

STEFANO BERTEA

*Giuspubblicismo inglese e concezione costituzionalista del diritto. Materiali per uno studio comparato delle idee*

*Legal Constitutionalism in English Public Law. Preliminary Remarks for a Comparative Law Perspective*

#### ABSTRACT

Questo saggio intende analizzare criticamente il contributo di uno studioso che si è proposto l'obiettivo di approfondire e difendere, sia pur in modo critico, la concezione costituzionalista del diritto teorizzata da Dworkin: Dimitrios Kyritsis. Tra i discepoli di Dworkin, Kyritsis è colui che in modo più sistematico e innovativo di altri ha attinto alle idee del pensatore americano per elaborare una dottrina giuridica con la quale è possibile analizzare lo specifico modello costituzionale dei sistemi giuridici liberal-democratici. Nell'ambito di una considerazione critica dell'opera di Kyritsis, il duplice scopo che intendo perseguire in questo breve scritto consiste sia nel ricostruire la concezione dell'ordinamento costituzionale liberal-democratico teorizzata dallo studioso greco – una concezione programmaticamente dworkiniana – sia nel valutare i legami concettuali tra questa e la tradizione neocostituzionalista

In this paper I intend to critically discuss the position of Dimitrios Kyritsis, who set out to revisit Dworkin's legal constitutionalism. Kyritsis, who should be regarded as one of the most original interpreters of Dworkin's jurisprudence as well as one of his students, defends a theory of liberal constitutional democracy. In my critical appraisal, I first introduce the specific view of constitutional democracy defended by Kyritsis and then pass to analyze conceptual relationships between that view and the tradition of legal constitutionalism at large.

#### KEYWORDS

Neocostituzionalismo, giuspubblicismo inglese, Dworkin, diritto e morale, principi

Legal constitutionalism, English public law, Dworkin, law and morality, legal principles

STEFANO BERTEA \*

*Giuspubblicismo inglese e concezione costituzionalista del diritto.  
Materiali per uno studio comparato delle idee\*\**

1. *Introduzione* – 2. *Teoria costituzionalista del diritto e interpretivismo dworkiniano: il contributo di Dimitrios Kyritsis* – 3. *Revisione critica o mutamento nel paradigma teorico di riferimento?*  
4. *Conclusioni: la dottrina giuridica di Kyritsis e la peculiarità dell'esperienza costituzionale inglese.*

1. *Introduzione*

Negli ultimi decenni la concezione costituzionalista del diritto, o neocostituzionalismo<sup>1</sup>, ha rappresentato un significativo elemento di novità in un panorama filosofico-giuridico altrimenti sostanzialmente ridotto a un dibattito che contrappone i sostenitori del giuspositivismo, nelle sue varie declinazioni (giuspositivismo esclusivo, giuspositivismo inclusivo e giuspositivismo normativo), ai teorici del giusnaturalismo, anch'esso un orientamento internamente differenziato (concezione forte, concezione debole e interpretazione morale)<sup>2</sup>. Per quanto, nella lettura offerta dalla maggioranza dei suoi principali teorici, la concezione costituzionalista del diritto abbia carattere non-positivista, essa non può essere interpretata come una mera riproposizione delle istanze giusnaturaliste e costituisce piuttosto un approccio teorico genuinamente alternativo alle scuole tradizionali del pensiero giuridico<sup>3</sup>.

Tale carattere della concezione costituzionalista, che è quindi da intendersi come una “terza” teoria del diritto (ossia, un approccio non riducibile né al giuspositivismo né al giusnaturalismo), emerge con

\* Reader in Law, University of Leicester, School of Law. E-mail: [stefano.bertea@leicester.ac.uk](mailto:stefano.bertea@leicester.ac.uk).

\*\* Questa ricerca ha beneficiato del supporto di una borsa di studio “Marie Curie Intra-European Fellowship” erogata dalla Commissione Europea nell’ambito del “7<sup>th</sup> European Community Framework Programme”. Desidero ringraziare Francesco Belvisi, Maurilio Gobbo e Aldo Schiavello per i loro suggerimenti e commenti a questo scritto. Naturalmente, non è questo un modo per coinvolgerli nella responsabilità per gli errori presenti e le opinioni espresse che è attribuibile soltanto a me.

<sup>1</sup> In questo saggio le due espressioni – “teoria costituzionalista del diritto” e “neocostituzionalismo” – saranno utilizzate come sinonimi per indicare un approccio filosofico-giuridico (e non un modello di Stato, una cultura giuridica o un atteggiamento ideologico) alternativo tanto al giusnaturalismo quanto al giuspositivismo. Le principali accezioni dell’espressione “neocostituzionalismo” sono identificate, ad esempio, in SCHIAVELLO 2016. Si vedano anche, tra gli altri, SASTRE ARIZA 1999 e ATIENZA 2011.

<sup>2</sup> Una discussione della distinzione tra giuspositivismo esclusivo e giuspositivismo inclusivo si può trovare in MARMOR 2002 e HIMMA 2002. La concezione normativa del positivismo è teorizzata in MACCORMICK 1985. Sulle distinzioni interne al giusnaturalismo, si veda MURPHY 2005.

<sup>3</sup> Questo aspetto della concezione costituzionalista del diritto è rilevato, ad esempio, da POZZOLO 2008, 409-412. Si veda anche BONGIOVANNI 2011, par. 6. Per una contrapposizione tra interpretazione giuspositivista e interpretazione non-giuspositivista del neocostituzionalismo (e una difesa della prima) si vedano invece MAZZARESE 2002 e FERRAJOLI 2010. Una visione originale e sofisticata di neocostituzionalismo giuspositivista è teorizzata da Josè Juan Moreso. In proposito rinvio a MORESO 1997, 2009; ATIENZA, MORESO 2008.

chiarezza nella filosofia giuridica di uno dei suoi principali esponenti, Ronald Dworkin. Nonostante il fatto che in alcuni scritti, peraltro risalenti nel tempo<sup>4</sup>, Dworkin possa aver avallato un'interpretazione giusnaturalista della sua concettualizzazione del diritto, la posizione difesa sia dal filosofo statunitense nelle pubblicazioni più recenti – posizione generalmente nota con il nome di “interpretivismo”, o “concezione del diritto come integrità”<sup>5</sup> – sia dai suoi seguaci<sup>6</sup> prende le distanze tanto dal giuspositivismo quanto dal giusnaturalismo non solo sotto il profilo sostanziale ma anche sotto il profilo metodologico<sup>7</sup>. Costitutiva dell'interpretivismo dworkiniano, che offre una trattazione generale del diritto, è proprio la concezione costituzionalista del diritto, la quale è difesa da Dworkin in una variante a un tempo paradigmatica e originale<sup>8</sup>.

L'interpretivismo di Dworkin ha costituito un riferimento teorico che ha influito in modo determinante sulle ricerche di più di una generazione di teorici del diritto. Questo saggio intende analizzare criticamente il contributo di uno studioso che si è proposto l'obiettivo di approfondire e difendere, sia pur in modo critico, le principali concettualizzazioni teorizzate da Dworkin: Dimitrios Kyritsis. Tra i discepoli di Dworkin, Kyritsis è colui che in modo più sistematico e innovativo di altri ha attinto alle idee del pensatore americano per elaborare una dottrina giuridica con la quale è possibile analizzare lo specifico modello costituzionale dei sistemi giuridici liberal-democratici. Nell'ambito di una considerazione critica dell'opera di Kyritsis, il duplice scopo che intendo perseguire in questo breve scritto consiste sia nel ricostruire la concezione dell'ordinamento costituzionale liberal-democratico teorizzata dallo studioso greco – una concezione programmaticamente dworkiniana – sia nel valutare i legami concettuali tra questa e la tradizione neocostituzionalista.

La tesi che sosterrò nelle pagine seguenti è riassumibile nella convinzione secondo la quale la costruzione concettuale, che Kyritsis utilizza per lo studio del diritto costituzionale liberal-democratico, è irriducibile al paradigma neocostituzionalista. Infatti, nonostante il fatto che Kyritsis faccia proprie, talvolta soltanto implicitamente, alcune tesi generalmente associate con il neocostituzionalismo di Dworkin – critica del giuspositivismo, teorizzazione della connessione necessaria tra diritto e morale, concettualizzazione della distinzione forte tra regole e principi, affermazione della diversità sostanziale tra procedura di sussunzione e procedura di bilanciamento nell'interpretazione giuridica –, a differenza dei teorici della concezione costituzionalista del diritto, da un lato, lo studioso greco non concepisce la costituzione come una fonte del diritto necessariamente superiore, dal punto di vista assiologico, rispetto alle altre fonti di diritto, e, dall'altro, rinuncia alla tesi secondo la quale le corti in genere, e quelle costituzionali in particolare, svolgono un ruolo essenziale, e non sussidiario rispetto alla funzione espletata dal legislatore democratico, nella determinazione dei contenuti del diritto di un sistema giuridico liberal-democratico. In ragione del fatto che queste ultime tesi devono essere considerate fondamentali alla, e distintive della, concezione costituzionalista del diritto, la conclusione che trarrò dalla mia ricostruzione critica è che il neocostituzionalismo dworkiniano viene non semplicemente reinterpretato ma piuttosto nella sostanza rinnegato da uno di coloro che si presentano come discepoli di Dworkin. In altre parole, nella rilettura proposta da Kyritsis, l'interpretivismo dworkiniano rescinde ogni legame con la concezione costituzionalista del diritto.

<sup>4</sup> Mi riferisco, ad esempio, a DWORKIN 1982.

<sup>5</sup> Per interpretivismo intendo la concezione del diritto come pratica sociale di natura interpretativa introdotta e teorizzata da DWORKIN 1986, 2006 e 2011.

<sup>6</sup> Tra i principali contributi teorici dei discepoli di Dworkin si possono ricordare STAVROPOULOS 1996, 2013 e 2014; GREENBERG 2004 e 2006; LETSAS 2007; GUEST 2009 e 2012; KYRITSIS 2015.

<sup>7</sup> La metodologia specificamente associata con l'interpretivismo è trattata in particolare da STAVROPOULOS 2013 e 2014.

<sup>8</sup> Il carattere costituzionalista della concezione filosofico-giuridica dworkiniana è rilevato dai principali studi dedicati al neocostituzionalismo. Si veda, per tutti, BONGIOVANNI 2011.

## 2. Teoria costituzionalista del diritto e interpretivismo dworkiniano: il contributo di Dimitrios Kyritsis

In una serie di scritti recenti, Kyritsis si appella alle tesi fondamentali della concezione filosofico-giuridica di Dworkin per contribuire a una comprensione teoricamente adeguata dei sistemi costituzionali contemporanei di ispirazione liberale e democratica<sup>9</sup>. Questa prospettiva teorica si combina con l'adesione a un programma di ricerca non-positivista e, più specificamente, interpretivista. Kyritsis si propone, dunque, come un continuatore dell'interpretivismo dworkiniano, che, tuttavia, lo studioso greco intende rileggere in modo originale. La sua rilettura critica dell'interpretivismo è caratterizzata in modo decisivo dal tentativo di incorporare la prospettiva convenzionalista nella concettualizzazione dworkiniana del diritto<sup>10</sup>. Una simile proposta contiene in sé significativi elementi di novità in considerazione del fatto che nella filosofia del diritto analitica contemporanea il convenzionalismo è inteso come alternativo all'interpretivismo. Da un lato, infatti, lo stesso Dworkin costruisce la sua concezione del "diritto come integrità" attraverso un confronto critico con due modelli teorico-giuridici da lui concepiti come incompatibili con il paradigma interpretivista, uno dei quali è, appunto, il convenzionalismo. Dall'altro lato, soprattutto a partire dagli studi di Jules Coleman<sup>11</sup>, il convenzionalismo è presentato come un tratto distintivo del giuspositivismo, in particolare di quello di matrice anglo-americana. Al contrario, per Kyritsis, il convenzionalismo è un tratto che deve essere presente in ogni concezione giuridica, sia essa positivista o non-positivista, che voglia essere concettualmente adeguata e funzionale a una corretta ricostruzione teorica del fenomeno giuridico.

A partire da queste convinzioni teoriche, Kyritsis evidenzia due tratti principali che, a suo avviso, contraddistinguono i modelli giuridici liberal-democratici. In primo luogo, un elemento costitutivo di tali sistemi giuridici è rappresentato dalla pluralità di poteri costituzionali, ciascuno dei quali è intrinsecamente limitato dall'esistenza degli altri poteri. In secondo luogo, i vari poteri che concorrono alla determinazione dei contenuti del diritto svolgono ruoli differenti all'interno della struttura costituzionale di un ordinamento giuridico. Questo secondo tratto implica il fatto che il sistema giuridico non costituisce una struttura istituzionale monolitica, ma è piuttosto un complesso articolato di poteri, a ciascuno dei quali viene attribuita una funzione tipica diversa.

Il ruolo svolto nei diversi ordinamenti da ciascun potere giuridicamente rilevante è una variabile dipendente della specifica architettura istituzionale che caratterizza un determinato sistema giuridico in vigore in un dato territorio. Una classificazione astratta dei poteri costituzionali nei quali i sistemi giuridici liberal-democratici si strutturano e delle loro funzioni non è, quindi, teoricamente illuminante<sup>12</sup>. Per questa ragione, Kyritsis limita il suo studio all'analisi di uno specifico modello costituzionale, che a suo avviso costituisce un paradigma ricorrente (anche se non universale) negli ordinamenti giuridici liberal-democratici: il modello nel quale l'architettura istituzionale è caratterizzata dalla

<sup>9</sup> Mi riferisco in particolare a KYRITSIS 2011, 2012 e 2015.

<sup>10</sup> Per convenzionalismo intendo la concezione teorico-giuridica secondo la quale il diritto è fondato su una pratica convenzionale riconosciuta e seguita (almeno) dai pubblici ufficiali all'interno di un sistema giuridico. In questa prospettiva, la natura del diritto non è né morale né interpretativa, dal momento che il diritto ha carattere puramente sociale e convenzionale. Su questo punto si veda KYRITSIS 2008.

<sup>11</sup> Così COLEMAN 2001a, e 2001b, 74-102.

<sup>12</sup> In questo contesto è opportuno ricordare che le ricerche di Kyritsis intendono fornire un contributo alla tradizione della filosofia del diritto "particolare", definita, in contrapposizione alla filosofia del diritto "generale", come l'approccio teorico-giuridico che si propone di contestualizzare le nozioni astratte e le tesi generali sviluppate dall'approccio analitico al fenomeno giuridico all'interno di specifiche realtà giuridiche e di specifici modelli di sistema giuridico. In questa prospettiva, un approccio teorico-giuridico può essere considerato adeguato soltanto nella misura in cui tiene conto della pratica giuridica, dalla quale viene direttamente modellato. La filosofia del diritto, pertanto, non costituisce una teorizzazione astratta, ma piuttosto una ricostruzione razionale e una rappresentazione concettuale del fenomeno giuridico così come quest'ultimo emerge dalla pratica. Sul punto rinvio a KYRITSIS 2015, 21-24.

presenza del potere legislativo – potere che è tipicamente esercitato dal parlamento insieme con il governo – e del potere giurisdizionale – potere che risiede nelle corti, ordinarie e costituzionali<sup>13</sup>. In tale modello, che Kyritsis denomina il “modello C-L” (ad indicare il fatto che si tratta di un sistema giuridico organizzato lungo la direttrice Corti-Legislatore), il potere giurisdizionale ha come compito principale quello di decidere le dispute tra i consociati sulla base di norme precedentemente approvate dal potere legislativo. A quest’ultimo, dunque, spetta in via esclusiva la funzione di introdurre nuove disposizioni nell’ordinamento e di modificare le disposizioni preesistenti. Ciò non significa, comunque, che il potere creativo del diritto attribuito al legislatore possa essere esercitato da quest’ultimo in modo arbitrario. Infatti, il modello C-L può prevedere meccanismi di sindacato costituzionale della legislazione, sindacato che è riservato al potere giurisdizionale. In tal modo, al potere giurisdizionale è attribuita una funzione di supervisione rispetto a quello legislativo. Il modello di ordinamento giuridico analizzato da Kyritsis, quindi, prevede una distinzione di poteri, formalmente indipendenti, che sono esercitati in modo tale da controllarsi l’un l’altro.

Proprio la mutua interdipendenza di poteri, che rimangono separati, permette a Kyritsis di interpretare l’ordinamento giuridico in questione come il prodotto di un programma comune a, e condiviso da, poteri diversi. Su questa base, facendo riferimento alla teoria dell’azione sociale di Michael Bratman, Kyritsis definisce il diritto come un’attività condivisa di carattere convenzionale, ossia come un progetto comune al potere legislativo e a quello giurisdizionale che consiste nel “governare” una determinata collettività<sup>14</sup>. In questa prospettiva, potere legislativo e potere giurisdizionale sono, dunque, parte integrante di un disegno unitario – il governo di una comunità – al quale tuttavia contribuiscono espletando compiti diversi<sup>15</sup>. Dal momento che potere legislativo e potere giurisdizionale costituiscono articolazioni diverse di uno stesso progetto, coloro che esercitano tali poteri hanno il dovere di prestarsi reciproca attenzione. Per quanto organi legislativi e organi giurisdizionali siano mutuamente indipendenti, dunque, essi non sono reciprocamente impermeabili: da un lato, nell’esercizio delle loro funzioni i giudici devono basarsi sulle scelte compiute dal legislatore; dall’altro lato, il legislatore deve tenere conto delle indicazioni che provengono dal potere giurisdizionale. In tal modo, Kyritsis sostiene che la relazione tra i poteri pubblici assume il carattere di un rapporto fondato sul mutuo rispetto, piuttosto che sulla subordinazione di un potere da parte dell’altro o sulla reciproca indifferenza.

Secondo Kyritsis, le dinamiche attraverso le quali potere legislativo e potere giurisdizionale svolgono l’attività condivisa alla quale sono preposti è ispirata a un principio fondamentale, il cui carattere è (non giuridico-positivo ma) ideale: il principio della separazione dei poteri. Tale principio non è riducibile alla nozione di una mera distinzione funzionale tra poteri costituzionali diversi, ma racchiude in sé due dimensioni essenziali: la dimensione della divisione del lavoro e quella del controllo reciproco. La prima dimensione può essere riassunta nell’indicazione di assegnare ai vari organi che esercitano il potere giuridicamente rilevante una funzione adeguata alle sue competenze specifiche e alle sue caratteristiche strutturali peculiari. La seconda dimensione implica la necessità che il potere venga distribuito in modo tale da evitare la possibilità di abusi e, quindi, si traduce in una questione che concerne la struttura, o i meccanismi, di esercizio del potere<sup>16</sup>. Così definito il principio della separazione dei poteri costituisce il cardine dell’architettura istituzionale del (modello di) sistema giuridico al quale la teorizzazione di Kyritsis si riferisce.

<sup>13</sup> A questo proposito si vedano KYRITSIS 2011, 178-183, e 2015, 3-5.

<sup>14</sup> Così KYRITSIS 2015, 7-18.

<sup>15</sup> Tale riconoscimento è compatibile con l’affermazione che le relazioni tra potere legislativo e potere giurisdizionale non sono necessariamente armoniche e, di fatto, possono, soprattutto in determinati periodi storici, configurarsi come relazioni apertamente o latentemente conflittuali. A questo riguardo si vedano le precisazioni contenute in KYRITSIS 2011, 183-190, e 2015, 110-114.

<sup>16</sup> Su questa interpretazione del principio della separazione dei poteri si veda KYRITSIS 2012, 302-305, e 2015, 104-109.

Esso non rappresenta, tuttavia, una realtà effettiva dei sistemi giuridici nei quali viviamo, ma piuttosto un ideale morale, o un *desideratum*, al quale tali sistemi devono conformarsi per poter essere considerati legittimi e, quindi, nell'ottica dworkiniana adottata da Kyritsis, giuridici in senso proprio. L'ideale di separazione dei poteri, in altri termini, costituisce un valore morale – in particolare uno standard normativo di moralità pubblica – immanente alla pratica giuridica e, dunque, un criterio che determina al tempo stesso la validità e la legittimità delle norme di un sistema giuridico. In tal senso, il principio della separazione dei poteri viene a svolgere, nella teorizzazione di Kyritsis, un ruolo simile a quello che l'idea di integrità espleta nella versione originale dell'interpretivismo dworkiniano<sup>17</sup>.

La sostituzione dell'idea di integrità con il principio della separazione dei poteri non rivela soltanto il carattere critico e originale della rilettura della teorizzazione giuridica di Dworkin proposta dallo studioso greco, ma segna di fatto una presa di distanza radicale di quest'ultima dal pensiero del filosofo statunitense. Infatti, nel disegno teorico di Kyritsis, la sostituzione della nozione di integrità con il principio della separazione dei poteri si accompagna al riconoscimento della centralità del potere legislativo nell'architettura istituzionale che caratterizza il modello di ordinamento giuridico C-L. Per Kyritsis in tale forma costituzionale al legislatore democratico spetta non soltanto il fondamentale potere di iniziativa nella produzione normativa ma anche l'ultima parola per quanto concerne la determinazione dei contenuti del diritto. Di conseguenza, Kyritsis offre una ricostruzione del potere giurisdizionale come *potere sussidiario* rispetto a quello legislativo, dal momento che la funzione principale del primo è costituita da un'attività di mera supervisione dell'operato del legislatore democratico. Su questa base, Kyritsis teorizza l'abbandono della concezione dworkiniana delle corti come centro di gravità degli ordinamenti giuridici liberal-democratici e difende la tesi della centralità del potere legislativo, rispetto a quello giurisprudenziale<sup>18</sup>.

Kyritsis giustifica questa revisione innanzitutto attraverso un appello al principio democratico e maggioritario<sup>19</sup>. Mentre il potere giurisdizionale è di norma costituito da funzionari competenti che non sono scelti dai governati, nei sistemi giuridici liberali il potere legislativo gode di legittimazione popolare. Inoltre, coloro che esercitano il potere legislativo rimangono, anche una volta eletti, responsabili di fronte all'elettorato, il quale ne giudica l'operato ed, eventualmente, ne sanziona inadeguatezze e incapacità in occasione delle elezioni successive. Per tale ragione, coloro che detengono il potere legislativo sono inclini a giustificare pubblicamente le loro scelte (distinguendosi, anche sotto questo profilo, dai giudici, il cui obbligo di giustificazione ha carattere prevalentemente tecnico ed è principalmente rivolto agli altri operatori del diritto, piuttosto che ai cittadini). Infine, il riconoscimento del ruolo principale che il legislatore svolge nel modello C-L trova fondamento nell'idea che, in virtù della distanza che, negli ordinamenti liberal-democratici, esiste tra elettori ed eletti, la democrazia rappresentativa costituisce una forma di governo che occupa una posizione intermedia tra il paradigma tecnocratico del governo dei tecnici, o governo dei saggi, e la distopia populista insita nell'ideale di democrazia diretta<sup>20</sup>. Di conseguenza, un sistema giuridico nel quale il ruolo principale ai fini della determinazione dei contenuti del diritto sia riservato al legislatore democratico gode di un legittimazione superiore rispetto a un sistema a trazione giudiziale.

Sulla stessa base, Kyritsis riconosce la (mera) possibilità, ma non la necessità, che in un sistema liberal-democratico sia previsto un qualche meccanismo di sindacato di costituzionalità delle leggi. In questa prospettiva teorica, il ruolo di controllo e di supervisione esercitato dalle corti rispetto al potere legislativo può assumere forme diverse e, quindi, non si riduce necessariamente al sindacato di

<sup>17</sup> Su questi aspetti rinvio a KYRITSIS 2015, 110-114.

<sup>18</sup> Così KYRITSIS 2012, 305-313.

<sup>19</sup> Questa strategia argomentativa è mutuata da WALDRON 2012.

<sup>20</sup> Queste osservazioni sono articolate in particolare in KYRITSIS 2012, 305-313.

costituzionalità, con il connesso potere dei giudici (o di alcuni di essi) di annullare gli atti del legislatore che contrastano con i principi fondamentali dell'ordinamento sanciti dalla costituzione. In sintesi, dunque, per Kyritsis il controllo costituzionale degli atti posti in essere dal legislatore è soltanto uno dei possibili modi nei quali potere legislativo e potere giurisdizionale partecipano alla comune attività del governare che è costitutiva del diritto.

### 3. *Revisione critica o mutamento nel paradigma teorico di riferimento?*

Kyritsis presenta la sua concettualizzazione del modello costituzionale C-L come uno sviluppo conseguente e una revisione critica interna rispetto all'interpretivismo di Dworkin. Come anticipato, un tratto che contraddistingue quest'ultimo, soprattutto nella sua dimensione giuspolitica, è rappresentato dall'adesione alla concezione costituzionalista del diritto. In questa sezione intendo valutare le implicazioni che per il neocostituzionalismo dworkiniano hanno le elaborazioni teoriche di Kyritsis. A tale scopo, dopo aver brevemente introdotto le tesi fondamentali che caratterizzano la teoria costituzionalista nella sua variante non-giuspositivista, evidenzierò le differenze sostanziali che, sotto l'aspetto concettuale, distinguono quest'ultima dalla dottrina giuridica, parimenti non-giuspositivista, teorizzata da Kyritsis.

La variante non-giuspositivista del paradigma costituzionalista, così come essa emerge dall'opera di teorici del diritto quali Robert Alexy, Ralf Dreier, Ronald Dworkin, Carlos Santiago Nino, e Gustavo Zagrebelsky<sup>21</sup>, è un orientamento filosofico-giuridico che concepisce il diritto, o almeno il fenomeno giuridico che trova realizzazione negli Stati liberal-democratici contemporanei, come una pratica sociale organizzata attorno alla, e strutturata dalla, costituzione. Quest'ultima è, a sua volta, intesa come un documento, fondativo dell'ordinamento giuridico al quale si riferisce, che non si limita a disciplinare le relazioni tra i diversi organi e poteri dello Stato, ma incorpora anche i valori fondamentali del sistema giuridico. In tale prospettiva teorica la costituzione non è, quindi, riducibile a un semplice catalogo di norme di natura procedurale e tecnica, ma piuttosto si configura come una tavola di valori che orientano e influenzano profondamente la pratica giuridica ordinaria<sup>22</sup>.

Due elementi di questa concezione della costituzione rendono la teoria costituzionalista del diritto concettualmente diversa da altri orientamenti filosofico-giuridici. In primo luogo, nell'ambito della teoria costituzionalista del diritto la costituzione viene primariamente concepita come una sorta di programma politico che struttura profondamente la società regolata dal diritto, e non come una mera cornice generale all'interno della quale le pratiche giuridiche e le relazioni tra poteri costituzionali hanno luogo<sup>23</sup>. La dimensione normativa, o assiologica, della costituzione è, dunque, riconosciuta come preminente rispetto alla dimensione tecnico-procedurale della stessa<sup>24</sup>. Connessa a questa prospettiva interpretativo-ricostruttiva è la tesi secondo la quale la costituzione non va intesa come uno strumento neutro, che può potenzialmente incorporare qualsiasi principio ed esprimere qualsiasi valore. Al contrario, i contenuti della costituzione, per quanto non possano essere predeterminati in dettaglio in sede teorica, sono intrinsecamente vincolati alla, e modellati dalla, esigenza di rappresentare un limite all'esercizio arbitrario del potere legislativo e una difesa dei diritti soggettivi e delle libertà fondamentali dei cittadini nelle loro

<sup>21</sup> Si veda, ad esempio, ALEXY 1986, 1988, 1992a; DREIER 1991; DWORKIN 1986, 1995 e 1996; NINO 1993 e 1994; ZAGREBELSKY 1992 e 2009.

<sup>22</sup> A questo riguardo rinvio a ZAGREBELSKY 1992, 147-178; DWORKIN 1995 e 1996, 1-38.

<sup>23</sup> Sulla differenza tra costituzione come cornice e costituzione come sistema di valori rinvio a BÖCKENFÖRDE 1991, 61-112, e 209-262. Sui diversi significati di costituzione si veda anche POZZOLO 2001, 17-26.

<sup>24</sup> A questo proposito si veda ALEXY 1988; DREIER 1991; POZZOLO 2001, 104-108, 2008, 412-417; ZAGREBELSKY 2009, 195-200.

relazioni con i poteri pubblici<sup>25</sup>. Per tale ragione, la costituzione è, nella teorizzazione costituzionalista, un documento “lungo”, “rigido”, “garantito” e “codificato”.

In secondo luogo, nell’elaborazione costituzionalista, la costituzione, quale catalogo di valori e norme fondamentali che sono strumentali alla protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, ha carattere pervasivo. I valori costituzionali, lungi dal costituire mere dichiarazioni formali, i cui contenuti sono generali e astratti (quando non addirittura generici e vaghi), esercitano influenza diretta sull’intero sistema giuridico, generando altresì genuini vincoli giuridici di cui tanto il legislatore quanto gli organi giurisdizionali, anche ordinari, devono tenere conto nell’esercizio delle loro funzioni<sup>26</sup>. Ora, i vincoli derivanti dal testo costituzionale sono contenuti in disposizioni che, di norma, non esprimono regole, o precetti definitivi, ma principi, o precetti di ottimizzazione, i quali prescrivono che determinati valori e obiettivi siano perseguiti nella misura più ampia possibile compatibilmente con le circostanze fattuali e giuridiche date<sup>27</sup>. Per questa ragione, la determinazione del significato degli enunciati costituzionali richiede il ricorso a una specifica procedura interpretativo-argomentativa: il bilanciamento, o ponderazione. Nella teorizzazione costituzionalista, le tecniche di interpretazione costituzionale non sono, quindi, riducibili alle procedure di sussunzione ordinariamente utilizzate per applicare le regole, che seguono la logica del tutto o niente. Al contrario, le disposizioni costituzionali assumono significato soltanto nella misura in cui sono contestualizzate e bilanciate attraverso specifiche procedure di comparazione normativa<sup>28</sup>. A sua volta, la necessità di fare uso di tecniche (non di sussunzione, ma) di ponderazione e bilanciamento nel corso dell’attività interpretativa che ha a oggetto le disposizioni costituzionali implica il fatto che il ragionamento giuridico debba essere considerato inseparabile dal ragionamento morale. Questa tesi è corroborata dalla convinzione, comune ai teorici del neocostituzionalismo, che i principi espressi dalla costituzione abbiano carattere assiologico e, più precisamente, vadano intesi come valori di una morale razionale. L’utilizzo di tali principi nel ragionamento giuridico ha, quindi, come conseguenza il riconoscimento della natura morale dell’argomentazione giuridica, la quale è definita come un caso speciale della giustificazione pratico-razionale, piuttosto che come una procedura tecnica concettualmente distinta dal ragionamento morale<sup>29</sup>.

La concezione della costituzione e delle tecniche di interpretazione costituzionale teorizzata dai principali sostenitori del neocostituzionalismo è strettamente connessa a una specifica ricostruzione delle relazioni tra poteri costituzionali. In un sistema giuridico contraddistinto dalla presenza pervasiva della costituzione e dei suoi principi, il potere giurisdizionale (in particolare, la giurisdizione costituzionale) ha un ruolo fondamentale nel processo di attuazione e garanzia dei valori contenuti nella, ed espressi dalla, costituzione<sup>30</sup>. Da un lato, ciò significa che, nell’ambito della concezione costituzionalista del diritto, il ruolo del giudice non è limitato all’applicazione delle norme poste dal legislatore democratico, ma si estende piuttosto alle attività di interpretazione e di ricostruzione di tali norme alla luce dei valori costituzionali. Di conseguenza, l’attività esercitata dal potere giurisdizionale è parte integrante del processo

<sup>25</sup> Su questo punto rinvio a BONGIOVANNI 2011, sezione 2; BARBERIS 2012, 24-27.

<sup>26</sup> GUASTINI 1998 ha descritto questo fenomeno come un processo di costituzionalizzazione dell’ordinamento giuridico, mentre LONGO 2002, 134 utilizza l’espressione “pancostituzionalizzazione” del sistema giuridico. Su questi temi rinvio a ALEXY 1992a, 7-10; DREIER 1991; ZAGREBELSKY 1992, 8-15 e 2009, 132-4.

<sup>27</sup> Sulla relazione esistente tra neocostituzionalismo non-positivista e tesi della distinzione (forte o categoriale) tra regole e principi rinvio a ALEXY 1988, 1992a, 71-4 e 2000; ZAGREBELSKY 1992, 147-150, 158-163 e 2009, 85-101; DWORKIN 1977, 48-60.

<sup>28</sup> Per un’accurata descrizione della procedura di ponderazione o bilanciamento, si veda ALEXY 1986, 108-116, 1996, 2003; POZZOLO 2001, 71-89; ZAGREBELSKY 2009, 102-116.

<sup>29</sup> A tale proposito, rinvio a ALEXY 1986, 162-170, 1992a, 25-85, 1999, 154-163; NINO 1993; ZAGREBELSKI 1992.

<sup>30</sup> Su questo punto si soffermano MEZZANOTTE 1991 e POZZOLO 2001, 91-124.

attraverso il quale la costituzione si realizza nella pratica giuridica ordinaria<sup>31</sup>. Dall'altro lato, la concezione della costituzione e dei processi con i quali i principi fondamentali contenuti nella costituzione sono compresi e attuati richiede l'introduzione di un meccanismo formale attraverso il quale l'attività legislativa venga assoggettata a sindacato di costituzionalità. A svolgere tale funzione di controllo di costituzionalità degli atti legislativi non può che essere un organo di natura giurisdizionale. In virtù del suo carattere indipendente, infatti, quest'ultimo viene considerato dai neocostituzionalisti il potere più adatto al raggiungimento dello scopo di costituzionalizzare l'attività legislativa e, per mezzo di essa, l'intero sistema giuridico<sup>32</sup>.

Il sindacato giurisdizionale di costituzionalità può assumere forme diverse. Differenti ordinamenti giuridici possono prevedere differenti procedure attraverso le quali la costituzionalità delle leggi viene garantita. La pluralità di meccanismi possibili non oscura, tuttavia, il fatto che, dal punto di vista della teoria costituzionalista del diritto, l'esercizio del potere legislativo deve essere sottoposto al controllo del potere giurisdizionale. Su questa base, il legislatore democratico non è riconosciuto come il *dominus* assoluto del diritto<sup>33</sup>. Al contrario, la concezione costituzionalista del diritto costituisce un esplicito tentativo di limitare i poteri del legislatore il cui esercizio al di fuori di qualsiasi limite esterno viene considerato potenzialmente funzionale al fenomeno della dittatura della maggioranza<sup>34</sup>. In tal modo, i sostenitori della concezione costituzionalista del diritto finiscono anche per teorizzare il ruolo preminente, centrale, e non sussidiario, svolto dal potere giurisdizionale all'interno del sistema giuridico<sup>35</sup>. Spetta a quest'ultimo potere, infatti, tanto esercitare il sindacato di costituzionalità delle leggi quanto contribuire a realizzare in concreto il disegno costituzionale, delineato in astratto dai padri costituenti, attraverso processi di interpretazione e giustificazione delle disposizioni legislative. Su questa base, i teorici del neocostituzionalismo concludono che il potere giurisdizionale, e in particolare la corte costituzionale, è il principale protagonista della pratica giuridica di uno Stato liberal-democratico<sup>36</sup>.

Questa esposizione dei tratti fondamentali della concezione costituzionalista del diritto è sufficiente a mostrare che la proposta teorico-giuridica di Kyritsis segna un'evoluzione in senso *non-costituzionalista* dell'interpretivismo dworkiniano. Con ciò non intendo sostenere che Kyritsis prenda le distanze da tutte le tesi centrali al neocostituzionalismo. In effetti, alcuni aspetti della dottrina giuridica di Kyritsis riflettono esigenze che anche la concezione costituzionalista del diritto ha fatto proprie. Per esempio, tanto la versione del neocostituzionalismo introdotta nelle pagine precedenti quanto la concezione filosofico-giuridica teorizzata da Kyritsis si propongono come approcci al diritto non-positivisti eppure irriducibili alla prospettiva giusnaturalista. Inoltre, entrambi gli orientamenti giustificano la tesi della connessione necessaria tra diritto e morale (pubblica), concepiscono la distinzione tra regole e principi come una differenza categoriale e riconoscono sia l'importanza sia la peculiarità concettuale delle procedure di bilanciamento, specialmente quando poste in relazione alle pratiche di sussunzione, nei processi giuridico-interpretativi. Tuttavia, tanto alcune tesi fondamentali alla costruzione costituzionale delineata da Kyritsis quanto lo spirito complessivo della stessa occupano uno spazio concettuale eterogeneo rispetto alla teorizzazione neocostituzionalista.

Innanzitutto, a differenza dei principali teorici della concezione costituzionalista del diritto, Kyritsis non ritiene che in un sistema liberal-democratico la costituzione abbia un contenuto necessario e sia, quindi, intrinsecamente funzionale alla protezione dei diritti soggettivi e della libertà fondamentali dell'individuo.

<sup>31</sup> Su questi aspetti si vedano ALEXY 2005; DREIER 1991, ZAGREBELSKI 1992, 179-217 e 2009, 337-353.

<sup>32</sup> Così ALEXY 1992b.

<sup>33</sup> Tale tema trova una trattazione dettagliata in ZAGREBELSKI 1992, 3-19 e 179-217.

<sup>34</sup> Sul punto si veda, ad esempio, DWORKIN 1996, 1-38.

<sup>35</sup> Così BONGIOVANNI 2011, sezioni 2-3.

<sup>36</sup> A questo proposito rinvio a ZAGREBELSKI 1992, 208-217 e 2009, 349-353.

Mentre i teorici della concezione costituzionalista del diritto enfatizzano il carattere assiologicamente superiore della costituzione rispetto alle altre fonti del diritto e, su tale base, intendono la costituzione come un deposito di valori essenziali e principi fondamentali a cui l'interprete deve attingere per stabilire il significato del diritto positivo vigente, Kyritsis ammette la possibilità che la costituzione sia semplicemente un documento, o anche un insieme di documenti separati, promulgati in epoche diverse e rispondenti a un disegno comprensivo non necessariamente coerente, attraverso il quale le relazioni tra poteri pubblici sono strutturate. Al contempo, ad avviso dello studioso greco, la costituzione può anche essere corta, flessibile e non-garantita, finendo così per non rappresentare di necessità un baluardo eretto a difesa dei diritti soggettivi e delle libertà fondamentali dei consociati. Su questa base si può sostenere che la visione della costituzione attribuibile a Kyritsis è coerente con la tesi – incompatibile con l'accettazione della concezione costituzionalista del diritto – secondo la quale la costituzione articola semplicemente il contesto generale all'interno del quale potere legislativo e potere giurisdizionale operano. A venir meno, nel pensiero di Kyritsis, è, così, uno dei tratti distintivi del neocostituzionalismo: la teorizzazione della natura etico-sostanziale, non soltanto tecnico-giuridica, della costituzione.

Inoltre, per Kyritsis nell'ambito di un ordinamento giuridico di matrice liberale e democratica (almeno quando esso si conforma al modello C-L) il ruolo svolto dal potere giurisdizionale in genere, e dalla corte costituzionale in particolare, non è affatto fondamentale. A questo riguardo, Kyritsis sottolinea che il ruolo di iniziativa nella determinazione dei contenuti del sistema giuridico spetta esclusivamente al potere legislativo, al quale, tanto in virtù della sua legittimazione democratica, quanto in virtù della sua posizione nell'architettura costituzionale, così come delle risorse economiche e dei mezzi tecnici sui quali può contare, va riconosciuto il ruolo di fulcro dell'ordinamento giuridico. In questa concettualizzazione, dunque, l'attività giurisdizionale è meramente reattiva rispetto a quella legislativa, e, conseguentemente, ha carattere meramente sussidiario. Al potere giurisdizionale, infatti, è riservato un ruolo di semplice supervisione rispetto all'attività legislativa, il cui esercizio costituisce invece il centro di gravità dell'esperienza giuridica. Nello svolgimento della sua tipica funzione di supervisione, secondo Kyritsis il potere giurisdizionale è legittimato a esercitare una qualche forma di controllo sull'operato del legislatore. E tale controllo può estendersi anche alla valutazione della conformità costituzionale degli atti promulgati dal potere legislativo. Ma il sindacato di costituzionalità è considerato da Kyritsis una mera possibilità. Per lo studioso greco, infatti, il sindacato di costituzionalità delle leggi non rappresenta né l'unica né la principale forma attraverso la quale l'attività legislativa è assoggettata a controllo esterno. Inoltre, il sindacato di costituzionalità, quando previsto, non si realizza né necessariamente né primariamente attraverso la dichiarazione di invalidità dell'atto posto in essere dal legislatore che le corti dovessero riconoscere incompatibile con il dettato costituzionale. Anche sotto questo specifico profilo, dunque, Kyritsis difende posizioni che i teorici della concezione costituzionalista del diritto rifiutano in modo esplicito<sup>37</sup>.

Proprio a partire da queste considerazioni, infine, Kyritsis insiste sull'importanza del principio della separazione dei poteri, che egli interpreta in modo tale da garantire al legislatore democratico una sfera di discrezionalità non sottoposta al controllo delle corti. Questa posizione teorica finisce per delegittimare i processi volti ad una comprensiva giurisdizionalizzazione del potere, che invece i teorici della concezione costituzionalista del diritto considerano essere un obiettivo prioritario. Infatti, proprio su questa base teorica, Kyritsis non soltanto critica ogni forma di attivismo giudiziale che possa modificare, anche soltanto in parte, il disegno politico delineato dalle scelte compiute dal legislatore democratico ma anche, e soprattutto, difende una visione dell'architettura costituzionale che prende programmaticamente le distanze dalla concezione giuridica corti-centrica caratterizzante sia il neocostituzionalismo in genere sia il pensiero del suo filosofo del diritto di riferimento, Dworkin<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Queste tesi sono espresse da KYRITSIS 2012, 320-323, per esempio.

<sup>38</sup> L'abbandono della prospettiva corti-centrica del diritto è teorizzato in KYRITSIS 2015, 15-18 e 93-97.

In conclusione, sulla base delle ragioni appena esposte ritengo che la prospettiva teorico-giuridica di Kyritsis costituisca una proposta di elaborazione teorica che è incompatibile con l'adesione alla concezione costituzionalista del diritto teorizzata da Dworkin. In virtù del mancato riconoscimento del carattere etico-sostanziale della costituzione e del preminente ruolo svolto dai giudici (soprattutto dalla corte costituzionale) attraverso l'istituto del sindacato di costituzionalità delle leggi, la dottrina giuridica di Kyritsis va interpretata non tanto come una revisione interna del paradigma costituzionalista introdotto da Dworkin quanto come un abbandono dello stesso. In altri termini, nella misura in cui la costituzione è ridotta a mero strumento tecnico per l'organizzazione delle relazioni tra poteri dello Stato e alle corti viene negata una posizione di preminenza nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, così come accade all'interno della concettualizzazione di Kyritsis, a venir meno è la stessa intuizione di fondo della concezione politico-giuridica associata con il neocostituzionalismo. Quest'ultimo teorizza la necessità di un superamento del modello legicentrico dello Stato a partire da una rivalutazione del ruolo, non meramente sussidiario, delle corti. Kyritsis si oppone proprio a tale rivalutazione e, nel sottolineare il fatto che la principale responsabilità per la realizzazione dei principi costituzionali spetta al legislatore piuttosto che al giudice<sup>39</sup>, colloca la sua proposta al di fuori del perimetro della concezione costituzionalista del diritto, finendo così per teorizzare una dottrina giuridica che combina non-positivismo e prospettiva concettuale non-costituzionalista.

#### 4. Conclusioni: la dottrina giuridica di Kyritsis e la peculiarità dell'esperienza costituzionale inglese

In questo saggio ho sottoposto ad analisi critica la proposta teorico-giuridica di Kyritsis. Dopo aver introdotto le principali tesi da lui difese ho evidenziato il fatto che, nonostante qualche continuità concettuale difficilmente negabile, la dottrina giuridica di Kyritsis non è riconducibile alla tradizione neocostituzionalista e, sotto questo profilo teoricamente rilevante, si distanzia dalla matrice dworkiniana a partire dalla quale si sviluppa. In particolare, ho sottolineato che per lo studioso greco all'interno di un ordinamento costituzionale liberale e democratico (a) la costituzione non è necessariamente un documento codificato, lungo, rigido e garantito, il cui valore assiologico è superiore rispetto a quello delle altre fonti del diritto, e (b) il controllo giurisdizionale degli atti legislativi alla luce dei valori costituzionali è una mera possibilità. La conseguenza di queste tesi è rappresentata dal fatto che, in questa prospettiva teorica, la funzione del potere giurisdizionale è accessoria rispetto al principale ruolo svolto dal potere legislativo nella determinazione dei contenuti dell'ordinamento giuridico. Su questa base, è possibile affermare non soltanto che alcune tesi centrali alla concezione costituzionalista del diritto di Dworkin, (e più in generale alla tradizione neocostituzionalista), non trovano posto nel disegno teorico di Kyritsis, ma altresì che tale disegno si configura come una concettualizzazione giuridica, alternativa a quella costituzionalista, volta a restaurare la centralità del potere legislativo, rispetto a quello giurisdizionale, nell'architettura costituzionale dei regimi liberal-democratici.

Dal momento che Kyritsis presenta la sua dottrina giuridica come una declinazione dell'interpretivismo dworkiniano e si considera come un discepolo, sia pur critico, di Dworkin, può essere di qualche significato teorico offrire una spiegazione plausibile della ragione principale per la quale Kyritsis sia disposto a rinunciare al neocostituzionalismo che costituisce un tratto caratterizzante la filosofia del diritto del pensatore americano. A mio parere, tale ragione consiste nell'esposizione di Kyritsis all'esperienza giuspublicistica inglese<sup>40</sup>. Il diritto costituzionale inglese è, infatti,

<sup>39</sup> Su questi aspetti si veda KYRITSIS 2012, 297-299.

<sup>40</sup> Accademicamente Kyritsis si è formato nel Regno Unito e, dopo un breve soggiorno di studio negli Stati Uniti, ha insegnato diritto costituzionale prima all'Università di Sheffield e poi a quella di Reading.

caratterizzato da alcuni tratti che lo contraddistinguono sia rispetto a quello statunitense, il quale ha costituito il principale punto di riferimento della teorizzazione dworkiniana, sia rispetto a quello europeo-continentale, all'interno del quale la concezione costituzionalista del diritto ha avuto particolare seguito tra i filosofi del diritto soprattutto nell'ultimo ventennio. Più precisamente, in Gran Bretagna il diritto costituzionale si è sviluppato per mezzo di un faticoso processo di secolare sedimentazione normativa. Nell'ordinamento costituzionale britannico, non vi è alcun documento formale unitario che stabilisce i principi fondamentali regolanti i rapporti tra poteri costituzionali e la relazione tra cittadini e Stato. I principi costituzionali fondamentali di questo sistema giuspublicistico derivano, piuttosto, da una serie di fonti differenti, non raccolte in alcun codice, tra le quali il *common law*, le convenzioni costituzionali e gli usi<sup>41</sup>. L'assenza di un processo di codificazione costituzionale si accompagna al, e contribuisce a rafforzare il, carattere flessibile della costituzione vigente nel Regno Unito, la quale, pertanto, rappresenta l'esito, piuttosto che il presupposto, non soltanto dell'attività giurisdizionale, ma soprattutto dell'attività legislativa ordinaria. Questi tratti trovano riflesso immediato nella teorizzazione di Kyritsis, il quale ricostruisce la costituzione dei sistemi giuridici liberal-democratici come un documento, o insieme di documenti, che, similmente a quello in vigore in Gran Bretagna, è tanto privo di contenuti distintivi e specifico valore etico-sostanziale quanto (potenzialmente) modificabile dalle maggioranze parlamentari semplici.

Inoltre, l'esperienza giuspublicistica anglosassone è fortemente contraddistinta dal riconoscimento del principio della supremazia del Parlamento, inteso come il pinnacolo dell'architettura costituzionale. Su questa base, il potere legislativo, che trova nel Parlamento la sua incarnazione principale, è tradizionalmente concepito come un potere tendenzialmente illimitato e il depositario ultimo della sovranità politica<sup>42</sup>. Negli ultimi decenni, a dire il vero, tale concezione ha subito alcuni temperamenti, soprattutto a seguito dell'adesione della Gran Bretagna a organismi sovranazionali che hanno programmaticamente limitato in parte la sovranità nazionale dei paesi membri. Tuttavia, queste trasformazioni non hanno inciso sul nucleo fondamentale del principio della supremazia del Parlamento, il quale, secondo la dottrina costituzionale tuttora dominante nel Regno Unito, dispone di una sovranità che incontra limiti di carattere esclusivamente politico, ossia non giuridico, e quindi a maggior ragione non giurisdizionale. Ciò avviene anche in ossequio al principio maggioritario, che nella tradizione anglosassone costituisce l'idea attorno alla quale il modello politico democratico è strutturato. Nella concezione maggioritaria della democrazia, la maggioranza parlamentare gode di un'investitura popolare esclusiva ed è, perciò, giustificata a imporre la propria agenda politica senza subire condizionamenti esterni da parte di altri poteri costituzionali. Una simile tradizione costituzionale è difficilmente compatibile con il riconoscimento della legittimità del controllo giurisdizionale degli atti legislativi. Per questa ragione, nel sistema costituzionale del Regno Unito, il controllo giurisdizionale può, di regola, avere a oggetto gli atti posti in essere dal potere esecutivo, ma, al contempo, non può estendersi, se non in ipotesi eccezionali, alla legislazione, che viene così tradizionalmente considerata esente dal sindacato giurisdizionale di costituzionalità.

<sup>41</sup> La costituzione britannica, che tradizionalmente si fa risalire alla Magna Carta (1215), e si articola in una serie di documenti, tra i quali ricordo (ma la lista è tutt'altro che esaustiva) il Bill of Rights (1688), l'Act of Settlement (1700), l'Union with Scotland Act (1707), l'Union with Ireland Act (1800), i Parliament Acts (1911-49), l'European Communities Act (1972), lo Human Rights Act (1998), lo House of Lords Act (1999), e il Constitutional Reform Act (2005).

<sup>42</sup> Questa posizione trova espressione paradigmatica nell'affermazione di DICEY (1885, 39), secondo la quale «the principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament [...] has, under the English Constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament».

Questa concezione delle relazioni tra poteri – e in particolare delle relazioni tra potere legislativo e potere giurisdizionale – ha dovuto essere adattata ad alcune trasformazioni che l'impianto costituzionale britannico ha subito negli anni recenti. L'adesione all'Unione Europea, ad esempio, ha implicato, almeno in linea di principio, la possibilità per le corti di valutare ed, eventualmente, anche invalidare la legislazione nazionale incompatibile con la legislazione europea immediatamente vincolante ed esecutiva. Tuttavia, in Gran Bretagna l'uso di questo potere da parte delle corti nazionali è stato piuttosto limitato. Inoltre, l'ordinamento europeo tende a essere guardato con diffidenza dalla giuspublicistica anglosassone di modo che l'eccezione introdotta dall'adesione della Gran Bretagna all'Unione Europea non ha costituito un'occasione per una generalizzazione del principio sottostante e un ripensamento critico della posizione dominante. Questa tendenza ha trovato conferma nella promulgazione dello *Human Rights Act 1998* – l'atto legislativo attraverso il quale la Convenzione Europea dei Diritti Umani è stata resa direttamente esecutiva nel Regno Unito – garantendo così la possibilità di appellarsi ai diritti contenuti nella Convenzione di fronte ai tribunali nazionali senza dover adire necessariamente la Corte Europea dei Diritti Umani. Lo *Human Rights Act 1998* prevede la possibilità per il potere giurisdizionale di valutare la compatibilità degli atti legislativi con il rispetto dei diritti e delle libertà contenuti nella Convenzione Europea dei Diritti Umani. Tuttavia, il meccanismo introdotto da tale legge ha carattere di controllo giurisdizionale “debole”, dal momento che alle corti nazionali non viene riconosciuto il potere di *invalidare* gli atti legislativi contrari alle norme contenute nella Convenzione, ma soltanto il potere di *dichiarare l'incompatibilità* della legislazione contraria ai diritti sanciti dalla Convenzione. E la dichiarazione di incompatibilità non ha effetto sul vigore della legislazione alla quale si riferisce, legislazione che, quindi, rimane giuridicamente valida anche quando dichiarata incompatibile. In ossequio al principio della supremazia del Parlamento nel sistema costituzionale britannico, dunque, soltanto il legislatore democratico e non il giudice, ha il potere di rivedere le disposizioni giuridiche oggetto di censura<sup>43</sup>.

Questi caratteri del diritto costituzionale anglosassone hanno contribuito a rendere la concezione costituzionalista del diritto una posizione minoritaria nella giuspublicistica britannica. Quest'ultima è dominata da un orientamento dottrinario – il cosiddetto *political constitutionalism* – che considera il Parlamento il luogo politico nel quale i contenuti del diritto sono stabiliti e intende le corti come organi costituzionali deputati all'applicazione, non alla creazione, del diritto<sup>44</sup>. In quest'ottica, che in Gran Bretagna si oppone alla concezione costituzionalista del diritto, la quale è una concezione minoritaria<sup>45</sup>, il controllo giurisdizionale dell'attività legislativa viene interpretato come una forma di illegittimo attivismo giudiziale, ossia come un tentativo di sovvertire la volontà popolare, espressa nelle elezioni politiche, e di limitare il principio maggioritario, attraverso il quale si realizza la democrazia parlamentare. A mio parere, proprio questa temperie culturale, ostile al riconoscimento del ruolo attivo delle corti nella determinazione dei contenuti del diritto e della legittimità del sindacato giurisdizionale di costituzionalità sulla legislazione – in altre parole, ostile al nucleo della concezione costituzionalista del diritto –, ha esercitato un'influenza decisiva sul pensiero di Kyritsis e contribuito così alla teorizzazione di una dottrina giuridica irriducibile al neocostituzionalismo dworkiniano, che pure costituisce la tradizione filosofico-giuridica di riferimento per l'elaborazione teorica del pensatore greco.

<sup>43</sup> A questo proposito esemplari sono le affermazioni contenute in BRADLEY 2011, 65.

<sup>44</sup> Tra i contributi nei quali questa posizione viene difesa, si possono ricordare, tra gli altri, LOUGHLIN 2003 e TOMKINS 2005. Per una discussione critica del *political constitutionalism* rinvio a GOLDONI 2012, 2013 e 2014.

<sup>45</sup> Questa concezione minoritaria emerge, per esempio, in STEYN 1997 e DAINTITH 2008.

## Riferimenti bibliografici

- Alexy R. 1986. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012 (ed. or., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, trad. it di L. Di Carlo).
- Alexy R. 1988. Sistema jurídico, principios jurídicos y razon practica, in «Doxa», 5, 1988, 139 ss.
- ALEXY R. 1992a. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997 (ed. or. *Begriff und Geltung des Rechts*, Freiburg, Alber, 1992, trad. it. di F. Fiore).
- ALEXY R. 1992b. *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, in «Ratio Juris», 5, 1992, 143 ss.
- ALEXY R. 1996. *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, vol. V, Roma, Treccani, 1996, 64 ss.
- ALEXY R. 1999. *The Special Case Thesis*, in «Ratio Juris», 4, 1999, 374 ss.
- ALEXY R. 2000. *On the Structure of Legal Principles*, in «Ratio Juris», 3, 2000, 294 ss.
- ALEXY R. 2003. *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Juris», 16, 2003, 433 ss.
- ALEXY R. 2005. *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, in «I-CON. International Journal of Constitutional Law», 3, 2005, 578 ss.
- ATIENZA M. 2011. *Sobre constitucionalismo, positivismo jurídico y iusnaturalismo*, in «Teoria politica», nuova serie, annali 1, 2011, 139 ss.
- ATIENZA M., MORESO J.J. 2008. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- BARBERIS M. 2012, *Stato costituzionale*, Modena, Mucchi, 2012.
- BÖCKENFÖRDE E.W. 1991. *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006 (ed. or. *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, trad. it. a cura di O. Brino).
- BONGIOVANNI G. 2011. *Neocostituzionalismo*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2011, 749 ss.
- BRADLEY A. 2011. *The Sovereignty of Parliament: Form or Substance?*, in JOWELL J., OLIVER D. (eds.), *The Changing Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 25 ss.
- COLEMAN J. 2001a. *Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis*, in COLEMAN J. (ed.), *Hart's Postscript*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 99 ss.
- COLEMAN J. 2001b. *The Practice of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- DAINTITH T. 2008. *Constitutionalism*, in CANE P., CONAGHAN J. (eds.), *The New Oxford Companion to Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, 209 ss.
- DICEY A.V. 1885. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, XX ed., London, Macmillan, 1959.
- DREIER R. 1991, *Konstitutionalismus und Legalismus. Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Beiheft 40, 1991, 85 ss.
- DWORKIN R. 1977. *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 2010 (ed. or. *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1977, trad. it. a cura di N. Muffato).
- DWORKIN R. 1982. "Natural" Law Revised, in «University of Florida Law Review», 34, 1982, 165 ss.
- DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, London, Fontana, 1986.
- DWORKIN R. 1995. *Constitutionalism and Democracy*, in «European Journal of Philosophy», 3, 1995, 2 ss.
- DWORKIN R. 1996. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1996.
- DWORKIN R. 2006. *Justice in Robes*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2006.
- DWORKIN R. 2011. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2011.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 55, 2010, 2771 ss.
- GOLDONI M. 2012. *Two Internal Critiques of Political Constitutionalism*, in «International Journal of Constitutional Law», 10, 2012, 926 ss.

- GOLDONI M. 2013. *Constitutional Reasoning According to Political Constitutionalism*, in «German Law Journal», 14, 2013, 1053 ss.
- GOLDONI M. 2014. *Political Constitutionalism and the Value of Constitution Making* in «Ratio Juris», 27, 2014, 387 ss.
- GREENBERG M. 2004. *How Facts Make Law*, in «Legal Theory», 10, 2004, 157 ss.
- GREENBERG M. 2006. *Hartian Positivism and Normative Facts: How Facts Make Law II*, in HERSHOVITZ S. (ed.), *Exploring Law's Empire*, Oxford, Oxford University Press, 2006, 264 ss.
- GUASTINI R. 1998. *La costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico italiano*, in «Ragion pratica», 11, 1998, 185 ss.
- GUEST S. 2009. *How to Criticize Ronald Dworkin's Theory of Law*, in «Analysis», 69, 2009, 352 ss.
- GUEST S. 2012. *Ronald Dworkin*, San Francisco, Stanford University Press, 2012.
- HIMMA K.E. 2002. *Inclusive Legal Positivism*, in COLEMAN J., SHAPIRO S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 125 ss.
- KYRITSIS D. 2008. *What is Good about Legal Conventionalism*, in «Legal Theory» 14, 2008, 135 ss.
- KYRITSIS D. 2011. *The Normativity of the Practice of Officials: A Philosophical Programme*, in BERTEA S., PAVLAKOS G. (eds.), *New Essays on the Normativity of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, 177 ss.
- KYRITSIS D. 2012. *Constitutional Review in Representative Democracy*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 32, 2012, 297 ss.
- KYRITSIS D. 2015. *Shared Authority*, Oxford, Hart Publishing, 2015.
- LETSAS G. 2007. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- LONGO A. 2002. *Valori, principi e Costituzione*, in «Diritto e società», 2002, 75 ss.
- LOUGHLIN M. 2003. *Constitutional Law: The Third Order of the Political*, in BAMFORTH N., LEYLAND P. (eds.), *Public Law in a Multi-layered Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2003.
- MACCORMICK N. 1985. *A Moralistic Case for A-Moralistic Law?*, in «Valparaiso University Law Review», 20, 1985, 1 ss.
- MARMOR A. 2002. *Exclusive Legal Positivism*, in COLEMAN J., SHAPIRO S. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 104 ss.
- MAZZARESE T. 2002. *Towards a Positivist Reading of Neo-constitutionalism*, in «Associations», 6, 2, 2002, 233 ss.
- MEZZANOTTE C. 1991. *Le fonti tra legittimazione e legalità*, in «Queste istituzioni», 87, 1991, 50 ss.
- MORESO J.J. 1997. *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- MORESO J.J. 2009. *La constitución: modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- MURPHY M. 2005. *Natural Law Theory*, in GOLDING M., EDMUNDSON W. (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell, 2005, 15 ss.
- NINO C.S. 1993. *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, in «Ragion pratica», 1, 1993, 32 ss.
- NINO C.S. 1994. *Diritto come morale applicata*, Milano, Giuffrè, 1999 (ed. or. *Derecho, moral y politica*, Barcelona, Ariel, 1994, trad. it. a cura di M. La Torre).
- POZZOLO S. 2001. *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 2001.
- POZZOLO S. 2008. *Neocostituzionalismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 38, 2, 2008, 405 ss.
- SASTRE ARIZA S. 1999. *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, McGraw Hill, 1999.
- SCHIAVELLO A. 2016. *Il cosiddetto neocostituzionalismo e la scienza del diritto*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 16, 1, 2016, 83 ss.
- STAVROPOULOS N. 1996. *Objectivity in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

- STAVROPOULOS N. 2013. *Words and Obligations*, in DOLCETTI A., DUARTE D'ALMEIDA L., EDWARDS J. (eds.), *Reading the Concept of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 226 ss.
- STAVROPOULOS N. 2014. *Legal Interpretivism*, in ZALTA E. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2014 Edition). Disponibile in: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2014/entries/law-interpretivist/> (consultato l'11-12-2015).
- STEYN J. 1997. *The Weakest and Least Dangerous Department of Government*, in «Public Law», 1997, 84 ss.
- TOMKINS A. 2005. *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2005.
- WALDRON J. 2012. *Judicial Review of Legislation*, in MARMOR. A. (ed.), *The Routledge Companions to Philosophy of Law*, London, Routledge, 2012, 434 ss.
- ZAGREBELSKI G. 1992. *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKI G. 2009, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009.