



NOMOS

Le attualità nel diritto



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato
e storia costituzionale

L. FERRAJOLI, *La democrazia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 106.

La lettura di questo volume, a seguito della stagione referendaria appena trascorsa, dà luogo ad un'epifania sul significato e le origini di alcuni concetti fondanti e fondamentali dello Stato costituzionale di diritto.

In poche pagine, con uno stile incalzante, Ferrajoli ripercorre i tratti salienti della sua teoria del diritto e della democrazia, delineando anche un vero e proprio programma politico per far fronte al «processo decostituyente», constatabile nelle moderne democrazie pur dotate di costituzioni rigide (p. 76).

La prima parte di quest'opera ha come oggetto una critica alle concezioni puramente formali o procedurali della democrazia, che la identificano esclusivamente con la forma di governo in cui il potere è esercitato dal popolo, mediante l'espressione diretta della sovranità o tramite lo strumento della rappresentanza politica (pp. 7 s.). Le costituzioni del secondo dopoguerra avrebbero dato luogo a un mutamento di paradigma, in cui la dimensione formale si pone come una condizione necessaria ma non sufficiente, in quanto da sola non in grado di dar conto dell'essenza delle moderne democrazie costituzionali, a cui deve necessariamente aggiungersi il vincolo sostanziale imposto al legislatore dalle disposizioni delle carte fondamentali (pp. 23 s.; p. 32). Il fallimento delle concezioni formali sarebbe esemplificato dai totalitarismi della prima metà del XX secolo, che con metodo democratico distrussero il patrimonio delle libertà fino ad allora conquistate. La stessa democrazia, priva di limiti sostanziali ai contenuti delle decisioni legittime, può non (o non può) sopravvivere. L'Autore, quindi, individua nei diritti costituzionali sia il limite all'agire della democrazia che le precondizioni per un effettivo e autentico esercizio di essa (pp. 9 ss.).

Tanto l'idea della volontà generale come volontà buona, di stampo kantiano, quanto la fondazione «quantitativa» della democrazia, sostenuta anche da Kelsen, vengono confutate con argomenti storici e logici. In particolare, la possibilità di individuare il

fondamento assiologico della democrazia esclusivamente nei diritti sarebbe dimostrato dal fatto che il voto popolare, nei sistemi rappresentativi, non dà luogo ad un'influenza immediata sulle decisioni politiche, ma solo sulla maggioranza che determina queste ultime, così come l'identificazione tra popolo e decisioni, ancorché garantita da un'ipotetica e illusoria unanimità, celerebbe la distruzione dello spirito pubblico, del confronto e, quindi, della stessa democrazia (pp. 14 ss.). Ciò che viene rigettato è l'ideologia della trasposizione delle votazioni in volontà popolare, omogenea, capace di legittimare il vincitore e la sua maggioranza, occultando e non garantendo «la pluralità degli interessi e delle opinioni, nonché il conflitto di classe da cui il cosiddetto popolo è attraversato» (p. 19).

Il costituzionalismo moderno si baserebbe quindi su un nesso biunivoco o, come ci dice l'Autore, su un “nesso isomorfico”, tra la dimensione politica della democrazia e le condizioni di validità, non più solo formali, della legge (p. 24). Se è vero che questo isomorfismo era presente anche nel rapporto tra teoria procedurale e teoria della validità kelseniana, le premesse da cui parte Ferrajoli sono antitetico a quelle del più illustre esponente del normativismo: Kelsen sostiene il raggiungimento dell'*optimum* legislativo per mezzo del rispetto dei vincoli procedurali e soggettivi definiti dalle norme sulla produzione, in quanto capaci di esprimere genuinamente la volontà generale; per Ferrajoli l'angolo di visuale delle costituzioni rigide contemporanee risiede proprio in una diffidenza circa la bontà e giustizia di quella volontà, o delle sue forme di manifestazione, che devono essere vincolate al rispetto e all'attuazione dei principi di giustizia sanciti nelle carte fondamentali (p. 26).

Gli effetti di questo mutamento vengono delineati in due elementi: in primo luogo, la dimensione sostanziale della validità condiziona retroattivamente la struttura della democrazia, la quale non trova più una legittimazione esclusiva nel suffragio universale e nel principio di maggioranza, come avveniva nello Stato liberale di diritto, bensì nella conformità alle disposizioni costituzionali sostanziali. In secondo luogo, viceversa, è lo stesso regime di validità delle norme a essere condizionato dalla nuova struttura democratica: *quod principi placuit legis habet vigorem* ma non necessariamente avrà *validitatem*, rigettando così la presunzione di legittimità, con la conseguente insindacabilità, del diritto e configurando la possibilità di un diritto illegittimo, in quanto invalido o lacunoso (p. 27).

Prendendo le mosse dalle diverse dimensioni da cui deriva la democrazia costituzionale, Ferrajoli ridefinisce le categorie delle garanzie e dei diritti caratterizzanti lo Stato di diritto. Dalle dimensioni formali della democrazia, basate sull'autodeterminazione della sfera pubblica e privata, derivano i diritti politici e i diritti civili. Con riferimento a questi ultimi l'Autore, distaccandosi dalla tradizione liberale che li configurava come mere libertà, ne sottolinea la capacità di interferire con l'altrui sfera

giuridica, fondando su ciò la loro sottoposizione a norme formali sulla produzione, volte a garantire l'autonomia e la libera determinazione di tutte le parti.

Dalla dimensione sostanziale, relativa al «che cosa» delle decisioni pubbliche o private, derivano i diritti fondamentali e il requisito della *coerenza* delle decisioni del legislatore con le regole e i principi costituzionali, che l'Autore definisce norme «sostanziali» sulla produzione. Le violazioni dei precetti costituzionali così sanciti darà luogo ad antinomie (nel caso di aspettative negative-diritti di libertà) ovvero lacune (nel caso di aspettative positive-diritti sociali). L'insieme delle norme costituzionali sostanziali costituisce nella teoria di Ferrajoli la sfera del non decidibile: limite e vincolo per ogni maggioranza e per lo stesso potere sovrano del popolo (p. 33).

Secondo l'Autore, la rigidità costituzionale non costituirebbe, come sostenuto da Sieyès, un impedimento all'autodeterminazione delle generazioni future e quindi ai principi della democrazia politica, bensì lo strumento di permanente e costante salvaguardia della sovranità popolare, che si esprime attraverso i diritti (p. 50).

Infatti, partendo da una definizione della struttura delle disposizioni opposta a quella normativista (per cui i soggetti sono esclusivamente destinatari degli effetti ovvero della sanzione della disposizione), Ferrajoli giunge ad affermare che cifra dell'ordinamento democratico è l'eguaglianza. «I diritti fondamentali non sono predisposti da norme, ma sono essi stessi norme» (p. 40) la cui titolarità (in quanto previsti all'interno delle disposizioni costituzionali) spetta a ciascuno e a tutti contemporaneamente, risultando così indisponibili alle decisioni di una parte. Se nei diritti costituzionali vi è il limite delle decisioni politiche, in essi possiamo rinvenire il basamento della democrazia costituzionale. L'Autore rappresenta la sovranità come titolarità dei diritti, da cui consegue la possibile lesione dello stesso fondamento statale mediante lacune o antinomie normative.

Ferrajoli, ribadendo un concetto ormai consolidato nella sua teorica, riscrive quindi il significato di garantismo, nel senso di una necessaria evoluzione del costituzionalismo e come condizione di effettività della democrazia (p. 45).

La seconda parte di questo scritto, dopo aver criticato le posizioni del neo-costituzionalismo principialista, tratta della crisi e del futuro della democrazia.

L'Autore, definendo la tutela giurisdizionale come la principale garanzia (secondaria) in caso di violazione dei diritti, sostiene l'inaccettabilità di quelle tesi (riconducibili tanto a Kelsen quanto alla più recente ermeneutica giuridica) che affermano il carattere creativo della giurisdizione (p. 54), che toglierebbe certezze e garanzie (specialmente in ambito penale) ai diritti.

La critica riguarda, principalmente, la dottrina di Dworkin e Alexy e quello che viene definito «il modello teorico più diffuso dell'odierno costituzionalismo», basato sulla distinzione tra principi costituzionali e regole. Soltanto queste ultime, secondo tale impostazione, potrebbero essere oggetto di sussunzione, mentre i primi, a causa della

loro struttura aperta, richiederebbero un'operazione di ponderazione ai fini della loro applicazione. Tale concezione del diritto, viene sostenuto nel testo in commento, darebbe luogo a un indebolimento della normatività forte delle costituzioni e quindi dell'archetipo democratico, la cui attuazione verrebbe affidata al bilanciamento operato dal legislatore ordinario e dal giudice costituzionale (p. 57). Nel respingere tale posizione, Ferrajoli propone una differente tassonomia: le disposizioni costituzionali dovrebbero distinguersi in "principi regolativi" e "principi direttivi".

I primi consterebbero in aspettative negative o positive di carattere universale (la cui titolarità spetta a tutti, poiché a tutti è imputata la parte sostanziale del dettato costituzionale) a cui corrisponderebbero, come garanzie, divieti o obblighi *erga omnes* (il cui destinatario principale e naturale è il legislatore) consistenti in regole (p. 41) e, in quanto tali, applicabili alle fattispecie in esse sussumibili. Si tratta, in ogni caso, di regole deontiche (o meglio di "norme tetiche") la cui formulazione si incardina sui diritti soggettivi anziché sulle garanzie ad esse corrispondenti (p. 58). Gli eventuali vizi, concretizzabili in antinomie o lacune, tra la normazione costituzionale e quella ordinaria, sarebbero risolvibili mediante il ricorso alle garanzie costituzionali, primarie o secondarie (pp. 63 ss.).

Dei principi direttivi, viceversa, non sarebbe possibile configurare specifiche violazioni ma costituirebbero, in ogni caso, argomenti da ponderare nell'interpretazione di altre norme costituzionali (pp. 58 s.). All'interno di essi l'Autore riconduce tutte le disposizioni costituzionali istitutive di *status* e strumenti dell'interpretazione giuridica che concorrerebbero a definire l'identità della Repubblica italiana (come, ad esempio, l'art. 3, comma 2, della Costituzione).

Particolarmente interessante, nella riflessione di un giuspositivista come Ferrajoli, è la posizione assegnata ai diritti sociali e alle loro relative garanzie costituzionali, qualificati come «il tratto sicuramente più importante del costituzionalismo novecentesco» (p. 66). L'Autore respinge le tesi, diffuse in parte della dottrina filosofica e costituzionalistica, che qualificano i diritti di seconda generazione come *condizionati* alla loro attuazione legislativa e alla predisposizione di una *costosa*, quanto insostenibile economicamente, organizzazione amministrativa.

Alla base della prima posizione vi sarebbe un appiattimento dei diritti sul sistema delle relative garanzie, derivante dalla concezione imperativistica del diritto di Kelsen, che condurrebbe all'affermazione dell'inesistenza dei precetti costituzionali in assenza di guarentigie. In particolare, secondo Kelsen la titolarità di un diritto si materializzerebbe nella possibilità di attivare la sua garanzia giurisdizionale. Ferrajoli sottolinea l'inaccettabilità di questa tesi in quanto in contrasto con i postulati della struttura nomodinamica del diritto, primo tra tutti la distinzione tra norme e sanzioni. Se è vero che i diritti sociali sono tutelati con garanzie costituzionali primarie *deboli* (consistenti

nell'obbligo di introdurre legislativamente garanzie primarie *forti*), ciò non significa che il diritto in sé non esiste, in quanto grava sul legislatore un obbligo costituzionale (p. 70).

Parimenti interessanti sono le posizioni dell'Autore sul fondamento assiologico dei diritti sociali, che costituirebbero il completamento del diritto negativo alla vita, teorizzato da Hobbes, e una nuova «clausola del patto di convivenza» (p. 72); infine, pur concordando con Sunstein e Holmes sul loro inevitabile costo, l'Autore li configura come mezzi indispensabili per lo sviluppo economico e le capacità individuali, secondo le tesi di Amartya Sen.

Nell'ultima parte dell'opera il filosofo descrive, dapprima, i *nemici* del paradigma garantista e, successivamente, tenta di individuare gli strumenti di resistenza ai poteri che metterebbero in crisi la democrazia costituzionale.

Il processo decostituente in atto, che riguarderebbe tanto l'Italia quanto altre democrazie occidentali, troverebbe la sua causa nella commistione di poteri politici e economici, accompagnata da una difficoltà degli ordinamenti statali e sovranazionali di far fronte ai fenomeni dello spazio globale, e nel trionfo di ideologie populiste e liberiste. Tutte queste forze tenderebbero ad autolegittimarsi e a sottrarsi al rispetto della legalità costituzionale, in una sorta di «neoassolutismo» (p. 77).

Ferrajoli propugna un allargamento del paradigma della democrazia costituzionale nei confronti dei nuovi poteri extrastatali (economici e finanziari), mediante un'evoluzione del modello dello Stato di diritto e delle categorie di diritti tutelati, inclusi quelli di nuova generazione. Viene delineata una terza fase del costituzionalismo, seguente la nascita dello stato di diritto e dello stato costituzionale, basata su una «fondazione *giuscosmopolitica* di una sfera pubblica sovranazionale» (p. 83).

L'espansione della garanzie costituzionali dovrebbe coinvolgere anche l'autonomia privata, proprio sulla base della constatazione che oggi l'esercizio dei poteri non pubblicistici connessi ai diritti civili si presenta più penetrante e limitante del passato. Allo stesso tempo, un argine ai poteri selvaggi sovranazionali dovrebbe essere rinvenuto nella costruzione di una sfera pubblica globale, che limiti la tendenza dei poteri a confondersi e concentrarsi (pp. 85 ss.).

Dalle nuove sfide della democrazia non viene esentato l'ordinamento costituzionale statale, che dovrebbe porre in essere una serie di rimedi per reagire alla sua crisi. In primo luogo, mediante una più incisiva separazione tra poteri pubblici e poteri privati e in particolare tra cariche elettive e funzioni di partito. Solo così, in attuazione del dettato dell'art. 49 della Costituzione italiana nonché esautorati della gestione diretta della cosa pubblica, i partiti politici adempirebbero al loro ruolo di intermediazione tra società e istituzioni e diverrebbero immuni da logiche clientelari (p. 92).

Alla ridefinizione del sistema della rappresentanza e della forma di governo, Ferrajoli affianca un rafforzamento delle garanzie che dovrebbero connotare la forma di stato, mediante l'introduzione di strumenti costituzionali tali da assicurare i più elementari

diritti sociali, come l'introduzione dei cc.dd. vincoli di bilancio, già presenti all'art. 212 della Costituzione brasiliana. Sarebbe così possibile trasformare la naturale cedevolezza (rispetto agli interessi economici) delle disposizioni sui diritti di prestazione in una garanzia forte, volta a far sanzionare le antinomie con tale regola e attivabile davanti alle giurisdizioni costituzionali (pp. 94 ss.).

L'Autore chiude la trattazione con un monito, frutto anch'esso del cambiamento derivante dalle costituzioni rigide del secondo dopoguerra, ai giuristi contemporanei: l'introduzione del diritto illegittimo, per vizi sostanziali, richiede «un ruolo critico e progettuale della scienza giuridica: critico nei confronti delle *antinomie*, delle quali ha il compito di sollecitare la soppressione; progettuale nei confronti delle *lacune*, delle quali ha il compito di sollecitare il completamento». Il distacco dal positivismo di Bobbio si viene completando nel nuovo ruolo del giurista, che non potrà più nascondersi dietro «ciò che il diritto è» ma dovrà perseguire, con spirito militante, ciò che il diritto deve essere (pp. 100 ss.).

Nel complesso, quest'ultimo (di una produzione sconfinata) volume di Luigi Ferrajoli si presenta come un bellissimo e ben riuscito tentativo di compendiare gli elementi che hanno determinato il successo mondiale della teoria del diritto e della democrazia del più importante filosofo del diritto contemporaneo.

Alcune questioni rimangono aperte e possono indurre, in base alla prospettiva di partenza, a soluzioni diverse da quelle illustrate nel testo. Ad esempio, per un costituzionalista, risulta molto complicato (se non impossibile) abbandonare l'opposizione regole-principi e la teoria del bilanciamento degli interessi, non solo per la diffusione di tale approccio negli ordinamenti occidentali ma anche a causa dell'impossibilità di perseguire degli effetti equitativi attraverso un rigida nozione di illegittimità costituzionale e di annullamento. Inoltre, anche aderendo alla tesi per cui la non definizione a livello ordinario dà luogo a una lacuna e non all'inesistenza del diritto costituzionale, rimane il problema di come, in mancanza di prescrizioni rivolte al legislatore, i legittimati possano far valere l'omissione legislativa.

Il lettore, se affamato di curiosità e domande, troverà molte risposte; lo studioso, se insaziabile, troverà la fonte di nuove riflessioni e ulteriori dubbi.

Simone Barbareschi