

DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE E DIRITTI FONDAMENTALI

Luigi FERRAJOLI*

SUMARIO: I. *Le concezioni puramente formali della democrazia.* II. *Quattro aporie nella concezione puramente procedurale della democrazia.* III. *Una ridefinizione della sovranità popolare compatibile con il paradigma della democrazia costituzionale.* IV. *La rigidità della Costituzione e le garanzie costituzionali.* V. *Le garanzie costituzionali negative, primarie e secondarie.* VI. *Le garanzie costituzionali positive. Le lacune di garanzie.*

I. LE CONCEZIONI PURAMENTE FORMALI DELLA DEMOCRAZIA

Secondo la concezione largamente dominante, la democrazia consiste in un metodo di formazione delle decisioni pubbliche: precisamente, nell'insieme delle "regole del gioco" che attribuiscono al popolo, o meglio alla maggioranza dei suoi membri, il potere, diretto o tramite rappresentanti, di assumere tali decisioni. E' questa non solo l'accezione etimologica, ma anche la concezione della "democrazia" pressoché unanimemente condivisa dalla maggior parte dei teorici della democrazia: da Kelsen a Bobbio, da Schumpeter a Dahl, da Popper a Waldron.¹

* Profesor de la Universidad de Roma III.

¹ Si ricordino Kelsen, H., *Essenza e valore della democrazia* (1929), trad. it. in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981; Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo e democrazia* (1954), trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1955; Bobbio, N., *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco*, Torino, Einaudi, 1984; Sartori, G., *Democrazia e definizioni*, Bologna, Il Mulino, 1957; Dahl, R., *La democrazia e i suoi critici* (1989), trad. it., Roma, Editori Riuniti, 1990; Bovero, M., *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2000. Questa conce-

In base a questa concezione la fonte di legittimazione democratica dei pubblici poteri è unicamente l'*auto-nomia*, concepita in senso rousseauiano come la libertà positiva consistente nel “governarsi da sé” e “nel non far dipendere da altri che da se stessi la regolamentazione della propria condotta”:² nel fatto, in altre parole, che le decisioni siano prese, direttamente o indirettamente, dai loro stessi destinatari, o più esattamente dalla loro maggioranza, e siano perciò espressione della “volontà” e della “sovranità popolare”. Possiamo chiamare *formale* o *procedurale* questa nozione di democrazia.³ Essa identifica infatti la democrazia semplicemente sulla base delle *forme* e delle *procedure* idonee appunto a garanti-

zione formale della democrazia è anche la concezione prevalente nell’odierna filosofia giuridica. Si vedano, per esempio, le critiche rivoltemi da Pintore, A., “Diritti insaziabili”, *Teoria Politica*, n. 2, 2000, pp. 3-20, ora in Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di E. Vitale, Roma, Laterza, 2001, pp. 179-200. Si vedano anche i saggi di Pedro Salazar Ugarte, di Pablo de Lora e di Andrea Greppi e, pur se in termini problematici, di Alfonso Ruiz Miguel in Carbonell, M. e Salazar, P. (edd.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, 2005. A tutte queste (e ad altre) critiche ho risposto nel volumetto *Garantismo. Una discusión sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, in particolare nel capitolo VI.

² Bobbio, N., “Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri (1954)”, ora in *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino, Einaudi, 1999, p. 230, ove l’autonomia è definita altresì come il “potere di dar norme a se stessi e di non ubbidire ad altre norme che a quelle date a se stessi” (ivi, p. 228). E’ la nozione rousseauiana di libertà come “l’obéissance à la loi qu’on s’est prescrite” (Rousseau, J. J., *Du contrat social* (1762), Paris, Garnier-Flammarion, 1966, liv. I, ch. 8, p. 56), ripresa da Kant: “Meglio è definire la mia *libertà* esterna (cioè giuridica) come la facoltà di non obbedire ad altre leggi esterne, se non a quelle cui io ho potuto dare il mio assenso” (“Per la pace perpetua” [1795], sez. II, in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1965, p. 292, nota); “la *libertà* legale [è] la facoltà di non obbedire ad altra legge, che non sia quella a cui essi [i cittadini] han dato il loro consenso” (*Principi metafisici della dottrina del diritto* [1797], ivi, 46, p. 500).

³ A scanso di equivoci, è bene precisare che “formale” è qui usato con riferimento alla “forma” degli atti normativi, in opposizione alla loro “sostanza” o “contenuto” o “significato prescrittivo”, e perciò alla dimensione formale della validità, e conseguentemente della democrazia, legata appunto alla loro *conformità* alle norme formali o procedurali sulla produzione delle norme: in un senso, perciò, del tutto diverso da quello in cui il medesimo termine è da me usato come predicato meta-teorico dei concetti teorici, cioè per designarne i connotati strutturali, indipendenti dai contenuti normativi da essi denotati nei concreti ordinamenti. Analogamente, il termine “sostanziale”, associato a “validità” o a “democrazia”, ne designa la “sostanza” o il “contenuto” o il “significato prescrittivo”, quale proviene dalla loro *coerenza* con le norme a loro volta “sostanziali” sulla produzione degli atti normativi; fermo restando il carattere comunque formale delle definizioni anche di questi concetti, al pari di quello di tutti gli altri concetti della teoria.

re che le decisioni prodotte siano espressione, diretta o indiretta, della volontà popolare. La identifica, in altre parole, in base al *chi* (il popolo o i suoi rappresentanti) e al *come* (la regola della maggioranza) delle decisioni, indipendentemente dai loro contenuti, cioè dal *che cosa* viene deciso, anche se tali contenuti sono illiberali, antisociali e perfino antidemocratici.

Tenterò qui di confutare questa concezione semplificata della democrazia. Dico subito che è indubitabile che la dimensione formale della democrazia quale potere fondato sulla volontà popolare ne esprime un connotato assolutamente necessario: una *condicio sine qua non*, in assenza della quale di “democrazia” non si può comunque parlare. Ma è questa la sola condizione necessaria? La definizione di un termine deve d’altro canto indicare le condizioni non solo necessarie ma anche sufficienti in presenza delle quali esso è predicabile di un dato argomento. E’ sufficiente una connotazione puramente formale della democrazia a identificare tutte le condizioni in presenza delle quali un sistema politico è qualificabile come “democratico” e, più specificamente, come una “democrazia costituzionale”? Io penso che non lo sia. Elencherò quattro ragioni, corrispondenti ad altrettante aporie, che richiedono che tale connotazione sia integrata da limiti e vincoli *sostanziali* o di *contenuto* quali sono tipicamente i diritti fondamentali.

II. QUATTRO APORIE NELLA CONCEZIONE PURAMENTE PROCEDURALE DELLA DEMOCRAZIA

La prima ragione consiste nella mancanza di portata empirica e conseguentemente di capacità esplicativa di una definizione di democrazia che ne identifichi i soli connotati formali, cioè le condizioni in presenza delle quali le decisioni politiche sono espressione, diretta o indiretta, della volontà popolare. Una simile definizione non è infatti in grado di dar conto delle odierne democrazie costituzionali che risulterebbero, alla sua stregua, non-democrazie. Limitandosi a richiedere che i pubblici poteri siano esercitati dal popolo come che sia, e configurando quindi la democrazia come potere popolare assoluto, essa ignora o peggio rinnega il paradigma dello stato di diritto, che non ammette l’esistenza di poteri non sog-

getti alla legge,⁴ e tanto più dello stato costituzionale di diritto, entro il quale non è affatto vero che il potere del popolo sia illimitato. La novità introdotta dal costituzionalismo nella struttura delle democrazie è infatti che in base ad esso anche il supremo potere legislativo è giuridicamente disciplinato e limitato, con riguardo non solo alle forme, predisposte a garanzia dell'affermazione della volontà della maggioranza, ma anche alla sostanza del suo esercizio, vincolato al rispetto di quelle specifiche norme costituzionali che sono il principio di uguaglianza e i diritti fondamentali. Dovremo concludere, alla stregua della definizione formale di democrazia unicamente come “potere del popolo”, che questi sistemi non sono democratici? che i diritti fondamentali sanciti in costituzioni rigide, essendo un limite eteronomo alla dimensione politica della democrazia, sono perciò un limite alla democrazia *tout court*, al punto da rischiare di divenirne, in quanto tendenzialmente “insaziabili”, una negazione?⁵ O non dobbiamo affermare, al contrario, che proprio in assenza di tali limiti, se pure possiamo parlare di “democrazia” in senso puramente politico o formale, non possiamo certo parlarne a proposito di quella sua forma complessa e oggi generalizzata in tutti i paesi avanzati che è la “democrazia costituzionale”?

La seconda ragione consiste nella scarsa consistenza teorica di un concetto di democrazia solamente formale che intenda essere conseguente a se medesima. Un qualche limite sostanziale, infatti, è necessario alla sopravvivenza di qualunque democrazia. In assenza di tali limiti, relativi ai contenuti delle decisioni legittime, una democrazia *non può* —o, quanto

⁴ Un sistema “democratico” ove la sovranità popolare non fosse soggetta alla legge corrisponderebbe pienamente alla nozione di stato assoluto definita da Hobbes: “il sovrano di uno stato, sia egli un’assemblea o un uomo, non è soggetto alle leggi civili. Infatti, avendo il potere di fare e di abrogare le leggi, se vuole può liberarsi dalla soggezione abrogando le leggi che lo disturbano e facendone di nuove” (*Leviatano* [1651], trad. it., Milano, Bompiani, 2001, parte II, cap. XXVI, 6, p. 433); e più oltre: “Una quarta opinione incompatibile con la natura dello Stato è questa, *che chi detiene il potere sovrano è soggetto alle leggi civili...* Un sovrano non è soggetto a quelle leggi che egli stesso, cioè lo stato fa, perché essere soggetto alle leggi è essere soggetto allo stato, cioè al suo rappresentante sovrano, che è appunto lui. La sua non è una soggezione, ma una libertà dalle leggi. Quell’errore, ponendo le leggi al di sopra del sovrano, pone sopra di lui anche un giudice e un potere che può punirlo e questo significa fare un nuovo sovrano e poi, per lo stesso motivo, un terzo che punisca il secondo e così di continuo all’infinito, con la conseguente confusione e dissoluzione dello stato” (ivi, 9, p. 529).

⁵ E’ la tesi di Pintore, A., *Diritti insaziabili*, cit., nota 1, pp. 179-200.

meno, *può non— sopravvivere*. E' sempre possibile, in via di principio, che con metodi democratici si sopprimano, a maggioranza, gli stessi metodi democratici: non solo i diritti di libertà e i diritti sociali, ma anche gli stessi diritti politici, il pluralismo politico, la divisione dei poteri, la rappresentanza, in breve l'intero sistema di regole nel quale consiste la democrazia politica. Non parlo, ovviamente, di ipotesi di scuola: alludo alle terribili esperienze totalitarie del fascismo del nazismo del secolo scorso, i quali si impadronirono del potere in forme democratiche e poi lo consegnarono "democraticamente" a un capo che sopresse la democrazia. Di solito questa obiezione viene aggirata con la tesi che i limiti alla democrazia assicurati da taluni diritti fondamentali sono "condizioni", o "pre-condizioni", o "presupposti" o "limiti" della democrazia.⁶ Ma una condizione, ove sia ritenuta necessaria, equivale a un requisito essenziale, ed è quindi necessariamente inclusa, quale condizione *sine qua non*, nella definizione del termine da definire.

La terza ragione consiste nel nesso indissolubile, ignorato dalle concezioni puramente formali della democrazia, tra la sovranità popolare, la democrazia politica e tutti quei diritti fondamentali che ho chiamato "sostanziali"⁷ e che operano come limiti o vincoli alla volontà altrimenti assoluta delle maggioranze. Innanzitutto i diritti di libertà. La volontà popolare si esprime infatti autenticamente solo se può esprimersi liberamente. E può esprimersi liberamente solo attraverso l'esercizio, oltre che del diritto di voto, delle libertà fondamentali da parte di tutti e di ciascu-

⁶ Si veda, per esempio, Bobbio, N., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, p. 6, il quale, "anche per una definizione minima di democrazia, com'è quella che accolgo" richiede, in aggiunta al suffragio universale e al principio di maggioranza, una "terza condizione": la possibilità di scelta tra "alternative reali" per la cui realizzazione "occorre che ai chiamati a decidere siano garantiti i cosiddetti diritti di libertà, di opinione, di espressione della propria opinione, di riunione, di associazione, ecc... Le norme costituzionali che attribuiscono questi diritti non sono propriamente regole del gioco: sono regole preliminari che permettono lo svolgimento del gioco". Nello stesso senso, si veda Bovero, M., *Contro il governo dei peggiori*, cit., nota 1, cap. II, 6, pp. 38-41; *id.*, "Democracia y derechos fundamentales", *Isonomía*, 16, abril 2002, pp. 21-38, ove viene criticato l'uso da me fatto della parola "democrazia" per designare i connotati sostanziali impressi dai diritti fondamentali alla "democrazia costituzionale". Una critica diversa —all'uso del predicato "sostanziale" associato a "democrazia" per designare quei medesimi connotati— mi era stata rivolta da Bovero, M., "La filosofia politica di Ferrajoli", in Gianformaggio, L. (a cura di), *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 399-406. Si veda la mia risposta, *ivi*, pp. 505-508.

⁷ In *Diritti fondamentali*, cit., nota 1, I, 4, p. 199 e III, 2, p. 284.

no: della libertà di pensiero, di stampa, di informazione, di riunione e di associazione. Per questo non c'è sovranità popolare senza diritti di libertà individuali. Giacché non solo la democrazia politica e la stessa sovranità popolare sono minacciate —anche per le generazioni future, come dirò più oltre— dall'onnipotenza della maggioranza, ma l'una e l'altra si realizzano e si alimentano solo attraverso l'esercizio costante dei diritti di libertà. D'altro canto, i diritti di libertà, a loro volta, in tanto sono effettivi in quanto siano sorretti dalla garanzia dei diritti sociali a prestazioni positive: del diritto alla sussistenza e alla salute e, ancor più ovviamente, del diritto all'istruzione e all'informazione. Senza la soddisfazione di questi diritti e degli obblighi pubblici ad essi corrispondenti, non solo i diritti politici ma anche i diritti di libertà sono destinati a rimanere sulla carta: perché non c'è partecipazione alla vita pubblica senza garanzia dei minimi vitali, cioè dei diritti alla sopravvivenza, né c'è formazione di volontà consapevoli senza istruzione e informazione.

La quarta ragione dell'insufficienza di una nozione di democrazia puramente formale è legata a un'aporia di carattere filosofico-politico. Questa concezione formale o procedurale si accredita, come si è detto, sulla base della connotazione della democrazia come "auto-nomia", o "auto-governo o "auto-determinazione" popolare, ossia come libertà positiva del popolo di non essere soggetto ad altre decisioni, e quindi ad altri limiti o vincoli, che non siano quelli deliberati da se medesimo. Ma il popolo è un soggetto collettivo, che non può che deliberare a maggioranza e per di più, nella democrazia rappresentativa, sulla sola elezione dei suoi rappresentanti. L'equazione tra auto-nomia e metodo decisionale fondato sui principi di maggioranza e rappresentanza ha dunque alle spalle una concezione comunitaria, organicistica ed olistica della rappresentanza e della democrazia basata sull'idea - smaccatamente ideologica, populista e, in ultima analisi fascista - che il popolo sia un "corpo politico",⁸ una sorta di organismo, un macro-soggetto, dotato di una propria

⁸ Si ricordino i celebri passi di Rousseau: "Istantaneamente, al posto della persona particolare di ciascun contraente, quest'atto di associazione produce un corpo morale e collettivo, composto da tanti membri quanti voti ha l'assemblea, il quale riceve da questo stesso atto la sua unità, il suo *io* comune, la sua vita e la sua volontà. Questa persona pubblica, che si forma così dall'unione di tutte le altre, prendeva un tempo il nome di *città* e prevede ora quello di *repubblica* o di *corpo politico*... Riguardo agli associati, essi prendono collettivamente il nome di *popolo*" (*Du contrat social, cit.*, nota 2, liv. I, ch. VI, p.

volontà omogenea e che i principi della rappresentanza e della maggioranza, anziché semplici convenzioni più d'ogni altra idonee a determinare i soggetti maggiormente "rappresentativi", siano realmente le forme tramite cui si esprime la volontà generale e unitaria del popolo quale soggetto a sua volta unitario ed organico.⁹ Laddove, se abbandoniamo queste insidiose metafore, dobbiamo riconoscere, come scrisse Hans Kelsen in polemica con Carl Schmitt, che una siffatta volontà unitaria non esiste, e la sua assunzione ideologica serve solo a legittimare il potere assoluto della maggioranza, e magari del suo capo, e ad occultare la pluralità degli interessi e delle opinioni e il conflitto di classe da cui il cosiddetto "popolo" è attraversato.¹⁰

III. UNA RIDEFINIZIONE DELLA SOVRANITÀ POPOLARE COMPATIBILE CON IL PARADIGMA DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

Il riconoscimento di queste aporie, e perciò dell'inadeguatezza di una definizione solamente formale del concetto di democrazia, impone a mio parere un ripensamento radicale del rapporto tra popolo e democrazia, sulla base di una ridefinizione della nozione di "sovranità popolare" compatibile con l'odierno paradigma costituzionale della democrazia.

Ne consegue innanzitutto che qualunque concezione della sovranità come *potestas legibus soluta* è in contraddizione non solo con l'idea di "democrazia costituzionale", ma con l'idea stessa di democrazia, rivelatasi storicamente e logicamente incompatibile con l'esistenza di poteri sovrani o assoluti, pur se detenuti dalla maggioranza del popolo ovvero

52); "Con il patto sociale noi abbiamo dato l'esistenza e la vita al corpo politico; si tratta ora di dargli il movimento e la volontà con la legislazione" (ivi, liv. II, ch. VI, p. 73).

⁹ "Ma che cos'è questo popolo?", si chiede Kelsen: "una pluralità di individui senza dubbio. E sembra che la democrazia presupponga, fundamentalmente, che questa pluralità di individui costituisca un'unità, tanto più che, qua, il popolo come unità è —o dovrebbe teoricamente essere— non tanto oggetto quanto soggetto del potere. Ma di dove possa risultare questa unità che appare col nome di popolo, resta problematico finché si considerano soltanto i fatti sensibili. Diviso da contrasti nazionali, religiosi ed economici, il popolo appare, agli occhi del sociologo, piuttosto come una molteplicità di gruppi distinti che come una massa coerente di uno e di un medesimo stato di agglomerazione" (*Essenza e valore della democrazia*, cit., nota 1, cap. II, pp. 50 e 51).

¹⁰ Kelsen, H., *Chi deve essere il custode della costituzione?* (1931), 10, trad. it. in *id.*, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 275 e 276.

dei suoi rappresentanti.¹¹ Proprio per sanare questa contraddizione, del resto, il costituzionalismo si è affermato, a garanzia della democrazia, nel secolo scorso, dopo le esperienze dei fascismi che in forme politicamente democratiche avevano prima conquistato il potere e poi distrutto la democrazia. Di qui il nesso strutturale tra democrazia e costituzionalismo. Perché un sistema politico sia democratico, si richiede che alla maggioranza sia costituzionalmente sottratto il potere di sopprimere o di limitare la possibilità per le minoranze di diventare maggioranza, tramite limiti e vincoli che stabiliscano quella che ho più volte chiamato la “sfera del non decidibile (che o che non)” —quella che Ernesto Garzón Valdés ha chiamato il “*coto vetado*”—¹² sottratta alla potestà di qualunque maggioranza. Ma è chiaro che questi limiti e vincoli, imposti ai poteri di maggioranza tramite la stipulazione costituzionale dei diritti fondamentali e delle relative garanzie, sono norme non già formali, bensì sostanziali, che hanno a che fare con i contenuti delle decisioni, delle quali condizionano la validità sostanziale e non semplicemente formale, e che dunque contraddicono la tesi secondo cui la democrazia consisterebbe unicamente in un metodo, cioè nelle regole procedurali che assicurano la rappresentatività popolare tramite il suffragio universale e il principio di maggioranza: nelle sole regole del gioco, in altre parole, e non anche nei contenuti costituzionalmente vincolanti del gioco democratico.

Ci sono tuttavia due significati che possono essere associati alla nozione di “sovranità popolare”, in accordo l’uno con la nozione generale di democrazia, l’altro con quella più specifica di democrazia costituzionale.

¹¹ Scrive Constant, B., “Principes de politique”, *Cours de politique constitutionnelle* (1818-1819), trad. it., *Principi di politica*, cap. I, p. 54: “Quando si stabilisce che la sovranità del popolo è illimitata”, aggiunge Constant, “si crea e si getta a caso nella società umana un grado di potere troppo grande e che è un male quali che siano le mani cui lo si affida. Affidatelo a un solo, a molti, a tutti e lo troverete un male. Ve la prenderete allora con i depositari di tale potere e di volta in volta, secondo le circostanze, accuserete la monarchia, l’aristocrazia, la democrazia, i governi misti, il sistema rappresentativo. Avrete torto; bisogna accusare non già i depositari della forza, ma il grado di essa. Non contro il braccio bisogna infierire, ma contro l’arma. Ci sono pesi troppo grandi per la mano degli uomini”; ivi, p. 60: “La sovranità del popolo non è illimitata; essa è circoscritta entro i confini che ad essa tracciano la giustizia e i diritti degli individui. La volontà di tutto un popolo non può rendere giusto ciò che è ingiusto”.

¹² Garzón Valdés, E., “Representación y democracia” (1989), *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 645.

Il primo significato di “sovranità popolare” compatibile con la “democrazia” è quello letterale, riferito al popolo intero, quale è espresso per esempio dall’ art. 1 della Costituzione italiana: “la sovranità appartiene al popolo”.¹³ In questo significato letterale, il principio della “sovranità popolare” è niente più che un principio di legittimazione in negativo della democrazia politica. Vuol dire, semplicemente, che “la sovranità appartiene al popolo” e *soltanto* al popolo. Fu del resto lo stesso Rousseau ad affermare che “la sovranità non può essere rappresentata, per la stessa ragione che non può essere alienata; essa consiste essenzialmente nella volontà generale, e la volontà non si rappresenta: o è essa stessa, ovvero è un’altra; non c’è via di mezzo”.¹⁴ Ciò vuol dire che il principio della sovranità popolare equivale a una *garanzia negativa*, cioè al divieto per chiunque di usurparla: significa che la sovranità, appartenendo al popolo intero, non appartiene a nessun altro e nessuno —monarca o parlamento, presidente eletto dal popolo o assemblea rappresentativa— può appropriarsene.¹⁵ In questo senso, il principio della sovranità popolare o nazionale, con paradosso apparente, anziché porsi in contrasto con il principio dello stato di diritto secondo cui poteri sovrani o *legibus soluti* non esistono in capo a nessun uomo o gruppo di uomini distinto dal popolo intero, ne rappresenta la prima garanzia.

¹³ “La souveraineté réside dans le peuple”, affermò l’art. 25 della Dichiarazione dei diritti premessa alla costituzione del 1793; e l’articolo 7 aggiunse: “Le peuple souverain est l’universalité des citoyens français”. “La soberanía nacional reside en el pueblo español”, stabilisce a sua volta l’articolo 1 della Costituzione spagnola. Affermazioni analoghe si trovano in quasi tutte le principali costituzioni odierne: nell’articolo 1 della costituzione giapponese del 1946; nell’articolo 20 cpv della costituzione tedesca del 1949; nell’articolo 3 della Costituzione francese del 1958; nell’articolo 1 della Costituzione greca del 1975; negli artt. 1 e 3 della Costituzione cinese del 1975; negli artt. 1, 2 e 3 1^o comma della costituzione portoghese del 1976.

¹⁴ Rousseau, J. J., *Du contrat social, cit.*, nota 2, liv. III, ch. XV, p. 134.

¹⁵ Constant, B., *La sovranità del popolo e i suoi limiti*, dai *Principes de politique* (1818), con successive aggiunte e varianti, in *Antologia degli scritti di Benjamin Constant*, a cura di A. Zanfarino, Bologna, Il Mulino, 1962, p. 59, nota 1: “L’assioma della sovranità del popolo è stato considerato un principio di libertà: è invece un principio di garanzia. E’ destinato a impedire a un individuo di impadronirsi dell’autorità che invece appartiene a tutta la società; ma non decide niente sulla natura e sui limiti di questa autorità”. Si ricordi anche l’articolo 3 della Costituzione francese del 1958, che dopo aver stabilito nel primo comma che “la sovranità nazionale appartiene al popolo” afferma nel secondo comma che “nessuna frazione di popolo né alcun individuo può attribuirsi l’esercizio”.

Il secondo significato che può essere associato all'espressione "sovranità popolare", in accordo con il paradigma della democrazia costituzionale, è quello riferito al suo nesso con i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Ho già detto che tutti i diritti fondamentali formano la sostanza della "sovranità popolare" e della "volontà popolare", la quale non può manifestarsi autenticamente se non può esprimersi liberamente, e non può esprimersi liberamente senza essere presidiata dalle garanzie non solo dei diritti politici, ma anche dei diritti di libertà e dei diritti sociali. La formula "la sovranità appartiene al popolo" vuole quindi dire, in questo secondo senso, che essa appartiene all'insieme dei suoi cittadini, cioè di tutte le persone di cui il popolo si compone: appartiene, in breve, a tutti e a ciascun cittadino. Ma questo significa, in concreto, che essa altro non è che la somma di quei poteri e contro-poteri di tutti - i diritti politici, i diritti civili, i diritti di libertà e i diritti sociali - che la Costituzione stabilisce come diritti fondamentali: i quali dunque non sono soltanto dei limiti alla democrazia politica, ma ne sono altresì la sostanza democratica, in quanto si riferiscono al popolo in un senso ben più concreto e pregnante della stessa rappresentanza politica, cioè a tutti e a ciascuno dei suoi membri in carne ed ossa. Tali diritti equivalgono insomma, in capo a ciascuna persona, ad altrettanti frammenti della sovranità del popolo intero. Per questo ogni loro violazione non è solo una lesione delle persone che ne sono titolari, ma è una violazione della stessa sovranità popolare. Ricordiamo il famoso art. 34 della Dichiarazione premessa alla Costituzione del 24 giugno 1793: "Vi è oppressione contro il corpo sociale quando uno solo dei suoi membri è oppresso. Vi è oppressione contro ogni membro quando il corpo sociale è oppresso".¹⁶

IV. LA RIGIDITÀ DELLA COSTITUZIONE E LE GARANZIE COSTITUZIONALI

Se tutto questo è vero le garanzie costituzionali dei diritti fondamentali sono anche garanzie della democrazia. Ho più volte articolato la nozio-

¹⁶ E' il principio espresso dal famoso articolo 34 della Dichiarazione premessa alla Costituzione del 24.6.1793: "Vi è oppressione contro il corpo sociale quando uno solo dei suoi membri è oppresso. Vi è oppressione contro ogni membro quando il corpo sociale è oppresso". Si ricordi anche il nesso tra "garanzia sociale" dei diritti consistente nell'"azione di tutti" in loro difesa e "sovranità nazionale" istituito dall'articolo 23 della *Déclarations des droits* premessa alla Costituzione francese del 24.6.1793.

ne di democrazia costituzionale, ancorandola alle quattro classi di diritti nelle quali ho distinto la categoria dei diritti fondamentali: la *democrazia politica*, assicurata dalla garanzia dei *diritti politici*; la *democrazia civile*, assicurata dalla garanzia dei *diritti civili*; la *democrazia liberale* (o liberal-democrazia) assicurata dalla garanzia dei *diritti di libertà*; la *democrazia sociale* (o social-democrazia), assicurata dalla garanzia dei *diritti sociali*.¹⁷

Ne è risultata una nozione quadridimensionale della democrazia quale modello normativo articolato in quattro dimensioni: le prime due “formali”, perché relative alla forma democratica (al “chi” e al “come”) delle decisioni, quale è assicurata dai diritti-potere di autonomia politica e civile; le altre due “sostanziali” perché relative alla sostanza delle decisioni (al “che cosa” non è permesso decidere o non è permesso non decidere), quale è assicurata dai diritti sostanziali di libertà e sociali.¹⁸ In questo senso il garantismo, quale è declinabile nelle sue quattro dimensioni —*politica, civile, liberale e sociale*, a seconda della classe dei diritti garantiti— è l’altra faccia del costituzionalismo e forma il presupposto giuridico della democrazia.

In che cosa consistono le “garanzie costituzionali”? Con questa espressione si allude di solito alla “rigidità” della Costituzione, cioè alla non modificabilità dei principi, dei diritti e degli istituti da essa previsti, se non con procedure di revisione aggravate, e al controllo giurisdizionale di incostituzionalità sulle leggi ordinarie con essi in contrasto. Si tratta in realtà di una nozione complessa, che qui scomporrò in più nozioni distinte: da un lato la rigidità, che è un connotato delle norme costituzionali; dall’altro l’insieme complesso e articolato delle sue garanzie, che richiedono a loro volta di essere distinte e analizzate.

La *rigidità costituzionale* è non già, propriamente, una garanzia, bensì un connotato strutturale della costituzione legato alla sua collocazione al vertice della gerarchia delle norme, sicché le costituzioni sono rigide per definizione, nel senso che una costituzione non rigida non è in realtà una

¹⁷ Si veda *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (1989), Laterza, Roma-Bari, VII ed., 2002, 57, pp. 895-909; *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico, cit.*, nota 1, III, 6, pp. 318-331.

¹⁸ Rinvio al mio *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico, cit.*, nota 1, III, 6, pp. 318-320 e 2, pp. 282-288.

costituzione ma una legge ordinaria.¹⁹ Si identifica, in breve, con il grado sopraordinato delle norme costituzionali rispetto a quello di tutte le altre fonti dell'ordinamento, cioè con la normatività delle prime rispetto alle seconde. Riferita alle norme costituzionali che stabiliscono quelle aspettative universali che sono i diritti fondamentali, essa conferisce quindi a questi una duplice normatività: quali aspettative negative della loro non deroga o violazione e, insieme, quali aspettative positive della loro attuazione.²⁰

Si capisce, dopo quanto si è detto, come la questione della rigidità costituzionale - o meglio del grado di rigidità che è giustificato associare a una costituzione, e più precisamente ai diversi tipi di norme costituzionali - è assolutamente centrale nella teoria della democrazia, identificandosi con quella del rapporto tra democrazia politica e diritti fondamentali. Su di essa si contrappongono, da sempre, due tesi, l'una garantista, l'altra per così dire "politico-democratica", sostenute entrambe con il diverso senso e valore associati al potere e all'atto costituente: la prima, sostenuta da Benjamin Constant, dell'immodificabilità di almeno alcuni principi da esso stabiliti come fondamentali,²¹ non esistendo nessun potere costituito superiore al potere costituente, esauritosi perciò con il suo esercizio; la seconda, risalente a Sieyès, della permanente modificabilità di qualunque principio costituzionale ad opera di un potere costituente, concepito come costantemente in atto quale espressione permanente della sovranità popolare e della democrazia politica.²²

¹⁹ Sul carattere strutturale, o se si vuole "naturale" della rigidità delle costituzioni in quanto tali, cfr. Pace, A., "La «naturale» rigidità delle costituzioni scritte", *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, pp. 4085 ss., e *id.*, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra Costituzione*, Padova, CEDAM, 1996.

²⁰ Sulla nozione di "diritto soggettivo" quale aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni), rinvio al mio *Diritti fondamentali*, *cit.*, nota 1, I, p. 5.

²¹ E' la tesi, sostenuta da Constant, B., "Réflexions sur les constitutions" (1814), in *id.*, *Cours de politique constitutionnelle*, Genève-Paris, Slatkine, 1982, pp. 265 e ss., secondo cui non sono modificabili per via legislativa le norme sulla forma di governo e quelle sui diritti costituzionalmente stabiliti.

²² La tesi risale a Sieyès: "Una nazione non può né alienare né interdirti il diritto di volere; e, quale che sia la sua volontà, non può perdere il diritto di cambiarla quando il suo interesse lo esige" (*Che cosa è il terzo stato?* (1788), trad. it., Roma, Editori Riuniti, 1992, cap. V, p. 59). Il principio è inoltre enunciato nell'art.1 del titolo VII della Costituzione francese del 1791: "L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution" (e a tal fine prevede, negli artt. 2-8, una

L'argomento principale portato a sostegno di questa seconda tesi è che un'eccessiva rigidità delle costituzioni varrebbe a limitare i poteri costituenti delle generazioni future e più in generale i principi della democrazia politica: a "legarne le mani", come è stato detto efficacemente. E' l'argomento del primato della volontà popolare, espresso dall'articolo 28 della Costituzione francese del 1793, secondo cui "ogni popolo ha sempre il diritto di rivedere, di riformare e di cambiare la sua costituzione" e "una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future".

Ebbene, questo argomento, se prendiamo il costituzionalismo sul serio, deve essere, a mio parere, rovesciato. Ho già parlato della valenza sostanzialmente democratica dei diritti fondamentali e del loro nesso con la sovranità popolare quali poteri e contropoteri conferiti, oltre tutto nel momento costituente caratterizzato dal velo di ignoranza in ordine a contingenti interessi di parte, a tutti e a ciascuno, e quindi al popolo intero. Il principio del costante diritto di tutte le generazioni di decidere del loro futuro può essere su questa base, con paradosso apparente, portato a sostegno della tesi esattamente opposta a quella dell'esistenza di un permanente e radicale potere costituente quale espressione della sovranità popolare: a sostegno, precisamente, della tesi che proprio la rigidità della costituzione è al tempo stesso espressione e garanzia della sovranità popolare delle generazioni future e degli stessi poteri delle future maggioranze. Proprio in base ad esso, infatti, deve essere preclusa la revisione quanto meno dei principi costituzionali supremi, posti a salvaguardia permanente della sovranità popolare e dei poteri di maggioranza: come per esempio il metodo democratico, i diritti politici e il suffragio universale, gli stessi diritti di libertà e forse gli stessi diritti sociali, che dei diritti politici formano il presupposto elementare. La rigidità, in altre parole, lega le mani delle generazioni volta a volta presenti per impedire che siano da esse amputate le mani delle generazioni future. Ne consegue che un popolo può anche decidere, "democraticamente" e contingentemente,

procedura speciale di revisione), e poi nell'articolo 28 della Costituzione francese del 24 giugno 1793: "Un peuple a toujours le droit de révoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures". La stessa tesi fu espressa da Paine, T., *Rights of Man* (1791-1792), trad. it., *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, a cura di T. Magri, Roma, Editori Riuniti, 1978, p. 122: "ogni generazione è e deve essere in grado di affrontare tutte le decisioni richieste dalle circostanze del suo tempo".

di ignorare o di distruggere la propria costituzione e di affidarsi definitivamente a un governo autoritario. Ma non può farlo in forma costituzionale, invocando a favore di se medesimo il rispetto dei diritti delle generazioni future o l'onnipotenza della maggioranza, senza con ciò sopprimere, con il metodo democratico, i medesimi diritti e il medesimo potere in capo alle maggioranze e alle generazioni rispetto ad esso future.

Chiarito il senso della rigidità delle costituzioni, è facile anche chiarire la natura delle sue garanzie costituzionali. Assumo qui *garanzie* nel significato da me più volte convenuto:²³ per designare i divieti o gli obblighi corrispondenti alle aspettative positive o negative normativamente stabilite. Parlerò pertanto di *garanzie negative* per designare i divieti corrispondenti a quelle aspettative negative (o di non lesione) che sono i diritti di libertà, e di *garanzie positive* per designare gli obblighi corrispondenti a quelle aspettative positive (o di prestazione) che sono i diritti sociali. Parlerò inoltre di *garanzie primarie* per designare la somma delle garanzie positive e di quelle negative, e di *garanzie secondarie* per designare le garanzie di giustiziabilità, le quali intervengono in caso di violazione dei diritti, cioè delle aspettative normative che ne formano il contenuto, e delle loro garanzie primarie.

V. LE GARANZIE COSTITUZIONALI NEGATIVE, PRIMARIE E SECONDARIE

La tesi che qui sosterrò è che la rigidità delle norme costituzionali impone al legislatore ordinario due classi di *garanzie costituzionali*, tra loro connesse come le facce della stessa medaglia e corrispondenti alla duplice natura, di aspettative negative e di aspettative positive, che come si è detto rivestono i diritti fondamentali da esse stabiliti: da un lato le *garanzie negative* consistenti nel divieto di derogare, dall'altro le *garanzie positive* consistenti nell'obbligo di attuare quanto con esse disposto.

Le *garanzie costituzionali negative*, cioè consistenti in divieti, sono quelle dell'inderogabilità della Costituzione da parte del legislatore ordinario, al quale precludono la produzione di norme con essa in contrasto. Esse sono due: a) le norme sulla revisione costituzionale, che precludono qualunque revisione o che prevedono, per le modifiche delle norme costituzionali, procedimenti più gravosi di quelli previsti per le leggi ordinarie;

²³ Sulla distinzione tra "garanzie primarie" e "garanzie secondarie", rinvio a *Diritti fondamentali, cit.*, nota 1, 2, p. 11 e a "Garanzie", *Parole-chiave*, n. 19, 1999, pp. 15-32.

b) le norme sul controllo giurisdizionale di costituzionalità degli atti precettivi in contrasto, per commissione o per omissione, per ragioni di forma o di sostanza, con le norme costituzionali. Queste due classi di norme non si identificano affatto con la rigidità, che come ho detto è un connotato strutturale della costituzione generato dalla sua collocazione al vertice della gerarchia delle fonti, bensì con le sue garanzie negative. Precisamente, le norme sulla revisione ne sono la garanzia negativa primaria, consistente nel divieto della produzione di norme di legge che violino o deroghino a norme costituzionali, sia esso incondizionato o condizionato all'adozione di un procedimento legislativo aggravato. Le norme sul controllo giurisdizionale di costituzionalità ne sono invece la *garanzia negativa secondaria*, consistente nell'annullamento o nella disapplicazione delle norme di legge in contrasto con le norme costituzionali e perciò in violazione della loro garanzia negativa primaria.

Le *garanzie costituzionali negative primarie* rappresentate dalle norme sulla revisione possono essere più o meno vincolanti, a seconda del grado di rigidità da esse garantita: una rigidità assoluta ove la revisione sia da esse radicalmente esclusa; una rigidità relativa, ove esse predispongano forme più o meno aggravate di revisione. Nel primo caso abbiamo *limiti assoluti*, formulati in talune costituzioni - come la Costituzione francese del 3 settembre 1791, l'art. 79 3^a comma della Costituzione tedesca del 1949 e l'articolo 288 della Costituzione portoghese del 1976 - in termini relativamente precisi e tassativi.²⁴ Nel secondo caso abbiamo *limiti relativi*, che consentiranno di parlare di un grado più o meno elevato di rigidità relativa, a seconda del grado di aggravamento del procedimento di revisione previsto rispetto alle procedure legislative ordinarie. Ma oltre ai *limiti espliciti* alla revisione dettati dalla stessa costituzione, esistono anche *limiti impliciti*, oggi ampiamente riconosciuti sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, come quelli relativi al metodo democratico e ai diritti fondamentali. Per esempio l'articolo 2 della Costituzio-

²⁴ Il titolo I della Costituzione francese del 3 settembre 1791 stabiliva: "Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution". L'articolo 79, III comma della Legge fondamentale tedesca del 1949 stabilisce: "Non è ammissibile una modifica della presente Legge fondamentale che tocchi l'articolazione del *Bund in Länder*, o la partecipazione, in via di massima, dei *Länder* alla legislazione o i principi enunciati negli artt. da 1 a 20". L'articolo 288 della costituzione portoghese elenca ben quattordici materie messe al riparo dal potere di revisione.

ne italiana dichiara "inviolabili" i "diritti dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"; e una sentenza costituzionale, la n. 1146 del 1988, ha stabilito la sottrazione al potere di revisione dei "principi supremi dell'ordinamento", da essa non espressamente elencati ma certo identificabili, sul piano teorico, con quelli impliciti nella nozione stessa di costituzione democratica e di rigidità costituzionale.

Questa differenziazione delle garanzie costituzionali negative primarie si è sempre realizzata (o non realizzata) in assenza di un qualsiasi disegno teorico. Una scienza della costituzione, a mio parere, dovrebbe invece teorizzare e proporre gradi diversi di rigidità delle diverse norme costituzionali, giustificati dalla loro diversa rilevanza democratica: per esempio, la rigidità assoluta delle norme che stabiliscono il principio di uguaglianza, la dignità della persona e i diritti fondamentali, dei quali andrebbe previsto il possibile rafforzamento ma non la possibile riduzione, nonché i principi della rappresentanza politica e della separazione dei poteri; forme più o meno aggravate di rigidità relativa per le norme sull'organizzazione e il funzionamento dei pubblici poteri; forme lievi di rigidità relativa, infine, per le norme meno importanti.

Anche le *garanzie costituzionali negative secondarie*, consistenti nel controllo giurisdizionale di costituzionalità, possono d'altro canto essere più o meno incisive. Storicamente, come è ben noto, si sono sviluppati due tipi di controllo giudiziario sulla legittimità delle leggi: *a)* il controllo diffuso, affermatosi negli Stati Uniti e in altri ordinamenti americani e consistente nella disapplicazione nel caso deciso, ma non nell'annullamento, della norma incostituzionale, che resta quindi in vigore pur dopo il riconoscimento della sua illegittimità, salvo il valore di fatto vincolante del precedente, tanto più autorevole se prodotto dalle Corti supreme; *b)* il controllo accentrato, affermatosi in Italia e in molti altri paesi europei nel secondo dopoguerra, sul modello kelseniano adottato dalla costituzione austriaca del 1920, e consistente nell'annullamento delle norme di legge incostituzionali riservato a una Corte Costituzionale, investita della relativa questione da un giudice nel corso di un giudizio, ove sia da questi ritenuta rilevante e non manifestamente infondata.

Dei due modelli, quello più efficace è senza dubbio il secondo: "una Costituzione cui manchi la garanzia dell'annullamento degli atti incostituzionali", scrisse Kelsen, "non è, in senso tecnico, completamente obbli-

gatoria".²⁵ Ma anche il secondo modello, quello del controllo accentrato di costituzionalità sperimentato in Europa, presenta limiti molteplici: sotto il profilo oggettivo dato che riguarda, per esempio nel diritto italiano, non già qualunque atto normativo in contrasto con la costituzione ma solo le fonti primarie, cioè le leggi ordinarie e tutti gli atti ad esse equiparati; e sotto il profilo soggettivo, dato che legittimati a sollevare la questione di incostituzionalità sono di solito, come di nuovo in Italia, non già i soggetti lesi dalle norme sospettate di illegittimità bensì, incidentalmente, i giudici ove la ritengano fondata e rilevante nei casi sottoposti al loro giudizio.

Sotto il primo aspetto il controllo ben potrebbe essere allargato ad atti non legislativi: come per esempio la partecipazione alla guerra, il cui solenne ripudio, enunciato dall'articolo 11 della Costituzione italiana non è assistito da nessuna garanzia giurisdizionale. Ben più difficile e problematico è invece l'estensione del controllo di costituzionalità alle lacune, cioè alle violazioni della costituzione, di cui parlerò nel paragrafo che segue, non per commissione (come sono le antinomie generate da norme invalide), ma per omissione: un controllo previsto dalla Costituzione portoghese e da quella brasiliana, che tuttavia incontra un limite insuperabile nella natura di giudizio di annullamento e caducazione dell'atto invalido accertato che è propria della giurisdizione di legittimità.²⁶

Sotto il secondo aspetto, occorrerebbe estendere ad altri soggetti, oltre ai giudici *a quo*, la legittimazione a sollevare la questione di incostituzionalità. Penso all'istituto del *juicio de amparo*, presente in molti ordinamenti latino-americani ed attivabile da qualunque individuo contro ogni provvedimento lesivo di un diritto costituzionalmente stabilito. Ma pen-

²⁵ Kelsen, H., "La garanzia giurisdizionale della costituzione", § 22, in *La giustizia costituzionale*, cit., nota 10, p. 199: "Sebbene in generale non se ne abbia coscienza", prosegue Kelsen, "una costituzione in cui gli atti costituzionali, e in particolare le leggi, restano validi —in quanto alla loro costituzionalità non consegue l'annullamento— equivale presso a poco, dal punto di vista giuridico, ad un voto privo di forza obbligatoria. Qualunque legge, regolamento o anche atto giuridico generale posto in essere dai singoli hanno una forza giuridica superiore a quella di una tale costituzione, cui sono tuttavia subordinati e dalla quale traggono validità".

²⁶ L'articolo 283 della Costituzione portoghese del 2.4.1976 e l'articolo 103 della Costituzione brasiliana del 1988, dedicati all'"incostituzionalità per omissione" si limitano a prevedere la segnalazione della lacuna da parte del Tribunale Costituzionale all'organo legislativo e, nel caso della costituzione brasiliana, l'invito a colmarla "entro trenta giorni".

so, soprattutto, alla proposta avanzata da Hans Kelsen, dell'istituzione, presso la Corte costituzionale, di un procuratore generale, da lui chiamato "difensore della costituzione", con il compito di eccepire l'illegittimità di qualunque atto del Parlamento da lui ritenuto incostituzionale.²⁷

VI. LE GARANZIE COSTITUZIONALI POSITIVE. LE LACUNE DI GARANZIE

Ancor più importanti delle garanzie costituzionali negative sono le garanzie costituzionali positive, stranamente trascurate, o peggio ignorate dalla dottrina, pur essendo indispensabili, in particolare, all'effettività dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti. Esse consistono nell'obbligo, cui è vincolato il legislatore in corrispondenza con tali diritti, di varare una legislazione di attuazione: in breve, all'obbligo di introdurre le garanzie primarie e secondarie correlative ai diritti fondamentali stipulati.

Vengo così alla questione centrale del garantismo - quella del rapporto tra diritti fondamentali e garanzie - sulla quale si è sviluppata, in recenti dibattiti, una ormai annosa polemica. Mi riferisco alle critiche ripetutamente rivolte da Riccardo Guastini, da Danilo Zolo e da Pablo de Lora alla mia tesi secondo cui, in assenza di garanzie, cioè degli obblighi o dei divieti corrispondenti ai diritti costituzionalmente stabiliti, non si avrebbe, come io sostengo, una lacuna, bensì l'inesistenza dei diritti stabiliti. Si avrebbe insomma, a dispetto della loro stipulazione costituzionale, l'inesistenza non solo delle garanzie, ma dei diritti medesimi.²⁸

²⁷ "Un istituto del tutto nuovo ma che meriterebbe la più seria considerazione sarebbe quello di un difensore della costituzione presso il tribunale costituzionale che, a somiglianza del pubblico ministero nel processo penale, dovrebbe introdurre d'ufficio il procedimento del controllo di costituzionalità per gli atti che ritenesse irregolari. Il titolare di una simile funzione dovrebbe avere evidentemente le più ampie possibili garanzie d'indipendenza sia nei confronti del governo che del parlamento. Per ciò che concerne i ricorsi contro le leggi, sarebbe di estrema importanza attribuire il diritto di proporli anche ad una minoranza qualificata del parlamento" (Kelsen, H., *op. cit.*, nota 10, § 19, p. 196).

²⁸ E' la tesi sostenuta da Guastini, R., *Tre problemi di definizione*, in *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, *cit.*, nota 1, pp. 43-48, e da Zolo, D., *Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei 'diritti fondamentali*, *ivi*, pp. 49-55. Si veda la mia replica *ivi*, pp. 156-171. Una tesi analoga è sostenuta da Lora, P. de, "Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo", in Carbonell, M. e Salazar, P. (edd.), *Garantismo*, *cit.*, nota 1, 3, pp. 255-259.

Non riproporrò i termini dell'intera questione. Mi limito a rilevare che alla base di queste critiche c'è la confusione tra diritti e garanzie, avvalorata dall'autorità di Kelsen. Secondo Kelsen, come sappiamo, il diritto soggettivo sarebbe infatti solo il "riflesso di un dovere giuridico",²⁹ ossia di quello che ho sopra chiamato "garanzia primaria". Di più: avere un diritto, aggiunge Kelsen, equivale ad avere "la possibilità giuridica di ottenere l'applicazione della norma giuridica appropriata che provvede la sanzione".³⁰ ad attivare, in altre parole, quella che qui ho chiamato "garanzia secondaria". Kelsen —forse perché i suoi riferimenti, come dimostrano tutti gli esempi da lui proposti, sono solo ai diritti patrimoniali che in effetti sono sempre prodotti da atti negoziali insieme ai doveri corrispondenti— opera dunque ben due identificazioni: tra i diritti e le correlative garanzie primarie e tra i diritti e le correlative garanzie secondarie.

Questo singolare appiattimento dei diritti sulle garanzie è il prezzo pagato da Kelsen alla sua concezione imperativistica del diritto, basata sulla centralità della sanzione. Si tratta tuttavia di un prezzo troppo alto, che contraddice le premesse normativistiche e giuspositivistiche della sua stessa teoria. Ne deriva infatti che diritti formalmente posti o prodotti da validi atti normativi ma privi di garanzie sarebbero, semplicemente, diritti inesistenti; che inesistenti —semplici *flatus vocis*— sarebbero al-

²⁹ Kelsen, H., *La dottrina pura del diritto* (1960) trad. it., Torino, Einaudi, 1966, 29, a, p. 150: "Se si definisce come 'diritto' il rapporto fra un individuo (nei cui riguardi un altro individuo è obbligato ad un certo comportamento) con quest'ultimo individuo, il diritto in questione è soltanto un riflesso di questo dovere"; *id.*, *Teoria generale del diritto* (1945), trad. it., Milano, Edizioni di Comunità, 1959, parte I, VI, A, p. 76: "non vi è dunque nessun diritto per qualcuno senza un dovere giuridico per qualcun altro. Il contenuto di un diritto è in definitiva l'adempimento del dovere di qualche altro"; *ivi*, C, a, p. 77: il diritto "non è altro che il correlativo di un dovere".

³⁰ Kelsen, H., *Teoria, cit.*, nota 29, C, d, 82-83. "In questo senso", prosegue Kelsen, "questa norma costituisce la «sua» legge. Soltanto se l'applicazione della norma giuridica, la esecuzione della sanzione, dipende dall'espressione della volontà di un individuo diretta a questo scopo, soltanto se la legge è a servizio di un individuo, questa può venir considerata la «sua» legge, la sua legge soggettiva, e ciò significa un «diritto soggettivo»". Ancora: "il diritto soggettivo, pertanto, deve consistere non già nell'interesse presunto, ma nella protezione giuridica... Il diritto soggettivo non è, in breve, che il diritto oggettivo" (*ivi*, C, c, p. 81); "l'essenza del diritto soggettivo, che è più del semplice riflesso di un dovere giuridico, consiste nel fatto che una norma giuridica attribuisce ad un individuo il potere giuridico di far valere l'inadempimento di un dovere giuridico mediante un'azione giudiziaria" (*La dottrina pura, cit.*, nota 29, 29, d, p. 159).

trèsì le norme che li esprimono; che interi cataloghi di diritti —gran parte dei diritti sociali e quasi tutti i diritti umani stabiliti da convenzioni internazionali— sarebbero non-diritti, non-norme, solo perché privi di garanzie, sia primarie che secondarie.

E' una tesi che contraddice ben due postulati del normativismo, al tempo stesso metateorici e teorici. Contraddice in primo luogo il postulato del positivismo giuridico, in quanto misconosce la positività delle norme giuridiche, le quali in sistema nomodinamico esistono se poste o prodotte, e non se corrispondono a un arbitrario principio teorico (l'avvenuta produzione, in corrispondenza dei diritti costituzionalmente stabiliti, dei correlativi doveri), quasi che la teoria possa svolgere funzioni legislative. Contraddice, in secondo luogo, il postulato del costituzionalismo, in quanto misconosce il grado sopraordinato ad ogni altra fonte delle norme costituzionali e dei diritti in esse stabiliti, la cui esistenza non può essere subordinata alla produzione (obbligatoria) delle loro leggi di attuazione, dato che una simile tesi equivarrebbe, come ha scritto giustamente Michelangelo Bovero, a decretare il potere del legislatore di vanificare, o di abrogare o comunque di derogare alla costituzione e così ad occultarne la violazione.³¹

Al contrario, è la struttura nomodinamica del diritto positivo che impone la distinzione tra i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti e le loro garanzie legislative. Poiché in un sistema nomodinamico, come proprio Kelsen ci ha insegnato, l'esistenza delle norme è legata a un fatto empirico, cioè all'atto della sua produzione, è ben possibile che, dato un diritto fondamentale espresso da una norma costituzionale, non esista —pur se dovrebbe esistere— l'obbligo o il divieto corrispondente a causa dell'(indebita) inesistenza della norma che dovrebbe prevederli; così come è ben possibile che, data la facoltà di un comportamento, per esempio un diritto di libertà, esista —pur se non dovrebbe esistere— il divieto del medesimo comportamento a causa dell'(indebita) esistenza della norma che lo prevede. E' ben possibile, in breve, che in ordinamenti complessi, articolati su più livelli normativi, si producano *lacune* e *antinomie*. Questa possibilità è un corollario del costituzionalismo rigido, il cui tratto caratteristico è quindi lo spazio virtuale che esso apre all'esistenza del *diritto illegittimo*, a causa della possibile inottemperanza da parte del legislatore dell'obbligo di attuare le norme costituzionali.

³¹ Bovero, M., "Derechos, deberes, garantías", in Carbonell, M. e Salazar, P., *Garantismo*, cit., nota 1, pp. 237 e 238.

E' precisamente quest'obbligo —l'obbligo di una legislazione di attuazione, consistente nell'introduzione delle garanzie primarie e secondarie mancanti— che integra la *garanzia costituzionale positiva* dei diritti costituzionalmente stabiliti. Non è quindi vero che la mancanza di garanzie legislative primarie e secondarie equivale alla mancanza di qualunque obbligo in capo al legislatore: sicché, come scrive Guastini, dovremmo o abbandonare la definizione di "diritto soggettivo" come aspettativa cui corrisponde un dovere, oppure negare l'esistenza del diritto pur costituzionalmente stabilito.³² Un obbligo, come ha ben rilevato Michelangelo Bovero,³³ esiste, ed è precisamente quello di introdurre le garanzie corrispondenti al diritto stipulato. E' in quest'obbligo di una legislazione di attuazione che possiamo identificare la garanzia costituzionale positiva primaria dei diritti costituzionalmente stabiliti. Si tratta di una *garanzia debole* sotto un duplice aspetto: in primo luogo per la difficoltà di assicurarne l'effettività tramite una garanzia costituzionale positiva secondaria quale sarebbe il controllo giurisdizionale di costituzionalità sulle lacune; in secondo luogo perché essa è, per così dire, una meta-garanzia, consistente nell'obbligo di introdurre legislativamente le *garanzie forti* costituite dalle garanzie *primarie* e *secondarie* corrispondenti al diritto costituzionalmente stabilito.

Tutti i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti, del resto, richiedono una legislazione di attuazione che ne disponga le garanzie, non essendo queste prodotte, come accade per i diritti patrimoniali, contestualmente agli stessi diritti garantiti. Si prenda la stipulazione costituzionale, per esempio, del diritto alla vita, oppure di un diritto di libertà come l'*habeas corpus*, oppure di un diritto sociale come il diritto alla salute. In mancanza della proibizione penale dell'omicidio o delle garanzie processuali della libertà personale o di una legislazione sociale in materia di assistenza sanitaria —cioè in assenza di garanzie forti, sia primarie che secondarie— tali diritti sono destinati a rimanere sulla carta. Ma certamente non diremo che essi non esistono perché non esiste, come richiede la definizione di diritto soggettivo, il divieto o l'obbligo ad essi corrispondente. Esiste infatti l'obbligo costituzionale di introdurre queste garanzie forti, cioè di colmarne la lacuna, il quale

³² Guastini, R., *op. cit.*, nota 28, pp. 43 e 44.

³³ Bovero, M., *Derechos, cit.*, nota 31, pp. 238-243.

invera e soddisfa, quale garanzia costituzionale positiva, la tesi teorica del nesso di implicazione tra diritti e garanzie.

Ebbene, è proprio nella lacuna o nell'ineffettività di garanzie legislative, cioè di leggi di attuazione dei diritti costituzionalmente stabiliti — in particolare dei diritti sociali, come il diritto alla salute, all'istruzione e alla sussistenza — che risiede oggi il principale fattore di illegittimità costituzionale dei nostri ordinamenti. L'assenza di garanzie è pressoché totale nel diritto internazionale. Con la sola eccezione dell'istituzione della Corte penale internazionale per i crimini contro l'umanità, l'ordinamento internazionale è quasi del tutto privo di *istituzioni di garanzia*: tanto che possiamo identificare la globalizzazione, sul piano giuridico, come un vuoto pressoché totale di una sfera pubblica, cioè di garanzie all'altezza dei tanti diritti fondamentali pur solennemente proclamati nelle tante Dichiarazioni e convenzioni internazionali sui diritti umani.

Ma anche a livello statale le democrazie costituzionali sono incomplete sotto molteplici aspetti rispetto ai fitti cataloghi di principi e di diritti stabiliti nelle loro costituzioni rigide. Mancano innanzitutto, in molti ordinamenti, le garanzie primarie di molti diritti sociali. E mancano, soprattutto, tecniche giuridiche idonee a costringere i pubblici poteri ad introdurle. Mancano perfino, in molti casi, le tecniche garantiste idonee a impedire o a riparare lo smantellamento, in atto in molti paesi, di molte delle garanzie sociali esistenti. Anche per i diritti di libertà, d'altro canto, le classiche garanzie primarie dei divieti delle loro lesioni e quelle secondarie della condanna delle loro offese e dell'annullamento delle norme con essi in contrasto sono del tutto inidonee a metterli al riparo dalle vecchie e nuove insidie ed aggressioni da parte non solo dei poteri politici ma anche dei grandi poteri economici privati. Perfino i diritti politici possono essere vanificati, ove l'ordinamento non disponga di efficaci difese giuridiche, dai metodi elettorali adottati, dalla concentrazione dei mezzi di informazione e dalle lesioni recate alla rappresentanza dalle derive plebiscitarie e dai conflitti di interessi.

Tutte queste lacune e tutti questi svariati aspetti di ineffettività devono pertanto essere letti come altrettanti fattori di illegittimità. Possiamo infatti identificare il grado di legittimità dell'ordinamento di una democrazia costituzionale con il grado di effettività delle garanzie dei diritti in essa costituzionalmente stabiliti; e identificarne l'illegittimità con le loro violazioni o peggio con la loro lacuna. E' precisamente l'identificazione

di questi profili di illegittimità il più rilevante compito scientifico, e al tempo stesso politico, che il costituzionalismo conferisce oggi alla scienza giuridica: non più concepibile né praticabile come mera contemplazione e descrizione del diritto vigente, secondo il vecchio metodo tecnico-giuridico, bensì investita, dalla stessa struttura a gradi del proprio oggetto, di un ruolo critico delle antinomie e delle lacune in questo generate dai dislivelli normativi e di un ruolo progettuale delle tecniche di garanzia idonee a superarle o quanto meno a ridurle.