, 2009, p. 01-16.

nuove proposizioni su temi attuali come l'Accesso alla Giustizia, la Giudizializzazione e l'Attivismo Giudiziario.

Il Capitolo I, intitolato "La teoria Generale", si dedica allo studio del Diritto (lato sensu) e dei suoi principali componenti. Il Diritto è un termine caleidoscopico, di difficile definizione, rivestito di molteplici significati e atto a raggruppare diverse categorie. Per essere visualizzato attraverso lenti ampliative e in sintonia con le funzioni che esercita, il Diritto richiede uno studio integrato, l'analisi e l'articolazione delle diverse percezioni intorno ad esso e delle categorie che lo compongono. Senza questa visione d'insieme, che certamente è più della somma delle parti, ma assorbe il contenuto, la modalità di azione e le interrelazioni tra queste, si rischia di avere una percezione settoriale, incompleta o intuitiva, che enfatizzi solo uno o l'altro elemento a discapito degli altri, una sfaccettatura a detrimento di altre, svuotando parte delle sue funzioni e infrangendo l'equilibrio inerente all'idea di Diritto e alla sua bilancia⁴. Diritti e rivendicazioni individuali, scollegati dalla consapevolezza dei doveri e dal senso comunitario, rappresentano la formula per società frammentate, belligeranti e poco coese. La chimica inversa è fertile per i regimi totalitari e gli attacchi alle libertà individuali. Una visione globale del Diritto e dei suoi elementi centrali, incluse le loro interazioni, emerge quindi come essenziale per il bilanciamento delle sue funzioni e dei suoi risultati nelle complesse società democratiche.

In tale quadro, il Capitolo I inizia con la ricerca, la descrizione e la concettualizzazione di questo vero e proprio universo chiamato Diritto. La sfida viene affrontata a partire da un recupero dei tratti caratteristici del pensiero di autori consacrati come Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Richard Posner. Sebbene la definizione sia costruita sulla base di pensieri diversi e di linee teoriche sia positiviste che post-positiviste, vengono prese le precauzioni per assicurare la razionalità, sfruttando, in una catena integrata, complementare ed evolutiva, proposizioni teoriche compatibili tra loro che si inseriscono in una concezione aggiornata del Diritto. Accanto ad aggiunte specifiche, questi apporti fondano la formulazione di un concetto che comprende, incidentalmente, aspetti della teoria delle norme, dell'ordinamento, delle fonti e della decisione. Il concetto proposto è ampio e polivalente, cercando di comprendere approcci dogmatici e anche filosofici. Nel compito, si cerca di prendere in considerazione la dimensione normativa, quella funzionale e quella idealistica, senza trascurare la prospettiva argomentativa. Tutti questi approcci sono presenti, in qualche misura, nel Diritto, necessitando di essere integrati per una definizione completa o universale⁵.

Il Diritto (lato sensu) in quanto universo è composto da altre categorie nucleari. Tali categorie possono essere chiamate, per continuare con la figurazione, pianeti e satelliti. I primi (pianeti) sono simili agli astri o elementi principali, svolgendo un ruolo di primo piano nella sua definizione e costituzione. Tra questi vi sono le nozioni di Diritto Oggettivo, Diritto Soggettivo (lato e stricto sensu), diritto potestativo, Doveri (lato e stricto sensu) e obbligazioni. I secondi (satelliti) gravitano intorno ai primi in modo da ausiliare nelle loro visualizzazioni e applicazioni, potendosi citare le nozioni di rapporto giuridico, situazione giuridica, posizione giuridica, onere e

⁴ La bilancia simboleggia, nel Diritto, l'equazione tra castigo e colpa, legge e giustizia, libertà e oppressione, diritti e doveri, nuovo e antico, accanto a tante dicotomie che le spetta equilibrare.

⁵ Nell'utilizzare il termine universale, non si intende formulare un audace concetto accettato in tutti i tempi e luoghi. L'espressione riflette la figurazione del Diritto come universo, come una categoria ampia che, composta da varie parti, è anche concepita a partire dall'idea di totalità.

istituti. La metafora non è esatta, ma serve a illustrare l'insieme che si proietta, fornendo una visione telescopica dell'universo del Diritto e di rilevanti elementi della sua partitura. Le categorie trattate, evidentemente, non sono esaustive, non escludendo altre ugualmente determinanti che, sebbene potessero essere situate in una o nell'altra condizione, sono state omesse perché esulavano dallo scopo del libro. Inoltre, tutte queste categorie sono analizzate sotto un approccio tecnico-giuridico, anche quando è loro inerente un forte legame con la sfera morale, come accade con la tematica dei doveri (lato sensu), o che da essa provengano o ne siano influenzate e permeate. La proposta è di mantenersi nell'ottica giuridica, senza negare gli scambi e gli influssi reciproci tra il Diritto e la morale.

Con un approccio simile, l'intento del Capitolo I è quello di presentare un panorama tecnico di cosa sia il Diritto, quali siano le sue funzioni, come operi e come possano relazionarsi, attualmente, i suoi principali componenti. Si apre una visione globale propizia alla percezione che l'universo giuridico non si riduce ai diritti (*stricto sensu*), ma comprende numerose altre figure che devono mantenere con essi una relazione di equilibrio, seppur relativo, come si vedrà nello sviluppo del libro. Si tratta di un Capitolo dogmatico, nella misura in cui utilizza metodi di sistematizzazione e concettualizzazione, anche ai fini dell'applicazione pratica, ma che viaggia ugualmente attraverso la filosofia del Diritto. Esso si caratterizza, quindi, per il "doppio volto" metodologico degli studi giuridici⁶. Tuttavia, la pretesa non risiede nello sviluppare ambiziosamente una teoria propria del Diritto, ma nel percorrere alcuni contenuti indispensabili alla teoria e alla pratica giuridiche.

Il Capitolo II si dedica a un tema vitale per la Scienza Giuridica, "L'ambito dei diritti e dei doveri umani e fondamentali", che costituiscono una galassia o sottosistema nell'universo del Diritto⁷. In continuità con l'approccio dogmatico e, in misura minore, teorico-filosofico del Capitolo I, si sviluppa un contenuto su questi rilevanti domini e la loro percezione contemporanea. Anche in questo caso, si adotta una prospettiva eminentemente giuridica, sebbene non si possa negare un forte legame con la morale e le influenze che questa esercita nei contesti di giustificazione e applicazione delle norme giuridiche in generale.

I contenuti trattati nel Capitolo inaugurale vengono ora integrati, in questa sezione intermedia, da altri che li permeano o alimentano. I Diritti e Doveri Umani e Fondamentali inoculano nel DNA del Diritto un'espressiva vivacità assiologica e deontologica. Essi costituiscono uno dei sensi propri dell'ordine giuridico, delimitandolo con premesse sostanziali e procedurali, stabilendo contenuti e meccanismi per la creazione e l'attualizzazione delle norme e rendendo possibile la convivenza responsabile in una società democratica. Tali diritti e doveri si equilibrano in un tentativo di armonizzare, in equazioni non esatte, libertà e ordine, individualismo e comunitarismo e tante altre dicotomie delle complesse società democratiche. L'integrazione tra i diritti e i doveri nella teoria generale del Diritto si riproduce, quindi, nel campo umano e in quello giusfondamentale.

⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: *Methodenlehre der rechtswissenschaft*. p. XXII.

⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Teoría general. Madrid, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 109.

Così, si inizia con un'immersione nei Diritti e Doveri Umani, cercando, a livello internazionale, un senso per tali figure che sia in grado di modellare una specie di substrato comune di norme essenziali, con funzioni complementari, condivise tra Paesi⁸. Successivamente, si entra nel diritto costituzionale dei Diritti e Doveri Fondamentali, tema esplorato con maggiore scioltezza e approfondimento. Tuttavia, anche se l'approccio agli *standards* internazionali è meno esteso, tutta la lentezza della ricerca mantiene coerenza con questi, essendo consapevoli della realtà parallela tra gli ordinamenti nazionali e internazionali e dell'importanza degli standard sovranazionali per il riconoscimento e l'evoluzione di tali diritti e doveri. Inoltre, si attribuisce una certa enfasi agli ordinamenti legati alla famiglia del *civil law*, nei quali la tematica è più coltivata, ma non si trascura il *common law*.

Gli aspetti essenziali riguardanti queste categorie vengono approfonditi, come l'autonomia di entrambe, le loro razionalità, caratteristiche, dimensioni, le loro prospettive oggettiva e soggettiva e altre classificazioni. Viene inoltre affrontata l'efficacia, questo aspetto ambivalente utilizzato per designare l'influenza del Diritto sulla realtà e viceversa⁹. L'obiettivo, in un primo momento, è quello di conferire un trattamento prevalentemente dogmatico ai Diritti e Doveri Umani e Fondamentali, con particolare attenzione a questi ultimi, anche al fine di contribuire al consolidamento dei doveri come categoria giuridica. In un secondo momento, l'intento consiste nel riflettere sull'importanza dei doveri affinché il Diritto adempia alla sua funzione di regolare una società vocata non solo all'individualità e alla protezione delle persone, ma, parallelamente, alla promozione dell'ordine e del benessere della comunità.

Il Capitolo III si intitola Su Diritti e Doveri: Accesso alla Giustizia, Giudizializzazione della politica e Attivismo Giudiziario. Esso incorpora e conclude il contenuto dei Capitoli precedenti, articolandoli ulteriormente con temi specifici legati a un contesto di ampia preminenza dei diritti rispetto ai doveri. Con chiavi interpretative meno dogmatiche e più critico-riflessive, il Capitolo parte da considerazioni sullo scenario di individualismo e sulla cultura dei diritti (*culture of rights*) per proporre un moderato recupero del senso del dovere e un'intensificazione del ruolo della cittadinanza, mirando a un maggiore equilibrio e a un riallineamento nella Teoria del Diritto, nella società e nella democrazia.

Da qui, si entra in temi specifici ampiamente dibattuti nella scena contemporanea. Questi sono l'Accesso alla Giustizia (lato sensu), la Giudizializzazione della politica e l'Attivismo Giudiziario. Questi rilevanti elementi vengono tutti concettualizzati, cercando di sistematizzare le loro principali caratteristiche con finalità didattiche. Nell'affrontarli, si cerca di stabilire un nesso con il predominio dei diritti, con il modo in cui esso li influenza, proponendo nuove prospettive che aiutino ad armonizzare i diritti e i doveri, a conciliare gli interessi individuali e collettivi. Si intende identificare in che modo queste nuove prospettive si proiettano su questi temi specifici e come possono influenzarli.

Traducendo una sequenza dei Capitoli precedenti, quest'ultima sezione dà continuità a una percezione generale: quella secondo cui il Diritto, per perfezionarsi nel suo proposito di regolare la vita individuale e collettiva, deve guardare prevalentemente alla persona umana, ma

⁸ OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri. Milano: Giuffrè Editore, 2016, p. 04.

⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 112.

non come essere isolato dalla comunità, né in modo da naturalizzare i conflitti permanenti e la mancanza di considerazione per lo spirito di coesione che forma una società prospera. Tale affermazione è basata tanto sulla Teoria Generale del Diritto quanto sulla razionalità che informa i Diritti e i Doveri Umani e Fondamentali.

Le Conclusioni contengono una sintesi dei principali punti emersi durante la ricerca e necessari per il consolidamento della riflessione.

È importante notare che le categorie principali sono scritte con la prima lettera maiuscola e i loro rispettivi concetti operativi sono specificati nel glossario alla fine del libro, sezione di lettura imprescindibile. Inoltre, durante l'esposizione si è scelto di mantenere alcune citazioni in lingua straniera, fornendo le traduzioni libere nelle note a piè di pagina. Lo stesso si verifica nelle stesse note, con i testi originali seguiti dalla traduzione. L'obiettivo è quello di preservare al massimo il senso originale delle fonti. Con lo stesso scopo e per descrivere fedelmente il pensiero degli autori studiati, alcuni passaggi contengono parafrasi sequenziali, accompagnate dalle indicazioni, in successive note a piè di pagina, degli estratti delle opere in cui le idee riportate possono essere trovate. Inoltre, è stata adottata come regola la redazione delle espressioni per esteso. Pertanto, è stato eliminato lo spazio riservato all'elenco di sigle e abbreviazioni.

Il periodo di ricerca post-dottorale è stato determinante per i risultati del libro. Il contatto con docenti stranieri e lo scambio di esperienze con un'altra cultura giuridica hanno ampliato gli orizzonti sul tema, che in Italia riceve grande attenzione. Inoltre, la biblioteca dell'Università degli Studi di Perugia - UNIPG possiede una vasta collezione di opere giuridiche classiche e contemporanee e l'accesso a piattaforme virtuali di tutto il mondo, rivelando un radioso campo aperto per la ricerca e permettendo l'immersione in riferimenti bibliografici di sistemi delle famiglie di *civil law* e *common law*¹⁰. Si ritiene che il contributo del periodo di ricerca emergerà da sé nelle pagine seguenti.

Con queste note introduttive, si estende l'invito alla lettura, sperando che sia proficua e possa contribuire all'arricchimento, su basi teorico-pratiche, della tematica esplorata, sia nel campo della Teoria Generale del Diritto, sia nell'ambito dei Diritti e Doveri Umani e Fondamentali, sia nei temi dell'Accesso alla Giustizia, della Giudizializzazione della politica e dell'Attivismo Giudiziario, sia nell'insieme complessivo.

Praia Brava, Itajaí/SC.

¹⁰ Sistema giuridico, famiglia giuridica e tradizione giuridica non hanno significati identici. Per sistema giuridico si intende il complesso di funzionamento delle istituzioni, le procedure e le regole in vigore in un dato territorio, normalmente coincidente con l'ordinamento nazionale di un paese, ma che può anche essere internazionale. La famiglia giuridica è una classe omogenea all'interno della quale sono raggruppati ordinamenti o sistemi giuridici con tratti comuni, come le famiglie del *civil law* e del *common law*. A sua volta, la tradizione giuridica è una nozione più ampia di quella di famiglia: essa mira a coniugare i sistemi e le famiglie con le radici della storia e della cultura, cercando affinità più remote. Si è soliti utilizzare come esempio la tradizione giuridica occidentale, che coinvolge tanto il *civil law* quanto il *common law*. A tal proposito: MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil law***: uma introdução aos sistemas jurídicos da europa e da américa latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre: 2009, Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. Título Original: *The Civil Law Tradition, an introduction to the legal systems of Europa and Latin America*. p. 21-22. E: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** (direito comparado). 2ed. Tradução de Herminio A. Carvalho. Lisboa: Editora Meridiano Ltda. Título original: *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*. p. 43-44.

CAPITOLO I

LA TEORIA GENERALE

La Scienza Giuridica ha come oggetto la conoscenza del Diritto (lato sensu)¹¹. La si può definire come un'attività "cognitiva, esplicativa e predittiva della realtà", basata su una metodologia razionale, con l'obiettivo di "sistematizzare, disseminare, controllare, rivedere e conferire sicurezza alla produzione delle conoscenze morali, etiche e giuridiche (...)"¹². Il duplice volto metodologico del Diritto autorizza sia un approccio dogmatico che uno teorico-filosofico¹³, variando tra prospettive ora normative, ora idealistiche e ora più funzionali o empiriche¹⁴, in convivenza con le visioni che accentuano il ruolo dell'argomentazione giuridica¹⁵.

Questo Capitolo si dedica allo studio dogmatico e filosofico del Diritto¹⁶, inteso figurativamente come un universo che comprende diritti (*stricto sensu*), doveri (*lato sensu*) e altre categorie¹⁷, così come le loro suddivisioni e classificazioni. A tal fine, vengono prese in considerazione, incidentalmente, teorie sulle norme, l'ordinamento giuridico, le fonti del diritto e la decisione giudiziale, nonché gli approcci ad esse attribuiti. Cos'è il Diritto come universo e, al suo interno, cosa sono e in cosa consistono i suoi pianeti come i diritti (*stricto sensu*), i doveri e gli obblighi? Quali satelliti gravitano intorno a questi pianeti per aiutare nella loro comprensione, come ad esempio la relazione giuridica, la situazione giuridica, la posizione giuridica, gli oneri e gli istituti? Sono queste le domande che ispirano il Capitolo e svolgono un ruolo essenziale nel libro, alla luce della sua concatenazione logica.

Come è noto, la dogmatica giuridica mira a evidenziare concetti basilari¹⁸, combinando le attività di descrizione delle norme e degli istituti, sottoponendoli ad analisi teoriche, concettuali e

¹¹ L'attività principale di tale scienza consiste nell'attribuire precisione alle proposizioni e agli enunciati chiamati norme giuridiche e nell'indicare quali norme siano state adottate e applicate nel corso del tempo. C'è chi mette in discussione la caratterizzazione come scienza in senso stretto, sia formale che empirica. Tuttavia, è innegabile considerarlo scienza, quanto meno, in un'accezione più ampia, intesa come una forma di sapere destinata alla costruzione di un sistema – il sistema giuridico. Su: BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime Clasen. São Paulo: Unesp, 2016. Título original: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. p. 113-114; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999, p. 19.

¹² ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ed., rev. ampl. Curitiba: Prisma, 2014. p. 227.

¹³ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. XXII.

¹⁴ In questo senso: ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. Título original: *On law and justice*. p. 49.

¹⁵ ATIENZA, Manoel. **Curso de argumentación jurídica**. p.19-20.

¹⁶ I concetti di dogmatica e di filosofia giuridiche, i loro punti di inizio e fine e i loro confini non sono argomento pacifico in dottrina. In questo libro, si adottano i domini delimitati nei paragrafi seguenti, i quali mirano a rendere chiara la posizione assunta.

¹⁷ Un altro concetto di categoria, oltre a quello esposto nella Nota dell'Autore, è quello di una specie di insieme o collezione di informazioni raggruppate in quanto soddisfano proprietà comuni relative a oggetti o funzioni. FOKKINGA, Maarten M. **A gentle introduction to category theory: the calculational approach**. The Netherlands: University of Twente, 1994, p. 07. Disponível em: < <https://maartenfokkinga.github.io/utwente/mmf92b.pdf> >. Acesso em 15 de junho de 2021.

¹⁸ FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775.

sistematiche¹⁹ ed elaborando proposte per la soluzione di problemi giuridici²⁰. Si tratta di esaminare il Diritto dal punto di vista delle operazioni interne, contribuendo alla formazione e al funzionamento di un insieme coerente, fornendo chiarezza, razionalità e tecnicismo, proiettando una stabilizzazione che promuove la certezza del diritto e consentendo il controllo delle decisioni giudiziarie²¹. Originariamente, la dogmatica mirava ad autonomizzare il sistema giuridico, adottando un approccio dottrinale volto alla conoscenza razionale di un oggetto, convertito in un concetto che permettesse la sussunzione secondo la logica formale²². In questo senso, si avvicinava a visioni positiviste²³. Tuttavia, specialmente in una versione più aggiornata, la dogmatica contribuisce anche alla soluzione di problemi valutativi relativi, ad esempio, ai principi giuridici²⁴. Essa aiuta nella delimitazione della loro portata, nella concezione di formule o tecniche di ponderazione, nella definizione dei loro significati per la regolazione di situazioni, nella riconduzione di regole e dei loro comandi al contenuto dei principi sottostanti, tra altre potenzialità derivanti da un procedere tipologico²⁵. Così, la dogmatica è importante e complementare anche alle teorie post-positiviste, guidando l'argomentazione a partire dall'approfondimento che conferisce al sistema²⁶ e aumentando i livelli di certezza del diritto e di stabilità giurisprudenziale.

¹⁹ "La dogmatica è ricerca dei concetti e dei principi più generali che caratterizzano un ordinamento giuridico e rientra nella ermeneutica giuridica". Inoltre, "(...) La legittimità della dogmatica giuridica si misura dalla capacità del sistema concettuale da essa prospettato di rispecchiare sinteticamente, nella sua complessità e nella sua unitarietà, l'ordinamento giuridico; ma anche, e per ciò stesso, nella fecondità di quel sistema concettuale ai fini della più estesa e più profonda conoscenza del diritto positivo". Pertanto, essa è "(...) un sistema di concetti scientifici nei quali si rispecchia il sistema di principi generali che informano un diritto positivo". FALZEA, Angelo. **Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica**. I. Teoria generale del diritto. Milano: Giuffrè Editore, 1999, p. 263.

²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchingson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora Ltda., 2001. Título original: *Theorie der juristischen argumentation*. p. 241.

²¹ KLATT, Matthias. Integrative jurisprudence: legal scholarship and the triadic nature of law. **Ratio Juris**. v. 33, n. 4, december/2020, p. 385.

²² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 313.

²³ FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. p. 775.

²⁴ Le distinzioni tra regole e principi sono viste sotto diverse angolazioni. Per alcuni, i principi agiscono come fondamenti normativi per l'interpretazione e l'applicazione del Diritto, anche attraverso le regole. Per altri, essi esercitano un ruolo costitutivo dell'ordine giuridico, oltre a fornire criteri per la presa di posizione in situazioni concrete. In altre visioni, i principi si distinguono per un carico assiologico esplicito e per necessitare, per la loro applicazione, di complementazione e limitazione da parte di altre norme. Altri ancora distinguono principi da regole per la struttura logica, vedendo nei primi una formula aperta e una dimensione di peso soggetta a bilanciamento in caso di collisione e, nelle seconde, una struttura di presupposti fattuali con conseguenze giuridiche fisse che sono o non sono applicabili al caso (tutto o niente), risolvendo i conflitti sul piano della validità. Altre correnti qualificano le regole come mandati definitivi e i principi come mandati di ottimizzazione, i quali istituiscono diritti prima facie, soggetti a ponderazione e la cui applicazione osserva le possibilità fattuali e giuridiche. C'è, inoltre, la concezione che i principi mirino al conseguimento di un fine, influenzando solo indirettamente i modi di comportamento, mentre le regole sono destinate principalmente a descrivere un comportamento, mirando solo indirettamente a un fine. Esulerebbe dalle finalità del presente libro sviluppare, con maggiore dettaglio, una teoria generale dei principi o prendere partito, tra le teorie, per una ritenuta adeguata. La tematica dei principi sarà affrontata nelle righe seguenti sempre in maniera contestualizzata nel pensiero di ciascun autore. Agli interessati: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed., ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 29-132.

²⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. p. 316.

²⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Begriff und geltung des rechts*. p. 39.

La filosofia²⁷ del Diritto, d'altra parte, opera con metodi propri e in un campo più aperto, considerando il diritto filosoficamente²⁸. Tra le altre cose, essa implica la problematizzazione, la ricerca di risposte a questioni essenziali e la spiegazione dei fondamenti del Diritto, facendolo mediante la costruzione di saperi logici e razionali, ma potendo assumere una prospettiva empirica²⁹. La filosofia del diritto riflette sulla giustizia, critica la conoscenza dogmatica³⁰, tratta dei fatti giuridici, contribuisce al perfezionamento delle istituzioni, del sistema e delle norme positive, pretende di spiegare razionalmente la struttura del Diritto e, anch'essa, lo studia in quanto Scienza³¹.

Ai fini di questo libro, saranno presi in considerazione tutti gli approcci già specificati nelle righe precedenti. Quello normativo o ontologico si occupa del Diritto come insieme di norme, elaborandole e riflettendo su di esse e sulle loro funzioni di ordinamento. Il punto di vista funzionale, empirico o fenomenologico mette in relazione il Diritto con i ruoli che svolge nella società e con le condotte dei giudici e degli operatori in generale, trattandolo non solo come visto nei libri (*law in books*) ma in azione (*law in action*) e avvicinandosi a posture sociologiche³² e realiste³³. La prospettiva idealista o deontologica trascende lo studio del diritto positivo (essere) per dibatterlo in termini di contenuto, valori o modelli ideali (dover essere), attraendo componenti giusnaturalistiche³⁴. Tutto ciò coesiste con le riflessioni sul ruolo dell'argomentazione giuridica: l'ottica argomentativa, che presuppone le altre e le rende operative, mira a fornire strumenti affinché gli attori del Diritto guidino le loro attività pratiche, aiutandoli a valutare argomenti dottrinali e di atti legislativi e giudiziari e ad esprimere ragioni favorevoli o contrarie ai suddetti

²⁷ La parola filosofia ha origine etimologica greca (*philia* + *sophia*), significando amore o amicizia (*philia*) per la sapienza (*sophia*), sia essa teorica (del conoscere) o pratica (del come agire). Essa si rivela come la riflessione e la comprensione critica di vari fenomeni, analisi dell'esperienza e metafisiche incorporate alla vita umana, ponendo domande sui presupposti della conoscenza scientifica e cercando risposte che esplicitino e rendano effettivi, validi e autentici i principi, le leggi naturali, i concetti fondamentali della mente e le idee madri.. RONCORONI, Massimo. Etimologia e semantica dei termini filosofia: uno sguardo panoramico iniziale. In: DAL POZZO, Francesco; RONCORONI, Massimo. **Filosofia, giustizia, diritto**. Lineamenti di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli Editore, 2001, p. 04 e 13-14. Ainda: MIRAGLIA, Luigi. **Filosofia del diritto**. Volume primo. Parte generale. Diritto privato. Napoli: Tipografia e Stereotipia della Regia Università, 1885, p. 01-07.

²⁸ VANNI, Icilio. **Il problema della filosofia del diritto**. Nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri. Verona: Donato Tedeschi e Figlio Editori, 1890, p. 18.

²⁹ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. p. 50.

³⁰ La filosofia del diritto "s'indirizza sui metodi, sui critérios, sui primi principi filosofici delle dottrine o dell'indirizzo comune in che esse convergono, e non si ferma di proposito sul contenuto particolare dei sistemi (meglio, forse, sarebbe dire, delle teorie) se non quanto basta per riprovare i giudizi già formulati od anticipati sul loro assunto metodologico. È una critica poggiata sulla teoria della conoscenza". PETRONE, Igino. **La fase recentissima della filosofia del diritto in germania**. Pisa: Enrico Spoerri Editore, 1895, p. 01.

³¹ SANTOS, Rafael Padilha dos. Apresentação. In: ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 08-09.

³² La sociologia del diritto include, tra l'altro, i fattori sociali che formano il contenuto variabile del diritto, gli effetti sociali delle regole o istituzioni, le relazioni tra le norme e la loro efficacia, oltre ad altri punti connessi ad aspetti empirici. ROSS, Alf. **Direito e justiça**. p. 26.

³³ Per il realismo giuridico, i giudici non decidono prevalentemente sulla base delle norme, ma in base alle loro percezioni dei fatti, alla loro ideologia, alla loro personalità e a fattori idiosincratci. Dopo aver preso la decisione, selezionano regole, principi o standard che possano giustificarla (post hoc). Pertanto, il Diritto finisce per identificarsi con ciò che i giudici dicono che sia e con le previsioni su ciò che i giudici diranno. Si tratta di una corrente di radici positiviste, sebbene avversa al formalismo, con importanti esponenti nordamericani e scandinavi e che, oggi, influenza il pragmatismo. Si caratterizza, inoltre, per una concezione empirista e funzionalista del diritto, nonché per lo scetticismo nei confronti delle norme, dovendo gli aspetti normativi essere adattati alle esigenze della realtà e della vita in società. A tal proposito: ATIENZA, Manoel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 19-20; e CARDOZO, Benjamin N. **The nature of judicial process**. Mineola, New York: Dover Publications, Inc., 2005.

³⁴ A tal proposito: BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. p. 73.

argomenti³⁵. A tal fine, essa può avvalersi anche della dogmatica, in modo da costruire un importante ponte tra questa e la filosofia.

Le dimensioni dogmatica e filosofica si completano e interagiscono, anche attraverso l'argomentazione, nell'universo del Diritto. D'altronde, è impraticabile negare la rilevanza di ciascuna di queste dimensioni. Anziché competere isolatamente tra loro, esse assumono, ciascuna, una funzione rilevante come parte del Diritto, dovendo essere armonizzate sotto un focus comune³⁶. Escludendo una di esse, è difficile visualizzare il Diritto in modo completo, stabilire i suoi nessi e perfezionarlo³⁷. Senza la dogmatica si compromette la parte tecnica, applicativa e lo sviluppo degli istituti specifici che orientano le condotte e le decisioni. Senza la filosofia e la riflessione sugli aspetti normativi, idealistici e funzionali, si rende impraticabile la costruzione di un sistema³⁸ capace di adempiere a tutte le funzioni del Diritto³⁹. Senza un'argomentazione consistente dal punto di vista logico e materiale si perde in legittimità, persuasione, praticità, controllo ed evoluzione. Da qui la necessità di uno sguardo che cerchi di conciliare queste dimensioni⁴⁰, presente la sfida di unire teoria e pratica, combinare norma, contenuto e realtà, giustificandole e perfezionandole. Sebbene in questo libro si attribuisca una certa preponderanza alla dogmatica e alla prospettiva normativa, è certo che esse non

³⁵ in materia: ATIENZA, Manoel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 19-20.

³⁶ BERMAN, Harold J. Towards an integrative jurisprudence: politics, morality, history. **California Law Review**. v. 76, n. 4, p. 779-801, july/1988.

³⁷

Julius Stone, in articoli datati 1944, richiamava già l'attenzione sulla forma incompleta in cui il Diritto veniva insegnato nei paesi di lingua inglese. L'autore constatò il quasi assolutismo di una concezione dogmatico-analitica basata sulla definizione di concetti e precetti, sull'identificazione delle relazioni logiche tra essi e sulle loro rispettive organizzazioni in sistemi ordinati. La cultura della common law inglese attribuisce notevole enfasi a un metodo analitico consistente nel decomporre la conoscenza dogmatica in parti identificate e separate, sebbene connesse, per identificare le varie dimensioni delle norme e orientare le loro applicazioni. A partire da tale constatazione, dopo aver considerato vari apporti e proposizioni che arricchiscono il contenuto del Diritto, l'autore concluse che questo, nel XX secolo, oltre all'aspetto dogmatico-analitico, necessita di incorporare contributi della sociologia e delle teorie della giustizia, tutti reputati essenziali affinché sia compreso e applicato adeguatamente. STONE, Julius. The province of jurisprudence redetermined. **The Modern Law Review**. v. VII, n. III, p. 97-112, jul/1944; e STONE, Julius. The province of jurisprudence redetermined (concluded). **The Modern Law Review**. v. VIII, n. VI, p. 177-192, nov/1944.

³⁸ L'idea di sistema giuridico passa attraverso l'adeguatezza valoriale e l'unità interiore del Diritto, formando un ordine assiologico e teleologico di principi, concetti e istituti. Il sistema, ciononostante, è un ordine aperto e parzialmente mobile. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989. Título original: *Systemdenken Und Systemeivbegriff In Der Juriprudenz*. p. 281-282.

³⁹ Pontes de Miranda già esprimeva che attraverso il Diritto "consegue o homem diminuir, de muito, o arbitrário da vida social, a desordem dos interesses, o tumultuário dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite (...) No fundo, a função social do direito é dar valores a interesses, a bens da vida, e regular-lhes a distribuição entre os homens". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. p. 13. Traduzione libera: "l'uomo riesce a diminuire, di molto, l'arbitrarietà della vita sociale, il disordine degli interessi, il tumultuoso dei movimenti umani alla ricerca di ciò che desidera, o di ciò che soddisfa qualche appetito (...) In fondo, la funzione sociale del diritto è di attribuire valori a interessi, a beni della vita, e regolarne la distribuzione tra gli uomini".

⁴⁰ KLATT, Matthias. Integrative jurisprudence: legal scholarship and the triadic nature of law. **Ratio Juris**. p. 380-381.

esaurissem o Direito⁴¹, resultando imprescindível um enfoque multidimensional⁴². Isso justifica que a pesquisa e o conteúdo do Capítulo sejam baseados em autores de escolas diversas e com pensamentos variados. Não se trata de empregar um sincretismo técnico, que unisse inadvertidamente teorias antípodas, mas de algo de intencionalidade para uma percepção que se possa definir universal.

Isso justifica que a pesquisa e o conteúdo do Capítulo sejam baseados em autores de escolas diversas e com pensamentos variados. Não se trata de empregar um sincretismo técnico, que unisse inadvertidamente teorias antípodas, mas de algo de intencionalidade para uma percepção que se possa definir universal.

Se pode afirmar, além disso, que tanto o positivismo quanto o pós-positivismo se servem da dogmática e da filosofia em maior ou menor grau. Em um ambiente dogmático e paralelamente filosófico, a formação do Capítulo terá conta, sobretudo na sua fase inicial de desenvolvimento e pesquisa de um conceito de Direito, do pensamento de autores positivistas, como Hans Kelsen⁴³ e Herbert L. A. Hart⁴⁴, e pós-positivistas como Robert Alexy⁴⁵, Ronald Dworkin⁴⁶ e Richard Posner⁴⁷. Tais autores são escolhidos estrategicamente, mas não tendenciosamente, em razão da importância de suas obras e porque abraçam as famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*, o que fornece uma visão completa do Direito no movimento de crescente aproximação entre as famílias⁴⁸. Evidentemente, seria impossível descrever o pensamento integral de cada um de

⁴¹ Em 1902, John W. Salmond publicou uma renomada obra na qual já empregava, em caráter principal, um enfoque dogmático-analítico destinado a fornecer um resumo completo do corpo normativo. Contudo, além disso, inseria no âmbito da Teoria do Direito também uma perspectiva avaliativa vinculada aos princípios contenciosos de origem giusnaturalista. O autor também sublinhava a necessidade de um enfoque sistemático para auxiliar o presente, além de uma visão histórica a partir do passado e, ainda, de uma ótica crítica para iluminar o futuro. Trata-se de um exemplo de obra em que o Direito é apresentado com múltiplas abordagens para um tratamento completo, com predominância dogmático-analítica. SALMOND, John W. **Jurisprudence or the theory of law**. London: Stevens & Haynes, 1902, p. 01-10. Disponível em: < <https://musicians4freedom.com/wp-content/uploads/2012/11/Jurisprudence-Sir-John-William-Salmond.pdf> >. Acesso em 14 de maio de 2022.

⁴² Sobre: KLATT, Matthias. Integrative jurisprudence: legal scholarship and the triadic nature of law. **Ratio Juris**. p. 392.

⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Reine Rechtslehre*. Ainda: KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *General Theory of Law and State*. E: Mais: KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Das problem der gerechtigkeit*. Mais: KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. Título original: *Allgemeine Theorie der Normen*. Por fim: KELSEN, Hans. **O que é justiça?** a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *What is justice?*

⁴⁴ HART, H.L.A. **O Conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Título original: *Concept of Law*.

⁴⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Ainda: ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Mais: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, Título original: *Theorie der Grundrechte*. Por fim: ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização de Luis Afonso Heck. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. E: DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's Empire*.

⁴⁷ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: *Frontiers of legal theory*. Ainda: POSNER, Richard A. **Como deciden los jueces**. Traducción de Victoria Roca Perez. Madrid: Marcial Ponz, 2011. Título original: *How judges think*. Ainda: POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, pragmatism and democracy*. Por fim: POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**. Chicago. v. 18. p. 01-20. 1996.

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law – common law* (apontamentos histórico-comparativos). **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: v. 32, n. 100, p. 409-442, 1974. p. 442.

questi autori, motivo per cui sono stati selezionati le opere e i brani con collegamento diretto al contenuto del libro, con le cautele affinché questa settorializzazione non provochi decontestualizzazioni o rottura di identità dei lasciti giuridici.

È opportuno registrare ancora, in questo preambolo, che il positivismo giuridico⁴⁹ emerse come alternativa alla crisi di sicurezza giuridica e alla scarsità di prevedibilità del Diritto vigenti nel modello giusnaturalistico dei secoli XVII e XVIII. Il giusnaturalismo presupponeva un ordine universale di valori superiori risultanti dalla natura⁵⁰, validi in tutti i tempi e luoghi, con fondamenti ora metafisici, ora desunti dalla ragione⁵¹, i quali avrebbero dovuto conformare la creazione legislativa e l'applicazione giudiziale del Diritto. Ciò rimandava a ideali soggettivi di giustizia. Da qui la pretesa, a partire dal XIX secolo, di sostituire tale modello con un altro di matrice positivista, basato su Codici considerati completi, validi perché emanati da un'autorità⁵² (*pedigree*) e applicati in maniera tecnica e avalutativa, divorziati dalla morale, dalla politica, dalla giustizia e da altre aree della conoscenza. Il positivismo è già stato definito *come* "quella tendenza nella scienza del diritto che, partendo dal diritto positivo, con mezzi puramente intellettuali, senza un proprio sistema dei valori, pensa di poter trovare una risposta ad ogni domanda giuridica"⁵³. Si tratta di una corrente che vede il Diritto come realtà posta⁵⁴ e che ha attraversato la fase del positivismo esegetico, è evoluta verso il positivismo normativista e, successivamente, ha acquisito caratteristiche neopositiviste, variazioni che, tuttavia, esulano dall'obiettivo del presente libro⁵⁵.

Sebbene con peculiarità, le teorie positiviste riuniscono tratti condivisi presenti in intensità variabili. Tali caratteristiche comuni consistono nella *(i)* separazione, più o meno rigida, tra Diritto e morale, *(ii)* nella costituzione del Diritto, preferibilmente, da norme-regole in relazione a norme-principi, *(iii)* nell'applicazione delle norme per attività logica di sussunzione e non per tecniche di ponderazione, *(iv)* nell'esistenza di un ordinamento scalare, al cui vertice si trova una norma fondamentale, sia essa presupposta⁵⁶, fattuale⁵⁷ o derivante dal potere costituente primario⁵⁸ e *(v)* nell'esistenza di discrezionalità giudiziale per la risoluzione, esclusivamente, di casi difficili (*hard cases*) in cui il sistema presenti ambiguità o lacune⁵⁹.

⁴⁹ Parte delle considerazioni che seguono a proposito del tema costituisce una versione nuova e ridotta di contenuto pubblicato nel seguente libro: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre civil law e common law. v. 2. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 34-37.

⁵⁰ CÁRCOVA, Carlos María. **Las teorías jurídicas post positivistas**. 2ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008. p. 195.

⁵¹ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** p. 21.

⁵² DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 68.

⁵³ RADBRUCH, Gustav. **Propedeutica alla filosofia del diritto**. Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1959. Titolo originale: *Vorschule der rechtsphilosophie*. p. 183.

⁵⁴ ATIENZA, Manoel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 25.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: noções de filosofia do Direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. Título original: *Il Positivismo Giuridico*. p. 25-122; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. p. 28; e FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chokur, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Título original: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. p. 802.

⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 224.

⁵⁷ HART, H.L.A. **O conceito de direito**. p. 140.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 1995. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. p. 58.

⁵⁹ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 68.

L'esperienza sta rivelando, tuttavia, che queste principali caratteristiche del positivismo non descrivono con precisione lo stadio di sviluppo della Scienza Giuridica⁶⁰, almeno a partire dagli ultimi decenni del XX secolo⁶¹. Basta riferire l'inesistenza di una blindatura del Diritto contro l'avanzata della morale, la quale si manifesta nelle fasi di positivizzazione e applicazione. Inoltre, l'applicazione delle norme per sussunzione, con la mancata considerazione della ponderazione dei principi, è una riduzione semplicistica. La finzione di completezza di un ordinamento dotato di norme da applicare meramente diventa surreale di fronte alla velocità delle domande sociali, economiche e tecnologiche, che non si sincronizzano con il ritmo del processo legislativo. Per di più, il margine di discrezionalità giudiziale nei casi difficili deve essere ridotto, non avallato. Si aggiunge la crescente sofisticazione delle tecniche di controllo di costituzionalità, come le sentenze manipolative e additive, l'istituto dell'appello al Legislatore, l'interpretazione conforme alla Costituzione con o senza riduzione del testo, la modulazione temporale degli effetti della decisione⁶², oltre ad altre gamme di opzioni decisionali che rendono obsoleta l'immagine del Giudiziario come semplice applicatore.

A partire da critiche simili hanno preso corpo teorie post-positiviste, in particolare il sostanzialismo, il procedimentalismo e il pragmatismo, con l'obiettivo di superare tali insufficienze notorie e fornire opzioni teorico-pratiche più complete sul Diritto, senza retrocedere a forme dissimulate di giusnaturalismo⁶³. Tali teorie, come si vedrà, non considerano nemmeno il Diritto come prodotto finito di norme poste e riconoscono un grado ancora maggiore di indeterminatezza e apertura dei contenuti della Costituzione⁶⁴, che richiede atteggiamenti interpretativi diversi dei giudici e degli attori giuridico-sociali in generale.

In questo vasto scenario, l'intento iniziale del Capitolo è formulare un concetto di Diritto come universo che includa alcune delle caratteristiche del positivismo ma non si riduca a tale corrente e che, in una rotta evolutiva, incorpori i contenuti valoriali, principiologici e le tecniche del post-positivismo. Sebbene la definizione sia costruita sulla base di idee di autori con percezioni distinte, si ha la cautela di non incorrere in miscellanze che rompano la razionalità. La tendenza integrativa di approccio è già stata spiegata sopra e qui si ripete. Al posto dell'attaccamento a un'unica prospettiva che rivaleggia con altre o dell'esposizione compartimentata, ciò che avviene è l'utilizzo e l'armonizzazione di ciò che si considera adeguato di ogni teoria, prendendo in prestito proposizioni che si incastrano in un'idea completa e attuale di Diritto. Tale proposta diventerà più nitida in seguito.

Il concetto formulato per il Diritto (*lato sensu*) passerà a informare lo sguardo lanciato, più specificamente, sui diritti (*stricto sensu*), doveri (*lato e stricto sensu*) e altre categorie giuridiche, descrivendole e sistematizzandole. Il Diritto come universo è integrato, figurativamente, da pianeti che lo compongono e satelliti che li circondano. I primi (pianeti) sono astri o elementi principali,

⁶⁰ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. p. 89-122.

⁶¹ ATIENZA, Manoel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 28.

⁶² SEGADO, Francisco Fernández. El tribunal constitucional español como legislador positivo. **Pensamiento constitucional**. Año XV, n. 15. p. 127-192, 2011

⁶³ ATIENZA, Manoel. **Curso de argumentación jurídica**. p. 29.

⁶⁴ LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2007. p. 95-96.

esercitando protagonismo nella sua definizione e costituzione. Sono esempi le nozioni di Diritto Oggettivo, Diritto Soggettivo, diritto potestativo, doveri e obbligazioni. I secondi (satelliti) gravitano intorno ai primi e ad essi si riferiscono in modo da ausiliare nelle loro comprensioni e applicazioni, potendosi citare le nozioni di relazione giuridica, situazione giuridica, posizione giuridica, oneri e istituti. Senza queste idee accessorie rimane offuscata la visione telescopica dei pianeti e dell'universo del Diritto. La metafora non è esatta, ma illustra l'insieme che si propone. E, con un approccio simile, si intende in questo Capitolo riflettere un panorama tecnico di come opera il Diritto e di come possono relazionarsi, attualmente, i suoi componenti, senza che l'enfasi eccessiva su uno di essi possa eclissare la percezione della totalità.

1. L'UNIVERSO DEL DIRITTO

Questo argomento si rivolge alla costruzione di un concetto di Diritto (*lato sensu*) a partire dal pensiero di rinomati autori, unendo e compatibilizzando importanti contributi e aggiungendo ad essi certi addenda autoriali. Da Hans Kelsen, ad esempio, si utilizza il carattere normativo e coercitivo delle norme giuridiche. Da Herbert Hart si estrae l'idea che esistano altre regole oltre a quelle che prevedono diritti e doveri, così come che le regole possano rivelare una struttura aperta (*open texture*) che le allontana da un'applicazione formale. Da Ronald Dworkin e Robert Alexy si ricavano il ruolo dei principi e un punto di contatto con la morale. Da Richard Posner si ottiene l'enfasi sull'empirismo e sulla risoluzione di casi concreti. Queste e altre note costituiscono una catena complementare atta a una definizione completa e attuale, che abbracci aspetti della teoria delle norme, dell'ordinamento, delle fonti e della decisione, senza che le divergenze compromettano tale costruzione globale. È come se ogni autore ponesse i suoi mattoni e con essi fosse costruito un nuovo edificio.

1.1. Hans Kelsen

L'austriaco Hans Kelsen (1881-1973) è forse il più classico degli autori positivisti. Sebbene la sua opera più celebre, la "Teoria Pura del Diritto"⁶⁵, sia stata concepita sotto forte ispirazione della famiglia di *civil law*, il suo pensiero fu successivamente rimodellato nel libro "Teoria Generale del Diritto e dello Stato"⁶⁶ per, tra le altre cose, adattarsi anche ai sistemi di *common law*. L'influenza di Kelsen è marcante in entrambe le famiglie giuridiche, ma, tuttavia, è nei domini del diritto continentale che la sua teoria rimane più penetrante.

Il *civil law* può essere rappresentato come la famiglia giuridica di radici romano-germaniche che, ispirata da una visione accademico-dottrinale, pretende di operare mediante regole di condotta generali e astratte destinate a reggere il funzionamento della società, come un direttore d'orchestra che conduce l'orchestra. In essa vi è un accentuato spirito normativo⁶⁷. La legge si presenta come la fonte primaria del Diritto, sebbene non esclusiva, dovendo essere

⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**.

⁶⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**.

⁶⁷ La visione del Diritto come scienza normativa implica concepirlo come un "*sistema de normas, ou ordens normativas, que determinam uma conduta humana definida prescrevendo ou permitindo tal conduta*" (, cioè, stabilendo il piano del dover essere. KELSEN, Hans. **O que é justiça?** p. 357. Traduzione Libera: "sistema di norme, o ordini normativi, che determinano una condotta umana definita prescrivendo o permettendo tale condotta".

applicata dai giudici attraverso un'operazione di sillogismo⁶⁸, a partire da un ragionamento deduttivo che estrae dalle disposizioni astratte la soluzione aggiudicata al caso concreto⁶⁹. Nei sistemi di civil law si è soliti adottare, inoltre, un modello concentrato o misto di controllo di costituzionalità (*judicial review*), distinto dal metodo diffuso preponderante nella common law. Tuttavia, nonostante queste e altre caratteristiche, si può affermare che attualmente, con il progressivo percorso di avvicinamento tra le famiglie giuridiche, questi tratti distintivi si trovano già molto relativizzati, attenuandosi vari dei contrasti tradizionali e persino folcloristici⁷⁰ che, nel corso degli anni, sono serviti a differenziare l'una dall'altra⁷¹.

Nella sua teoria generale, Kelsen predilige la purezza metodologica della scienza del Diritto. L'oggetto del Diritto si limita alle norme positive, all'ordine normativo che regola la condotta umana nel mondo del dover essere (*sollen*). Da esso si escludono questioni connesse come quelle di volontà politica, di giustizia, quelle ideologiche, sociologiche, psicologiche, morali, etiche, i giudizi soggettivi di valore e altre relative al campo empirico o al mondo dell'essere (*sein*)⁷². Come scienza, il Diritto deve, per quanto possibile, avvicinarsi all'oggettività e all'esattezza, indirizzandosi verso lo studio del diritto positivo, verso la conoscenza e la descrizione della sua struttura, senza valutare le norme poste o pretendere di sostituirle con norme ideali o giuste⁷³. Inoltre, il Diritto si situa nel dominio delle scienze sociali, spiegandosi sulla base dei codici di lecito/illecito e obbedendo al principio dell'imputazione, in ciò differenziandosi dalle scienze naturali, basate sui codici di vero/falso e rette dalla causalità⁷⁴.

L'ordine normativo della condotta umana conserva la sua unità per il fatto che tutte le norme del sistema derivano da una norma fondamentale comune (*grundnorm*)⁷⁵. Da essa segue un sistema scalare, basato su un criterio di validità formale: la Costituzione si situa al vertice, seguita dagli emendamenti costituzionali, dalle leggi complementari e ordinarie, dai decreti governativi, dagli atti normativi dell'amministrazione e dalle norme individuali di decisione degli agenti pubblici, come i giudici⁷⁶. Questo sistema giuridico può essere osservato dai punti di vista statico e dinamico. Il primo comprende le norme che regolano la condotta umana, coinvolgendo soggetti di diritto, capacità giuridica, relazione giuridica, diritti, doveri, sanzioni, competenze e altro. In questo senso il ramo statico si occupa delle norme vigenti così come emanate. Il secondo si indirizza alle norme che disciplinano il processo di produzione e applicazione di altre norme, nonché le relazioni gerarchiche tra le norme in un sistema scalare. Il ramo dinamico si lega,

⁶⁸ Il civil law "(...) places greater emphasis on the codification of rules enacted by the legislature than on adjudication by the courts". BLAND, Randall W. **Constitutional law in the united states**: a systematic inquiry into the change and relevance of supreme court decisions. San Francisco: Austin & Winfield, 1993, p. 08. Traduzione Libera: "(...) pone maggiore enfasi sulla codificazione delle norme emanate dal legislatore piuttosto che sull'aggiudicazione da parte dei tribunali".

⁶⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 2. p. 237-246.

⁷⁰ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**. p. 79.

⁷¹ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** São Paulo, RT v.110, abr. 2003, p. 141-158. p. 152-153.

⁷² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 01-09 e 67-119.

⁷³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 118.

⁷⁴ Secondo l'autore, entrambi i principi collegano un presupposto a una conseguenza. Così, "o princípio da causalidade afirma que, quando é A, B também é (ou será). O princípio da imputação afirma que, quando A é, B deve ser" (p. 100). KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 84-102. Traduzione Libera: "il principio di causalità afferma che, quando è A, B è (o sarà) anche. Il principio di imputazione afferma che, quando A è, B deve essere".

⁷⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 33.

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 246-ss.

pertanto, al diritto in movimento⁷⁷. La norma fondamentale, che è il punto di partenza al quale si riconduce la validità di tutto il sistema, costituisce una norma presupposta, interna e non esterna all'ordine giuridico, mostrandosi questa natura ipotetica in sintonia con la concezione astratta e dottrinale delle regole giuridiche nella famiglia del *civil law*⁷⁸. Essa possiede un carattere essenzialmente dinamico, non particolarizzandosi per contenere o imporre contenuti materiali specifici, ma per la circostanza di delegare alle autorità gli atti di creazione del Diritto nella forma della Costituzione, determinando che tutti si conducano in accordo con le norme così poste⁷⁹. Da qui l'affermazione polemica secondo cui "qualsiasi contenuto può essere Diritto"⁸⁰.

La nota distintiva di un ordine giuridico risiede nel suo carattere coattivo. Ciò significa che esso è autorizzato a reagire con un atto di forza, imponendo sanzioni, indipendentemente dalla volontà delle persone colpite, quando si verificano "situazioni considerate indesiderabili" o "socialmente perniciose"⁸¹. Sebbene la sanzione imposta tramite coercizione si rifletta normalmente in un male o in qualche forma di punizione, accade con minor frequenza che l'ordine giuridico attribuisca poteri o facoltà o che la conseguenza giuridica di una data condotta sia un premio o una ricompensa, ma tali situazioni e sanzioni premiali esercitano un ruolo subalterno all'interno di un sistema di ordini coattivi⁸². Queste norme prive di sanzioni dirette sono norme non autonome, necessitando di un collegamento con altre norme che istituiscono sanzioni⁸³. Così è che le norme giuridiche rivelano, in generale, una forma coattiva secondo la quale, praticata o inadempita una determinata condotta, si applica tale sanzione o conseguenza giuridica, potendo questa essere compresa in un senso ampio, come la nullità di un atto.

Senza il carattere coattivo, si vanificherebbe l'intento del Diritto, ossia quello di regolare le condotte in società mediante l'istituzione di prescrizioni dirette al futuro, con l'obiettivo che le persone si comportino nel senso dettato dalle norme. È la coercibilità che distingue il Diritto da altri ordini sociali e dalla morale, mostrandosi essenziale affinché le norme siano osservate. Su questo punto, peraltro, Kelsen cerca un "giusto mezzo" tra la vigenza/validità e l'efficacia del Diritto, tra il carattere normativo del dover essere (*sollen*) e il piano fattuale dell'essere (*sein*), registrando che, anche per il positivismo, un sistema giuridico nel suo complesso e una norma in particolare non possono più essere reputati validi quando perdono globalmente e individualmente la loro efficacia, sebbene l'efficacia non sia il fondamento di validità del sistema e delle norme⁸⁴. Così, un minimo di efficacia è una condizione di vigenza/validità, il che si verifica quando la condotta umana corrisponde, in generale, all'ordinamento e alla norma⁸⁵.

Le norme giuridiche, sia quelle di natura materiale che quelle formali, sono create *in abstracto* dagli organi legislativi o dalle consuetudini e applicate, *in concreto*, dagli organi

⁷⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 80, 121-213 e 215-308.

⁷⁸ SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático*. v. 2. p. 242.

⁷⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 215-224.

⁸⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 221.

⁸¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 35.

⁸² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 37.

⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 57 e 60ss.

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 235-236.

⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 11-12 e 28.

giurisdizionali e amministrativi competenti⁸⁶. Agli applicatori compete determinare se le fattispecie normative si sono verificate e, per sussunzione, adottare le conseguenze giuridiche corrispondenti, imponendole coercitivamente. I principi, in tale percezione, non traducono specie di norme giuridiche, anche se possono influenzare i giudici e i legislatori negli atti di produzione di norme, rappresentando elementi esterni derivati dalla morale, dalla politica o dalle consuetudini⁸⁷.

L'applicazione della norma generale al caso si perfeziona mediante un processo di individualizzazione che incorpora, simultaneamente, un atto di creazione della norma giuridica individuale, una forma di produzione del Diritto nei limiti della cornice fornita dalla norma generale. Per questo motivo le decisioni giudiziarie ostentano carattere costitutivo e non meramente dichiarativo⁸⁸, natura estensiva alle decisioni che riconoscono l'incostituzionalità di una legge, annullandola con effetti, di regola, *ex nunc*⁸⁹. La creazione e l'applicazione del diritto non si confondono, tuttavia, con l'osservanza del diritto, che si realizza mediante l'adempimento della condotta che evita la sanzione⁹⁰.

L'attività di creazione giudiziale del Diritto emerge in modo particolare nelle situazioni di lacuna normativa. Di fronte alle lacune, si conferisce ai giudici il potere di colmare il vuoto, assumendo la posizione del legislatore nel caso concreto e statuendo la norma, anche per regolare un fatto pregresso⁹¹. In altre ipotesi, i Tribunali si spingono ancora oltre: essi creano non solo la norma individuale del caso, ma una vera e propria norma generale. Ciò avviene quando le decisioni, soprattutto quelle delle Corti di ultima istanza, formano precedenti vincolanti per i casi successivi o quando le proposizioni giuridiche delle decisioni sono interpretate per essere applicate ai nuovi casi⁹². In ogni caso, sarà sempre presente un certo margine per l'interpretazione giudiziale delle leggi e dei precedenti, non esistendo un metodo che assicuri l'ottenimento di un'unica risposta corretta. Si considera quindi superata la figura del giudice "bocca della legge" (*bouche de la loi*) del positivismo esegetico. È certo che il grado di libertà del legislatore nella creazione di norme appare superiore, ma anche il giudice, nei quadri del diritto, è relativamente libero in questa funzione⁹³, che è una continuità della normazione del legislatore. L'interpretazione giudiziale è, dunque, più un problema di politica del diritto che un problema di teoria del Diritto, poiché il suo risultato può comprendere elementi di volontà, norme di giustizia, norme morali, giudizi di valore sociale e altri. La teoria del Diritto, al contrario, si connette al ruolo

⁸⁶ "Uma norma é geral quando tem validade não apenas num caso singular – como a norma individual –, mas vale para um número de casos iguais que não pode ser determinado de antemão, quer dizer, deve ser observada ou aplicada num número indeterminado de casos". D'altra parte, è astratta quando "(...) determina os elementos ou qualidades que um objeto concreto possuirá para nele se enquadrar". KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. p. 12. Traduzione Libera: "Una norma è generale quando ha validità non solo in un caso singolare - come la norma individuale -, ma vale per un numero di casi uguali che non può essere determinato in anticipo, vale a dire, deve essere osservata o applicata in un numero indeterminato di casi". "(...) determina gli elementi o le qualità che un oggetto concreto possiederà per rientrarvi."

⁸⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. p. 148.

⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 256 e 260-264.

⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 300-308.

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 263.

⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 271-276.

⁹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 277-279.

⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 392-393.

del giurista di stabilire i possibili significati delle norme positive, senza preoccuparsi della presa di decisioni che generino la creazione del Diritto⁹⁴.

1.2. Herbert L. A. Hart

Il britannico Herbert L. A. Hart (1907-1992) è anch'egli un esponente della scuola giuspositivista, ma aderente a un positivismo moderato, meno rigido (*soft legal positivism*). Sebbene non si limiti ai sistemi giuridici vincolati alla famiglia della *common law*, la teoria del Diritto di Hart è più propria di tale ambiente.

La *common law* si distingue come la famiglia giuridica di matrice inglese⁹⁵, successivamente espansa ad altri paesi di lingua inglese, nella quale il Diritto fu concepito all'interno di quadri processuali (*writs*) sviluppati giurisprudenzialmente, i cui rigori formali furono mitigati da un sistema parallelo fondato sull'equità (*equity*)⁹⁶. La dinamica che ne risulta bilancia, da un lato, il carattere giurisprudenziale, pratico e casistico di un Diritto operato su basi avversariali e, dall'altro, la discrezionalità giudiziale per correggere le ingiustizie. In tale famiglia, spetta ai giudici estrarre induttivamente, dai precedenti giudiziari, i principi vincolanti che guidano le decisioni, per poi applicarli deduttivamente ai nuovi casi⁹⁷. I giuristi della *common law* sono più pratici della casistica giudiziaria che teorici di astrazioni concettuali. Da qui l'affermazione che le regole di Diritto si situano prevalentemente a livello del caso concreto e sono destinate a conferire una soluzione immediata a una controversia, non posizionandosi nello strato superiore, astratto e dottrinario, delle norme di condotta⁹⁸. Anche qui, è opportuno riferire che il movimento di avvicinamento tra le famiglie rende in larga misura caricaturale il contrasto tra i modelli puri, che, tuttavia, rimane didattico.

Nel proporre una teoria del Diritto (*legal theory*) generale e descrittiva, Hart cerca di spiegarlo come istituzione sociale e politica complessa dotata di aspetti regolatorio-normativi, trattando la coercizione e la morale come fattori distinti dal Diritto, sebbene correlati⁹⁹. L'autore parte dalla premessa che sia troppo semplicistica la percezione del Diritto come un mero insieme di ordini di carattere generale, sostenuti da minacce ed emanati da un potere sovrano che,

⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 392-397.

⁹⁵ La *common law* si definisce come "(...) *law formulated by the judges when constitutional and statutory law cannot be made to apply to a question raised in a case. It has as its antecedents the decisions rendered by the royal magistrates of twelfth century England who traveled from locality to locality adjudicating questions of law in compliance with local custom. The common law is enhanced by the principle of stare decisis ('let the decision stand') or the rule of precedent*". BLAND, Randall W. **Constitutional law in the united states**. p. 08. Traduzione Libera: "(...) diritto formulato dai giudici quando il diritto costituzionale e statuario non può essere applicato a una questione sollevata in un caso. Ha come antecedenti le decisioni rese dai magistrati reali dell'Inghilterra del dodicesimo secolo che viaggiavano di località in località aggiudicando questioni di diritto in conformità con la consuetudine locale. La *common law* è rafforzata dal principio dello *stare decisis* ('lasciare che la decisione rimanga') o la regola del precedente".

⁹⁶ Equità significa, in un senso originale, il potere del giudice di mitigare la rigidità delle norme o di prendere in considerazione le particolarità di un caso, aumentando la discrezionalità giudiziale per l'applicazione dei principi di giustizia nella risoluzione dei conflitti. Non è opportuno qui analizzare il percorso storico della divisione e successiva riunione delle giurisdizioni di *common law* e di *equity*, così come le loro attuali configurazioni nei sistemi inglese e americano. Agli interessati: MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**. p. 83; DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 351 e 364.

⁹⁷ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 2. p. 246-260.

⁹⁸ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 2. p. 246-260.

⁹⁹ HART, H.L.A. **O Conceito de direito**. p. 309 e 22.

essendo abitualmente obbedito, non obbedisce a nessun altro¹⁰⁰. Il contenuto e l'ambito di applicazione multifaccettati delle norme giuridiche vanno oltre il formato di ordini coercitivi¹⁰¹. Inoltre, la mera abitudine all'obbedienza delle persone è insufficiente affinché si identifichi una norma, risultando necessario che la norma sia socialmente accettata, in termini generali, e consapevolmente rispettata.

È centrale nel pensiero dell'autore la distinzione tra gli aspetti esterno e interno delle norme. Mentre l'aspetto esterno riflette la mera abitudine all'osservanza, quello interno rappresenta un atteggiamento soggettivo, di ordine critico-riflessivo, sui modelli di comportamento previsti nelle norme, sottoponendoli a meditazione e approvandoli come modelli comuni da osservare in società, in modo da generare una sorta di pressione su coloro che li infrangono o minacciano di farlo. È quest'ultimo aspetto, associato all'accettazione, che distingue le norme dalle abitudini gruppali più rudimentali¹⁰².

Le norme giuridiche, anche in una tassonomia non esaustiva¹⁰³, presentano un'altra importante distinzione. Vi sono le cosiddette norme primarie, che impongono regole di condotta, siano esse azioni o astensioni, supportate da minacce coercitive. Ma esistono anche, accanto ad esse, altre norme che non rientrano in questo archetipo di base di stabilimento di doveri sotto pena di sanzioni. Si tratta delle norme secondarie o parassite, così intese quelle che stabiliscono che si possano introdurre nuove norme primarie, estinguerle, modificarle, determinare altre forme della loro incidenza o controllare le loro applicazioni. In sintesi, se le "norme del primo tipo impongono doveri", quelle del "secondo tipo conferiscono poteri, siano essi pubblici o privati"¹⁰⁴. La chiave per la scienza del Diritto si trova in queste norme e nelle loro combinazioni¹⁰⁵. Le norme secondarie raggruppano le primarie sotto forma di un sistema, oltre a permettere uno sviluppo più dinamico e a conferire loro efficienza¹⁰⁶.

Queste norme dette secondarie comportano una classificazione propria. Tra esse si trova la norma di riconoscimento (*rule of recognition*), che istituisce i criteri di validità che le altre norme devono soddisfare per comporre il sistema giuridico e che sarà descritta più dettagliatamente nel paragrafo successivo. Oltre ad essa, esistono le norme di modificazione, il cui ruolo è quello di definire i processi per l'alterazione del contenuto delle norme primarie, nonché di conferire poteri affinché le persone introducano nuove norme private, come quelle che risultano da negozi giuridici, testamenti e così via¹⁰⁷. Infine, vi sono le norme di giudizio, che abilitano i giudici a risolvere conflitti e definire se una norma primaria sia stata violata, comprendendo le forme di giudizio e le disposizioni legate al processo giudiziario¹⁰⁸. L'esistenza di un sistema giuridico presuppone, in questo assetto, (i) norme primarie o di comportamento che siano valide, cioè emanate in conformità ai criteri delle norme secondarie e che siano normalmente osservate, oltre

¹⁰⁰ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 129.

¹⁰¹ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 35-66.

¹⁰² HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 75-76.

¹⁰³ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 43.

¹⁰⁴ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 105.

¹⁰⁵ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 106.

¹⁰⁶ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 121.

¹⁰⁷ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 124.

¹⁰⁸ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 125.

a (ii) norme secondarie, intese come (ii.i) norme di riconoscimento che prevedano i criteri per la validità giuridica e come (ii.ii) norme di modificazione e giudizio, che siano effettivamente accettate e applicate in quanto standard di comportamento ufficiale, specialmente, ma non solo, dalle autorità¹⁰⁹. È opportuno notare, a questo punto, il deficit della teoria nel comprendere e conferire un trattamento adeguato ai principi, ciò che fu riconosciuto dall'autore nel suo post-scriptum¹¹⁰.

La norma di riconoscimento (*rule of recognition*) merita, per la sua singolarità, considerazioni aggiuntive. La funzione primaria di tale norma è quella di prevedere i criteri di verifica della validità delle altre norme del sistema, costituendosi in una norma ultima (*ultimate rule*) che riunisce la fonte di identità e autorità delle altre¹¹¹. Così come avviene con la norma fondamentale (*grundnorm*) nella teoria di Kelsen, anche per Hart le norme giuridiche sono riconosciute come parte del sistema se vengono identificate mediante riferimento a un'altra superiore, che agisce come elemento di convergenza. Diversamente, però, dal carattere ipotetico della norma fondamentale, la norma di riconoscimento si riveste di una natura fattuale più compatibile con la famiglia della common law, e risulta dalla sua effettiva accettazione e utilizzo nel compito di identificazione delle norme primarie di obbligo, soprattutto dai Tribunali e dalle autorità, ma anche dagli individui e dagli operatori giuridici in generale¹¹².

La tessitura aperta delle norme giuridiche (*open texture*) occupa anch'essa una posizione centrale nella teoria hartiana, che si discosta sia dal formalismo¹¹³ che dallo scetticismo¹¹⁴. Come formule linguistiche espresse in termini generali, le norme costituzionali e ordinarie si rivestono di un margine di vaghezza e si confrontano, alla luce dei fatti particolari, con casi ai quali sono chiaramente applicabili (*easy cases*) e casi in cui l'applicabilità incontra una zona di penombra o incertezza (*hard cases*)¹¹⁵. Gli stessi precedenti riuniscono imprecisione linguistica in qualche dimensione e affrontano difficoltà nella trasposizione analogica ad altri casi. Vi sono ipotesi, inoltre, di lacuna o assenza di regolamentazione giuridica in cui il diritto non fornisce una risposta in alcun senso. Ne consegue che l'applicazione delle norme generali ai casi particolari attraversa, nei casi difficili (*hard cases*), un processo di scelta tra contenuti possibili, immergendo i giudici e le autorità amministrative in una funzione normativa¹¹⁶. In tali casi le autorità, soprattutto quelle giudiziarie, esercitano una discrezionalità decisionale (*judicial discretion*) inconfondibile con l'arbitrio. Devono agire come legislatori coscienti, dotati di poteri interstiziali, che al contempo creano una nuova norma per il caso concreto e applicano il Diritto stabilito, sottoponendosi a limitazioni giuridiche sostanziali superiori a quelle imposte al legislatore, non potendo introdurre

¹⁰⁹ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 150.

¹¹⁰ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 334-340.

¹¹¹ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 136.

¹¹² HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 129-151.

¹¹³ Nel legalismo o formalismo, si ha il presupposto che le decisioni siano determinate dal Diritto, inteso come un corpo autonomo di regole preesistenti applicabili mediante operazioni logiche. A tal proposito: POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. p. 52-53.

¹¹⁴ Lo scetticismo nei confronti delle norme valuta il discorso su di esse come un mito, dato che occultano la verità concreta secondo cui il "direito consiste apenas nas decisões dos Tribunais e nas previsões a respeito de tais decisões". HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 177. Traduzione Libera: "diritto consiste solo nelle decisioni dei Tribunali e nelle previsioni riguardo a tali decisioni".

¹¹⁵ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 158.

¹¹⁶ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 161-176.

riforme ampie o nuovi codici e dovendo giustificare la decisione sulla base di standard generali. Soddisfatte tali condizioni e i principi di imparzialità e di ascolto degli interessati, i giudici decidono secondo le proprie convinzioni e valori in un processo di creazione del Diritto, non solo di mera applicazione del Diritto preesistente¹¹⁷.

Il positivismo moderato di Hart (*soft legal positivism*) attenua ulteriormente la scissione tra Diritto e morale ammettendo che tali ordini sociali, sebbene separati, mantengano intersezioni. La morale permea la produzione normativa del Diritto nelle sfere legislativa e giudiziaria¹¹⁸, oltre a influenzare gli standard sociali di condotta e avere il potenziale per compromettere l'efficacia delle norme dissonanti dagli standard di moralità¹¹⁹. Tuttavia, non esiste tra Diritto e morale una relazione necessaria: il Diritto, per essere tale, non necessita di osservare la morale, che non figura come un criterio di validità o di correttezza delle norme giuridiche¹²⁰.

1.3. Ronald Dworkin

L'americano Ronald Dworkin, post-positivista il cui pensiero si colloca nella provincia sostanzialista, elabora una ricca teoria liberale, più vicina alla famiglia della *common law*, sul Diritto e sul modo in cui i giudici decidono. In chiave didattica, il sostanzialismo può essere definito come l'asse teorico secondo cui il Giudiziario agisce in modo legittimo nel garantire l'effettività dei principi e valori costituzionali e morali, soprattutto dei Diritti Fondamentali, potendo concretizzare tali contenuti nel pronunciare decisioni, anche creativamente, o nel controllare la volontà politica, o, ancora, nel supplire alle omissioni o alle azioni insufficienti degli altri Poteri, purché si verifichi la correttezza quanto ai motivi delle decisioni giudiziarie e a ciò che (*what*) queste determinano¹²¹.

Per Dworkin il Diritto è "*uma questão de saber o que do suposto justo permite o uso da força pelo Estado*"¹²², avendo relazione con la coercizione e con la giustificazione per l'uso di questa. Si tratta anche di carte vincenti politiche che gli individui detengono¹²³, redistribuendo il potere politico e proteggendo giudizialmente i diritti delle minoranze di fronte al sistema rappresentativo. Il Diritto, inoltre, non si riduce a ciò che le autorità legislative o giudiziarie hanno deciso nel passato, non essendo opportuno riassumerlo a una questione di fatto. Sono fondamentali le divergenze teoriche nel Diritto¹²⁴ e la nozione che correnti come il positivismo, nell'attaccarsi ad aspetti linguistici per valutare le proposizioni giuridiche e nel credere che le decisioni siano basate su criteri uniformi, finiscono per essere ferite dal pungiglione semantico (*semantic sting*)¹²⁵.

¹¹⁷ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 351-356.

¹¹⁸ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 239 e 263.

¹¹⁹ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 263-264.

¹²⁰ HART, H.L.A. *O Conceito de direito*. p. 265-273.

¹²¹ SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático*. v. 2. p. 37-55.

¹²² DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 122. Traduzione libera: "una questione di sapere cosa del presunto giusto permette l'uso della forza da parte dello Stato".

¹²³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. XV.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 10-15.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 40 e 55.

L'ideale secondo cui il Giudiziario debba limitarsi ad applicare il Diritto creato da altre istituzioni "*não pode ser plenamente concretizado na prática*"¹²⁶, imbattendosi in problemi come l'insufficienza delle regole giuridiche, i precetti legali aperti, i principi giuridici (*principles*) accanto alle regole (*rules*) e la necessaria relazione del Diritto con una dimensione morale. Il Diritto è presentato, dunque, come un concetto argomentativo, che esige l'atteggiamento interpretativo di identificare regole, standard, finalità, giustificazioni, principi e valori morali sottostanti agli istituti, al fine di permettere che essi siano compresi e applicati in forma dinamica, potendosi persino adattarli, ampliarli o modificarli alla luce di nuove circostanze¹²⁷, senza un imprigionamento meccanico al diritto posto dalle autorità. Una simile proposta di interpretazione non è dettata dalle convinzioni personali del giudice, tenendo conto, al contrario, dei paradigmi del diritto vigente nella comunità, della pratica dei precedenti e dei fattori sociali che condizionano le soggettività e limitano i giudizi radicali¹²⁸, in modo da legittimare l'imposizione coercitiva da parte delle istituzioni statali.

La pratica interpretativa deve essere alleata a una concezione propria di Diritto, il Diritto come integrità (*law as integrity*), superiore ad alternative come il convenzionalismo e il pragmatismo. Il convenzionalismo attribuisce ai giudici la funzione di scoprire e applicare il diritto stabilito in convenzioni legali o giurisprudenziali pregresse. Le sue decisioni valorizzano il passato, anche se una regola giuridica diversa possa apparire, per il caso attuale, più giusta o efficiente. Così, il concetto di Diritto emerge limitato: è Diritto solo ciò che è espresso o deriva direttamente da leggi o precedenti. In assenza di Diritto riconosciuto in decisioni pregresse delle autorità, il giudice si vede libero di emanare discrezionalmente la decisione, poiché la mera moralità politica non sarebbe sufficiente per imporre restrizioni¹²⁹. Il pragmatismo, invece, si mostra scettico quanto all'esistenza di pretese giuridicamente tutelate, dispensa la coerenza in relazione a decisioni anteriori e si orienta verso il risultato dei giudizi¹³⁰. Ciò significa che guarda al futuro: i giudici pragmatici prendono le redini ed emanano decisioni che sembrano loro più benefiche per la comunità¹³¹, non accettando un dovere generale di riverenza verso principi, regole e standard giuridici, nelle situazioni in cui considerano che percorsi innovativi siano vantaggiosi.

Il Diritto come integrità è più completo: risponde al passato, riconoscendo come diritto le decisioni prese da autorità precedenti, ma va oltre, considerando come Diritto anche ciò che non è espressamente consegnato o non deriva direttamente dalle decisioni, bensì risulta da principi di diritto, morale e politica estratti dalle giustificazioni¹³². La coerenza con i principi che hanno governato le decisioni del passato è reputata fonte di diritto¹³³, vincolando i giudici nei casi futuri. In questo senso, dunque, l'integrità proietta il passato modernizzato nel futuro, senza aprire varchi discrezionali in casi di lacune normative o con finalità pragmatiche.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 128. Traduzione libera: "non può essere pienamente concretizzato nella pratica".

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 57-58.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 110.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 119.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 186.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 119.

¹³² DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 119-120.

¹³³ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 164.

Il Diritto come integrità presuppone la virtù dell'integrità politica. Nelle questioni importanti, si richiede che lo Stato agisca in accordo con un insieme unico e coerente di principi, non in modo capriccioso, eccentrico, casistico o ipocrita, anche se i cittadini sono divisi quanto all'esatta natura dei principi applicabili¹³⁴. Le esigenze di integrità si dividono in due: (i) l'integrità nella legislazione, che determina ai creatori del diritto di cercare di renderlo moralmente coerente, restringendo la libertà di espandere o alterare norme pubbliche, e (ii) l'integrità nella giurisdizione, che impone ai responsabili delle decisioni il dovere di interpretare e applicare la legge in modo coerente con i principi giuridici espliciti e impliciti, concependo il Diritto come un corpo o un insieme di leggi e decisioni, non come una serie di atti discontinui¹³⁵. Tuttavia, sebbene incida in questi due campi, l'integrità intercede con una forza superiore nella giurisdizione, la quale, al contrario delle leggi e dei regolamenti, deve essere governata da principi e non da politiche.

La política (*policy*) è "*aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade*", mentre i principi (*principles*) sono gli standard che si impongono di essere osservati non per perseguire fini economici, politici o sociali, ma perché rappresentano "*uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*"¹³⁶. Così la politica, utilizzata per raggiungere obiettivi generali, non è così vincolata a questioni di coerenza, dato che le decisioni politiche di oggi possono avere obiettivi distinti da quelli di ieri e si ammette la variazione di mezzi e direzioni. Il Legislativo non richiede ragioni di principio per giustificare nuove regole, dispensandosi dal dimostrare che esista già un diritto previo a giustificare la creazione o l'alterazione di diritti. Le decisioni giudiziarie, invece, specialmente nei casi difficili e nel diritto giurisprudenziale (*common law*), ma non solo in queste situazioni, necessitano di cercare questa giustificazione¹³⁷, perseguendo il miglior giudizio a partire dalla sostanza delle decisioni di autorità precedenti e anche dal modo e dalle circostanze in cui sono state prese le decisioni¹³⁸. Se le politiche sono nel dominio del Legislativo, i principi sono in quello dei Tribunali. Questi regolano le decisioni giudiziarie dei casi particolari.

Come si può notare, per Dworkin gli standard di giudizio trascendono il modello delle regole, mostrandosi non esaustivi e comprendendo principi, politiche e altre forme non catalogate di argomentazione e giustificazione¹³⁹. La distinzione tra regole e principi, inoltre, è essenzialmente di struttura logica¹⁴⁰.

Le regole si veicolano in presupposti fattuali che, se verificati, innescano le conseguenze giuridiche in esse previste, essendo applicabili o meno a un determinato caso in una logica del tutto o niente (*all-or-nothing-fashion*)¹⁴¹. Nelle ipotesi in cui le regole impiegano concetti giuridici indeterminati, si verifica un avvicinamento, ma non un'equiparazione, ai principi. Il conflitto tra

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 202.

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 203.

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 36. Traduzione libera: "quel tipo di standard che stabilisce un obiettivo da raggiungere, generalmente un miglioramento in qualche aspetto economico, politico o sociale della comunità(...)" Traduzione libera: "un'esigenza di giustizia o equità o qualche altra dimensione della moralità".

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 292.

¹³⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 292.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 36.

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 39.

¹⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 39.

regole si risolve sul piano della validità secondo i criteri della gerarchia (*lex superior derogat legi inferiori*), della specialità (*lex specialis derogat legi generali*), dell'anteriorità (*lex posterior derogat legi priori*) e altri. Inoltre, le regole sono soggette al test del pedigree, avendo la loro validità condizionata all'osservanza dei processi formali di produzione stabiliti nell'ordinamento giuridico a partire dalla norma fondamentale (*grundnorm*) e dalla norma di riconoscimento (*rule of recognition*)¹⁴².

I principi giuridici (*principles*) costituiscono elementi normativi più aperti, non circoscritti in presupposti di fatto con conseguenze predeterminate. Essi portano un peso (*dimension of weight*) o carica morale che autorizza l'impiego nella risoluzione di casi concreti e forniscono ragioni affinché la decisione proceda in una determinata direzione¹⁴³. I principi risentono di una dimensione di validità formale e le collisioni tra tali specie di norme si risolvono ricorrendo alla ponderazione o bilanciamento (*weighing and balancing*), conferendo valenze ai principi confliggenti per determinare quale di essi prevarrà come migliore soluzione per il caso concreto, senza che il principio superato subisca un declassamento o sia escluso dall'ordinamento¹⁴⁴. I principi non si sottomettono, peraltro, al test del pedigree, il quale si limita a permettere la verifica della validità delle regole (*rules*) emanate, in un sistema scalare, in consonanza con i criteri fissati nell'ordinamento. Trattandosi, tuttavia, di un sistema giuridico formato anche da principi e altri standard, tali specie di norme e la rappresentazione piramidale perdono spazio¹⁴⁵, aprendo la visione dell'ordinamento come una tela inconsueta (*seamless web*) di diversi standard verticali e orizzontali di produzione normativa e giudizio¹⁴⁶.

In questa proposta di Dworkin, spetta ai magistrati "*identificar os direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada*", dando espressione a una concezione coerente di giustizia, equità e giusto processo¹⁴⁷ e proiettando tali valori in un'ottica contemporanea. Da qui la metafora del romanzo a catena (*chain novel*), in cui ogni giudice è al contempo critico letterario di un'opera precedentemente scritta e autore di un'opera nuova, continuando trame precedenti in una composizione evolutiva di contenuti giuridici¹⁴⁸. La complessità del compito di ricevere un capitolo precedente, interpretarlo, scriverne uno nuovo e consegnarlo a romanzieri futuri riproduce la "*complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade*"¹⁴⁹. Nei casi difficili (*hard cases*), in cui "*análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado*"¹⁵⁰, i giudici dispongono di un metodo per giudicare con integrità, in sostituzione alla discrezionalità di una legislazione interstiziale *ex post facto*, ammettendo che il Diritto è un insieme coerente di principi su giustizia, equità e giusto processo, e applicandoli ai

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 28, 43 e 45.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 40-42.

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 42-43.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 63-72.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 180-184.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 271-272. Traduzione libera: "identificare i diritti e i doveri legali, per quanto possibile, partendo dal presupposto che siano stati tutti creati da un unico autore - la comunità personificata".

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 275.

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 276. Traduzione libera: "complessità di decidere un caso difficile di diritto come integrità".

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. p. 306. Traduzione libera: "un'analisi preliminare non fa prevalere una tra due o più interpretazioni di una legge o di una sentenza".

nuovi casi, in modo che la situazione di ogni individuo sia decisa in modo giusto ed equo secondo le stesse regole¹⁵¹. Tra le interpretazioni accettabili, il magistrato deve scegliere quella che rappresenta la migliore per il caso (*the one right answer*)¹⁵², individuando la risposta giudiziaria corretta, come una decisione imposta dalla ragione, in ciò distinguendosi da una scelta discrezionale¹⁵³. E sebbene il Diritto come integrità spieghi e giustifichi anche i cosiddetti casi facili, in essi gran parte della discussione finisce per essere svuotata, dato che scompaiono i principali problemi¹⁵⁴.

I giudici devono comportarsi idealmente in accordo con la figura mitica di Ercole, un giurista fittizio investito di una "saggezza, pazienza e sagacia sovrumane"¹⁵⁵, qualificato a decidere razionalmente, secondo valori cari alla comunità, mediante criteri, integrità e coerenza. Ercole si basa su un complesso metodo per giudicare, articolato in fasi di riflessione sul diritto applicabile, che comprendono formulazioni di ipotesi, confronti tra precedenti, filtri di regole o principi applicabili, analisi della morale politica, considerazione delle decisioni della comunità e realizzazione di ponderazioni. Nel decidere, "Ercole non si basa sulle proprie convinzioni"¹⁵⁶ e preferenze particolari, dovendo considerare anche la solidità o meno delle sue credenze e le "tradizioni morali della comunità"¹⁵⁷ per cercare, nei principi sui diritti e doveri delle persone, nella struttura politica e nella dottrina giuridica, la risposta corretta o il miglior giudizio possibile per il caso in esame.

Tale metodo decisionale trova applicazione in "casi in cui si applica la *common law*, casi che vertono sulla legislazione e casi di dimensione costituzionale"¹⁵⁸, sebbene con adattamenti in ogni situazione. Nell'applicazione del diritto legislativo, ad esempio, l'autore iniziale del romanzo sarà il legislatore, ma rimarrà ancora un margine per la continuità interpretativa in un contesto di integrità. Ercole cerca il principio che giustifica la legge di cui si chiede l'applicazione, compito nel quale egli terrà conto, trattandosi di applicazione di legge e non di precedente, anche delle ragioni politiche sottostanti alla legge, non solo delle ragioni di principio¹⁵⁹. Nella giurisdizione costituzionale, il diritto come integrità di Ercole condanna sia l'Autocontenimento che l'Attivismo¹⁶⁰. Per lui, compete ai giudici applicare contenuti, adattandoli alle pratiche costituzionali, ma senza ignorarle, sempre alla ricerca della migliore interpretazione possibile sia della pratica che del testo costituzionale nel suo complesso¹⁶¹. Ed è inutile discutere se, operando sulla base delle linee guida sopra menzionate, i giudici scoprono il Diritto o creino un nuovo Diritto, accettando che essi realizzino entrambe le cose e nessuna delle due¹⁶².

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 291.

¹⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 306.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 429.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 423.

¹⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 165.

¹⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 194.

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 196.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 305.

¹⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 377 e 405.

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 452.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 474.

¹⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. p. 272.

1.4. Robert Alexy

Il tedesco Robert Alexy, la cui formazione è più strettamente legata al sistema giuridico romano-germanico (*civil law*), formula teorie dogmatiche¹⁶³ e post-positiviste che possono essere integrate nella scuola procedimentalista. Si tratta della corrente di pensiero che attribuisce alla Giurisdizione o (i) il ruolo di arbitro o garante delle regole del processo democratico di formazione della volontà o (ii) il dovere di trattare i Diritti Fondamentali, i principi e i valori morali attraverso procedure discorsive che autorizzano l'adozione di decisioni razionali argomentativamente giustificate e prossime al consenso democratico, preoccupandosi di come (*how*) debbano essere prese le decisioni del governo¹⁶⁴.

Alexy definisce il Diritto, in una proposizione sintetica, come un sistema normativo che formula una pretesa di correttezza, il quale contiene norme costituzionali socialmente efficaci in termini globali e che non siano estremamente ingiuste, nonché una legislazione minimamente efficace e non estremamente ingiusta stabilita in conformità con la Costituzione, essendo integrato da principi e argomenti normativi sui quali la procedura di applicazione delle norme deve basarsi per soddisfare la pretesa di correttezza¹⁶⁵.

Il pensiero diventa più chiaro quando scomposto. La pretesa di correttezza del sistema giuridico abbraccia la tesi del vincolo, che presuppone una connessione concettualmente necessaria tra il Diritto e la morale, ovvero un avvicinamento tra il Diritto com'è e il Diritto come dovrebbe essere¹⁶⁶. Ciò rivela un allontanamento dalle teorie positiviste che si limitano alla dimensione fattuale della norma posta dall'autorità e dotata di efficacia sociale¹⁶⁷. Il Diritto non si riduce alla totalità delle leggi scritte e si sottopone a un carico valoriale necessario, non classificandosi come giuridici quei sistemi privi di una pretesa implicita o esplicita di correttezza. In questo senso, sia i legislatori che i giudici sono soggetti all'obbligo di dimostrare argomentativamente la correttezza delle norme, per il quale possono avvalersi di fondamenti morali. Anche per questo motivo, una decisione giudiziaria incorre in una contraddizione performativa o errore concettuale quando, senza osservare questa pretesa, applica un Diritto scorretto¹⁶⁸.

Il concetto comprende altri tre elementi centrali alla definizione del Diritto: "la legalità conforme all'ordinamento, l'efficacia sociale e la correttezza materiale", i quali si relazionano, in un ordine scalare, ai livelli della Costituzione e della legislazione promulgata in consonanza con la Costituzione¹⁶⁹. Un Diritto giuridicamente valido, inteso come sistema costituzionale e come norma, dipende dalla validità giuridica in senso stretto e dalle validità sociale ed etica, le ultime due specie di validità relazionandosi con la prima¹⁷⁰.

¹⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 33-38.

¹⁶⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático*. v. 2. p. 55-74.

¹⁶⁵ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. p. 151.

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. p. 09.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. p. 09.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. p. 46-47.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. p. 152.

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. p. 104.

La nozione di legalità conforme all'ordinamento (*validità giuridica in senso stretto*), preponderante in teorie come il positivismo normativista, presuppone che la norma giuridica sia emanata dall'organo competente, osservi la forma prevista e non violi un diritto superiore¹⁷¹. In particolare, per cercare un ancoraggio all'ordinamento e porre fine a un problema di circolarità, Alexy ricorre a una teoria della norma fondamentale simile a quella di Kelsen, la cui natura è anch'essa presupposta e la cui funzione risiede nel legittimare la transizione da un ordine stabilito ed efficace (*essere*) a un ordine costituzionale giuridicamente valido (*dover essere*), nonché nello stabilire criteri per la creazione valida del Diritto e nell'istituire l'unità del sistema. Tuttavia, in consonanza con la tesi del vincolo, l'autore osserva che tale norma non presume un contenuto neutro, potendo congregare elementi morali che trattengano l'argomento dell'ingiustizia¹⁷². Così vengono posti i fondamenti della validità giuridica della Costituzione e delle leggi, i quali si completano con l'efficacia sociale e la correttezza materiale.

L'elemento dell'efficacia sociale (validità sociale), caro alle teorie sociologiche e realiste, significa che una Costituzione è valida solo se si rivela socialmente efficace in termini globali, il che implica che il sistema giuridico nel suo complesso, stabilito in conformità con essa, sia anche globalmente efficace. Tale componente, cioè il rilievo dato all'efficacia, rafforza anche gli attributi della coercizione e della dominanza rispetto ad altri sistemi, che sono propri di numerose definizioni teoriche del Diritto¹⁷³. D'altra parte, questa esigenza di efficacia globale della Costituzione e del sistema non si estende a una norma giuridica individualmente considerata. Affinché una norma individuale sia valida non si richiede che essa sia socialmente efficace in termini globali, ma che ostenti un minimo di efficacia sociale o almeno la possibilità di efficacia¹⁷⁴. Osservata la gradazione, sistemi o norme inefficaci perdono validità giuridica.

Il requisito della correttezza materiale (validità etica), presente nelle teorie post-positiviste, esplicita che la validità giuridica è condizionata da una giustificazione morale, connettendosi alla formula dell'ingiustizia estrema di Gustav Radbruch¹⁷⁵. Un sistema costituzionale fallisce nel momento in cui, inficiandosi di ingiustizia un numero di norme così espressivo da compromettere una riserva minima, il sistema stesso perde il suo carattere giuridico e cessa di esistere. Ciò non è altro che una conseguenza dell'applicazione del criterio dell'ingiustizia alle norme individuali del sistema¹⁷⁶, le quali si destituiscono del loro carattere giuridico e, quindi, della loro validità giuridica quando estremamente ingiuste¹⁷⁷. Tuttavia, questo requisito della correttezza morale non si applica in modo autonomo al sistema giuridico nel suo complesso, raggiungendolo come conseguenza della nullificazione massiva di norme individuali.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 104.

¹⁷² ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 126-127 e 138.

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 153.

¹⁷⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 107-108.

¹⁷⁵ "La questione è una questione di misura: dove l'ingiustizia del diritto positivo raggiunge una tale misura che, di fronte a questa ingiustizia la certezza del diritto, garantita dal diritto positivo non há più peso, in un tale caso il diritto positivo ingiusto deve cedere alla giustizia, ad un diritto sovrapositivo. Ma di regola la certezza del diritto, che garantisce il diritto positivo, quale forma inferiore della giustizia, giustificherà la validità anche di un diritto positivo ingiusto". RADBRUCH, Gustav. **Introduzione alla scienza del diritto**. Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1959. Titolo originale: *Einführung in die rechtswissenschaft*. p. 112-113.

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 109.

¹⁷⁷ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 110.

Le osservazioni di cui sopra rivelano un'asimmetria nel modo in cui i criteri dell'efficacia sociale e della correttezza morale si relazionano con la validità giuridica, sia in termini di sistema costituzionale che di norme individuali. Trattandosi del sistema, la perdita della sua validità giuridica richiede il compromesso dell'efficacia sociale globale, ma, sul piano morale, tale validità non si relaziona con l'ordinamento giuridico nel suo complesso, bensì con gli effetti dell'invalidazione di una pletera di norme individuali ingiuste. Ne risulta che la validità del sistema giuridico-costituzionale dipende, in termini globali, più dalla sua efficacia sociale che dalla sua correttezza morale¹⁷⁸. D'altra parte, trattandosi di norme individuali, i criteri per la validità giuridica, nel loro legame con le sfere sociale e morale, hanno una struttura molto analoga. In entrambe le situazioni si tratta di casi limite: una norma individuale perde la sua validità giuridica sia quando non riunisce un minimo di efficacia sociale, il che significa che non può essere estremamente inefficace, sia quando non permette un minimo di giustificabilità morale, il che equivale ad essere estremamente ingiusta¹⁷⁹.

La parte finale del concetto di Diritto valorizza i principi ed eleva il ruolo della procedura di applicazione delle norme, qualificandola come un supporto per concretizzare la pretesa di correttezza¹⁸⁰. Tale proposizione è consona con tutta la produzione teorica dell'autore. Per Alexy, *"a teoria do discurso é uma teoria procedimental da correção prática"* basata su una "procedura di argomentazione" che deve includere, necessariamente, i Diritti Fondamentali, i principi della democrazia e la tecnica della ponderazione dei principi. A tal fine, i discorsi sono concepiti come un insieme di azioni interconnesse che mirano a comprovare la correttezza di una proposizione normativa e devono fungere da mezzo di formazione della volontà nei centri di potere dello Stato Democratico¹⁸¹, nei quali la ragione pratica deve istituzionalizzarsi attraverso attori giuridici e politici.

Inoltre, le norme non si confondono con gli enunciati normativi, ma sono il risultato dell'interpretazione dei testi legali da una concezione semantica¹⁸². Se esistono, da un lato, norme giuridiche discorsivamente insostenibili, come lo è la schiavitù, ci sono anche diverse norme discorsivamente possibili. Ciò rivela un'incompatibilità con la tesi dell'unica risposta corretta, mostrandosi l'argomentazione razionale¹⁸³, regolata da condizioni di libertà e uguaglianza¹⁸⁴, la migliore forma di legittimazione delle decisioni. Nell'opera di Alexy, si constata ancora la presenza marcante, tra gli altri, di quattro elementi: i Diritti Fondamentali¹⁸⁵, la ponderazione dei principi, la

¹⁷⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 153-154.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 110-111.

¹⁸⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. p. 151.

¹⁸¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 33. Traduzione libera: "la teoria del discorso è una teoria procedurale della correttezza pratica".

¹⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 53-58.

¹⁸³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 09.

¹⁸⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 26-31.

¹⁸⁵ Non appena positivizzati nelle Costituzioni, i Diritti Umani assumono la condizione di Diritti Fondamentali essenziali al costituzionalismo, avendo contenuti aperti la cui applicazione porta a una necessità di interpretazione e ponderazione. Ciò stabilisce una tensione tra giurisdizione e Diritti Fondamentali, da un lato, e democrazia e sistema rappresentativo, dall'altro. La tensione si aggrava con l'ambivalenza dei Diritti Fondamentali, che possono essere democratici o meno, e con gli spazi strutturali e sistemici più o meno aperti al legislatore in Costituzioni che possono agire come ordinamento-quadro e ordinamento fondamentale. I Diritti Fondamentali sono democratici quando garantiscono l'esistenza e lo sviluppo di persone che possano autodeterminarsi, ma antidemocratici quando vincolano il Legislatore, prefissando diffidenze contro il processo legislativo. Le diffidenze escludono dalle decisioni del Parlamento volontà che attentino ai Diritti Fondamentali, elevando il Giudiziario, come

giurisdizione costituzionale e la rappresentazione argomentativa¹⁸⁶. Non è opportuno svilupparli e collegarli in questo argomento, poiché ciò esulerebbe dagli obiettivi del libro. È sufficiente riassumere alcuni aspetti relativi ai principi e alla ponderazione, nucleari nella teoria dell'autore tedesco, al fine di evitare l'incompletezza.

Principi e regole sono le due specie del genere norme giuridiche e la differenziazione tra entrambe, dal punto di vista normativo-materiale, è una delle "*colunas-mestras do edificio da teoria dos direitos fundamentais*"¹⁸⁷. I principi si posizionano dietro e accanto alle regole¹⁸⁸, fornendo loro sostegno.

Le norme-regole si strutturano come mandati definitivi, con un margine di manovra limitato, applicabili o meno a una determinata fattispecie in una logica di sussunzione, in maniera escludente e senza la possibilità di dosaggi, competendo all'interprete applicarle ai presupposti fattuali per ottenere il giudizio e fondare le ragioni che hanno portato alla decisione¹⁸⁹. L'antinomia tra regole si risolve sul piano della validità, secondo i criteri della gerarchia (*lex superior derogat legi inferiori*), della specialità (*lex specialis derogat legi generali*), dell'antiorità (*lex posterior derogat legi priori*) e altri, oppure mediante una clausola di eccezione che elimina l'applicabilità di una di esse al caso¹⁹⁰.

Le norme-principio si presentano, nell'aspetto teorico-normativo, come mandati di ottimizzazione che stabiliscono diritti prima facie. Possiedono carattere deontologico e non si confondono con i valori, la cui carica è assiologica. Derivano non solo dai testi di legge, ma anche dai precedenti e dalle tradizioni¹⁹¹ e possono essere applicate in diversi gradi, a seconda delle possibilità fattuali e giuridiche¹⁹². I principi incorporano una dimensione materiale complementare alla funzione delle regole, le quali, per questioni di sicurezza giuridica, hanno una certa preminenza¹⁹³. Le collisioni tra norme-principio si risolvono ricorrendo a un metodo di ponderazione, lo stesso accade in caso di collisione tra una norma-principio e una norma-regola, che sarà, in realtà, una collisione con il principio sottostante alla norma-regola. Il problema dell'argomentazione giuridico-costituzionale si confronta, quindi, con la delicata tematica della

guardiano di questi diritti, a una posizione superiore a quella del Potere Legislativo nel processo costituzionale. A tal proposito: ALEXU, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 11, 53 e 77-92.

¹⁸⁶ Una giurisdizione costituzionale che tenga conto dei diritti fondamentali e inquadri la ponderazione in criteri razionali e basi discorsive soddisfa le esigenze di legittimità democratica, esercitando la rappresentanza del popolo in una prospettiva argomentativa. Così, si considera legittima una decisione giudiziaria quando la razionalità o capacità di fondamento estratta da tale decisione permette di concludere che essa soddisfa in maniera più adeguata, in confronto alla volontà consacrata dal legislatore, i diritti fondamentali e i principi costituzionali. Nell'agire come istanza di riflessione del processo politico, la giurisdizione pratica una rappresentanza argomentativa, distinta da quella politico-elettiva del legislatore. ALEXU, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 155 e 165.

¹⁸⁷ ALEXU, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 85. Traduzione libera: colonne portanti dell'edificio della teoria dei diritti fondamentali.

¹⁸⁸ ALEXU, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 65.

¹⁸⁹ ALEXU, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 64. E: ALEXU, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 86s.

¹⁹⁰ ALEXU, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 92-93.

¹⁹¹ ALEXU, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 109 e 153.

¹⁹² ALEXU, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 64. E: ALEXU, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 86s.

¹⁹³ ALEXU, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 140.

collisione tra principi¹⁹⁴, che richiede tecniche di soluzione basate su una ponderazione accurata e razionale, esente da imposizioni discrezionali.

La qualità di un argomento si lega a criteri come la consistenza e la coerenza¹⁹⁵, complementati da una base procedurale che promuova consensi razionali¹⁹⁶, contribuendo alla razionalità del sistema giuridico¹⁹⁷. Tale affermazione vale tanto per gli argomenti impiegati nella ponderazione, quanto per quelli utilizzati nella soluzione dei *hard cases*, nel passaggio da norme generali a norme speciali e anche nei casi di lacuna normativa.

Nel caso specifico della ponderazione, la questione si colloca nello spettro più vasto del principio della massima proporzionalità, che a sua volta, riunisce le sotto-regole della (i) idoneità della restrizione di un principio per promuoverne un altro, della (ii) necessità di un certo intervento su un principio per realizzarne un altro, a seconda che esistano o meno alternative meno lesive per il secondo, e (iii) della proporzionalità in senso stretto¹⁹⁸. È la proporzionalità in senso stretto che si guida secondo la legge della ponderazione, secondo cui "*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*"¹⁹⁹. La legge della ponderazione deve essere integrata con la formula del peso²⁰⁰. Dopo l'uso della formula matematica, la prevalenza nel caso concreto di un principio sull'altro genera una regola definitiva e deve applicarsi a casi futuri secondo la struttura di una regola²⁰¹. Il principio pretermesso non è escluso dal sistema, cedendo solo nel caso specifico. In caso di parità o uguale gerarchia, la decisione giudiziaria deve lasciare spazio al legislatore²⁰². E, esistendo da un lato vari principi in gioco contro un altro, si utilizza il cumulo additivo²⁰³. Questo pensiero matematico riduce il margine di soggettività giurisdizionale, non dovendo la teoria della ponderazione essere interpretata come una carta jolly in grado di legittimare qualsiasi decisione *ad hoc* voluta dall'interprete.

¹⁹⁴ La collisione tra principi e Diritti Fondamentali può verificarsi in senso stretto, come nei casi in cui un diritto ha ripercussioni negative sui diritti, identici o meno, di altri titolari, o in senso ampio, come nelle situazioni in cui i Diritti Fondamentali di un cittadino collidono con beni collettivi. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 57-61.

¹⁹⁵ La consistenza è soddisfatta quando il sistema non mostra contraddizioni, mentre la coerenza è rispettata quando si ottengono connessioni tra gli elementi del sistema tanto forti quanto possibile.. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 118-119.

¹⁹⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 129-130.

¹⁹⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 14.

¹⁹⁸ L'idoneità della restrizione e la necessità dell'intervento si riferiscono all'ottimizzazione sul piano delle possibilità fattuali, mentre la proporzionalità in senso stretto si riferisce all'ottimizzazione delle possibilità giuridiche, che è costituita "dell'ottimizzazione relativamente a principi in senso contrario" (traduzione libera). ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 156.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 167. Traduzione libera: "quanto maggiore è il grado di non soddisfazione o di pregiudizio di un principio, tanto maggiore deve essere l'importanza della soddisfazione dell'altro".

²⁰⁰ In una sintesi della legge di ponderazione, con piccole variazioni nelle opere dell'autore, il mancato adempimento o il pregiudizio a un principio (Pi) si trova faccia a faccia con l'importanza dell'adempimento del principio collidente (Pj). La formula del peso, tuttavia, va oltre specificando, su ciascun lato, tre fattori. Dal lato del primo principio (Pi), essa tiene conto dell'intensità dell'intervento (Ii), del peso astratto del principio (Gi) e di ciò che la certezza delle supposizioni empiriche attesta su di esso, ovvero ciò che la misura da valutare significa per la realizzazione di tale principio (Si). Dal lato del secondo principio (Pj), essa considera l'intensità dell'intervento su di esso, per mancanza dell'intervento sull'altro (Ij), il suo peso astratto (Gj) e ciò che la supposizione empirica da valutare significa per la sua realizzazione (Sj). Questi sei fattori si relazionano in una formula matematica che esprime il peso concreto (Gi,j) del primo principio (Pi), che consiste nel peso che esso ha, nel caso concreto, relativamente all'altro principio (Pj). La formula completa sarebbe, quindi: $G_{i,j} = I_i \cdot G_i \cdot S_i / I_j \cdot G_j \cdot S_j$. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 15.

²⁰¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 108.

²⁰² ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 15 e 152.

²⁰³ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. p. 152.

1.5. Richard Posner

Il giurista statunitense Richard Posner sostiene che il Diritto e la democrazia debbano assumere una veste pragmatica, soprattutto nella realtà degli Stati Uniti, dove vige, com'è noto, il sistema di *common law*. Il pragmatismo giuridico è la teoria post-positivista secondo cui le decisioni giudiziarie devono orientarsi verso l'ottenimento dei migliori risultati, privilegiando l'efficienza, l'utilità, la giustizia, il benessere o altra virtù contemporanea a tali decisioni. I giuristi pragmatici prescindono da un vincolo stretto a decisioni legislative o giudiziarie pregresse, o ad ancoraggi morali, principi o astratti luoghi comuni giuridici, dando prevalenza ad aspetti razionali ed empiristici e considerando le leggi, i precedenti e la morale come fonti potenziali di informazioni preziose, ma non eccessivamente limitanti per le decisioni²⁰⁴.

Posner sviluppa una teoria pragmatico-quotidiana del Diritto e dell'aggiudicazione. Per l'autore, "*pragmatismo é a melhor descrição do ethos judicial americano e também o melhor guia para a melhoria do desempenho judicial*", nonché " a melhor teoria normativa, assim como positiva do papel judicial "²⁰⁵. In materia di aggiudicazione, il pragmatismo si basa sui fatti e sui risultati, a discapito del formalismo o legalismo²⁰⁶. In ambito democratico, la teoria sostiene che le restrizioni istituzionali o materiali operanti nel processo decisionale dei rappresentanti ufficiali, siano essi giudiziarie o eletti, sono più efficaci delle teorie astratte²⁰⁷. Ciononostante, il pragmatismo non coincide con scuole come il realismo e gli studi giuridici critici²⁰⁸, non limitando il Diritto alle decisioni giudiziarie, né conferendogli valenze politiche specifiche.

Il pragmatismo non deve essere inteso in senso filosofico, assumendo, piuttosto, connotazioni quotidiane atte a guidare l'aggiudicazione e altri atti governativi²⁰⁹. Nell'accezione quotidiana, il pragmatismo si mostra scettico verso le astrazioni teoriche, volgendo maggiormente alla concretezza²¹⁰, all'empirismo, ai risultati²¹¹ e all'esperienza,²¹² attraendo una visione pratica divorziata da alte pretese intellettuali²¹³. È in questa prospettiva che esso diventa propriamente utile, come visione del Diritto, agli operatori giuridici in generale.

²⁰⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático*. v. 2. p. 74-87.

²⁰⁵ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 02. Traduzione libera: "il pragmatismo è la migliore descrizione dell'ethos giudiziario americano e anche la migliore guida per il miglioramento della performance giudiziaria nonché "la migliore teoria normativa, così come positiva del ruolo giudiziario".

²⁰⁶ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 02-03.

²⁰⁷ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. VII.

²⁰⁸ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 65.

²⁰⁹ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 03.

²¹⁰ Per la teoria, il fondamento delle decisioni si trova nei fatti e nelle conseguenze, non in generalità, in concettualismi o nelle deduzioni derivanti da sillogismi basati su leggi e precedenti. Si ammette che il ragionamento giuridico sia complementato da altri ragionamenti pratici. POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 14.

²¹¹ Il pragmatismo non è sinonimo di consequenzialismo, inteso come l'insieme delle correnti filosofiche, tra cui l'utilitarismo, che valuta la migliore azione unicamente come quella che presenta le migliori conseguenze o massimizza la felicità. Il pragmatista non è dogmaticamente impegnato con correnti consequenzialiste o utilitariste, spettandogli, salvo in situazioni eccezionali, di adottare la decisione più ragionevole in termini di risultato, ma entro gli spazi aperti dalla legge, dai precedenti, dall'opinione pubblica, senza limitarsi alle migliori conseguenze. POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 50-51.

²¹² Il carattere empirico ha la virtù di permettere, in situazioni in cui vale la pena tentare, la sperimentazione di misure politiche che, altrimenti, potrebbero essere invalidate dal Giudiziario. La sperimentazione caso per caso è una forma abile di cercare soluzioni per problemi sociali, azzeccando o correndo qualche rischio calcolato fino a che, in presenza di risultati negativi, la politica venga rivista. POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 93-96.

²¹³ POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. p. 38.

Un giudice pragmatico considera il risultato delle decisioni come la preoccupazione principale, adottando la decisione razionale più ragionevole per il caso concreto²¹⁴, dopo aver valutato "tutte le cose" rilevanti ²¹⁵ (*all things considered*). Tra gli elementi considerati vi sono le conseguenze specifiche e sistemiche della decisione²¹⁶, così come le leggi e i precedenti, a condizione che questi ultimi siano utili al risultato attuale o che una modifica nell'orientamento del Diritto non sia vantaggiosa. Il ragionamento giudiziario, in questo caso, diventa una continuazione del ragionamento pratico delle persone nella società²¹⁷. Applicato al Diritto, il pragmatismo nega che i giudici siano investiti di un'attività scientifica neutra di effettuare sillogismi tra i fatti e la legge, ammettendo che esercitino, in qualche misura, funzioni politiche²¹⁸ che cancellano "qualsiasi divisione netta tra applicare e creare leggi", indipendentemente dall'esistenza o meno di lacune nell'ordinamento giuridico²¹⁹. Esso inoltre li incoraggia a screditare filosofie di aggiudicazione che li spingono, a partire da una logica formale²²⁰, a cercare la certezza o l'unica risposta corretta fondata su leggi, precedenti, ancoraggi morali, concetti di giustizia o diritto naturale, slogan e valori²²¹. La teoria autorizza i giudici a ripensare il loro ruolo e a indirizzare le regole che creano, come sottoprodotto dell'aggiudicazione, verso un criterio associato al funzionamento pratico, investendoli di un compito di creazione normativa al quale è inerente una certa discrezionalità e che si basa sull'idea di ragionevolezza (*reasonableness*). Il metodo formalista di decidere può essere impiegato, purché come strategia pragmatica²²².

In tale contesto, un magistrato pragmatico "(...) *always tries to do the best he can do for the present and the future, unchecked by any felt duty to secure consistency in principle with what*

²¹⁴ Nelle fasi iniziali di sviluppo delle dottrine giuridiche devono essere privilegiate basi strette di decisione, dando priorità ai fatti del caso particolare e decidendo il necessario, senza proiettare per casi futuri. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 62.

²¹⁵ Il criterio definitivo dell'aggiudicazione pragmatica è la razionalità, che indica che si debba cercare l'equilibrio tra specificità del caso e norma giuridica, coerenza e creatività, lungo e breve termine, norma, politica e standard, tutto in modo da soppesare i pro e i contro e la desiderabilità di preservare i valori della norma giuridica, senza che esista un algoritmo per questo. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 50.

²¹⁶ La teoria non difende un'aggiudicazione *ad hoc*, fondata esclusivamente sulle conseguenze immediate. I giudici possono tenere conto anche delle conseguenze sistemiche di un'eventuale innovazione nell'ordine giuridico, in modo da ridurre o evitare la creazione giudiziale del diritto quando l'allontanamento dalle leggi e dai precedenti porti risultati negativi in termini di stabilità. Ciononostante, questo peso controllante attribuito alle conseguenze sistemiche può verificarsi solo in situazioni eccezionali, pena l'equiparazione del pragmatismo al formalismo. Così, si concepisce che, spesso, le circostanze specifiche del caso dominino totalmente il processo decisionale. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 10 e 47-50.

²¹⁷ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 10.

²¹⁸ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 10.

²¹⁹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 63-64.

²²⁰ Nel legalismo o formalismo, si ha il presupposto che le decisioni siano determinate dal Diritto, inteso come corpo autonomo di regole preesistenti applicabili mediante operazioni logiche, come testi costituzionali o legislativi e precedenti, negando componenti politiche e ideologiche. Le teorie formaliste presuppongono che il Diritto sia un sistema completo e coerente di norme, in modo che solo i legislatori, e non i giudici, debbano crearlo, nonché che i cambiamenti nel diritto debbano ridursi al minimo, prevalendo la sicurezza e la prevedibilità, e, inoltre, che il ragionamento giudiziale sia sussuntivo e debba lasciare da parte elementi extragiuridici. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 14 e 52-53.

²²¹ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 37.

²²² POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 38.

*other officials have done in the past*²²³. Egli inizia dai fatti²²⁴, attribuisce loro un peso maggiore e guarda al passato solo nella misura in cui questa coerenza, che non è un fine in sé, possa condurre ai migliori risultati per il presente e il futuro²²⁵. Da ciò non si deduce un disprezzo per gli atti pregressi delle autorità, né una teoria decisionale sregolata, personalizzata e destrutturata²²⁶.

Leggi, precedenti e dottrina sono repository di conoscenza, fonti potenziali di informazioni preziose e ignorarli sarebbe follia. Essi impongono alcune restrizioni alla giurisdizione, evitando che le decisioni siano permeate di ideologie e soggettività o che i giudici promuovano cambiamenti rivoluzionari²²⁷. Inoltre, l'allontanamento dalla legge o dal precedente, per consentire l'amministrazione della giustizia nel caso concreto, deve sempre essere ponderato con le vicissitudini della rottura della stabilità o dell'incertezza dei nuovi risultati, giustificandosi in certe circostanze²²⁸, sebbene non al punto da sacrificare "(...) *certainty and stability for a merely conjectural gain*"²²⁹. Oltre a queste restrizioni, ne esistono altre reali e più efficaci di quelle teoriche, come il modo elettivo o meno di selezione dei giudici, l'eterogeneità della magistratura, la formazione professionale continua, le regole e le pratiche della condotta giudiziaria, i ricorsi, le promozioni, le ricompense, la disciplina dell'impeachment, l'accertamento scrupoloso delle tendenze attiviste dei candidati inclini a giocare il gioco politico più di quello giuridico e persino l'opinione pubblica²³⁰.

Posner indirizza inoltre lo studio e la pratica del Diritto verso una prospettiva esterna, che va oltre il circolo interno di analisi delle leggi, delle decisioni e della dottrina giuridica. La conoscenza interdisciplinare dell'intero sistema supera "l'abilità di manovrare all'interno del sistema"²³¹. Pertanto, è essenziale l'assorbimento di influssi dall'economia, dalla storia, dalla psicologia cognitiva, dalla sociologia, dall'epistemologia, dalla statistica e da altre aree del sapere²³², soprattutto quelle che contribuiscono a un'indagine empirica anziché a divagazioni morali e astratte²³³. Così, ad esempio, sebbene non si riduca all'analisi economica del Diritto, la quale presuppone che le persone prendano decisioni razionali in una valutazione, non necessariamente monetaria, di costi e benefici, la teoria del Diritto in Posner è ricettiva al

²²³ POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**. Chicago. v. 18. p. 01-20. 1996. p. 03-04. Traduzione libera: "(...) cerca sempre di fare il meglio che può per il presente e per il futuro, senza sentirsi limitato da un dovere di assicurare coerenza con ciò che altri funzionari hanno fatto nel passato".

²²⁴ Una visione simile implica, tra le altre cose, evitare i principi giuridici che rimandano ad astrazioni, come giustizia e libertà, e adottare quelli che si collegano più direttamente ai fatti, come negligenza e altri. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 58.

²²⁵ POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**. p. 04 e 08.

²²⁶ POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**. p. 03 e 05.

²²⁷ La prospettiva pragmatica guarda prevalentemente in avanti. Tuttavia, essa accetta le decisioni passate come una necessità e riconosce il loro valore sociale in termini di risultato, ma, a differenza dei formalisti, non considera esistente un dovere etico-giuridico di seguire leggi o decisioni se la continuità, in sé, risulti inadeguata per il risultato. POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 55.

²²⁸ POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**. p. 05.

²²⁹ POSNER, Richard A. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**. p. 08. Traduzione libera: "(...) certezza e stabilità per un guadagno meramente congiunturale".

²³⁰ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 161-162.

²³¹ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. p. XXVII.

²³² POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. p. VII-VIII.

²³³ POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democrazia**. p. 59.

contributo di essa e di altri pensieri, non come dogma, ma come apporto per la risoluzione dei problemi pratici del Diritto con gli strumenti di discipline esterne²³⁴.

1.6. Concetto di Diritto (*lato sensu*)

Partendo dal contenuto esplorato e con l'aggiunta di apporti indispensabili per una definizione contemporanea, si procede a proporre un concetto operativo di Diritto. L'intento è audace, soggetto a diverse critiche e a rischi come quello dell'incompletezza, ma mira a fornire una definizione ampia del Diritto come universo che comprenda incidentalmente aspetti della teoria delle norme, dell'ordinamento, delle fonti e della decisione, e che consideri approcci normativi, funzionali, idealistici e argomentativi. Si cercherà di tenere conto sia del diritto vigente, cioè fissato in leggi positive, sia del diritto vivente, prodotto dell'applicazione e dell'argomentazione²³⁵. Gli apporti aggiuntivi saranno dettagliati in note a piè di pagina. Si vedrà, inoltre, che la definizione si allinea alla stessa origine etimologica latina, che rimanda alla parola *directum*, derivata dal verbo *dirigere* (di + regere), nel senso di qualcosa destinato a reggere, a governare la società da una linea che "determina, fissa, immobilizza, cristallizza, in un certo senso che deve essere rettammente interpretato, le manifestazioni della vita sociale" alle quali estende la sua efficacia²³⁶.

Si propone di definire il Diritto come un intreccio di norme-regola, norme-principio, precedenti giudiziari e altri standard normativi di natura coercitiva destinati a regolare la condotta umana in società, realizzare una ripartizione equilibrata degli oneri e dei benefici della vita comunitaria e consentire la risoluzione, caso per caso, dei conflitti di interessi²³⁷, in modo da promuovere la certezza del diritto. Comprende sia norme espressamente positivizzate, risultanti da un processo politico formalmente stabilito, sia norme implicite e vigenti nella moralità di un determinato sistema, il cui contenuto è sostanzialmente condizionato da disposizioni nazionali o sovranazionali²³⁸ superiori e soggetto a un continuo sviluppo attraverso processi giudiziari applicativi e relativamente creativi, soprattutto di fronte a precetti normativi aperti e a casi difficili (*hard cases*) che attraggono tecniche decisionali diverse dalla sussunzione²³⁹, giustificate da un'esposizione di motivi che riunisca un'argomentazione razionale²⁴⁰. Le norme che lo integrano

²³⁴ POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do direito*. p. IV e 11.

²³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *La democrazia attraverso i diritti*: il costituzionalismo garantista come modelo teorico e come progetto politico. Bari: Laterza (Ebook), p. 384-387 de 789.

²³⁶ ROMANO, Santi. Diritto (funzione del). In: *Frammenti di un dizionario giuridico*. A cura di Mariano Croce e Marco Goldoni. Macerata: Quodlibet, 2019, p. 108.

²³⁷ La menzione del Diritto come norma astratta, seguita dalla sua rappresentazione come meccanismo di risoluzione delle controversie, unisce il carattere normativo a un altro avversariale e in qualche misura più empirico, inglobando le concezioni più proprie delle famiglie di *civil law* e *common law*. D'altra parte, l'allusione ad altri standard normativi ha l'obiettivo di impiegare una formula generica in cui rientrano consuetudini, fonti dottrinali, apporti interdisciplinari, politiche ecc.

²³⁸ Il riferimento alle norme sovranazionali avviene perché l'evoluzione dei sistemi giuridici li sottopone, oltre che alle Costituzioni, anche a norme esterne come i Trattati Internazionali di protezione dei Diritti Umani e al Diritto Comunitario. A ciò si aggiunge il fenomeno della transnazionalità attualmente vissuto, che implica la dissoluzione delle frontiere, la condivisione di problemi tra i paesi e l'intreccio di ordinamenti giuridici, con la crescita di dottrine come il Transcostituzionalismo e il Transgiudizialismo.

²³⁹ Sono esempi l'attribuzione di significato a testi normativi aperti, la ponderazione dei principi, le diverse tecniche di giudizio che caratterizzano l'attuale controllo di costituzionalità, come le sentenze additive, manipolative, il monito al legislatore e la modulazione temporale degli effetti, tra altri che rivelano la complessità dello stadio evolutivo del Diritto.

²⁴⁰ L'idea di giustificazione integra quella di Diritto ed è intimamente correlata a quella di Giustizia, nella misura in cui "Giustificare un atto x consiste nel dimostrare che x è la cosa giusta e corretta da fare" (Traduzione libera). MACCORMICK, Neil. **Argumentação**

contengono una tipologia variata, prevedendo un plesso di diritti (*stricto sensu*), doveri (*lato e stricto sensu*), obblighi e limitazioni allo Stato e ai privati, nonché istituendo conseguenze giuridiche, processi e sanzioni punitive o premiali a condotte e, inoltre, attribuendo competenze pubbliche e private. Tutto ciò accomodato in un assetto istituzionale tra i Poteri e in sintonia con le aspirazioni della società, al fine di garantire un certo grado di responsabilità²⁴¹ e di assicurare un qualche coefficiente di efficacia al sistema giuridico nel suo complesso e alle sue norme individualmente considerate.

2. PIANETI E SATELLITI

Concentrandosi sul Capitolo 2: Il Diritto come universo sopra concettualizzato è integrato, figurativamente, da pianeti che lo formano e satelliti che li circondano. I primi sono astri o elementi principali, esercitando un ruolo di protagonismo nella sua definizione e costituzione. I secondi, pur conservando autonomia e rilevanza, gravitano intorno ai primi e ad essi si riferiscono in modo da ausiliare nelle loro comprensioni e applicazioni. Senza tali nozioni diventa offuscata la visione telescopica dei pianeti e dell'universo del Diritto. La metafora può non essere esatta, ma riflette adeguatamente la prospettiva d'insieme che si cerca di proiettare.

I prossimi paragrafi sono riservati all'analisi dogmatica dei pianeti e dei satelliti essenziali allo scopo della ricerca, mirando ad analizzare il Diritto in codici, allo stesso tempo, più completi e specifici. È evidente che le categorie selezionate non escludono altri rilevanti elementi costitutivi del Diritto. Tuttavia, dato lo spazio delimitato per la ricerca, saranno qui trattate solo le idee di diritto oggettivo e soggettivo (*lato sensu*) e la distinzione tra diritti soggettivi propriamente detti e diritti potestativi. Saranno anche affrontate le nozioni di dovere (*lato e stricto sensu*) e obbligo in un'accezione giuridica, non morale, sebbene i doveri giuridici (*lato sensu*) abbiano un significativo carico di moralità e alcuni provengano dalla dimensione morale²⁴². Tutti questi sono pianeti dell'universo giuridico. Inoltre, saranno attraversati concetti come quelli di rapporto giuridico, situazione giuridica, posizione giuridica, onere e istituti, considerati come satelliti. I Diritti e i Doveri Umani e Fondamentali, per le loro peculiarità e per la stessa cronologia evolutiva del pensiero giuridico, saranno oggetto di analisi propria nel Capitolo 2.

2.1. Diritto Oggettivo e Diritto Soggettivo

I concetti di Diritto Obiettivo e Soggettivo, e in particolare di quest'ultimo, sono tutt'altro che pacifici nella storia del pensiero giuridico²⁴³. La stessa esistenza della dualità Diritto Obiettivo / Diritto Soggettivo è negata in correnti rilevanti, che riducono il Diritto Soggettivo alla norma e,

jurídica e teoria do direito. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Legal reasoning and legal theory*. p. 93.

²⁴¹ Il sistema giuridico in una società democratica deve essere responsivo. In questo senso, il Diritto si allontana da una condizione repressiva, in cui è subordinato al potere politico, e anche da una condizione meramente autonoma, in cui si limita a controllare la repressione e proteggere la propria indipendenza. In un sistema responsivo il Diritto deve agire come un "facilitatore delle risposte alle necessità e aspirazioni sociali" (Traduzione libera). NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade:** a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010. Título original: *Law and society in transition: towards responsive law*. p. 55.

²⁴² SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: ano 24, v. 95, abr-jun/2016, p. 134.

²⁴³ In questo senso: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** p. 190-193.

quindi, al Diritto Obiettivo²⁴⁴. Altre correnti caratterizzano il Diritto Soggettivo a partire da quintessenze diverse, sottolineando come tratti determinanti ora la volontà del titolare, ora l'interesse giuridicamente protetto, ora una combinazione di volontà e interesse²⁴⁵. Questo argomento non si propone di fornire un quadro delle divergenze, né di descrivere l'evoluzione delle percezioni o di prendere posizione a favore di una corrente. L'intento è quello di esplorare lo stato dell'arte, facendolo alla luce delle classificazioni contemporanee più diffuse e che possono essere considerate preponderanti.

Il Diritto Obiettivo si presenta come l'esternalizzazione della volontà collettiva generale attraverso le norme che regolano i comportamenti nella società²⁴⁶ (*norma agendi*), siano esse norme scritte (*ius scriptum*) in leggi, codici o precedenti, siano di natura non scritta (*ius non scriptum*), siano esse di ordine sostanziale o legate ai processi. Si tratta delle norme giuridiche come realtà generica e obiettiva, le quali attribuiscono diritti e doveri in astratto, con fini normativi, indipendentemente dal legame concreto con la sfera giuridica di un titolare o con un oggetto giuridicamente tutelato²⁴⁷. Si riflette in ciò che "lo Stato ordina, impone, proibisce o stabilisce"²⁴⁸, collegandosi maggiormente alla prospettiva della comunità organizzata e agli interessi collettivi dell'ordinamento giuridico, che trascendono la sfera individuale²⁴⁹. Nella famiglia della *common law*, il termine comunemente utilizzato per designarlo è *Law*²⁵⁰. L'idea è piuttosto simile a quella di Diritto (*lato sensu*), ma non si confonde con essa, essendo più ristretta. Il Diritto Obiettivo appare come un pianeta all'interno dell'universo del Diritto, il quale comprende, come visto, il Diritto Soggettivo, il diritto in movimento e i processi di produzione e applicazione del Diritto, tra altri elementi oltre le norme considerate oggettivamente.

Si parla di Diritto Soggettivo (*lato sensu*) quando le norme del diritto oggettivo attraversano un processo di soggettivazione²⁵¹, spostando il focus di analisi verso il punto di vista e gli interessi della persona individuale e la sua posizione nei confronti dello Stato²⁵². Nella *common law*, l'espressione più vicina per designarlo è *right*. Il Diritto Soggettivo è la canalizzazione di un diritto previsto in astratto nell'orbita di un soggetto concreto che ne è titolare ed è in grado di rivendicarlo o esercitarlo. Si riassume nella facoltà o nel potere che un titolare

²⁴⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 212-213.

²⁴⁵ Sul tema: BATALHA. **Introdução ao direito**. Filosofia, história e ciência do direito. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 842-843.

²⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Tradução de Paolo Capitanio. 4ed. Campinas: Bookseller, 2009. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*. p. 17.

²⁴⁷ Sul tema: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2000, p. 274-279.

²⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. v. 1. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10.

²⁴⁹ COIMBRA, Rodrigo. Direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Ambiental - RDA**. São Paulo: ano 18, v. 71, jul-set/2013, p. 118.

²⁵⁰ In una nota concettualizzazione, Jerome Frank definisce il Law come "(...) a complete body of rules existing from time immemorial (...)". Sebbene a volte siano utilizzati come sinonimi, il termine Law non si confonde con l'espressione Jurisprudence, che, tra gli altri significati, suole designare la Scienza del Diritto, lo studio della struttura del sistema giuridico (Law) e dei principi che informano tale sistema. FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. London: Stevens & Sons Limited, 1949, p. 32. Traduzione libera: "(...) un corpo completo di norme esistenti da tempi immemorabili". AINDA: GIFIS, Steven H. **Dictionary of legal terms**. A simplified guide to the language of law. Fifth edition. New York: Kaplan Inc., Barron's educational series, 2016, p. 310.

²⁵¹ SPERDUTI, Giuseppe. **Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive**. Milano: Giuffrè Editore, 1944, p. 03.

²⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais: a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental. **Revista de Direito Ambiental - RDA**. São Paulo: ano 17, v. 67, p. 11-70, jul-set/2012. p. 14.

pubblico o privato, operante come soggetto attivo, possiede per realizzare i propri diritti, sia autonomamente, sia in modo tale che corrispondano obblighi, doveri o stati di soggezione di un soggetto passivo, anch'esso pubblico o privato²⁵³. Esso traduce situazioni di vantaggio riconosciute dalle norme giuridiche²⁵⁴, conferendo ai titolari sia il potere e la facoltà di *(i)* esigere comportamenti altrui, attivi o omissivi, sia il potere di *(ii)* intervenire con atto unilaterale nelle relazioni giuridiche per modificarle o estinguerle, indipendentemente dai comportamenti altrui²⁵⁵. Nel primo caso, si hanno i diritti soggettivi propriamente detti o in senso stretto (*stricto sensu*). Nel secondo caso, si trovano i diritti potestativi. In un'accezione più ampia, il termine diritto soggettivo (*lato sensu*) è idoneo a raccogliere sia i diritti soggettivi in senso stretto che i diritti potestativi²⁵⁶, e può essere sintetizzato come "l'aspettativa di un bene della vita garantita dalla volontà della legge" dal momento in cui si concretizza²⁵⁷, o, ancora, in ciò che "l'individuo postula, reclama e difende"²⁵⁸.

Il germe dell'idea di Diritto Soggettivo (*lato sensu*) risale alle radici del processo di formazione della *civil law*. Il modo di essere e di pensare del diritto romano, basato su regole astratte di condotta, ha aperto la strada alla cosiddetta scuola del diritto naturale, resa nota per le sue basi assiomatiche e per l'esaltazione dei diritti universali inerenti a ciascun individuo, derivati dalla personalità dell'uomo²⁵⁹ e successivamente codificati in testi scritti²⁶⁰. Una concezione simile si applica, in misura minore, anche alla *common law*. Sebbene tale famiglia giuridica si sia inizialmente basata sulla fissazione di azioni tipiche, procedure, competenze e richieste (*writs*), essa è stata progressivamente influenzata dalla tendenza nordamericana alla creazione di diritti sostanziali (*rights*) e dottrine su temi come contratti, proprietà, atti illeciti e altri ambiti²⁶¹. Queste constatazioni spiegano perché, solitamente, l'enfasi nell'ambito giuridico sia collocata sui diritti, prima e davanti ai doveri, che sono generalmente relegati in secondo piano, nonostante numerosi diritti abbiano doveri correlativi e che questi ultimi si svuotino in assenza di quelli²⁶². Nel dominio della morale, al contrario, si tende a dare prevalenza ai doveri²⁶³.

²⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. p. 269; e KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 140-145.

²⁵⁴ Per Diritto Soggettivo (*lato sensu*) "si intende una delle situazioni tipiche di vantaggio (che, oltre al diritto soggettivo, sono il potere e l'interesse legittimo) istituite e protette dal diritto oggettivo. Esso esprime una possibilità di comportamento, o *facultas agendi*, protetta dal diritto obiettivo". GAVAZZI, Giacomo. *Elementi di teoria del diritto*. 2ed. Torino: Giappichelli Editore, 1984, p. 18. Ancora: SPERDUTI, Giuseppe. *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*. Milano: Giuffrè Editore, 1944, p. 03.

²⁵⁵ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. Fundamento do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 100.

²⁵⁶ In questo senso: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. p. 57.

²⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. p. 18. Traduzione libera: "l'aspettativa di un bene della vita garantita dalla volontà della legge".

²⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. p. 10. Traduzione libera: l'individuo postula, rivendica e difende".

²⁵⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 66.

²⁶⁰ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. p. 84.

²⁶¹ HULSEBOSCH, Daniel J. *Writs to rights: 'navigability' and the transformation of the common law in the nineteenth century*. *Cardozo Law Review*. v. 23, p. 1.049-2.004, february 2002.

²⁶² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 140-141.

²⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. p. 140.

2.2. Diritti soggettivi propriamente detti e diritti potestativi

I diritti soggettivi (*stricto sensu*) si ramificano in diverse sottoclassi. Si possono citare i diritti pubblici e privati, materiali e processuali, assoluti e relativi, patrimoniali ed extrapatrimoniali, originari e derivati, principali e accessori, tra altre forme di categorizzazione che non è opportuno approfondire qui²⁶⁴, poiché esulano dagli scopi del libro. In questo contesto, ciò che rileva è esporre una divisione di maggiore portata: quella tra i diritti soggettivi propriamente detti e i diritti potestativi, che assume un ruolo centrale all'interno del Diritto.

I diritti soggettivi propri propriamente detti (*stricto sensu*) si riflettono nei diritti a una prestazione positiva o negativa da parte di terzi, che può assumere la forma di pagamento, consegna, esecuzione o astensione²⁶⁵. Si tratta di poteri o facoltà²⁶⁶ riconosciuti dalle norme giuridiche, che attribuiscono ai titolari la facoltà di esigere obblighi altrui di natura attiva o omissiva²⁶⁷. In caso di violazione di tali diritti, sorge in capo al titolare una pretesa che gli consente di farli valere in giudizio, entro un determinato termine prescrizione, al fine di ottenere un provvedimento giurisdizionale di condanna che soddisfi, mediante mezzi coercitivi, la prestazione inadempita²⁶⁸. Al diritto soggettivo di un soggetto corrisponde il dovere o l'obbligo di un altro. Esempi sono i diritti di credito, il diritto del proprietario di rivendicare il bene, il diritto d'autore di utilizzare la propria creazione e impedire che altri se ne appropriino²⁶⁹, e il diritto di esigere una determinata opera contrattata.

In modo simile, Joseph Raz propone la seguente definizione:

Definiton: 'X has a right' if and only if X can have rights, and, other things being equal, an aspect of X's well-being (his interest) is a suficiente reason for holding some other person(s) to be under a duty²⁷⁰.

Si chiamano potestativi quei diritti che permettono a una persona, mediante una semplice esternalizzazione unilaterale della volontà, indipendentemente dalla prestazione o dalla volontà di altri, di modificare o estinguere un rapporto giuridico di suo interesse, sottoponendo il soggetto passivo a una condizione o stato di soggezione²⁷¹. Si tratta del potere²⁷² di influire, con la propria

²⁶⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. p. 38ss.

²⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. p. 26.

²⁶⁶ A figura della facoltà riflette la libertà di compiere un atto secondo il diritto, producendo o meno effetti giuridici, ma non potendo, di per sé, interferire nella sfera giuridica altrui. In questo si differenzia dal potere, il cui esercizio può invadere gli interessi di altri. Le facoltà sono spesso elementi o accessori dei diritti soggettivi (*stricto sensu*), i quali si articolano in una serie di facoltà in base alla loro maggiore o minore complessità, offrendo ai titolari la possibilità di esercitarle senza che il semplice esercizio vincoli altri. ROMANO, Santi. Poteri. Potestà. *In: Frammenti di un dizionario giuridico*. p. 230-231.

²⁶⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. p. 100.

²⁶⁸ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista da Faculdade de Direito*. Paraíba: v. 14, p. 302-351, 1960.

²⁶⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. p. 55.

²⁷⁰ RAZ, Joseph. *The morality of freedom*. New York: Oxford University Press, 1986, p. 166. Traduzione libera: "Definizione: 'X ha un diritto' se e solo se X può avere diritti e, a parità di condizioni, un aspetto del benessere di X (il suo interesse) è una ragione sufficiente per ritenere che qualche altra persona sia soggetta a un dovere."

²⁷¹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. p. 56-57.

²⁷² La nozione di potere si collega all'esercizio volontario di una capacità conferita dal Diritto Oggettivo, non sempre dipendendo, a sua volta, dall'esistenza di un soggetto passivo. Le norme prevedono il potere, lo proteggono e ne regolano il contenuto e gli effetti, i quali possono agire sulla sfera giuridica propria o altrui, nonché tenere conto di interessi propri, altrui o derivanti

manifestazione volitiva, sulla condizione giuridica di un altro senza il concorso volitivo di quest'ultimo²⁷³. Esistono diritti potestativi che si accontentano della mera manifestazione di volontà del titolare, come la revoca del mandato o la scelta tra obbligazioni alternative. Altri, invece, il cui esercizio dipende dalla volontà e da un'azione giudiziaria di natura (de)costitutiva, possono essere soggetti a un termine decadenziale²⁷⁴, come l'azione di annullamento del matrimonio e quelle legate allo stato civile delle persone. Infine, vi è una terza categoria di diritti potestativi che richiede il ricorso alla via giudiziaria se il soggetto passivo si oppone alla volontà del titolare, come si verifica nelle situazioni in cui un comproprietario intende vendere il bene comune o un socio mira alla dissoluzione parziale della società imprenditoriale²⁷⁵. Essi rappresentano sempre diritti insuscettibili di violazione e non sono correlativi a prestazioni altrui²⁷⁶.

Santi Romano observa que o direito potestativo se configura quando:

(...) la volontà di un soggetto si afferma in modo decisivo, producendo effetti giuridici, senza che altri soggetti, che pure subiscono o risentono tali effetti, abbiano verso il primo alcun obbligo che costituisca, per così dire, il rovescio di quel potere e ne integri la figura come uno dei due lati di una stessa medaglia²⁷⁷.

Ambedue sono pianeti centrali del Diritto come universo.

2.3. Doveri (*lato e stricto sensu*) e obbligazioni

Si usa dire che i Doveri Giuridici (*lato sensu*), cioè quelli la cui osservanza non deriva dalla coscienza morale ma dall'obbedienza alle norme²⁷⁸, siano il rovescio dei diritti, una faccia gemella dell'ordine giuridico, l'altro lato della medaglia²⁷⁹ o il diritto al contrario. Tuttavia, non sempre i doveri sono correlativi ai diritti²⁸⁰: esistono doveri autonomi, affermati per se stessi, che non si presentano come il rovescio di un diritto altrui, e anche doveri che, collegati o connessi ai diritti, servono a limitarli, pur non avendo con essi un contenuto biunivoco, oppure si integrano nei diritti per definirne il contenuto in tutto o in parte²⁸¹. Non esiste nemmeno una regola di precedenza

dall'ordinamento giuridico. Esistono poteri innovativi, come quelli normativi e quelli che autorizzano a costituire, modificare o estinguere unilateralmente situazioni giuridiche mediante atti giuridici. Vi sono anche poteri che si preordinano a far valere, conservare e tutelare posizioni preesistenti, senza alterarle. Infine, il potere può essere esercitato sia nell'ambito dei diritti soggettivi (*stricto sensu*) sia nella sfera dei diritti potestativi. Sebbene non si confonda con questi ultimi, il potere è molto comunemente associato ad essi e alla potestà (potestà) di alterare, con atto unilaterale, situazioni giuridiche altrui, sottoponendolo a uno stato di soggezione.. In questo senso: ROMANO, Santi. Poteri. Potestà. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 209-242.

²⁷³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. p. 30-31.

²⁷⁴ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista da Faculdade de Direito**. p. 313-314.

²⁷⁵ In questo senso: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. p. 281.

²⁷⁶ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista da Faculdade de Direito**. p. 313-314.

²⁷⁷ ROMANO, Santi. Poteri. Potestà. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 214.

²⁷⁸ CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. v. 22, n. 9, jan/abr. 2019, p. 236. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5325/4281> >. Acesso em 31 de janeiro de 2022.1

²⁷⁹ ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 119.

²⁸⁰ RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. p. 170.

²⁸¹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015, p. 116-117.

cronologica tra gli uni e gli altri, poiché vi sono situazioni in cui i diritti sorgono in momenti precedenti ai doveri, i quali servono a garantirli e proteggerli, altre in cui i doveri sono un *prius* rispetto ai diritti, e altre ancora in cui entrambi nascono simultaneamente e in perfetta corrispettività logica²⁸². Ciò conferisce ai doveri un ampio grado di indipendenza rispetto ai diritti, dei quali non sono meri accessori. L'essenzialità dei doveri, inoltre, li rende un pianeta centrale del Diritto.

Etimologicamente, la parola 'dovere' deriva dal latino '*debere*', che a sua volta proviene dalla combinazione della preposizione '*de*', che significa 'degli altri', con il verbo '*habere*', che vuol dire 'avere come proprietario'. Così, dovere indica avere una cosa appartenente ad altri²⁸³. In un'accezione ampia, i doveri giuridici (*lato sensu*) non sono altro che "*a human action which is exactly conformable to the laws which require us to obey*"²⁸⁴ e si sviluppano in aspetti che generano un vincolo positivo o negativo²⁸⁵. In altre parole, "*signifies a thing due; that which is due from a person*"²⁸⁶ o l'onere di conformarsi (*compliance*) alle norme di condotta imposte dal Diritto, la cui inosservanza comporta conseguenze organizzate dallo Stato²⁸⁷. Tra le altre cose, "*duties are special in the role they assume in practical reasoning*"²⁸⁸. E questa idea di doveri (*lato sensu*), già più rivolta all'ambito tecnico, si applica sia al diritto pubblico che al diritto privato e può richiedere azioni o astensioni²⁸⁹. È opportuno sviluppare questa nozione, essendo essenziale, a questo proposito, stabilire una distinzione tra doveri (*stricto sensu*) e obbligazioni, entrambi compresi nell'idea di dovere in un'accezione ampia (*lato sensu*)²⁹⁰.

Si caratterizzano come doveri in senso stretto (*stricto sensu*) quelle imposizioni dell'ordinamento che si riscontrano, nella sfera del diritto pubblico o privato, al di fuori del contesto di relazioni giuridiche concrete e che, pertanto, non corrispondono a diritti soggettivi che possano essere rivendicati da altri. Questi doveri sono garantiti, piuttosto, da poteri conferiti allo Stato o a qualsiasi altro soggetto che non sia titolare di una prestazione correlativa, ma che sia portatore di un interesse giuridicamente protetto²⁹¹. Ne sono esempi i doveri stabiliti per la tutela di interessi obiettivi o generali dell'ordinamento, tra cui il dovere o la clausola generale di obbedienza alla Costituzione²⁹² e la stessa regola del *neminem laedere*, che vieta la commissione

²⁸² ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 122-123.

²⁸³ BANDIERI, Luis María. Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales? In: LEITE, Goerge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (orgs.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 211-244.

²⁸⁴ BLACK, Henri Campbell. **Black's law dictionary**. Definitions of the terms and phrases of american and english jurisprudence, ancient and modern. 4th ed. West Publishing Co., 1968, p. 595. Traduzione libera: "un'azione umana che è in esatta conformità con le leggi che richiedono la nostra obbedienza".

²⁸⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 4, p. 330, 1987. Disponível em: < <https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-los-deberes-fundamentales> >. Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

²⁸⁶ BLACK, Henri Campbell. **Black's law dictionary**. p. 595. Traduzione libera: "significa qualcosa dovuto; ciò che è dovuto da una persona".

²⁸⁷ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. p. 08.

²⁸⁸ RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. p. 186. Traduzione libera: "I doveri sono speciali per il ruolo che svolgono nel ragionamento pratico".

²⁸⁹ ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 123-124.

²⁹⁰ "A synonym of duty is an obligation, in its widest sense, although in a special and technical application the latter term denotes one particular kind of duty only (...)". SALMOND, John W. **Jurisprudence or the theory of law**. p. 218. Traduzione libera: "Un sinonimo di dovere è obbligo, nel suo senso più ampio, anche se in un'applicazione speciale e tecnica quest'ultimo termine denota solo un particolare tipo di dovere".

²⁹¹ ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 125-127 e 133.

²⁹² DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la constitución española de 1978. **Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla**. México, n. 28, año V,

di illeciti civili, penali e amministrativi²⁹³. A titolo esemplificativo, si possono menzionare anche i doveri che regolano l'esercizio di funzioni o poteri a beneficio di terzi o della collettività, come l'esecuzione di un incarico testamentario, l'attuazione di una competenza normativa, il servizio della giuria, il dovere di fedeltà civica o, ancora, l'esercizio della potestà genitoriale da parte dei genitori nei confronti dei figli²⁹⁴. Questi doveri possono assumere un carattere sia positivo (facere) che negativo (non facere), sebbene i secondi siano più comunemente riscontrati²⁹⁵. Di regola, i doveri hanno natura generale, trovando nella legge la loro principale fonte e rivolgendosi a tutti coloro che possiedono una determinata capacità o si trovano in una certa posizione o stato, il che non esclude la possibilità che determinate tipologie sorgano da atti giuridici²⁹⁶.

Le obbligazioni costituiscono condotte positive o negative dovute nell'ambito di una relazione giuridica concreta, in cui il diritto soggettivo di una parte corrisponde a una prestazione a carico dell'altro²⁹⁷. Tale prestazione (lato passivo) e la possibilità di esigerla (lato attivo) integrano la totalità dell'idea di obbligazione²⁹⁸, che può assumere il contenuto di pagare, dare, fare, non fare o altre variazioni obbligazionali possibili²⁹⁹. Nel campo delle obbligazioni si riscontra una relazione giuridica intersoggettiva più stretta, limitata a soggetti determinati e riferita a un diritto soggettivo altrui, e non, come avviene nei doveri (*stricto sensu*), a un potere o a un interesse obiettivo o di terzi³⁰⁰. Sebbene le sue fonti più comuni siano gli atti negoziali, le obbligazioni possono anche derivare dalla legge³⁰¹. Si noti che il termine obbligazione è più frequentemente utilizzato in riferimento a relazioni patrimoniali, che illustrano bene l'idea di prestazione come pagamento pecuniario, ma il suo ambito non si limita a tali tipologie di relazioni, includendo anche incarichi di altra natura. Allo stesso modo, è inappropriato distinguere l'obbligazione dai doveri come se le prime appartenessero al piano giuridico e i secondi risiedessero esclusivamente nella sfera etica³⁰², poiché entrambi sono termini giuridici con differenze anch'esse giuridiche.

2.4. Rapporto giuridico, situazione giuridica, posizione giuridica, onere e istituti

Alcuni degli astri del Diritto come universo sono stati sistematizzati sopra. La comprensione e l'applicazione dei rispettivi concetti sono compiti spesso circondati dallo studio di altri, qui considerati figurativamente come satelliti. Tra questi si trovano figure giuridiche soggettive come

julio/diciembre 2011. Disponível em: < <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a13.pdf> >. Acesso em 20 de maio de 2021. p. 285.

²⁹³ RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. p. 182; e, ainda, ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 128.

²⁹⁴ ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 124, 126. E: ROMANO, Santi. Poteri. Potestà. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 217

²⁹⁵ ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 136.

²⁹⁶ ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 137-138..

²⁹⁷ *La obbligazione adunque è un vincolo di diritto tra due determinate persone, per mezzo del quale una di esse limita per alcune atti la libertà propria nell'interesse dell'altra*". CRESCENZIO; Nicola de; FERRINI, Contardo. **Enciclopedia giuridica italiana**: esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza nel diritto civile, commerciale penale, pubblico, giudiziario, costituzionale, amministrativo, internazionale, ecclesiastico, economico, con riscontri di storia del diritto, di diritto romano e di legislazione comparata. Già sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini. v. XII, parte I. Milano: Società Editrice Libreria, 1900, p. 01..

²⁹⁸ ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 133; e NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. p. 13.

²⁹⁹ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. p. 09.

³⁰⁰ ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 135.

³⁰¹ ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 138.

³⁰² ROMANO, Santi. Doveri. Obblighi. In: **Frammenti di un dizionario giuridico**. p. 133-134.

quelle di relazione giuridica, situazione giuridica, posizione giuridica e onere, nonché altre nozioni come quella di istituti giuridici, senza escludere importanti categorie qui non trattate. Come visto in precedenza, l'analogia non è perfetta, ma serve a fini illustrativi, passando ora a sviluppare le concezioni sopra delineate. Tuttavia, prima, è necessario registrare l'esistenza di diverse teorie su alcuni di questi concetti, che, inoltre, talvolta non sono distinti operativamente o sono erroneamente considerati sinonimi³⁰³. Ciò rende ardua l'organizzazione di prototipi e la riduzione a proposizioni concettuali precise, cosa che si cercherà di realizzare in seguito, rendendo il lettore consapevole che la sistematizzazione e la terminologia adottate in questo libro non si rivelano pacifiche, essendo temi altamente controversi.

La relazione giuridica è un concetto fondamentale per numerosi scopi nel dominio dei diritti materiali e processuali³⁰⁴. Sebbene esistano diverse prospettive teoriche³⁰⁵, il termine non sempre riceve un trattamento adeguato, specialmente nella letteratura in lingua inglese³⁰⁶. Essa si identifica nel legame che unisce due o più persone coinvolte in una situazione giuridica, o nel nesso giuridico che collega soggetti di diritto³⁰⁷, attribuendo a ciascuno " *poderes e deveres juridicamente exigíveis*"³⁰⁸ in base alla posizione giuridica occupata. Può essere presentata come " *uma relação entre duas ou mais pessoas, regulada pela vontade da lei e formada pela verificação de um fato*"³⁰⁹, sebbene parte della dottrina concepisca anche una relazione giuridica

³⁰³ In modo specifico, ma non solo, per quanto riguarda i termini "situazione giuridica", "posizione giuridica" e "status", la divergenza dottrinale riguardo al significato e alla portata delle espressioni è tra le più significative. Vi sono approcci diversi, ad esempio, nelle seguenti opere: OFFIDANI, Alessandro Mariano. **Contributo alla teoria della posizione giuridica**. Torino: Giappichelli Editore, 1952; CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. Terza edizione emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951, p. 176-180; ROMANO, Santi. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milano: Giuffrè Editore, 1945, p. 155-157; e MORELLI, Gaetano. **Nozioni di diritto Internazionale**. Settima edizione riveduta. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1967, p. 157-160.

³⁰⁴ Esiste una celebre teoria che classifica il processo giudiziario come una relazione giuridica di diritto pubblico tra il potere giudiziario e le parti in causa, la quale possiede una natura continua e avanza gradualmente lungo il procedimento, ma non si riduce alla mera sequenza di atti.. BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005. Título original: *Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales*. p. 05-08. L'opera citata è stata tradotta dallo spagnolo. La versione originale, in tedesco, è intitolata: *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*.

³⁰⁵ Si cita qui la notoria classificazione di Wesley Newcomb Hohfeld. Secondo l'autore, categorie come diritto (*right*), dovere (*duty*) e altre sono le stesse relazioni giuridiche tra due soggetti, e non, come più propriamente sembrano, elementi autonomi componenti di una relazione. In tale contesto, esistono otto relazioni giuridiche strettamente fondamentali (*strictly fundamental legal relations*), le quali possono essere schematizzate e, tra loro, si relazionano in corrispondenze logiche, possedendo correlativi e opposti. Mentre l'applicabilità di un correlativo implica anche quella dell'altro, l'applicabilità di un opposto esclude quella dell'altro. Queste otto relazioni giuridiche sono, nell'ambito dei diritti, il diritto (*right*), il dovere (*duty*), il non-diritto (*no right*) e il privilegio (*privilege*), e, nella sfera delle competenze, il potere (*power*), la soggezione (*liability*), l'incompetenza (*disability*) e l'immunità (*immunity*). Il diritto è il correlativo del dovere e l'opposto del non-diritto. Il privilegio è il correlativo del non-diritto e l'opposto del dovere. Il potere è il correlativo della soggezione e l'opposto dell'incompetenza. E l'immunità è il correlativo dell'incompetenza e l'opposto della soggezione. Sebbene criticata per una limitazione eccessiva del numero di categorie che formerebbero un denominatore comune del diritto (the lowest common denominators of the law) e per l'eccessivo attaccamento alla logica nelle relazioni tra esse, il pensiero è un contributo notorio alla teoria analitica del diritto, preoccupandosi della chiarezza dei concetti e dell'uso accorto del linguaggio giuridico in sostituzione all'uso di espressioni camaleontiche. Em: HOHFELD, Wesley N. Some fundamental legal conceptions as applied in legal reasoning. *Yale Law Journal*. v. 23, n. 1, p. 16-59, nov./1930. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/785533?seq=1#metadata_info_tab_contents >. Acesso em 23 de setembro de 2021.

³⁰⁶ KOCOUREK, Albert. Various definitions of jurial relation. **Columbia Law Review**. v. 20, n. 04, apr./1920, p. 395. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/pdf/1111982.pdf> >. Acesso em 23 de setembro de 2021.

³⁰⁷ LARENZ, Karl. **Derecho civil**: parte general. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. Título original: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. p. 246.

³⁰⁸ NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. p. 09. Traduzione libera: "poteri e doveri giuridicamente esigibili"

³⁰⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. p. 19. Traduzione libera: "una relazione tra due o più persone, regolata dalla volontà della legge e formata dalla verifica di un fatto".

tra soggetto e cosa³¹⁰. La relazione giuridica può stabilirsi nell'ambito privato o tra i privati e lo Stato e, frequentemente, possiede un contenuto complesso, coinvolgendo non solo un diritto soggettivo (*lato sensu*) di una parte nei confronti dell'altra, ma una miriade di diritti e doveri reciproci³¹¹. Si tratta, inoltre, di una formulazione imprescindibile per comprendere bene la differenza tra doveri (*stricto sensu*) e obbligazioni giuridiche, come discusso nel paragrafo precedente.

Un'altra definizione piuttosto completa è quella secondo la quale:

A jural relation is a situation of legal and material fact upon which one by his own will may restrict or claim to restrict, presently or contingently, with the aid of law, freedom of action of another³¹².

La situazione giuridica può essere rappresentata come la congiuntura in cui una determinata persona e, per alcuni, anche una determinata cosa o un ente privo di personalità giuridica³¹³ si trovano in una circostanza della vita regolata dal Diritto. Essa assume un significato piuttosto ampio, comprendendo tutte le forme attraverso cui le norme si manifestano³¹⁴ e includendo le fasi di nascita, sviluppo ed estinzione dei diritti. Per una migliore visualizzazione, vale la pena menzionare situazioni come quella di sposato in relazione allo stato civile, di cittadino rispetto al rapporto di una persona con lo Stato³¹⁵, di lavoratore dipendente in riferimento al vincolo lavorativo, e di contraente in relazione a un patto stipulato. Altri esempi sono la situazione giuridica di figlio rispetto alla potestà genitoriale, quella di proprietario in relazione al vincolo con una cosa, e persino la situazione di una parte litigante riguardo ai suoi oneri e alle sue aspettative in merito alla sentenza³¹⁶. Le situazioni giuridiche possono essere unisoggettive o plurisoggettive e, in quest'ultimo caso, costituiscono i rapporti giuridici, accompagnandone lo sviluppo o la storia e contestualizzandone il regime giuridico³¹⁷. Così, in un rapporto con lo Stato, la situazione giuridica di cittadino richiama un regime di diritti e doveri che influisce su tutti i rapporti giuridici che si instaurano, collocando il cittadino in una serie di posizioni giuridiche concrete e astratte che gli consentono di agire e rivendicare in base a tali posizioni, come si vedrà in seguito.

³¹⁰ In questo senso: KOCOUREK, Albert. Various definitions of jural relation. *Columbia Law Review*. p. 407.

³¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. p. 20.

³¹² KOCOUREK, Albert. Various definitions of jural relation. *Columbia Law Review*. p. 412. Traduzione libera: "La relazione giuridica è una situazione di fatti giuridici o materiali nella quale qualcuno, per propria volontà e con l'ausilio della legge, può restringere o pretendere di restringere, attualmente o potenzialmente, la libertà di azione di altri."

³¹³ OFFIDANI, Alessandro Mariano. *Contributo alla teoria della posizione giuridica*. p. 18s

³¹⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. p. 09 e 12.

³¹⁵ Si parla spesso di uno status di cittadino, di padre, di marito, di figlio, ecc. Chi opta per questa terminologia (status) la utilizza come sinonimo di ciò che qui si denomina situazione giuridica, cioè come ciò che le norme di Diritto Oggettivo, in un'accezione contenutistica, attribuiscono al soggetto e che formano il suo statuto o patrimonio giuridico in base alla sua condizione individuale. Ai fini di questo libro, lo status ha un significato leggermente diverso, che sarà esposto più avanti, adottato per attribuire contenuti ed effetti più specifici agli status detenuti dalla persona umana. Sull'argomento: OFFIDANI, Alessandro Mariano. *Contributo alla teoria della posizione giuridica*. p. 77-82; e CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. p. 177.

³¹⁶ È anche nota la teoria che classifica il processo come una situazione giuridica dinamica e complessa, diversa dal carattere statico del diritto materiale. Così, la successione degli atti processuali nella situazione processuale genera numerose circostanze e posizioni, creando possibilità e oneri in ragione dei quali variano le aspettative e il risultato del processo. GOLDSCHMIDT, James. *Princípios gerais do processo civil* (teoria geral do processo). Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004. Título original: *Princípios gerais do processo*. p. 44-47.

³¹⁷ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. p. 10.

La posizione giuridica compie un passo ulteriore³¹⁸: è una nozione che si fonda sulle "caratteristiche normative delle persone e delle azioni" per stabilire "relazioni normative tra persone o tra persone e azioni"³¹⁹, determinando, a partire da tali relazioni, uno o più riferimenti posizionali dotati di effetti giuridici³²⁰. Attraverso una norma, un soggetto³²¹ è specificato in una posizione dotata di alcuni attributi, che lo qualificano in un certo modo o gli permettono di comportarsi in una determinata maniera in una situazione o relazione³²². Così, collocandosi in una posizione giuridica, sia essa di origine legale o contrattuale, un soggetto assume una determinata capacità, potere o competenza per acquisire un diritto ed esercitarlo, nonché per modificare una relazione, una situazione o un'altra posizione giuridica, o anche per proteggersi da tale modifica, o ancora per esigere o rivendicare un bene della vita³²³, sia nell'ambito del diritto pubblico che in quello del diritto privato³²⁴, tutto in conformità a quanto stabilito dalla norma giuridica³²⁵. Si ottiene così una prima approssimazione, che appare idonea ad esprimere il significato di una posizione giuridica individuale.

Oltre a queste posizioni giuridiche individuali, esistono anche posizioni globali o fasci di posizioni giuridiche (status)³²⁶, che comprendono una molteplicità di posizioni e sono suscettibili,

³¹⁸ Anche in questo caso, la questione non è pacifica. Parte della dottrina considera le situazioni e le posizioni giuridiche come equivalenti. Un'altra parte vede le posizioni giuridiche (come quelle di superiorità, inferiorità e indipendenza) come una categoria più ampia, essendo la fonte e la causa di una serie di relazioni e situazioni giuridiche. Infine, un'altra linea di pensiero, qui assunta, considera le posizioni come stadi più avanzati rispetto alle situazioni giuridiche, essendo queste una serie di specificazioni dei contenuti abbracciati da quelle. Così, le situazioni giuridiche sono qualcosa come una somma delle posizioni giuridiche conferite a un soggetto nella condizione in cui si trova. Esse non si confondono, tuttavia, con una posizione globale (status), la quale, come si vedrà, è indirizzata a circostanze più specifiche delle situazioni e relazioni giuridiche. Esempio: la situazione di cittadino gli attribuisce, tra le altre cose, posizioni individuali e globali in una relazione con lo Stato riguardo al diritto politico, le quali, tuttavia, non esauriscono altre posizioni derivanti dalla situazione di cittadino in relazioni giuridiche legate a un diritto di natura sociale. A proposito: OFFIDANI, Alessandro Mariano. **Contributo alla teoria della posizione giuridica**. p. 18-19.

³¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 185.

³²⁰ Il riferimento posizionale, ovvero la nozione di luogo giuridico, è un elemento centrale per la comprensione della posizione giuridica, esprimendo le diverse realtà normative e le loro potenzialità di generare effetti nell'ambito del Diritto. A proposito: OFFIDANI, Alessandro Mariano. **Contributo alla teoria della posizione giuridica**. p. 13-14 e 111.

³²¹ Si utilizza il termine "soggetto" qui in senso esemplificativo, senza entrare nella discussione sulla possibilità che anche le cose (*res*) e gli enti spersonalizzati possano assumere posizioni giuridiche.. OFFIDANI, Alessandro Mariano. **Contributo alla teoria della posizione giuridica**. p. 18s.

³²² In questo senso, è utile citare un concetto approssimativo che denota la relazione di specificazione, già menzionata in precedenza, tra situazione e posizione giuridica.: "Posizione giuridica: ciascuna delle varie situazioni giuridiche (favorevoli o sfavorevoli: diritto, facoltà, potere, onere, obbligo, stato) create dalla legge in capo a un soggetto". BATTAGLIA, Salvatore. **Grande dizionario della lingua italiana**. v. XIII. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1986, p. 1024.

³²³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 188, 198, 200 e 242.

³²⁴ Come si vede, in questo libro non si adotta il concetto restrittivo di posizione giuridica difeso da Alessandro Mariano Offidani. Per questo autore, le posizioni sono legami, permanenti o provvisori, tra persone fisiche o giuridiche di diritto pubblico o privato, o anche tra tali persone e cose (*res*) o ordinamenti istituzionali. Tali legami si limitano a valutare le condizioni che un soggetto ha di interferire o meno direttamente nella sfera giuridica di un altro, le quali possono assumere le forme di superiorità, inferiorità e indipendenza, che si interrelazionano. L'oggetto della posizione, quindi, si limiterebbe a questo confronto, a questo nesso o procedimento logico tra i soggetti in situazione opposta, valutando la capacità di uno di influenzare direttamente l'autonomia dell'altro (diritto potestativo) a seconda che si verifichino le tre posizioni descritte (superiorità, inferiorità e indipendenza). In questo senso, la posizione non sarebbe la categoria più appropriata per trattare le obbligazioni (diritto soggettivo) e non possiederebbe un contenuto sostanziale proprio, essendo essenzialmente rilevante il criterio comparativo, indipendentemente dalla conclusione sulla validità o meno dell'intervento. Tuttavia, ai fini del presente testo, le posizioni sono compatibili con diritti potestativi e soggettivi e rivelano una specificazione e qualificazione contenutistica individuale, globale, concreta e astratta.. OFFIDANI, Alessandro Mariano. **Contributo alla teoria della posizione giuridica**. p. 28-30, 43, 48 e 60.

³²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 249.

³²⁶ L'origine del termine "status" risale al diritto romano, dove veniva utilizzato per designare la posizione giuridica della persona alla luce della sua libertà nei vincoli di soggezione personale (*status libertatis*), della sua appartenenza alla comunità politica (*status civitatis*) e della sua condizione familiare (*status familiae*). Si trattava, quindi, di una gamma di posizioni che l'individuo, come

a loro volta, di analisi da punti di vista concreti e astratti³²⁷. Concretamente, una posizione giuridica globale raccoglie la "*totalidade de las consecuencias jurídicas, esto es, derechos subjetivos, expectativas de adquisición, deberes y otras vinculaciones, deberes de cumplimiento y competencias, que se derivan de la relación jurídica*"³²⁸ specifica per uno dei partecipanti. Essa si identifica con i vari contenuti concreti della posizione, che, in teoria, possono essere modificati in tutto o in parte e che rappresentano un ritaglio o frammento della vita giuridica in un determinato momento.

Astrattamente, le posizioni riflettono una classe di diritti e doveri potenziali che non si modifica quando cambiano, in concreto, i contenuti dei diritti, doveri, divieti o competenze individuali³²⁹. Questa idea di posizioni astratte è facilmente visualizzabile nella teoria degli status di Georg Jellinek³³⁰, nella quale un cittadino rimane titolare di uno status negativo nei confronti dello Stato, ad esempio, anche se quest'ultimo eventualmente restringe il contenuto di alcune aree di libertà³³¹. Si noti che lo status globale negativo è una specificazione della situazione giuridica del cittadino, la quale, oltre a questo, include uno status passivo, uno positivo e uno attivo. In questo senso più ampio, dunque, lo status corrisponde a un'astrazione attorno a

membro della comunità romana, assumeva nelle sue relazioni in queste tre aree, esprimendo un legame di appartenenza della persona ai livelli in cui era divisa la società e destinandosi a durare, a regolare i diritti, i doveri, gli affari e gli eventi della vita. In questo senso, il termine si avvicina molto alla definizione di situazione giuridica, ma non si confonde con essa. Nonostante le divergenze dottrinali, lo status è considerato uno stadio più avanzato e specifico rispetto alla semplice situazione che genera un patrimonio giuridico generico. Si sceglie di inserirlo in un contesto posizionale più specifico, sia concreto che astratto, di relazioni, effetti giuridici, fattispecie e contenuti. Lo status è visto qui, quindi, come una posizione globale o un fascio di posizioni, la titolarità di riferimenti posizionali attivi e passivi attribuiti dall'ordinamento giuridico a persone inserite in una situazione giuridica. Sullo status come contenuto complesso, sebbene con un approccio diverso: CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. p. 178-179. Aindà: PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di *status*. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 04, p. 01-33, out./dez. 2013. Disponível em: > <https://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/> >. Acesso em 18 de maio de 2022.

³²⁷ Secondo Robert Alexy, le posizioni giuridiche possono essere riassunte in una tipologia triplice: la posizione dei "diritti a qualcosa", la posizione delle "libertà" e la posizione delle "competenze", ciascuna di queste posizioni contenendo ulteriori suddivisioni. La posizione dei "diritti a qualcosa" comprende, da un lato, i diritti ad azioni negative, come il non-ostacolo alle azioni, la non-alterazione di caratteristiche e situazioni e la non-eliminazione di posizioni giuridiche, e, dall'altro, il diritto ad azioni positive miranti a prestazioni fattuali e giuridiche. La posizione delle "libertà giuridiche" coinvolge diversi tipi, includendo libertà non protette e libertà protette. La posizione delle "competenze" include espressioni come potere, autorizzazione, capacità, diritto formativo, tra le altre, sia nell'ambito pubblico che privato. Un Diritto Fondamentale completo sarebbe, in tale quadro, oltre queste posizioni individuali, un insieme di posizioni di Diritti Fondamentali definitive e prima facie, con diversi contenuti e strutture, unite e interrelate tra loro. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 193-253.

³²⁸ LARENZ, Karl. **Derecho civil**. p. 269. Traduzione libera: "totalità delle conseguenze giuridiche, ossia, diritti soggettivi, aspettative di acquisizione, doveri e altri vincoli, doveri di adempimento e competenze, che derivano dalla relazione giuridica".

³²⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 256.

³³⁰ Per Jellinek, lo status è una relazione con lo Stato che qualifica e specifica l'individuo. Mentre il diritto ha come contenuto l'"avere", lo status ha come contenuto l'"essere". Esistono quattro tipi di status: passivo, negativo, positivo e attivo. Il primo (*status subiectionis*) implica uno stato di soggezione dell'individuo allo Stato, annullando la personalità e l'autodeterminazione dell'individuo e attribuendo allo Stato le competenze per l'istituzione di doveri. Il secondo (*status negativus*) tutela una zona di libertà individuale rispetto alle interferenze dello Stato. Il terzo (*status positivus*) offre agli individui la possibilità di richiedere prestazioni statali. Il quarto (*status activus*) è legato ai diritti che l'individuo possiede di partecipare attivamente alla vita pubblica e all'attività politica dello Stato, come il diritto di voto. Sul tema: JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. Freiburg: Mohr, 1892. Disponível em: < <https://play.google.com/books/reader?id=JVQBAAAAYAAJ&pg=GBS.PA81&hl=pt> >. Acesso em 27 de setembro de 2021. p. 81-84 e 89-140.

³³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 260.

posizioni³³² inerenti a una situazione³³³, senza confondersi con i contenuti concreti del fascio di status.

Gli oneri sono vincoli stabiliti volontariamente in considerazione di un interesse prevalente del soggetto onerato³³⁴ stesso e, eventualmente, di un interesse indiretto dell'ordinamento giuridico da essi stimolato³³⁵. Si riassumono nella facoltà o opzione di compiere una determinata condotta, sia essa legata al diritto sostanziale o processuale, come condizione per evitare la perdita di un diritto o per godere di un vantaggio. In altre parole, costituiscono la tecnica mediante la quale l'ordinamento prevede "*ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser atendido se não pretender ele arcar com as consequências que lhe serão prejudiciais*" o, ancora, se intende acquisire o conservare un diritto³³⁶. Se un onere non viene adempiuto, il danno ricade sul soggetto che ha omesso di osservarlo, motivo per cui l'onere non è considerato un atto dovuto, ma un atto necessario per ottenere qualcosa³³⁷. Per queste caratteristiche, a differenza dei doveri (*lato sensu*), gli oneri sono liberi, rappresentano incentivi alla condotta, generano una soggezione più lieve e non sono obbligatori né suscettibili di essere imposti. Esempi sono l'onere della prova nel processo giudiziario³³⁸, l'onere di dimostrare l'indigenza per ottenere l'assistenza giudiziaria gratuita e l'onere di depositare il debito per liberarsi dal rischio della mora³³⁹.

Un istituto, infine, si rappresenta come il gruppo di principi e regole che, formando una disciplina giuridica, regola una relazione, situazione o posizione giuridica. Gli istituti della potestà familiare e della compravendita si compongono dei principi e delle regole che disciplinano tali figure³⁴⁰, con le seconde (regole) che giuridificano presupposti fattuali e densificano in formule normative il contenuto dei primi (principi). Così anche gli istituti della successione ereditaria, dell'espropriazione e tanti altri. L'idea di istituto è essenziale per la lettura e l'applicazione tecnica, da un'ottica oggettiva, delle diverse figure giuridiche soggettive, contribuendo alla sicurezza giuridica e all'organizzazione del Diritto, consacrando una propria principiologia, nonché regole specifiche applicabili alle situazioni della vita, litigiose o meno. Ai fini del libro, non si adotta la distinzione terminologica tra istituti e istituzioni, come se i primi si riferissero al diritto privato e le seconde a quello pubblico.

³³² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 257.

³³³ Reiterando l'esempio: la condizione di cittadino attribuisce a quest'ultimo, tra le altre cose, posizioni individuali e globali in una relazione di diritto politico con lo Stato. Tuttavia, queste posizioni non esauriscono altre posizioni, anch'esse derivanti dalla situazione giuridica di cittadino, che incidono su relazioni giuridiche legate a un diritto di natura sociale o a una libertà individuale.

³³⁴ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. p. 68.

³³⁵ ORLANDI, Elena. Le situazioni giuridiche soggettive attive e passive. In: MEZZETTI, Luca (a cura di). *Diritti e doveri*. Torino: Giappichelli Editore, 2013, p. 157.

³³⁶ GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito – USP*. v. 77, jan/dez.1982, p. 181. Traduzione libera: "per il soggetto un determinato comportamento, che dovrà essere osservato se non desidera subire conseguenze a lui sfavorevoli".

³³⁷ GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito – USP*. p. 181.

³³⁸ È interessante menzionare la distinzione presente nella famiglia della *common law*, in particolare nel processo civile americano, tra il "*burden of production*", che consiste nell'onere probatorio delle parti, e il "*burden of persuasion*", che riflette l'onere di influenzare la valutazione della prova e della causa giuridica da parte del giudice o della giuria, specialmente per quanto riguarda il soddisfacimento di certi *standard* probatori. Il diritto americano concepisce anche una distinzione tra i doveri probatori (*duty*) in certe fasi del procedimento (ad esempio nel *pretrial*) e i tradizionali oneri della prova (*burden*). Anche nel diritto processuale brasiliano esistono, in via eccezionale, doveri accanto agli oneri, come l'ordine giudiziale impositivo del dovere di esibire documenti (art. 396 e 400, paragrafo unico, del CPC - Codice di procedura civile brasiliano).

³³⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. p. 68.

³⁴⁰ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. p. 12.

Tutte le categorie giuridiche soggettive e oggettive sopra menzionate rivelano che il Diritto è un fenomeno complesso, relazionale e posizionale, le cui norme sono contestualizzate, seguono regimi giuridici e non si sottomettono a dominanze unilaterali di punti di vista. L'insieme o l'universo va oltre i diritti, oltre la centralizzazione sui soggetti attivi che rivendicano o esercitano, e oltre le teorie e le pratiche che, concentrandosi sull'intitolazione individuale, trascurano gli interessi oggettivi che l'ordinamento tutela, i doveri giuridici verso gli altri e la comunità, e le interrelazioni tecniche che tutto ciò richiede affinché il Diritto possa svolgere adeguatamente il suo ruolo di regolazione della società.

3. TRAMONTO

Al tramonto di questo Capitolo I si giunge a una constatazione: il Diritto (*lato sensu*) è un universo composto da pianeti e satelliti in armonia. Oppure, se si preferisce un'altra metafora, esso è come un logogrifo composto da varie categorie chiave. Nonostante un'identificazione intuitiva, il Diritto non si riduce ai soli diritti. Visto come universo, comprende altre categorie planetarie, come doveri e obblighi, oltre a nozioni satellitari necessarie affinché possa operare tecnicamente e svolgere le sue funzioni in modo completo. Il Capitolo ha lo scopo di rivelare che pensare solo ai diritti, concentrarsi esclusivamente su di essi o attribuire loro un peso sproporzionato, conduce a una comprensione molto insoddisfacente³⁴¹ e oscura elementi essenziali del Diritto. Tale comprensione, come si vedrà più avanti, produce effetti negativi sulla dinamica e sulla regolazione della vita in società, che costituisce proprio una delle funzioni del Diritto. Per quanto i diritti abbiano, di fatto, una proeminente rilevanza, le altre categorie sono imprescindibili per mantenere l'equilibrio dell'universo del Diritto, simboleggiato dalla bilancia della Giustizia, nella corretta equazione tra castigo e colpa, legge e giustizia, libertà e oppressione, diritti e doveri, nuovo e antico, insieme a tante altre dicotomie.

La preoccupazione espressa alla fine del paragrafo precedente costituirà, tra altri argomenti, l'oggetto del Capitolo III. Prima, tuttavia, si attraverserà una fase di transizione: nel Capitolo II verrà trattato il tema dei Diritti e Doveri Umani e Fondamentali, i quali costituiscono una galassia o sottosistema dell'universo giuridico³⁴². Uno studio coerente sul Diritto, nella forma qui proposta, non può prescindere da una tale incursione. Questa tematica aggiunge all'analisi del Capitolo I vari contenuti materiali e processuali, un carico normativo senza il quale oggi qualsiasi pensiero o pratica giuridica perde di senso. Inoltre, essa stessa si confronta con il delicato equilibrio tra diritti e doveri.

³⁴¹ Sebbene da una prospettiva diversa, Pontes de Miranda avvertiva già che la nozione fondamentale del Diritto non si limita a quella di diritto soggettivo, né a quella di soggetto di diritto. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. p. 20.

³⁴² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**, p. 109.

CAPITOLO II

L'AMBITO DEI DIRITTI E DEI DOVERI UMANI E FONDAMENTALI

Questo capitolo II affronta un tema di grande rilevanza per la Scienza Giuridica: i Diritti e i Doveri Umani e Fondamentali. In continuità con l'approccio dogmatico e, in misura minore, teorico-filosofico del Capitolo I, si intende sviluppare un contenuto aggiornato su questi rilevanti ambiti del Diritto (*lato sensu*), che costituiscono una vera e propria galassia o sottosistema all'interno del sistema giuridico³⁴³. L'obiettivo non è quello di effettuare recuperi lontani o descrivere, passo dopo passo, i vari cicli che hanno caratterizzato l'evoluzione di tali diritti e doveri nel corso della storia. Si intende piuttosto esporre idee centrali per una corretta comprensione contemporanea della questione, intesa come quella che inizia con il passaggio alla modernità³⁴⁴ e l'avvento, in sostituzione della cultura comunitaria del Medioevo, della cultura individualista incentrata sulla persona umana³⁴⁵. Nel compito si adotta una prospettiva eminentemente giuridica, pur senza negare una forte connessione con la morale: le norme giuridiche provengono dalla morale, la quale confluisce nel Diritto attraverso lo Stato³⁴⁶, esercita influenze e orientamenti e, inoltre, solleva questioni di interazione tra le sfere.

Come visto, il Capitolo I aveva l'obiettivo di sistematizzare l'universo del Diritto, esponendone il concetto e alcuni dei suoi principali componenti e dinamiche di interazione. Ora, è essenziale completare queste nozioni con altre che le permeano o le alimentano. I Diritti e i Doveri Umani e Fondamentali inoculano nel DNA del Diritto una significativa vivacità assiologica e deontologica. Senza esitazioni, si può affermare che essi giungono a costituire uno dei significati stessi dell'ordine giuridico, vincolandolo con varie premesse sostanziali e procedurali, stabilendo sia contenuti sia meccanismi per la creazione e l'aggiornamento delle norme e rendendo possibile la convivenza in una società democratica e responsabile. Tali Diritti e Doveri si bilanciano in un tentativo di armonizzare, pur se in equazioni non esatte, libertà e ordine, individualismo e

³⁴³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. p. 109.

³⁴⁴ O transito verso la modernità può essere delimitato come il periodo tra il XIV e il XVIII secolo, nel quale la società si trasforma gradualmente e si prepara all'emergere dei Diritti Fondamentali. GARCIA, Marcos Leite; PRUNER, Dirajaia Esse. Direitos fundamentais e trânsito à modernidade: a histórica questão terminológica das normas definidoras de direitos. *Revista brasileira de direitos e garantias fundamentais*. v. 1, n. 2, p. 166-186, jul./dez. 2015. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/754/750> >. Acesso em 27 de março de 2022.

³⁴⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. p. 22.

³⁴⁶ Gregório Peces-Barba Martínez sostiene, a questo proposito, un modello denominato integrale in cui si osserva una stretta relazione tra obbligo morale, obbligo politico e obbligo giuridico. In tale trilogia obbligazionale, la morale è il punto di partenza, la politica è il punto intermedio e l'obbligo giuridico è il punto di arrivo, ottenuto con la consolidazione, tramite la politica, dei valori morali in valori giuridici. A tutto ciò si deve aggiungere una preoccupazione per l'efficacia. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. p. 58 e 104-105.

comunitarismo³⁴⁷ e molte altre dicotomie delle complesse società democratiche³⁴⁸. La proposta si estende al diritto pubblico e privato, alle relazioni tra lo Stato e i privati e a quelle tra soli privati, nell'ambito della società civile. Si verifica, dunque, che l'integrazione tra diritti e doveri nella Teoria Generale del Diritto si riproduce nei campi umano e jusfondamentale, constatando che i "diritti fondamentali non possono esistere senza doveri"³⁴⁹.

Si considerano Umani i Diritti e i Doveri di ordine convenzionale sanciti in documenti internazionali. Fondamentali sono quelli vigenti nei sistemi costituzionali degli Paesi³⁵⁰, dotati di una protezione speciale di fronte ai Poteri costituiti e integrando, quando clausole intangibili, ciò che è stato definito la "sfera dell'indecidibile", diritti che nessuna maggioranza legislativa temporanea può abolire³⁵¹. Entrambi compongono il contenuto del Capitolo. Tuttavia, il libro si dedica con maggiore approfondimento e attenzione all'ambito costituzionale, sede in cui si verificano sviluppi dogmatici più rilevanti. Qui si attribuisce una certa enfasi agli ordinamenti legati alla famiglia della *civil law*, dato che il tema è maggiormente coltivato in essi, pur senza trascurare la *common law*. Inoltre, anche se l'approccio agli standard internazionali è meno esteso, l'intera prospettiva della ricerca rimane compatibile con questi, essendo ben consapevoli della realtà parallela tra gli ordinamenti nazionali e internazionali e dell'importanza degli standard sovranazionali per il riconoscimento e l'evoluzione di tali diritti e doveri.

In tale scenario, la sostanza del Capitolo II inizia con un'immersione nei Diritti e Doveri Umani, cercando, sul piano internazionale, un significato per tali figure che sia in grado di modellare una sorta di substrato comune di norme essenziali, con funzioni complementari, condivise tra gli Paesi³⁵². Successivamente, si entra nel diritto costituzionale dei Diritti e Doveri Fondamentali. Vengono sviluppati aspetti cruciali di entrambe le categorie, come le loro principali razionalità³⁵³, caratteristiche, dimensioni, le loro prospettive oggettiva e soggettiva e altre classificazioni. Viene inoltre trattata la loro efficacia, questa dimensione ambivalente utilizzata per designare l'influenza del Diritto sulla realtà e viceversa³⁵⁴. Tale percorso rappresenta una continuità delle proposizioni avanzate alla fine del Capitolo I, le quali indicano la necessità di

³⁴⁷ Il comunitarismo richiama una società in cui le persone si preoccupano l'una dell'altra e del tutto, prendendosi cura reciprocamente e formando qualcosa di simile a un'unità coesa. In principio, si tratta di una rappresentazione più compatibile con società più piccole, ma nulla impedisce che il legame comunitario si estenda a grandi società, composte da individui diversi e multiculturali che preservano l'impegno verso la collettività e condividono valori fondamentali. Le grandi società non sono destinate alla dissoluzione e all'eterna belligeranza, essendo possibile, fino a un certo punto, accomodare le differenze e arrivare persino a parlare di comunità globale. ETZIONI, Amitai. **The spirit of community: rights, responsibilities and the communitarian agenda**. New York: Crown Publishers Inc., 1993, p. 31, 155 e 160.

³⁴⁸ "Studiare i diritti fondamentali significa avvicinarsi con l'approccio proprio del nostro tempo al problema dei **rapporti fra libertà e autorità, fra individualità e collettività organizzata, fra l'uomo e lo Stato (e più in generale i potere pubblico)**". OLIVETTI, Marco. **Diritti fondamentali**. 2ed. Torino: Giappichelli Editore, 2020, p. 03.

³⁴⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*. p. 21.

³⁵⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 31.

³⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democrazia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008, p. 55 e 106-107.

³⁵² OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**. p. 04.

³⁵³ La razionalità del discorso normativo comprende, sul piano della giustificazione, nozioni morali, etiche e pragmatiche accettate nella comunità e trasformate in norme giuridiche per il piano dell'applicazione. La razionalità che sottende il sistema giuridico serve come fondamento, derivante dalla ragione e dalla ricerca del bene comune, per l'istituzione e la legittimità di tale sistema.

³⁵⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 112.

recuperare la nozione di dovere per, insieme ai diritti, consentire un relativo equilibrio del Diritto nella sua funzione di regolare la vita in società.

1. DIRITTO INTERNAZIONALE

I Trattati e i documenti internazionali si caratterizzano per stabilire i diritti e, in misura minore, i doveri fondamentali dell'essere umano. Si tratta di sistemi normativi, codici propri di principi e regole protetti da garanzie istituzionalizzate³⁵⁵, che spingono gli Stati-Nazione al rispetto delle norme internazionali e all'osservanza dell'ordine sovranazionale, sotto pena di responsabilità³⁵⁶. Non è obiettivo di questa sezione approfondire le distinzioni sul carattere più o meno vincolante di certe norme e consuetudini internazionali (*hard law e soft law*), né dettagliare il funzionamento dei sistemi universale e regionali dei Diritti e Doveri Umani o le loro coordinazioni. Non è nemmeno pertinente sviluppare le funzioni consultive e non contenziose delle Corti Internazionali o, ancora, le attribuzioni dei Tribunali Penali Internazionali nella tutela della pace³⁵⁷. Allo stesso modo, non è opportuno addentrarsi nelle differenze tra i Diritti Umani e il Diritto Comunitario, con le loro complesse interrelazioni³⁵⁸, né tracciare distinzioni tra Diritto Internazionale e Diritto Transnazionale³⁵⁹. L'intento qui è semplicemente quello di cercare un significato ai Diritti e ai Doveri Umani, i quali, avendo sede sul piano internazionale, modellano una sorta di substrato comune di norme essenziali condivise tra diversi Paesi³⁶⁰.

1.1. Diritti Umani

Prima di tutto, è opportuno stabilire un accordo semantico. Quando si pensa ai Diritti Umani, viene subito in mente un'espressione polisemica utilizzata come sinonimo di numerose altre categorie³⁶¹. Tra queste si trovano, abitualmente, espressioni come Diritti dell'Uomo e Diritti Fondamentali. Nel presente testo tali concetti saranno distinti, pur riconoscendo la stretta relazione tra di essi, una certa affinità di contenuti e titolari,³⁶² e il fatto che rappresentino il risultato comune della costruzione storica di idee non sempre lineari, talvolta interrotte da catastrofi umanitarie³⁶³. Nonostante i legami e una convergenza attorno all'idea di protezione dell'individuo, esistono tra queste categorie peculiarità e significati distinti.

³⁵⁵ LAZARI, Rafael. Os cinco deveres fundamentais do ser humano. *Revista jurídica luso-brasileira – RJLB*, ano 6, n. 2, 2020, p. 1.104. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_1103_1124.pdf >. Acesso em 27 de janeiro de 2022.

³⁵⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3d. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27 e 31.

³⁵⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*.

³⁵⁸ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. A relação do direito comunitário e o direito internacional regional. A adesão da união europeia ao sistema da convenção europeia de direitos humanos. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. v. VII, n. 01, p. 01-21, 2012.

³⁵⁹ SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio; BASIGLI, Nicolò. Attivismo giudiziale e dialoghi transgiudiziali: parametri per l'interazione tra decisioni nazionali e straniere. *Rivista AIC - Associazioni Italiana dei Costituzionalisti*. n. 3, p. 220-235, 2021. Disponível em: < https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2021_11_Salles_Cruz.pdf >. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

³⁶⁰ OSTI, Alessandra. *Teoria e prassi dell'access to justice*. p. 04.

³⁶¹ Alcuni dei termini utilizzati come sinonimi, ma che in questo libro vengono differenziati, sono esemplificati in Diritti Naturali, Diritti Pubblici Soggettivi, Diritti Morali e Libertà Pubbliche. In questo senso, si nega anche l'identità e si esplicitano le differenze: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. p. 21-38.

³⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29-35.

³⁶³ CASSESE, Antonio. *I diritti umani oggi*. Bari-Roma: Laterza, 2016. p. 15-16.

Per Diritti dell'Uomo si intendono quei diritti di ispirazione giusnaturalista, inerenti agli esseri umani per il semplice fatto di esistere (*ius gentium*) e che, sebbene validi in ogni tempo e luogo³⁶⁴, risentono della mancata positivizzazione negli ordinamenti giuridici nazionali o internazionali³⁶⁵. Qui risiede, inoltre, il seme del concetto di Diritto Soggettivo, già precedentemente studiato³⁶⁶, fondato sul progresso di una visione individualista e antropocentrica rispetto a una cultura oggettivista e comunitaria³⁶⁷. Con l'avanzare delle civiltà, questi diritti naturali sono stati progressivamente integrati negli ordinamenti giuridici e sanciti nelle Costituzioni di diversi Paesi³⁶⁸, assumendo una prospettiva giuspositivista o spazio-temporale, che caratterizza i Diritti Fondamentali³⁶⁹ e la loro tradizione iniziale di limitare il potere³⁷⁰, successivamente ampliata.

In un processo relativamente sincrono e di reciproche influenze, tali diritti, inizialmente naturali e poi costituzionali, hanno attraversato una nuova fase, quella dell'internazionalizzazione³⁷¹, trovando parallelamente riconoscimento in Trattati, consuetudini, precedenti e principi internazionali, dando così origine ai Diritti Umani e ai loro sistemi di protezione³⁷². I Diritti Umani sono qui intesi, quindi, come diritti con un'elevata carica assiologica,

³⁶⁴ L'idea di diritti inalienabili e immanenti agli uomini risale, nelle sue radici, alla filosofia classica greco-romana e al pensiero cristiano, che successivamente influenzarono il Medioevo e le dottrine giusnaturaliste dal XVI secolo in poi, in particolare nei secoli XVII e XVIII, culminando con il riconoscimento di diritti suprapositivi che limitano il potere e ne legittimano l'esercizio. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 37-40.

³⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 30.

³⁶⁶ Capítulo 1 (1.2.2). E: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. p. 66.

³⁶⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 22.

³⁶⁸ L'embrione della positivizzazione dei diritti negli ordinamenti interni proviene dalla *Magna Carta* inglese, nel XIII secolo (1215), passando per la *Petition of Rights* e l'*Habeas Corpus Act*, nel XVII secolo (1628 e 1689), così come per la Dichiarazione dei Diritti del Popolo della Virginia, la Dichiarazione dei Diritti e Norme Fondamentali del Delaware e la Dichiarazione francese dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, nel XVIII secolo (1776, 1776 e 1789). Quest'ultima, tra l'altro, rivela la prima apparizione del termine Diritti Fondamentali (*droits fondamentaux*). Ma la concezione stessa di Diritti Fondamentali, come diritti con posizioni superiori formalmente previsti nelle Costituzioni, conduce alla Costituzione americana, anch'essa nel XVIII secolo (1791), seguita da Costituzioni dei secoli successivi, come quella francese del XIX secolo (1848) e le Costituzioni messicana e di Weimar del XX secolo (1917 e 1919), tra le altre. A proposito: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 41-45; e PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. p. 31.

³⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377 e 393.

³⁷⁰ Emblematica, a questo proposito, è l'opera del giurista e politico inglese Sir Edward Coke, che nel XVII secolo fu responsabile di riportare in auge i principi della Magna Carta (1215), allora in stato di quiescenza, influenzando le culture giuridiche inglese e nordamericana nella direzione della difesa, anche tramite l'interpretazione giudiziaria del diritto comune (*common law*), della libertà contro l'oppressione dello Stato e della preservazione dei diritti individuali e della proprietà contro l'esercizio arbitrario del potere. COKE, Edward. **Institutes of the law in england**. The second part. The sixth edition. London: W. Rawlins, 1681, p. 01-78. Disponível em: < <http://lawlibrary.wm.edu/wythepedia/library/CokeSecondPartOfInstitutesOfTheLawsOfEngland1681.pdf> >. Acesso em 11 de maio de 2022.

³⁷¹ Il processo di internazionalizzazione dei Diritti Umani ebbe inizio già nella seconda metà del XIX secolo, con atti come la Convenzione di Ginevra (1864), destinata a mitigare le sofferenze derivanti dai conflitti bellici, e altre Convenzioni in vari ambiti. Fu, tuttavia, dopo le atrocità della Seconda Guerra Mondiale, nel XX secolo, che la tendenza evolutiva prese corpo, tramite, ad esempio, la Dichiarazione Universale delle Nazioni Unite (1948), la Convenzione Europea dei Diritti Umani (1950, in vigore dal 1953), la Convenzione Americana sui Diritti Umani (1969, in vigore dal 1978), la Carta Africana dei Diritti Umani e dei Popoli (1981, in vigore dal 1986) e molte altre. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54-57.

³⁷² "Si deve poi distinguere fra **diritti fondamentale e diritti umani**: stabiliti dalle singole costituzioni statali i primi, direttamente previsti dal diritto Internazionale (generale o << regionale >> i secondi". OLIVETI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 08.

previsti esplicitamente o implicitamente in norme internazionali³⁷³, appartenenti all'essere umano indipendentemente dall'appartenenza a ordinamenti costituzionali e tutelati da organi internazionali³⁷⁴ come la Corte Internazionale di Giustizia, le Corti Interamericana ed Europea dei Diritti Umani e la Corte Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli, tra gli altri³⁷⁵. In tema di Diritti Umani, è essenziale la partecipazione della società civile internazionale attraverso organizzazioni non governative, il cui ruolo è di conflitto e cooperazione con gli Stati³⁷⁶.

I Diritti Umani si costituiscono, dunque, in una:

(...) part of the global normative order. (...) The 'global normative order' is the body of norms that are more-or-less widely accepted as regulative standards for conduct in various parts of global political space. Some of the norms are law-like— for example, those established by treaty and those embodied in longstanding patterns of international customary practice. Others are better conceived as background norms or principles— they are widely although not unanimously accepted publicly available, critical practical standards to which agents can appeal in justifying and criticizing actions and policies proposed or carried out (or not) by governments³⁷⁷.

In tale rappresentazione, i Diritti Umani si distinguono per un'anima peculiare, un principio vitale che li collega alla protezione internazionale³⁷⁸ di persone o gruppi contro la sofferenza, la disuguaglianza, la barbarie e gli abusi di potere, salvaguardando uno *standard* soddisfacente di

³⁷³ Antonio E. Pérez Luño os define como "un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos (...)". PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. p. 48. Traduzione libera: "un insieme di facultà e istituzioni che, in ogni momento storico, specificano le esigenze della dignità, della libertà e dell'uguaglianza umana, le quali devono essere riconosciute positivamente dagli ordinamenti giuridici".

³⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 29.

³⁷⁵ "The central idea of international human rights is that states are responsible for satisfying certain conditions in their treatment of their own people and that failures or prospective failures to do so may justify some form of remedial or preventive action by the world community or those acting as its agents". BEITZ, Charles R. **The idea of human rights**. New York: Oxford University Press, 2009, p. 13. Traduzione libera: "L'idea centrale dei diritti umani internazionali è che gli Stati sono responsabili di soddisfare determinate condizioni nel trattamento del proprio popolo e che le mancanze o le potenziali mancanze nel farlo possono giustificare una qualche forma di azione correttiva o preventiva da parte della comunità mondiale o di coloro che agiscono come suoi agenti".

³⁷⁶ CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. p. 137.

³⁷⁷ BEITZ, Charles R. **The idea of human rights**. p. 209-210. Traduzione libera: "(...) parte dell'ordine normativo globale. L'ordine normativo globale è un insieme di norme accettate in modo più o meno ampio come standard regolatori della condotta in varie parti dello spazio politico globale. Alcune norme sono simili alle leggi – ad esempio, quelle stabilite nei trattati e quelle incorporate da lungo tempo nella pratica consuetudinaria internazionale. Altre sono concepite come norme o principi fondamentali – sono accettate pubblicamente, in modo ampio sebbene non unanime, come standard critici e pratici ai quali gli agenti possono appellarsi per giustificare e criticare azioni e politiche proposte o realizzate (o meno) dai Governi".

³⁷⁸ Em un noto precedente (*Filártiga v. Peña-Irala*), la United States Court of Appeals for the Second Circuit, una corte federale con giurisdizione d'appello che comprende i territori del Connecticut, New York e Vermont, ha stabilito che "(...) *in this modern age a state's treatment of its own citizens is a matter of international concern*". UNITED STATES OF AMERICA. United States Court of Appeals, Second Circuit. **Filártiga v Peña Irala**. 630F.2d 876 (1980). Disponível em: < <https://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf> > Acesso em 11 de maio de 2022. Traduzione libera: "in questa era moderna, il trattamento di uno Stato nei confronti dei propri cittadini è una questione di preoccupazione internazionale".

dignità umana³⁷⁹ e rappresentando un faro che irradia razionalità nelle istituzioni e nella società³⁸⁰. Tuttavia, essi portano con sé una carica politica, ideologica, emotiva, religiosa e un'inclinazione verso il progresso civilizzatore³⁸¹, costruendo i propri contenuti a partire dai traumi del passato, dagli insegnamenti del presente e dalle idealizzazioni del futuro. La bussola dei Diritti Umani tende a puntare verso questioni come la pace mondiale, la democrazia, l'avversione al razzismo e alle discriminazioni di genere, gli immigrati e i rifugiati, la tortura e i trattamenti degradanti, la schiavitù, il traffico di esseri umani, il genocidio, la persecuzione politica, le vittime di violenza, la protezione dei bambini e delle minoranze, la politica estera, condizioni dignitose di abitazione e alloggio, un giusto processo giudiziario e l'ambiente³⁸². Si tratta di tematiche trascendentali in grado di attirare l'attenzione della comunità internazionale, non essendo tanto legate a problemi quotidiani riguardanti diritti che, pur essendo positivizzati nelle Costituzioni, sono più inerenti alla vita di tutti i giorni.

È importante sottolineare che i Diritti Umani danno forma a un insieme di valori e istituzioni che, al di là della retorica, mirano a definire gli interessi pubblici superiori (*ordre public*) capaci di legittimare e influenzare, con efficacia direttiva, la comunità internazionale. Tale insieme comprende, in una classificazione usuale nel campo dei Diritti Umani³⁸³, sia i cosiddetti diritti di libertà, che assicurano una zona di autonomia alle persone, sia i diritti di partecipazione politica, permettendo loro di prendere parte al destino collettivo, e anche i diritti economici, sociali e culturali, che richiedono un atteggiamento promozionale da parte dello Stato per ridurre le disuguaglianze³⁸⁴. I principali tratti caratteristici di tali diritti sono, almeno su un piano ideale,

³⁷⁹ La dignità umana costituisce un concetto giusfilosofico in un processo storico di continua costruzione. In un primo momento, nell'antica Roma, il termine dignità emerse per designare come degni certi membri in posizioni di rilievo nella società di classe (*dignitas hominis*). Successivamente, sotto l'influenza di dottrine religiose, l'espressione acquisì una connotazione più associata alla persona umana, al valore intrinseco e metafisico che ogni essere umano possiede, enfatizzando elementi di individualismo, uguaglianza e solidarietà. Il termine ha inoltre assorbito la visione razionalista degli ideali Illuministi, collegandosi, in tale contesto, alla ragione umana e alla capacità di autodeterminarsi e prendere liberamente decisioni morali. La dottrina kantiana ha contribuito a definire parte della sua essenza, stabilendo l'imperativo categorico secondo cui ogni uomo è un fine in sé, non dovendo essere trattato come oggetto o mezzo per il raggiungimento di fini. Queste nozioni filosofiche sono state più recentemente giuridicizzate nella formula indeterminata della dignità della persona umana, in numerosi Documenti Internazionali e nel Diritto Costituzionale degli Stati-Nazione. La dignità della persona umana informa il nucleo essenziale di diversi diritti fondamentali e può essere vista sia come un limite individuale contro interferenze esterne eccessive sia come un fondamento per rivendicare prestazioni positive dallo Stato e dalla società. D'altro canto, il contenuto della dignità non si limita a promuovere diritti, ma convive anche con un valore comunitario, rappresentato dalla necessità di armonizzare la convivenza dell'individuo con l'intero sociale, circostanza che permette di concludere che la dignità non è qualcosa di assoluto, ma può essere limitata in determinate situazioni, sebbene non annientata, nel confronto con altri valori e posizioni giuridiche. Su questo: BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 3ª imp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 14-122. Ainda sobre a dignidade: DALY, Erin. **Dignity rights**: courts, constitutions and the worth of the human person. Updated edition. Philadelphia: University of Pennsylvania Press (versão Kindle), 2021.

³⁸⁰ CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. p. 06.

³⁸¹ CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. p. V.

³⁸² A proposito: CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. p. 03-04.

³⁸³ In seguito verrà presentato uno sviluppo più completo riguardo alle dimensioni dei diritti, in particolare dei Diritti Fondamentali, ambito in cui il tema è comunemente trattato.

³⁸⁴ CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. p. 05. Solo a titolo di esempio, è opportuno menzionare, a complemento, la Dichiarazione Americana dei Diritti Umani (1948), che garantisce i diritti alla vita (art. 4), all'integrità personale (art. 5), alla libertà personale (art. 7), alle garanzie giudiziarie (art. 8), alla libertà di credo e di pensiero (artt. 12 e 13), alla riunione (art. 15), ecc. Gli stessi diritti sono garantiti in altri Trattati, consuetudini e precedenti internazionali.

l'universalità, l'indivisibilità³⁸⁵, la storicità, l'irrinunciabilità, l'inalienabilità, l'imprescrittibilità, la complementarità e l'interdipendenza. Tuttavia, nonostante questi attributi e questo carico simbolico, e nonostante la loro previsione in testi internazionali, i Diritti Umani affrontano difficoltà nella loro attuazione³⁸⁶, soprattutto a causa di aspetti come la loro eccessiva generalità, la manipolazione dei loro significati e l'uso superficiale con fini politici³⁸⁷. A ciò si aggiunge il divario tra il principio di universalizzazione, da un lato, e, dall'altro, le divergenze culturali e religiose nella concezione di tali diritti, nonostante i numerosi punti di convergenza³⁸⁸. Senza trascurare il divario tra le previsioni e le pratiche del mondo reale, che trasmette l'impressione di un certo illusionismo, oltre a svelare il punto debole dell'incapacità di mantenere le promesse³⁸⁹. Ciononostante, sebbene una società di liberi e uguali rimanga utopica e rappresenti un *moonshot* irraggiungibile, sono innegabili i progressi compiuti lungo il percorso e l'enorme importanza di preservarli³⁹⁰.

In sintesi, il senso dei Diritti Umani, in una percezione più colloquiale e persino intuitiva, li collega alle teorie e pratiche che garantiscono che tutti siano esenti da tortura, possano esprimere liberamente il proprio pensiero, abbiano un'alimentazione sufficiente, godano dei diritti alla vita, alla salute e al lavoro, possano associarsi per fini politici e partecipare alla vita pubblica statale, tra altre posizioni giuridiche primarie. Tuttavia, esiste una concezione più ampia e contemporanea. Secondo tale concezione, i Diritti Umani rappresentano i presupposti minimi per la giustizia globale, un codice di regole inalterabili legate alla persona umana, il cui contenuto riguarda una protezione affidabile degli interessi più importanti degli esseri umani³⁹¹. Essi sono anche legati alla definizione di chi è responsabile della loro protezione, nelle sfere pubblica e privata, presupponendo un progresso nella coscienza delle persone³⁹². Si afferma che, se i Diritti Umani fossero prioritari ovunque, ci sarebbe meno ingiustizia nel mondo e probabilmente non si riscontrerebbero gravi ingiustizie³⁹³. Tuttavia, non mancano le sfide alla consolidazione di tale pensiero, soprattutto con il passare del tempo e la dispersione delle tragedie passate nella memoria. Si osserva una crescente disaffezione verso i Diritti Umani, spesso sfidati da regimi con tendenze autoritarie, da gruppi organizzati o da impulsi di predominio di persone e gruppi³⁹⁴.

³⁸⁵ CRUZ, Alice Francisco da; SALLES, Bruno Makowiecky. Dos direitos humanos à sustentabilidade. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (coord.). **Governança e sustentabilidade: um planejamento estratégico à sadia qualidade de vida**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 04-05.

³⁸⁶ Sul tema: ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. O conceito e o discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica? **Boletim Científico ESMPU**. n. 51, ano 17, p. 145-173, jan./jun. 2008. Disponível em: < <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-51-janeiro-junho-2018/o-conceito-e-o-discurso-dos-direitos-humanos-realidade-ou-retorica> >. Acesso em 08 de dezembro de 2021.

³⁸⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 22.

³⁸⁸ CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. p. 61-62 e 70-71.

³⁸⁹ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Le droit et les droits de l'homme*. p. 05.

³⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei Diritti*. p. 58.

³⁹¹ PHILIPS, Jos. **Actualizing human rights: global inequality, future people, and motivation**. London and New York: Routledge - Taylor & Francis Group (versão Kindle), 2020, p. 23-24, 8%.

³⁹² PHILIPS, Jos. **Actualizing human rights**. p. 32, 12%.

³⁹³ PHILIPS, Jos. **Actualizing human rights**. p. 34, 13%.

³⁹⁴ CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. p. 230.

Per questo motivo, è essenziale promuovere una cultura di protezione dei Diritti Umani e l'impegno di una varietà di attori, sia nazionali che internazionali³⁹⁵.

1.2. Doveri Umani

Analogamente alla distinzione tra Diritti Umani, Diritti dell'Uomo (*ius gentium*) e Diritti Fondamentali, anche i Doveri Umani si differenziano dai Doveri dell'Uomo e dai Doveri Fondamentali. Seguendo lo stesso criterio, i Doveri Umani si identificano con quei doveri giuridici (*lato sensu*)³⁹⁶ iscritti in documenti convenzionali tra Stati, che positivizzano comportamenti ritenuti preziosi per la comunità mondiale, e si mostrano aperti a moderati sviluppi giurisprudenziali e dottrinali. Essi presuppongono l'organizzazione politico-giuridica dell'ordine internazionale³⁹⁷ e si applicano tanto agli Stati quanto agli individui, alle collettività e alla società civile, costituendo il fondamento e la giustificazione di una comunità sostenibile e avendo come obiettivi, tra gli altri, regolare dimensioni fondamentali della vita umana, organizzare il funzionamento delle istituzioni e bilanciare l'esercizio dei diritti³⁹⁸. I Doveri dell'Uomo, invece, risalgono a una concezione di ordine giusnaturalista e metafisico, recependo, sin dall'antichità, forti influssi della filosofia³⁹⁹, della morale e della religione⁴⁰⁰, senza la coercibilità esterna propria delle norme giuridiche. I Doveri Fondamentali, d'altro canto, in una prospettiva ancora superficiale, consistono in quelli che risiedono negli ordinamenti costituzionali degli Paesi⁴⁰¹. Sia i Doveri Umani che i Doveri Fondamentali sono doveri giuridici e presentano contenuti simili, differenziandosi essenzialmente per il rispettivo ambito di applicazione: internazionale o interno⁴⁰².

Questo argomento adotta una prospettiva eminentemente giuridica. Tuttavia, come presupposto per una comprensione adeguata del tema, è opportuno fornire una breve contestualizzazione sull'idea motrice che ruota attorno ai Doveri. Essa rimanda a nozioni morali più ampie, gradualmente convertite in norme giuridiche dotate di capacità coercitiva⁴⁰³, inizialmente inserite nell'ambito costituzionale e, in un processo relativamente sincrono, successivamente estese, a partire da una fase di internazionalizzazione, al piano dell'umanità, attraverso Trattati, consuetudini e precedenti internazionali.

³⁹⁵ FRASER, Julie. In search of new narratives: the role of cultural norms and actors in addressing human rights contestation. In: BUIKEMA, Rosemarie; BUYSE, Antoine; ROBBEN, Antonius C.G.M (ed.). **Cultures, citizenship and human rights**. London and New York: Routledge - Taylor & Francis Group (versão Kindle), 2020, p. 175-176, 61%.

³⁹⁶ Per quanto riguarda i doveri giuridici, si rimanda il lettore al Capitolo I, sezione 2.3.

³⁹⁷ BANDIERI, Luis María. Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales? In: LEITE, Goerge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (orgs.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**, p. 211-244.

³⁹⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 336 e 338.

³⁹⁹ Secondo Marco Tullio Cicerone, "Come può essere chiamato filosofo chi non sa esporre dottrine sui doveri dell'uomo?". CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução de João Mendes Neto. São Paulo: Edipro, 2019. p. 30.

⁴⁰⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 330.

⁴⁰¹ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, v. 44, n. 1, 2017, p. 137. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177051304007> >. Acesso em 20 de maio de 2021.

⁴⁰² SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 138

⁴⁰³ I doveri cominciano a essere incorporati nel diritto positivo, diventando giuridici, soprattutto con la crisi del giusnaturalismo alla fine del XVIII secolo, in una tendenza che si consolida a partire dal XIX secolo. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. I doveri fondamentali. **Doxa**, p. 330.

Per gli scopi di un orizzonte introduttivo ancora ampio, i doveri risalgono a precetti antichi che, derivando da ogni forma di virtù, regolano una vita integra e ordinata nei domini pubblico e privato⁴⁰⁴. Essi si orientano verso l'onestà, la ricerca della verità, l'ordine, la moderazione, la costanza, la prudenza, la giustizia, la fraternità, il rispetto della cosa pubblica⁴⁰⁵, l'adempimento degli obblighi⁴⁰⁶, l'imperativo stoico del "sopporta e astieniti"⁴⁰⁷ e altri attributi simili, valori che, quando si confrontano con l'utilità e il vantaggio personale, prevalgono su questi ultimi⁴⁰⁸. Qui si radica il fondamento per doveri giuridici come quello di non ledere, servire l'interesse comune, onorare la patria, educarsi, adottare uno spirito pubblico integro, abbracciare le virtù civico-repubblicane⁴⁰⁹, rispettare le leggi⁴¹⁰, adempiere agli obblighi contrattuali e altri simili.

La misura dei doveri, prima di valutare diritti e modalità di rivendicazione, si inclina verso il miglioramento morale e il bene comune, mirando a promuovere la prosperità dell'umanità, della nazione e della famiglia, la cittadinanza, la libertà di scelte consapevoli, l'uguaglianza, l'adempimento degli obblighi, la coesione sociale⁴¹¹ e la moderazione di fronte agli effetti rivoluzionari fomentati dai diritti⁴¹². Ciò che sottende il dovere orienta un senso comunitario, mentre ciò che permea il diritto si dirige maggiormente verso la sfera dell'individuo, affermazione sistematica che, ovviamente, non deve essere intesa in termini assoluti. È opportuno ricordare, inoltre, che l'obbligatorietà non riguarda solo i privati, ma si estende a imporre comportamenti e astensioni generali e specifici allo Stato, agli agenti pubblici e alla società civile⁴¹³, soprattutto dopo la sottomissione del Governo alle leggi, l'emergere dello Stato Sociale che ha imposto prestazioni positive⁴¹⁴ e l'espansione dei Diritti Fondamentali collettivi e diffusi, come verrà discusso in seguito⁴¹⁵.

La storia si è incaricata, soprattutto a partire dal passaggio dal mondo medievale alla modernità, di pavimentare la strada della cultura individualista a scapito di quella comunitaria. È chiaro che in periodi precedenti, anche in epoche remote, già fiorivano le idee di libertà, uguaglianza e dignità, le quali, tuttavia, erano concepite in modo diverso, non unificandosi sotto quel concetto comune di diritti incentrati sulla persona umana⁴¹⁶. Le regole erano stabilite più per

⁴⁰⁴ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. p. 85 e 120.

⁴⁰⁵ CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. p. 237.

⁴⁰⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 329.

⁴⁰⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 41.

⁴⁰⁸ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. p. 29-82.

⁴⁰⁹ Il pensiero repubblicano si basa sulla concezione di cittadini virtuosi dedicati al bene comune, che rinunciano agli interessi individuali a favore delle istituzioni, della collettività e della patria, difendendo il Governo delle Leggi contro l'appropriazione della cosa pubblica (res publica) da parte degli uomini e coltivando valori morali e civici fondamentali, oltre a pratiche di giustizia, ordine, onestà, carattere e coraggio. ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Justiça**: da ficção à teoria. 1ed. Curitiba: Appris, 2020, p. 273-288.

⁴¹⁰ CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. p. 38, 48, 60 e 70.

⁴¹¹ MAZZINI, Giuseppe. **Doveri dell'uomo**. Milano: ASEFI Editoriale Srl, Pubblicazioni Terciaria, 1995. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lb000942.pdf> >. Acesso em 09 de fevereiro de 2022.

⁴¹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 330.

⁴¹³ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, v. 44, n. 1, 2017, p. 137-138.

⁴¹⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 330.

⁴¹⁵ Ver Capítulo II, item 2.1.3.

⁴¹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 22 e 113-114.

proteggere il gruppo nel suo insieme che ciascuno dei suoi membri⁴¹⁷. Fu a partire dalla concezione moderna che l'interesse delle norme si spostò, in maniera più evidente, dall'ambito della morale e della società a quello dell'individuo⁴¹⁸, dal Diritto Oggettivo alla preponderanza del Diritto Soggettivo⁴¹⁹, dalla posizione dello Stato e della comunità a quella dei privati di fronte al potere⁴²⁰. Il codice dei diritti venne allora a prevalere su quello dei doveri⁴²¹, sebbene questa nozione sia piuttosto relativa e gli elementi si intersechino⁴²².

In ogni caso, rimane valido il truismo secondo cui "*Law is not just human rights, it is also human duties*"⁴²³. L'osservanza dei doveri è un presupposto per la realizzazione dei Diritti Umani⁴²⁴. Anche se un eccessivo accento sui doveri può soffocare l'individualità e fornire terreno a regimi autoritari⁴²⁵, la Scienza Giuridica non deve spingersi all'estremo di isolare l'individuo sull'isola di sé stesso, ignorando il carattere gregario, la propensione politica e la nozione di gruppo⁴²⁶, spettandole il compito di sintonizzare le dimensioni normative.

In un passaggio rilevante, Aharon Barak sottolinea che:

We tend to emphasize that democracy is about human rights. We thus express a view that in democracy, rights are natural to the individual and the state is the creation of the individuals. The point of departure is liberty vis-à-vis the state, whereas the state's right and the individual's duties toward it require an explicit arrangement. However, it seems that we do not sufficiently emphasize the duties of the individual. Indeed, democracy is not a regime of rights. Democracy is also a regime of duties. This is obvious regarding relations between individuals. The right of A is a duty owed by B. But it is also true regarding the relations between the individual and the State⁴²⁷.

⁴¹⁷ LAZARI, Rafael. Os cinco deveres fundamentais do ser humano. *Revista jurídica luso-brasileira – RJLB*. p. 1.106.

⁴¹⁸ Alessandro Morelli afferma che questo cambiamento, iniziato con l'approvazione della Dichiarazione francese dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino (1789) e consolidato con lo Stato Liberale, ha rappresentato una rivoluzione copernicana. Tale rivoluzione si distingue per una prospettiva individualista nell'inquadramento del rapporto tra governanti e governati, valorizzando il ruolo dei diritti a scapito dei doveri. MORELLI, Alessandro. I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà. In: VENTURA, Luigi; MORELLI, Alessandro (a cura di). *Principi costituzionali*. Milano: Giuffrè, 2015, p. 305-350. Disponibile em: < <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/morelli.pdf> >. Accesso em 09 de fevereiro de 2022.

⁴¹⁹ Si veda il Capitolo I, punto 2.1.

⁴²⁰ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, p. 135

⁴²¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 53-54.

⁴²² Secondo Michel Villey, "Portatore degli ordini del potere o, se ci ricordiamo di cercare le sue cause profonde, emanazione della volontà collettiva dei gruppi sociali, il diritto comanda sugli individui; esige loro obbedienza, li obbliga più che liberarli. È coercizione, ordine imposto. Ingranaggio messo al servizio non tanto di interessi individuali quanto di progetti collettivi di classe, della nazione, dell'umanità". VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. p. 22.

⁴²³ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 76. Traduzione libera: "Il diritto non è solo diritti umani. È fatto anche di doveri umani."

⁴²⁴ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. p. 76.

⁴²⁵ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, p. 142-143.

⁴²⁶ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*. p. 79

⁴²⁷ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. p. 222. Traduzione libera: "Tendiamo a enfatizzare che la democrazia riguarda i diritti umani. Esprimiamo così l'idea che, in democrazia, i diritti siano naturali per l'individuo e che lo Stato sia una creazione degli individui. Il punto di partenza è la libertà nei confronti dello Stato, mentre i diritti dello Stato e i doveri dell'individuo verso di esso richiedono un accordo esplicito. Tuttavia, sembra che non enfatizziamo sufficientemente i doveri dell'individuo. In effetti, la democrazia non è solo un regime di diritti. La democrazia è anche un regime di doveri. Questo è evidente nelle relazioni tra individui. Il diritto di A è un dovere di B. Ma è vero anche per quanto riguarda le relazioni tra l'individuo e lo Stato."

Nonostante l'accento sui diritti, i principali documenti internazionali contemporanei stabiliscono i Doveri Umani dell'individuo verso i propri simili, lo Stato, il pianeta e la comunità a cui appartiene, al di fuori della quale è impossibile il libero sviluppo della personalità⁴²⁸. Tali doveri possono essere sia generali che specifici, così come negativi e positivi. Vi è un'esplicita menzione del dovere di lottare per la promozione dei Diritti Umani⁴²⁹ e del dovere di, nell'esercizio della libertà di espressione, rispettare la sicurezza nazionale, l'ordine e la morale degli altri⁴³⁰. Sono altresì previsti doveri nei confronti della famiglia, della cultura⁴³¹, dell'umanità e della cittadinanza. Si consolida un'idea di correlazione tra diritti e doveri, secondo la quale, pur trattandosi di categorie autonome, i diritti di ciascuna persona sono limitati dai diritti degli altri⁴³², dalla sicurezza di tutti e dal destino comune della società democratica⁴³³. Si adotta la comprensione che tutti sono uguali in diritti e doveri e il principio secondo cui l'adempimento dei doveri è un requisito per i diritti di tutti⁴³⁴, integrandosi entrambi in ogni attività sociale e politica che esalti non solo la libertà, ma anche la dignità di tale libertà⁴³⁵.

Le norme internazionali specificano ancora doveri nei confronti della società e della comunità internazionale⁴³⁶, verso i figli e i genitori, nonché doveri di istruirsi, votare, obbedire alla legge e ai contratti, servire la nazione, diffondere la pace, pagare le tasse, contribuire alla previdenza e all'assistenza sociale, lavorare⁴³⁷, non compromettere la sicurezza nazionale, rafforzare la solidarietà⁴³⁸, proteggere l'ambiente⁴³⁹ e altri. Inoltre, vi è la consapevolezza che l'insistenza esclusiva sui diritti può generare conflitti, divisioni e dispute interminabili, mentre la trascuratezza delle responsabilità tende a condurre al disordine e al caos⁴⁴⁰. Queste previsioni illustrano come i Doveri Umani, nel contesto internazionale, mirino a contribuire al bene comune, alla formazione di una comunità mondiale e alla diffusione di una cultura di osservanza dei Diritti Umani, includendo anche doveri che ricadono sullo Stato e sulla società civile.

I Doveri Umani non si limitano a essere appendici, strumenti o veicoli dei Diritti Umani, acquisendo autonomia, un ruolo proprio e una propria assiologia svincolata. Basti pensare che i movimenti rivoluzionari si concentrano sui diritti, mentre le reazioni più moderate si fondano sui doveri. Oppure osservare che, mentre le dichiarazioni dei diritti partono da un presupposto individualista che li pone come pietra angolare della vita in società, le dichiarazioni dei doveri

⁴²⁸ Art. 29, punto 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948).

⁴²⁹ Preambolo del Patto universale sui diritti civili e politici (1966).

⁴³⁰ Art. 19, §3, i e 2, del Patto universale sui diritti civili e politici (1966). Sul punto anche l'art. 10, comma 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (1950).

⁴³¹ Preambolo della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo (1948).

⁴³² BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 82.

⁴³³ Art. 32, punto 1, della Convenzione americana sui diritti umani (1969).

⁴³⁴ Preambolo della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981).

⁴³⁵ Preambolo della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo (1948).

⁴³⁶ Art. 27, 1 e 2, della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981).

⁴³⁷ Articoli da XXIX a XXXVIII della Dichiarazione americana dei diritti e doveri dell'uomo (1948).

⁴³⁸ Art. 29 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981).

⁴³⁹ LAZARI, Rafael. Os cinco deveres fundamentais do ser humano. **Revista jurídica luso-brasileira – RJLB**. p. 1.118-1.121.

⁴⁴⁰ Preâmbulo da Declaração Universal dos Deveres Humanos (1997).

consacrano questi ultimi come elementi fondamentali⁴⁴¹. Tuttavia, è innegabile il legame evidente tra i due: l'efficacia dei Diritti Umani dipende, in larga misura, dai Doveri Umani.

Tale classe di doveri incontra ancora difficoltà dal punto di vista della sua capacità di coercizione da parte del Diritto Internazionale. Non è sufficiente enunciare o prevedere protezioni, poiché la mancanza di effettività è una delle principali critiche rivolte ai Doveri Umani. Da qui l'importanza di imporre agli individui, allo Stato e alla comunità internazionale la missione di soddisfarli⁴⁴². Tutti hanno il dovere di rispettare e non violare i Diritti Umani (dovere negativo), il che si applica alle persone fisiche, giuridiche e ai Poteri Pubblici. Lo stesso vale per il dovere di proteggere determinate persone o gruppi da potenziali violazioni da parte di terzi (dovere intermedio). Vi è inoltre il dovere di adoperarsi affinché i Diritti Umani siano realizzati nel modo più ampio possibile (dovere positivo). Ciò significa che astenersi dal contraddirli è insufficiente, essendo necessario adottare parallelamente atteggiamenti attivi. Questi Doveri Umani sono distribuiti secondo schemi istituzionali idealmente egualitari, ma che possono essere differenziati, purché in maniera giustificata, in base alla capacità e al contributo causale delle persone gravate⁴⁴³. La concretizzazione dei diritti passa attraverso l'assunzione, da parte delle persone e degli enti, di responsabilità nei confronti della collettività e degli altri individui⁴⁴⁴.

2. DIRITTO COSTITUZIONALE

Lo Stato Democratico di Diritto, modello di organizzazione attualmente predominante nella cultura occidentale, si è consolidato dopo un ciclo iniziato con l'emergere dello Stato Moderno⁴⁴⁵, che ha attraversato, in primo luogo, lo Stato di Diritto nei profili liberale e del benessere⁴⁴⁶, per giungere all'attuale fase democratica di sottomissione dei Poteri alla Costituzione. Una sottomissione sia nella forma (*per lege*) sia nel contenuto (*sub lege*). Le immagini del costituzionalismo e della democrazia si fondono nello Stato Democratico, che riunisce la limitazione del potere, la supremazia della legge e la sovranità e il Governo del popolo⁴⁴⁷.

Le Costituzioni contemporanee possono essere comprese come la "ordinazione sistematica e razionale della comunità politica attraverso un documento scritto in cui si dichiarano le libertà e i diritti e si fissano i limiti del potere politico"⁴⁴⁸. È innegabile che le caratteristiche e le intenzioni delle Costituzioni varino significativamente, potendo incorporare più o meno diritti, espandersi o contrarsi nei loro ambiti e essere più o meno direttive rispetto alla politica e alla

⁴⁴¹ BANDIERI, Luis María. Derechos fundamentales y deberes fundamentales? In: LEITE, Goerge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (orgs.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**, p. 211-244.

⁴⁴² PHILIPS, Jos. **Actualizing human rights**. p. 33, 12%.

⁴⁴³ PHILIPS, Jos. **Actualizing human rights**. p. 33, 13%.

⁴⁴⁴ LAZARI, Rafael. Os cinco deveres fundamentais do ser humano. **Revista jurídica luso-brasileira – RJLB**. p. 1.108.

⁴⁴⁵ Lo **Stato Moderno** può essere caratterizzato come la struttura monista di organizzazione del potere emersa in sostituzione del modello decentralizzato del Medioevo. Attraverso lo Stato Moderno, si è istituito un potere statale superiore, inizialmente con contorni assolutisti e illimitati, per governare le relazioni sociali. Sul tema: HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 163. **Título original: Staatslehre**.

⁴⁴⁶ Nella genesi, lo **Stato di Diritto** presentava un carattere liberale-borghese destinato a garantire la libertà e la proprietà privata. Successivamente, con la crisi derivante dagli eccessi dell'individualismo, soprattutto nel periodo post Prima Guerra Mondiale, allo Stato di Diritto è stata attribuita una connotazione sociale destinata a provvedere al benessere e a prestazioni egualitarie per la popolazione. MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.44-46.

⁴⁴⁷ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 2. p. 23-24.

⁴⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 52-53.

società⁴⁴⁹. Tuttavia, negli Stati caratterizzati da Costituzioni scritte e rigide, siano esse sintetiche o analitiche, esse si definiscono essenzialmente, in un'accezione materiale, come l'insieme delle norme superiori dell'organizzazione dello Stato pertinenti alla sistematizzazione del potere, alla distribuzione delle competenze, alla forma di Governo e ai Diritti e Doveri Fondamentali⁴⁵⁰. Esse costituiscono il *habitat* naturale di questi Diritti e Doveri.

2.1. Diritti Fondamentali

I Diritti Fondamentali si traducono in quelle posizioni giuridiche⁴⁵¹ che, pur presentando una potenziale similitudine con i Diritti dell'Uomo (*ius gentium*) e i Diritti Umani da un punto di vista materiale o di contenuto⁴⁵², sono formalmente consacrati, in modo esplicito o implicito, nel corpo delle Costituzioni⁴⁵³. Nel contesto della *civil law*, tali diritti sono più direttamente collegati al testo costituzionale e a ciò che da esso discende, mentre, nel sistema di *common law*, si osserva un maggiore margine per lo sviluppo giurisprudenziale a partire da un catalogo costituzionale meno esteso⁴⁵⁴ o dalla clausola del giusto processo legale (*due process of law*)⁴⁵⁵. essi riuniscono le nozioni di fondamentale formalità e, eventualmente ma non necessariamente, anche di fondamentale materialità⁴⁵⁶, svolgendo una serie di funzioni nello Stato Democratico di Diritto,

⁴⁴⁹ COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 21-36.

⁴⁵⁰ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 90.

⁴⁵¹ Per quanto riguarda il significato di posizione giuridica, si rimanda il lettore al Capitolo I, punto 2.4. Quando si parla di Diritti Fondamentali, si pensa a posizioni giuridiche attive o di vantaggio tutelate dall'ordinamento, in particolare dalla Costituzione. OLIVETI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 04.

⁴⁵² Sebbene vi sia, in molti casi, una coincidenza di contenuti per quanto riguarda le fattispecie incluse nei Diritti Fondamentali e Umani, è opportuno evidenziare importanti differenze. Mentre i Diritti Umani mirano a garantire un livello comune tra le diverse culture giuridiche, i Diritti Fondamentali possono comprendere beni giuridici che non fanno parte del patrimonio universale, ma trovano supporto nell'ordinamento giuridico specifico di un Paese. Inoltre, i Diritti Umani vincolano lo Stato esternamente, mentre i Diritti Fondamentali sono più adatti a tutelare internamente le posizioni giusfondamentali, servendo anche come base per il controllo di costituzionalità della legislazione e la verifica di validità degli atti amministrativi e giudiziari. OLIVETI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 08.

⁴⁵³ Per Robert Alexy, i Diritti Fondamentali possiedono dimensioni sostanziali o filosofiche, istituzionali o politiche, e giuridiche o interpretative. All'interno di queste dimensioni rientrano tre concezioni dei diritti fondamentali: la formale, la sostanziale e la procedurale. La prima (formale) definisce come diritti fondamentali quelli classificati come tali nelle Costituzioni. La seconda (sostanziale) collega i Diritti Fondamentali al contenuto dei Diritti Umani nei campi dei diritti di libertà, partecipazione, sociali, economici, culturali e diffusi. La terza (procedurale) è un risultato dell'incorporazione formale dei diritti nei testi costituzionali, conferendo ai Tribunali il controllo di costituzionalità (*judicial review*) e, così facendo, proteggendo i Diritti Fondamentali dalle scelte della maggioranza legislativa. Tutte queste concezioni sono interconnesse e una teoria adeguata deve tenere conto delle loro interazioni. ALEXY, Robert. *Discourse theory and fundamental rights*. In: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar. **Arguing fundamental rights**. Dordrecht: Springer, 2006, p. 15-17.

⁴⁵⁴ SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever**. New York: Basic Books, 2004, p. 105.

⁴⁵⁵ Il *due process of law*, in sintesi, garantisce che qualsiasi persona sia colpita nella sua libertà o nel suo patrimonio solo attraverso una decisione presa in conformità con le regole stabilite dalla legislazione, osservati gli aspetti procedurali e sostanziali applicabili, nonché i principi vigenti nell'ordinamento giuridico, tra cui l'esigenza di proporzionalità e ragionevolezza degli atti pubblici. Si tratta, nello spirito, di un meccanismo di limitazione del potere dello Stato, ma la sua idea ampia ammette numerosi sviluppi. Nella sua accezione sostanziale, il *due process* è stato utilizzato dalla Corte Suprema americana per decidere diversi casi sui Diritti Fondamentali. Vale la pena menzionare il riconoscimento del diritto dei genitori di rifiutare la visita ai figli da parte di nonni o parenti indesiderati (*Troxel v. Granville*), la tormentosa questione del diritto delle donne di abortire (*Stenberg v. Carhart, Roe v. Wade e Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*), senza parlare della criticata e antica decisione sul diritto di possedere schiavi (*Dred Scott v. Sandford*). SCHWARTZ, Martin A. *Due process and fundamental rights*. **Touro Law Review**. v. 17, n. 1, p. 237-248, 2001. Disponível em: < <https://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol17/iss1/25> >. Acesso em 18 de maio de 2022.

⁴⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 74-78.

acquisendo la forza normativa⁴⁵⁷ e l'ascendenza dei precetti costituzionali e disponendo di una speciale protezione giudiziaria di fronte all'attività legislativa e ai comportamenti concreti dei Poteri statali in generale⁴⁵⁸.

Questo inquadramento nella teoria del Diritto e la stessa collocazione all'interno degli ordinamenti costituzionali conferiscono ai Diritti Fondamentali livelli più elevati di effettività rispetto alle norme morali e internazionali. Si tratta di diritti che tutelano la persona umana, considerata individualmente o collettivamente, attraverso la promozione degli ideali di libertà, uguaglianza, fraternità e solidarietà⁴⁵⁹ nelle relazioni verticali tra lo Stato e le persone e, orizzontalmente, nelle relazioni private all'interno della società⁴⁶⁰. Essi si caratterizzano inoltre per una presenza più diretta nei conflitti nazionali quotidiani, senza presupporre un legame necessario con questioni trascendentali che attirino l'attenzione della comunità internazionale.

Talvolta, le Costituzioni sanciscono come Diritti Fondamentali posizioni prive di un elevato contenuto assiologico, parlando di Diritti Fondamentali da un punto di vista meramente formale, privi di una fondamentale rilevanza materiale⁴⁶¹. In tal modo, l'insieme o il blocco dei Diritti Fondamentali, più o meno rilevanti, previsti negli ordinamenti interni, intensifica la propria presenza nella vita quotidiana ed esponentia il proprio potenziale di rivendicazione, consentendo, grazie alla sua natura duttile⁴⁶², che numerose questioni assumano una veste giuridica e diventino controversie riguardanti l'affermazione di tali diritti⁴⁶³. Ciò fa sì che le norme costituzionali non servano solo per l'ordinamento del potere, la distribuzione delle competenze e l'enunciazione dei diritti, ma anche per la postulazione e come veicolo di risoluzione di conflitti concreti.

⁴⁵⁷ È nota il contributo di Konrad Hesse. Secondo l'autore, sebbene la Costituzione sia condizionata dalla realtà storica ('essere'), essa non configura una mera riproduzione di questa realtà che la condiziona, ma contiene, piuttosto, una forza normativa capace di conformare, dirigere e ordinare l'ordine politico-sociale ('dover essere'), non dovendo essere considerata, sempre, la parte più debole quando confrontata con fattori reali di potere. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**.

⁴⁵⁸ OLIVETI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 06.

⁴⁵⁹ È rilevante osservare che, in linea generale, la libertà e l'uguaglianza richiamano più l'idea di diritti, mentre la solidarietà/fraternità rimanda a quella di dovere, ma ciò non è assoluto, potendo verificarsi il contrario. Anzi, la solidarietà può promuovere diritti indirettamente, attraverso i doveri solidali, che generano diritti correlativi basati sulla solidarietà. Inoltre, è errato pretendere, basandosi sulla solidarietà, la dissoluzione dell'individuo nella comunità, poiché i Diritti Fondamentali e Umani sono incompatibili con il collettivismo. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 183, 276 e 280.

⁴⁶⁰ Le norme che definiscono i diritti fondamentali incidono sulle relazioni tra il Potere Pubblico e i privati (efficacia verticale) e sulle relazioni tra i privati stessi (efficacia orizzontale). La teoria dell'efficacia orizzontale ha il merito di ampliare l'universo dei destinatari delle norme di diritto fondamentale e di irradiare la Costituzione nei diversi rami del Diritto. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1287. E: SOLÍS, Viviana Ponde de León. *La función de los deberes constitucionales*. **Revista Chilena de Derecho**, p. 146.

⁴⁶¹ La fundamentalità formale indica che le norme si collocano al vertice della piramide dell'ordinamento giuridico, sono soggette a processi di revisione/emendamento più difficili e possono costituire, quando sono clausole di pietra, limiti materiali a tale revisione/emendamento. La fundamentalità materiale rivela che il contenuto delle norme costituisce la struttura basilare dello Stato e della società, fornendo supporto per l'apertura materiale della Costituzione ad altri diritti non positivizzati in essa e per la conseguente applicazione a questi di alcuni aspetti della fundamentalità formale. CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 379 e 406.

⁴⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Original: *Il Diritto Mitte: legge, diritti, giustizia*.

⁴⁶³ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático: intercâmbios entre civil law e common law**. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 107.

Le norme-regola e le norme-principio⁴⁶⁴ dei Diritti Fondamentali assolvono funzioni relative alla limitazione del potere, alla garanzia della partecipazione democratica, alla protezione della persona umana e anche alla risoluzione di conflitti normativi, collettivi e individuali. Salvaguardano, da un lato, una sfera di individualità e, dall'altro, prestazioni sociali basilari e un minimo esistenziale. Proteggono interessi collettivi e diffusi delle generazioni attuali e future. Rappresentano inoltre un criterio di valutazione della legittimità degli atti e delle omissioni statali⁴⁶⁵, anche di natura politica. Si presentano altresì come direttiva conformatrice dell'azione pubblica nei rami Esecutivo, Legislativo e Giudiziario. Sebbene non si tratti di diritti assoluti e ammettano restrizioni⁴⁶⁶ e oneri⁴⁶⁷, la rilevanza delle funzioni che esercitano fa sì che i Diritti Fondamentali costituiscano attualmente, insieme ai principi strutturali e organizzativi dello Stato, l'aspetto centrale o nucleare delle disposizioni stabilite nelle Costituzioni⁴⁶⁸.

È certo che non tutte le Costituzioni presentano un ampio catalogo di Diritti Fondamentali: alcune si limitano a garantire certi diritti individuali, mentre altre, generalmente quelle dei Paesi legati alla famiglia della *civil law*, ampliano l'elenco includendo diritti sociali, economici, culturali, collettivi e diffusi⁴⁶⁹. Tali variazioni sono connesse alla cultura e alla tradizione costituzionale di ciascun Paese, in base all'adesione a un modello più contenuto e conservatore, di mera

⁴⁶⁴ Le distinzioni tra regole e principi sono state riassunte in una nota a piè di pagina all'inizio del capitolo 1. Per chi è interessato: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. p. 29-132.

⁴⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 59.

⁴⁶⁶ I Diritti Fondamentali possono essere limitati, purché siano preservati i loro nuclei duri. Il senso della protezione del nucleo è di impedire che il legislatore e il giudice sminuiscano il diritto a tal punto che il suo nucleo venga svuotato, imponendo la preservazione di una zona invulnerabile di ogni diritto. Per le teorie assolute, il contenuto irrinunciabile di ogni diritto deve essere fissato già su un piano astratto, considerando il diritto in sé, *prima facie*, prima di qualsiasi restrizione legislativa o ponderazione giudiziaria. Ci sarebbe, quindi, una parte essenziale del diritto, un cerchio interno inviolabile, e un alone esterno non essenziale, composto da facoltà periferiche che, anche in astratto, possono essere sacrificate di fronte ad altri beni giuridici. Tuttavia, anche alcuni sostenitori della teoria assoluta riconoscono che un nucleo inflessibile non può essere estratto solo da enunciati vaghi e sostengono, quindi, che i significati di ogni diritto siano costruiti attraverso la riflessione astratta e la tabulazione dei precedenti, creando parametri capaci di definire quali siano le prerogative essenziali e cosa, e a quali condizioni, possa essere limitato. D'altro canto, ai fini delle teorie relative, ogni diritto ha un contenuto essenziale flessibile che non può essere definito ex ante, dal testo normativo o da discussioni astratte, ma solo dopo la ponderazione con le restrizioni normative o con altri diritti che vengano a limitarlo nelle situazioni concrete.. KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional **Revista de Direito Administrativo - RDA**. Rio de Janeiro, v. 270, set/dez 2015. p. 186. Aínda: BALDASSARRE, Antonio. **Diritti della persona e valori costituzionale**. Torino: Giappichelli Editore, 1997, p. 96.

⁴⁶⁷ Sul tema: DORF, Michael C. Incidental burdens on fundamental rights. **Harvard law review**. v. 109, n. 06, p. 1775-1251, april/1996. Disponível em: < <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1104&context=facpub> >. Acesso em 18 de janeiro de 2022. E: Aínda: BALDASSARRE, Antonio. **Diritti della persona e valori costituzionale**. p. 96-97.

⁴⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 379.

⁴⁶⁹ Secondo Cass Sunstein, gli impegni più forti con i diritti sociali ed economici si trovano nelle Costituzioni di Portogallo, Brasile, Polonia, Finlandia, Uruguay e Paraguay. Gli impegni più deboli si trovano nelle Costituzioni di Austria, Nuova Zelanda, Singapore e Stati Uniti. Inoltre, i paesi legati alla famiglia della *common law* sono meno propensi a testualizzare tali diritti nelle Costituzioni, rispetto ai paesi con radici nella *civil law*. Em: SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 105.

rivelazione di norme e costumi preesistenti, come quello inglese⁴⁷⁰⁻⁴⁷¹, o a un modello intermedio volto alla garanzia costituzionale di alcuni diritti e libertà contro lo Stato⁴⁷², come quello nordamericano, o, ancora, a un modello più rivoluzionario di rottura e proiezione verso il futuro, come quello francese⁴⁷³. Quest'ultimo modello, tipico della *civil law*, è più propenso a prevedere una vasta gamma di diritti rispetto ai primi, che risalgono alla *common law*.

La Costituzione degli Stati Uniti d'America, ad esempio, scritta nel 1787, ratificata nel 1788 e in vigore dal 1789, è ancorata al trionfo dei federalisti⁴⁷⁴ e il suo sistema si basa su tre strutture: federalismo, separazione dei poteri e *judicial review*⁴⁷⁵. La preoccupazione della Carta, di caratteristiche sintetiche, era inizialmente radicata nell'organizzazione federativa, nel processo elettorale e nelle regole fondamentali dei Poteri Esecutivo, Legislativo e Giudiziario, fornendo

⁴⁷⁰ È importante ricordare che, fino ad oggi, il sistema della *common law* inglese non possiede Diritti Fondamentali trincerati in una Costituzione scritta. La Costituzione di tale regime è essenzialmente politica, risultante da un insieme di principi sviluppati nel corso della storia, scritti o meno, e previsti in statuti, Trattati, precedenti e consuetudini, ma priva di un catalogo formale ed espresso di Diritti Fondamentali. Tuttavia, ciò non impedisce la protezione dei beni giuridici da parte del Parlamento e per via giudiziaria, anche sulla base dei diritti previsti nel *Human Rights Act* (1998) del Regno Unito, che comprende Inghilterra, Scozia, Galles e Irlanda del Nord.. In questo senso: OLIVETTI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 15; e SUNKIN, Maurice. *The United Kingdom* In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 67.

⁴⁷¹ Secondo T.R.S. Allan, non si deve sottovalutare il potere che una Costituzione non scritta, che non incorpora in un documento posizioni di diritti fondamentali, ma le riconosce a partire dai costumi e dalle fonti e tradizioni giuridiche, ha di preservare i Diritti Fondamentali. Il ruolo centrale di tali Costituzioni è quello di risvegliare nella coscienza individuale l'atto di testare le credenziali delle norme, o di ciò che si intende creare come norme, ma che, durante il test, può rivelarsi una violazione allo Stato di Diritto. La funzione del potere giudiziario, in una Costituzione di *common law* non scritta, è quella di mediatore tra la cittadinanza e lo Stato. Il potere di imporre le norme, in tale contesto, non deriva dal testo costituzionale, ma da principi generali che determinano quando c'è il consenso della cittadinanza per l'adozione di una condotta statale orientata al bene comune. ALLAN, Trevor Robert Seaward. In defence of common law constitutions: unwritten rights as fundamental law. **Law, society and economy working papers – LSE**, London School of Economics and Political Science, Department of Law. v. 5, 2019, p. 04 e 17.

⁴⁷² La cultura costituzionale americana diverge sensibilmente da quella inglese, non limitandosi a confermare diritti già riconosciuti, ma garantendo alcuni nuovi diritti al popolo, soprattutto come vincoli al potere statale, nonché ammettendo il controllo giurisdizionale (*judicial review*). Tuttavia, non è caratteristico dell'ambiente americano un'atmosfera tanto rivoluzionaria come quella che contraddistingue la cultura costituzionale francese. OLIVETTI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 16-17.

⁴⁷³ Il modello francese punta sulla positivizzazione costituzionale dei diritti come tecnica per garantirli, scegliendo di non dipendere dai poteri dei giudici per implementarli e svilupparli. Esso riunisce un componente rivoluzionario e utopistico legato a forze intellettuali come il razionalismo e il liberalismo borghese, che miravano a modificare la società e a regolare, attraverso norme astratte, il funzionamento delle istituzioni, evitando la concentrazione di poteri nei giudici. In Francia, dopo una timida autorizzazione costituzionale con limitazioni temporali e di legittimità attiva (1958) e un graduale processo evolutivo (decisione del *Conseil Constitutionnel* del 1971), è stato solo a partire da una recente riforma costituzionale (2008) che si è collegato il controllo di costituzionalità delle leggi al potere giudiziario, permettendo ai giudici di sollevare la questione, per via incidentale, al *Conseil Constitutionnel*, che ora può dichiarare la legge nulla anche dopo la sua promulgazione. Sul tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 68-72; OLIVETTI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 17-19; e MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**. p. 41, 61 e 194.

⁴⁷⁴ La Costituzione americana è stata concepita nel contesto di uno scontro politico-ideologico tra federalisti e anti-federalisti, entrambi con ideali di libertà e autogoverno, ma con percezioni diverse sulla modalità di attuazione di questi valori. I federalisti, generalmente appartenenti a una classe commerciale e più elevata, rappresentati da Alexander Hamilton, James Madison e altri, sostenevano un governo centrale e un potere giudiziario forti e miravano alla crescita commerciale e alla prosperità nazionale. Gli anti-federalisti, rappresentati da Thomas Jefferson, Samuel Bryan e altri, normalmente agricoltori o proprietari che miravano a proteggere il loro spazio tradizionale, credevano nell'autonomia locale e nel repubblicanesimo, preoccupandosi dei diritti individuali e dei possibili eccessi dei poteri, incluso quello giudiziario. Alla fine, tutti gli Stati ratificarono la Costituzione, le cui chiavi erano inizialmente legate al pensiero federalista, essendo completate, subito dopo, da un *Bill of Rights* più in linea con lo stile anti-federalista. In questo senso: ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**. 7a ed. Franco Angeli: Milano, 2008. p. 78-79 e 124-126; e SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever**. New York: Basic Books, 2004, p. 110.

⁴⁷⁵ RICHARDS, David A. R. **Foundations of american constitutionalism**. New York: Oxford University Press, 1989, p. 105.

direttive e regolamentazioni per le questioni di Governo. Successivamente, fu emanato il *Bill of Rights*, nome attribuito al complesso delle prime 10 (dieci) emendamenti, ratificate nel 1791 e destinate a completare le previsioni della Costituzione per includere questioni più legate alle persone, rafforzando la cittadinanza e conciliando gli interessi degli americani preoccupati per la possibilità di un eccessivo avanzamento dei poteri dello Stato⁴⁷⁶. Il risultato si traduce in un nucleo di diritti individuali soggetto al miglioramento giudiziario⁴⁷⁷ e che definisce gli impegni fondamentali della società, come ad esempio i diritti politici e di libertà, tra i quali spiccano le garanzie processuali-penali, le libertà di associazione, espressione e credo, la tutela della proprietà⁴⁷⁸, il possesso di armi e altri diritti non elencati nella Costituzione, come la privacy, il matrimonio e la libera circolazione interstatale.

Tuttavia, la legge fondamentale statunitense risente della mancanza di dettagli riguardanti l'architettura istituzionale o di un regime di Diritti Fondamentali di natura completa, non positivizzando diritti sociali ed economici che richiedono un'attività prestazionale da parte dello Stato⁴⁷⁹, i quali non sono considerati nella cultura americana come diritti suscettibili di *judicial enforcement*⁴⁸⁰. Si afferma quindi che la Costituzione americana non ha mai avanzato nella direzione di creare, essa stessa, una piena democrazia o di consacrare diritti di natura sociale o aspirazioni programmatiche, limitandosi a tracciare linee guida generali, proteggere libertà e valori fondamentali contro la volontà della maggioranza, prevedere garanzie per i processi penali ed evitare le pratiche dispotiche del mondo delle monarchie⁴⁸¹. A questa formula più aperta, tuttavia, si attribuisce la sua durata secolare e la sua capacità di interagire, nel corso degli anni, con l'evoluzione del sistema politico e della società, adattandosi, nella sua interpretazione, applicazione e portata, ai nuovi diritti e alle esigenze sociali sopravvenute⁴⁸², nonostante conti un numero totale di sole 27 (ventisette) emendamenti.

Diversa è la morfologia delle Costituzioni di paesi come l'Italia, il Brasile, il Portogallo e altri appartenenti alla famiglia del *civil law*, che contemplano una miriade di diritti e norme programmatiche. La Costituzione italiana del 1947, entrata in vigore nel 1948, è fondata sul lavoro e si distingue come una costituzione di tipo composito, ossia ispirata a ideali liberali integrati da visioni sociali, riflettendo il carattere pluralista della società italiana⁴⁸³. La Carta enuncia una serie

⁴⁷⁶ MADISON, James. James Madison proposes the bill of rights to the house of representatives. In: **The bill of rights with the writings that formed its foundation**. Carlisle: Applewood Books, 2006, p. 15-33.

⁴⁷⁷ Il Nono Emendamento è esplicito nel prevedere che l'enumerazione di certi diritti nella Costituzione non possa essere interpretata come una negazione di altri diritti inerenti al popolo.

⁴⁷⁸ UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of The United States** Disponibile em: < https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm >. Accesso 05 de janeiro de 2022.

⁴⁷⁹ È opportuno ricordare, a tal proposito, il *Second Bill of Rights* proposto nel 1944 dall'allora Presidente degli Stati Uniti Franklin Delano Roosevelt. Attraverso il *Second Bill* si intendeva garantire agli americani, non necessariamente tramite emendamenti o interpretazioni costituzionali, ma specialmente attraverso l'impegno dei cittadini, il diritto a una vita confortevole che includesse lavoro, sicurezza, salario dignitoso, alimentazione, alloggio, salute, istruzione e assistenza sociale. L'idea era quella di elevare lo *status* di tali diritti rispetto a quelli previsti da leggi o politiche ordinarie, aumentando la loro presenza nella vita americana. Tuttavia, l'intento non si consolidò nella forma prevista.. In questo senso: SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**.

⁴⁸⁰ SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 106-107.

⁴⁸¹ FRIEDMAN, Laurence M. **The Republic of Choice: law, authority and culture**. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p. 40.

⁴⁸² NARDULLI, Peter F. The constitution and american politics: a development perspective In: NARDULLI, Peter F. **The constitution and american political development: an institutional perspective**. Urbana and Chicago: University of Illinois, 1992. p. 28.

⁴⁸³ BOBBIO, Norberto. **Introduzione alla costituzione**. Bari: 1959. p. 29-32.

di diritti e doveri dei cittadini, di natura individuale e sociale, oltre a diritti politici destinati a far operare la sovranità popolare⁴⁸⁴. Vi è una protezione espressa dei diritti delle minoranze e della rimozione degli ostacoli all'inclusione sociale, trattando questioni relative alla famiglia, alla salute, all'arte, alla scienza e all'educazione, al lavoro, alla libera iniziativa economica, alla proprietà privata e alla sua funzione sociale, nonché argomenti riguardanti gli elettori e i partiti politici, tra altri temi⁴⁸⁵.

La Costituzione brasiliana del 1988 segue basi analogamente analitiche, avendo come fondamenti la sovranità, la cittadinanza, la dignità della persona umana, i valori sociali del lavoro e della libera iniziativa, e il pluralismo. In essa sono inclusi vari Diritti Fondamentali, che spaziano dalle posizioni individuali fino alla partecipazione politica, estendendosi ai diritti prestazionali e a quelli collettivi e diffusi. Così, la Costituzione contempla diritti alla libertà, all'abitazione, alla salute, all'educazione, all'ambiente, alla regolazione dell'economia, alla famiglia, alla protezione dell'infanzia e della gioventù, all'assistenza sociale e altri, sia in capitoli specifici sia in modo diffuso nel suo testo⁴⁸⁶ e persino in modo implicito.

La Costituzione portoghese del 1976, anch'essa di tipo analitico⁴⁸⁷, si impegna a promuovere valori come la dignità umana e enuncia Diritti e Doveri Fondamentali. Consacra diritti individuali, accentua diritti sociali e prevede diritti diffusi. Mira a una società giusta, si propone di realizzare la democrazia economica e socioculturale e cerca di approfondire la democrazia partecipativa, organizzando i settori economico, finanziario, fiscale e politico⁴⁸⁸. Si tratta di una Costituzione che, come quelle di Italia e Brasile, occupa uno spazio superiore rispetto a quello della carta americana, tendendo a conferire alle sue norme un approccio normativo e un profilo più direttivo in relazione alla politica⁴⁸⁹.

Nonostante queste specificità, si può affermare, in generale, che le Costituzioni prevedono Diritti Fondamentali in modo esplicito o implicito, in maniera più ampia o più concisa, inseriti in cataloghi o sparsi nel loro testo⁴⁹⁰, i quali si distinguono dai diritti e dalle politiche sviluppati nella legislazione ordinaria⁴⁹¹. L'efficacia dei diritti costituzionali può concretizzarsi attraverso un'applicabilità immediata, soggetta o meno a limitazioni da parte della legislazione infracostituzionale, oppure un'applicabilità condizionata a sviluppi legislativi, come avviene con le norme programmatiche⁴⁹². A tal fine, si tiene conto della struttura redazionale del dispositivo e delle possibilità fattuali e giuridiche sottostanti, in una valutazione guidata dalla tendenza a

⁴⁸⁴ CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali**. Libertà e diritti sociali. Torino: Giappichelli Editore, 2002, p. 87-94.

⁴⁸⁵ ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**, de 18 de setembro de 1946. Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, Roma, LA, Serie Generale n. 298 de 17-12-1947.

⁴⁸⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 05 de janeiro de 2022.

⁴⁸⁷ Mário Raposo la definisce prolissa. RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: v. III, Ano 44, dezembro de 1984. p. 525.

⁴⁸⁸ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 25 de abril de 1976. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >. Acesso em 05 de janeiro de 2022.

⁴⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade**. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 215.

⁴⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 404.

⁴⁹¹ SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 61-62.

⁴⁹² AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126.

massimizzare l'implementazione⁴⁹³. In tale contesto, non sempre un Diritto Fondamentale assumerà la forma di un Diritto Soggettivo giustiziabile. Le Costituzioni possono inoltre mostrarsi aperte alla recezione di nuovi Diritti Fondamentali⁴⁹⁴, come quelli previsti nei Trattati recepiti con quorum di emendamento e altri.

I Diritti Fondamentali sono intrisi di storicità, nascendo dalla necessità di, in ogni periodo, limitare il potere o farlo intervenire a protezione delle persone⁴⁹⁵, in conformità con il progresso scientifico e gli apprendimenti derivanti da esperienze concrete⁴⁹⁶. Il carattere storico fa sì che essi siano classificati in generazioni o, più propriamente, in dimensioni⁴⁹⁷. Ciò non esclude altre classificazioni già elaborate dalla dottrina, né allontana la circostanza che alcuni diritti possano presentare caratteristiche multidimensionali⁴⁹⁸, con contenuti complessi o fasci di posizioni giuridiche⁴⁹⁹ vicini a più di una categoria, rivelando un evidente legame o affinità tra i vari Diritti Fondamentali. Ciò non impedisce, inoltre, che una serie di diritti con tratti preponderanti possa includere diritti con connotazioni più vicine ad altre serie, né che diritti emersi in periodi successivi siano ricondotti a categorie precedenti⁵⁰⁰. La tassonomia è didattica e, anche se non riesce a esaurire tutta la complessità del tema, vale la pena svilupparla. Le riserve, tuttavia, esulano dalla delimitazione assegnata al libro e non saranno approfondite al suo interno.

2.1.1. Diritti civili e politici

La cosiddetta prima dimensione dei Diritti Fondamentali, la cui genesi risale al costituzionalismo liberale dei secoli XVIII e XIX, è destinata a garantire la libertà (*lato sensu*) e la proprietà dei cittadini di fronte allo Stato⁵⁰¹, nonché a garantire la partecipazione politica nella vita pubblica. Tali diritti risalgono a concetti come la separazione dei poteri e il principio di legalità,

⁴⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 270.

⁴⁹⁴ Le potenzialità normative delle Costituzioni possono essere "(...) ampie e elastiche da ricomprendere qualsiasi ulteriori ipotesi che lo sviluppo della coscienza sociale o della civiltà o, come altri preferisce dire, la costituzione materiale propongano come << nuovi diritti >>". BALDASSARRE, Antonio. **Diritti della persona e valori costituzionale**. p. 54. Nella stessa direzione: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 404.

⁴⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 06.

⁴⁹⁶ In questo senso, "*in practice, rights are a product of concrete historical experiences with wrongs*". SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 35-36. Traduzione libera: "Nella pratica, i diritti sono il prodotto di esperienze storiche concrete con errori".

⁴⁹⁷ Dalla complementarità tra i Diritti Fondamentali, è prevalso l'uso del termine *dimensioni*, preferibilmente al posto di generazioni. La terminologia generazioni trasmette l'impressione che la serie di diritti concepiti nel periodo storico successivo sostituisca e prenda il posto dei diritti precedentemente riconosciuti. Tale impressione contrasta, tuttavia, con la coesistenza dei diritti, i quali, in realtà, si sommano e convivono. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 183.

⁴⁹⁸ Si consideri il diritto di Accesso alla Giustizia, comunemente classificato come un diritto fondamentale prestazionale situato tra quelli di seconda dimensione. Nonostante la predominanza di questo aspetto, esso si manifesta anche come un diritto di libertà di prima dimensione, nel senso di una massima rivolta al legislatore che gli impone di evitare atti che minaccino il suo nucleo, con l'obiettivo di preservare i meccanismi di protezione dei diritti. Inoltre, vi sono connessioni tra l'Accesso e i diritti politici di partecipazione, nella misura in cui, attraverso atti di rivendicazione, è possibile partecipare attivamente e democraticamente al processo decisionale pubblico, nell'esercizio della cittadinanza. Risulta chiaro, quindi, un contenuto multidimensionale. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 27-28.

⁴⁹⁹ Un Diritto Fondamentale completo tende a riunire un insieme di posizioni giuridiche che possono comprendere diritti, pretese, libertà e poteri variati, anche nei confronti di destinatari diversi. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 248-253.

⁵⁰⁰ Esempio: alcuni diritti politici di partecipazione (*status activus* e, successivamente, *status activus processualis*), posizionati tra quelli di prima dimensione che solitamente richiedono astensioni da parte dello Stato, sono collegati ad azioni statali come la promozione delle elezioni e l'attuazione di norme organizzative e diritti procedurali. Allo stesso modo, alcuni diritti sociali, collocati tra quelli di seconda dimensione, presentano un aspetto più di libertà che prestazionale, come i diritti dei lavoratori quali la libera sindacalizzazione e lo sciopero.

⁵⁰¹ OLIVETI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 07.

con l'obiettivo di limitare il potere dello Stato e consentire l'esercizio positivo dei Diritti Fondamentali da parte delle persone. Essi richiedono solitamente al Potere Pubblico un atteggiamento di astensione (non facere), ossia di non intervenire nell'autonomia individuale e permettere lo svolgimento del diritto politico di partecipazione⁵⁰². Possono essere definiti come diritti alla non realizzazione di interventi su beni protetti, corrispondendo ad essi il dovere di non effettuare tali interventi⁵⁰³, avendo come principali titolari le persone fisiche, in particolare in una dimensione soggettiva⁵⁰⁴. Esempi sono i diritti alla vita⁵⁰⁵, alle libertà, alla proprietà, all'uguaglianza davanti alla legge, al voto, alla capacità elettorale passiva e al rispetto delle garanzie processuali⁵⁰⁶ come il giusto processo e il *habeas corpus*⁵⁰⁷.

Nei loro contenuti prevalenti, previsti in norme-regole o principi con base fattuale, di solito più ampi e fluidi⁵⁰⁸, si trova normalmente una correlazione con le libertà negative (*status negativus*) che delimitano una zona di autonomia individuale contro le interferenze dello Stato⁵⁰⁹. Tuttavia, non si può ignorare che, proteggendo la partecipazione politica dei cittadini nella vita pubblica, essi offrono tutela a una posizione di natura attiva (*status activus*)⁵¹⁰, richiedendo allo Stato comportamenti come la realizzazione di elezioni periodiche e altre attività analoghe. Più recentemente, peraltro, le teorie sul diritto di partecipazione lo hanno ampliato⁵¹¹ per includere le norme di organizzazione e i diritti procedurali (*status activus processualis*)⁵¹² che regolano la

⁵⁰² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 61-62.

⁵⁰³ Robert Alexy li suddivide in (i) diritti alla non interferenza con le azioni del titolare del Diritto Fondamentale, (ii) diritti alla non alterazione di caratteristiche e situazioni e (iii) diritti alla non eliminazione di posizioni giuridiche di diritto ordinario. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 196-201.

⁵⁰⁴ Il titolare del Diritto Fondamentale è la persona che figura come soggetto attivo del rapporto giuridico. Il destinatario è il soggetto (naturale, giuridico o privo di personalità giuridica) nei confronti del quale il diritto può essere esercitato. In virtù del principio di universalità, tutte le persone sono titolari di Diritti Fondamentali, compresi gli stranieri e gli stranieri non residenti, potendo l'estensione dei diritti essere maggiore o minore a seconda della categoria delle persone. Anche le persone giuridiche, incluse quelle di diritto pubblico, possono essere titolari di Diritti Fondamentali, purché con adattamenti alla loro condizione speciale e nel rispetto della natura pubblica o privata. Attualmente, si riconoscono anche gli animali come soggetti titolari di Diritti Fondamentali. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 209-226.

⁵⁰⁵ Il diritto alla vita è un ulteriore esempio di diritto multidimensionale. Si tratta essenzialmente di un diritto di prima dimensione che conferisce il diritto di vivere, imponendo agli altri e al potere pubblico il dovere di astenersi dall'attentare alla vita. Tuttavia, esso comporta anche una componente prestazionale, imponendo allo Stato di proteggerlo attraverso la creazione di servizi di polizia, giudiziari e penitenziari. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 401-402.

⁵⁰⁶ Per definizione, le garanzie si distinguono dai diritti. Questi ultimi (i diritti) sono previsti in disposizioni dichiarative ed enunciative. Le prime (le garanzie) sono previsioni assicurative che garantiscono ai cittadini di esigere la protezione dei propri diritti e di avere a disposizione mezzi processuali adeguati a tale scopo. È frequente che in un'unica disposizione legale si riscontri la consacrazione sia del diritto che della rispettiva garanzia. Sul tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 396

⁵⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 47.

⁵⁰⁸ La circostanza che la norma non specifichi tutti i presupposti fattuali per innescare le sue conseguenze giuridiche non equivale all'inefficacia. Per applicarla, è indicata solamente l'integrazione della fattispecie con un elemento esterno consistente nell'interferenza indebita nell'ambito di protezione. Ciò significa che, nei diritti di prima dimensione, il presupposto fattuale che innesci le conseguenze giuridiche è composto, strutturalmente, da (i) l'ambito di protezione della norma, che rappresenta il bene giuridico tutelato (diritto dichiarato), accresciuto dall'aspetto esterno rappresentato dalla (ii) interferenza indebita nel suddetto ambito di protezione, anche se non esplicitata nella norma. AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 74.

⁵⁰⁹ JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 81-84 e 89-140.

⁵¹⁰ JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 81-84 e 89-140.

⁵¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 158.

⁵¹² HABERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. In: **Grundrechte im Leistungsstaat**. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen

formazione degli organi e delle entità, le loro competenze, funzioni e procedure operative⁵¹³, il tutto al fine di implementare strutture organizzative e procedure atte a garantire l'effettiva realizzazione dei Diritti Fondamentali. A tali norme spetta il compito di garantire una reale partecipazione delle persone i cui diritti sono in gioco⁵¹⁴, istituendo diritti procedurali con status di diritto fondamentale, volti ad ampliare l'esercizio della cittadinanza e a rendere effettivi i diritti materiali⁵¹⁵.

2.1.2. Diritti sociali, culturali ed economici

I diritti fondamentali di seconda generazione si sono sviluppati in particolare nell'ambito della filosofia del costituzionalismo sociale del periodo post-Prima Guerra Mondiale e negli anni successivi, nella prima metà del XX secolo⁵¹⁶. Essenzialmente, lo scopo di tali diritti è quello di promuovere i valori dell'uguaglianza, del benessere e della giustizia sociale, garantendo che i membri della comunità possano beneficiare delle risorse sociali⁵¹⁷. Si tratta di diritti che impongono al potere pubblico l'obbligo di fornire ai cittadini beni e/o servizi che creino condizioni di uguaglianza (facere)⁵¹⁸, i quali possono riguardare tanto beni o servizi inaccessibili ai cittadini meno abbienti quanto servizi monopolizzati dallo Stato⁵¹⁹. Tali diritti comportano, inoltre, l'obbligo di emanare prestazioni normative riflesse in una disciplina giuridica che tuteli i diritti sociali, protegga i cittadini da attacchi di terzi e, anche in questo caso, promuova diritti di organizzazione e procedure giudiziarie e amministrative⁵²⁰ attraverso le quali lo Stato esercita il dovere di protezione⁵²¹. Questi diritti tendono a fungere da veicoli di inclusione per libertà come quella economica, il libero mercato e l'accesso alla proprietà⁵²², promuovendo la libertà non contro lo Stato, ma attraverso di esso.

Staatsrechtslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971, Berlin, Boston: De Gruyter, 2013. p. 80-90. Disponível em: < <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110890211/html> >. Acesso em 10 de janeiro de 2022.

⁵¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 482 e 541.

⁵¹⁴ Andando oltre la mera facilitazione della partecipazione alla volontà dello Stato (status activus), la versione ampliata (*status activus processualis*) comprende tale forma di partecipazione alla volizione pubblica, ma include anche norme sulle competenze di diritto privato, norme sui procedimenti giudiziari e amministrativi e norme di organizzazione in senso stretto, al fine di consentire un maggiore esercizio dei Diritti Fondamentali. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 483-484.

⁵¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. vol. 23, n. 2, p. 422-423, mai./ago. 2018. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13377> >. Acesso em 21 de junho de 2021.

⁵¹⁶ OLIVETI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 07.

⁵¹⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. p. 84.

⁵¹⁸ "Le norme relative ai << diritti sociali >> espresse in Costituzione tendono a dar vita, nei cittadini, ad una posizione di aspettativa verso certi interventi o verso certe prestazioni positive da parte dello Stato, mentre proprium dei tradizionali diritti di libertà è quello di postulare una astensione da parte dei pubblici poteri". LOMBARDI, Giorgio. **Poteri privato e diritti fondamentali**. v. 1. Torino: Giappichelli Editore, 1970, p. 19.

⁵¹⁹ Como anota Cass Sunstein, "the distribution of wealth is not simply a product of hard work; it depends on a coercitive network of legal rights and obligations". SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 21. Traduzione libera: "La distribuzione dei beni non è un mero prodotto del lavoro assiduo; essa dipende da una rete coercitiva di diritti e obblighi giuridici".

⁵²⁰ Si ha un altro esempio di diritto multidimensionale. Sebbene collocato come diritto politico di partecipazione di prima dimensione, il diritto di organizzazione e procedimento (status activus processualis) implica, prevalentemente, un'azione statale consistente nella creazione di strutture e nell'emanazione di norme che rendano possibile la partecipazione e proteggano i diritti nel loro complesso. Sul tema: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 442.

⁵²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, p. 423.

⁵²² SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 02.

I principali esponenti sono diritti di protezione come l'assistenza sociale, la salute, l'istruzione, la sicurezza pubblica e i diritti dei lavoratori⁵²³, comprendendo i diritti culturali ed economici. Tuttavia, nonostante il carattere prestazionale o positivo, tale categoria comprende anche le libertà sociali come la sindacalizzazione e altre⁵²⁴. Il contenuto preponderante è positivizzato, in generale, in norme-regola e norme-principio più fluide⁵²⁵, potendo configurarsi come norme programmatiche, norme di organizzazione, garanzie istituzionali o, in questo contesto, come Diritti Pubblici Soggettivi⁵²⁶.

La titolarità di questi diritti è peculiare: se da un lato essi si riferiscono primariamente alle persone⁵²⁷, caratterizzandosi così per la titolarità individuale e per la condizione dell'individuo nel suo rapporto con la comunità, dall'altro ammettono anche forme collettive di protezione ed esercizio. Ciò fa sì che, in una certa misura, coesista al loro interno una titolarità collettiva⁵²⁸. Apprendo la possibilità di rivendicare prestazioni sociali (*status positivus*)⁵²⁹, tali diritti, soprattutto quando vengono portati in sede giudiziaria, si scontrano con alcune difficoltà, come il costo più elevato⁵³⁰, la necessità di politiche pubbliche, sia legislative che li specifichino, sia esecutive che li implementino⁵³¹, e la stessa clausola della riserva del possibile⁵³². Queste discussioni, frequenti in

⁵²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 47-48.

⁵²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 47-48.

⁵²⁵ La situazione è simile a quella dei diritti di prima dimensione, invertendo semplicemente la logica. In questo caso, il supporto fattuale è composto da (i) l'ambito di protezione, che prevede il bene giuridico tutelato (diritto dichiarato), a cui si aggiunge (ii) l'omissione o l'azione insufficiente, senza che vi sia una giustificazione per tale inadempimento. In queste ipotesi, si attiva la conseguenza giuridica: l'obbligo di implementare il diritto. In questo senso: AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais**. p. 78.

⁵²⁶ Il diritto all'istruzione di base obbligatoria e gratuita è espressamente previsto nella Costituzione del Brasile (1988) come un Diritto Soggettivo nell'art. 208, §1º. Ancora sul tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 474-476.

⁵²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 71.

⁵²⁸ I diritti qui trattati possono dar corpo a un diritto soggettivo individuale a prestazioni e, parallelamente, sono idonei all'esercizio nella sfera collettiva, attraverso azioni collettive e interventi più ampi nelle politiche pubbliche. Un esempio è il diritto alla salute, che può essere rivendicato da un individuo e, al contempo, contestato in un'azione collettiva, in termini più ampi, da determinati soggetti legittimati. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 215-219.

⁵²⁹ JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. p. 81-84 e 89-140.

⁵³⁰ È necessario ricordare che alla realizzazione di ogni diritto corrisponde, anche se in una prospettiva mediata, un costo pubblico. Per garantire i diritti di libertà e proprietà, ad esempio, è indispensabile che lo Stato crei e sostenga istituzioni giudiziarie e un apparato efficiente di sicurezza pubblica, sostenendo spese istituzionali per la messa a disposizione di risorse umane e materiali. Accade che, in questi esempi, il fattore costo non viene solitamente sollevato come impedimento alla tutela giurisdizionale, il che rende problematico appellarsi a tale argomento unicamente quando si tratta di diritti prestazionali, anche se comportano un costo aggiuntivo. Sul tema: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004. p. 32; e SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 200.

⁵³¹ Le politiche pubbliche si traducono in un insieme di azioni o in una condotta isolata del Potere Pubblico con lo scopo di attuare i Diritti Fondamentali e adempiere agli obiettivi dello Stato Democratico di Diritto. Si tratta di attività realizzate da autorità con legittimità costituzionale, con o senza partecipazione popolare diretta, con o senza il concorso della società civile organizzata, che contemplano, all'interno della gamma di opzioni aperta dalla Costituzione e dalle leggi, una scelta politica di fini prioritari da perseguire (come lo sviluppo economico, la promozione dell'istruzione e della salute, ecc.), un programma d'azione per implementarli e i metodi, inclusi quelli finanziari, da utilizzare in questa progressiva implementazione. Il Legislativo fissa o densifica le politiche e l'Esecutivo le implementa. In tale valutazione entrano dati statistici, macrovisioni, prognosi, lezioni di esperienze precedenti e cicli valutativi, sottoponendo i risultati concreti e astratti, non di rado, al vaglio del Giudiziario. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 199.

⁵³² La riflessione sulla riserva del possibile ha guadagnato notorietà con una decisione emessa dal Tribunale Costituzionale Federale Tedesco (sentenza BVerfGE 33,303). Il caso trattava le limitazioni all'ammissione di matricole al corso universitario di medicina. La Corte tedesca l'ha definita, in sintesi, come un modo per delimitare ciò che l'individuo può o non può, razionalmente, reclamare dalla collettività. La risposta alla questione deve tenere conto di una dimensione fattuale, relativa alla scarsità di risorse per soddisfare tutte le pretese, una dimensione giuridica, associata ai requisiti legali per la disposizione di fondi pubblici, e una

ambito accademico e forense, sono indubbiamente rilevanti. Pur non essendo questa la sede per approfondire, è importante sottolineare che tali obiezioni non ne compromettono l'importanza fondamentale⁵³³ né la giustiziabilità⁵³⁴⁻⁵³⁵.

2.1.3. Diritti collettivi e diffusi

I diritti fondamentali della cosiddetta terza dimensione hanno acquisito forza nella seconda metà del XX secolo, in particolare a partire dalla fine degli anni '70⁵³⁶. Essi sono il risultato delle preoccupazioni globali riguardanti gli impatti della crescita economica e industriale sulle persone, sul pianeta, sull'ambiente, sul mercato e sulla società. Ispirati ai principi politici della fraternità⁵³⁷ e

dimensione legata alla ragionevolezza, nel senso di richiedere una ponderazione se la richiesta individualmente formulata possa o meno compromettere altre necessità primarie della collettività. In questo senso: MARTINS, Leonardo (org.). **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et all.* Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 656-667. E: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 285-289.

⁵³³ Si parla, in questo senso, dell'inscindibilità e dell'unicità dei Diritti Fondamentali che, sebbene possiedano caratteristiche che ne consentono classificazioni o divisioni in dimensioni, non presentano, al di là di ciò, differenze strutturali tali da giustificare modelli teorici e pratici che conferiscano loro un trattamento differenziato, declassando gli uni rispetto agli altri o privando di efficacia i diritti sociali. La questione è già stata affrontata in un precedente del Supremo Tribunale Federale brasiliano: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Direito Constitucional e Eleitoral. Recurso Extraordinário nº 633703/MG, do Tribunal Pleno. DF, publicado em 18 de novembro de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22RE%20633703%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 07 de janeiro de 2022.

⁵³⁴ Per giustiziabilità si intende la possibilità di rendere qualcosa giustiziabile, ovvero rivendicabile in giudizio. Si tratta di un'analisi dei determinanti dell'Accesso ai Tribunali, che inizia con una valutazione circa la natura della questione litigiosa, al fine di definire se una data disputa possa o meno essere presentata a un Giudice, verificando se esistano standard giuridici rilevabili e gestibili che consentano di decidere il caso (aspetto normativo) o, ancora, se il caso debba effettivamente essere giudicato dal Potere Giudiziario (aspetto istituzionale). Essa dialoga con le questioni relative a 'cosa' sia necessario per portare un caso a decisione e 'quali' materie le Corti possano decidere, trattando con standard che il terzo giudicante applica per decidere se intervenire o se, al contrario, astenersi dal decidere e negare la giustiziabilità, rimettendo la questione agli altri rami del Governo. Si tratta di uno strumento importante che i giudici utilizzano per modulare il proprio ruolo in una Democrazia. A respeito: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. p. 36; BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006. p. 178-179; DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice; GERBAY, Nicolas; HOURQUEBIE, Fabrice; e ICARD, Philippe. **Les déterminants de l'accès au Juge**. In: DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). **L'accès au juge: reserche sur l'effectivité d'un droit**. Bruxelles: Bruylant, 2003. p. 53-59; e JOHNSON JR, Earl. **Thinking about access: a preliminary typology of possible strategies**. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Access to justice**. v III: emerging Issues and perspectives. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979. p. 03-168.

⁵³⁵ L'applicazione dei Diritti Fondamentali non necessita di soggiacere alle opzioni estreme di accoglierli o respingerli, aggiudicarli o negarne la giustiziabilità. Trattando la tematica della giustiziabilità, nel contesto di dottrine come quella delle questioni politiche e altre, Alexander Bickel, in un classico della letteratura americana, indicava già un percorso intermedio: quello del non-decidere, in modo da reindirizzare la risposta e provocare l'intervento degli altri rami del Governo. In senso analogo, specificamente nel campo dei diritti prestazionali, meritano di essere evidenziati orientamenti giurisprudenziali che consacrano una sorta di terza via, dovendo menzionare un noto precedente della Corte Costituzionale del Sudafrica. Pur riconoscendo l'impossibilità per ogni persona di rivendicare allo Stato, individualmente, il diritto costituzionale all'alloggio o al riparo, tale Corte non ne ha per questo negato la giustiziabilità, ma l'ha affermata enunciando il dovere statale di realizzare piani e implementare programmi ragionevoli, con i mezzi disponibili, per la progressiva realizzazione di tale diritto (*Case Grootboom, CCT 11/00*). Qui vi è spazio, incluso, per sviluppi sul tema delle sentenze strutturali e persino della dottrina dello stato di cose incostituzionale. A proposito: BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics**. Second Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1986; SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 227-228; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015; e REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. Constitutional Court. **Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00)**. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 07 de janeiro de 2022.

⁵³⁶ OLIVETI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 07.

⁵³⁷ L'idea di fraternità è antica e assai ricca. Inizialmente legata al sentimento fraterno di cooperazione, affetto e sostegno tra fratelli e familiari (fratello = *frater*), il suo significato è stato ampliato dalla dottrina cristiana, passando ad esprimere una sorta di legame affettivo tra tutti gli esseri umani. È stata inoltre influenzata dagli ideali della massoneria. Fu durante la Rivoluzione Francese

della solidarietà⁵³⁸, si caratterizzano per attribuire non solo diritti, ma anche determinati doveri allo Stato, alla comunità internazionale, ai cittadini e alla società nel suo complesso. Per questo motivo vengono designati come diritti circolari o ad effetto *boomerang*⁵³⁹, poiché implicano, allo stesso tempo, uno o più doveri negativi, positivi e di partecipazione a carico degli stessi titolari, sia individualmente che collettivamente⁵⁴⁰. Tali diritti danno espressione simultanea a un senso di titolarità e di appartenenza comunitaria o a un progetto comune, che deve essere sostenibile nel presente e merita di essere preservato per le generazioni future⁵⁴¹. Si tratta di diritti la cui titolarità è più diffusa e collettiva che appartenente al singolo individuo⁵⁴², rivolti alla protezione dell'umanità, della collettività e del futuro⁵⁴³ e che spesso presentano una componente transnazionale che richiede misure di cooperazione tra i Paesi⁵⁴⁴.

La protezione di tali diritti è stata accompagnata dalla progettazione di processi differenziati che hanno fatto progressi rispetto alla tutela delle posizioni individuali. In questo

(1789) che la fraternità si elevò alla categoria di simbolo politico, attraversando, da allora, una traiettoria altalenante, senza godere della stessa prominenza attribuita alle altre parti del motto: la libertà e l'uguaglianza. L'enfasi posta sulla fraternità è ancor meno percepita nei sistemi culturali anglosassoni. Più recentemente, in alcuni contesti, ha ricevuto il trattamento di principio giuridico, sebbene vago e in fase di costruzione. In un'accezione attuale, la si può concettualizzare come l'unione tra persone libere ed uguali, vincolate dal sentimento di appartenenza ad una medesima comunità, condividendo un progetto e un destino con sostegno reciproco. Se la libertà e l'uguaglianza sono concepite prevalentemente come diritti, la fraternità appare più marcatamente come dovere, benché ciò sia relativo e possa anch'essa essere fonte di diritto. Si tratta, per le sue caratteristiche, di un principio con maggiore pertinenza, sebbene non esclusiva, alle relazioni tra le persone e le entità nella società civile (efficacia orizzontale).. In questo senso: REY MARTÍNEZ, Fernando. El valor constitucional de *la fraternité*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. n. 123, p. 43-74, septiembre/diciembre 2021. Disponível em: < <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/39639redc12302rey-martinez.pdf> >. Acesso em 08 de janeiro de 2022. Ainda: PIZZOLATO, Filippo. La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano. In: BAGGIO, Antonio Maria; PRESTI, Alberto Lo. **Il principio dimenticato: la fraternità nella riflessione politologica contemporanea**. Roma: Città Nuova Editrice, 2007, p. 213-214.

⁵³⁸ La solidarietà non è sinonimo di fraternità, sebbene i concetti siano come cugini. La prima ha un senso più sociologico, laico e razionale, esprimendo, in termini oggettivi, l'interdipendenza che governa una vita sociale solida (*solidum*) e che genera una comunità reale ed effettiva di diritti, doveri e rispetto delle differenze, senza rivestirsi del sentimento di affettività proprio della seconda. La solidarietà è più radicata nel mondo giuridico e più diffusa negli ordinamenti costituzionali, legali e sovranazionali, prescrivendo comportamenti più orientati verso lo Stato (efficacia verticale), ma anche verso le persone (efficacia orizzontale). Sin dal diritto romano esistono istituti come quello delle obbligazioni solidali, in cui i debitori sono coobbligati alla totalità dello stesso debito e i creditori possono esigerlo per intero, partendo dalla nozione di un insieme o unità solida. La solidarietà implica anche dovere, vincolo alle responsabilità sociali e senso di comunitarismo. Sobre: REY MARTÍNEZ, Fernando. El valor constitucional de *la fraternité*. **Revista Española de Derecho Constitucional**.

⁵³⁹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 52-53.

⁵⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, p. 430-431.

⁵⁴¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 184.

⁵⁴² Nei diritti collettivi e diffusi, la preoccupazione predominante si sposta dall'individuo come persona, in sé e nella sua relazione con la comunità, al gruppo sociale, assumendo la collettività, talvolta persino indefinita e indeterminabile, la posizione di soggetto o titolare del Diritto Fondamentale. Tuttavia, nonostante questo trasferimento e la preponderanza della titolarità collettiva e diffusa, non viene esclusa nemmeno la possibilità di protezione individuale di tali diritti, come accade quando la tutela ambientale viene rivendicata, ad esempio, da qualcuno concretamente leso (ambiente come microbene). Ciò rivela ancora una volta - e non è superfluo insistere - il legame tra le dimensioni dei diritti, la cui classificazione rimane importante a fini didattici. A proposito: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 48-49 e 218.

⁵⁴³ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003, p. 164.

⁵⁴⁴ SALLES, Bruno Makowiecky; CRUZ, Paulo Márcio; BASIGLI, Nicolò. Attivismo giudiziario e dialoghi transgiudiziali: parametri per l'interazione tra decisioni nazionali e straniere. **Rivista AIC - Associazioni Italiana dei Costituzionalisti**. p. 227-228.

contesto si collocano le azioni collettive⁵⁴⁵⁻⁵⁴⁶ e le *class actions*⁵⁴⁷ volte a proteggere l'equilibrio ambientale⁵⁴⁸, la salute collettiva, il patrimonio storico-culturale, la probità amministrativa, i diritti dei consumatori e molti altri⁵⁴⁹. Le norme che li consacrano, inserite in precetti aperti, possono essere violate dall'azione o dall'omissione dello Stato e della società, reagendo alle violazioni⁵⁵⁰.

2.1.4. Altre categorie?

Nonostante l'esistenza di studi che propongono o tentano di sistematizzare nuove dimensioni dei Diritti Fondamentali, non sembra esserci consenso scientifico riguardo alla pertinenza e alla necessità delle proposte, né tanto meno sulla correttezza delle tassonomie create. La resistenza ha una sua ragion d'essere.

Mentre parte della dottrina fa riferimento ai Diritti Fondamentali di quarta dimensione, collegandoli alla globalizzazione, al pluralismo politico, alla democrazia diretta e all'informazione⁵⁵¹, un'altra parte include in tale categoria diritti propri del progresso scientifico e del patrimonio genetico, che toccano dilemmi bioetici relativi alla vita e alla morte, alla clonazione e all'ingegneria genetica⁵⁵². Alcuni inseriscono in questa generazione anche i diritti al disarmo nucleare, a una giusta tassazione e al rispetto delle differenze⁵⁵³. Altri, invece, considerano come diritti di quarta dimensione l'autonomia individuale, la vita familiare e la privacy⁵⁵⁴. Come si può vedere, non esiste qui alcun criterio classificatorio uniforme.

L'elenco prosegue con l'indicazione, nella condizione di Diritti Fondamentali di quinta dimensione, ora della pace e dell'autodeterminazione dei popoli, con l'obiettivo di promuovere

⁵⁴⁵ È importante menzionare che, sebbene generalmente associate, principalmente in ragione del fattore cronologico, ai diritti di terza dimensione, le azioni collettive sono anche veicoli per la protezione collettiva di altri diritti, in particolare i diritti di seconda dimensione, come visto sopra. È un'ulteriore situazione che rivela il legame o l'affinità tra i Diritti Fondamentali.

⁵⁴⁶ La Giurisdizione collettiva si presenta come un meccanismo processuale di strumentalizzazione dei diritti di terza dimensione, così intesi i diritti transindividuali e quelli individuali omogenei. Le azioni collettive rendono possibile, da un lato, la protezione di posizioni giuridiche diffuse e collettive in senso stretto, a seconda che si riferiscano a titolari indeterminabili o a gruppi con titolari determinabili. Dall'altro lato, esse consentono la tutela congiunta di posizioni giuridiche individuali omogenee, collettive solo accidentalmente, riunendo in una macrorelazione processuale situazioni che, altrimenti, sarebbero disperse in liti multitudinarie. Le decisioni pronunciate potranno produrre cosa giudicata erga omnes o ultra partes, a seconda della natura dei diritti in discussione. SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 134.

⁵⁴⁷ *Class actions*: "a suit brought by one or more members of a large group of persons on behalf of all members of the group. If the court permits the class action, all members must receive notice of the action and must be given the opportunity to exclude themselves. Members who do not exclude themselves are bound by the judgment, whether favorable or not". Traduzione libera: "Un'azione legale promossa da uno o più membri di un ampio gruppo di persone in nome di tutti i membri del gruppo. Se il tribunale autorizza l'azione collettiva, tutti i membri devono ricevere notifica dell'azione e avere l'opportunità di esercitare il diritto di opt-out. I membri che non esercitano tale diritto rimangono vincolati alla sentenza, sia essa favorevole o meno". GIFIS, Steven H. **Dictionary of legal terms**. p. 92.

⁵⁴⁸ DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 144.

⁵⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 48-50.

⁵⁵⁰ Il sistema strutturale delle norme che prevedono diritti di terza dimensione incorpora l'ambito di protezione e l'elemento esterno inerenti ai diritti di libertà e ai diritti prestazionali.

⁵⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 524.

⁵⁵² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. p. 05-06.

⁵⁵³ In questo senso: OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A sétima dimensão dos direitos fundamentais. **Revista jurídica luso-brasileira – RJLB**, ano 3, n. 2, 2017, p. 299-300 Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0289_0315.pdf >. Acesso em 09 de janeiro de 2022.

⁵⁵⁴ OLIVETI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 07.

la concordia mondiale e la preservazione dei principi basilari della comunità internazionale⁵⁵⁵, e ora dei diritti associati alla rivoluzione tecnologica, alla cibernetica e all'intelligenza artificiale, coinvolgendo le questioni giuridiche derivanti dalle numerose e complesse relazioni nel mondo virtuale⁵⁵⁶. Si parla dell'accesso all'acqua potabile e persino della ricerca della felicità⁵⁵⁷ come Diritti Fondamentali di sesta dimensione⁵⁵⁸. E il diritto a un'amministrazione efficiente, onesta e proba è inserito come un Diritto Fondamentale di settima dimensione⁵⁵⁹.

Certamente esistono altre proposte di sistematizzazione. Ciononostante, è opportuno considerare che questi nuovi diritti, sebbene derivino da circostanze attuali e siano indiscutibilmente rilevanti, possono, in linea di principio, essere ricondotti alle dimensioni già consolidate, ricevendo un trattamento giuridico ancorato agli ideali di libertà, uguaglianza e fraternità/solidarietà, e informandosi alla dignità della persona umana. Tali considerazioni, unite ai rischi di indebolimento giuridico-scientifico dei Diritti Fondamentali derivanti dalla creazione potenzialmente arbitraria di categorie senza criteri rigidi⁵⁶⁰, giustificano le riserve.

2.1.5. Aspetti giuridico-soggettivi e giuridico-oggettivi

Nel capitolo precedente sono stati esaminati i concetti di Diritto Soggettivo (*lato sensu*) e Diritto Oggettivo. In una sintesi superficiale, mentre il primo riflette il punto di vista di un soggetto che detiene un diritto, potendo rivendicarlo o esercitarlo, il secondo riguarda le norme generali che regolano, in astratto, le condotte nella società⁵⁶¹. La stessa comprensione può essere trasposta al sottosistema dei Diritti Fondamentali, i quali, similmente, presentano una dimensione soggettiva e un'altra oggettiva, ciascuna con funzioni distinte e complementari. Entrambe sono formulazioni dogmatiche rilevanti⁵⁶².

La dimensione giuridico-soggettiva riflette il punto di vista del titolare del Diritto Fondamentale, anche se contestualizzata nelle sue relazioni con lo Stato e la società. Ciò significa che il titolare del diritto previsto dalla norma-regola o norma-principio, solitamente un individuo, ma, in determinate situazioni, anche un gruppo, una persona giuridica o una indeterminatezza diffusa, si designa in una posizione giuridica o in un fascio di posizioni giuridiche⁵⁶³ esercitabili e azionabili in giudizio⁵⁶⁴, qualora minacciate o violate. La prospettiva soggettiva rimanda a una relazione triadica tra il titolare, il destinatario o soggetto passivo e l'oggetto del diritto⁵⁶⁵, potendo comprendere sia diritti soggettivi propriamente detti (*stricto sensu*), legati a una prestazione positiva o negativa dello Stato o di un privato, sia diritti potestativi che consentono l'interferenza

⁵⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Revista brasileira de direitos fundamentais & justiça*. v. 2, n. 3. Porto Alegre, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127> >. Acesso em 09 de janeiro de 2022.

⁵⁵⁶ SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático*. v. 1. p. 40.

⁵⁵⁷ OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A sétima dimensão dos direitos fundamentais. p. 302.

⁵⁵⁸ FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. Campinas: Millennium, 2011.

⁵⁵⁹ OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A sétima dimensão dos direitos fundamentais. p. 305-311.

⁵⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 50-57.

⁵⁶¹ Conferir Capítulo I, item 2.1.

⁵⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 141.

⁵⁶³ Sobre posição jurídica, conferir Capítulo I, item 2.4.

⁵⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 152.

⁵⁶⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 1254.

unilaterale in un rapporto giuridico, sottoponendo il soggetto passivo a uno stato di soggezione⁵⁶⁶. Si tratta di pensare al titolare che esercita il diritto, extragiudizialmente o in giudizio.

Fornendo una solida base per l'esercizio o la rivendicazione di diritti a prestazioni negative o positive, libertà e poteri⁵⁶⁷, la dimensione giuridico-soggettiva opera a favore di tutte le dimensioni dei Diritti Fondamentali. Essa costituisce la dimensione prevalente di tali diritti⁵⁶⁸, data la cultura della preponderanza dell'individuo rispetto al sistema di norme che lo sostiene e tutela. L'individuo rappresenta, infatti, l'elemento unificatore della comprensione dei diritti⁵⁶⁹, il che giustifica un'enfasi relativa alla prospettiva soggettiva, nella sua tensione con quella oggettiva, quando si riscontra un contrasto tra l'interesse dell'individuo e quello della collettività⁵⁷⁰. Tale prevalenza non arriva al punto di impedire restrizioni ai diritti soggettivi individuali in base agli interessi comunitari, né ostacola questi ultimi nel limitare il contenuto e la portata dei primi. Tuttavia, essa fornisce un'indicazione nel senso di richiedere fondate ragioni fattuali e giuridiche per le norme di restrizione, oltre a salvaguardare il nucleo essenziale dei diritti individuali contro eventuali misure restrittive⁵⁷¹.

La dimensione giuridico-oggettiva non equivale a una sorta di rovescio della medaglia, come se fosse necessario collegare una norma di Diritto Oggettivo alla possibilità di soggettivazione o un Diritto Soggettivo a un precetto di Diritto Oggettivo⁵⁷². Nonostante vi siano interrelazioni, la prospettiva oggettiva assume autonomia e svolge funzioni proprie derivanti dal riconoscimento che i Diritti Fondamentali vanno oltre la protezione dei soggetti titolari, ma si affermano parallelamente come un sistema di norme o un ordine oggettivo di valori⁵⁷³. Questo ordine oggettivo di valori⁵⁷⁴, stabilito in norme-regole o in norme-principi, è l'espressione dello Stato di Diritto democratico, rivelando gli impegni assiologici e i fini che la comunità intende raggiungere, penetrando tutto l'ordinamento giuridico e servendo come bussola per i Poteri e per la società⁵⁷⁵. Sebbene la terminologia ordine di valori possa connotare un tratto meramente valutativo, privo di normatività, ciò che si ha è un componente strutturale di base dell'ordinamento giuridico, esigibile giudizialmente⁵⁷⁶.

⁵⁶⁶ Su questi concetti, si rimanda il lettore al Capitolo I, punto 2.2.

⁵⁶⁷ Robert Alexy suddivide le principali posizioni dei Diritti Fondamentali in diritti a qualcosa (azioni negative o positive), libertà (negazione di esigenze o di imposizione di divieti) e poteri (competenze/autorizzazioni per l'esercizio di condotte). ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. p. 193-248.

⁵⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 154-155.

⁵⁶⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 23.

⁵⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 1257.

⁵⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 146.

⁵⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 144.

⁵⁷³ L'idea è ampiamente sviluppata dal Tribunale Costituzionale Federale tedesco, ed è opportuno menzionare un noto precedente. In un ricorso relativo alla libertà di espressione (BVerfGE 7, 198, Lüth-Urteil), la Corte ha affermato che, oltre a essere diritti di resistenza contro lo Stato, i Diritti Fondamentali incorporano anche un ordine assiologico oggettivo valido per tutti i rami del diritto, estendendosi al diritto privato. Di conseguenza, ha considerato compresa nella libera espressione del pensiero, e non come un illecito civile, la chiamata al boicottaggio di un nuovo film prodotto da un ex regista di film nazisti, rinviando gli atti al Tribunale Statale di Amburgo per una nuova decisione di merito. In: MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. p. 381-395.

⁵⁷⁴ Sul tema: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. p. 298-299.

⁵⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 143.

⁵⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 143 e 147.

Tra le sue funzioni risiede l'attribuzione di un plus normativo ai Diritti Fondamentali, che acquisiscono una qualità in sé, al fine di operare come parametro per il controllo oggettivo⁵⁷⁷ delle condotte statali e private, anche preventivamente e in modo disgiunto da interventi o violazioni individuali⁵⁷⁸. In tal senso, tutti i Diritti Fondamentali, dal punto di vista oggettivo, trascendono verso un ambito transindividuale⁵⁷⁹. Inoltre, la dimensione oggettiva irradia direttive sia allo Stato che alla sfera privata⁵⁸⁰ e permette lo sviluppo, legislativo e interpretativo, di nuovi contenuti dei Diritti Fondamentali, formando criteri per la configurazione e l'evoluzione del diritto infracostituzionale⁵⁸¹. Essa suscita anche doveri autonomi e generali di protezione contro violazioni pubbliche o private, obbligando i Poteri a non sottrarre le libertà concesse⁵⁸², a fornire prestazioni materiali o normative e a creare istituzioni e procedure che garantiscano i diritti e la partecipazione⁵⁸³.

È inevitabile che, di tanto in tanto, l'esercizio del dovere di protezione sopra menzionato implichi l'adozione di norme restrittive delle libertà basate su valide ragioni e istituite per il raggiungimento di finalità collettive, come la tutela della vita, dell'integrità fisica, della salute e dell'ambiente ecologicamente equilibrato⁵⁸⁴. Ciò è insito nella prospettiva comunitaria della dimensione giuridico-oggettiva dei Diritti Fondamentali, il cui obiettivo è promuovere, a livello generale, una maggiore protezione delle persone e persino della libertà all'interno della comunità.

⁵⁷⁷ Il controllo oggettivo di costituzionalità realizzato nel modello concentrato puro, di tradizione austriaca e tipico dei sistemi di civil law, si basa sul giudizio delle leggi e degli atti in astratto, da parte di una Corte specializzata, la cui decisione ha efficacia erga omnes. La questione costituzionale, in questo caso, può essere sollevata solitamente da un elenco ristretto di soggetti legittimati e può essere valutata indipendentemente da un caso concreto, anche prima che la legge venga applicata. L'idea sottostante è la concezione kelseniana secondo cui il giudice non deve innovare nell'ordine giuridico in un regime di separazione dei Poteri, e che, nell'invalidare le leggi, il Giudiziario agisce come un Legislatore, seppur come un Legislatore negativo, concetto che risulta in larga misura superato dalle nuove tecniche come l'interpretazione conforme, le sentenze manipolative e additive, il monito al legislatore, la modulazione temporale degli effetti e altre. In tale sistema, la dichiarazione di incostituzionalità si concentra in un organo specifico.

Diversamente, il modello diffuso di controllo di costituzionalità (*judicial review*), inerente ai sistemi di common law come quello statunitense, permette a qualsiasi giudice, in qualsiasi momento, in qualsiasi caso e su richiesta di qualsiasi litigante che dimostri un giusto interesse (*standing*), di dichiarare l'incostituzionalità di leggi e atti in processi soggettivi. Tale modello, di regola, presuppone l'esistenza di un caso concreto (*case or controversy*), in cui l'applicazione della legge contestata sia tangibile, essendo esercitato all'interno di questo caso e con effetti inter partes, fatta salva la forza vincolante delle ragioni determinanti del precedente per casi futuri (*stare decisis*). Esistono eccezioni che possono attrarre elementi di astrazione, come le preliminary injunctions, i declaratory judgments e i facial challenges. Infine, esistono ordinamenti in cui il regime di controllo concentrato da parte delle Corti Costituzionali coesiste, simultaneamente, con il controllo diffuso esercitato direttamente dagli altri organi giudiziari, come in Brasile, o provocato dagli organi giurisdizionali come questione incidentale rinviata alla decisione della Corte Costituzionale, come in Italia.

. SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. Abstract and concrete review in the United States. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 347-375. E: SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v.2. p. 29-32.

⁵⁷⁸ MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. In: MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. p. 81.

⁵⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 146.

⁵⁸⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. p. 155.

⁵⁸¹ MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. In: MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. p. 82

⁵⁸² MARTINS, Leonardo. Introdução à jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. In: MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. p. 81-82

⁵⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 476.

⁵⁸⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. p. 153-154.

Per tale motivo, la dimensione oggettiva emerge anche connessa alla tematica dei Doveri Fondamentali⁵⁸⁵.

2.2. Doveri Fondamentali

I Doveri Fondamentali sono posizioni soggettive passive⁵⁸⁶ scolpite in condotte negative o positive, fisiche o economiche, che la Costituzione, attraverso norme costituzionali espresse o precetti impliciti, dirige alle persone, alla collettività e allo Stato⁵⁸⁷. Dal punto di vista dei privati, si tratta di svantaggi per gli individui e gli enti privati nel confronto con altri e con lo Stato⁵⁸⁸, convertiti in forme giuridiche da legislatori, giudici e amministratori⁵⁸⁹. Comprendono vincoli alla volontà, obblighi di dare, pagare, fare o non fare⁵⁹⁰, sacrifici o rinunce a favore di qualcuno o dell'interesse collettivo⁵⁹¹. In questa prospettiva, sono legati alla filosofia di cittadini virtuosi, dotati non solo di diritti⁵⁹², ma anche di spirito comunitario⁵⁹³.

Dal punto di vista dello Stato, i doveri finiscono per identificarsi con il rispetto delle posizioni individuali a tutela della libertà e della partecipazione, attraverso astensioni, o con la promozione dei diritti sociali, culturali, economici e collettivi (*lato sensu*) mediante condotte positive, o con l'emanazione di norme di organizzazione e procedura che rendono possibili determinati Diritti⁵⁹⁴. La prospettiva del Potere Pubblico è stata già affrontata⁵⁹⁵, in modo speculare, quando si sono studiati i Diritti Fondamentali che rendono lo Stato titolare di doveri⁵⁹⁶. In aggiunta, è importante menzionare i doveri rivolti a una certa classe di agenti pubblici, come il dovere di imparzialità giudiziaria, quello di adempiere agli obblighi con onore e disciplina, quello di attuare determinati comandi costituzionali nell'esercizio delle proprie funzioni e altri inerenti al regime del pubblico impiego⁵⁹⁷, ma anche questi esulano dalla delimitazione che si intende qui realizzare. Il presente punto prenderà in considerazione, prevalentemente, i Doveri Fondamentali dalla prospettiva delle persone e degli attori sociali della sfera privata.

⁵⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 146 e 150.

⁵⁸⁶ Per quanto riguarda il significato di posizione giuridica, si rimanda al Capitolo I, punto. 2.4.

⁵⁸⁷ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 135.

⁵⁸⁸ POLACCHINI, Francesca. I Doveri Inderogabili di Solidarietà. In: MEZZETTI, Luca (*a cura di*). **Diritti e doveri**. p. 681-682.

⁵⁸⁹ GRANDI, Federica. **Doveri costituzionali e obiezione di coscienza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014, p. 09.

⁵⁹⁰ GRANDI, Federica. **Doveri costituzionali e obiezione di coscienza**. p. 10.

⁵⁹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 334.

⁵⁹² Ver Capítulo II, ítem 1.2.

⁵⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 531.

⁵⁹⁴ Sobre: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 340-341.

⁵⁹⁵ Si veda il Capitolo II, punti da 2.1.1 a 2.1.5.

⁵⁹⁶ Basti dire, in particolare, che anche allo Stato, e non solo ai privati, si applica il dovere di obbedienza alle regole di condotta negative e positive che promuovono contenuti, rispettano e assicurano Diritti, disciplinano il funzionamento del potere e rendono possibile la vita in società. È l'adempimento di tali doveri e l'obbedienza non solo da parte dei privati, ma anche da parte dello Stato, che legittima l'organizzazione politico-sociale verso il bene comune e serve come fondamento per escludere il diritto di resistenza dei cittadini. La soggezione ai doveri di buon governo da parte dello Stato si trova nella razionalità della Dichiarazione dei Diritti del Popolo della Virginia (1776), della Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti e delle Dichiarazioni Francesi (1789 e 1793). Recentemente, numerosi sono gli esempi di doveri imposti al Potere Pubblico, come gli artt. 3, 9, 31, 32 e altri della Costituzione italiana (1947) e gli artt. 9.2, 27.3, 27.5, 27.9, 39, 40, 41, 42, 44 e altri della Costituzione spagnola (1978). PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 332 e 338-339.

⁵⁹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 336.

La presenza e l'estensione della configurazione dei Doveri Fondamentali oscillano nella storia e non trovano uniformità nei testi costituzionali⁵⁹⁸. Alcune di esse, come quella degli Stati Uniti d'America e quella dell'Australia, omettono la figura dei doveri⁵⁹⁹ nel senso qui trattato. Ma ciò non significa l'assenza di una clausola implicita di sottomissione alla Costituzione e alle leggi, che è connaturale allo Stato Democratico di Diritto (per lege e sub lege) e rappresenta, forse, il primus dei Doveri Fondamentali. Altre Costituzioni li prevedono sotto formule generiche⁶⁰⁰, con la forza retorica dei preamboli⁶⁰¹ o veicolate in norme di carattere generale, che possono essere accompagnate o meno da precetti che densificano contenuti più specifici. Costituzioni come le ultime si caratterizzano per "*outline what citizens are expected to do*"⁶⁰².

Frequenti sono le disposizioni che consacrano i doveri di difesa nazionale, di pagamento delle imposte, di voto, di istruzione propria e dei figli, di lavoro, di preservazione dell'ambiente⁶⁰³. Vi sono anche doveri come quelli di collaborare con la Giustizia⁶⁰⁴, di rispettare i diritti altrui e di

⁵⁹⁸ La Costituzione dello Stato del Massachusetts (1780), basata sull'idea del contratto sociale, stabiliva il dovere di ogni cittadino di contribuire alla protezione fornita dallo Stato. Anche la Costituzione francese dell'anno III (1795) conteneva già una dichiarazione di doveri, limitandosi, in questo punto, a prevedere doveri dei cittadini nei confronti del Governo. Il concetto chiave era che il mantenimento della società richiedesse che i suoi membri adempissero a doveri come quello di non fare ciò che non si desidera che qualcuno faccia a sé stessi e fare ciò che si vuole ricevere, servendo la società e rispettando le leggi, gli organi, la proprietà, la patria, l'uguaglianza e la libertà. Tuttavia, anche Costituzioni più progressiste in termini di diritti, come il preambolo di un'altra Costituzione francese (1848), consacrarono determinati doveri dei cittadini. Doveri furono previsti anche nella storia del costituzionalismo portoghese (1822 e altre). La Costituzione di Weimar (1919) prevedeva ugualmente un capitolo su diritti e doveri, sebbene, a quel tempo, la dottrina giuspubblicistica si dividesse tra coloro che accettavano i doveri e quelli che li reputavano contrari allo Stato Liberale. Poco tempo dopo, sopraggiunse la preponderanza dei doveri nei regimi nazionalsocialista, comunista e autoritari in generale (Germania, Italia, Portogallo, Spagna e altri), nel cui ambito i diritti furono ampiamente soppressi, istituendo diffidenze nei confronti della libertà, della sovranità popolare e del progressismo dei diritti. Queste esperienze negative aiutano a spiegare il rifiuto dei doveri e la loro scarsità nei testi costituzionali contemporanei. Ciononostante, oggi si verifica già una maggiore maturità per ridiscutere la tematica dei doveri su basi democratiche, in un percorso bidirezionale con i doveri dello Stato nei confronti dei cittadini. Ed è certo che esiste spazio per i doveri sia nelle Costituzioni meno che in quelle più progressiste.. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. *Doxa*, p. 331-332; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 531; NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 44-45; e LANCHESTER, Fulco. Los deberes constitucionales en el derecho comparado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo - ReDCE*, n. 13, año 7, p. 77, enero/junio 2010. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3411156> >. Acesso em 15 de março de 2022.

⁵⁹⁹ Queste Costituzioni si concentrano sull'attribuire espressamente mandati o competenze agli organi pubblici, ai quali compete il dovere di svilupparli, potendo, attraverso di essi, anche gravare sui privati. La Costituzione degli Stati Uniti d'America (1787-1789), ad esempio, nel suo art. 8 conferisce al Congresso la facoltà di stabilire e riscuotere imposte, assegnandogli il dovere di portare avanti tali oneri. In questo senso: SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, p. 143 e 148.

⁶⁰⁰ Vi sono previsioni generiche nell'art. 33, I, della Costituzione della Germania (1949), negli artt. 4 e 95 della Costituzione della Colombia (1991), nell'art. 12 della Costituzione del Portogallo (1976), nell'art. 9 e nel Titolo I della Costituzione della Spagna (1978), nella Parte IV A della Costituzione dell'India (1949/1950), nel Titolo II, Capitolo I, della Costituzione del Brasile (1988), nell'art. 2 e nella Parte I della Costituzione dell'Italia (1947), ecc

⁶⁰¹ È opportuno fare nuovamente menzione alla Costituzione statunitense, il cui preambolo esorta alla promozione di un'unione più perfetta ("*more perfect union*") e del benessere generale ("*general welfare*"), obiettivi che presuppongono l'azione cooperativa del popolo americano. Aínda: SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, p. 143.

⁶⁰² SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights*. p. 141. Traduzione libera: "descrevem o que os cidadãos devem fazer".

⁶⁰³ Sobre previsões análogas, conferir arts. 6.2, 12-A, 1, da Constituição da Alemanha (1949), arts. 4º, 9º, 30, 48 e 52 da Constituição da Itália (1947), art. 27.4, 30, 31, 35.1, 39.3 e 45 da Constituição da Espanha (1978), arts. 14, §1º, I, 227 e 225 da Constituição do Brasil (1988) e arts. 66, n. 1, 276, n. 1, da Constituição de Portugal (1976).

⁶⁰⁴ Art. 117 della Costituzione del Portogallo (1976) e art. 95 della Costituzione della Colombia (1991). Qui è importante evidenziare il dovere giuridico, normalmente vigente nella *common law*, di agire come giurato in questioni più ampie, oltre il giudizio dei reati contro la vita, come avviene nella *civil law*. È certo che, nell'ambito della prima famiglia giuridica, la previsione di questo dovere non sempre si trova nella Costituzione, ma in norme di rango inferiore. In questi casi, ciò lo allontana dal concetto stretto di

non abusare dei propri, di partecipare attivamente alla vita pubblica, di agire in conformità con la solidarietà⁶⁰⁵ e di promuovere i Diritti Umani⁶⁰⁶. Si possono citare i doveri di proteggere i poveri⁶⁰⁷, di valorizzare la cultura, di sviluppare la scienza, di abbandonare la violenza o di rinunciare a pratiche fisico-psichiche lesive della dignità della donna⁶⁰⁸. Tuttavia, nonostante l'esistenza di disposizioni con fattispecie o statuti analoghi, ogni Costituzione stabilisce il proprio bilanciamento nelle relazioni tra individuo e potere, libertà e autorità, non esistendo una formula costituzionale omogenea⁶⁰⁹.

Le norme relative ai doveri non si trovano comunemente enumerate in cataloghi⁶¹⁰, né rinchiusi in previsioni tassative. Esse si presentano disperse nei testi costituzionali⁶¹¹, assumendo un carattere relativamente aperto. Si può persino parlare di un grado di apertura, tuttavia piuttosto moderato. Si rende necessaria una fondazione costituzionale espressa o implicita, una sorta di riserva di Costituzione⁶¹² per l'attribuzione della nota di fondamentalità a un dovere⁶¹³. In questo tale dovere si differenzia da quelli sviluppati nella legislazione ordinaria⁶¹⁴, i quali, derivando da un'autorizzazione costituzionale, devono osservare i limiti di conformazione prefissati per lo stesso dovere, oltre a preservare il nucleo degli altri Diritti Fondamentali⁶¹⁵.

Tuttavia, anche se con parsimonia, si ammette la derivazione di nuovi Doveri Fondamentali e il riconoscimento di doveri impliciti, estratti indirettamente dalla Costituzione, soprattutto quando necessari all'esercizio di nuovi diritti o alla luce di altri interessi costituzionalmente protetti,

Dovere Fondamentale. Tuttavia, si tratta comunque di un rilevante dovere giuridico. SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 137.

⁶⁰⁵ Nella dottrina italiana, si osserva che i Doveri Fondamentali inderogabili sono costruiti su tre nuclei inscindibili: solidarietà politica, economica e sociale. I cittadini sono obbligati ad adempiere ai loro doveri in queste tre dimensioni. La solidarietà politica si esemplifica nei diritti di voto, nella difesa della patria, nell'obbedienza alle leggi e nella fedeltà alla repubblica. La solidarietà economica si manifesta nel dovere di pagare i tributi e in altri. La solidarietà sociale si esprime nei doveri di istruirsi e lavorare. Queste dimensioni compongono un sistema coerente, i cui principi si sostengono reciprocamente. CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. p. 241; e MORELLI, Alessandro. I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà. In: VENTURA, L.; MORELLI, A. (a cura di). **Principi costituzionali**.

⁶⁰⁶ Preambolo della Costituzione ungherese (2011).

⁶⁰⁷ Art. 95 della Costituzione della Colombia (1991).

⁶⁰⁸ Parte IV A della Costituzione dell'India (1949/1950).

⁶⁰⁹ LANCHESTER, Fulco. Los deberes constitucionales en el derecho comparado. **Revista de Derecho Constitucional Europeo – ReDCE**, p. 76 e 80.

⁶¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 532.

⁶¹¹ Nella Costituzione brasiliana vi sono numerose previsioni: il dovere di riunione pacifica (art. 5, XVI), la funzione sociale della proprietà (art. 5, XXIII), il dovere di non violare i diritti fondamentali (art. 5, XLI, XLII, LXVII, LXIX, LXXI, LXXIII e LXXV), doveri organizzativi dello Stato (artt. 17, 144 e da 163 a 150), dovere di voto (art. 14, §1), dovere di pagare le imposte (artt. da 145 a 162), la sicurezza pubblica come responsabilità di tutti (art. 144), doveri familiari (artt. 226 e 230) e protezione dell'ambiente (art. 225), tra gli altri. SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista de direito constitucional e internacional**. Ano 24, v. 95, p. 125-159, abr-jun/2016.

⁶¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 532.

⁶¹³ Come accade per i Diritti Fondamentali, si applicano i concetti di fundamentalità formale e materiale, già studiati in precedenza (Capitolo II, 2.1.). La configurazione di un Dovere Fondamentale presuppone una previsione espressa o implicita nella Costituzione (fondamentalità formale). E nel caso dei Doveri, più che in quello dei Diritti, si presume che le imposizioni siano sostanzialmente rilevanti per la vita comunitaria (fondamentalità materiale), non essendo pacifica l'ammissione di Doveri privi di una fondata ragione. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 73.

⁶¹⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 63.

⁶¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 534.

siano essi pubblici o privati⁶¹⁶. Una simile espansione può anche derivare da costruzioni dottrinali e giurisprudenziali⁶¹⁷, ma ciò non avvicina i doveri al trattamento costituzionale, legislativo, dottrinale e giurisprudenziale attribuito ai diritti⁶¹⁸, né conferisce simmetria al regime normativo di questi⁶¹⁹, né rende l'ordine costituzionale ricettivo ai doveri con uguale intensità. Vi è, infatti, e forse proprio per questo margine minore, un deficit teorico delle posizioni passive riflesse nei doveri, nelle soggezioni e nelle obbligazioni in generale⁶²⁰, non essendo inappropriata una certa cautela nell'espansione dei doveri.

Come già segnalato, i Doveri Fondamentali sono una conseguenza dell'efficacia oggettiva dei Diritti Fondamentali⁶²¹. Secondo tale dottrina, i diritti non si esauriscono nel soggetto titolare, ma vanno oltre per diffondere valori oggettivi nella comunità, i quali devono essere rispettati e promossi sia dallo Stato, verticalmente, sia orizzontalmente dai privati⁶²². L'implementazione dei valori avviene attraverso i doveri⁶²³. Quando si rispetta il diritto di qualcuno, non si sta rispondendo a un interesse esclusivo del titolare, ma anche agli interessi oggettivi della comunità nel mantenimento dell'ordine. Gli stessi Doveri Fondamentali godono, già di per sé, di un'efficacia oggettiva⁶²⁴.

Conviene segnalare che il fondamento di tali doveri è anche personalistico, basato sul senso di responsabilità dell'individuo nei confronti del corpo politico-sociale, segnando una rivalutazione della persona nel nucleo della Costituzione e non essendo mero riflesso della supremazia dello Stato⁶²⁵. Anche se la tradizione liberale dello Stato di Diritto conferisce primazia ai diritti e alla posizione attiva dell'individuo, tale concezione coesiste con un ruolo determinante degli attori privati nella realizzazione del bene comune di una società democratica⁶²⁶, implicando libertà con responsabilità, generando doveri di protagonismo della cittadinanza e partecipazione alla vita pubblica, non solo tramite il voto ma anche in questioni ambientali⁶²⁷, urbanistiche, audizioni pubbliche e altre sfere della vita collettiva, nonché promuovendo la ripartizione degli oneri comunitari⁶²⁸.

Si constata qui il tratto antropocentrico che, con l'avvento della modernità, ha fatto sì che il Diritto (*lato sensu*) migrasse dalla ricerca medievale di relazioni oggettive, di ciò che è giusto in ogni caso, all'atteggiamento degli individui di fronte alle norme, essendo i doveri una

⁶¹⁶ MORELLI, Alessandro. I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà. In: VENTURA, L.; MORELLI, A. (a cura di). **Principi costituzionali**.

⁶¹⁷ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 136.

⁶¹⁸ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 134-135.

⁶¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 532.

⁶²⁰ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 15.

⁶²¹ Capítulo II, item 2.1.5.

⁶²² SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 142 e 145.

⁶²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 227.

⁶²⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 96-100.

⁶²⁵ CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. p. 241

⁶²⁶ "A questo punto è però evidente il fondamento personalistico dei doveri costituzionali, nel quadro di quella progressiva accentuazione del senso di responsabilità dell'individuo nei confronti della comunità politica e sociale che essi perseguono". LOMBARDI, Giorgio M. **Contributo allo studio dei doveri costituzionali**. Milano: Giuffrè Editore, 1967, p. 467. .

⁶²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**, p. 431.

⁶²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 228.

conseguenza di questo nuovo punto di vista⁶²⁹. È in tale ambiente che i Doveri Fondamentali sedimentano le regole basilari della vita in società, la soddisfazione di necessità vitali generali, l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e l'esercizio, in estensione e modo, dei Diritti Fondamentali⁶³⁰, aiutando nella realizzazione della dignità⁶³¹ e nella promozione della libertà, dell'uguaglianza e della fraternità nelle relazioni sociali.

Accanto ai Diritti, i Doveri Fondamentali integrano una sorta di "(sub)costituzione dell'individuo" o "statuto costituzionale dell'individuo", potendosi affermare che, sotto un certo aspetto, entrambi costituiscano una materia in *lato sensu* dei Diritti Fondamentali⁶³² una sorta di capitolo dei Diritti Fondamentali⁶³³. Nella conformazione costituzionale dello statuto giuridico dell'individuo, i paesi dispongono di un considerevole margine di scelta, sebbene limitati dai principi del diritto internazionale e dal nucleo dello Stato di Diritto e della democrazia⁶³⁴. La combinazione delle posizioni dell'individuo di fronte al potere forma uno statuto costituzionale con maggiori o minori oneri e integra, perciò, la tematica dei Diritti Fondamentali, non rappresentando, nella topografia costituzionale, un tema di organizzazione statale, politica, economica o sociale⁶³⁵. Se i diritti sono più vicini agli *status negativus, positivus, activus*, i doveri sono affini allo *status subiectionis*⁶³⁶, i doveri sono affini allo *status subiectionis*, sebbene la corrispondenza sia allegorica⁶³⁷. Inoltre, il regime generale dei diritti si estende, con adattamenti, ai doveri, applicando i principi di uguaglianza, proporzionalità, tutela giurisdizionale e obbligatorietà alle persone fisiche e giuridiche, tra gli altri⁶³⁸.

Nella accezione qui delimitata, i Doveri Fondamentali risultano da relazioni giuridiche nelle quali i privati sono situati nel polo passivo. Ne consegue che lo Stato, la comunità o altri privati si posizionano nel polo attivo. Pertanto, lo Stato e la comunità sono titolari di alcuni di questi doveri, invertendo la logica rispetto ai diritti. Tuttavia, è certo che lo Stato può anche essere il soggetto passivo di doveri derivanti dai Diritti Fondamentali⁶³⁹. Allo stesso modo, esistono situazioni in cui il titolare di un dovere è anche il suo destinatario o soggetto passivo, come avviene in materia di salute, spettando alla persona preservare la salute individuale e, facendolo, promuovere anche la salute pubblica⁶⁴⁰. I recenti dibattiti intorno alla vaccinazione obbligatoria e anche quelli legati all'uso personale di droghe rientrano in questo contesto⁶⁴¹.

⁶²⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. *Doxa*, p. 329.

⁶³⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. *Doxa*, p. 339.

⁶³¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 40.

⁶³² NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 25-26 e 59.

⁶³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 532.

⁶³⁴ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 56-60.

⁶³⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 37.

⁶³⁶ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen rechtliche*. p. 81-84 e 89-140.

⁶³⁷ JELLINEK, Georg. *System der subjektiven öffentlichen rechtliche*. p. 81-84 e 89-140.

⁶³⁸ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 121.

⁶³⁹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 65-66 e 103.

⁶⁴⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 105.

⁶⁴¹ GEMMA, Glaudio. La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima. *Rivista AIC - Associazioni Italiana dei Costituzionalisti*. n. 4, p. 329-358, 2021. Disponível em: < https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2021_15_Gemma.pdf >. Acesso em 03 de março de 2022.

Si tratta, infine, di posizioni giuridiche essenziali per la comunità, permanenti e universali⁶⁴², essendo irrinunciabili per il legislatore e imponendosi a tutti gli individui. Sebbene esistano doveri che ricadono su persone in una situazione specifica, la differenza di estensione e intensità non allontana l'universalità. Anche le persone giuridiche e gli enti privati non personificati possono essere destinatari di doveri compatibili con la loro natura⁶⁴³.

2.2.1. L'autonomia dei Doveri e le loro relazioni con i Diritti

La percezione che al diritto di uno corrisponda il dovere di un altro, cioè la tesi della corrispettività o simmetria, è un riduttore di complessità che comporta un rischio per lo stato di libertà, rendendo inappropriato equiparare le figure⁶⁴⁴. È come se si trattasse di due monete distinte, prodotte in comune e in circolazione nella stessa economia, una placcata in oro e l'altra in argento. Di fronte a ciò, i Diritti e i Doveri Fondamentali preservano le loro autonomie come categorie giuridiche, anche se mantengono interazioni profonde e varie⁶⁴⁵.

Esistono doveri autonomi che emergono come una realtà totalmente esterna ai diritti. Tuttavia, spesso i doveri finiscono per istituire limiti immanenti all'ambito di protezione dei diritti, impone condizioni o forme per i rispettivi esercizi e giustificare restrizioni legislative⁶⁴⁶ e interpretative⁶⁴⁷, purché osservino il nucleo essenziale⁶⁴⁸, la dignità della persona umana e la proporzionalità, non esistendo una base a priori per la prevalenza dell'interesse comunitario su quello individuale⁶⁴⁹ e viceversa. In altre occasioni, emergono figure miste come i diritti-doveri e i doveri-diritti, come è evidente nel diritto-dovere all'ambiente e alla creazione dei figli. Inoltre, l'efficacia oggettiva dei Diritti Fondamentali li trasforma in doveri da soddisfare, verticalmente e orizzontalmente, dallo Stato e dai privati⁶⁵⁰.

Tutte queste interazioni non riducono i doveri a facce dei diritti, così come non li riconducono a facce del potere. In realtà, i doveri sono elevati alla condizione di elemento costituzionale autonomo indispensabile all'equilibrio della comunità, all'equazione tra gli estremi del liberalismo individualista e del totalitarismo dello Stato, agendo come un correttivo di rotta nella strada che conduce al bene comune. Anche se si deve attribuire primazia all'individualità e alla libertà, queste si impongono infiltrate dalla coscienza della responsabilità, evitando così l'ipertrofia dei diritti e l'atrofia dei doveri⁶⁵¹.

2.2.2. Funzioni ed efficacia

Innumerevoli sono le funzioni svolte dai Doveri Fondamentali in una società democratica. Essendo amalgamati a principi come uguaglianza, giustizia, solidarietà e responsabilità e dotati di

⁶⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 532.

⁶⁴³ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 111.

⁶⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 533.

⁶⁴⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 26-27.

⁶⁴⁶ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, p. 148.

⁶⁴⁷ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 72-73.

⁶⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 534-535.

⁶⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 230-231.

⁶⁵⁰ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 27.

⁶⁵¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 28-35.

permanenza e universalità, i doveri diffondono una forza assiologica concretizzatrice dei valori politici fondamentali dell'ordinamento, servendo come criterio di azione degli organi statali, come guida per l'azione sociale e politica e come parametro per l'interpretazione della Costituzione e della legislazione⁶⁵². Essi appaiono inoltre come contrappeso ai diritti affinché la bilancia della Giustizia⁶⁵³ diventi equilibrata, senza pregiudizio del fatto che, nel confronto tra diritti e doveri, nel dubbio tra libertà e responsabilità, prevalga l'interpretazione o la norma più favorevole ai diritti (*in dubio pro libertate*)⁶⁵⁴.

Imponendo linee guida sostanziali di azione e orientando il senso dell'ordinamento, i Doveri Fondamentali operano in modo simile ai Diritti Fondamentali. Più di questo, la dimensione normativa dei doveri autorizza che essi funzionino come guida per la determinazione della portata dell'ambito di protezione degli stessi diritti⁶⁵⁵, stabilendo doveri immanenti che, facendo parte dei diritti e costituendo i perimetri per il loro esercizio⁶⁵⁶, interferiscono direttamente nei loro contenuti o li ridefiniscono⁶⁵⁷. Tale dimensione normativa serve anche come base per la restrizione dei Diritti Soggettivi (*lato sensu*) da parte della legislazione o per via interpretativa, purché sia preservato il nucleo essenziale e rispettato il test della proporzionalità⁶⁵⁸. Qui, è importante ribadire che, così come non esiste una gerarchia anticipata tra diritti, non vi è nemmeno una gerarchia tra doveri e tra diritti e doveri, dovendo essere integrati e ponderati nel caso concreto⁶⁵⁹, con una leggera inclinazione a favore dei diritti.

La positivizzazione dei Doveri Fondamentali e l'estrazione di doveri impliciti funzionano come supporti di legittimazione per misure che, ancorate all'interesse comune, alla diffusione di valori fondamentali e rivestite di ragionevolezza e proporzionalità, possono influire sulla libertà delle persone, sul patrimonio⁶⁶⁰, su certe relazioni personali o su sfere demarcate all'autonomia personale⁶⁶¹. Allo stesso tempo, alcuni doveri possono assumere una funzione di garanzia consistente nella fissazione di limiti sostanziali e formali alla conformazione dei doveri da parte degli organi statali, in particolare dal legislatore⁶⁶², come avviene con le disposizioni che, affidando alla legislazione ordinaria la disciplina del servizio militare obbligatorio, tutelano l'obiezione di coscienza⁶⁶³. Così, nel configurare i doveri, il legislatore rimane aderente al profilo costituzionale⁶⁶⁴.

I doveri sono ancora parametri di valutazione della legittimità degli atti e delle omissioni statali e agiscono come bussola per l'azione esecutiva, legislativa e giudiziaria, integrando la

⁶⁵² SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, p. 150.

⁶⁵³ La bilancia simboleggia, nel Diritto, l'equazione tra castigo e colpa, legge e giustizia, libertà e oppressione, diritti e doveri, nuovo e antico, accanto a tante altre dicotomie che le spetta equilibrare..

⁶⁵⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 120.

⁶⁵⁵ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, p. 150-151.

⁶⁵⁶ PALMA, Adele. **Il diritto-dovere alla salute: diritti e libertà fondamentali**. Roma: Gruppo Editoriale Tab, 2021. p. 67.

⁶⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 231.

⁶⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 232.

⁶⁵⁹ PALMA, Adele. **Il diritto-dovere alla salute**. p. 69.

⁶⁶⁰ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, p. 151.

⁶⁶¹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 19.

⁶⁶² SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. *Revista Chilena de Derecho*, p. 152.

⁶⁶³ Un esempio è dato dall'articolo 30, paragrafo 2, della Costituzione spagnola (1978).

⁶⁶⁴ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la constitución española de 1978. *Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla*. p. 290.

Costituzione materiale. In quanto strumenti per il raggiungimento dei fini dello Stato e dell'interesse generale attraverso comportamenti pubblici e privati⁶⁶⁵, i doveri operano, direttamente o indirettamente, in qualità di veicoli di protezione della persona umana, di attuazione dei diritti delle presenti e future generazioni⁶⁶⁶, di promozione della democrazia partecipativa e di prevenzione dei conflitti individuali e collettivi. Lo stesso ordine della vita in società passa attraverso l'effetto interpretativo e la forza normativa dei doveri⁶⁶⁷.

Si discute nella dottrina riguardo a questa forza normativa e alla stessa efficacia delle norme costituzionali sui Doveri Fondamentali. Nell'ambito dei Diritti Fondamentali, come visto sopra, l'efficacia può operare attraverso un'applicabilità immediata, soggetta o meno a limitazioni dalla legislazione infracostituzionale, o un'applicabilità condizionata a ulteriori sviluppi legislativi, come avviene con le norme programmatiche⁶⁶⁸, tenendo conto, in tale valutazione, della struttura redazionale del dispositivo e delle possibilità fattico-giuridiche sottostanti. Nel campo dei doveri, prevale una percezione più contenuta riguardo all'efficacia, tendendo a identificarli, nella loro grande maggioranza e fatte salve alcune eccezioni⁶⁶⁹, con norme che dipendono dall'interposizione legislativa, come se non disponessero, di regola, di una densità normativa sufficiente per un'applicazione immediata. Tuttavia, in questo libro si afferma la convinzione che l'applicabilità dei doveri sia simile a quella dei diritti⁶⁷⁰, solo con gli aggiustamenti e le adattamenti necessari, ma senza sfuggire a identiche direttive e senza una regola o presunzione generale che renda necessaria una mediazione legislativa.

La distinzione tra una norma morale e una giuridica risiede proprio nella coattività o coercitività, trascendendo il piano della coscienza individuale per raggiungere quello dell'esigibilità giuridica mediante l'istituzionalizzazione di conseguenze o sanzioni per l'inadempimento⁶⁷¹. Previsti in norme giuridiche, originate o meno da proposizioni morali, i Doveri Fondamentali si investono di normatività analoga a quella inerente ai Diritti Fondamentali, molti dei quali dipendono, peraltro, dai doveri correlativi⁶⁷². Ne risulta che, a seconda dell'enunciato normativo e delle condizioni fattico-giuridiche, un Dovere Fondamentale può avere un'applicabilità immediata, restringibile o meno dalla legislazione infracostituzionale, oppure condizionata a successive concretizzazioni normative, ossia a imposizioni costituzionali e abilitazioni a legiferare che conformino i doveri e sanzionino il loro inadempimento⁶⁷³. In tale contesto, non può sussistere una regola di equivalenza alle norme programmatiche⁶⁷⁴, anche

⁶⁶⁵ VALDÉS, Ernesto Garzón. Los deberes positivos generales y su fundamentación. **Doxa** – Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 3, p. 31, 1986. Disponível em: < <https://doxa.ua.es/article/view/1986-n3-los-deberes-positivos-generales-y-su-fundamentacion> >. Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

⁶⁶⁶ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 152.

⁶⁶⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 99.

⁶⁶⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126.

⁶⁶⁹ Persino gli autori che riconoscono l'assenza di determinabilità giuridico-costituzionale dei Doveri Fondamentali, ritenendo che, come regola generale, necessitino di mediazione legislativa, ammettono eccezioni per doveri strutturati in norme direttamente applicabili, come i doveri di istruzione di base, di educare i figli, i doveri primari di obbedienza alle leggi e di rispetto verso il prossimo, i diritti-doveri e alcuni doveri di portata generale. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 536; e NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 154.

⁶⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 231.

⁶⁷¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 334-335.

⁶⁷² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 110.

⁶⁷³ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 165.

⁶⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 535.

perché i Doveri Fondamentali sono comandi diretti anche al giudice, all'amministratore⁶⁷⁵ e ai privati, con efficacia verso tutti. In ogni caso, i Doveri estratti dalla Costituzione hanno l'effetto, quanto meno, di revocare la legislazione ordinaria che con essi confligge⁶⁷⁶.

È innegabile che una quantità significativa di doveri dipenda dall'interposizione legislativa necessaria per la creazione di schemi organizzativi, procedure e garanzie che regolino il loro adempimento⁶⁷⁷ e le loro condizioni di esercizio. Ciò può avvenire mediante mandati costituzionali imperativi al legislatore o attraverso semplici abilitazioni⁶⁷⁸ che gli consentano l'emanazione di atti normativi⁶⁷⁹, con o senza indirizzi formali o contenutistici previ. Tuttavia, permangono doveri immediatamente applicabili, ai quali non si deve attribuire una nota di eccezionalità o rarità. La forza normativa della Costituzione e la sua efficacia obiettiva sono premesse unitarie delle norme *jusfundamentales*, le quali si impongono, nei confronti dello Stato e dei privati⁶⁸⁰, sia in materia di diritti sia di doveri. Tuttavia, occorre essere cauti nel trattare l'imposizione di sanzioni penali, amministrative ed economiche derivanti dai doveri, in ossequio al principio di legalità⁶⁸¹.

2.2.3. Alcune tipologie

Le classificazioni non esauriscono sempre tutta la complessità di un tema. Ciò avviene, come visto, sia in sede di Diritti Fondamentali sia di Doveri Fondamentali. Tuttavia, è innegabile la loro importanza ai fini didattici e di sistematizzazione, nonché per la stessa evoluzione teorico-dogmatica.

Una prima classificazione è quella che divide i doveri, per contenuto, tra autonomi, collegati ai diritti, connessi ai diritti⁶⁸² e correlativi ai diritti. Autonomi sono quei doveri scollegati dalla conformazione materiale di un qualche diritto soggettivo, come ad esempio il servizio militare e il pagamento delle tasse⁶⁸³. Questi doveri gravano allo stesso modo sui cittadini dello Stato, anche se non si trovano in una relazione concreta con altri⁶⁸⁴, non essendo semplice conseguenza di diritti o potestà che la Costituzione attribuisce, ma rappresentando anche limiti generali a certi tipi di diritti o all'insieme dei diritti⁶⁸⁵. I doveri collegati ai Diritti Fondamentali hanno l'obiettivo di indebolire o limitare il contenuto del diritto al quale sono collegati, sottoponendolo a una disciplina giuridica, come avviene con la funzione sociale delle proprietà urbane e rurali⁶⁸⁶, il cui regime può stabilire certi modi e requisiti all'esercizio del diritto⁶⁸⁷. I doveri connessi (o associati) si caratterizzano per una coincidenza del contenuto del dovere con parte del contenuto

⁶⁷⁵ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 157.

⁶⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 231.

⁶⁷⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. p. 535.

⁶⁷⁸ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la constitución española de 1978. **Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla**.

⁶⁷⁹ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 139-140.

⁶⁸⁰ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 140-141.

⁶⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 231.

⁶⁸² NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 116-117.

⁶⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 229.

⁶⁸⁴ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 136.

⁶⁸⁵ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 39.

⁶⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 229.

⁶⁸⁷ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 147-148.

del diritto, escludendo la libertà di non esercitare un diritto o imponendo un comportamento che fa parte del contenuto stesso del diritto. Essi possono figurare come diritti-doveri e doveri-diritti, a seconda che prevalga una o l'altra posizione⁶⁸⁸. I diritti-doveri alla salute e all'ambiente si inseriscono in tale figura⁶⁸⁹. Infine, i correlativi consistono nei doveri che corrispondono al diritto di altri⁶⁹⁰ come l'altra faccia della medaglia, in una prestazione biunivoca, alla luce della massima secondo cui al diritto di qualcuno è correlato il dovere di rispettarlo e di non violarlo per azione o omissione⁶⁹¹. Tuttavia, l'inquadramento dei doveri in categorie non sempre si mostra qualcosa di semplice.

Un'altra classificazione è quella che, similmente ai diritti⁶⁹², categorizza i doveri per dimensioni, ripartendoli in civico-politici, sociali, economici e culturali, e collettivi e diffusi. I primi (civici e politici) sono propri dello Stato Liberale, identificandosi con doveri autonomi come quelli di difendere la patria e adempiere ai tributi. Successivamente, si è passati al dovere di partecipazione politica mediante il voto, connesso o associato al diritto di voto⁶⁹³. I secondi (sociali, economici e culturali) sono emersi con l'avvento dello Stato Sociale e si mostrano, a loro volta, anche connessi ai diritti di tale natura, citando i doveri di istruzione obbligatoria, di educare i figli, di preservare la salute e di esercitare funzioni pubbliche non retribuite⁶⁹⁴. I terzi (collettivi e diffusi) si riferiscono alla collettività e al futuro, rivelando doveri associati alla tutela dell'ambiente, del patrimonio culturale e altro⁶⁹⁵. Ogni dimensione di diritti implica, sebbene senza esattezza, un ciclo di doveri.

In relazione alla natura, esistono doveri di prestazione negativa (non facere) e positiva (facere)⁶⁹⁶, oltre ai doveri di sopportare (*pati*). In esempi meno ovvi, si può elencare il dovere del cittadino di astenersi da attività politica all'estero, il dovere del datore di lavoro di facilitare le condizioni per l'esercizio delle riunioni e della libertà sindacale e, inoltre, le servitù amministrative che impongono soggezioni al diritto di proprietà. Non è raro che un dovere riunisca un contenuto complesso con più di una prestazione, come nel caso della salute e dell'ambiente, rispetto ai quali è necessario astenersi dal danneggiare e promuovere⁶⁹⁷.

I doveri si classificano ancora in generali e specifici. I generali sono quelli che ricadono sull'intero corpo politico-sociale⁶⁹⁸, come il servizio militare obbligatorio e il voto⁶⁹⁹. Sono generali anche quelli che prescrivono una condotta di assistenza al prossimo, accompagnata da un sacrificio triviale, la cui esistenza è indipendente dall'identità dell'obbligato o dei destinatari, nonché da una relazione giuridica previa o da un diritto correlativo di qualcuno⁷⁰⁰, basandosi

⁶⁸⁸ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 116.

⁶⁸⁹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 39.

⁶⁹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 336.

⁶⁹¹ SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 146-147.

⁶⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 230.

⁶⁹³ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 45-48.

⁶⁹⁴ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 49-51.

⁶⁹⁵ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 52-53.

⁶⁹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 336.

⁶⁹⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 112.

⁶⁹⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 330.

⁶⁹⁹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 72-73.

⁷⁰⁰ VALDÉS, Ernesto Garzón. Los deberes positivos generales y su fundamentación. **Doxa**, p. 17.

sull'interesse della collettività o di qualsiasi altra persona che si trovi in una determinata situazione. In questo senso, il rispetto del dovere beneficia non solo il titolare di un diritto soggettivo, ma una dimensione di utilità generale, l'insieme dei cittadini e lo Stato⁷⁰¹. D'altra parte, i doveri specifici sono quelli rivolti a determinati individui o persone collettive⁷⁰² private o pubbliche, derivanti da diverse posizioni giuridiche, che possono essere provvisorie o permanenti, o da professioni⁷⁰³ o ancora da relazioni giuridiche che, non essendo generali, siano legate a un diritto soggettivo correlativo di un titolare concreto⁷⁰⁴. Si può citare, a tal proposito, il segreto medico o il dovere di dire la verità in giudizio⁷⁰⁵.

Inoltre, alcune rilevanti classificazioni sono già state trattate in precedenza, mentre altre meritano solo una menzione sintetica. Quanto all'efficacia, i doveri sono immediatamente esigibili o condizionati alla mediazione legislativa. Per quanto riguarda la fonte normativa, questa può essere costituzionale, legale, dottrinale⁷⁰⁶ o giurisprudenziale, così come esplicita o implicita, quest'ultima comprendendo i doveri derivati da previsioni costituzionali, dalla forma repubblicana di governo o dalla personalità umana⁷⁰⁷. Da ciò non deriva, tuttavia, che a ogni diritto corrisponda un dovere implicito⁷⁰⁸, o che i doveri possano essere inventati liberamente e selettivamente a partire da principi, o che esista una apertura giuridica illimitata all'espansione dei doveri. Sotto la prospettiva dei titolari o soggetti attivi, alcuni doveri vincolano il cittadino nei confronti dello Stato, come i doveri civico-politici. Altri obbligano l'individuo nei confronti della collettività, come accade con i doveri sociali, culturali ed economici. Ci sono quelli che obbligano le persone nelle relazioni con altre, come il dovere dei genitori di crescere ed educare i figli. Alcuni si impongono alle persone nelle relazioni con sé stesse, come il dovere di preservare la salute⁷⁰⁹. Ma anche le collettività (partiti, famiglia, sindacati, ecc.) e gli Stati, nelle sfere nazionale e internazionale, sono titolari di doveri⁷¹⁰. Infine, nelle relazioni mantenute con sé stessi, i doveri possono essere principali e strumentali, a seconda che racchiudano una dimensione comunitaria giustificata per sé o servano come accessori per altri doveri⁷¹¹.

3. UN MEDESIMO TRAMONTO

Il Capitolo I ha rivelato, tra le altre cose, che il Diritto non si riduce a diritti o a rivendicazioni. In sintesi, si è visto che è insoddisfacente qualsiasi comprensione che conferisca loro un regno o anche un peso sproporzionato, senza considerare adeguatamente, anche se in misura minore, le loro interrelazioni con altre categorie centrali e la funzione di governare con

⁷⁰¹ Si può citare il dovere di prestare assistenza a chi ha fame o a una persona ferita. Sul tema: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Los deberes fundamentales*. *Doxa*, p. 336.

⁷⁰² NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 116.

⁷⁰³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Los deberes fundamentales*. *Doxa*, p. 330.

⁷⁰⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Los deberes fundamentales*. *Doxa*, p. 336.

⁷⁰⁵ Si utilizzano tali esempi, sebbene non si tratti di doveri normalmente contenuti nei testi costituzionali, per variare l'illustrazione. BANDIERI, Luis María. *Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales?* In: LEITE, Goerge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (orgs.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, p. 211-244.

⁷⁰⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Los deberes fundamentales*. *Doxa*, p. 336.

⁷⁰⁷ BANDIERI, Luis María. *Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales?* In: LEITE, Goerge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (orgs.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*, p. 211-244.

⁷⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 230.

⁷⁰⁹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 115.

⁷¹⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Los deberes fundamentales*. *Doxa*, p. 336.

⁷¹¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. p. 117.

successo la vita in società. Infine, è stato evidenziato un necessario equilibrio dell'universo del Diritto, che passa attraverso una visione più completa e il rilievo al ruolo dei doveri.

Il Capitolo II, ora concluso, trattando dei Diritti e Doveri Umani e Fondamentali, conferma tale percezione. Queste nuove categorie, costituendo una galassia o sottosistema del sistema giuridico⁷¹², inoculano nel DNA del Diritto una vivacità assiologica e deontologica espressiva. Esse diventano uno dei sensi stessi dell'ordine giuridico, clausolandolo con diverse premesse sostanziali e procedurali, stabilendo contenuti e meccanismi per la creazione e l'aggiornamento delle norme e rendendo possibile la convivenza in una società democratica e responsabile. Nel contesto del libro, l'importanza del Capitolo risiede nel conferire un trattamento giuridico, per la maggior parte dogmatico, ai Diritti e Doveri Umani e Fondamentali, con particolare attenzione a questi ultimi, in modo da contribuire alla consolidazione dei doveri come categoria giuridica. La lettura rivela che i diritti si svuotano senza doveri, trattandosi di nozioni che, sebbene indipendenti, si mostrano anche complementari, mantenendo intense e profonde relazioni. Senza entrambi, si compromette il senso del Diritto e la sua stessa intenzione di governare una società vocata non solo alla protezione degli individui, ma anche alla promozione dell'ordine e del benessere della comunità.

⁷¹² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. p. 109.

CAPITOLO III

SU DIRITTI E DOVERI: ACCESSO ALLA GIUSTIZIA, GIUDIZIALIZZAZIONE DELLA POLITICA E ATTIVISMO GIUDIZIARIO

In linee molto generali, il Capitolo I ha trattato la Teoria del Diritto. Tra gli altri argomenti, ha compreso diritti, doveri, le classificazioni di entrambi e altre categorie cruciali. Il Capitolo II ha rappresentato una continuità dell'approccio, ora rivolto al sottosistema dei Diritti e Doveri Umani e Fondamentali. In entrambe le sezioni è stata caratterizzata la preponderanza dei diritti sui doveri nell'universo del Diritto⁷¹³. Questo, peraltro, è qualcosa già verificato da ricerche empiriche che dimostrano il grande deficit dottrinale sulla figura dei doveri negli studi giusfilosofici e dogmatici in Paesi come Italia, Francia e Germania⁷¹⁴, il che si riproduce anche in altri luoghi e a livelli costituzionale, legislativo e giurisprudenziale⁷¹⁵.

Il primato dei diritti è in qualche misura naturale e auspicabile, non esistendo spazio per regimi che neutralizzano l'individuo, lo sottomettono al potere statale o al tutto sociale, insomma, trascurano persone "in carne ed ossa" a favore di macchine politiche, sociali e apparati amministrativi dello Stato⁷¹⁶. Tuttavia, secondo una nota lezione attribuita a Paracelso, antico medico svizzero (1493-1541), la differenza tra il rimedio e il veleno sta nella dose. Questo Capitolo III, concepito in chiavi già molto meno dogmatiche e un po' più riflessive, si propone di affrontare l'attuale contesto di eccessiva enfasi sui diritti e lo squilibrio democratico che ne risulta, proponendo possibili vie di correzione.

Pertanto, il Capitolo inizia con considerazioni generali sulla cultura dei diritti (*culture of rights*)⁷¹⁷ legata all'eccesso di individualismo. Di seguito, si sostiene che la teoria del Diritto acquisisca maggiore completezza con un recupero moderato del senso del dovere e i riflessi che tale recupero genera nell'attuazione della cittadinanza, nella società e nella democrazia, riallineando i pianeti del Diritto⁷¹⁸. Da qui, si procede verso proiezioni su temi più specifici, rilevanti e altamente dibattuti nello scenario giuridico come l'Accesso alla Giustizia (*lato sensu*), la Giudizializzazione della politica e l'Attivismo Giudiziario.

⁷¹³ Sebbene non trattasse diritto e dovere con l'autonomia che meritano, Hans Kelsen già accennava a questa disparità di attenzioni: "Solitamente si contrappone al dovere giuridico il diritto come diritto soggettivo, ponendo quest'ultimo in primo piano. Si parla, nel dominio del Diritto, di diritto e dovere, non di dovere e diritto (nel senso soggettivo) come nel dominio della Morale dove si accentua più quello che questo. Nella descrizione del Diritto, il diritto (soggettivo) emerge tanto in primo piano che il dovere quasi scompare dietro di esso e quello - nel linguaggio giuridico tedesco e francese - è persino designato con la stessa parola con cui si designa il sistema di norme che forma l'ordine giuridico: con la parola *Recht* (diritto), *droit*". KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. p. 140.

⁷¹⁴ LANCHESTER, Fulco. Los deberes constitucionales en el derecho comparado. **Revista de Derecho Constitucional Europeo – ReDCE**, p. 68.

⁷¹⁵ Ancora Sul tema: SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, p. 134-135.

⁷¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **La democrazia attraverso i diritti** (Ebook). p. 239 de 789. .

⁷¹⁷ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 154.

⁷¹⁸ Sulla Legge come universo, i suoi pianeti e i suoi satelliti, si veda il Capitolo 1.

Nel corso dell'esposizione, si cerca di proporre aggiustamenti o nuove prospettive, generali e puntuali, che aiutino ad armonizzare i diritti e i doveri, gli interessi individuali e collettivi, nel percorso verso un maggiore equilibrio. L'intento è di permettere al Diritto di perfezionarsi nel suo proposito di reggere una società che, guardando prevalentemente alla persona umana, non lo faccia a detrimento della collettività⁷¹⁹, né naturalizzi i conflitti e la mancanza di considerazione per lo spirito di coesione che forma una società prospera.

1. ALLINEAMENTO DEGLI ASTRIS

La transizione dal mondo medievale a quello moderno è stata caratterizzata, come già visto, da un cambiamento di mentalità: il focus delle norme è migrato dagli interessi comunitari al primato della libertà individuale⁷²⁰, dal Diritto Oggettivo a quello Soggettivo, dalla posizione dello Stato a quella delle persone di fronte al Potere, dal codice dei doveri a quello dei diritti⁷²¹. Se l'idea di individuo esisteva già in epoche antiche, con la modernità essa si è incarnata quasi al punto di riprodurre il mito di Prometeo, rappresentazione del fatto che la specie umana può fare tutto, dotarsi di un potere e una conoscenza che assomigliano l'uomo a Dio⁷²². Contemporaneamente, la formazione culturale e psichica delle persone si è rivelata altamente propensa all'individualità⁷²³ e a una incoerente e generica negazione di forme di intervento governativo⁷²⁴, configurando quello che è già stato chiamato "impulso sociale individualizzante" o "esplosione individualizzante"⁷²⁵. Tale visione del mondo tende alla ricerca di interessi individuali senza una preoccupazione parallela per la collettività e gli interessi generali. Ciò indebolisce la

⁷¹⁹ "Si le droit est consubstantiel à l'idée de société, la fin de la règle de droit ne saurait être que la fin de la société elle-même, à savoir le bien commun". DABIN, Jean. **Théorie générale du droit**. Collection 'Philosophie du droit'. Nouvelle édition. Paris: Dalloz, 1969, p. 215. Traduzione libera: "Se il diritto è consustanziale all'idea di società, il fine del diritto può essere solo il fine della società stessa, ovvero il bene comune".

⁷²⁰ In un celebre discorso tenuto all'Athénée Royal di Parigi nel 1819, Benjamin Constant espone le diverse concezioni di libertà tra i popoli antichi e moderni. Per gli antichi, la libertà era legata all'esercizio diretto del potere politico, assicurando ai cittadini la libertà di partecipare personalmente alla vita pubblica e di decidere su rilevanti questioni sovrane, ma non concedendo loro autonomia nella sfera privata, dove le questioni pubbliche prevalevano sui diritti e le garanzie individuali. Per i moderni, invece, la libertà si concentrava molto più sul dominio privato, sul principio di legalità, sulle garanzie di proprietà e penali, sulle libertà di pensiero e di lavoro, tra le altre, delegando le decisioni pubbliche ai rappresentanti. Così, la vera libertà moderna è la libertà individuale, essendo la libertà politica degli antichi una garanzia della prima. Tuttavia, in quello stesso discorso, il pensatore e politico francese già avvertiva del pericolo che gli individui, assorbiti nel godimento della propria autonomia e in questioni di interesse privato, rinunciassero indebitamente alla libertà politica, alienandosi dalla cosa pubblica, dall'interesse per il perfezionamento del destino comune, e astenendosi dal partecipare attivamente e dal vigilare sui rappresentanti. Per questo motivo, in un passaggio ancora attuale, osservò che entrambe le libertà devono essere combinate. CONSTANT, Benjamin. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**. Disponível em: <<https://www.institutcoppet.org/wp-content/uploads/2015/01/7.-CONSTANT-Benjamin-De-la-liberte-des-Anciens-comparee-a-celle-des-Modernes.pdf>>. Acesso em 02 de maio de 2022.

⁷²¹ Conferir Capítulo II, item 1.2.

⁷²² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. p. 133.

⁷²³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ed. 1 reimp. São Paulo: Editora 34, 2013. Título original: *Risikogesellschaft*. p. 107 e seguintes.

⁷²⁴ Come nota Cass Sunstein, "*Much of the time, the United States seems to be embraced a confused and pernicious form of individualism. This approach endorses rights of private property and freedom of contract, and respects political liberty, but claims to distrust 'government intervention' and insists that people must fend for themselves. This form of so-called individualism is incoherent, a tangle of confusion*". SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 03. Traduzione libera: "Per la maggior parte del tempo, gli Stati Uniti sembrano aver abbracciato una forma confusa e perniciosa di individualismo. Questo approccio avalla i diritti di proprietà e la libertà contrattuale, nonché rispetta la libertà politica, ma afferma di diffidare dell'"intervento governativo" e insiste sul fatto che le persone debbano cavarsela da sole. Questa forma del cosiddetto individualismo è incoerente, un groviglio di confusione".

⁷²⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. p. 108 e 110.

nozione di dovere e impatta sulla concezione di cittadinanza. L'insieme rende appropriato il direzionamento di nuove prospettive su tali tematiche, le quali cercano di generare un nuovo allineamento tra i principali pianeti del Diritto⁷²⁶.

1.1. La cultura dei diritti

L'espressione contemporanea dell'individualismo è peculiare. Non si tratta più di pensare a individui che, vivendo in uno stato di natura antecedente alla creazione dello Stato, sono il perno e la condizione sufficiente dell'ordinamento giuridico-politico che volontariamente istituiscono⁷²⁷, godendo di diritti inalienabili come la vita, la proprietà e la libertà⁷²⁸. Neppure, in una concezione già più recente, di un sentimento che porta l'individuo a isolarsi dalla massa dei suoi simili e a chiudersi nella sua famiglia e amici, sovrapponendo gli interessi di questa cerchia a quelli della società in generale⁷²⁹. Il motivo conduttore ora passa a comprendere l'autosviluppo e la modellazione di persone uniche attraverso una possibilità illimitata di diritti e scelte⁷³⁰, esigendo norme e politiche pubbliche più specifiche al posto delle regolamentazioni generali⁷³¹.

Qui risiede una differenza con l'individualismo dei secoli passati, nel quale alcuni valori sociali tradizionali come il lavoro, la disciplina, l'autocontrollo, la famiglia, la religione e le norme di gruppo delimitavano naturalmente e volontariamente i voleri individuali⁷³². Nella società attuale, il focus si sposta in maniera marcata dalle regole e dall'autorità verso la personalità individuale e verso un arcobaleno di stili di vita⁷³³, in un progetto costruito in forma autonoma, racchiuso nelle proprie scelte, svincolato dai contesti costituzionale, politico, economico e sociale in cui è costruito⁷³⁴.

⁷²⁶ La legge come universo e i suoi pianeti sono trattati nel Capitolo I.

⁷²⁷ COSTA, Pietro. **Cittadinanza**. Bari: Laterza, 2005, p. 60-61.

⁷²⁸ TOSI, Giuseppe. História e atualidade dos direitos do homem. In: NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G.; e FREITAS, Fábio F. B. (org.) **Polícia e democracia: desafios à educação em direitos humanos**. Recife: Gajop, 2002, p. 27-28.

⁷²⁹ Secondo Alexis de Tocqueville, "*Individualism is a mature and calm feeling, which disposes each member of the community to sever himself from the mass of his fellow-creatures; and to draw apart with his family and his friends; so that, after he has thus formed a little circle of his own, he willingly leaves society at large to itself*". TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in america**. v. 2. Translator - Henry Reeve. Pennsylvania State University, 2002. Original title: *Dé la démocratie em ámerica*, p. 574. Disponível em: < <http://seas3.elte.hu/coursematerial/LojkoMiklos/Alexis-de-Tocqueville-Democracy-in-America.pdf> >. Acesso em 27 de abril de 2022. Traduzione libera: "L'individualismo è un sentimento maturo e calmo, che dispone ogni membro della comunità a separarsi dalla massa dei suoi simili; e a ritirarsi con la sua famiglia e i suoi amici; cosicché, dopo aver formato così un piccolo circolo proprio, egli volentieri lascia la società in generale a se stessa".

⁷³⁰ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 02.

⁷³¹ Maria Chiara Locchi sottolinea, in aggiunta, che le società occidentali contemporanee stanno attraversando un processo di diversificazione e frammentazione. Tale processo accresce le differenze culturali, sociali e religiose, oltre ad aumentare la complessità in termini di stili di vita e di spazi di autodeterminazione consentiti dai sistemi locali, nazionali e transnazionali, sovrapposti tra loro. Si aprono così alle persone scelte variegata tra norme di diverse fonti e contenuti. LOCCHI, Maria Chiara. Brief reflections on legal pluralism as a key paradigm of contemporary law in highly differentiated western societies. **Revista brasileira de direito – IMED**. V. 10, n. 02, 2014, p. 74-75. Disponível em: < <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/635> >. Acesso em 12 de maio de 2022.

⁷³² FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 02-03.

⁷³³ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 06-07.

⁷³⁴ CALVIERI, Carlo. Alcune riflessioni sullo stato post-moderno tra 'psicopolitica' e nuova dimensione Internazionale del diritto pubblico nella cornice del 'concetto di politico' di C. Schmitt. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. vol. 24, n. 3, p. 857, set./dez. 2018. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13742> >. Acesso em 21 de junho de 2021.

Questa nuova versione dell'individualismo si ripercuote direttamente sulle idee di Diritto e autorità. Per quanto riguarda il Diritto, si nota un fascino per il mondo giuridico, che risulta nella sua crescita, nell'aumento delle leggi, nella dissoluzione del limite tra ciò che è accessibile e immune al processo giudiziario, nell'esplosione del contenzioso che separa il tessuto sociale.⁷³⁵ Domande e desideri specifici vengono trasformati in diritti e i diritti in controversie, prosciugando i doveri e le ripercussioni delle condotte individuali nella comunità. In relazione all'autorità, essa finisce per essere ridotta a partire da nozioni come individualismo, autogoverno, democrazia e movimenti per i diritti civili come i diritti sessuali, i diritti delle minoranze e altri.⁷³⁶ Nel bilancio complessivo, la crescita del Diritto e dei processi giuridici, tra cui le rivendicazioni, si connette al declino dell'autorità che regola e limita.⁷³⁷ In tale dinamica, il dosaggio eccessivo della cosiddetta "culture of rights" finisce per promuovere una "morally distorted conception of human relations", che "multiplies the occasions for clashes of rights and impedes mutual understanding and the discovery of common ground, thereby trivializing core democratic values"⁷³⁸. Si tratta di rilevanti implicazioni dalla prospettiva dell'individuo assorbito in sé stesso.

Come sta osservando la dottrina,

El individualismo es otro de los rasgos que, con más frecuencia, han servido para caracterizar las sociedades modernas y, sobre todo, para explicar la creciente desintegración y pérdida de civilidad entre sus miembros (Taylor, 1994). La sociedad de consumo y sus valores asociados distancian al ciudadano del compromiso con la participación social; las personas acaban con una visión peligrosamente solipsista de la vida, donde valoran el individualismo en el sentido de un incremento de libertad individual que no desean perder, aunque ello puede suponer perder los vínculos sociales que justifican el sentido de la vida⁷³⁹.

Forse un'altra delle caratteristiche più salienti della cultura giuridica attuale consiste in un'aspettativa generale di giustizia, contrapposta al fatalismo, alla rassegnazione e all'accontentamento passivo prevalenti nel passato⁷⁴⁰. Una parte significativa della popolazione possiede un espressivo senso di titolarità, credendosi autorizzata a reagire contro ciò che le appare come ingiustizia e a cercare qualche tipo di riparazione⁷⁴¹, ma paradossalmente lasciando le responsabilità al Governo⁷⁴². Le persone di oggi, si dice, presuppongono denaro in tasca, buoni

⁷³⁵ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 09.

⁷³⁶ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 08 e 12.

⁷³⁷ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 15.

⁷³⁸ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. p. 154. Traduzione libera: "cultura dei diritti", che "moltiplica le occasioni di conflitto tra diritti e ostacola la comprensione reciproca e la scoperta di basi comuni, banalizzando così i valori democratici fondamentali".

⁷³⁹ LÓPEZ, Rafaela García; PÉREZ, Cruz Pérez; SÁNCHEZ, Juan Escámez. **La educación ética en la familia**. 2ed. Bilbao: Editora Desclée de Brouwer, 2011, p. 48. Traduzione libera: "L'individualismo è un altro dei tratti che, con maggiore frequenza, è stato utilizzato per caratterizzare le società moderne e, soprattutto, per spiegare la crescente disintegrazione e perdita di civiltà tra i suoi membri. La società dei consumi e i suoi valori associati allontanano il cittadino dall'impegno nella partecipazione sociale; le persone finiscono per avere una visione pericolosamente solipsistica della vita, in cui valorizzano l'individualismo nel senso di un incremento della libertà individuale che non vogliono perdere, anche se ciò può significare perdere i legami sociali che giustificano il senso della vita".

⁷⁴⁰ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 60.

⁷⁴¹ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 60.

⁷⁴² Amitai Etzioni fornisce un esempio della società americana che si adatta facilmente ad altre realtà occidentali. Secondo l'autore, tra le altre situazioni che attirano l'attenzione, i giovani americani si aspettano di essere giudicati da una giuria composta dai loro pari, ma sono riluttanti a prestare servizio come giurati. ETZIONI, Amitai. **The spirit of community**. p. 03.

servizi, pane, vestiti e un tetto, oltre a mobilità, controllo e sicurezza⁷⁴³. In tale clima, la fisionomia contemporanea dell'individualismo fiorisce⁷⁴⁴ per ampliare sentimenti di disillusione che culminano in atti rivendicativi⁷⁴⁵, mostrandosi la proposizione di azioni giudiziarie come la scorciatoia più facile per la ricerca di risultati. La cultura agisce nel presupposto permanente che esista, per tutto, un Giudice a Berlino⁷⁴⁶ a disposizione per concedere diritti, tutti creandoli e calcolandoli "solo sulla base della considerazione narcisistica di se stessi e solamente di essi", limitandosi alla prospettiva isolata del soggetto⁷⁴⁷.

Esaltare i diritti è realmente più facile che difendere i doveri⁷⁴⁸, nella misura in cui i primi aumentano la libertà e l'autonomia individuale, mentre i secondi riducono l'autodeterminazione decisionale e, per obbedirvi, si richiede una dose di impegno, costanza e un certo sacrificio⁷⁴⁹. Tuttavia, l'ampia differenza di pesi instaura lo squilibrio nelle società contemporanee⁷⁵⁰, che, di per sé, sono già caratterizzate da asimmetrie e da una ipercomplessità.

Le società attuali si distinguono per scenari antagonisti come tradizionalismo e post-modernità, miseria e consumismo, produzione primaria e sviluppo tecnologico, analfabetismo e sofisticazione intellettuale⁷⁵¹. Si verifica, inoltre, un costante scontro tra realtà e un intreccio di numerosi discorsi, incluso nel cyberspazio. Le distanze sono ridotte dalla tecnologia e superate dalla massificazione, dall'impersonalità e dalla velocità, generando una sensazione collettiva di immediatismo "in cui tutto è istantaneo" e la "lentezza", di qualsiasi cosa, "è sentita in modo particolarmente doloroso"⁷⁵². Le varie possibilità di scelta rendono difficile l'ottenimento di consensi e intensificano le tensioni tra i sistemi sociale, economico e politico. Un simile contesto potenzia conflitti di diverse sfumature, soprattutto quando l'accento, in tutto ciò, si radica in

⁷⁴³ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 60.

⁷⁴⁴ FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 60.

⁷⁴⁵ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**. p. 23.

⁷⁴⁶ In questo senso: CERETTI, Adolfo; e GIASANTI. Prefazione. *In*: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica**. Milano: Giangiaco Feltrinelli editore, 1996. p. 10. È opportuno chiarire che la frase "Ci sono ancora giudici a Berlino" fa parte di un racconto universalmente noto. Secondo la storia, un mugnaio tedesco l'avrebbe pronunciata all'Imperatore Federico II, un despota illuminato che minacciava di sottrargli arbitrariamente la proprietà in cui era cresciuto e dove desiderava che i suoi discendenti crescessero. Da allora, la frase è utilizzata per simboleggiare la fiducia nella giustizia per proteggere gli individui da simili abusi, senza distinzione di potere o classe. Oggi, la nozione di invocare la Giustizia si è ampliata a tal punto che il ragionamento si applica a tutto e finisce per essere banalizzato.

⁷⁴⁷ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 99.

⁷⁴⁸ Nel mondo del Diritto, l'idea di avere diritti e il riconoscimento di numerosi diritti sono acclamati con orgoglio, abbellendo gli ingressi dei Tribunali, adornando le decisioni costituzionali e generando una sorta di magnetismo, in larga misura giustificato. La garanzia dei diritti è un presupposto di qualsiasi civiltà. Tuttavia, il grado con cui si percepisce la missione del Diritto a partire dai diritti, quasi trascurando i doveri, costituisce il punto sensibile di uno squilibrio funzionale. La maggiore simpatia o il maggiore carisma proprio dei diritti non deve sacralizzarli, disconnetterli dalle esigenze della vita in società, elevarli a un piano onirico, svincolato da certi doveri. Né autorizza l'imprigionamento a convinzioni sorte in realtà non più attuali, nelle quali il culto dei diritti individuali e la diffidenza nei confronti dei doveri erano risposte necessarie contro il totalitarismo. Sebbene sia sempre importante e primario vedere il Diritto a partire dai diritti, tale percezione si rivela incompleta, sovrapponendosi ad altre preoccupazioni e non tenendo conto di rilevanti fattori che, nell'attualità, si legano alla tematica. È necessario trattare con più naturalezza i doveri e la loro difesa, smettendo di vederli come qualcosa di negativo che, per generalizzazione, milita contro le persone.

⁷⁴⁹ CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. p. 236.

⁷⁵⁰ PALMA, Adele. **Il diritto-dovere alla salute**. p. 69-70.

⁷⁵¹ CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996, p. 144.

⁷⁵² GUEDES, Armando Marques. A morosidade da justiça em Portugal. *In*: RIBEIRO, Manuel de Almeida (coord). **Um debate sobre a morosidade da justiça**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 36.

interessi personali che tradiscono il fine essenziale del Diritto (*lato sensu*) di rendere possibile la società⁷⁵³ con l'armonizzazione degli interessi delle persone e della comunità.

1.2. I doveri: un complemento necessario

La bacchetta dei doveri permette un ritocco congiunturale. Sono i doveri che integrano la Teoria del Diritto affinché gli uomini non pensino unicamente a carte vincenti, alla conquista di nuovi diritti, alla ricerca di beni materiali e della felicità individuale, dimenticandosi degli stimoli per il bene comune⁷⁵⁴, dell'adempimento spontaneo degli obblighi, del rispetto dei diritti altrui, della protezione della cosa pubblica e dell'assunzione di oneri autonomi necessari per il successo comunitario⁷⁵⁵. Mentre l'enfasi sui diritti tende a separare gli esseri umani, l'attribuzione di un peso misurato ai doveri insiste sui vincoli che li uniscono e li responsabilizzano⁷⁵⁶. L'eccessiva rivendicazione individuale in nome dei diritti si rivela pericolosa, inoltre, per confondere meri desideri con pretese giuridicamente tutelate, allontanando i cittadini dai loro valori, dalla Costituzione e dai loro doveri⁷⁵⁷.

Costruita sotto il prisma dei doveri, la libertà individuale rimane una priorità. Tuttavia, la sua propulsione verso l'infinito viene interrotta, abbandonando l'idea che il suo contenuto sia il superamento o la definizione dei propri limiti⁷⁵⁸. Essa passa ad essere fruita in modo responsabile, tenendo conto, oltre che dell'individuo isolato, della vita collettiva, delle norme di condotta e dei modelli per la convivenza⁷⁵⁹. Così, il carattere eccessivamente liberale ereditato dallo Stato di Diritto, preoccupato di limitare il potere, garantire la libertà e conferire preminenza alle posizioni giuridiche attive e alla rivendicazione di diritti soggettivi⁷⁶⁰, viene temperato dalla prospettiva collettiva dello Stato Sociale, dai doveri sociali, economici e culturali e dai nuovi ruoli che le democrazie recenti attribuiscono ai cittadini⁷⁶¹, i quali cessano di essere considerati individualmente per essere visti anche come membri di una comunità⁷⁶². Questo è un autentico

⁷⁵³ "Per la scienza del diritto, la comunità di uomini non è un strumento destinato all'attuazione dei bisogni: ma è, in se stessa, immediatamente interesse e bene (...). Si tratta di un valore "(...) necessario alla fondazione dell'idea di diritto, e che si conferma a posteriori come esperienza reale nel semplice fatto della pratica esistenza del diritto quale energia rivolta alla conservazione ed all'incremento di una data comunità". FALZEA, Angelo. **Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica**, p. 13.

⁷⁵⁴ MAZZINI, Giuseppe. **Doveri dell'uomo**.

⁷⁵⁵ In questo senso, "(...) *the pursuit of self-interest can be balanced by a commitment to the community, without requiring us to lead a life of austerity, altruism, or self-sacrifice. Furthermore, unbridled greed can be replaced by legitimate opportunities and socially constructive expressions of self-interest*". ETZIONI, Amitai. **The spirit of community**. p. 02-03. Traduzione libera: "(...) la ricerca del proprio interesse può essere bilanciata con l'impegno verso la comunità, senza richiedere che si conduca una vita di austerità, altruismo o autosacrificio. Inoltre, l'avidità sfrenata può essere sostituita da opportunità legittime ed espressioni socialmente costruttive dell'interesse personale."

⁷⁵⁶ CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. p. 237.

⁷⁵⁷ PALMA, Adele. **Il diritto-dovere alla salute**. p. 114.

⁷⁵⁸ PALMA, Adele. **Il diritto-dovere alla salute**. p. 71.

⁷⁵⁹ CALVIERI, Carlo. Alcune riflessioni sullo stato post-moderno tra 'psicopolitica' e nuova dimensione Internazionale del diritto pubblico nella cornice del 'concetto di politico' di C. Schmitt. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. p. 854 e 859.

⁷⁶⁰ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 15-16.

⁷⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 227-228.

⁷⁶² Ciò deriva dal truismo che la dignità individuale coesiste con la dimensione sociale dell'esistenza umana. ETZIONI, Amitai. **The spirit of community**. p. 253.

presupposto per la vita in gruppo, armonizzando i diritti e i doveri, nonché promuovendo il rispetto reciproco⁷⁶³, la coesione sociale⁷⁶⁴, i valori condivisi e un senso di appartenenza⁷⁶⁵.

La presenza di doveri comuni, del resto, risale alle origini stesse della società politica, dello Stato e del Diritto. Le correnti contrattualiste già presupponevano che, rinunciando allo stato di natura, la società accetti il potere dello Stato per raggiungere la sicurezza di tutti, lo sviluppo della comunità e la protezione dei diritti delle persone. Ne risulta il dovere, sia delle persone che delle istituzioni, di cercare la salvaguardia della sicurezza, della libertà e dell'uguaglianza, nonché di obbedire ai diritti⁷⁶⁶. Qualsiasi società diventa inviabile senza il dovere di obbedienza alle norme di condotta, il rispetto della libertà, la garanzia dei diritti, un'uguaglianza approssimativa che esige astensioni e concessioni reciproche, un certo altruismo e un sistema coattivo di applicazione delle norme a coloro che le violano⁷⁶⁷. Tale dinamica è parte integrante del Diritto, la cui intenzione è raggiungere la giusta proporzione nella ripartizione di oneri e bonus, diritti e doveri, carichi e benefici, non essendo consentito a nessuno di appropriarsi del bonus che non gli spetta o di sottrarsi all'onere imposto dalle norme. La misura dell'equilibrio si rivela, dunque, essenziale⁷⁶⁸, e questa giusta ripartizione degli oneri comunitari avviene attraverso i doveri⁷⁶⁹.

La categoria dei doveri giuridici soffre di "impopolarità" e si confronta con una certa "ostilità"⁷⁷⁰ o, quantomeno, con una diffidenza. Tale circostanza si spiega storicamente con i traumi lasciati dai Governi totalitari. Tuttavia, tali resistenze, spesso inconsce, occultano il fatto che le attuali Costituzioni non stabiliscono una supremazia dello Stato, ma limitano i suoi poteri e stabiliscono diritti e doveri avendo la persona umana come primo focus⁷⁷¹. Inoltre, esse trascurano che, pur essendo autonomi, i diritti e i doveri non formano elenchi incomunicabili, ma riuniscono zone di interferenza e sovrapposizione, il che evidenzia profili complementari⁷⁷². I diritti sono lettera morta senza doveri⁷⁷³: se questi non vengono adempiuti, non esiste alcuna garanzia fattuale o giuridica di rispetto di quelli, svuotando la possibilità di funzionamento ideale della comunità organizzata.

In questo senso, i doveri diventano un principio di convivenza comune e persino un legame di civiltà tra i cittadini⁷⁷⁴, concorrendo a una maggiore concretizzazione dei diritti di

⁷⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Deveres fundamentais ambientais: a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental. **Revista de Direito Ambiental** - RDA. p. 18 e 20.

⁷⁶⁴ A proposito, vale la pena di ricordare che *"Solo essendo consci dei propri doveri, infatti, ogni individuo potrà vivere con i propri diritti al sicuro, consapevole che ognuno di noi ha il dovere di rispettare i diritti degli altri e viceversa, affinché si possano creare le condizioni per una società più libera, giusta e coesa"*. CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. p. 235..

⁷⁶⁵ CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. p. 236.

⁷⁶⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 337.

⁷⁶⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. Los deberes fundamentales. **Doxa**, p. 338.

⁷⁶⁸ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 32, 41, 47 e 50.

⁷⁶⁹ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 35 e 97.

⁷⁷⁰ GRANDI, Federica. **Doveri costituzionali e obiezione di coscienza**. p. 08.

⁷⁷¹ LOMBARDI, Giorgio M. **Contributo allo studio dei doveri costituzionali**. p. 468-469.

⁷⁷² POLACCHINI, Francesca. I Doveri Inderogabili di Solidarietà. In: MEZZETTI, Luca (*a cura di*). **Diritti e doveri**. p. 686.

⁷⁷³ "(...) *strong rights presume strong responsibilities*". ETZIONI, Amitai. **The spirit of community**. p. 02. Traduzione libera: "Diritti forti presuppongono responsabilità forti".

⁷⁷⁴ CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. p. 236.

tutti⁷⁷⁵. Per questo si dice che "el hombre no es solamente sujeto de Derecho, sino igualmente titular de responsabilidades" e che "una comunidad descansa sobre las responsabilidades asumidas colectivamente"⁷⁷⁶. L'interdipendenza è del resto reciproca: doveri senza diritti sono qualcosa di inconcepibile, rivelandosi inammissibile, in un regime democratico⁷⁷⁷, uno statuto dell'individuo basato sull'esclusività dei doveri e sull'assenza dei diritti⁷⁷⁸. In questo eterno equilibrio, "Ogni governo rappresenta un bilanciamento tra libertà individuale e ordine sociale, non essendo vero che ogni alterazione di questo equilibrio nella direzione di una maggiore libertà individuale sia necessariamente buona"⁷⁷⁹. E questa percezione giuridico-politica più completa si ripercuote sul ruolo della cittadinanza.

1.3. La cittadinanza

La cittadinanza è un concetto carico di storicità, esistendo noti studi⁷⁸⁰ sulla evoluzione del suo contenuto⁷⁸¹, le sue variazioni e le sue fasi, le quali non si sono compiute in cicli uniformi in tutti i tempi e luoghi⁷⁸². Ai fini di una definizione attuale, la si può concepire come una situazione giuridica riconosciuta a persone di un'organizzazione politica⁷⁸³, normalmente coincidente con lo

⁷⁷⁵ PREIS, Marco Antônio. Teoria dos deveres fundamentais: contributos para a conscientização dos direitos e deveres básicos do cidadão. **Revista Científica do STJ**. n. 1, 2020. p. 243. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RCSTJ/article/view/6426/6550> >. Acesso em 15 de março de 2021.

⁷⁷⁶ OST, François. Jupiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **DOXA. Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, n. 14, Alicante, 1993, p. 192. Disponível em: < https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf >. Acesso em 5 de julho de 2021. Traduzione libera: "l'uomo non è solamente soggetto di Diritto, ma ugualmente titolare di responsabilità" e "una comunità si basa sulle responsabilità assunte collettivamente".

⁷⁷⁷ Va sottolineato che "L'equilibrio tra diritti e doveri è dunque una delle principali virtù dei regimi democratici retti da una Costituzione (...)". CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. p. 236.

⁷⁷⁸ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. p. 119.

⁷⁷⁹ SCALIA, Antonin. **Uma questão de interpretação**. Os tribunais federais e o direito. Tradução de Samuel Sales Fonteles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2021. Título original: *A matter of interpretation. Federal courts and the law*. p. 57.

⁷⁸⁰ Tra le altre, l'opera di Thomas Humphrey Marshall è ampiamente diffusa nella letteratura straniera e nazionale.. MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and social class and other essays**. London: Cambridge University Press, 1950.

⁷⁸¹ Esula dagli scopi del libro sviluppare l'idea di cittadinanza nelle civiltà antiche. Solo di passaggio, è importante fare riferimento alle concezioni greca e romana. In quella greca, essere cittadino si riassume nello status di piccoli gruppi di partecipare attivamente alle decisioni collettive della polis (città). In quella romana, si sintetizzava nella posizione politica, ovvero nei diritti e doveri che una classe di persone poteva esercitare nella civitas (città) o nelle terre conquistate. Allo stesso modo, non è opportuno sviluppare il passaggio dal concetto di suddito, tipico del periodo dello Stato assoluto e sovrano, a quello di cittadino emerso, nella sequenza storica, a partire dai paradigmi giusnaturalista, contrattualista e della Rivoluzione Francese. In questo senso: COSTA, Pietro. **Cittadinanza**. p. 07-20, 22-31 e 33-45.

⁷⁸² Ad esempio, l'evoluzione del concetto di cittadinanza nel continente europeo, dopo il passaggio dal Medioevo all'Età Moderna, è partita da una dimensione civile emersa nel XVIII secolo, ricevendo i contributi delle dimensioni politica e sociale, rispettivamente, nei secoli XIX e XX. Nella realtà brasiliana, molto più recente, il processo di evoluzione della cittadinanza non ha seguito linearmente e cumulativamente la progressione dalla dimensione civile a quella politica e sociale, ma si è verificato, soprattutto nel XX secolo, in modo quasi simultaneo. In questo senso: MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and social class and other essays**. p. 10-27; e ABREU, Pedro Manoel. A cidadania como fundamento político para o exercício democrático do judiciário, numa perspectiva de acesso à justiça. In: ABREU, Pedro Manoel (coord.); ESTEVES, Andresa Silveira; SALLES, Bruno Makowiecky; ABREU, Gabrielle Cristina Machado; GONÇALVES, Jéssica (orgs.). **Acesso à justiça: novas perspectivas**. v. II. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 20.

⁷⁸³ "In questa prospettiva conviene intendere per 'cittadinanza' il rapporto politico fondamentale, il rapporto fra un individuo e l'ordine politico-giuridico nel quale egli se inserisce". COSTA, Pietro. **Cittadinanza**. p. 03.

Stato-Nazione⁷⁸⁴⁻⁷⁸⁵, che conferisce a tali persone uno status proprio dei cittadini⁷⁸⁶, un insieme di posizioni giuridiche attive e passive⁷⁸⁷, un blocco di uguali diritti e doveri di ordine civile, politico, sociale, economico, culturale, collettivo e diffuso⁷⁸⁸, i quali devono essere esercitati in modo equilibrato, sintonizzando gli interessi individuali di ciascuno con quelli della comunità a cui si appartiene. Idealmente, si dà la congiunzione di elementi come un vincolo di appartenenza, l'esigenza di partecipazione politica alla vita collettiva e una coscienza di essere portatore di diritti e doveri di natura giuridica⁷⁸⁹.

In un'altra formulazione,

‘Cittadinanza’ è un’espressione utilizzabile per mettere a fuoco il rapporto politico fondamentale e le sue principali articolazioni: le aspettative e le pretese, i diritti e i doveri, le modalità di appartenenza e i criteri di differenziazione, le strategie di inclusione e di esclusione.

(...)

Il discorso della cittadinanza, in quanto rappresentazione del soggetto e del suo rapporto con l’ordine, include come proprio tema obbligato la tematizzazione degli oneri e dei vantaggi che contraddistinguono la condizione dell’individuo⁷⁹⁰.

⁷⁸⁴ Per necessità di delimitazione, esula anche dai limiti dell'esposizione l'approfondimento delle differenziazioni tra nazionali e cittadini. In sintesi, i primi sono persone legate, per criteri di sangue o luogo di nascita, per ragioni storiche o culturali, a un determinato Paese. I secondi sono persone che, all'interno di un'organizzazione politica, possiedono vincoli di diritti e doveri. È possibile essere nazionale e non essere cittadino, come è anche possibile, nei casi di doppia nazionalità, essere nati in un luogo ed esercitare i propri diritti e doveri in un altro.

⁷⁸⁵ Tradizionalmente, il concetto di cittadinanza è stato legato a quello di Stato-nazione concepito dalla modernità. Nello scenario attuale, tuttavia, gli approcci integrazionisti e comunitari hanno portato alla possibilità di espandere il concetto agli spazi regionali, comunitari e persino sovranazionali. Attuale è la tematica della cittadinanza europea, che conferisce i diritti di (i) circolare liberamente, risiedere e lavorare in qualsiasi Paese dell'Unione, (ii) godere della protezione diplomatica di qualsiasi Stato membro quando il cittadino europeo si trova in un paese estraneo all'Unione, (iii) votare e candidarsi alle elezioni in qualsiasi Stato membro e (iv) partecipare al processo legislativo europeo. Inoltre, sono ricchi i dibattiti sui diritti politici e sulla partecipazione degli stranieri e degli immigrati. Sul tema: COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. O conceito de cidadania. In: COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. **Individualização, cidadania e inclusão na sociedade contemporânea: uma análise teórica**. São Bernardo do Campos: Editora UFABC, 2018, p. 51-52. Disponível em: < <https://books.scielo.org/id/sysng/pdf/costa-9788568576953.pdf> >. Ancora: ABREU, Pedro Manoel. A cidadania como fundamento político para o exercício democrático do judiciário, numa perspectiva de acesso à justiça. In: ABREU, Pedro Manoel (coord.); ESTEVES, Andresa Silveira; SALLES, Bruno Makowiecky; ABREU, Gabrielle Cristina Machado; GONÇALVES, Jéssica (orgs.). **Acesso à justiça**. p. 16-17; e LOCCHI, Maria Chiara. **I diritti degli stranieri**. 1ed. Roma: Carocci Editore, 2011, p. 146-160.

⁷⁸⁶ Thomas Humphrey Marshall dà la seguente definizione: “*Citizenship is a status bestowed on those who are full members of a community. All who possess the status are equal with respect to the rights and duties with which the status is endowed. There is no universal principle that determines what those rights and duties shall be, but societies in which citizenship is a developing institution create an image of an ideal citizenship against which achievement can be measured and towards which aspirations can be directed*”. MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and social class and other essays**. p. 10-27. Traduzione libera: “La cittadinanza è uno status concesso a coloro che sono membri a pieno titolo di una comunità. Tutti coloro che possiedono tale status sono uguali rispetto ai diritti e doveri che lo caratterizzano. Non esiste un principio universale che determini quali debbano essere questi diritti e doveri, ma le società in cui la cittadinanza è un’istituzione in via di sviluppo creano l’immagine di una cittadinanza ideale in relazione alla quale le realizzazioni possono essere misurate e le aspirazioni possono essere indirizzate”.

⁷⁸⁷ Per quanto riguarda la situazione giuridica, lo status e la posizione giuridica, si veda il Capitolo I, punto 2.4.

⁷⁸⁸ Sui diritti e i doveri civili, politici, sociali, economici, culturali, collettivi e diffusi, si veda il Capitolo II, punti 2.1.1, 2.1.2, 2.1.3 e 2.2.3.

⁷⁸⁹ COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. O conceito de cidadania. In: COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. **Individualização, cidadania e inclusão na sociedade contemporânea: uma análise teórica**. p. 49-69.

⁷⁹⁰ COSTA, Pietro. **Cittadinanza**. p. 03-04..

È necessario sottolineare quanto sia incompleto ridurre la cittadinanza alla mera appartenenza passiva a una determinata comunità. O limitarla alla titolarità di diritti civili come le libertà di movimento, le libertà di pensiero, credo e stampa e i diritti alla vita, proprietà e uguaglianza di fronte alla legge. O ancora equipararla ai diritti politici di votare ed essere votati. Si tratta di una nozione che va oltre il godimento individuale di diritti e privilegi civico-politici, assumendo un carattere attivo, un impegno sociale e una dimensione collettiva che si concretizzano nelle relazioni verticali con lo Stato e orizzontali nella società, inclusi gli spazi comunicativi in cui si realizzano i dibattiti pubblici⁷⁹¹.

In ragione di tale ampiezza, l'espressione è già stata definita come un "legame con altri che non hanno volto, ma che partecipano a una stessa comunità politica avvolta in un destino collettivo comune"⁷⁹², percezione panoramica che situa i cittadini come membri di una comunità ispirata alla ventura individuale e generale e nella quale trovano posto le varie specificazioni. Si tratta di soggetti uguali in diritti e doveri che, "*in associated relations, submit themselves to rules of conduct for the promotion of general welfare and conservation of individual as well as collective rights*"⁷⁹³. Cittadini, infine, sono coloro che beneficiano della ripartizione dei bonus e degli oneri della vita in società⁷⁹⁴.

Al cittadino di una democrazia, come membro di una società libera soggetta a una Costituzione e un Governo⁷⁹⁵, si apre la "possibilità di associarsi realmente alla gestione della vita pubblica", si concede la libertà di scelta politica⁷⁹⁶ e si garantisce il diritto "di partecipare al dibattito sul diritto, di essere la persona stessa autrice, direttamente e indirettamente, del proprio diritto"⁷⁹⁷. L'attuale spirito della cittadinanza, più che la postura passiva e apatica ereditata dall'eccesso di individualismo⁷⁹⁸, si presenta come una forza attiva e partecipativa per prendere parte alla creazione del Diritto⁷⁹⁹, il che traduce un imperativo costituzionale e un traguardo civilizzatore,

⁷⁹¹ Sul tema: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: *Faktizität and geltung. Beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen*. p. 91.

⁷⁹² GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Gardien des Promesses*. p.121.

⁷⁹³ BLACK, Henri Campbell. **Black's law dictionary**. p. 177. Traduzione libera: "Nelle relazioni associate, si sottopongono a regole di condotta per la conservazione del benessere generale e la preservazione dei diritti individuali e collettivi".

⁷⁹⁴ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. p. 57.

⁷⁹⁵ BLACK, Henri Campbell. **Black's law dictionary**. p. 177.

⁷⁹⁶ HAMILTON, Alexander. Introdução. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James; e JAY, John. **O federalista**. Tomo Primeiro: Capítulo I. Rio de Janeiro: Typ. Inst. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840. Título original: *The Federalist Papers*. p. 01.

⁷⁹⁷ GARAPON, Antoine. **O guardador das promessas**. p. 215.

⁷⁹⁸ "*Entre estos síntomas sociales destacan la dejadez o apatía comunitaria, el individualismo y la falta de coherencia entre principios y prácticas de la democracia. La dejadez o apatía comunitaria se manifiesta como erosión del funcionamiento democrático, creciente anomia, ausencia o déficit de reglas o leyes de actuación, respecto a los procesos políticos en la mayoría de las sociedades occidentales. Existe una gran incredulidad en la participación social como búsqueda del bien común*". LÓPEZ, Rafaela García; PÉREZ, Cruz Pérez; SÁNCHEZ, Juan Escámez. **La educación ética en la familia**, p. 48. Traduzione libera: "Tra questi sintomi sociali spiccano l'indolenza o apatia comunitaria, l'individualismo e la mancanza di coerenza tra i principi e le pratiche della democrazia. L'indolenza o apatia comunitaria si manifesta come erosione del funzionamento democratico, crescente anomia, assenza o deficit di regole o leggi di condotta rispetto ai processi politici nella maggior parte delle società occidentali. Esiste una grande incredulità nella partecipazione sociale come ricerca del bene comune".

⁷⁹⁹ William Cobbett già ammoniva sulla magnitudine del diritto di partecipazione, da lui considerato il diritto dei diritti. Per l'autore, esistono numerosi diritti come il godimento della vita e della proprietà, l'esercizio innocente dei poteri fisici e mentali e altri. Ma il più grande di tutti i diritti, senza il quale nessun altro esiste, è il diritto di partecipare alla creazione delle leggi che governano la società. Si tratta di un presupposto del contratto sociale stesso, non avendo senso che le persone rinuncino alla loro libertà

non essendo sufficiente che il cittadino non sia trascurato o che gli sia assicurata una partecipazione formale, ma dovendo garantire un contributo effettivo⁸⁰⁰. A tal fine, si presuppone il recupero della sovranità popolare e il risveglio del senso civico che il paternalismo addormenta⁸⁰¹, forgiando persone razionali atte a costruire il futuro attraverso atti di partecipazione e libera scelta, dopo riflessioni mature, liberate dal fardello dell'eterna dipendenza dalla tutela statale o dal caso⁸⁰². L'impegno e la cooperazione di cittadini intelligenti, moderati e capaci di governare sé stessi e la comunità⁸⁰³ avanza sulla mentalità individuale⁸⁰⁴ di rivendicazione di diritti di fronte allo Stato e l'attesa di risposte, risultando fuori luogo reclamare il massimo dei diritti senza contribuire con la propria quota di sforzi⁸⁰⁵ e senza adempiere ai propri doveri verso gli altri e l'intero sociale.

È necessario, in larga misura, un cambiamento di valori, abitudini e politiche che si converta in una pratica cittadina preoccupata del futuro⁸⁰⁶. Oggi, di fronte all'esistenza di avanzate norme di organizzazione e procedura, cioè meccanismi legislativi, amministrativi e giudiziari che rendono possibile il diritto di partecipazione, si può sostenere che tale diritto sia attualmente accompagnato dal corrispondente dovere giuridico di partecipare proattivamente ai processi decisionali e di controllo (*status activus processualis*)⁸⁰⁷⁻⁸⁰⁸, dando concretezza a un ruolo di protagonismo dei cittadini e della società civile, organizzata o non organizzata, in termini

naturale per sottomettersi a leggi che prescindono dal loro consenso o alla cui costruzione non possono contribuire. In conclusione, *"The great right, therefore, of every man, the right of rights, is the right of having a share in the making of the laws, to which the good of the whole makes it his duty to submit"*. COBBETT, William. **Advice to young man**. And (incidentally) to young women in the middle and higher ranks of life. In a serie of letters addressed to a youth, a bachelor, a lover, a husband, a citizen or a subjetc. New York: John Doyle, 1833, p. 253. Disponivel em: < <https://archive.org/details/advicetoyoungme03cobbgoog/page/n6/mode/2up> ">. Acesso em 14 de maio de 2022. Traduzione libera: "Il grande diritto, dunque, di ogni uomo, il diritto dei diritti, è il diritto di partecipare all'elaborazione delle leggi, alle quali il bene del tutto fa suo dovere sottomettersi".

⁸⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 83 e 85.

⁸⁰¹ ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**. p. 103.

⁸⁰² HAMILTON, Alexander. Introdução. In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James; e JAY, John. **O federalista**. Tomo Primeiro: Capítulo I. p. 01.

⁸⁰³ In questo senso: FRIEDMAN, Laurence M. **The republic of choice**. p. 31.

⁸⁰⁴ Jeremy Waldron, nello scrivere sul ruolo della partecipazione nella Teoria del Diritto e la sua rilevanza di fronte ai disaccordi morali ragionevoli, sottolinea che tutta l'idea intorno ai diritti si basa sulla visione dell'individuo come agente morale autonomo e razionale *"human individual as essentially a thinking agent, endowed with an ability to deliberate morally, to see things from others' points view, and to transcend a preoccupation with his or her own particular or sectional interests"*. WALDRON, Jeremy. Participation: the right of rights. **Proceedings of the aristotelican society**. New series. v. 98. Oxford University Press on behalf of The Aristotelian Society, 1998, p. 330. Traduzione libera: "individuo umano come un agente essenzialmente pensante, dotato della capacità di deliberare moralmente, di vedere le cose dal punto di vista degli altri e di trascendere una preoccupazione per i propri interessi particolari o settoriali".

⁸⁰⁵ PREIS, Marco Antônio. Teoria dos deveres fundamentais: contributos para a conscientização dos direitos e deveres básicos do cidadão. **Revista Científica do STJ**. p. 241.

⁸⁰⁶ Nel contesto in questione, si riscontra un parallelismo tra il pensiero concernente la sostenibilità e il cambiamento culturale, tradotto in atteggiamento pratico, che essa presuppone e che risulta necessario per la preservazione della vita umana per le generazioni future.. ETZIONI, Amitai. **The spirit of community**. p. 03.

⁸⁰⁷ Secondo Giorgio Lombardi, è l'elemento politico connesso alla partecipazione civica negli atti di Stato che assume un'importanza preminente nella categoria dei Doveri Fondamentali. LOMBARDI, Giorgio M. **Contributo allo studio dei doveri costituzionali**. p. 466-467.

⁸⁰⁸ Ver, no ponto, Capítulo II, item 2.1.1.

individuali o collettivi⁸⁰⁹, incluso l'utilizzo dell'alta energia politica trasformatrice dei movimenti sociali.

Si noti che la partecipazione dispone di ampi canali di esercizio, coinvolgendo dalla libertà di espressione fino a diverse istituzioni come scuole, ospedali e *loci* della vita pubblica in generale⁸¹⁰. Da meri destinatari o recettori passivi, i cittadini passano a svolgere un ruolo di coautorialità, attivismo civico e *policy making* accanto allo Stato, alle istituzioni e a una molteplicità di entità collettive, assumendo le redini delle deliberazioni fondamentali, non ammettendo violazioni all'autodeterminazione o ai diritti in generale e investendosi nella condizione di emittenti di diritti e corresponsabili dei destini della società. Ciò implica e presuppone doveri, impegno in un progetto comune e solidarietà ideale e pratica con il prossimo⁸¹¹.

2. PROIEZIONI TOPICHE

Se c'è una sintesi fino a questo punto, è che i diritti predominano sui doveri nell'universo del Diritto, ma oggi lo fanno oltre misura. Sopra sono stati espressi alcuni fondamenti per un allineamento armonico⁸¹², bilanciando l'individualismo, accentuando il valore dei doveri e sottolineando l'importanza di una cittadinanza protagonista e consapevole della ripartizione degli oneri e dei bonus nel progetto comune di società. Ora, si procederà ad esporre in che modo l'aggiustamento proposto si proietta in argomenti specifici che sono cari alla Scienza Giuridica, cercando un maggiore equilibrio nella Teoria del Diritto e nelle attuali società democratiche.

Per equilibrio si intende, in fisica, "lo stato di un corpo che si mantiene senza inclinarsi da nessuna parte". Nel linguaggio figurato, si tratta di ciò che si mantiene in armonia o assume "proporzione armoniosa", rimanendo "senza eccedere né in più né in meno" e agendo con "prudenza". In politica si considera come lo "stato dei poteri pubblici che si relazionano, senza che nessuno di essi domini o sovrasti l'altro"⁸¹³. Ai fini del presente libro, l'equilibrio nella Teoria del Diritto è piuttosto relativo e consiste in un recupero del peso dei doveri, quasi livellandoli nella bilancia con i diritti, i quali, tuttavia, persistono con forza gravitazionale superiore. L'equilibrio democratico, anch'esso relativo, è uno stato di armonia in cui ciascuno dei Poteri, la cittadinanza e gli agenti pubblici e privati godono regolarmente dei propri diritti e adempiono ai propri doveri senza ledere o invadere le attribuzioni degli altri, senza delegare funzioni proprie e senza fomentare la creazione di dipendenze eccessive rispetto a una o più istituzioni che tendono a svuotare o occupare i ruoli degli altri attori, valorizzando atti di cittadinanza e doveri di attuazione responsiva. È importante reiterare che, in entrambi i casi, non si tratta dell'utopia di un equilibrio assoluto, ma di una proposta per riallineare disfunzioni derivanti dalla dominanza dei diritti⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, p. 431.

⁸¹⁰ ETZIONI, Amitai. *The spirit of community*. p. 141.

⁸¹¹ LAZARI, Rafael. Os cinco deveres fundamentais do ser humano. *Revista jurídica luso-brasileira – RJLB*, p. 1.108-1.118.

⁸¹² Capítulo III, itens 1, 1.1, 1.2 e 1.3.

⁸¹³ MICHAELIS. *Dicionário brasileiro da língua portuguesa (on line)*. Editora Melhoramentos Ltda, 2022. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/equlibrio/> >. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

⁸¹⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático*. v. 2. p. 207-208.

Gli argomenti che seguono si immergono in temi come l'Accesso alla Giustizia (*lato sensu*), la Giudizializzazione della politica e l'Attivismo Giudiziario⁸¹⁵, che sono correlati e circolari. Il movimento di ampliamento dell'Accesso alla Giustizia (*lato sensu*), con enfasi sull'Accesso al Giudiziario, favorisce il processo di Giudizializzazione della politica, che è retroalimentato dall'Attivismo Giudiziario. Si intende quindi mettere in evidenza gli impatti del regno dei diritti in ciascuna delle suddette tematiche. Da qui, si mira a proiettare dinamiche e interazioni originali che, basate sul recupero dei doveri e sul loro incastro nei temi trattati, permettano nuove riflessioni e forniscano un maggiore equilibrio nell'universo del Diritto. Poiché i temi sono correlati, anche l'incastro di nuove ottiche passa attraverso interrelazioni, che possono, in certi momenti, suonare come ripetitive, ma in realtà riflettono solo coerenza⁸¹⁶.

2.1. Accesso alla giustizia

L'articolazione di costruzioni elaborate in rilevanti quadri teorici⁸¹⁷⁻⁸¹⁸ permette di concettualizzare l'Accesso alla Giustizia (*lato sensu*), in un'accezione giuridica, come il Diritto Umano nel campo internazionale e Fondamentale sul piano interno, positivizzato comunemente sotto forma di norma-principio, ma che può anche figurare sotto altre formule o in maniera implicita negli ordinamenti giuridici. Riunisce un valore proprio, che si allea a una funzione strumentale ad altri diritti, dotandosi di un contenuto complesso che permette approcci tecnico-

⁸¹⁵ SALLES, Bruno Makowiecky. **Accesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 216-217.

⁸¹⁶ L'integrità e la coerenza presuppongono che i Legislatori e i Giudici agiscano in conformità a un insieme unico di principi, non in modo capriccioso, eccentrico, casistico o ipocrita. Le esigenze di integrità si suddividono in: (i) integrità nella legislazione, che impone ai creatori del diritto di cercare di renderlo moralmente coerente, limitando la libertà di espandere o modificare le norme, e (ii) integrità nella giurisdizione, che impone ai responsabili delle decisioni il dovere di interpretare e applicare la legge in modo coerente con i principi giuridici espliciti e impliciti, concependo il Diritto come un corpo o un insieme di leggi e decisioni, non come una serie di atti discontinui. DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. p. 202-203.

⁸¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. **Rivista di diritto processuale**. Padova: v. 37, série II. CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani. p. 233-245. 1982; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Accesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Título original: *Access to justice: the worldwide movement to make rights effective. A general report*; PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice: beyond the policies and politics of austerity**. Oxford: Hart Publishing, 2016; FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffrè, 2009; OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**; SANTOS, Boaventura de Souza. (dir.); PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (coord.). **O acesso ao direito e à justiça: um direito fundamental em questão**. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OJP), 2002; DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). **L'accès au juge: recherche sur l'effectivité d'un droit**; WOOLF, Lord. **Access to justice: final report, by the right honourable the Lord Woolf, Master of the rolls**. London: HMSO, 1996; e RHODE, Deborah L. **Access to justice**. New York: Oxford University Press, 2004.

⁸¹⁸ È importante contestualizzare due dei più significativi riferimenti teorici dell'Accesso alla Giustizia. Il primo è il Progetto di Firenze (*The Florence Access-To-Justice Project*), le cui attività ebbero inizio nel 1971 in Italia, con la Conferenza Internazionale relativa alle garanzie fondamentali delle parti nel Processo Civile, per concludersi nel 1978. Il risultato fu una grandiosa pubblicazione, sotto la direzione generale di Mauro Cappelletti, con l'ausilio di Bryan Garth e il sostegno della Fondazione Ford, dell'Istituto Universitario Europeo di Firenze e altri, comprendente 04 (quattro) volumi distribuiti in 06 (sei) tomi in lingua inglese. In questi tomi si riscontra la partecipazione di giuristi, sociologi, economisti, antropologi, psicologi, politici e pensatori in generale, radicati in numerosi continenti, rivelando uno studio vasto e influente su diverse culture, incluse quelle di *civil law* e *common law*. Il tratto distintivo principale è la proposizione delle note onde rinnovatrici volte ad aumentare l'accesso delle persone alla tutela giuridica, in particolare quella giurisdizionale. Il secondo è uno studio condotto da membri dell'Osservatorio Permanente della Giustizia Costituzionale Portoghese, un Dipartimento di ricerca appartenente al Centro di Studi Sociali della Facoltà di Economia di Coimbra. La ricerca lusitana, divulgata nel 2002, diretta scientificamente da Boaventura de Souza Santos, coordinata da João Pedroso, Catarina Trincão, João Paulo Dias, e con la partecipazione di Ana Catarina Mendonça, Paula Martinho, Pedro Abreu, Salomé Gouveia e Taciana Peão Lopes, ha scelto di affrontare la tematica sotto un prisma più sociologico di Accesso decentralizzato ai diritti, tra cui lavoro, salute, istruzione, cultura ecc., non prioritizzando la loro aggiudicazione tramite il Potere Giudiziario. Gli studi menzionati abbracciano sistemi di *civil law* e *common law*.

processuali e democratico-istituzionali. Comprende, prevalentemente, prestazioni statali e condotte di attori privati, ma incorpora ancora aspetti di diritti di libertà e partecipazione. Si specifica (*stricto sensu*) nelle possibilità di (i) Accesso ai Tribunali per la protezione dei diritti per via giudiziaria mediante un processo giusto e rivestito delle garanzie del *due process of law*, come il contraddittorio, l'ampia difesa, l'esigenza di decisioni motivate, la pubblicità, l'imparzialità, la ragionevole durata dei processi e altre, e di (ii) Accesso ai Diritti in scenari extragiudiziali in termini di informazione, consulenza e metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, purché efficienti. Tutte queste nozioni interagiscono tra loro e possiedono il loro contenuto e la loro estensione dipendenti dal compito interpretativo dei giudici, nella tensione tra il grado di nella tensione tra il grado di normatività del diritto e le restrizioni fattuali e giuridiche esistenti⁸¹⁹.

La dominanza dei diritti squilibra l'Accesso alla Giustizia (*lato sensu*), inclinandolo verso l'Accesso al Giudiziario a detrimento dell'Accesso extragiudiziale ai Diritti. Nel polo attivo delle relazioni giuridiche, vige una cultura formata da soggetti titolari di diritti pronti a rivendicarli nella maggiore estensione possibile. D'altra parte, la stessa cultura è composta, nel polo passivo, da soggetti poco impegnati o senza consapevolezza sui doveri e l'importanza sociale di osservarli. Tale abisso di prospettive, presente nelle relazioni tra privati e nei vincoli tra questi e lo Stato, ostacola l'Accesso ai Diritti nella sfera extragiudiziale, pregiudicando le autocomposizioni e rendendo difficile ogni forma di costruzione di soluzioni congiunte per i problemi⁸²⁰.

La combinazione di un acuto senso dei diritti rivolti a sé e una noncuranza dei doveri verso il prossimo e il tutto è una materia prima del contenzioso. Il risultato è la prioritizzazione quasi automatica dell'Accesso al Giudiziario, con i problemi di tempo, efficienza, costi, sicurezza giuridica e legittimità democratica che, frequentemente, tale canalizzazione suscita. Con ciò, l'importante ruolo del Giudiziario finisce per collassare sotto l'immensità di domande che potrebbero essere evitate o la cui soluzione sarebbe più appropriata in altre sfere.

I doveri emergono, quindi, come una *highway* verso la destinazione inversa, mostrandosi capaci di elevare l'Accesso ai Diritti nell'equazione dell'Accesso alla Giustizia (*lato sensu*)⁸²¹. Come effetto collaterale, essi decongestionano il Giudiziario e permettono un'attuazione più puntuale

⁸¹⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. *Acceso à justiça e equilíbrio democrático*. v. 1. p. 36-37.

⁸²⁰ Alcuni esempi aiutano a illustrare ciò che si verifica, in termini pratici, in un ambiente caratterizzato da senso di titolarità e mancanza di impegno. In un contratto privato, di fronte all'inadempimento di una delle parti, il danneggiato mira a trarre il massimo vantaggio dall'evento lesivo, rendendolo conveniente, mentre il danneggiante, privo di senso del dovere, si cura poco dell'illecito, sfruttando i tempi del processo a proprio favore. La divergenza di visioni ostacola la risoluzione consensuale, sia tra le parti e/o i loro procuratori, sia tramite servizi privati o online, risultando nell'Accesso al sistema Giudiziario. In un rapporto giuridico previdenziale, l'assicurato mira ad aggravare al massimo il proprio quadro di salute per andare in pensione precocemente o ricevere sussidi per lungo tempo, mentre per l'ente dell'Esecutivo è vantaggioso effettuare una perizia standardizzata, protraendo la discussione nella sfera giudiziale. Anche in questo caso, il contesto sfavorisce l'Accesso ai Diritti e sfocia nel sistema Giudiziario. Un altro esempio: di fronte a un'aspirazione popolare a cambiamenti normativi o nelle politiche pubbliche, un certo cittadino, invece di esercitare il diritto/dovere di partecipazione, mobilitarsi collettivamente e fare pressione sul Legislativo, cerca la scorciatoia giudiziale per raggiungere individualmente ciò che cerca, senza impegno per il progresso sociale. Qui l'Accesso extragiudiziale ai Diritti viene sostituito dall'Accesso al sistema Giudiziario. Probabilmente, tutti i problemi sopra citati sarebbero risolti diversamente, al di fuori dell'ambiente giudiziario, se una delle parti non intendesse massimizzare il proprio vantaggio e/o l'altra avesse un impegno verso il proprio dovere, potendo la differenza risultare dal comportamento di entrambi i poli o di uno solo di essi.

⁸²¹ "Il nucleo dell'accesso alla giustizia non è (...) consentire a tutti di adire le vie legali, bensì realizzare la giustizia nel contesto in cui si trovano le parti.". SANTOS, Boaventura de Souza (dir.); PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (coord.). *O acesso ao direito e à justiça*. p. 11.

ed efficiente nei casi di effettiva necessità di intervento giurisdizionale. Attenuando l'individualismo e rafforzando la responsabilità, i doveri, nella giusta dose, modellano una nuova dinamica nelle relazioni giuridiche, promuovendo l'attuazione della cittadinanza come protagonista, accanto e in sinergia con lo Stato⁸²², per la risoluzione di problemi, la costruzione di politiche e il conseguimento dei fini sociali⁸²³. Così, al posto della scissione causata dal contenzioso, che delega le soluzioni allo Stato-Giudice, subentra un progetto comune che cerca l'espansione extragiudiziale dei diritti e il funzionamento più armonico dei Poteri, della società e persino della Giustizia.

Affinché l'Accesso extragiudiziale ai Diritti si concretizzi, sono cruciali le figure dell'informazione giuridica⁸²⁴ e della protezione giuridica, quest'ultima comprendente la consulenza e l'assistenza giuridiche⁸²⁵. Solo con un'informazione adeguata, con consulenza e assistenza i cittadini potranno discernere i reali diritti dalle aspettative illegittime⁸²⁶ che sfociano in azioni giudiziarie frivole, nonché identificare i propri doveri e adempiere agli obblighi in modo spontaneo⁸²⁷. Si tratta di figure determinanti affinché le persone possano far valere i propri diritti già prima dei domini giudiziali⁸²⁸, nei diversi canali adeguati aperti presso gli altri Poteri, gli organi regolatori, gli ambienti informatizzati creati dalla rivoluzione tecnologica⁸²⁹ o i metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, come la mediazione e l'arbitrato privati, dovendo garantire che tali

⁸²² RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 523-543.

⁸²³ MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 53.

⁸²⁴ L'informazione giuridica può essere definita come la circolazione nella società, in modo permanente e pianificato, di contenuti basilari sui diritti e doveri dei cittadini e sui metodi di risoluzione dei conflitti. Le azioni educative possono realizzarsi nei mezzi di comunicazione, nelle scuole, nelle università, nei luoghi di lavoro, negli studi legali, su internet e in tutti i luoghi che possano divulgarle, affinché le persone conoscano qualcosa riguardo ai propri diritti e doveri, non rimangano rassegnate qualora identifichino violazioni e abbiano, specialmente quelle vulnerabili, un certo know-how per superare gli ostacoli e accedere ai diritti, possibilmente in via extragiudiziale. Allo stesso tempo in cui risolvono dubbi, potendo, di per sé, dissuadere da false aspettative o favorire adempimenti spontanei, tali informazioni tendono anche a chiarire i diritti violati e indicare percorsi celeri di risoluzione, contribuendo al superamento dei problemi con sollecitudine e agendo preventivamente rispetto al ricorso non necessario alla via giurisdizionale. SANTOS, Boaventura de Souza (dir.); PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (coord.). **O acesso ao direito e à justiça**. p. 64 e 186; WOOLF, Lord. **Access to justice**. p. 11.

⁸²⁵ La tutela giuridica comprende due servizi: le consulenze e l'assistenza legale, sia per fini giudiziali, sia, per quanto qui interessa, per quelli extragiudiziali. Le consulenze, che possono essere individuali o collettive, si traducono in un servizio che mira a fornire consigli sui diritti e doveri o a offrire un certo supporto, ad esempio, per la realizzazione di un atto giuridico. L'assistenza legale, invece, è quella che, al di là della mera proposizione di azioni giudiziarie, è destinata ad assistere i soggetti economicamente svantaggiati nei procedimenti che si svolgono dinanzi agli organi esecutivi o nell'ambito dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR - in portoghese). L'obiettivo dell'assistenza è potenziare i diritti di difesa e fornire garanzie simili a quelle offerte dai Tribunali, incrementando la qualità della risoluzione extragiudiziale. Si tratta di un importante servizio con il potenziale di prevenire una serie di contenziosi giudiziari, sia mediante la risoluzione extragiudiziale dei conflitti, sia attraverso la fornitura di informazioni corrette che riducano le aspettative su diritti inesistenti. SANTOS, Boaventura de Souza (dir.); PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (coord.). **O acesso ao direito e à justiça**. p. 67; e WOOLF, Lord. **Access to justice**. p. 05.

⁸²⁶ "Le aspettative che i litiganti nutrono riguardo alle loro pretese dipendono, in larga misura, dalle indicazioni e dalla natura del patrocinio che è stato loro fornito. (...)". MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. p. 183.

⁸²⁷ SANTOS, Boaventura de Souza (dir.); PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (coord.). **O acesso ao direito e à justiça**. p. 11.

⁸²⁸ FOLLEVILLE, Clémence de. **L'accès au droit et à la justice**. Paris: ESF Éditeur, 2013. p. 21.

⁸²⁹ TROISI, Claudia. **Forme e Modelli di ADR. Profili sostanziali**. In: AUTORINO, Gabriella; NOVIELLO, Daniela; TROISI, Claudia. **Mediazione e conciliazione nelle controversie civili e commerciali**. Seconda edizione. Santarcangelo di Romagna: Maggioli Editore, 2013. p. 75-76.

ambienti siano equi ed efficienti⁸³⁰. Tutto questo insieme fomenta un Accesso più naturale ai Diritti senza la previa giudizializzazione, portando un versante culturale legato al "civismo"⁸³¹.

Tuttavia, un assetto come quello sopra sviluppato finisce per diventare utopico senza un recupero dei doveri e il rafforzamento della cittadinanza, entrambi connessi. L'informazione, la consapevolezza sui diritti e doveri, il coinvolgimento diretto dei cittadini, la formazione di una cultura di autonomia e l'autodifesa dei diritti, tutto ciò è determinante per l'Accesso ai Diritti⁸³². L'Accesso al Potere Giudiziario appare, quindi, come un passo successivo, affinché cittadini ben informati, di fronte alla lesione di diritti e alla mancanza di riparazione, abbiano assistenza giuridica per fini contenziosi e godano di pari opportunità per rivendicare, davanti agli organi giurisdizionali, l'applicazione delle norme coercitive alle quali tutti si vedono soggetti e di fronte alle quali sono uguali⁸³³. È necessario, infine, che la cittadinanza si senta un'istanza atta a risolvere problemi individuali e collettivi, sviluppando una cultura dialogata, oltre a un'educazione fondata sull'adempimento spontaneo delle leggi e sulle informazioni sui diritti, i doveri e l'amministrazione della giustizia⁸³⁴.

2.2. Giudizializzazione della politica

Esistono varie e consistenti ricerche sull'ondata di Giudizializzazione (*lato sensu*) in corso in Occidente a partire dagli anni '90 del XX secolo⁸³⁵⁻⁸³⁶. È stato tale *tsunami* che ha portato i giudici a decidere sempre più temi politici, ambientali, bioetici, carcerari, scientifici, commerciali, criminali, economici, culturali, educativi, etnici, familiari, umanitari, immigratori, infanto-giovanili, morali, religiosi, sanitari, tecnologici, urbanistici, nonché questioni di federalismo, libertà individuali, terrorismo, privacy e altre.

Si può definire la Giudizializzazione della politica come un fenomeno multicausale, presente in numerosi Paesi e in essi manifestato con caratteristiche proprie, legato alle interazioni tra Diritto e politica. Attraverso di essa il Potere Giudiziario è crescentemente chiamato a decidere su macroquestioni in generale e microquestioni potenziate o meno dalla ripetizione. Nel fornire risposte creative non date dagli altri agenti o considerate inidonee e sottoposte al vaglio giudiziale, il Giudiziario espande sia (i) lo spazio occupato dalle decisioni giudiziarie sia (ii) i metodi

⁸³⁰ FRANCONI, Francesco. Il diritto di accesso alla giustizia nel diritto internazionale generale. In: FRANCONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. p. 03-06.

⁸³¹ RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. p. 531.

⁸³² FOLLEVILLE, Clémence de. **L'accès au droit et à la justice**. p. 15 e 21.

⁸³³ FOLLEVILLE, Clémence de. **L'accès au droit et à la justice**. p. 63 e 69.

⁸³⁴ CARMO, Rui do. Concisão, compreensibilidade, segurança e rigor jurídico – ingredientes da linguagem jurídica. In: **O discurso judiciário, a comunicação e a justiça**. Conselho Superior da Magistratura. V Encontro Anual. Coimbra: Coimbra editora, 2008. p. 60.

⁸³⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**; e, entre outros, SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**.

⁸³⁶ È indispensabile registrare l'incontro tematico tenutosi nel giugno del 1992 presso il Centro di Studi sull'Ordinamento Giudiziario di Bologna, nell'Università di Bologna, Campus di Forlì, Italia, organizzato dal Comitato di Ricerca di Studi Giudiziari Comparati dell'Associazione Internazionale di Scienza Politica. I lavori presentati in tale incontro sono stati compilati e hanno dato origine, nel 1995, a un'opera di fama mondiale nella quale il fenomeno della Giudizializzazione è stato valutato in modo innovativo da giuristi e scienziati politici, venendo definito, investigato quanto alle sue cause principali e identificato, nelle sue particolarità, in sistemi funzionali di diversi Paesi afferenti alle famiglie del *civil law* e del *common law*. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**.

giudiziari di presa di decisione nella sfera politica classicamente riservata agli altri Poteri. Una tale espansione, per quanto riguarda il primo caso (*i, supra*), può verificarsi nell'esercizio del *judicial review* e anche nella giudicazione ordinaria, sia in azioni collettive che in azioni individuali⁸³⁷.

L'individualismo e la cultura dei diritti estendono la Giudizializzazione della politica. Essi trasmettono l'impressione che i diritti siano già tutti pronti al servizio degli interessi personali (*fast-rights*), senza necessità di essere costruiti, politicamente consolidati, normativamente sviluppati o ponderati con altre posizioni individuali o collettive. Giudizializzare è il passo logico successivo, sia deducendo pretese giudiziarie senza che esistano sufficienti standard legislativi o precedenti giudiziari per la decisione, sia acconsentendo al trapianto dei modi giudiziari di presa di decisione in altre sfere e persino nell'arena politica⁸³⁸, come se l'aggiudicazione fosse il metodo decisionale adeguato⁸³⁹.

In tale dinamica, prevale nell'inconscio sociale una percezione, da parte delle persone, di non dover impegnarsi per l'ottenimento di riforme e consensi politici, l'implementazione delle politiche pubbliche, la definizione collettiva degli assetti normativi primari e secondari e la fissazione dei diritti e doveri, bastando rivendicare individualmente pretese e attendere la decisione. Accade che non ogni causa sia giustiziabile e non sempre si configuri un diritto soggettivo (*stricto sensu*) atto ad essere aggiudicato. In altri casi, raggiungere un certo bene della vita non passa attraverso la via giudiziaria. Pertanto, è necessario che la cittadinanza si prepari a proteggere diritti o cercare cambiamenti attraverso la politica e i processi democratici⁸⁴⁰, senza la scorciatoia o la dipendenza dalla Giudizializzazione.

⁸³⁷ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 138-139.

⁸³⁸ Tale forma di Giudizializzazione è nota come Giudizializzazione dall'interno (from within). Attraverso di essa, i metodi interni di assunzione delle decisioni giudiziarie si diffondono oltre i propri confini, trapiantandosi in istituzioni non giudiziarie. Ciò può essere percepito quando legislatori e amministratori iniziano ad adottare decisioni politiche mediante l'anticipazione del giudizio delle Corti, specialmente delle Corti Costituzionali, internalizzando la razionalità tribunizia negli atti di volontà. La pratica contrasta con la "psicologia delle facoltà", secondo cui gli atti di volontà sono affidati più direttamente ai Poteri rappresentativi, eletti in nome del popolo a tal fine, mentre il Giudiziario si incarica di atti razionali di applicazione della legge, pronunciando il diritto senza elaborarlo. In questa accezione, la Giudizializzazione è anche il risultato delle aspettative delle persone per diritti che il Parlamento non è pronto a valutare politicamente e/o che il Giudiziario è stato sollecitato ad analizzare prematuramente, essendo accettate dalla cittadinanza per immediatismo e dalla sfera politica per comodismo. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power: the judicialization of politics**. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. p. 02; e PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Virginia K. Pupi. São Paulo, Martins Fontes, 2000. Título original: *Logique juridique*. p. 32; e HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**. p. 212.

⁸³⁹ Esistono differenze marcate tra i metodi giudiziale e politico di assunzione delle decisioni, ma entrambi sono essenziali in una democrazia: mentre il metodo giudiziale attribuisce peso al ruolo della ragione e dei principi, il metodo politico si occupa della valutazione di valori confliggenti e della definizione dei diritti e doveri delle persone in società. Nel modello giudiziale vi sono, di regola, due parti dinanzi a un terzo imparziale e tecnico che aggiudica la soluzione impositiva, in udienze aperte e mediante la ponderazione di argomenti, accertando i fatti e le norme rilevanti per giungere alla soluzione corretta e creando precedenti per i casi futuri. I discorsi giuridici, i loro modelli di comportamento e linguaggio, sono carichi di norme e strutturati in dottrine e interpretazioni. D'altra parte, nel modello politico si trovano numerose parti, con dibattiti liberi e pubblici tra pari, incontri a porte chiuse, negoziazioni, compromessi e scambi di favori, concependo regole generali (leggi e bilanci) a partire dal principio maggioritario e definendo l'allocazione delle risorse (frequentemente economiche) alla luce della soluzione politicamente possibile. I discorsi politici tendono ad essere informati da interessi e sono condotti con un linguaggio di potere e ideologia. Tuttavia, nella pratica e al di fuori di questi modelli ideali, i confini tra i metodi non sono sempre demarcabili, essendovi negoziazioni a porte chiuse nello spazio giudiziario (*plea bargaining*), così come la creazione di regole generali attraverso precedenti giudiziari, specialmente nel controllo di costituzionalità (*judicial review*). VALLINDER, Torbjörn. **When the courts go marching in**. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. p. 13-26.

⁸⁴⁰ "People protect their rights through politics, not simply through courts". SUNSTEIN, Cass R. **The second bill of rights**. p. 158. Traduzione libera: "Le persone tutelano i propri diritti attraverso la politica, non semplicemente attraverso i Tribunali".

La Giudizializzazione della politica non è necessariamente una catastrofe⁸⁴¹, ma una società ipergiudizializzata non è sostenibile⁸⁴². Essa perde il "senso del diritto, ovvero della misura e dell'obbligo"⁸⁴³, dimenticando che i diritti non sono assoluti, ma si limitano per i diritti di altre persone e convivono con doveri nei confronti di altri individui e dello Stato, tanto quanto con necessità della società e del Governo⁸⁴⁴. La democrazia implica l'uguaglianza di diritti e doveri⁸⁴⁵ e l'adesione spontanea agli standard giuridico-sociali di comportamento, il che è incompatibile con il primato dei diritti e con l'apatia dei doveri che rendono la Giudizializzazione della politica cosa naturale. Ancora una volta, il ritocco dei doveri, sempre su basi moderate, contribuisce a equilibrare il Diritto, riducendo la Giudizializzazione massiva di macro e microquestioni, preoccupandosi dell'insieme formato dall'individuo e dalla società e ottimizzando l'attuazione del Giudiziario, se necessario il suo intervento.

⁸⁴¹ È difficile trarre un bilancio definitivo degli effetti nocivi o benefici del fenomeno, poiché entrambi coesistono in certa misura. Determinare fino a che punto sia positivo trasferire a un selettto corpo non rappresentativo l'assunzione di decisioni politiche, con l'obiettivo di raggiungere risultati pratici più visibili, o in tempi più brevi, costituisce un arduo problema nelle democrazie recenti, progettate a lungo termine e tenendo conto dell'esigenza di responsività da parte di tutti i Poteri. La stessa capacità istituzionale delle Corti di assumere tali decisioni è controversa. Tuttavia, una cosa sembra certa nell'universo di pro e contro: il problema non deve essere risolto con la prioritizzazione diretta della via giudiziaria alla ricerca di nuovi diritti. La soluzione deve provenire da processi equilibrati di regolazione e integrazione, che consentano un'azione coordinata tra i Poteri e la società civile, tra i diritti e i doveri di ciascuno e di tutti. A proposito: SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Program In Law and Economics**. University of Chicago Law School: n. 156, p. 1-55, 2002; e SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 174-175.

⁸⁴² La sostenibilità si connette all'avvertimento che l'umanità deve rivedere la cultura dell'insaziabilità per garantire la qualità della vita delle generazioni presenti e future, basandosi, tra l'altro, su valori come la solidarietà e l'interdipendenza. Essa viene considerata sia come un nuovo paradigma induttore del Diritto, sia come un principio giuridico fondamentale, che non si limita all'aspetto ambientale, ma acquisisce caratteristiche pluridimensionali, estendendosi alle dimensioni sociale, etica, economica e giuridico-politica. Così concepita e applicata, la sostenibilità possiede un vasto potenziale per informare visioni contemporanee su numerosi altri diritti e fenomeni sociali. CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** (recurso eletrônico). Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: < <https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf> >. Acesso em 19 de abril de 2022; BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Título original: *The principle of sustainability: transforming law and governance*, p. 82; e FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 53-68.

⁸⁴³ GARAPON, Antoine. **O guardador das promessas**. p. 96.

⁸⁴⁴ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 76, 82-83 e 222.

⁸⁴⁵ BRUNIALTI, Attilio. **Enciclopedia giuridica italiana: esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza nel diritto civile, commerciale penale, pubblico, giudiziario, costituzionale, amministrativo, internazionale, ecclesiastico, economico, con riscontri di storia del diritto, di diritto romano e di legislazione comparata**. Già sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini. Vice Direttore Enrico Pessina. v. IV, Parte I, II e III. Milano: Società editrice libraria, 1911. p. 865.

2.3. Attivismo Giudiziario

Sulla base di una vasta bibliografia⁸⁴⁶, si intende per Attivismo Giudiziario (*lato sensu*)⁸⁴⁷ un atteggiamento giurisdizionale di tendenze trasformatrici, più che contemplative. Queste tendenze si manifestano (*stricto sensu*), congiuntamente o isolatamente, negli ambiti (i) interpretativo o applicativo, mediante un accentuato volontarismo nella creazione del Diritto (*lato sensu*) a discapito della legislazione, dei precedenti o degli standard giuridici in generale, e (ii) istituzionale o relazionale, attraverso un'interferenza più assertiva nelle attribuzioni degli altri Poteri. In entrambe le situazioni, si conferisce ai giudici un ruolo che va oltre la visione classica di applicare il diritto a dispute soggettive o normative e moderare gli eccessi degli altri rami. L'Attivismo può verificarsi sia nella Giurisdizione costituzionale che in quella ordinaria, sia in azioni collettive che individuali, nonché in diverse dimensioni pratiche di operazione del diritto⁸⁴⁸.

È ricorrente l'Attivismo Giudiziario nella creazione e nell'affermazione di diritti⁸⁴⁹, in particolare quando i giudici aggiudicano beni giuridici che non risultano, così direttamente o liberi da contestazioni, da contenuti normativi vaghi, dipendenti da interposizione legislativa o con portata ridotta⁸⁵⁰. D'altra parte, trattandosi di doveri, le Corti dedicano una considerazione assai superiore al principio di legalità, come devono fare⁸⁵¹. La disparità è un ulteriore esempio della dominanza dei diritti e contribuisce alla loro espansione. Attraverso l'Attivismo, gli spazi normativi aperti finiscono per essere riempiti da predilezioni giudiziarie che riconoscono sempre più, sotto forma di diritti, nuovi progressi dell'individuo nei confronti del prossimo e del tutto, rendendo ancora maggiore il divario tra diritti e doveri nell'universo del Diritto. E questa imposizione dei

⁸⁴⁶ ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**; COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism: an interdisciplinary approach to the american and european experiences**. Ius Gentium, Vol. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015; BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**; BERGER, Raoul. **Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment**. 2nd ed. Indiana: Liberty Fund, Inc., 1997; BOUDIN, L.B. **Government by judiciary**. *Political Science Quarterly*. v. 26. n. 02. p. 238-270, June 1911; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014; LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica**. Milano: Giangiacoamo Feltrinelli editore, 1996; e SCHLESINGER JR., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. *Fortune*. v. XXXV, n. 1, p. 73-80 e 201-212, January/1947, e outros.

⁸⁴⁷ I dibattiti sull'Attivismo Giudiziario sono di lunga data, in particolare nella letteratura e nell'esperienza giuridica statunitense, che possono essere considerate la culla dell'argomento. Tali dibattiti iniziarono ad assumere maggior rilievo già nel periodo contemporaneo all'emergere del *judicial review*. Tuttavia, il termine Attivismo Giudiziario è stato coniato molto più recentemente. La paternità è attribuita allo storico Arthur Schlesinger Jr., in un articolo pubblicato nel gennaio 1947 sulla popolare rivista *Fortune*, con il termine che, curiosamente, non emerge da una decisione giudiziaria o da un saggio scientifico. SCHLESINGER JR., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. *Fortune*.

⁸⁴⁸ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 195.

⁸⁴⁹ L'Attivismo Giudiziario rivela certe dimensioni pratiche, manifestandosi, a titolo esemplificativo e senza l'intenzione di stabilire un elenco tassativo, in scenari di interpretazione della Costituzione e delle leggi, di affermazione dei diritti, di attività quasi-legislativa di creazione del Diritto, di determinazione di politiche pubbliche, di autoespansione della Giurisdizione, di conduzione dei processi, di superamento dei precedenti, di argomentazioni massimaliste, di decisioni orientate più al risultato che alle norme, di partigianeria giudiziaria, di pretese di sovranità giudiziaria, di attività di controllo della legalità politica nella sfera penale, di utilizzo del Diritto Transnazionale e di applicazione espansiva dei diritti da parte delle Corti Internazionali. Ciò non significa che gli esempi sopra elencati siano necessariamente sinonimo di Attivismo, ma pratiche attiviste possono concretizzarsi negli ambiti sopra menzionati. In questo senso: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. p. 165-174.

⁸⁵⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. p. 165.

⁸⁵¹ OLIVETTI, Marco. **Diritti fondamentali**. p. 579-580; GRANDI, Federica. **Doveri costituzionali e obiezione di coscienza**. p. 58.

valori giudiziari sul processo democratico-legislativo indebolisce il ruolo della cittadinanza nella definizione dei destini della società⁸⁵².

Ancora una volta in questo punto, sono i doveri e il contributo della cittadinanza che possono riequilibrare il Diritto. Pensare che il Diritto non si riduca a diritti, ma comprenda doveri e partecipazione popolare è un contrappunto all'Attivismo, propendendo per una specie di Autocontenimento⁸⁵³ e per i suoi sviluppi nell'attuazione giudiziaria in ambienti democratici.

L'Autocontenimento (*lato sensu*) può essere definito come la tendenza giurisdizionale opposta all'Attivismo, nei piani (*stricto sensu*) (i) interpretativo o applicativo e (ii) istituzionale o relazionale, caratterizzata da atteggiamenti giudiziari di prudenza e deferenza verso le scelte politiche degli altri rami. Questi atteggiamenti possono manifestarsi nel *judicial review* e nella giudicazione ordinaria, individuale o collettiva, ivi comprese numerose dimensioni della pratica giuridica. La prudenza ha come obiettivo la preservazione istituzionale del Giudiziario, evitando usure d'immagine, reazioni politiche o timori di indebolimento dei Tribunali per difficoltà di esecuzione dei giudicati. La deferenza emerge come un segno di rispetto verso il modo democratico-rappresentativo di presa di decisioni pubbliche⁸⁵⁴.

Si possono evidenziare alcuni contrasti tra giudici attivisti e contenuti, tenendo presente il relativismo di tali etichette. I primi sono soliti attribuirsi un ruolo più ampio nella democrazia e nel sistema politico, mentre i secondi tendono a vedersi, primariamente, come aggiudicatori tecnici di soluzioni a conflitti intersoggettivi e normativi. I primi si lasciano influenzare meno, in teoria, da valori come stabilità, sicurezza giuridica e limiti istituzionali, mentre i secondi conferiscono loro un peso maggiore⁸⁵⁵.

Se gli attivisti tendono a utilizzare note incidentali e accessorie nella motivazione (*obiter dictum*), impiegare considerazioni profonde, ampie e ambiziose, e sviluppare nuove interpretazioni per proteggere i diritti che mirano a riconoscere, i contenuti, generalmente, evitano eccessi nelle argomentazioni, esprimono solo il necessario per decidere i casi e raggiungono i loro obiettivi usando i mezzi giudiziari già esistenti⁸⁵⁶. Inoltre, gli attivisti normalmente espandono l'ammissibilità e la portata del *judicial review* sulla governance pubblica,

⁸⁵² La creazione giudiziaria dei diritti opera a scapito del diritto che il popolo ha di decidere sulla creazione dei diritti, negando la partecipazione e la possibilità per le persone di svilupparsi in modo autonomo e responsabile, contribuendo alla costruzione della società e imparando dai propri errori e successi. MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. p. 85, 99 e 115.

⁸⁵³ La filosofia dell'Autocontenimento può essere illustrata con una antica opinion pronunciata dal Chief Justice Stone nel caso US v. Butler. (1936): "*The power of courts to declare a statute unconstitutional is subject to two guiding principles of decision which never to be absent from judicial consciousness. One is that courts are concerned only with the power to enact statutes, not with their wisdom. The other is that while unconstitutional exercise of power by the executive and the legislative branches of the government is subject to judicial review, the only check upon our exercise of power is our own sense of self-constraint*". UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of Justice. **United States v Butler**. 297. U.S. 1 (1936). Disponível no site da faculdade de Direito de Cornell: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/297/1> >. Acesso em 25 de abril de 2022. Traduzione libera: "Il potere dei tribunali di dichiarare una legge incostituzionale è soggetto a due principi che non devono mai essere assenti dalla coscienza giudiziaria. Uno è che i tribunali devono preoccuparsi solo del potere di promulgare le leggi, non della loro saggezza. L'altro è che, mentre l'esercizio incostituzionale del potere da parte dei rami esecutivo e legislativo è soggetto a revisione giudiziaria, l'unico controllo sull'esercizio del potere delle Corti è il nostro stesso senso di autocontrollo."

⁸⁵⁴ SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**. v. 1. p. 209.

⁸⁵⁵ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 272.

⁸⁵⁶ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 271-272.

esternando persino consigli (*advisory opinions*). I contenuti, invece, assicurano maggiore spazio di discrezionalità agli altri Poteri, riconoscono il carattere residuale della Giurisdizione e riservano le ipotesi di controllo giudiziario a situazioni eccezionali⁸⁵⁷. Infine, i giudici attivisti probabilmente adottano una visione espansiva sull'Accesso Giudiziario e una visione restrittiva delle condizioni dell'azione, dei presupposti processuali e delle dottrine di non-giustiziabilità. Al contrario, i giudici autocontenuti propendono ad essere più criteriosi nelle loro attuazioni, filtrare i casi che giudicheranno, selezionare le loro agende e insistere sull'esaurimento di altre vie prima di ammettere la domanda⁸⁵⁸. Non tutte queste posizioni dicotomiche risalgono a diritti e doveri, ma gran parte di esse e delle concezioni che le sottendono si radicano lì.

Così come la Giudizializzazione, l'Attivismo e l'Autocontenimento non meritano verdetti assoluti, entrambi racchiudendo alcune virtù e vizi. In certi tipi di conflitti o periodi storici un comportamento più attivo può mostrarsi adeguato, in altri il contenimento forse si mostra più consono⁸⁵⁹, soprattutto in scenari di insufficienza di informazioni rilevanti, dubbi sulle capacità istituzionali o preponderanza di temi politici⁸⁶⁰. Il punto centrale qui è che il regno dei diritti è un ingrediente dell'Attivismo, che necessita di essere controbilanciato con il contributo dei doveri e il rafforzamento della cittadinanza. La proposta non è di incentivare la creazione giudiziale di doveri, ma di fomentare un maggiore equilibrio, anche nell'applicazione degli stessi diritti, sia attraverso il contenuto autonomo dei doveri, sia nella loro condizione di limite al contenuto dei diritti, sia come un dovere correlativo⁸⁶¹, sia indirettamente, attraverso il contrappunto dell'Autocontenimento.

3. NUOVE INTERAZIONI

L'universo del Diritto si costituisce di diritti, doveri, altre categorie planetarie e satelliti. Tale figurazione è contenuta nel Capitolo I. Tale universo comprende la galassia o il sottosistema dei Diritti e Doveri Umani e Fondamentali. Il tema è stato esplorato nel Capitolo II. Accade che nelle Costituzioni e nelle leggi, nella dottrina e nella giurisprudenza, vige un impero dei diritti, il che causa la disarmonia del sistema giuridico nel suo complesso. Quantomeno, si attribuisce un'espressiva centralità a tali figure. Come risultato, l'evoluzione, la previsione normativa, la sistematizzazione dottrinale e l'applicazione giurisprudenziale dei doveri finiscono per essere trascurate. In questo Capitolo III sono stati visti alcuni aspetti generali e specifici che ne derivano.

⁸⁵⁷ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. p. 277-278.

⁸⁵⁸ BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. p. 277; e SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático*. v. 1. p. 208.

⁸⁵⁹ SALLES, Bruno Makowiecky. *Acesso à justiça e equilíbrio democrático*. v. 1. p. 213.

⁸⁶⁰ SUNSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on The Supreme Court*. Second Printing. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

⁸⁶¹ Come visto nel Capitolo II, in particolare nei paragrafi 2.2.1, 2.2.2 e 2.2.3, frequentemente i doveri finiscono per istituire limiti immanenti all'ambito di protezione o al contenuto dei diritti, impone condizioni o forme per i rispettivi esercizi e giustificare restrizioni legislative e interpretative, purché tali restrizioni rispettino il nucleo essenziale, la dignità della persona umana e la proporzionalità. Inoltre, esistono figure ibride come i diritti-doveri e i doveri-diritti, di cui sono esempi l'ambiente e l'educazione dei figli. In ogni caso, i doveri diffondono una forza assiologica concretizzatrice dei valori politici fondamentali dell'ordinamento, fungendo da criterio di attuazione degli organi statali, come orientamento per l'azione sociale e politica e come parametro per l'interpretazione della Costituzione e della legislazione. Essi appaiono anche come contrappeso ai diritti, fermo restando che, nel confronto tra diritti e doveri, nel dubbio tra libertà e responsabilità, prevalga, in linea di principio, l'interpretazione o la norma più benevola nei confronti dei diritti (*in dubio pro libertate*).

L'individualismo e la cultura dei diritti fomentano la crescita di questi ultimi. È auspicabile la preponderanza dei diritti, purché delimitata dai doveri e da una cittadinanza attiva. Senza queste regolazioni fini, il regno dei diritti diventa fonte di squilibrio nella vita di una società democratica, che diventa conflittuale e frammentata, dimenticando il legame di ricerca del successo collettivo. Tra le altre cose, tale regno potenzia l'Accesso al Giudiziario a discapito dell'Accesso extragiudiziale ai Diritti. Nel farlo, favorisce la Giudizializzazione che smobilita la cittadinanza e il dovere di partecipare alla costruzione del futuro comune. Il quadro, per estensione, spinge verso l'Attivismo Giudiziario che fa avanzare i diritti individuali deviandoli dal processo democratico-rappresentativo, con tutta la serie di conseguenze che ciò comporta.

I doveri entrano in questo contesto per riallineare gli astri del Diritto. Essi penetrano nelle rivendicazioni individuali, nelle intitolazioni che gli individui si attribuiscono, al fine di dar loro un senso comunitario di appartenenza a un progetto comune la cui responsabilità è condivisa da tutti. Con ciò i doveri rafforzano il ruolo della cittadinanza, che passa a impegnarsi affinché i diritti e i doveri siano osservati extragiudizialmente nelle sfere pubblica e privata. Inoltre, attenuano il fenomeno della Giudizializzazione, recuperando la partecipazione politico-cittadina nella vita pubblica. Congiuntamente, temperano ancora l'Attivismo Giudiziario, specialmente quello volto alla creazione giudiziale di diritti, bilanciandoli con i doveri, attenuandolo con l'Autocontenimento e promuovendo l'equilibrio nella Teoria del Diritto e nella democrazia. Il Diritto è fatto di diritti e doveri e la convivenza sana in una società democratica presuppone entrambi. E tale affermazione è basata tanto sulla Teoria Generale del Diritto⁸⁶² quanto sulla razionalità che informa i Diritti e Doveri Umani e Fondamentali⁸⁶³.

CONCLUSIONI

Questo libro si è proposto di indagare se la Teoria del Diritto, incluso il campo delle norme giusfondamentali, articoli ed equilibri adeguatamente i suoi elementi principali: i diritti e i doveri. La questione e i suoi sviluppi si ripercuotono sulle stesse funzioni del Diritto (*lato sensu*).

Il contenuto è diviso in tre Capitoli.

Il Capitolo I è stato dedicato allo studio del Diritto e dei suoi principali componenti, con lo scopo di visualizzarlo come universo sotto lenti telescopiche. Si è proceduto alla ricerca, alla descrizione e alla concettualizzazione di questo complesso oggetto a partire dal pensiero di autori come Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Richard Posner, mantenendo le precauzioni necessarie per assicurare la razionalità. Nel percorso sono stati presi in considerazione, incidentalmente, aspetti della teoria delle norme, dell'ordinamento, delle fonti e della decisione, nonché le dottrine di diverse scuole e approcci tanto dogmatici quanto filosofici, siano essi normativi, idealistici o funzionali, senza pregiudizio della prospettiva argomentativa. L'idea è stata quella di lanciare uno sguardo comprensivo volto a conciliare tutti questi innegabili aspetti del Diritto. In una catena complementare ed evolutiva, sono state utilizzate proposizioni teoriche compatibili per una concezione aggiornata di Diritto e che hanno dato base, accanto ad aggiunte, alla formulazione di un concetto.

⁸⁶² Capitolo I.

⁸⁶³ Capitolo II.

Si è proposto, in tale quadro, che il Diritto sia definito come un intreccio di norme-regola, norme-principio, precedenti giudiziari e altri standard normativi di natura coercitiva destinati a reggere la condotta umana in società, realizzare una ripartizione equilibrata degli oneri e dei benefici della vita comunitaria e permettere la risoluzione, caso per caso, di conflitti di interessi, in modo da fornire sicurezza giuridica. Comprende tanto norme espressamente positivizzate, risultanti da un processo politico formalmente stabilito, quanto norme implicite e vigenti nella moralità del sistema, il cui contenuto è sostanzialmente condizionato da disposizioni nazionali o sovranazionali superiori e soggetto a un continuo sviluppo attraverso processi giudiziari applicativi e relativamente creativi, soprattutto di fronte ai precetti normativi aperti e ai casi difficili (*hard cases*) che attraggono tecniche decisionali distinte dalla sussunzione, giustificate da un'esposizione di motivi che riunisca un'argomentazione razionale. Le norme che lo integrano contengono una tipologia variata, prevedendo un plesso di diritti (*stricto sensu*), doveri (*lato e stricto sensu*), obblighi e limitazioni allo Stato e ai privati, nonché istituendo conseguenze giuridiche, processi e sanzioni punitive o premiali a condotte e, ancora, attribuendo competenze pubbliche e private. Tutto ciò in un assetto tra i Poteri e in sintonia con le aspirazioni della società, in ordine a garantire una certa responsabilità e ad assicurare un coefficiente di efficacia al sistema giuridico nel suo complesso e alle sue norme individualmente considerate.

Con tale concetto ampio si è sostenuta una figurazione: quella del Diritto come universo, composto da pianeti e satelliti in armonia. I primi (pianeti) sono come astri o elementi principali, esercitando un protagonismo nella sua definizione e costituzione. Tra questi vi sono le nozioni di diritto oggettivo, diritto soggettivo (*lato e stricto sensu*), diritto potestativo, doveri (*lato e stricto sensu*) e obbligazioni. I secondi (satelliti) gravitano intorno ai primi in modo da ausiliare nelle loro visualizzazioni e applicazioni, citando le nozioni di rapporto giuridico, situazione giuridica, posizione giuridica, onere e istituti. Tutte queste categorie sono state investigate, descritte e sistematizzate, rendendo chiara la loro importanza affinché il Diritto operi su basi tecniche ed eserciti adeguatamente le funzioni a cui è destinato.

L'itinerario percorso, dogmatico ma anche teorico-filosofico, ha confermato l'ipotesi che il Diritto vada ben oltre i diritti o le rivendicazioni. Si mostra insoddisfacente qualsiasi comprensione che conferisca a questi un regno o anche un peso sproporzionato, senza prestare la dovuta attenzione, seppur in minor grado, alle loro interrelazioni con altre categorie centrali e alla funzione di reggere con successo la vita in società. È necessario, quindi, cercare l'equilibrio di questo universo chiamato Diritto.

Il Capitolo II ha trattato dei Diritti e Doveri Umani e Fondamentali. Si è esposto un contenuto aggiornato e una percezione contemporanea di questa galassia o sottosistema del Diritto, che in esso introduce un'espressiva vivacità assiologica e deontologica, clausolandolo con premesse sostanziali e procedurali, stabilendo contenuti e meccanismi per la creazione e l'attualizzazione delle norme e rendendo possibile la convivenza delle persone umane in una società democratica e responsabile.

In tale contesto, si è realizzata un'immersione iniziale nei Diritti e Doveri Umani, cercando, sul piano internazionale, un senso per tali figure. Successivamente si è entrati nell'ambito costituzionale dei Diritti e Doveri Fondamentali, con una certa enfasi sugli ordinamenti vincolati alla famiglia del *civil law*, ma senza trascurare il *common law*. Sono stati approfonditi aspetti

essenziali intorno a queste figure, come l'autonomia di entrambe, le loro principali razionalità, caratteristiche, dimensioni, le loro prospettive oggettiva e soggettiva, il tema dell'efficacia e altre classificazioni. È risultato evidente come la Teoria Generale del Diritto sia arricchita, nello Stato Democratico, con l'apporto di Diritti e Doveri Umani e Fondamentali volti alla tutela della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della fraternità/solidarietà nelle relazioni verticali delle persone con lo Stato e/o in quelle orizzontali tra loro.

Nel corso del Capitolo si è constatata, ancora una volta, l'importanza di un equilibrio tra diritti e doveri nel tentativo di armonizzare, sebbene in equazioni non esatte, libertà e ordine, individualismo e comunitarismo e tante altre dicotomie delle complesse società democratiche. Si è confermato che è importante approfondire sforzi per l'evoluzione dei doveri come categoria autonoma. Allo stesso modo, si è osservato che i diritti si indeboliscono senza i doveri, trattandosi di nozioni che, sebbene indipendenti, si mostrano anche complementari, interagendo mediante intense e profonde relazioni. Senza un'integrazione si compromette il senso del Diritto e la sua stessa intenzione di reggere una società vocata non solo alla protezione degli individui, ma anche alla promozione dell'ordine e della ventura della comunità.

Il Capitolo III, forgiato in chiavi già molto meno dogmatiche e un po' più riflessive, ha trattato dell'attuale contesto di accentuata primazia dei diritti e dello squilibrio democratico che ne risulta, proponendo possibili vie di correzione. Così, detta sezione del libro è iniziata con considerazioni generali sulla cultura dei diritti (*culture of rights*) e l'eccesso di individualismo per sostenere, in seguito, che la teoria del Diritto acquisisce maggiore completezza con un recupero del senso del dovere e i suoi riflessi nella cittadinanza, nella società e nella democrazia, riallineando i pianeti del Diritto.

Da qui, si è entrati in temi specifici come l'Accesso alla Giustizia (*lato sensu*), la Giudizializzazione e l'Attivismo Giudiziario, aprendo prospettive che aiutano ad armonizzare i diritti e i doveri, gli interessi individuali e collettivi alla ricerca di un maggiore equilibrio. Si è registrato che solo così il Diritto è atto ad adempiere alla sua funzione di reggere normativamente un corpo sociale che, incentrandosi sulla persona umana, non lo faccia a detrimento della collettività, né naturalizzi i permanenti conflitti e la noncuranza verso lo spirito di coesione che promuove una società prospera.

Si è confermato che è auspicabile una dose di preponderanza dei diritti, purché delimitata dai doveri e da una cittadinanza attiva. Senza queste regolazioni fini, il regno dei diritti diventa fonte di instabilità nella vita di una società democratica, che si trasforma in conflittuale e frammentata, abbandonando lo scopo collettivo. Tra le altre cose, tale regno potenzia l'Accesso al Giudiziario a discapito dell'Accesso extragiudiziale ai Diritti. Nel farlo, favorisce la Giudizializzazione che smobilita la cittadinanza e il dovere di edificare il futuro. Per estensione, ciò spinge verso l'Attivismo Giudiziario che fa avanzare i diritti individuali deviandoli dal processo democratico-rappresentativo, con tutta la serie di conseguenze che ne derivano.

Si è infine concluso che i doveri appaiono per riallineare gli astri del Diritto. Sono essi i veicoli del senso comunitario di appartenenza a un progetto comune la cui responsabilità è condivisa da tutti. Con ciò, i doveri rafforzano il ruolo della cittadinanza, che passa a impegnarsi affinché i diritti e i doveri siano osservati extragiudizialmente nelle sfere pubblica e privata,

fomentando una maggiore armonia sociale. Inoltre, attenuano il fenomeno della Giudizializzazione, recuperando la partecipazione politico-cittadina nella sfera pubblica. Congiuntamente, mitigano ancora l'Attivismo Giudiziario, specialmente quello volto alla creazione di diritti, bilanciandoli con i doveri, attenuandolo con l'Autocontenimento e promuovendo l'equilibrio nella Teoria del Diritto e nella democrazia. Se il Diritto è fatto di diritti e doveri, la convivenza in una società democratica presuppone entrambi, essendo tempo di recuperare questi ultimi, mantenuta la preponderanza dei primi. Tale affermazione è basata sulla Teoria Generale del Diritto e sulla razionalità che informa i Diritti e i Doveri Umani e Fondamentali.

Il tema affrontato è tra i più sensibili e cruciali, comprendendo la Teoria del Diritto, i Diritti e Doveri Umani e Fondamentali, il ruolo della cittadinanza e l'equilibrio di tutti questi elementi, incluso nelle loro relazioni con argomenti attuali come l'Accesso alla Giustizia (*lato sensu*), la Giudizializzazione e l'Attivismo Giudiziario. Si ha la pretesa, con umiltà scientifica, di contribuire con apporti dogmatici e critico-riflessivi a un sistema giuridico più completo e abilitato a regolare la vita in società. La continuità degli studi suona fondamentale in una tematica così ricca e attuale.

GLOSSARIO

Accesso alla Giustizia (*lato sensu*): Diritto Umano nel campo internazionale e Fondamentale sul piano costituzionale, positivizzato comunemente sotto forma di norma-principio, ma che può figurare sotto altre formule o in maniera implicita negli ordinamenti. Riunisce un valore proprio, che si allea a una funzione strumentale ad altri diritti, dotandosi di un contenuto complesso che permette approcci tecnico-processuali e democratico-istituzionali. Comprende, prevalentemente, prestazioni statali e condotte di attori privati, ma incorpora ancora aspetti di diritti di libertà e partecipazione. Si specifica (*stricto sensu*) nelle possibilità di **(i)** Accesso ai Tribunali per la protezione dei diritti per via giudiziaria mediante un processo giusto e rivestito delle garanzie del *due process of law*, come il contraddittorio, l'ampia difesa, l'esigenza di decisioni motivate, la pubblicità, l'imparzialità, la ragionevole durata dei processi e altre, e di **(ii)** Accesso ai Diritti, nella sfera extragiudiziale, in termini di informazione, consulenza e metodi alternativi di risoluzione dei conflitti, purché efficienti. Tutte queste nozioni interagiscono e possiedono il loro contenuto e la loro estensione dipendenti dal compito interpretativo dei giudici, nella tensione tra il grado di normatività del diritto e le restrizioni fattuali e giuridiche esistenti.

Attivismo Giudiziario: Atteggiamento giurisdizionale di tendenze trasformatrici manifestate, congiuntamente o isolatamente, negli ambiti **(i)** interpretativo o applicativo, mediante un accentuato volontarismo nella creazione del Diritto (*lato sensu*) a discapito della legislazione, dei precedenti giudiziari o degli standard giuridici in generale, e **(ii)** istituzionale o relazionale, attraverso un'interferenza più assertiva nelle attribuzioni degli altri Poteri. Nella prospettiva attivista, si conferisce ai giudici un ruolo che va oltre la visione classica di applicare il diritto a dispute intersoggettive o normative e moderare gli eccessi degli altri rami. Simili pratiche possono verificarsi sia nella Giurisdizione costituzionale che in quella ordinaria, sia in azioni collettive che individuali, nonché in diverse dimensioni pratiche di operazione.

Cittadinanza: Situazione giuridica riconosciuta a persone di un'organizzazione politica, che conferisce a tali persone uno status proprio dei cittadini, un insieme di posizioni giuridiche attive e passive, un blocco di uguali diritti e doveri di ordine civile, politico, sociale, economico, culturale,

collettivo e diffuso, i quali devono essere esercitati in modo partecipativo, protagonista ed equilibrato sia nella sfera politica, sia nell'universo giuridico, sia ancora nell'ambito della società civile, sintonizzando gli interessi individuali di ciascuno con gli interessi più generali della comunità di cui fanno parte.

Doveri (*lato sensu*): Condotte omissive (non facere) o commissive (facere) di contenuto variato come pagare, dare, fare, non fare e altre, imposte da norme giuridiche sia in carattere autonomo, connesso, collegato o correlativo a diritti e il cui inadempimento implica conseguenze organizzate dallo Stato. Si dividono in doveri (*stricto sensu*) e obbligazioni. I primi si identificano con quelle prescrizioni dell'ordinamento trovate, nella sfera del diritto pubblico o privato, fuori dal contesto di relazioni giuridiche concrete, non corrispondendo a diritti soggettivi altrui. Le seconde si verificano all'interno di relazioni giuridiche concrete, nelle quali al diritto soggettivo di qualcuno corrisponde una prestazione a carico di un altro.

Doveri Fondamentali: Categoria giuridico-costituzionale autonoma che, accanto a tale classe di diritti, compone lo statuto costituzionale dell'individuo. Si traducono in posizioni giuridiche passive, condotte negative (non facere) o positive (facere), fisiche o economiche, che le Costituzioni, mediante norme espresse o precetti impliciti estratti con cautela, indirizzano alle persone, alla collettività e allo Stato. Comprendono vincoli alla volontà, doveri di dare, pagare, fare o non fare, sacrifici o rinunce a favore di qualcuno o dell'interesse collettivo, i quali, avendo una base costituzionale, si convertono in forme giuridiche attraverso legislatori, giudici e amministratori e sono soggetti a moderati sviluppi da parte della dottrina e della giurisprudenza. Dal punto di vista dei privati, i doveri rappresentano svantaggi per gli individui e gli enti privati a favore degli altri e dello Stato, risalendo alla filosofia di cittadini virtuosi dotati non solo di diritti, ma anche di un senso comunitario che li orienta al rispetto della legge e della cosa pubblica, alla libertà con responsabilità, all'ordine, alla fraternità/solidarietà e ad altri valori essenziali per una società, giuridicizzando un'elevata carica di moralità. Dal punto di vista dello Stato, i doveri si identificano con il rispetto dei diritti di libertà mediante astensioni o con la promozione dei diritti sociali, culturali, economici e collettivi (*lato sensu*) attraverso condotte positive, o, ancora, con l'emanazione di norme di organizzazione e procedura che rendono possibili i diritti di partecipazione. Il loro fondamento è essenzialmente personalistico, basato sul senso di responsabilità verso il corpo politico-sociale, sulla soddisfazione di bisogni vitali e sull'esercizio equilibrato dei diritti, contribuendo alla realizzazione della dignità umana, all'effettivazione dei diritti delle generazioni presenti e future, alla promozione della democrazia partecipativa e alla prevenzione dei conflitti individuali e collettivi. Pertanto, non si tratta di un mero riflesso del potere statale. La dimensione normativa dei doveri autorizza che essi fungano da guida per la determinazione dell'ambito di protezione dei diritti e come base per la restrizione di questi ultimi da parte della legislazione o tramite via interpretativa, servendo inoltre a fissare limiti sostanziali e procedurali alla conformazione delle imposizioni da parte degli organi statali. Vi sono doveri autonomi, collegati a diritti, connessi a diritti e correlativi a diritti, i quali possono relazionarsi ai valori della libertà (doveri civili e politici), dell'uguaglianza (doveri sociali, culturali ed economici) e della fraternità e solidarietà (doveri diffusi e collettivi). Ricadono su tutti o su agenti in situazioni specifiche, avendo come titolari o soggetti attivi ora il cittadino nei confronti dello Stato, ora l'individuo nei confronti della collettività, ora le persone nelle relazioni con altre e ora le persone

nelle relazioni con se stesse. Il tratto caratteristico risiede in una dimensione comunitaria, giustificata in sé o strumentale.

Doveri Umani: Doveri giuridici (*lato sensu*) iscritti in documenti convenzionali firmati tra Stati e che positivizzano comportamenti omissivi o commissivi considerati preziosi per la comunità mondiale, essendo aperti a moderati sviluppi giurisprudenziali e dottrinali. Presuppongono l'organizzazione politico-giuridica dell'ordine internazionale e riguardano tanto gli Stati quanto gli individui, le collettività e la società civile. Costituiscono il fondamento e la giustificazione di una comunità planetaria sostenibile, libera, giusta ed egualitaria. Hanno come obiettivi la regolazione di dimensioni basilari della vita dell'uomo, la preservazione dell'ordine, l'organizzazione del funzionamento delle istituzioni e il bilanciamento dell'esercizio dei diritti, tra gli altri.

Diritto (*lato sensu*): Insieme di norme-regola, norme-principio, precedenti giudiziari e altri standard normativi di natura coercitiva destinati a regolare la condotta umana in società, a realizzare una distribuzione equilibrata degli oneri e dei benefici della vita comunitaria e a permettere la risoluzione, caso per caso, dei conflitti di interessi, in modo da promuovere la sicurezza giuridica. Comprende sia norme espressamente positivizzate, risultanti da un processo politico formalmente stabilito, sia norme implicite e vigenti nella moralità del sistema, il cui contenuto è sostanzialmente condizionato da disposizioni nazionali o sovranazionali e soggetto a uno sviluppo continuo attraverso processi giudiziari applicativi e relativamente creativi, soprattutto di fronte a precetti normativi aperti e ai casi difficili (*hard cases*) che richiedono tecniche decisorie diverse dalla semplice sussunzione, giustificate da una esposizione razionale delle motivazioni. Le norme che lo compongono presentano una tipologia varia, prevedendo un insieme di diritti (*stricto sensu*), doveri (*lato e stricto sensu*), obblighi e limitazioni sia per lo Stato che per i privati, oltre a istituire conseguenze giuridiche, processi e sanzioni punitive o premiali per le condotte, e attribuire competenze pubbliche e private. Tutto ciò all'interno di un assetto istituzionale tra i poteri e in sintonia con le aspirazioni della società, al fine di garantire un certo grado di responsabilità e assicurare un qualche coefficiente di efficacia al sistema giuridico nel suo complesso e/o alle sue norme considerate individualmente.

Diritti Fondamentali: Posizioni giuridiche o fasci di posizioni giuridiche attive attribuite, da norme-regola o norme-principio costituzionali, prevalentemente alle persone fisiche, ma in misura minore anche a gruppi, persone giuridiche o indeterminazioni diffuse, integrando un aspetto centrale dell'ordinamento e godendo di una speciale protezione nei confronti dei poteri costituiti e delle riforme legislative attuate da maggioranze momentanee. Si tratta di diritti estratti dai testi costituzionali e suscettibili di sviluppi giurisprudenziali, rivestendo una fondamentale importanza sia formale, sia spesso anche materiale, nella misura in cui presuppongono una previsione costituzionale espressa o implicita e tendono a riflettere contenuti legati a beni giuridici essenziali e alla dignità umana. Sono caratterizzati dalla storicità e sono destinati a proteggere la persona e i titolari in generale, considerati individualmente o collettivamente, promuovendo gli ideali di libertà, uguaglianza, fraternità e solidarietà nelle relazioni verticali tra lo Stato e le persone, così come nelle relazioni orizzontali all'interno della società. Svolgono funzioni di limitazione del potere, preservazione di zone di autonomia tramite astensioni dello Stato (non facere) e garanzia di partecipazione democratica (diritti civili e politici), oltre a determinare un'azione positiva dello Stato (facere) per la concessione di prestazioni fattuali e normative (diritti sociali, economici e culturali) e a tutelare gli interessi delle generazioni presenti e future mediante diritti che, al

contempo, richiedono azioni, astensioni e doveri (diritti collettivi e diffusi). Tutti questi diritti hanno un carattere relativo, soggetti a limitazioni e oneri, purché sia preservato il nucleo essenziale e rispettato il test di proporzionalità. Oltre a un aspetto soggettivo che conferisce diritti (in *lato sensu*) ai titolari, presentano un aspetto giuridico-oggettivo che li afferma come un ordine di valori, un'espressione degli impegni assiologici dello Stato e degli obiettivi che la comunità intende raggiungere. In tale concezione, penetrano l'intero ordinamento, fungono da bussola per i poteri e la società e permettono il controllo astratto della validità delle norme, indipendentemente dalle violazioni individuali. Consentono inoltre lo sviluppo legislativo e interpretativo di nuovi contenuti, formano linee guida per l'evoluzione del diritto infracostituzionale e suscitano doveri di protezione dei diritti.

Diritti Umani: Diritti con un'elevata carica assiologica estratti da trattati, consuetudini, precedenti e documenti internazionali. Definiscono gli interessi pubblici superiori (*ordre public*) in grado di legittimare e influenzare, con efficacia dirigente, la comunità internazionale, caratterizzandosi per universalità, indivisibilità, storicità, irrinunciabilità, inalienabilità, imprescrittibilità, complementarietà e interdipendenza. Appartenendo all'essere umano indipendentemente dal legame con ordinamenti costituzionali, sono tutelati da organi sovranazionali e rafforzati dalla partecipazione della società civile internazionale attraverso organizzazioni non governative. Si tratta di diritti caratterizzati da un'anima peculiare, un principio vitale che li collega alla protezione di persone o gruppi contro la sofferenza, le disuguaglianze, la barbarie e gli abusi di potere, salvaguardando uno standard soddisfacente di dignità umana e introducendo razionalità nelle istituzioni politiche e nella società. In essi è presente una carica politica, ideologica, religiosa e un orientamento verso il progresso civilizzatore, i cui contenuti si costruiscono a partire dai traumi del passato, dagli insegnamenti del presente e dalle idealizzazioni del futuro. Le direttive dei diritti umani tendono solitamente a concentrarsi su questioni come la pace mondiale, la democrazia, l'avversione al razzismo e alle discriminazioni di genere, i migranti e i rifugiati, la tortura e i trattamenti degradanti, la schiavitù, il traffico di esseri umani, il genocidio, la persecuzione politica, le vittime di violenza in generale, la protezione dei bambini e delle minoranze, la politica estera, condizioni abitative dignitose, un giusto processo giudiziario, l'ambiente e altre questioni simili.

Diritto Oggettivo: Espressione della volontà collettiva attraverso norme generali e astratte che regolano la vita in società (*norma agendi*), le quali possono assumere forma scritta (*ius scriptum*) in leggi, codici e precedenti o avere natura non scritta (*ius non scriptum*). Si tratta delle norme giuridiche come realtà oggettiva, che attribuiscono diritti e doveri e stabiliscono i processi con finalità normative, indipendentemente dal legame concreto con la sfera giuridica di un titolare o di un oggetto giuridicamente tutelato. Riflette il punto di vista della comunità organizzata e gli interessi oggettivi dell'ordinamento, svincolati dalla sfera giuridica dei titolari.

Diritto Soggettivo (lato sensu): Poteri o facoltà attribuiti dall'ordinamento giuridico a soggetti attivi che li rivendicano o esercitano. Rappresentano la prospettiva dei titolari dei diritti e le loro posizioni nei confronti dello Stato e degli altri, classificandosi in pubblici e privati, materiali e processuali, assoluti e relativi, patrimoniali ed extrapatrimoniali, originari e derivati, principali e accessori, tra altre tipologie rilevanti, come i diritti soggettivi propriamente detti (*stricto sensu*) e i diritti potestativi. I primi sono diritti a prestazioni positive o negative da parte di altri, che possono avere contenuti potenzialmente variati e che, se violati, danno origine al titolare alla pretesa di

farli valere in giudizio. I secondi costituiscono diritti che permettono a una persona, attraverso una semplice esternazione unilaterale di volontà, indipendentemente dalla prestazione o dalla volontà altrui, di modificare o estinguere un rapporto giuridico, non corrispondendo a prestazioni altrui, essendo insuscettibili di violazione e ponendo il soggetto passivo in una condizione di soggezione.

Giudizializzazione della politica: Fenomeno multicausale presente in numerosi Paesi, che si manifesta con caratteristiche proprie legate alle peculiari interazioni tra diritto e politica. In virtù di tale fenomeno, il potere giudiziario viene sempre più frequentemente chiamato a decidere su macroquestioni generali e microquestioni potenzialmente amplificate o meno dalla ripetizione. Fornendo risposte creative non fornite dagli altri attori o considerate inadeguate e sottoposte al vaglio giudiziario, il potere giudiziario espande sia *(i)* lo spazio occupato dalle decisioni giudiziarie, sia *(ii)* i metodi giudiziari di presa di decisioni nella sfera politica, classicamente riservata agli altri Poteri. Tale espansione, nel primo caso *(i, supra)*, può avvenire sia nell'esercizio del *judicial review* sia nella giurisdizione ordinaria, sia attraverso azioni collettive che domande individuali.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2004.

ABREU, Pedro Manoel. A cidadania como fundamento político para o exercício democrático do judiciário, numa perspectiva de acesso à justiça. *In*: ABREU, Pedro Manoel (coord.); ESTEVES, Andresa Silveira; SALLES, Bruno Makowiecky; ABREU, Gabrielle Cristina Machado; GONÇALVES, Jéssica (orgs.). **Acesso à justiça: novas perspectivas**. v. II. Florianópolis: Habitus, 2021, p. 13-46.

ACCATTATIS, Vincenzo. **Governo dei giudici e giudici del governo**. 7a ed. Franco Angeli: Milano, 2008.

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ALLAN, Trevor Robert Seaward. In defence of common law constitutions: unwritten rights as fundamental law. **Law, society and economy working papers – LSE**, London School of Economics and Political Science, Department of Law. v. 5, p. 01-18, 2019.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Justiça: da ficção à teoria**. 1ed. Curitiba: Appris, 2020.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Begriff und geltung des rechts*.

_____. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução e organização de Luís Afonso Heck. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. Discourse theory and fundamental rights. *In*: MENÉNDEZ, Agustín José; ERIKSEN, Erik Oddvar. **Arguing fundamental rights**. Dordrecht: Springer, 2006, p. 15-29.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchingson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, Editora e Distribuidora Ltda., 2001. Título original: *Theorie der juristischen argumentation*.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, Título original: *Theorie der Grundrechte*.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista da Faculdade de Direito**. Paraíba: v. 14, p. 302-351, 1960.

ARIFA, Bethânia Itagiba Aguiar. O conceito e o discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica? **Boletim Científico ESMPU**. n. 51, ano 17, p. 145-173, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico->

n-51-janeiro-junho-2018/o-conceito-e-o-discurso-dos-direitos-humanos-realidade-ou-retorica >. Acesso em 08 de dezembro de 2021.

ATIENZA, Manoel. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12ª ed., ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALDASSARRE, Antonio. **Diritti della persona e valori costituzionale**. Torino: Giappichelli Editore, 1997.

BANDIERI, Luis María. Derechos fundamentales ¿y deberes fundamentales? In: LEITE, Goerge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (orgs.). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 211-244.

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BATALHA. **Introdução ao direito**. Filosofia, história e ciência do direito. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

BATTAGLIA, Salvatore. **Grande dizionario della língua italiana**. v. XIII. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1986.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2ed. 1 reimp. São Paulo: Editora 34, 2013. Título original: *Risikogesellschaft*.

BERGER, Raoul. **Government by judiciary**: the transformation of the fourteenth amendment. 2nd ed. Indiana: Liberty Fund. Inc., 1997.

BERMAN, Harold J. Towards an integrative jurisprudence: politics, morality, history. **California Law Review**. v. 76, n. 4, p. 779-801, july/1988.

BICKEL, Alexander M. **The least dangerous branch**: the supreme court at the bar of politics. Second Edition. New Haven and London: Yale University Press, 1986.

BLACK, Henri Campbell. **Black's law dictionary**. Definitions of the terms and phrases of american and english jurisprudence, ancient and modern. 4th ed. West Publishing Co., 1968.

BLAND, Randall W. **Constitutional law in the united states**: a systematic inquiry into the change and relevance of supreme court decisions. San Francisco: Austin & Winfield, 1993.

BEITZ, Charles R. **The idea of human rights**. New York: Oxford University Press, 2009.

BERMAN, Harold J. Towards an integrative jurisprudence: politics, morality, history. **California Law Review**. v. 76, n. 4, p. 779-801, july/1988.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei diritti*.

_____. **Introduzione alla costituzione**. Bari: 1959.

_____. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. Tradução de Jaime Clasen. São Paulo: Unesp, 2016. Título original: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*.

_____. **O positivismo jurídico: noções de filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. Título original: *Il positivismo giuridico*.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 1995. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Revista brasileira de direitos fundamentais & justiça**. v. 2, n. 3. Porto Alegre, p. 82-93, abr./jun. 2008. Disponível em: < <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/534/127> >. Acesso em 09 de janeiro de 2022.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOSELNANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Título original: *The principle of sustainability: transforming law and governance*.

BOUDIN, L.B. Government by judiciary. **Political Science Quarterly**. v. 26. n. 02. p. 238-270, june/1911.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos da teoria geral dos direitos fundamentais. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 104-194.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 05 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Direito Constitucional e Eleitoral. Recurso Extraordinário nº 633703/MG, do Tribunal Pleno. DF, publicado em 18 de novembro de 2011. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20633703%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true >. Acesso em 07 de janeiro de 2022.

BRUNIALTI, Attilio. **Enciclopedia giuridica italiana: esposizione ordinata e completà dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza nel diritto civile, commerciale penale, pubblico, giudiziario, costituzionale, amministrativo, internazionale, ecclesiastico, econômico, con riscontri di storia del diritto, di diritto romano e di legislazione**

comparata. Già sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini. Vice Direttore Enrico Pessina. v. IV, Parte I, II e III. Milano: Società editrice libraria, 1911.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2005. Título original: *Excepciones procesales y presupuestos procesales*.

CALVIERI, Carlo. Alcune riflessioni sullo stato post-moderno tra 'psicopolitica' e nuova dimensione Internazionale del diritto pubblico nella cornice del 'concetto di politico' di C. Schmitt. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – Eletrônica. vol. 24, n. 3, p. 848-871, set./dez. 2018. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13742> >. Acesso em 21 de junho de 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Estado de coisas inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1989. Título original: *Systemdenken Und Systemeibegriff In Der Juriprudenz*.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero. **Rivista di diritto processuale**. Padova: v. 37, série II. CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani. p. 233-245, 1982.

_____. O processo civil italiano no quadro da contraposição *civil law* – *common law* (apontamentos histórico-comparativos). **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: v. 32, n. 100, p. 409-442, 1974.

_____; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. Título original: *Acess to justice: the worldwide movement do make rights effective. A general report*.

CÁRCOVA, Carlos María. **Direito, política e magistratura**. São Paulo: LTr, 1996.

_____. **Las teorías jurídicas post positivistas**. 2ª ed. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of judicial process**. Mineola, New York: Dover Publications, Inc., 2005.

CARETTI, Paolo. **I diritti fondamentali**. Libertà e diritti sociali. Torino: Giappichelli Editore, 2002.

CARMO, Rui do. Concisão, compreensibilidade, segurança e rigor jurídico – ingredientes da linguagem jurídica. *In: O discurso judiciário, a comunicação e a justiça*. Conselho Superior da Magistratura. V Encontro Anual. Coimbra: Coimbra editora, 2008. p. 59-65.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. Terza edizione emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1951.

CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. Bari-Roma: Laterza, 2016.

CERETTI, Adolfo; e GIASANTI. Prefazione. *In: LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica*. Milano: Giangiacomo Feltrinelli editore, 1996. p. 07-13.

CHIARINI, Giovanni. I doveri giuridici nell'ordinamento costituzionale italiano. **Revista de Direito Brasileira**. v. 22, n. 9, p. 235-241, jan/abr. 2019. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5325/4281> >. Acesso em 31 de janeiro de 2022.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. 1. Tradução de Paolo Capitanio. 4ed. Campinas: Bookseller, 2009. Título Original: *Instituzioni di Diritto Processuale Civile*.

CÍCERO, Marco Túlio. **Dos deveres**. Tradução de João Mendes Neto. São Paulo: Edipro, 2019. Título original: *De Officiis*.

COBBETT, William. **Advice to young man**. And (incidentally) to young women in the middle and higher ranks of life. In a serie of letters addressed to a youth, a bachelor, a lover, a husband, a citizen or a subjetc. New York: John Doyle, 1833, p. 253. Disponível em: < <https://archive.org/details/advicetoyoungme03cobbgoog/page/n6/mode/2up> ">. Acesso em 14 de maio de 2022.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da constituição e de interpretação constitucional. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 15-99.

COIMBRA, Rodrigo. Direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Ambiental - RDA**. São Paulo: ano 18, v. 71, p. 117-138, jul-set/2013.

COKE, Edward. **Institutes of the law in england**. The second part. The sixth edition. London: W. Rawlins, 1681, p. -1-78. Disponível em: < <http://lawlibrary.wm.edu/wythepedia/library/CokeSecondPartOfInstitutesOfTheLawsOfEngland1681.pdf> >. Acesso em 11 de maio de 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSTANT, Benjamin. **De la liberté des anciens comparée à celle des modernes**. Disponível em: < <https://www.institutcoppet.org/wp-content/uploads/2015/01/7.-CONSTANT-Benjamin-De-la-liberte-des-Anciens-comparee-a-celle-des-Modernes.pdf> >. Acesso em 02 de maio de 2022.

COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. O conceito de cidadania. *In*: COSTA, Maria Izabel Sanches; IANNI, Aurea Maria Zöllner. **Individualização, cidadania e inclusão na sociedade contemporânea**: uma análise teórica. São Bernardo do Campos: Editora UFABC, 2018, p. 43-73. Disponível em: < <https://books.scielo.org/id/sysng/pdf/costa-9788568576953.pdf> >.

COUTINHO, Luís Pereira; LA TORRE, Massimo; e SMITH, Steven D. **Judicial activism**: an interdisciplinary approach to the american and european experiences. *Ius Gentium*, Vol. 44. Switzerland: Springer International Publishing, 2015.

CRESCENZIO; Nicola de; FERRINI, Contardo. **Enciclopedia giuridica italiana**: esposizione ordinata e completa dello stato e degli ultimi progressi della scienza, della legislazione e della giurisprudenza nel diritto civile, commerciale penale, pubblico, giudiziario, costituzionale, amministrativo, internazionale, ecclesiastico, econômico, con riscontri di storia del diritto, di diritto romano e di legislazione comparata. Già sotto la direzione di Pasquale Stanislao Mancini. v. XII, parte I. Milano: Società Editrice Libreria, 1900.

CRUZ, Alice Francisco da; SALLES, Bruno Makowiecky. Dos direitos humanos à sustentabilidade. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de (coord.). **Governança e sustentabilidade**: um planejamento estratégico à sadia qualidade de vida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 01-14.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** (recurso eletrônico). Itajaí: UNIVALI, 2012. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>>. Acesso em 19 de abril de 2022.

DABIN, Jean. **Théorie générale du droit**. Collection 'Philosophie du droit'. Nouvelle edition. Paris: Dalloz, 1969.

DALY, Erin. **Dignity rights**: courts, constitutions and the worth of the human person. Updated edition. Philadelphia: University of Pennsylvania Press (versão Kindle), 2021.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** (direito comparado). 2ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Editora Meridiano Ltda. Título original: *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*.

DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice; GERBAY, Nicolas; HOURQUEBIE, Fabrice; e ICARD, Philippe. Les déterminants de l'accès au Juge. In: DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHNEIDER, Béatrice (sous la direction). **L'accès au juge: reserche sur l'effectivité d'un droit**. Bruxelles: Bruylant, 2003. p. 53-59.

DORF, Michael C. Incidental burdens on fundamental rights. **Harvard law review**. v. 109, n. 06, p. 1775-1251, abril/1996. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1104&context=facpub>>. Acesso em 18 de janeiro de 2022.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la constitución española de 1978. **Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla**. México, n. 28, año V, p. 278-310, julio/diciembre 2011. Disponível em: < <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v5n28/v5n28a13.pdf> >. Acesso em 20 de maio de 2021.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Law's Empire*.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: *Taking Rights Seriously*.

ETZIONI, Amitai. **The spirit of community**: rights, responsibilities and the communitarian agenda. New York: Crown Publishers Inc., 1993.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à água potável**: direito fundamental de sexta dimensão. Campinas: Millennium, 2011.

FALZEA, Angelo. **Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica**. I. Teoria generale del diritto. Milano: Giuffrè Editore, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Chokur, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Título original: *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*.

_____. **La democrazia attraverso i diritti**. Bari: Laterza (Ebook).

FERRARI, Giuseppe Franco. Civil law e << common law >>: aspetti pubblicistici. In: CARROZZA, Paolo; GIOVINI, Alfonso di; e FERRARI, Giuseppe Franco (a cura di). **Diritto costituzionale comparato**. v. 2. Roma: Laterza, 2014. p. 775-803.

FOLLEVILLE, Clémence de. **L'accès au droit et à la justice**. Paris: ESF Éditeur, 2013.

FOKKINGA, Maarten M. **A gentle introduction to category theory**: the calculational approach. The Netherlands: University of Twente, 1994, p. 07. Disponível em: < <https://maartenfokkinga.github.io/utwente/mmf92b.pdf> >. Acesso em 15 de junho de 2021.

FRANCIONI, Francesco; GESTRI, Marco; RONZITTI, Natalino; e SCOVAZZI, Tullio. **Acesso alla giustizia dell'individuo nel diritto Internazionale e dell'unione europea**. Milano: Giuffré, 2009.

FRÄNDBERG, Ake. An essay on legal concept formation. *In*: HAGE, Jaap C.; PFORDTEN, Dietman von der (ed). **Concepts in law**. Dordrecht: Springer, 2009, p. 01-16.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. London: Stevens & Sons Limited, 1949.

FRASER, Julie. In search of new narratives: the role of cultural norms and actors in addressing human rights contestation. *In*: BUIKEMA, Rosemarie; BUYSE, Antoine; ROBBEN, Antonius C.G.M (ed.). **Cultures, citizenship and human rights**. London and New York: Routledge - Taylor & Francis Group (versão Kindle), 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FRIEDMAN, Lawrence M. **The republic of choice**: law, authority and culture. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Tradução de Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. Título original: *Le Garden des Promesses*.

GAVAZZI, Giacomo. **Elementi di teoria del diritto**. 2ed. Torino: Giappichelli Editore, 1984.

GEMMA, Glaudio. La vaccinazione obbligatoria è utile ed è costituzionalmente legittima. **Rivista AIC - Associazioni Italiana dei Costituzionalisti**. n. 4, p. 329-358, 2021. Disponível em: < https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/4_2021_15_Gemma.pdf >. Acesso em 03 de março de 2022.

GIFIS, Steven H. **Dictionary of legal terms**. A simplified guide to the language of law. Fifth edition. New York: Kaplan Inc., Barron's educational series, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo civil** (teoria geral do processo). Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2004. Título original: *Principios generales del proceso*.

GRANDI, Federica. **Doveri costituzionali e obiezione di coscienza**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2014.

GRAU, Eros Roberto. Notas sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito – USP**. v. 77, p. 177-183, jan/dez.1982.

GUEDES, Armando Marques. A morosidade da justiça em Portugal. *In*: RIBEIRO, Manuel de Almeida (coord). **Um debate sobre a morosidade da justiça**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35-50.

HABERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. *In: Grundrechte im Leistungsstaat*. Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Regensburg vom 29. September bis 2. Oktober 1971. Berlin, Boston: De Gruyter, 2013. p. 80-90. Disponível em: < <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/9783110890211/html> >. Acesso em 10 de janeiro de 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. v. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Título original: *Faktizität and geltung. Beiträge zur diskurstheorie des rechts und des demokratischen*.

HAMILTON, Alexander. Introdução. *In: HAMILTON, Alexander, MADISON, James; e JAY, John. O federalista*. Tomo Primeiro: Capítulo I. Rio de Janeiro: Typ. Inst. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840. Título original: *The Federalist Papers*. p. 01-06.

HART, H.L.A. **O Conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. Título original: *Concept of Law*.

HELLER, Hermann. **Teoria do estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. Título original: *Staatslehre*.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Título original: *Die normative Kraft der Verfassung*.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOHFELD, Wesley N. Some fundamental legal conceptions as applied in legal reasoning. **Yale Law Journal**. v. 23, n. 1, p. 16-59, nov./1930. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/785533?seq=1#metadata_info_tab_contents >. Acesso em 23 de setembro de 2021.

HULSEBOSCH, Daniel J. Writs to rights: 'navigability' and the transformation of the common law in the nineteenth century. **Cardozo Law Review**. v. 23, p. 1.049-2.004, february 2002.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**, de 18 de setembro de 1946. Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana, Roma, LA, Serie Generale n. 298 de 17-12-1947.

JELLINEK, Georg. **System der subjektiven öffentlichen retche**. Freiburg: Mohr, 1892. Disponível em: < <https://play.google.com/books/reader?id=JVQBAAAAYAAJ&pg=GBS.PA81&hl=pt> >. Acesso em 27 de setembro de 2021.

JOHNSON JR, Earl. Thinking about access: a preliminary typology of possible strategies. *In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. Access to justice*. v III: emerging Issues and perspectives. Milano: Giuffrè; Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1978-1979. p. 03-168.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original: *Das problem der gerechtigkeit*.

_____. **O que é justiça?** a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *What is justice?*

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. Título original: *Allgemeine Theorie der Normen*.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *General Theory of Law and State*.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Título original: *Reine Rechtslehre*.

KLATT, Matthias. Integrative jurisprudence: legal scholarship and the triadic nature of law. **Ratio Juris**. v. 33, n. 4, p. 380-398, december/2020.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibicao do *non liquet* e o principio da inafastabilidade do controle jurisdicional. **Revista de Direito Administrativo - RDA**. Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set/dez 2015.

KOCOUREK, Albert. Various definitions of jural relation. **Columbia Law Review**. v. 20, n. 04, p. 394-412, apr./1920. Disponível em: < <https://www.jstor.org/stable/pdf/1111982.pdf> >. Acesso em 23 de setembro de 2021.

LANCHESTER, Fulco. Los deberes constitucionales en el derecho comparado. **Revista de Derecho Constitucional Europeo - ReDCE**, n. 13, año 7, p. 67-81, enero/junio 2010. Disponível em: < <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3411156> >. Acesso em 15 de março de 2022.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Jaén: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. Título original: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. Título original: *Methodenlehre der rechtswissenschaft*.

LAZARI, Rafael. Os cinco deveres fundamentais do ser humano. **Revista jurídica luso-brasileira – RJLB**, ano 6, n. 2, 2020, p. 1.103-1.124. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/2/2020_02_1103_1124.pdf >. Acesso em 27 de janeiro de 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2007.

LOCCHI, Maria Chiara. Brief reflections on legal pluralism as a key paradigm of contemporary law in highly differentiated westerns societies. **Revista brasileira de direito – IMED**. V. 10, n. 02, p. 74-

84, 2014. Disponível em: < <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/635> >. Acesso em 12 de maio de 2022.

_____. **I diritti degli stranieri**. 1ed. Roma: Carocci Editore, 2011.

LÓPEZ, Rafaela García; PÉREZ, Cruz Pérez; SÁNCHEZ, Juan Escámez. **La educación ética en la familia**. 2ed. Bilbao: Editora Desclée de Brouwer, 2011.

GARCIA, Marcos Leite; PRUNER, Dirajaia Esse. Direitos fundamentais e trânsito à modernidade: a histórica questão terminológica das normas definidoras de direitos. **Revista brasileira de direitos e garantias fundamentais**. v. 1, n. 2, p. 166-186, jul./dez. 2015. Disponível em: < <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/754/750> >. Acesso em 27 de março de 2022.

GAVAZZI, Giacomo. **Elementi di teoria del diritto**. 2ed. Torino: Giappichelli Editore, 1984.

LIBERATI, Edmondo Bruti; CERETTI, Adolfo; GIASANTI, Alberto. **Governo dei giudici: la magistratura tra diritto e politica**. Milano: Giangiaco Feltrinelli editore, 1996.

LOMBARDI, Giorgio M. **Contributo allo studio dei doveri costituzionali**. Milano: Giuffré Editore, 1967.

_____. **Poteri privato e diritti fondamentali**. v. 1. Torino: Giappichelli Editore, 1970.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: *Legal reasoning and legal theory*.

MADISON, James. James Madison proposes the bill of rights to the house of representatives. *In: The bill of rights with the writings that formed its foundation*. Carlisle: Applewood Books, 2006, p. 15-33.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Citizenship and social class and other essays**. London: Cambridge University Press, 1950.

MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et all*. Montevideo: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

MAZZINI, Giuseppe. **Doveri dell'uomo**. Milano: ASEFI Editoriale Srl, Pubblicazioni Terciaria, 1995. Disponível em: < <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/lb000942.pdf> >. Acesso em 09 de fevereiro de 2022.

MENDONÇA, J.J. Florentino dos Santos. **Acesso equitativo ao direito e à justiça**. São Paulo: Almedina, 2016.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law**: uma introdução aos sistemas jurídicos da europa e da américa latina. Tradução de Cássio Casagrande. Porto Alegre:

2009, Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. Título Original: *The Civil Law Tradition, an introduction to the legal systems of Europa and Latin America*.

MICHAELIS. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa (on line)**. Editora Melhoramentos Ltda, 2022. Disponível em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/equilibrio/> >. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

MIRAGLIA, Luigi. **Filosofia del diritto**. Volume primo. Parte generale. Diritto privato. Napoli: Tipografia e Stereotipia della Regia Università, 1885.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MITIDIERO, Daniel Francisco. O ônus da prova e seus inimigos. **Revista de Processo**. São Paulo. Revista dos Tribunais – Thomson Reuters, Ano 45, v. 306, p. 17-47, ago/2020.

MORELLI, Alessandro. I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà. *In*: VENTURA, L.; MORELLI, A. (a cura di). **Principi costituzionali**. Milano: Giuffrè, 2015, p. 305-350. Disponível em: < <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/morelli.pdf> >. Acesso em 09 de fevereiro de 2022.

MORELLI, Gaetano. **Nozioni di diritto Internazionale**. Settima edizione riveduta. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1967.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 4ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

NARDULLI, Peter F. The constitution and american politics: a development perspective. *In*: NARDULLI, Peter F. **The constitution and american political development: an institutional perspective**. Urbana and Chicago: University of Illinois, 1992. p. 03-31.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010. Título original: *Law and society in transition: towards responsive law*.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Fundamento do direito das obrigações. Introdução à responsabilidade civil. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

OFFIDANI, Alessandro Mariano. **Contributo alla teoria della posizione giuridica**. Torino: Giappichelli Editore, 1952.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. A sétima dimensão dos direitos fundamentais. **Revista jurídica luso-brasileira – RJLB**, ano 3, n. 2, p. 289-315, 2017. Disponível em: < https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/2/2017_02_0289_0315.pdf >. Acesso em 09 de janeiro de 2022.

OLIVETTI, Marco. **Diritti fondamentali**. 2ed. Torino: Giappichelli Editore, 2020.

ORLANDI, Elena. Le situazioni giuridiche soggettive attive e passive. *In*: MEZZETTI, Luca (a cura di). **Diritti e doveri**. Torino: Giappichelli Editore, 2013, p. 141-160.

OST, François. Jupiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **DOXA. Cuadernos de Filosofia Del Derecho**, n. 14, Alicante, p. 169-194, 1993. Disponível em: < https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf >. Acesso em 5 de julho de 2021.

OSTI, Alessandra. **Teoria e prassi dell'access to justice**: un raffronto tra ordinamento nazionale e ordinamenti esteri. Milano: Giuffrè Editore, 2016.

PALMA, Adele. **Il diritto-dovere alla salute**: diritti e libertà fondamentali. Roma: Gruppo Editoriale Tab, 2021.

PALMER, Ellie; CONFORD, Tom; GUINCHARD, Audrey; e MARIQUE, Yseult. **Access to justice**: beyond the policies and politics of austerity. Oxford: Hart Publishing, 2016.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **Curso de derechos fundamentales**. Teoría general. Madrid, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, 1995.

_____. Los deberes fundamentales. **Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho**, n. 4, p. 328-341, 1987. Disponível em: <

<https://doxa.ua.es/article/view/1987-n4-los-deberes-fundamentales> >. Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral do direito civil. v. 1. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**: nova retórica. Tradução de Virgínia K. Pupi. São Paulo, Martins Fontes, 2000. Título original: *Logique juridique*.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Quinta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

PERLINGIERI, Pietro. **Istituzioni di diritto civile**. 5ª edizione riveduta ed aggiornata. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

PETRONE, Igino. **La fase recentissima della filosofia del diritto in germania**. Pisa: Enrico Spoerri Editore, 1895.

PIZZOLATO, Filippo. La fraternità nell'ordinamento giuridico italiano. *In*: BAGGIO, Antonio Maria; PRESTI, Alberto Lo. **Il principio dimenticato**: la fraternità nella riflessione politologica contemporanea. Roma: Città Nuova Editrice, 2007, p. 211-226.

PHILIPS, Jos. **Actualizing human rights**: global inequality, future people, and motivation. London and New York: Routledge - Taylor & Francis Group (versão Kindle), 2020.

POLACCHINI, Francesca. I Doveri Inderogabili di Solidarietà. *In*: MEZZETTI, Luca (a cura di). **Diritti e doveri**. Torino: Giappichelli Editore, 2013. p. 679-755.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

_____. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo V. Campinas: Bookseller, 2000.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 25 de abril de 1956. Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> >. Acesso em 05 de janeiro de 2022.

POSNER, Richard A. **Cómo deciden los jueces**. Traducción de Victoria Roca Perez. Madrid: Marcial Ponz, 2011. Título original: *How judges think*.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Título original: *Law, pragmatism and democracy*.

_____. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2011. Título original: *Frontiers of legal theory*.

_____. Pragmatic adjudication. **Cardozo Law Review**. Chicago. v. 18. p. 01-20. 1996.

PREIS, Marco Antônio. Teoria dos deveres fundamentais: contributos para a conscientização dos direitos e deveres básicos do cidadão. **Revista Científica do STJ**. n. 1, p. 223-248, 2020. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/RCSTJ/article/view/6426/6550> >. Acesso em 15 de março de 2021.

PROSPERI, Francesco. Rilevanza della persona e nozione di *status*. **Civilística.com**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 04, p. 01-33, out./dez. 2013. Disponível em: > <https://civilistica.com/rilevanza-della-persona-e-nozione-di-status/> >. Acesso em 18 de maio de 2022.

RADBRUCH, Gustav. **Introduzione alla scienza del diritto**. Tradizione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1959. Titolo originale: *Einführung in die rechtswissenschaft*.

_____. **Propedeutica alla filosofia del diritto**. Traduzione di Dino Pasini e Carlo A. Agnesotti. Torino: G. Giappichelli Editore, 1959. Titolo originale: *Vorschule der rechtsphilosophie*.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAPOSO, Mário. Nota sumária sobre o art. 20º da Constituição. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: V. III, Ano 44, p. 523-543, dezembro de 1984.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. New York: Oxford University Press, 1986.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. Constitutional Court. **Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others (CCT11/00)**. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html> >. Acesso em 07 de janeiro de 2022.

REY MARTÍNEZ, Fernando. El valor constitucional de *la fraternité*. **Revista Española de Derecho Constitucional**. n. 123, p. 43-74, septiembre/diciembre 2021. Disponível em: < <http://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/39639redc12302rey-martinez.pdf> >. Acesso em 08 de janeiro de 2022.

RHODE, Deborah L. **Access to justice**. New York: Oxford University Press, 2004.

RICHARDS, David A. R. **Foundations of american constitutionalism**. New York: Oxford University Press, 1989.

ROMANO, Santi. Diritto (funzione del). *In: Frammenti di un dizionario giuridico*. A cura di Mariano Croce e Marco Goldoni. Macerata: Quodlibet, 2019, p. 76-114.

_____. Doveri. Obblighi. *In: Frammenti di un dizionario giuridico*. A cura di Mariano Croce e Marco Goldoni. Macerata: Quodlibet, 2019, p. 91-139.

_____. Poteri. Potestà. *In: Frammenti di un dizionario giuridico*. A cura di Mariano Croce e Marco Goldoni. Macerata: Quodlibet, 2019, p. 209-242.

_____. **Principii di diritto costituzionale generale**. Milano: Giuffrè Editore, 1945.

RONCORONI, Massimo. Etimologia e semantica del termini filosofia: uno sguardo panoramico iniziale *In: DAL POZZO, Francesco; RONCORONI, Massimo. Filosofia, justicia, diritto*. Lineamenti di filosofia del diritto. Torino: Giappichelli Editore, 2001, p. 03-14.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução e notas de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000. Título original: *On law and justice*.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. A relação do direito comunitário e o direito internacional regional. A adesão da união europeia ao sistema da convenção europeia de direitos humanos. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. v. VII, n. 01, p. 01-21, 2012.

SALLES, Bruno Makowiecky. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 1. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

_____. **Acesso à justiça e equilíbrio democrático**: intercâmbios entre *civil law* e *common law*. v. 2. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

_____. **Direitos e deveres nas teorias geral e jusfundamental**: acesso à justiça, judicialização e ativismo judicial. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

_____ ; CRUZ, Paulo Márcio; BASIGLI, Nicolò. Attivismo giudiziale e dialoghi transgiudiziali: parametri per l'interazione tra decisioni nazionali e straniere. **Rivista AIC - Associazioni Italiana dei Costituzionalisti**. n. 3, p. 220-235, 2021. Disponível em: < https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/3_2021_11_Salles_Cruz.pdf >. Acesso em 12 de janeiro de 2022.

SALMOND, John W. **Jurisprudence or the theory of law**. London: Stevens & Haynes, 1902. Disponível em: < <https://musicians4freedom.com/wp-content/uploads/2012/11/Jurisprudence-Sir-John-William-Salmond.pdf> >. Acesso em 14 de maio de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____ ; FENSTERSEIFER, Tiago. Direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, a participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça em matéria ambiental. **Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica**. vol. 23, n. 2, p. 417-465, mai./ago. 2018. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13377> >. Acesso em 21 de junho de 2021.

_____ ; _____. Deveres fundamentais ambientais: a natureza de direito-dever da norma jusfundamental ambiental. **Revista de Direito Ambiental - RDA**. São Paulo: ano 17, v. 67, p. 11-70, jul-set/2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. (dir.); PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo (coord.). **O acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em questão. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OJP), 2002.

SANTOS, Rafael Padilha dos. Apresentação. In: ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. São Paulo: Tirant lo Blanch: 2019, p. 07-10.

SCALIA, Antonin. **Uma questão de interpretação**. Os tribunais federais e o direito. Tradução de Samuel Sales Fonteles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2021. Título original: *A matter of interpretation. Federal courts and the law*.

SCHLESINGER JR., Arthur M. The Supreme Court: 1947. **Fortune**. v. XXXV, n. 1, p. 73-80 e 201-212, january/1947.

SCHWARTZ, Martin A. Due process and fundamental rights. **Touro Law Review**. v. 17, n. 1, p. 237-248, 2001. Disponível em: < <https://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol17/iss1/25> >. Acesso em 18 de janeiro de 2022.

SEGADO, Francisco Fernández. El tribunal constitucional español como legislador positivo. **Pensamiento constitucional**. Año XV, n. 15. p. 127-192. 2011.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista de direito constitucional e internacional**. Ano 24, v. 95, p. 125-159, abr-jun/2016.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. Abstract and concrete review in the United States. *In*: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On laws, politics & judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 347-375.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: ano 24, v. 95, p. 125-159, abr-jun/2016.

SOLÍS, Viviana Ponde de León. La función de los deberes constitucionales. **Revista Chilena de Derecho**, v. 44, n. 1, p. 133-158, 2017. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177051304007> >. Acesso em 20 de maio de 2021.

SPERDUTI, Giuseppe. **Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive**. Milano: Giuffrè Editore, 1944.

STONE, Julius. The province of jurisprudence redetermined. **The Modern Law Review**. v. VII, n. III, p. 97-112, jul/1944.

_____. The province of jurisprudence redetermined (concluded). **The Modern Law Review**. v. VIII, n. VI, p. 177-192, nov/1944.

SUNKIN, Maurice. The United Kingdom *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 67-78.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on The Supreme Court**. Second Printing. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. **The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever**. New York: Basic Books, 2004.

_____; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **John M. Olin Program In Law and Economics**. University of Chicago Law School: n.156, p. 1-55, 2002.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo** São Paulo, RT v.110, abr. 2003, p. 141-158. p. 152-153.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

_____. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 01-10.

TOCQUEVILLE, Alexis. **Democracy in america**. v. 2. Translator - Henry Reeve. Pennsylvania State University, 2002. Original title: *Dé la démocratie em ámerica*, p. 574. Disponível em: < <http://seas3.elte.hu/coursematerial/LojkoMiklos/Alexis-de-Tocqueville-Democracy-in-America.pdf> >. Acesso em 27 de abril de 2022.

TOSI, Giuseppe. História e atualidade dos direitos do homem. *In*: NEVES, Paulo Sérgio da Costa; RIQUE, Célia D. G.; e FREITAS, Fábio F. B. (org.) **Polícia e democracia**: desafios à educação em direitos humanos. Recife: Gajop, 2002, p. p. 25-48.

UNITED STATES OF AMERICA. **Constitution of The United States**. Disponível em: < https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm >. Acesso em 05 de janeiro de 2022.

_____. Supreme Court of Justice. **United States v Butler**. 297. U.S. 1 (1936). Disponível no site da faculdade de Direito de Cornell: < <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/297/1> >. Acesso em 25 de abril de 2022.

_____. United States Court of Appeals, Second Circuit. **Filártiga v Peña Irala**. 630F.2d 876 (1980). Disponível em: < <https://hrp.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2011/04/filartiga-v-pena-irala.pdf> > Acesso em 11 de maio de 2022.

VALDÉS, Ernesto Garzón. Los deberes positivos generales y su fundamentación. **Doxa** – Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 3, p. 17-33, 1986. Disponível em: < <https://doxa.ua.es/article/view/1986-n3-los-deberes-positivos-generales-y-su-fundamentacion> >. Acesso em 13 de fevereiro de 2022.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. *In*: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (org.) **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. p. 13-26.

VANNI, Icilio. **Il problema della filosofia del diritto**. Nella filosofia, nella scienza e nella vitta ai tempi nostri. Verona: Donato Tedeschi e Figlio Editori, 1890.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Le droit et les droits de l'homme*.

WALDRON, Jeremy. Participation: the right of rights. **Proceedings of the aristotelican society**. New series. v. 98. Oxford University Press on behalf of The Aristotelian Society, p. 307- 337, 1998.

WOOLF, Lord. **Access to justice**: final report, by the right honourable the Lord Woolf, Master of the rolls. London: HMSO, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2003. Original: *Il Diritto Mitte: legge, dirittii, giustizia*.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2ed., rev. ampl. Curitiba: Prismas, 2014.