

Costituzionalismo.it

FASCICOLO 2 | 2010

15 luglio 2010

È la corte costituzionale l'unico potere buono? Una domanda a Luigi Ferrajoli. Ovvero, sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi*

di Chiara Tripodina

Sommario: 1. Libri che lasciano senza fiato - 2. La tensione tra *gubernaculum* e *jurisdictio* - 3. La democrazia costituzionale e la consapevolezza dell'inesistenza di poteri buoni - 4. Sfera dell'indecidibile e governo delle leggi - 5. La custodia dell'indecidibile come funzione anti-maggioritaria - 6. Il disvelamento di alcune finzioni - 7. La giustizia costituzionale come *principium iuris* - 8. *Quis custodiet ipsos custodes?* - 9. Dei vincoli e dei limiti del giudice delle leggi

1. Libri che lasciano senza fiato

«Quelli che mi lasciano proprio senza fiato sono i libri che quando li hai finiti di leggere e tutto quel che segue vorresti che l'autore fosse un tuo amico per la pelle e poterlo chiamare al telefono tutte le volte che ti gira» (così *Il giovane Holden* di Salinger). *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli è uno di quei libri: lascia senza fiato per mole, originalità, chiarezza. La sua lettura offre innumerevoli spunti di riflessione; ma pure accende domande, che davvero si vorrebbe poter dialogare per ore con l'Autore per venirne a capo.

L'idea all'origine di questo scritto - raccogliere le domande che la lettura di *Principia iuris* suscita in studiosi di diritto costituzionale - mi impone di sceglierne una, la più bruciante: è per Ferrajoli la corte costituzionale l'unico "potere buono"?

Certo Ferrajoli non teorizza mai espressamente la corte costituzionale come potere buono; anzi, pone a fondamento del paradigma della democrazia costituzionale il «rifiuto dell'idea stessa di un "potere buono"»^[1]. Ma, giacché nella sua opera non approfondisce il tema dei limiti e dei vincoli che devono gravare sul giudice delle leggi come su ogni altro potere, e anzi sembra guardare con dispiacere a quelli esistenti, mi pare che l'interrogativo possa ritenersi fondato.

2. La tensione tra *gubernaculum* e *jurisdictio*

Provo a ricostruire in modo più articolato le riflessioni dalle quali la domanda origina.

Da sempre, sin dal momento in cui è stato teorizzato un tribunale costituzionale con funzioni di garanzia costituzionale, si è dovuto fare i conti con l'obiezione della sua compatibilità con il principio democratico, la sovranità popolare, la centralità del parlamento, la primazia della legge[2], a segnare se non una frattura, di certo l'instaurarsi di una tensione tra *gubernaculum* e *jurisdictio* - tra funzioni di governo e funzioni di garanzia, per usare il lessico di Ferrajoli[3] - circa la titolarità nell'assunzione delle decisioni politiche fondamentali.

Una tensione che ha il suo fulcro nel concetto stesso di rigidità della costituzione: nel fatto che vengano posti limiti alla discrezionalità politica del parlamento, sino a sottrarre completamente al suo potere di decisione una "sfera dell'indecidibile" posta a salvaguardia della democraticità dell'ordinamento[4]; e nel fatto che a presidio di questi limiti venga posto un organo di giustizia costituzionale, con il compito di dichiarare nulle tutte le leggi, ordinarie e costituzionali, che tali limiti oltrepassino[5].

A monte sta la questione ancora più risalente - sia dal punto di vista logico che cronologico - sul rapporto tra democrazia politica e costituzione, riassumibile nell'interrogativo se una generazione possa vincolare le generazioni future alle proprie decisioni, rese immodificabili perché calate in una costituzione rigida. Su tale questione si contrappongono da sempre due tesi, l'una garantista, l'altra democratica. La prima, sostenuta da Constant, dell'immodificabilità di almeno alcuni principi fondamentali stabiliti dal potere costituente, «non esistendo nessun potere costituito superiore al potere costituente, esauritosi perciò con il suo esercizio»[6]; la seconda, risalente a Sieyès, della permanente modificabilità di qualunque principio costituzionale «ad opera di un potere costituente costantemente in atto quale espressione permanente della democrazia politica e della sovranità popolare»[7].

Se, per i fautori della tesi democratica e del primato della volontà popolare, «ogni popolo ha sempre il diritto di rivedere, riformare e di cambiare la sua costituzione», e «una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future», secondo quanto espresso dall'art. 28 della Dichiarazione dei diritti premessa alla Costituzione francese del 1793, per Ferrajoli, che si fa portatore della tesi garantista, il principio del costante diritto di tutte le generazioni di decidere del proprio futuro può essere, con paradosso solo apparente, rovesciato a sostegno della tesi opposta: «a sostegno, precisamente, della tesi che la rigidità della costituzione è al tempo stesso espressione e garanzia della sovranità popolare delle generazioni future e degli stessi poteri delle future maggioranze»[8].

La rigidità della costituzione, in altre parole, non legherebbe le mani delle generazioni future, ma quelle delle generazioni volta a volta presenti «per impedire che siano da queste amputate le mani delle generazioni future»[9]. Un popolo può anche decidere, democraticamente e contingentemente, di ignorare o di distruggere la propria costituzione, «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»[10].

3. La democrazia costituzionale e la consapevolezza dell'inesistenza di poteri buoni

Per Ferrajoli, la "democrazia costituzionale" nasce - a integrazione della "democrazia procedurale"[11] - esattamente a questo scopo: al fine di porre «limiti e vincoli di carattere *sostanziale o di contenuto*»[12] al popolo e ai suoi rappresentanti, affinché non possano mettere a repentaglio i diritti politici, civili, di libertà e sociali delle generazioni future. Giacché, come scrisse Constant, neppure «la volontà di tutto un popolo può rendere giusto ciò che è ingiusto»[13]. La formula dell'articolo 1, secondo comma, della Costituzione italiana intende esattamente questo: la sovranità appartiene sì al popolo, ma «nelle forme e nei limiti della Costituzione».

La novità introdotta dal paradigma dello stato costituzionale di diritto è, pertanto, che «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 della sostanza del suo esercizio, vincolato al rispetto di quelle specifiche norme costituzionali che sono il principio di eguaglianza e i diritti fondamentali»[14]. Ciò è indispensabile per la sopravvivenza stessa della sovranità popolare, della democrazia, affinché non possa essere più minacciata dall'onnipotenza di una maggioranza contingente che, con metodi democratici, sopprime gli stessi metodi democratici. L'allusione è chiaramente alla terribile lezione inflitta dalla storia nel corso del secolo breve, «quando il fascismo e il nazismo si impadronirono del potere in forme democratiche e poi lo consegnarono “democraticamente” a un capo che sopprime la democrazia»[15].

L'idea da cui muove il paradigma della democrazia costituzionale è, insomma, la consapevolezza che non esistono poteri buoni: sta proprio «nel rifiuto dell'idea stessa di un “potere buono” e nel contenimento del tendenziale assolutismo di qualunque potere il ruolo conferito dapprima alla legislazione e poi alla costituzione della ragione giuridica moderna»[16].

È il dato di esperienza, già rilevato da Montesquieu, che «ogni uomo dotato di potere è portato ad abusarne e che il suo potere si espande finché non incontri dei limiti»[17]. E i limiti sono appunto quelli marcati dal diritto, e dalla costituzione in particolare.

4. Sfera dell'indecidibile e governo delle leggi

È questa la ragione dell'esistenza di una sfera dell'indecidibile, sottratta al potere di decisione di chi detiene la maggioranza politica: «questa sfera dell'indecidibile altro non è che la sfera pubblica degli interessi di tutti, protetta ora dalla garanzia costituzionale»[18].

La costituzione democratica, conseguentemente, è «la convenzione intorno non solo alle forme politicamente rappresentative delle decisioni legislative, ma anche a ciò che è da queste *indecidibile*, o perché non può essere deciso o perché non può non essere deciso»[19]. Vi è infatti la *sfera dell'indecidibile che*, «cioè di ciò che non è permesso (o è vietato) decidere, determinata dall'insieme dei *diritti individuali* i quali precludono, in quanto aspettative negative, decisioni che possano lederli o ridurli»[20]; e la *sfera dell'indecidibile che non*, «cioè di ciò che non è permesso non (o è obbligatorio) decidere, determinata dall'insieme dei *diritti sociali* i quali impongono, in quanto aspettative positive, decisioni idonee a soddisfarli»[21].

Solo ciò che è fuori da questi ambiti rientra nella *sfera del decidibile*, entro la quale è legittima la decisione politica.

Proprio attraverso questa distinzione tra sfera del decidibile e sfera dell'indecidibile, giunge a compimento, per Ferrajoli, «il processo di regolazione e limitazione del potere mediante il progressivo sostituirsi al governo degli uomini del governo delle leggi»[22]. Il riferimento è naturalmente ad Aristotele e al noto passo della *Politica*, nel quale il filosofo si interroga se sia più conveniente essere governati dall'uomo migliore o dalle leggi migliori: «È preferibile, senza dubbio, che governi la legge più che un qualunque cittadino». Infatti «chi raccomanda il governo della legge sembra raccomandare esclusivamente il governo di Dio e della ragione, mentre chi raccomanda il governo dell'uomo, v'aggiunge anche quello della bestia perché il capriccio è questa bestia e la passione sconvolge, quando sono al potere, anche gli uomini migliori»[23].

La costituzionalizzazione della sfera dell'indecidibile rappresenta dunque, per Ferrajoli, l'approdo a una zona di ragione pura, sottratta alle passioni capricciose cui possono essere soggetti anche gli uomini migliori.

5. La custodia dell'indecidibile come funzione anti-maggioritaria

Tuttavia sono pur sempre uomini - sia pure scelti tra “i migliori” - coloro ai quali la costituzione affida la custodia della sfera dell’indecidibile. Sono, più precisamente, i titolari della “funzione pubblica di garanzia”.

Ferrajoli identifica essenzialmente due funzioni pubbliche, che devono essere necessariamente separate perché una costituzione possa dirsi democratica: le “funzioni di governo” e le “funzioni di garanzia”^[24], «riconducibili grosso modo alle due grandi dimensioni della fenomenologia della produzione giuridica: volontà e conoscenza, potere e sapere, forma e sostanza, innovazione e conservazione, disposizione e accertamento, *legis-latio* e *iuris-dictio*»^[25].

Tali funzioni sono rispettivamente in stretto rapporto con le sfere del decidibile e dell’indecidibile, nel senso che «sono espressione della sfera discrezionale del decidibile quelle che chiamerò *funzioni di governo* e che includono sia le funzioni legislative che quelle governative di indirizzo politico e amministrativo. Sono invece istituite a difesa della sfera vincolata dell’indecidibile quelle che chiamerò *funzioni di garanzia* e che includono, oltre alla funzione giudiziaria di garanzia secondaria, le funzioni di controllo e tutte le funzioni di garanzia primaria dei diritti di libertà e dei diritti sociali»^[26].

Le funzioni di garanzia, dunque - e tra queste tipicamente le funzioni giurisdizionali, e quella giurisdizionale costituzionale in particolare^[27] -, sono appositamente istituite a custodia della sfera dell’indecidibile. E sono idonee a tale custodia in ragione della fonte della loro legittimazione: infatti, mentre «le funzioni di governo, proprio perché riguardano la sfera del decidibile, cioè la valutazione discrezionale o politica degli interessi generali, hanno il loro fondamento nella volontà popolare», invece «le funzioni di garanzia, appartenendo alla sfera vincolata dell’indecidibile, è necessario che siano vincolate alla legge e, soprattutto, alla tutela dei diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti»^[28].

Sicché, se è evidente che l’unica fonte di legittimazione delle funzioni di governo è la rappresentanza politica, da cui la volontà popolare è necessariamente mediata, e l’unico criterio di scelta legittimo, oltre che razionale, all’interno della sfera del decidibile è la volontà della maggioranza di governo, è altrettanto evidente che «le funzioni e le istituzioni di garanzia sono antimaggioritarie; perché devono garantire parimenti i diritti fondamentali di tutti; perché devono accertare e sanzionare gli atti invalidi o illeciti dei titolari dei pubblici poteri, i quali equivalgono agli spazi illegittimi della politica; perché infine la loro fonte di legittimazione non è la contingente volontà popolare, ma la volontà popolare che si è espressa nella legge [/costituzione], e perciò la “verità giuridica” dei presupposti delle decisioni che ne sono esercizio»^[29].

Per questo, la funzione giudiziaria (costituzionale e non), e più in generale la funzione di garanzia, si configura come «*contro-potere*, deputato al controllo sull’illegale esercizio degli altri poteri»^[30], che vale «a tutelare tutti i cittadini *contro* lo stesso governo rappresentativo: “i poteri che questo mette nelle mani di chi non è direttamente responsabile verso il popolo”, scrisse John Stuart Mill, “devono essere considerati come vere precauzione cui il potere centrale ricorre per difendersi dai propri stessi errori”»^[31].

Ma il fatto che le funzioni di garanzia siano, per fonte di legittimazione, antimaggioritarie non le rende meno democratiche di quanto non lo siano le funzioni di governo, nel senso che, «garantendo tutti, esse riguardano il popolo intero, non già quale rappresentanza della sua maggioranza, ma quale insieme di tutte le persone che lo compongono»^[32]. Democrazia, dunque, si potrebbe dire, non come investitura dal basso da parte di tutti, ma come garanzia dall’alto di tutti, attraverso la custodia di ciò che tutti un giorno vollero nell’atto costituente.

Le due fonti di legittimazione sono insomma opposte: da un lato *auctoritas, non veritas facit legem*: «è l’autorità politicamente legittima la fonte di legittimazione dell’attività legislativa e di governo. E questa

autorità, in democrazia, è la volontà popolare, quale si esprime attraverso l'elezione politica di rappresentanti e il principio di maggioranza»[33]; dall'altro, *veritas, non auctoritas facit iudicium*: «ciò che rende giusta o ingiusta una decisione giudiziaria è solo la sua accettabilità come vera, che a sua volta dipende dalla corretta applicazione sostanziale della legge per il cui tramite soltanto avviene la mediazione tra giurisdizione e volontà popolare»[34].

Basterebbe questo, per Ferrajoli, per spiegare il carattere non consensuale né rappresentativo della legittimazione delle funzioni di garanzia in generale, e di quelle giurisdizionali in particolare, e, soprattutto, «a fondarne i requisiti di imparzialità, di terzietà e di indipendenza da qualunque potere, inclusi i poteri rappresentativi della maggioranza. Proprio perché la legittimità del giudizio risiede nella garanzia dell'imparziale accertamento del vero, essa non può infatti dipendere dal consenso della maggioranza. Nessuna maggioranza, neanche l'unanimità dei consensi o dei dissensi, può rendere vero ciò che è falso o falso ciò che è vero»[35].

È la natura non politica ma meramente cognitiva della giurisdizione, dunque, che vale a configurarla come «applicazione sostanziale ovvero come affermazione della legge». Mentre infatti le funzioni di governo sono discrezionali oppure subordinate a direttive superiori, «quelle di garanzia, a cominciare dalla giurisdizione, sono prive di indirizzi o condizionamenti politici in quanto sostanzialmente vincolate solo alla legge»[36]. Esse «non perseguono alcun interesse pre-giudiziale, ma solo l'accertamento del vero, o l'imparziale mediazione di un conflitto o la verifica di determinati requisiti o presupposti normativi»[37].

Tutto ciò, in ultima analisi, vale per Ferrajoli a garantire quello specifico diritto fondamentale tutelato dalla giurisdizione che è «l'immunità della persona da pronunce arbitrarie»[38].

6. Il disvelamento di alcune finzioni

Ricostruiti così quelli che sono i rapporti, per Ferrajoli, tra funzione di governo e sfera del decidibile, e funzione di garanzia e sfera dell'indecidibile, occorre procedere al disvelamento di alcune finzioni[39].

Alcune sono denunciate dallo stesso Ferrajoli, nel momento stesso in cui riconosce come «relative e convenzionali» le fonti di legittimazione tanto delle funzioni di governo che di quelle di garanzia: è una convenzione affermare che ciò che decide la maggioranza dei rappresentanti coincide con la volontà del popolo, sicché è relativa e approssimativa la legittimazione rappresentativa; così come è una convenzione accettare come “vera” la motivazione della sentenza emanata nel rispetto di tutte le garanzie giurisdizionali, ma l'accertamento del vero è pur esso sempre relativo e approssimativo. In entrambi i casi «ci troviamo di fronte a una *legittimazione imperfetta*, sia essa basata sull'idea della “verità” o su quella della “*vox populi*”»[40].

1) La prima finzione è, dunque, quella che fonda la legittimità del parlamentarismo democratico sulla rappresentanza della volontà generale del popolo. Giacché nelle democrazie moderne la rappresentanza politica è senza vincolo di mandato e senza possibilità di revoca dei rappresentanti, è chiaro che «solo in senso metaforico, e comunque in un senso del tutto diverso da quello della rappresentanza giuridica, può parlarsi a questo proposito di “rappresentanza”. Non si può dire, infatti, né che la volontà (sia pure solo della maggioranza) dei rappresentanti coincide o riflette o è in qualche modo ancorata a quella (della maggioranza) dei rappresentati, né che i rappresentanti sono responsabili, se non nella labile forma dell'eventuale non rielezione, nei confronti dei rappresentanti»[41]. La formula che il membro del parlamento non è il rappresentante dei suoi elettori ma di tutto il popolo è insomma, come scrisse Kelsen, «una palese finzione»[42].

La caduta dell'illusione che il legislatore sia il popolo stesso non fa venir meno il convincimento

dell'utilità e della bontà del parlamentarismo democratico. Resta «la regola migliore che sia stata escogitata per assicurare un fondamento in senso lato “democratico” alle funzioni di governo»: perché è la sola regola «che rende possibile il funzionamento, secondo il principio di maggioranza, degli organi rappresentativi; perché è la regola che con più approssimazione d'ogni altra, fatta eccezione per il referendum e la rappresentanza con vincolo di mandato, consente, se accompagnata da suffragio universale, che le funzioni di governo rispettino, oltre il principio di uguaglianza, la volontà e gli interessi, se non del popolo intero, della sua maggioranza; perché essa rende possibile, tramite il giudizio elettorale, il controllo popolare, la responsabilità politica sia pure nella sola forma della non rielezione e perciò il ricambio non traumatico dei governanti; perché infine sollecita, con l'organizzazione degli elettori, la loro massima attenzione e partecipazione politica alle funzioni di governo»[43].

La finzione politica alla base del parlamentarismo democratico va dunque denunciata e presupposta ai ragionamenti intorno alla sua bontà e utilità, e non occultata dietro pericolose «fallacie ideologiche»[44], fortemente suggestive per il senso comune, alle quali ricorrono le demagogie populiste, ponendole alle radici di tutte le derive totalitarie e autoritarie. La prima di queste fallacie è l'ideologia politica, denunciata da Kelsen, consistente nello scambiare la finzione con la realtà, cioè nell'«illusione che il legislatore sia il popolo, nonostante il fatto che, in realtà, la funzione del popolo - o, formulata più esattamente, del corpo elettorale - sia limitata alla creazione dell'organo legislativo»[45]. La seconda fallacia, non meno grave e fuorviante, è l'idea, risalente a Rousseau, ripresa da Kant e criticata da Schumpeter, che «la democrazia, in quanto espressione della volontà popolare, valga per ciò solo a realizzare il “bene comune”. La più tragica smentita di questa seconda illusione è venuta dai regimi fascisti che nello scorso secolo, in Italia e in Germania, conquistarono il potere con mezzi legali e godettero di un indubbio consenso di massa»[46].

Si deve invece semplicemente riconoscere nella rappresentanza politica niente più che una convenzione, un *principium iuris*, «più d'ogni altro idoneo, se basato sul suffragio universale, a selezionare i soggetti delegati alle funzioni di governo in accordo con il principio di uguaglianza e con quello, se non propriamente dell'autodeterminazione, della massima attenzione popolare all'operato dei rappresentanti»[47].

2) La seconda finzione, anche questa denunciata non certo da oggi[48], è quella che riguarda la natura meramente cognitiva della funzione giurisdizionale e l'irrelevanza della volontà dell'interprete nell'attribuzione di significati a disposizioni legislative. L'interprete, in virtù del principio di soggezione alla legge, si limiterebbe a conoscere la volontà della norma alla quale deve obbedienza, traendone il significato proprio e univoco, sul presupposto che una verità esista e che possa essere raggiunta attraverso un'indagine storica o attraverso un'operazione logica. Il giudice “bocca della legge”, insomma.

Anche in questo caso Ferrajoli riconosce che sia l'indipendenza che l'imparzialità delle istituzioni e delle funzioni di garanzia, al pari del loro carattere cognitivo e del loro ruolo di tutela dei diritti fondamentali, sono *principia iuris*, cioè «modelli normativi più o meno rigidamente positivizzati in forma di *principia in iure* e tuttavia mai pienamente soddisfatti. I fondamenti di legittimità di tali funzioni e istituzioni - la verità raggiungibile in un procedimento giurisdizionale o amministrativo, la soggezione solo alla legge, lo stesso ruolo di garanzia dei diritti fondamentali - sono perciò sempre relativi, imperfetti e approssimativi. Si tratta, in realtà, di principi e convenzioni normative. Sicché sono sempre giustificati il dubbio e la critica in ordine al loro grado di effettività»[49].

Il fatto, dunque, che la giurisdizione sia - come egli stesso aveva detto - garanzia di «immunità della persona da pronunce arbitrarie»[50] è posto in discussione dallo stesso Ferrajoli: se l'attribuzione di significato alle disposizioni legislative e costituzionali non è un'operazione vincolata dal diritto, non è accertamento di verità, ma è un atto di libertà dell'interprete, la discrezionalità è sempre possibile. E, insieme ad essa, l'arbitrio. Come per l'esercizio di qualsiasi altra funzione o potere. Anche se Ferrajoli non viene ad esplicitarlo espressamente, come invece fa per le “fallacie ideologiche” che riguardano la

rappresentanza politica.

3) Dal disvelamento di questa finzione, discende la necessità di far cadere il velo che ne occulta una terza: quella cioè che riguarda l'indecidibilità dell'indecidibile. Se è vero che l'attribuzione di significato alle disposizioni, siano esse legislative o costituzionali, non è un'operazione vincolata dal diritto, non è accertamento di verità, ma è un atto di libertà dell'interprete, nel momento in cui si pongono dei custodi a garanzia della sfera costituzionale dell'indecidibile, si sta di fatto attribuendo ad essi il potere di decidere sui contenuti e sui confini di quella sfera. Si sta, in altre parole, attribuendo ai custodi il potere di decidere sull'indecidibile. Stando così le cose, è vero che la sfera dell'indecidibile è tale per i titolari delle funzioni di governo e per il parlamento in particolare; ma non è più vero che è tale per i titolari delle funzioni di garanzia e per la corte costituzionale in particolare.

Anche in questo caso Ferrajoli contribuisce, almeno in parte, al disvelamento della finzione: a proposito del giudizio di bilanciamento per risolvere conflitti tra diritti, riconosce che «tale giudizio, di solito affidato alla giurisdizione costituzionale, è inevitabilmente caratterizzato da un grado più o meno ampio di discrezionalità interpretativa»[51], e che, più in generale, «anche la giurisdizione, sia essa ordinaria o costituzionale, comporta sempre, per gli spazi inevitabilmente aperti alla discrezionalità e alla valutazione probatoria, una specifica *sfera del decidibile*: quella appunto legata alla *decidibilità* della verità processuale, e precisamente al carattere *opinabile* della verità giuridica e al carattere *probabilistico* della verità fattuale»[52]. Nonostante si tratti di una sfera del decidibile assai più ristretta di quella aperta alla legislazione - «essendo vincolata all'applicazione sostanziale e non semplicemente limitata, come le funzioni di governo, dal rispetto delle norme sulla sua produzione»[53] -, tuttavia «una sfera del decidibile è sempre connessa all'esercizio di qualunque potere, incluso l'esercizio del potere giudiziario, consistente pur sempre in un'attività decisionale oltre che conoscitiva»[54].

Insomma, il fatto che le funzioni e le istituzioni di garanzia siano poste a presidio della sfera dell'indecidibile, non significa che «nel presidiare tale sfera - cioè nel valutare le indebite antinomie e le indebite lacune, e più in generale nel giudicare e risolvere i casi ad essa prospettati - la giurisdizione non svolga un'attività che si muove a sua volta entro una "sfera del decidibile", inevitabilmente discrezionale e contrassegnata assai spesso da giudizi di valore»[55]. Il disvelamento della finzione, dunque, è compiuto: Ferrajoli riconosce che, nel custodire la sfera dell'indecidibile, la giurisdizione costituzionale esercita un'attività di decisione.

Tuttavia la finzione è poi di nuovo velata dallo stesso Ferrajoli nel momento in cui, subito dopo, tenendo a distinguere tra discrezionalità politica e discrezionalità giudiziaria, ricorre in modo tautologico proprio alla finzione sulla natura meramente cognitiva della giurisdizione che ha appena smascherato. Diversamente dalla discrezionalità politica, che si manifesta in scelte che producono nuovo diritto pur nel rispetto della costituzione, infatti, la discrezionalità della giurisdizione interverrebbe solo «in quella specifica attività tendenzialmente cognitiva che è l'applicazione della legge, sia ordinaria che costituzionale»[56] e si manifesterebbe unicamente «nelle scelte interpretative, cioè relative al "significato" delle norme da applicare, a cominciare da quello dei diritti costituzionalmente stabiliti»[57]. Anche il giudizio di legittimità costituzionale - in cui è più critica la distinguibilità tra discrezionalità politica e giudiziaria - consisterebbe «in un'attività cognitiva non diversa, sul piano epistemologico, da quella svolta da qualunque altra giurisdizione: precisamente, nell'applicazione delle norme costituzionali alle leggi ordinarie, ossia nell'accertamento, *per opinabile che sia*, della loro validità costituzionale»[58]. Ciò dovrebbe bastare «a fugare lo spauracchio del cosiddetto "governo dei giudici", che ossessiona una parte della filosofia giuridica e politica e, ovviamente, del ceto politico»[59].

Ma se si riconosce che l'attività giurisdizionale si pone come «discrezionale e contrassegnata assai spesso da giudizi di valore»[60], e che perciò la soggezione solo alla legge, la verità raggiungibile in un procedimento giurisdizionale e lo stesso ruolo di garanzia dei diritti fondamentali sono «sempre relativi,

imperfetti e approssimativi», e perciò convenzionali, sicché «sono sempre giustificati il dubbio e la critica in ordine al loro grado di effettività»^[61], mi pare poi fragile ritenere che basti affermare che l'attività della corte costituzionale e degli altri giudici è un'attività meramente cognitiva per ritenere definitivamente abbattuto lo spauracchio del governo dei giudici. Come se, dietro la discrezionalità interpretativa dei giudici, dietro il fare «scelte interpretative, relative al “significato” delle norme da applicare, a cominciare da quello dei diritti costituzionalmente stabiliti», non stesse la voragine della questione dei poteri creativi del potere giudiziario, del rischio di arbitrio nel decidere cosa le leggi e la costituzione dicono.

La questione è forse il cuore di tutto il diritto costituzionale, ma sorprendentemente Ferrajoli rapprende tutto in quel «per opinabile che sia».

7. La giustizia costituzionale come *principium iuris*

Se dietro a ogni giudizio sta una decisione, e se la sfera dell'indecidibile è preclusa al parlamento ma non alla corte costituzionale, ciò apre inevitabilmente alla domanda del perché la corte costituzionale sia legittimata a prendere decisioni su questioni fondamentali che sono precluse al parlamento: se entrambi i fondamenti di legittimità, tanto delle funzioni di governo che delle funzioni di garanzia, poggiano su fragili finzioni, cosa rende la corte costituzionale più legittimata del parlamento nel decidere sull'indecidibile?

Forse la semplice presa d'atto del fatto che, se non vogliamo che il potere politico sia un potere “selvaggio”, libero da limiti e vincoli - e questo non lo vogliamo; di ciò ci ha reso persuasi il costituzionalismo del Novecento e i totalitarismi ai quali ha voluto e saputo porre rimedio - dobbiamo rassegnarci all'idea che le questioni ultime, quelle che vogliamo siano sottratte alla decisione del potere politico, debbono essere convenzionalmente affidate alla custodia di qualcuno diverso dal potere politico stesso^[62], senza che poi si possa risalire a ritroso nell'infinta ricerca di un controllore del controllore. Ma si tratta di una decisione convenzionale, di un *principium iuris*, che non poggia su alcuna “verità”. Nella nostra Costituzione tale decisione convenzionale è assunta nei pochi ma cruciali articoli che vanno dal 134 al 139, oltre che nel già citato articolo 1. Qui sta la legittimazione della corte costituzionale a decidere.

Questo, d'altra parte, mi pare lo spirito delle parole di Meuccio Ruini, nella seduta dell'Assemblea costituente del 12 Marzo del 1947, in cui illustra il Progetto di Costituzione redatto dalla Commissione dei Settantacinque relativamente alla Corte costituzionale: «Se la Costituzione è rigida, vi deve essere qualche organo che accerti se le leggi sono conformi o no alla Costituzione. Questo compito bisogna darlo a qualcuno. Alla Magistratura Ordinaria, dice l'onorevole Nitti; ma si tratta di un'altissima giurisdizione, che implica anche valutazioni politiche, e l'onorevole Orlando non sembra, per un certo aspetto, ritenere adatta la via della semplice Magistratura. Che cosa ha fatto la Commissione? Ha proposto un organo, un istituto nel quale — ecco un buon compromesso — vi sono insieme gli elementi competenti della Magistratura, del Foro, della cattedra e quelli designati dal Parlamento. Non so come si sarebbe potuto risolvere diversamente questo problema. Naturalmente la Corte costituzionale non potrà essere un'assicurazione contro ogni lacerazione e colpo di mano; ma darà un senso vigile e continuo di costituzionalità e di ordine legale». Insomma, garantire la rigidità della costituzione era un “compito che bisognava pur dare a qualcuno”. E la Corte costituzionale è parsa un “buon compromesso”. Niente di più.

E non molto diverso mi pare lo spirito delle considerazioni di Kelsen quando parla della giustizia costituzionale come di uno “strumento idoneo” a garantire l'essenza della democrazia: «se l'essenza della democrazia risiede non già nell'onnipotenza della maggioranza ma nel costante compromesso tra i gruppi che la maggioranza e la minoranza rappresentano in parlamento (e quindi nella pace sociale), la giustizia costituzionale appare *strumento idoneo* a realizzare quest'idea. La sola minaccia di ricorrere al

tribunale costituzionale può costituire nelle mani della minoranza *strumento idoneo* per impedire alla maggioranza di violare incostituzionalmente i suoi interessi giuridicamente protetti ed opporsi così, in ultima analisi, alla dittatura della maggioranza, che non è meno pericolosa per la pace sociale di quella della minoranza»[63]. Come la rappresentanza politica è un buon metodo - uno “strumento idoneo” - per assumere decisioni politiche, così la giustizia costituzionale è un buon metodo - uno “strumento idoneo” - per garantire la costituzione, le regole del gioco politico e i diritti fondamentali, contro gli arbitri del potere politico.

8. *Quis custodiet ipsos custodes?*

Tuttavia questa decisione convenzionale, che riconosce la giustizia costituzionale come strumento idoneo per custodire la costituzione dagli attacchi del potere politico affidando a giudici costituzionali la decisione sull'indecidibile, non rende perciò solo i custodi immuni dalla possibilità di cadere in errore. Ricordiamo: la ragione giuridica moderna muove dal «rifiuto dell'idea stessa di un “potere buono”»[64]. Anche i custodi possono, consapevolmente o meno, esercitare le proprie funzioni in modo arbitrario o errato. Vi sono dei possibili rimedi a ciò? Se sì, quali sono?

La principale garanzia che Ferrajoli suggerisce per porre argine ai possibili arbitri che possono essere esercitati da parte di tutti i titolari di pubblici poteri nell'esercizio delle loro funzioni, tanto di garanzia che di governo, è sostanzialmente la lucida presa d'atto delle finzioni che li legittimano: la consapevolezza, insomma, «del carattere comunque relativo, imperfetto, tendenziale, approssimativo e, soprattutto, convenzionale, delle loro fonti di legittimazione»[65]. Se è convenzionale e imperfetta la legittimazione delle funzioni di governo, per il carattere di mera finzione e convenzione della rappresentanza politica, la consapevolezza di ciò dovrebbe «precludere ogni forma di auto-sacralizzazione dei rappresentanti come incarnazioni della sovranità popolare o comunque espressioni indirette di una qualche volontà di base»[66]; così come, se è convenzionale e imperfetta la legittimazione delle funzioni di garanzia, e in particolare della funzione giudiziaria, per il carattere comunque opinabile della verità giuridica e probabilistico della verità fattuale, la consapevolezza di ciò dovrebbe suggerire «la prudenza e il dubbio come abiti intellettuali»[67].

Contro il «margine irriducibile di illegittimità che contrassegna ogni potere», a causa delle divaricazioni deontiche che inevitabilmente intercorrono tra il loro dover essere normativo e il loro essere effettivo, il rimedio sta, dunque, «nella permanente consapevolezza - quale abito professionale dei pubblici funzionari e senso comune della pubblica opinione - di questo [...] margine di illegittimità»[68]. In tale consapevolezza «risiedono il più sicuro fattore di responsabilizzazione dei pubblici poteri e, insieme, la migliore garanzia extra-giuridica contro le loro possibili degenerazioni autoritarie»[69].

La domanda che si impone è se, davvero, oltre che necessaria, sia sufficiente questa consapevolezza dei pubblici funzionari per escludere arbitri, o se non vi siano rimedi più efficaci.

In realtà, per quel che riguarda i titolari della funzione di governo, l'auto-consapevolezza, il *self-restraint* come pure si dice, non è l'unico rimedio, per fortuna. Tutto il sistema di *checks and balances* posto in essere dalle moderne democrazie costituzionali ha esattamente la funzione di porre ben altri argini a chi detenga il potere politico, che non la sola consapevolezza della finzione su cui poggia la propria legittimazione. Propaganda plebiscitaria a parte, gli arbitri posti in essere da chiunque ritenga di essere legittimato a fare qualunque cosa perché “unto dal popolo” trovano - devono trovare, sia auspica che trovino - un freno nei controlli e bilanciamenti posti in essere dagli altri poteri, tra i quali la corte costituzionale ha un ruolo cruciale (sempre, naturalmente, che si operi ancora all'interno dalla costituzione con il suo quadro di garanzie, e questo non sia stato invece irrimediabilmente smantellato, dopo essere stato ripudiato e sovvertito).

Il problema, invece, mi pare che resti per i titolari delle funzioni di garanzia. È l'interrogativo di sempre:

Quis custodiet ipsos custodes? [70]

Il centro della questione non è tanto se la corte costituzionale possa legittimamente decidere sull'indecidibile - domanda alla quale il patto costituente ha già risposto in senso affermativo - ma se questo possa fare senza limiti e senza vincoli, se non il suo *self-restraint*.

Questo è un problema che Ferrajoli non pone mai. Anzi, egli guarda con disappunto ai «limiti molteplici» [71] che presenta il modello accentrato di giustizia costituzionale affermatosi in Italia e in molti altri paesi europei nel secondo dopoguerra sul modello kelseniano adottato dalla Costituzione austriaca del 1920, e si fa fautore di un'estensione delle competenze della corte costituzionale italiana, sia con riguardo all'oggetto che con riguardo alle possibilità di accesso alla giustizia costituzionale, al fine di sviluppare «un rafforzamento delle garanzie costituzionali secondarie» [72].

Quanto all'oggetto dice: «la limitazione dell'oggetto del controllo di costituzionalità alle sole fonti normative primarie lascia prive di garanzie secondarie tutte le norme costituzionali la cui violazione non consiste in un atto legislativo» [73]. Ma ancor più importante sarebbe «l'estensione del controllo agli atti non normativi. Si pensi al ripudio della guerra, solennemente enunciato come principio fondamentale dall'art. 11 della Costituzione italiana e tuttavia non assistito da nessuna garanzia giurisdizionale. Siamo qui in presenza di una lacuna secondaria del tutto ingiustificata, che andrebbe rimossa allargando la competenza della Corte costituzionale al sindacato di qualunque atto parlamentare o governativo lesivo della Costituzione» [74].

Quanto all'estensione dei soggetti legittimati ad agire, non essendo tollerabile «l'assenza, per molteplici violazioni costituzionali, di qualunque strumento di attivazione della garanzia costituzionale secondaria» [75], la proposta più feconda a giudizio di Ferrajoli resta quella a suo tempo avanzata da 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 ritenuto incostituzionale. Ma il medesimo potere potrebbe essere attribuito a qualificate minoranze parlamentari o a un congruo numero di elettori. Infine analogo potere potrebbe essere riconosciuto anche alle singole persone interessate ad agire in giudizio perché lese in diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti» [76].

E ancora, le garanzie costituzionali secondarie, e la corte costituzionale in particolare, sarebbero il miglior rimedio non solo per porre riparo «alle violazioni della costituzione per commissione, ma anche a quelle per omissione, attraverso l'estensione anche a queste del giudizio di illegittimità costituzionale» [77]. Il limite a ciò - consistente nel fatto che la costituzione italiana riconosce esplicitamente solo poteri caducatori agli organi di garanzia - ha trovato rimedio «attraverso il ricorso a sentenze cosiddette “additive” o “aggiuntive” o “integrative” o “manipolative” o addirittura “sostitutive”» [78], che costituiscono, alla luce del «principio di completezza delle garanzie» [79], una scelta «non solo legittima, ma obbligata, l'alternativa essendo la non soluzione delle questioni, in contrasto con il compito di risolverle assegnato alla Corte dall'art. 134 della Costituzione italiana, o peggio l'annullamento della norma contestata» [80]. Un rimedio, tuttavia, solo parziale, in quanto vi deve essere pur sempre l'ancoraggio a «una norma censurata come illegittima» [81]. Più efficace, anche se difficilmente praticabile nel contesto italiano, sarebbe la previsione introdotta dalle costituzioni portoghese e brasiliana di «un controllo giurisdizionale sull'incostituzionalità per omissione di legislazione, non segnalato però, come nel caso che precede, dall'esistenza di una norma suscettibile di integrazione» [82]. Ferrajoli riconosce che «si tratta indubbiamente - a causa dell'incerto confine che divide l'applicazione costituzionale dall'innovazione legislativa, riservata al Parlamento dai principi di rappresentatività e separazione - della garanzia più problematica, che le stesse Costituzioni portoghese e brasiliana limitano a una semplice segnalazione dell'omissione, operata dal giudice costituzionale all'“organo legislativo competente”. Ma nulla impedirebbe di rafforzarla, prevedendo per esempio l'obbligo del Parlamento di decidere in tempi brevi sulla raccomandazione della Corte ed inducendolo

così ad assumersi un'aperta responsabilità politica per l'eventuale inottemperanza»[83].

Tutta la questione sulla legittimità della corte costituzionale nell'esercitare poteri non meramente amputativi ma creativi di diritto, e delle frizioni che ciò può creare con parlamento e giudici - questione cruciale del diritto e della giustizia costituzionale - non solo non viene approfondita da Ferrajoli, ma neppure accennata, se non nei brevi incisi sull'«incerto confine che divide l'applicazione costituzionale dall'innovazione legislativa, riservata al Parlamento dai principi di rappresentatività e separazione»[84] e sul fatto che «la garanzia giurisdizionale non può spingersi, in forza della separazione dei poteri, fino ad usurpare la funzione legislativa»[85].

9. Sui vincoli e sui limiti del giudice delle leggi

In conclusione, la domanda: se la democrazia costituzionale consiste «non soltanto nella rappresentatività politica delle funzioni di governo e nella separazione di quelle di garanzia, ma anche nell'insieme delle norme che limitano e vincolano l'esercizio dei pubblici poteri alla garanzia dei diritti vitali di tutti»[86], perché non porre e approfondire - oltre al problema dei limiti e dei vincoli ai poteri di governo - anche il problema dei limiti e dei vincoli ai poteri di garanzia, e alla corte costituzionale in particolare, soprattutto quando con le sue decisioni possa incidere sulla sfera dell'indecidibile? È per Ferrajoli la corte costituzionale l'unico potere buono, che “non può fare male”?

Questa domanda non cela il sostegno a una concezione proceduralista della democrazia, né vuole porre in antagonismo potere politico e potere giurisdizionale, al fine di stabilire quale dei due sia il più legittimato nell'assunzione delle decisioni politiche fondamentali che incidono sulla sfera dell'indecidibile. Non intende neppure porre in discussione la necessità di mantenere fermi e forti limiti e vincoli al potere politico: guardo con spavento all'attacco che oggi infuria contro l'idea di democrazia costituzionale quale sistema rigido di limiti e vincoli, sempre più percepiti dai poteri politici come «indebiti intralci alla sovranità popolare»[87], e condivido ogni parola di Ferrajoli sulla crisi che investe «non questo o quel patto costituzionale ma l'idea stessa di un patto vincolante; non questo diritto e queste regole del gioco, ma le regole in quanto tali, cioè il valore stesso delle regole, a cominciare dalla meta-regola elementare dello stato di diritto che vuole tutti i poteri sottoposti a norme ad essi superiori e finalizzati alla soddisfazione di diritti fondamentali intaccabili così dal mercato come dalla politica». È questa rimozione della costituzione dal senso comune, «la sua scomparsa dall'orizzonte della politica, all'insegna delle ideologie populiste dell'onnipotenza delle maggioranze e dell'assenza di limiti ai poteri economici e del mercato, il guasto maggiore che [...] rischia oggi di minare la democrazia costituzionale»[88].

La domanda, insomma, non mira ad alcuna alternatività: ad accrescere i limiti e i vincoli ai poteri di garanzia al fine di diminuire quelli al potere politico. Il sistema dei limiti e dei vincoli non è a vasi comunicanti. Pone, invece, semplicemente il problema dei limiti e dei vincoli del giudice delle leggi quando, con il suo operato, contribuisce alla creazione di diritto, ordinario o costituzionale.

Per dirne solo alcuni: ancorare sempre le sue decisioni al testo costituzionale più che a un evanescente “spirito costituzionale” o a “valori”, che possono divenire tiranni se posti nelle mani sbagliate; astenersi dall'intervenire quando il conflitto tra diritti costituzionali rechi in sé un conflitto tra valori che la costituzione ha voluto lasciare irrisolto perché fosse bilanciato con decisione democratica dai rappresentanti dei cittadini (salvo, ovviamente, dichiarare incostituzionale la patente irragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore); usare in modo più rigoroso, anche dal punto di vista linguistico, l'onnivoro canone della ragionevolezza-razionalità-equità, distinguendo tipi, fasi e motivazioni dei diversi scrutini. Più in generale, redigere motivazioni percorse da razionalità unitaria e univoca, nelle quali il fine pubblico di rendere intelligibili le ragioni della decisione prevalga su quello autoreferenziale di dar conto di tutte le opinioni che si sono espresse nel corso della discussione in camera di consiglio (parziale rimedio all'impossibilità di esplicitarle pubblicamente come opinioni

dissenzienti); cercare di dare coerenza alla propria narrazione giurisprudenziale attraverso le diverse pronunce nel corso del tempo, evitando oscillazioni giurisprudenziali frequenti o immotivate, pur in un'inevitabile dimensione evolutiva; così pure evitare la fuga pretestuosa in decisioni processuali per sottrarsi all'esame nel merito della questione, sforzandosi, al contrario, di spiegare sempre le ragioni dell'astensione (di solito, il fatto che sulla questione è in corso un dibattito politico o sociale sulle cui sorti non si vuole influire, essendo uno spazio impregiudicato dalla costituzione). In ultima analisi, dotarsi e avvalersi di uno strumentario interpretativo e argomentativo più solido, definito, coerente, riconoscibile: più persuasivo, ma anche più controllabile.

Tutto questo non ha – è evidente - il fine di indebolire la corte costituzionale, ma, tutt'al contrario, proprio quello di rafforzarne l'autorevolezza, rendendola immune dagli attacchi che sempre più forti e frequenti le vengono mossi da più parti, e dalla politica in particolare.

Non si fa, io credo, il gioco della corte costituzionale a dare per presupposto che si tratti di un potere in sé sempre buono. Occorre invece insistere sui suoi vincoli e sui suoi limiti, al pari di ciò che si fa con quelli di qualunque altro potere, al fine di rendere le sue decisioni più intelligibili, e dunque anche più prevedibili e condivisibili, dall'opinione pubblica, dalla politica, dalla comunità degli interpreti: dai "guardiani del guardiano", insomma.

Non pensa, Ferrajoli, che di qui, anche, passi il perdurare del riconoscimento dei cittadini nella costituzione, il suo permanere nell'orizzonte della politica, e dunque, in ultima analisi, il fondamento della sua legittimità e autorevolezza?

* Questo scritto è destinato a un numero speciale di «Democrazia e diritto», che raccoglie le domande che la lettura di *Principia iuris* di Luigi Ferrajoli ha suscitato negli studiosi di diritto costituzionale e, più ampiamente, in quelli che i teorici del diritto chiamano "giuristi positivi".

[1] L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. II, p. 44.

[2] L'obiezione viene riportata e confutata già da H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, in *La giustizia Costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 172: «Nei confronti di questo sistema vengono ordinariamente formulate alcune obiezioni. La prima è, naturalmente, che un simile istituto sarebbe incompatibile con la sovranità del parlamento. Questo argomento però - a parte il fatto che non si può fare questione della sovranità di un organo particolare, appartenendo la sovranità, tutt'al più, all'ordinamento statale nel suo complesso - viene meno già solo perché bisogna riconoscere che la costituzione regola, in definitiva, il procedimento legislativo esattamente nello stesso modo in cui le leggi regolano quelle dei tribunali e delle autorità amministrative; che la legislazione è subordinata alla costituzione nello stesso modo in cui la giurisdizione e l'amministrazione sono subordinate alla legislazione e che, di conseguenza, il postulato della costituzionalità delle leggi è, teoricamente e tecnicamente, del tutto identico al postulato della legittimità della giurisdizione e dell'amministrazione. Se, in contrasto con questa vedute, si continua ad affermare l'incompatibilità della giustizia costituzionale con la sovranità del legislatore, ciò accade solo per dissimulare lo sforzo del potere politico che si esprime nell'organo legislativo di non farsi - in evidente contrasto con il diritto positivo - limitare dalle norme costituzionali. Ma se questa tendenza può essere approvata per motivi di opportunità, essa non ha dalla sua argomenti giuridici».

[3] L. Ferrajoli, *op. cit.*, *passim* (part. vol. I, pp. 872 ss.)

[4] Sono le materie che, in Italia, la sentenza n. 1146 del 1988 della corte costituzionale ha identificato con i “principi supremi dell’ordinamento”, indicandoli come limiti impliciti al potere di revisione costituzionale *ex art. 138* della Costituzione. La sentenza non elenca questi principi, «ma è possibile, sul piano teorico, identificarli con quelli impliciti nella nozione stessa di costituzione e di rigidità costituzionale». Sono limiti assoluti impliciti, innanzi tutto, «quelli che precludono mutamenti delle norme di riconoscimento del sistema politico che garantiscono le forme rappresentative delle funzioni di governo e la separazione delle funzioni di garanzia. Se così non fosse, infatti, la conquista di una larga maggioranza di governo renderebbe possibili colpi di stato». Ma sono altresì limiti impliciti i diritti fondamentali, che, in forza della loro universalità, «appartengono non già alla maggioranza, bensì a tutti e a ciascuno, cioè al popolo intero, quali frammenti di sovranità stipulati nel patto costituzionale come sua ragione sociale». (L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, p. 91).

[5] La corte costituzionale viene, cioè, istituita quale *garanzia costituzionale secondaria* della rigidità della costituzione con il compito «di annullare le norme di legge in contrasto con le norme costituzionali sostanziali, nonché di risolvere i conflitti tra poteri generati dagli straripamenti oltre i confini loro ascritti dalle norme costituzionali formali sulle competenze», mentre le norme sulla revisione costituzionale rappresentano *garanzie costituzionali primarie*, consistenti nel «divieto della produzione di norme che manomettano o derogino a norme costituzionali, sia esso incondizionato o condizionato all’adozione del procedimento aggravato a tal fine predisposto» (*Ibidem*, vol. II, p. 89). La rigidità costituzionale non è, invece, essa stessa una garanzia, bensì un «connotato strutturale della costituzione» derivante «dalla sua strutturale collocazione al vertice della gerarchia delle norme», sicché «le costituzioni sono rigide per definizione, nel senso che una costituzione non rigida ma flessibile, cioè modificabile nelle forme ordinarie, non è in realtà una costituzione ma una legge ordinaria» (*Ibidem*, vol. II, p. 87).

[6] *Ibidem*, vol. II, p. 88.

[7] *Ibidem*, vol. II, p. 88.

[8] *Ibidem*, vol. II, p. 88.

[9] *Ibidem*, vol. II, p. 89.

[10] *Ibidem*, vol. II, p. 89.

[11] La democrazia procedurale identifica la democrazia «semplicemente sulla base delle *forme* e delle *procedure* idonee [...] a garantire che le decisioni prodotte siano espressione, diretta o indiretta, della volontà popolare», dunque solo 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» (*Ibidem*, vol. II, p. 5).

[12] *Ibidem*, vol. II, p. 6. La democrazia costituzionale si configura così (vol. II, p. 12) «come un paradigma complesso che include, accanto alla dimensione politica o *formale*, anche una dimensione che ho chiamato *sostanziale*, dato che riguarda la sostanza delle decisioni: cioè i limiti (ciò che è vietato) e i vincoli (ciò che è obbligatorio) imposti ai poteri rappresentativi quali altrettanti principi assiologici della democrazia».

[13] B. Constant, *Principi di politica* [1818-1819], Roma, Editori Riuniti, 1970, p. 60.

[14] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, pp. 6 s.

[15] *Ibidem*, vol. II, p. 7. E per Ferrajoli (vol. II, pp. 38 s.) non è un caso che la garanzia della rigidità della costituzione «sia stata introdotta in Italia e in Germania, e poi in Spagna e in Portogallo, dove si

scopri, dopo l'esperienza delle dittature fasciste e del consenso di massa di cui avevano goduto, il ruolo della costituzione quale limite e vincolo ai poteri di maggioranza secondo la nozione stipulata due secoli prima nel celebre art. 16 della Dichiarazione del 1789: non c'è costituzione ove «non sia assicurata la garanzia dei diritti fondamentali né stabilita la separazione dei poteri»; che sono esattamente i due principi e valori che erano stati negati dal fascismo e che del fascismo sono stati negazione». La stessa idea nelle p. 49 s.: «è significativo che questa innovazione [la rigidità della costituzione a garanzia del patto di convivenza] - garantita in via primaria, come si vedrà più oltre, dalla non modificabilità della costituzione se non con procedure di revisione aggravata, e in via secondaria dal controllo giurisdizionale di costituzionalità - si sia imposta e generalizzata all'indomani della seconda guerra mondiale, dopo le terribili esperienze del nazismo e del fascismo. Si scopri allora che il potere di maggioranza e lo stesso consenso popolare, che avevano consentito l'avvento delle dittature, non garantiscono il patto di convivenza, né la qualità del sistema politico e neppure la sopravvivenza dello stesso potere di maggioranza. E si convenne perciò di stipulare nel patto costituzionale l'inderogabilità del patto medesimo e delle sue clausole, cioè dei diritti fondamentali e della separazione dei poteri: che sono i due elementi, come ho già detto, che il fascismo aveva soppresso e che definiscono la costituzione nel senso sostanziale espresso dal già ricordato art. 16 della Dichiarazione del 1789».

[16] *Ibidem*, vol. II, p. 44. Si veda anche p. 14: «È questa, del resto, una dura lezione della storia: la quale ci ha insegnato che le ragioni principali di tutti i fallimenti delle grandi speranze suscitate dalle rivoluzioni del secolo scorso, pur animate da progetti di animazione universale, sono state il totale disprezzo del diritto e dei diritti e l'ingenua fiducia in un potere "buono" solo perché conquistato ed esercitato in nome degli oppressi».

[17] C. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Garnier-Flammarion, Paris, 1979, vol. I, lib. XI, cap. 4, p. 293.

[18] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, p. 44.

[19] *Ibidem*, vol. I, p. 848.

[20] *Ibidem*, vol. II, p. 19.

[21] *Ibidem*, vol. II, p. 19. Per Ferrajoli i diritti individuali e i diritti sociali costituiscono i "diritti primari", che a loro volta integrano la "dimensione sostanziale della democrazia". Diritti politici e diritti civili, invece, costituiscono i "diritti secondari", che integrano la "dimensione formale della democrazia".

[22] *Ibidem*, vol. II, p. 44.

[23] Aristotele, *Politica*, III, 15-16, 1286a-1287a, in *Politica. Costituzione degli Ateniesi*, Bari, Laterza, 1972, pp. 173 ss., citato da L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, p. 44.

[24] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. I, p. 861.

[25] *Ibidem*, vol. I, p. 872.

[26] *Ibidem*, vol. I, p. 872.

[27] In particolare la corte costituzionale rientrerebbe tra le «*garanzie costituzionali secondarie*, consistenti nell'obbligo di annullare le norme di legge in contrasto con le norme costituzionali sostanziali, nonché di risolvere i conflitti tra poteri generati dagli straripamenti oltre i confini loro ascritti dalle norme costituzionali formali sulle competenze» (*Ibidem*, vol. II, p. 87. Cfr. *supra* nota 4).

[28] *Ibidem*, vol. I, p. 876.

[29] *Ibidem*, vol. I, p. 876. Altrove Ferrajoli distingue anche tra “legittimazione formale” (che riguarda «i soggetti e le procedure dell’attività di produzione giuridica») e “legittimazione sostanziale” (che riguarda «i limiti e i vincoli imposti ai contenuti della produzione giuridica») relativamente alle funzioni di governo e di garanzia: «Una legittimazione formale di tipo democratico-rappresentativo [...] è essenziale per tutte le *funzioni di governo*, la cui legittimazione sostanziale, al pari di quella degli atti di autonomia privata, è soltanto *negativa*, consistendo nel semplice *rispetto* dei (o nella coerenza con i) principi e diritti fondamentali stabiliti nelle norme costituzionali [...]. Non si richiede invece una legittimazione formale di tipo democratico, ma soltanto legale, alle *funzioni di garanzia*. Ma questo perché per questa funzione si richiede una ben più rigida legittimazione sostanziale *positiva*, consistente nell’*applicazione sostanziale* a (o nella sussunzione di) quanto accertato in violazione di diritti garantiti». È su questa diversità delle fonti di legittimazione che «si fonda il principio della separazione delle funzioni e delle istituzioni di garanzia da quelle di governo e della loro indipendenza sia esterna che interna» (*Ibidem*, vol. II, pp. 25 ss.).

[30] *Ibidem*, vol. II, p. 216.

[31] *Ibidem*, vol. II, p. 217. La citazione è da J.S. Mill, *Considerazioni sul governo rappresentativo* [1861], Roma, Editori Riuniti, 1997, cap. V, p. 73.

[32] *Ibidem*, vol. I, p. 877.

[33] *Ibidem*, vol. I, p. 876.

[34] *Ibidem*, vol. I, pp. 876 s.

[35] *Ibidem*, vol. II, p. 214.

[36] *Ibidem*, vol. II, p. 216.

[37] *Ibidem*, vol. II, p. 215.

[38] *Ibidem*, vol. II, p. 213.

[39] Impiego qui il termine “finzione” in modo atecnico rispetto al concetto di “finzione giuridica” (su cui, per tutti, R. Guastini, *Finzione giuridica (teoria generale)*, in *Digesto disc. Priv.*, sez. civ. vol. VIII, Torino, Utet, 1992, pp. 355 ss. e, da ultimo, E. Olivito, “*Le parole e le cose*”: *appunti sulle finzioni nel diritto*, in «Diritto Pubblico», 2/2009, pp. 513 ss.), sulla scorta dell’uso che ne fa già Platone, ne *La Repubblica*, lib. III, cap. III, 389b-c, chiamando «utili menzogne» quelle che i governanti hanno il diritto di dire nell’interesse dello stato, e Kelsen, parlando della rappresentanza politica nei termini di una «palese finzione» (si veda più oltre, nt. 42). Per descrivere, dunque, con una formula riassuntiva - come “rappresentanza politica”, appunto, o “volontà generale”, o “legislatore negativo”, o “sfera dell’indecidibile”, o “decisione a rime obbligate” - situazioni assai complesse e intimamente contraddittorie, che però per convenzione unanime (quindi priva di intenti ingannatori verso terzi) si decide per lo più di assumere “come se” fossero invece semplici e corrispondenti al vero. Insomma, una «menzogna tecnica consacrata dalla necessità»: la necessità di comporre - e in un certo modo occultare - interessi stridenti o confliggenti per garantire la tenuta dell’ordinamento giuridico, essendo, al disordine senza finzioni, nettamente preferibile «l’ordine con finzioni» (entrambe le citazioni sono da R. von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, band III/1, Leipzig, Breitkopf und Hartel, 1865, § 68, trad. franc. *L’esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, vol. IV, Paris, Marescq, 1888, pp. 293 ss., citato da E. Olivito, *op. cit.*, pp. 526 e

542). Per questa idea di “finzione” si veda anche P. Bourdieu, *Un fondamento paradossale della morale*, in Id., *Ragioni pratiche* [1994], tr. it il Mulino, Bologna [1995] 2009, pp. 213-214: «In un certo senso, ossia dal punto di vista del gruppo, nessun atto è più pietoso della “pietosa menzogna”, della “pietosa ipocrisia”; questi inganni, che non ingannano nessuno, sono facilmente accettati dai gruppi proprio perché comportano una dichiarazione inequivocabile di rispetto per la regola del gruppo, ossia per il principio formale universale (in quanto applicabile ad ognuno dei membri) costitutivo della sua esistenza. Le strategie di ufficializzazione con cui gli agenti compiono un atto di ossequio alle credenze ufficiali del gruppo [...] sono strategie di universalizzazione che danno al gruppo ciò che esso vuole sopra ogni altra cosa, e cioè una pubblica dichiarazione di ossequio al gruppo e alla *rappresentazione* di sé che esso intende dare e darsi. La rappresentazione (mentale) che il gruppo ha di se stesso può perpetuarsi solo mediante un’opera incessante di rappresentazione (teatrale) e all’interno di essa: così gli agenti producono e riproducono, sia pure nella finzione e con essa, almeno una parvenza di conformità alla verità».

[40] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. I, p. 877.

[41] *Ibidem*, vol. II, pp. 166 s.

[42] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* [1945], Milano, Edizioni di Comunità, 1959, parte II, IV, B, p. 296; Id., *Essenza e valore della democrazia* (1920-21), in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 53 ss.; Id. *Il problema del parlamentarismo* (1925), in H. Kelsen, *Il primato del Parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 178. Sul tema della rappresentanza come “convezione”, “metafora”, diffusamente L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II pp. 8 s.: «L’equazione tra auto-nomia e metodo decisionale fondato sui principi di maggioranza e di rappresentanza ha [...] alle spalle una concezione comunitaria, organicistica ed olistica della democrazia basata su una lunga serie di assunzioni ideologiche: l’idea che il popolo sia un “corpo politico”, una sorta di organismo, un macro soggetto, dotato di propria volontà omogenea; 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 del popolo quale soggetto unitario ed organico; che quindi, come scrisse Rousseau, “quando il popolo delibera su tutto il popolo” non ci si deve chiedere “se la legge possa essere ingiusta, poiché nessuno è ingiusto verso se stesso; né come si possa essere liberi e sottomessi alle leggi, poiché esse non sono che registrazioni della nostra volontà”. Se invece abbandoniamo queste metafore, è facile riconoscere, con John Stuart Mill, che “espressioni come ‘autogoverno’ e ‘potere del popolo su se stesso’” non designano affatto “il vero stato delle cose. Il ‘popolo’ che esercita il potere non coincide sempre con coloro sui quali quest’ultimo viene esercitato; e l’ ‘autogoverno’ di cui si parla non è il governo di ciascuno su se stesso, ma quello di tutti gli altri su ciascuno”» (le citazioni sono da J.J. Rousseau, *Du contrat social* [1762], Paris, Garnier-Flammarion, lib. II, cap. VI, p. 295; J.S. Mill, *Saggio sulla libertà* [1858], Milano, il Saggiatore, 1981, p. 26).

[43] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, p. 167.

[44] *Ibidem*, vol. II, p. 167.

[45] H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, parte II, IV, B, g, p. 296 e Id., *I fondamenti della democrazia*, in *La democrazia*, cit., cap. I, pp. 183-191.

[46] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, pp. 167 s. (Le opere cui Ferrajoli allude sono: J.J. Rousseau, *op. cit.*, lib. II, cap. III, p. 290; I. Kant, *Principi metafisici della dottrina del diritto* [1797], in *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, Utet, 1965, § 46, p. 500; Id., *Sopra il detto comune: “questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica”* [1793], in *Scritti politici*, cit., p. 259; J.A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1955, cap. XXI, pp.

235-251).

[47] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, p. 168.

[48] Anche in questo caso è sufficiente la citazione di H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in *La giustizia costituzionale*, cit., p. 241, dove afferma che è errato presupporre che «l'esercizio del potere si esaurisca nel procedimento legislativo. Non si vede o non si vuole vedere che esso trova la sua sostanziale continuazione e talora perfino il suo effettivo inizio nella giurisdizione non meno che nell'altro ramo dell'esecutivo, l'amministrazione. Se si individua il "politico" nella risoluzione dei conflitti d'interessi, nella "decisione" (*dezision*) - per usare la terminologia di Schmitt -, in ogni sentenza giudiziaria è presente, in varia misura, un elemento derisorio, una dose di esercizio del potere. Il carattere politico della giurisdizione è tanto più marcato quanto più ampio è il potere discrezionale che la legislazione, generale per sua natura, le deve necessariamente lasciare. L'opinione che solo la legislazione sia politica ma non la "vera" giurisdizione è tanto errata quanto l'opinione che solo la legislazione sia produttiva creazione del diritto e la giurisdizione ne sia, invece, mera applicazione riproduttiva. Quando il legislatore autorizza il giudice a valutare, entro certi limiti, interessi tra loro contrastanti e a decidere il contrasto in favore dell'uno o dell'altro, gli attribuisce un potere di creazione del diritto e quindi un potere che dà alla funzione giudiziaria lo stesso carattere "politico" che ha la legislazione. Il carattere politico dell'una e dell'altra presenta una differenza puramente quantitativa e non già qualitativa». E con riferimento in particolare alla funzione giurisdizionale costituzionale, *ibidem*, pp. 249 s.: «tra legge e sentenza giudiziaria non c'è differenza qualitativa, che questa produce diritto al pari di quella, che la sentenza di un tribunale costituzionale, per il fatto di essere un atto di legislazione, cioè di *produzione* del diritto, non cessa di essere un atto di giurisdizione, cioè di *applicazione* del diritto, e, non da ultimo, che, poiché l'elemento della "decisione" non è affatto limitato alla funzione legislativa ma è anche - e necessariamente - contenuto nella funzione giurisdizionale, questa deve avere carattere "politico" al pari di quella».

[49] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, p. 217.

[50] *Ibidem*, vol. II, p. 213.

[51] *Ibidem*, vol. II, p. 74.

[52] *Ibidem*, vol. II, pp. 74 s.

[53] *Ibidem*, vol. II, p. 75.

[54] *Ibidem*, vol. II, p. 75.

[55] *Ibidem*, vol. II, p. 75.

[56] *Ibidem*, vol. II, p. 76.

[57] *Ibidem*, vol. II, pp. 76 s.

[58] *Ibidem*, vol. II, p. 77. Corsivo non nel testo.

[59] *Ibidem*, vol. II, p. 77.

[60] *Ibidem*, vol. II, p. 75.

[61] *Ibidem*, vol. II, p. 217.

[62] Giacché «*se dev'essere introdotto un istituto che permetta di controllare la conformità alla costituzione di taluni atti statali - in particolare, del parlamento e del governo - ad essa immediatamente subordinati, tale controllo non può essere affidato allo stesso organo i cui atti sono da controllare. La funzione politica della costituzione è quella di porre limiti giuridici all'esercizio del potere e garanzia della costituzione significa certezza che questi limiti non saranno oltrepassati. Ora, se una cosa è indubitabile è che nessuno organo è meno idoneo a tale compito di quello cui la costituzione affida - in tutto o in parte - l'esercizio del potere e che ha a portata di mano le occasioni giuridiche e gli stimoli politici per violarla. Nessun altro principio tecnico-giuridico viene infatti tanto condiviso quanto il principio per il quale nessuno può essere giudice in causa propria» (H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della costituzione?* in *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 231 s.).*

[63] H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*, cit., p. 201. Corsivi non nel testo.

[64] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, p. 44.

[65] *Ibidem*, vol. II, p. 217.

[66] *Ibidem*, vol. II, p. 218.

[67] *Ibidem*, vol. II, pp. 217 s.

[68] *Ibidem*, vol. II, p. 218.

[69] *Ibidem*, vol. II, p. 218.

[70] Come è noto, *Quis custodiet ipsos custodes?* è locuzione latina tratta dalla *VI Satira* di Giovenale, che letteralmente significa «Chi sorveglierà i sorveglianti stessi?». Nella satira di Giovenale il riferimento è ai guardiani incaricati di sorvegliare le donne, per lui tutte corrotte e depravate (il verso completo suona così: «*Pone seram, cohibe, sed quis custodiet ipsos custodes? Cauta est et ab illis incipit uxor*»). Fu Platone, in un passo de *Le Repubblica* (lib. III, cap. XIII, 403e), a richiamare la locuzione con riferimento ai custodi dello Stato, che devono guardarsi dalla ubriachezza per non avere essi stessi bisogno di un guardiano («*Nempe ridiculum esset, custode indigere custodem*»).

[71] L. Ferrajoli, *op. cit.*, vol. II, p. 94.

[72] *Ibidem*, vol. II, p. 94.

[73] *Ibidem*, vol. II, p. 94.

[74] *Ibidem*, vol. II, p. 94.

[75] *Ibidem*, vol. II, p. 94.

[76] *Ibidem*, vol. II, p. 94.

[77] *Ibidem*, vol. II, p. 97. Si possono infatti ipotizzare, per Ferrajoli, garanzie costituzionali secondarie di tipo giurisdizionale per il caso di ineffettività o di lacune delle garanzie costituzionali primarie positive, cioè di leggi di attuazione dei diritti costituzionalmente stabiliti, al fine di rimediare alle scoperture di tutela di cui potrebbe risentire la “sfera dell'indecidibile che non”, e i diritti sociali in particolare, a causa delle inadempienze del legislatore (Ferrajoli indica nella legislazione di attuazione dei principi e dei diritti costituzionalmente stabiliti la c.d. «*garanzia costituzionale primaria positiva* di tali diritti, la quale incombe sul legislatore in aggiunta alla *garanzia primaria negativa* [...] consistente

nel divieto di produrre norme in contrasto con la costituzione se non nei casi e nelle forme previste dalle norme sulla revisione»: *Ibidem*, vol. II, p. 96).

[78] *Ibidem*, vol. II, p. 97.

[79] Il “principio di completezza delle garanzie” è «un quarto principio normativo, oltre a quelli della rappresentanza, della divisione e separazione dei poteri, che deve presiedere all’organizzazione istituzionale della democrazia politica entro lo stato costituzionale di diritto e che è diretto, essenzialmente, alle funzioni legislative e di governo. È un principio asimmetrico rispetto alle suddette norme di riconoscimento, che non ho incluso nella nostra definizione di democrazia costituzionale dato che consiste nel *principium iuris tantum*, logico ancor prima che giuridico, di colmare le lacune di garanzia sia primarie che secondarie [...]. Tutti i diritti fondamentali in breve, non diversamente dagli altri principi costituzionali come l’uguaglianza e la pace, devono essere assistiti, in quanto diritti e perciò aspettative sia da garanzie primarie che da garanzie secondarie, nonché dalle relative funzioni e istituzioni di garanzia. È l’introduzione di queste garanzie quali *principia iuris et in iure* che è affidata alla funzione legislativa dalla ragione sociale dello stato costituzionale di diritto: un ruolo non sempre soddisfatto in concreto e tuttavia costitutivo del paradigma normativo della democrazia costituzionale [...]. Questo completamento [...] può avvenire in molteplici direzioni: con riguardo sia agli atti suscettibili del controllo di costituzionalità, sia ai soggetti legittimati ad attivarlo. Quanto alle lacune normative, tuttavia, il completamento non sempre è tecnicamente possibile. Ho già parlato delle cosiddette “sentenze additive”, largamente sperimentate dalla giurisprudenza costituzionale italiana, con le quali viene di fatto integrata una norma di legge con la dichiarazione dell’illegittimità rispetto alle norme costituzionali applicate, della sua parte implicitamente discriminatoria [...]. La strada maestra e il più delle volte obbligata per fare fronte all’illegittimità delle lacune resta comunque quella della legislazione di attuazione. Ciò vuol dire che la costituzione è sempre un progetto normativo in larga parte incompiuto che richiede di essere progressivamente adempiuto dalle funzioni di governo. Senza la sua attuazione legislativa, come si è detto più volte, parleremo di *diritti deboli*, garantiti dalla garanzia parimenti debole dell’obbligo costituzionale di introdurre le loro garanzie forti» (*Ibidem*, vol. II, pp. 222 ss.)

[80] *Ibidem*, vol. II, p. 98.

[81] *Ibidem*, vol. II, p. 98.

[82] *Ibidem*, vol. II, p. 98.

[83] *Ibidem*, vol. II, p. 98.

[84] *Ibidem*, vol. II, p. 98.

[85] *Ibidem*, vol. II, p. 223.

[86] *Ibidem*, vol. II, p. 99.

[87] *Ibidem*, vol. II, p. 81.

[88] *Ibidem*, vol. II, p. 103.