

7 marzo 2011

## Il costituzionalismo garantista di Luigi Ferrajoli tra teoria giuridica e politica del diritto

di Fabrizio Mastromartino

Il costituzionalismo garantista – disegnato da Luigi Ferrajoli nelle sue linee fondamentali già in *Diritto e ragione* e compiutamente sviluppato in *Principia iuris*<sup>[1]</sup> – è una teoria, del diritto e dello Stato, di orientamento dichiaratamente giuspositivista. Sotto il profilo filosofico-giuridico possiede aspetti assai peculiari che rendono apparentemente problematica la sua collocazione entro tale prospettiva. Uno dei propositi di questo studio è mostrare la sostanziale continuità che sussiste tra il modello costruito da Ferrajoli e il positivismo giuridico, nonché le linee di frattura che, seppure fanno del primo una concezione senz'altro differente dal secondo, non impediscono – contro l'opinione di chi afferma un'irriducibile incompatibilità tra costituzionalismo e positivismo<sup>[2]</sup> – di inscrivere il costituzionalismo garantista nell'orizzonte giuspositivistico. Al problema dell'inquadramento concettuale del modello teorico di Ferrajoli è dedicata la prima parte di questo lavoro.

Nella seconda parte, illustro, analizzo e contesto una critica avanzata al modello di Ferrajoli – secondo la quale il costituzionalismo garantista tenderebbe a promuovere l'attivismo giudiziario, tipicamente associato a posizioni neocostituzionalistiche, in virtù dell'insaziabilità delle costituzioni che riducono l'autonomia della politica tanto quanto estendono l'ambito di intervento della giurisdizione – difendendo contro questa visione un'idea per certi versi opposta, che interpreta il costituzionalismo garantista come un modello teorico che riconosce e valorizza, polemicamente, l'insostituibile apporto delle funzioni di governo per una piena ed efficace garanzia dei diritti costituzionalmente stabiliti.

### 1. *Il modello del costituzionalismo garantista: spunti per un'analisi sistematica*

Il costituzionalismo garantista di Ferrajoli può essere concettualmente ben inquadrato mediante l'adozione critica della nota distinzione, proposta da Bobbio in relazione al positivismo giuridico, tra una dimensione metodologica, una dimensione più strettamente teoretica e una dimensione ideologica delle dottrine giuridiche<sup>[3]</sup>. La prima dimensione attiene al modo di intendere il diritto (al suo concetto, alla sua individuazione) e al modo di accostarsi all'analisi e alla pratica (giurisprudenziale) del diritto<sup>[4]</sup>. La seconda dimensione attiene alla matrice teoretica comune che si suole associare alla dottrina giuspositivistica classica in tema di teoria della norma<sup>[5]</sup>, teoria dell'ordinamento<sup>[6]</sup> e teoria

dell'interpretazione[7]. La terza dimensione attiene infine al carattere ideologico (assiologico, prescrittivo) che la prospettiva positivista può assumere (ha assunto, e di fatto assume) nei confronti del diritto.

Nell'ambito di questa ultima dimensione, Bobbio chiarisce il significato del termine 'ideologia', affermando che una teoria assume un carattere ideologico quando non si limita a descrivere la realtà, ma intende influire su di essa[8]. Inoltre, distingue due versioni di posizioni positivistiche connotate ideologicamente, l'una più forte (o estrema), l'altra più debole (o moderata).

La prima, che chiama 'positivismo etico' (o legalismo etico), afferma che l'obbedienza alla legge, quale che sia, è dovuta in virtù di un obbligo, oltre che giuridico, anche morale, qualsiasi norma giuridica essendo giusta solo perché (giuridicamente) valida[9]. Tale tesi, pur opposta al giusnaturalismo – secondo cui una norma può qualificarsi come giuridica se, e solo in quanto, (moralmente) giusta – finisce con questo per coincidere, essendo comune ad entrambe le prospettive la confusione, in un unico genere predicativo, della validità e della giustizia (del diritto): mentre il giusnaturalismo deduce la validità (giuridica) di una norma dalla sua giustizia, il positivismo etico deduce la giustizia di una norma dalla sua validità (giuridica). Sicché il positivismo etico è una forma di positivismo poiché identifica il diritto nel *solo* diritto positivo; d'altra parte – e paradossalmente – appare una forma, per quanto atipica, di giusnaturalismo poiché non distingue la morale dal diritto, così privandosi di un punto di vista morale esterno (al diritto) idoneo alla critica del diritto medesimo.

Da questa versione Bobbio ne distingue una seconda, che consiste nell'idea che il diritto sia in se stesso un valore, essendo “il mezzo *necessario* per realizzare un certo valore”[10], come per esempio la pace, la libertà o l'eguaglianza[11]. Ma si può criticamente dubitare dell'utilità di questo secondo modo di configurare l'ideologia del positivismo giuridico. Innanzitutto, poiché qualunque dottrina che intenda seriamente rendere conto della natura e della funzione del diritto, sia essa positivista o giusnaturalista, accetta questa definizione valorativa, equivalendo essa solo alla tesi secondo cui ai fini dell'organizzazione sociale (dell'ordine, insomma) è necessario ricorrere agli strumenti giuridici. Inoltre, può essere condivisa da qualunque dottrina politica (con l'eccezione delle teorie anarchiche dell'estinzione dello Stato), sia essa liberale o illiberale, democratica o autocratica, essendo indeterminati i valori cui il diritto è ritenuto idoneo servire.

Adoperando questo complesso schema di analisi, si può illustrare il costituzionalismo garantista come un modello che si iscrive nella tradizione giuspositivistica[12] rinnovandola radicalmente sotto il profilo teorico e metodologico. Vediamo come[13].

### 1.1 *L'aspetto metodologico: diritto positivo, diritto valido, diritto illegittimo*

Nella dimensione metodologica Bobbio include la tesi fondamentale che contraddistingue la prospettiva giuspositivistica dalla prospettiva ad essa opposta, il giusnaturalismo: la tesi, cioè, dell'esclusività del diritto positivo[14], secondo cui (a) il diritto si identifica nel *solo* diritto positivo, le cui norme (b) sono qualificate come valide in quanto poste dalle autorità abilitate alla loro produzione nelle forme prestabilite dal diritto medesimo[15].

Questa concezione formalista, propria del giuspositivismo classico, è apparsa superata, poiché carente di capacità esplicativa in relazione agli ordinamenti giuridici dotati di costituzioni rigide. Ferrajoli, com'è noto, ha più volte criticato la tesi (b) – pur riaffermando la tesi (a) – insistendo sulla necessità di distinguere due profili della validità giuridica (per così dire, due aspetti del diritto): l'uno formale, che connota *tutto* il diritto esistente, o in vigore; l'altro sostanziale, che connota *solo* il diritto propriamente valido (o valido *anche* sostanzialmente).

Operando questa distinzione – tra vigore e validità del diritto – Ferrajoli non abbandona l'orientamento

positivista. Al contrario, problematizza la portata empirica del principio di positività del diritto, mostrandone le implicazioni alla luce degli ordinamenti articolati su più livelli normativi, al cui vertice è posta una fonte (la costituzione) a tutte le altre superiore.

Nel raffinato modello teorico costruito da Ferrajoli, il diritto positivo non è altra cosa da ciò che intendeva il classico formalismo giuspositivista. Esso consiste, infatti, nell'insieme delle disposizioni normative in vigore (comprese ovviamente le disposizioni costituzionali), identificate indipendentemente dalla loro validità sostanziale, la quale, diversamente dalla validità formale (dal vigore, appunto), può essere accertata soltanto attraverso un procedimento interpretativo (sia esso dottrinale od operativo[16]). Sicché del diritto positivo – delle disposizioni normative in vigore in un ordinamento – potrà distinguersi il diritto valido (anche sostanzialmente), dunque legittimo, dal diritto invalido (poiché incompatibile con le norme che disciplinano la sua produzione), e perciò illegittimo[17].

In sintesi, Ferrajoli intende:

(1) per *diritto positivo*, l'insieme delle disposizioni normative (enunciati normativi) prodotte dai soggetti a ciò abilitati in conformità di norme formali che disciplinano la loro produzione[18];

(2) per *diritto valido* (sia formalmente che sostanzialmente), l'insieme delle disposizioni normative (enunciati normativi) la cui forma è conforme a tutte le disposizioni che disciplinano il chi e il come (la forma appunto) della loro produzione, e dalla cui interpretazione possa risultare almeno un significato normativo (norma) coerente con tutte le norme che disciplinano il che cosa (il contenuto) della loro produzione[19];

(3) per *diritto illegittimo*, infine, l'insieme dei vizi, predicabili di un ordinamento, consistenti nelle disposizioni che non ammettono alcun significato coerente con le norme che disciplinano la loro produzione (antinomie), e nelle “disposizioni” la cui indebita assenza nell'ordinamento comporta l'inattuazione delle disposizioni che disciplinano la loro produzione (lacune)[20].

## 1.2 Teoria del diritto: coerenza e completezza, antinomie e lacune

Questo profilo di illegittimità del diritto si comprende attraverso quella che mi pare sia la più rilevante tesi teorica del modello del costituzionalismo garantista, che si pone, sotto questo profilo, in evidente discontinuità con la scolastica positivista: la tesi, cioè, secondo la quale coerenza e completezza sono non già proprietà strutturali dell'ordinamento giuridico, bensì principi normativi che, come tali, possono essere (e di fatto sono) violati dal diritto medesimo, in forza della presenza di antinomie e di lacune nel sistema normativo[21].

Ferrajoli non fa alcun riferimento espresso alla classica tipologia delle antinomie proposta da Alf Ross[22]. Gli esempi più frequenti riportati in *Principia iuris* – come la discriminazione (negativa) in ragione del sesso, in violazione del principio di uguaglianza, e la restrizione (civile o penale) della libertà di manifestazione del pensiero, altrimenti assoluta[23] – possono ricondursi, mi pare, ad antinomie di tipo totale-parziale. E' bene poi ricordare, sin da ora, che nel modello teorico costruito da Ferrajoli con 'lacuna' si denota un insieme assai ridotto e peculiare di fatti giuridici: le lacune propriamente intese – da distinguersi rispetto alle lacune meramente apparenti, poiché sempre solubili dall'interprete – sarebbero quelle che Ferrajoli chiama strutturali, tradizionalmente identificate, in ambito filosofico-giuridico, nelle lacune tecniche o istituzionali. In *Principia iuris* 'lacuna' è “il vizio prodotto dall'indebita omissione della decisione di una norma richiesta da una norma sulla produzione, la cui applicazione suppone l'introduzione della norma mancante”[24].

Ebbene, coerenza e completezza – afferma Ferrajoli – sono *principia iuris tantum*, principi logici del

discorso giuridico, normativi rispetto al proprio oggetto, il diritto, in forza del carattere nomodinamico dei sistemi giuridici moderni, fondati sul principio di legalità e articolati su più livelli, ciascuno dei quali normativo rispetto a quello inferiore. Seppure esterni al diritto, tali principi – di non contraddizione e di completezza – esplicano la strutturale normatività delle fonti gerarchicamente superiori rispetto alle fonti inferiori: delle costituzioni rispetto alle leggi, delle leggi rispetto ai regolamenti, etc. Sicché eventuali antinomie e lacune possono raffigurarsi come altrettanti vizi che affettano l'ordinamento giuridico, consistendo in violazioni di principi logici che, simili a direttive per il legislatore, imporrebbero un sistema normativo coerente e completo[25].

### 1.3 *Ideologia del diritto: la logica e il diritto*

E' proprio la natura normativa dei principi di coerenza e di completezza a rendere ideologico – secondo il significato attribuito da Bobbio al termine 'ideologia' – il modello teorico di Ferrajoli, il cui scopo esplicito non si riduce alla semplice descrizione degli ordinamenti giuridici come insiemi di norme sempre tendenzialmente, e inevitabilmente, incoerenti e incompleti, in virtù della divaricazione che sempre sussiste tra il dover essere (del diritto) espresso dalle costituzioni e l'essere (del diritto) rappresentato dalla legislazione; bensì consiste nell'affermazione assiologica della coerenza e della completezza come *valori* cui il diritto dovrebbe essere informato e verso cui ogni ordinamento costituzionale dovrebbe tendere[26].

D'altro lato – occorre subito aggiungere – il carattere ideologico di questa tesi è attenuato dalla sua portata empirica e dalla sua capacità esplicativa della strutturale normatività delle costituzioni rigide (in quanto dover essere del diritto medesimo)[27]. Un ordinamento, infatti, è informato al valore della coerenza, quando la sua costituzione preveda una forma di controllo di legittimità costituzionale – sia esso diffuso o accentrato – delle disposizioni di legge, inteso alla censura delle norme (sostanzialmente) invalide[28]. E' informato inoltre al valore della completezza, quando la stessa costituzione espressamente prescriva al legislatore di attuare il disegno costituzionale[29] o quando, esplicitamente o indirettamente, riservi al legislatore il compito di integrare la disciplina costituzionale per mezzo di una legislazione di attuazione: esplicitamente, attraverso l'espedito tecnico della riserva di legge[30], o indirettamente, quando predispona una cornice normativa non sufficientemente tassativa, tale da rendere impossibile l'esercizio della situazione giuridica conferita, o la sua applicazione giurisdizionale, in mancanza di una normativa di attuazione.

Che poi gli obblighi, così configurati, diretti al legislatore – di non produrre norme in contrasto con la costituzione e di produrre norme conformi alle disposizioni costituzionali intese a dare di queste piena attuazione – appaiano, sotto il profilo giuridico, qualitativamente differenti, essendo gli uni imposti dalla soggezione della legge al controllo di costituzionalità, gli altri *solo* indicati – come ammette anche Ferrajoli – dal principio, logico-deontico e non giuridico, di completezza delle garanzie, non è un elemento privo di importanza[31]. Ma su questo si tornerà nei paragrafi successivi.

### 1.4 *Ancora sulla metodologia del diritto: il modo di accostarsi al diritto*

Si capisce allora come – tornando al secondo aspetto relativo alla metodologia del positivismo giuridico – il modello del costituzionalismo garantista guardi alla scienza giuridica come a una disciplina che, con l'obiettivo di descrivere il diritto come esso è, valuta inevitabilmente il diritto, rilevandone e denunciandone i vizi generati dalla presenza di antinomie e lacune, sulla base del diritto come esso dovrebbe essere delineato dal suo dover essere costituzionale[32].

La teoria del diritto – secondo la peculiare accezione in cui la intende Ferrajoli –, affermando la natura assiologica dei principi di coerenza e di completezza (dell'ordinamento), tende così a svolgere un ruolo prescrittivo nei confronti della scienza giuridica[33]. Ne risulta infatti una scienza giuridica alla quale *si prescrive* di svolgere una funzione normativa: ossia *di prescrivere* agli organi deputati alla produzione

normativa di astenersi dal produrre disposizioni che non siano suscettibili di ricevere (almeno) un'interpretazione conforme a costituzione, nonché di adempiere alla propria funzione legislativa ponendosi come fine l'attuazione, quanto più completa possibile, del disegno costituzionale; inoltre, *di prescrivere* agli organi deputati all'applicazione del diritto, di censurare le norme invalide (disapplicandole nel caso concreto o rimettendo la questione di legittimità all'organo cui è affidato il controllo di costituzionalità, a seconda dei modelli giuridici) e di segnalare la presenza di lacune nell'ordinamento, onde stimolare l'intervento del legislatore.

Cosicché, per usare ancora una volta una terminologia bobbiana, il modello del costituzionalismo garantista assume la forma (anche) di una meta-giurisprudenza prescrittiva, cioè di un discorso sulla scienza giuridica di carattere prescrittivo, che teorizza la funzione critica e progettuale della scienza giuridica, come conseguenza della positivizzazione nelle costituzioni del dover essere del diritto, il quale, da mero *oggetto* di analisi conoscitiva, si fa *progetto* in continua evoluzione e trasformazione: un progetto che anche la scienza giuridica contribuisce a realizzare. Questo modo di intendere la scienza giuridica si discosta non solo, ovviamente, dalla meta-giurisprudenza di impianto realistico che mira a descrivere la funzione prescrittiva svolta dai giuristi. Si differenzia altresì – ed è questo il punto che qui interessa porre in rilievo – dalla meta-giurisprudenza positivistica<sup>[34]</sup>, di origine kelseniana, che proponeva l'ideale di una scienza giuridica meramente descrittiva di impianto avalutativo e ideologicamente neutrale<sup>[35]</sup>.

Analizzando poi i mutamenti che intervengono nel passaggio dallo Stato legislativo di diritto allo Stato costituzionale di diritto, Ferrajoli, illustrando ancora una volta il contenuto della normatività costituzionale, enfatizza la natura non più acritica dell'interpretazione e dell'applicazione giurisdizionale, insistendo sul fatto che la soggezione assoluta del giudice alla legge, propria dello Stato legislativo di diritto, si trasforma, nello Stato costituzionale, in una soggezione condizionata alla legge se, e in quanto, interpretabile in modo conforme alla costituzione<sup>[36]</sup>.

## *2. Una critica (e una difesa) del costituzionalismo garantista: diritto e potere nella costruzione della democrazia costituzionale*

Il costituzionalismo garantista di Ferrajoli è dunque – provando una sintesi della lettura abbozzata nelle pagine che precedono – un modello teorico-giuridico, inteso all'esplicazione dello Stato costituzionale di diritto, che adotta il punto di vista del positivismo classico – onde identificare il proprio oggetto di indagine avendo cura di distinguerlo dalla morale così come dal discorso interpretativo circa la sua validità sostanziale –, e che, prendendo sul serio la normatività delle costituzioni, corregge criticamente la dottrina positivista rigettando la sua presunta avalutatività e teorizzando l'inevitabile funzione prescrittiva e progettuale che la teoria del diritto e la scienza giuridica sono oggi chiamate a svolgere.

Non comuni sono i modelli teorici intesi a rendere conto della natura e dell'articolazione delle costituzioni e del costituzionalismo rivendicando una significativa continuità con il positivismo giuridico, come manifestamente fa Ferrajoli. Permane assiduo il dibattito circa il controverso rapporto tra il giuspositivismo e il costituzionalismo ed entro questo dibattito l'opera di Ferrajoli è di eccezionale importanza. Fatalmente proprio sulla possibilità di questa continuità – soprattutto di matrice metodologica<sup>[37]</sup> – si sono appuntate talune critiche<sup>[38]</sup>. Altre – a mio avviso assai più insidiose – si sono concentrate sul rapporto asimmetrico che il modello teorico costruito da Ferrajoli stabilirebbe tra il diritto e il potere, tra i diritti con le loro garanzie e la sfera di autonomia e discrezionalità dell'esercizio della funzione legislativa nello Stato costituzionale di diritto.

A Ferrajoli è stato contestato, in più occasioni, di aver elaborato un sistema concettuale entro cui i diritti (fondamentali) apparirebbero insaziabili, poiché tendenti a fagocitare, circoscrivendone al massimo il perimetro, la sfera del decidibile, riservata in ambito pubblico alla politica<sup>[39]</sup>: ciò che equivarrebbe a una menomazione o, peggio, a una blindatura giuridica, della democrazia, per effetto dell'assedio cui le

funzioni di governo sarebbero sottoposte da parte di istituzioni di garanzia sempre più attive e protagoniste nella scena pubblica[40]. Critiche che hanno accostato, a mio modo di vedere ingiustificatamente, l'opera di Ferrajoli a concezioni promotrici dell'attivismo giudiziario[41] tipiche, com'è noto, della preponderante letteratura neocostituzionalista[42].

Ebbene, credo che al fondo di queste critiche vi sia un'incomprensione della ripartizione operata da Ferrajoli delle sfere di competenza tra le funzioni di governo e le funzioni di garanzia: divisione del potere (e, per così dire, del "lavoro") che manifesta tutta la sua complessità in relazione alle lacune rilevabili nell'ordinamento giuridico e alle tecniche per la loro soluzione: tema – lo abbiamo visto – centrale del (modello teorico del) costituzionalismo garantista.

### 2.1 *Le lacune dell'ordinamento tra giurisdizione e legislazione*

L'equivoco cui alludo è, a mio avviso, generato dalla sottovalutazione della tesi, più volte ripetuta in *Principia iuris*, secondo cui "tutti i diritti fondamentali costituzionalmente stabiliti [...] richiedono una legislazione di attuazione che ne disponga le garanzie"[43]: sicché, in sua assenza, verrebbero a prodursi lacune di garanzie – come tali non meramente risolvibili dall'interprete – che fanno delle situazioni giuridiche previste dalle disposizioni costituzionali altrettanti diritti inesigibili, essendone preclusi il diretto esercizio del soggetto che ne è titolare così come la loro tutela in sede giurisdizionale.

Questa tesi – immediatamente conseguente alla valorizzazione della normatività strutturale delle costituzioni rigide, quali diritto sul diritto, dover essere del diritto medesimo – si presta, come ha notato L. Prieto Sanchis, a due letture diverse[44]: l'una più radicale, secondo cui *tutti* i diritti fondamentali stabiliti in una costituzione richiedono leggi di attuazione, poiché *nessuna* lacuna di garanzie può essere colmata per via interpretativa; l'altra più moderata, secondo cui *non tutti* i diritti fondamentali stabiliti in una costituzione richiedono leggi di attuazione, poiché *alcune* lacune possono essere colmate per via interpretativa. La prima interpretazione va senz'altro respinta; la seconda può essere accolta ma con alcune dovute precisazioni.

La generalità con cui è espressa la tesi nella sua prima lettura sembra mirare a ribadire l'idea che le disposizioni costituzionali, conseguentemente alla loro normatività nei confronti delle fonti giuridiche inferiori, impongono la produzione di disposizioni legislative idonee a garantirne l'attuazione, essendo le garanzie introdotte *per leges* altra cosa dai diritti enunciati in costituzione. E' insomma la logica del discorso garantista che postula questa esigenza come concettualmente e ideologicamente necessaria[45], al fine di identificare la mancata predisposizione di garanzie – le lacune appunto – come altrettanti profili di illegittimità del diritto, poiché incompleto rispetto al disegno normativo tracciato dalla costituzione.

Si tratta – se così intesa – di una tesi però troppo esigente, equivalendo alla pretesa che la cosiddetta *interpositio legislatoris*, per l'attuazione delle disposizioni costituzionali, sia sempre necessaria: ciò che finirebbe per negare, paradossalmente, proprio il carattere normativamente vincolante delle disposizioni costituzionali, così declassandole – riproducendo una tesi ormai screditata – a norme di carattere meramente programmatico prive di diretta precettività[46]. Ma certamente non è questo ciò che ha in mente Ferrajoli, che, all'opposto, aderisce a quell'orientamento della dottrina costituzionalistica – oggi prevalente – che vede nel testo costituzionale un insieme di disposizioni suscettibili di produrre effetti giuridici immediati, ossia norme direttamente applicabili anche dalla giurisdizione ordinaria nella soluzione di controversie che oppongono un privato a un pubblico potere o a un altro soggetto privato[47].

Quanto alla seconda interpretazione della tesi la questione è assai più complessa e merita di essere analizzata nel dettaglio. Si ha infatti l'impressione che questa seconda lettura, non enunciando un principio generale, riveli la natura non già teorica bensì dogmatica della tesi, la cui capacità esplicativa

verrebbe dunque a dipendere dall'articolazione e dal concreto funzionamento degli ordinamenti volta a volta considerati. Un esempio tratto dall'esperienza italiana servirà a chiarirne alcune implicazioni.

La mancanza – a distanza di oltre sessant'anni dalla sua enunciazione – di una normativa di attuazione del terzo comma dell'art. 10 cost., che conferisce il diritto d'asilo allo straniero “al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana”, è un caso esemplare di lacuna nell'ordinamento italiano, nel senso di Ferrajoli. L'inattività del legislatore è stata compensata nel tempo dalla giurisprudenza, che ha così dato attuazione al dettato costituzionale in tema di asilo.

A partire da una decisione della Corte di appello di Milano[48], la giurisprudenza ha progressivamente aderito alla prevalente dottrina che, sin dalla seconda metà degli anni '50, insiste sul carattere immediatamente precettivo dell'art. 10 comma 3 e sulla caratterizzazione del diritto di asilo, conferito dalla disposizione costituzionale, quale diritto soggettivo perfetto, esercitabile, come tale, dai soggetti che ne sono titolari, e tutelabile in sede giurisdizionale[49]. Eccezionale rilievo hanno assunto, per il consolidamento di tale giurisprudenza, alcune recenti decisioni della Corte di Cassazione. In particolare la sentenza n. 4674 del 26 maggio 1997, ove si attribuisce competenza giurisdizionale in materia di diritto di asilo al giudice ordinario, in virtù del fatto che l'art. 10.3 cost. “seppure in una parte necessita di disposizioni legislative di attuazione, delinea con sufficiente chiarezza e precisione la fattispecie che fa sorgere in capo allo straniero il diritto di asilo, individuando nell'impedimento all'esercizio delle libertà democratiche la causa di giustificazione del diritto ed indicando l'effettività quale criterio di accertamento della situazione ipotizzata”[50].

Questo faticoso processo di attuazione del dettato costituzionale per via giurisprudenziale si è realizzato nonostante l'art. 10, terzo comma, sia oggetto di riserva di legge, peraltro assoluta, rientrando il diritto di asilo tra le materie su cui l'esercizio della potestà legislativa è attribuita in via esclusiva allo Stato, *ex art.* 117 cost. secondo comma, lettera (a)[51]. Un processo di attuazione accolto favorevolmente dalla dottrina, in considerazione della persistente inerzia del Legislatore, ma che, per altro verso, presenta importanti profili critici.

Il quadro normativo che risulta da questa attività giurisdizionale, a compensazione di un'immutata inattività legislativa nella materia, difetta infatti sotto diversi aspetti: in tema, banalmente, di certezza del diritto – essendo l'orientamento della giurisprudenza, anche delle alte Corti, sempre suscettibile di riposizionamento e sempre possibile la deviazione della giustizia ordinaria dagli indirizzi enunciati dagli organi superiori; ma anche, e soprattutto, per la sua sostanziale inefficacia ai fini della protezione del diritto che essa si propone di garantire: ciò che, agli effetti pratici, fa sì che possa parlarsi di 'incostituzionale omissione legislativa'[52].

Nel caso qui sommariamente esposto, le indicazioni normative risultanti dalla giurisprudenza appaiono lacunose, mancando della disciplina “delle condizioni della permanenza dello straniero nei territori della Repubblica, nonché delle modalità concrete volte all'accertamento di tale diritto, comprendendo, in particolare, la puntuale individuazione e la predisposizione dei pubblici poteri a ciò incaricati”[53]. Ne risulta una situazione giuridica soggettiva “dimezzata”, essendo parziale, e comunque insufficiente, l'attuazione – peraltro solo di iniziativa giurisprudenziale – della disposizione costituzionale che la prevede. Sicché il vizio – consistente nella lacuna (di garanzie) – rimane, sussistendo in relazione al diritto di asilo un grave pregiudizio alla possibilità di un suo concreto esercizio e all'efficacia di un eventuale rimedio giurisdizionale volto a salvaguardarlo.

Da queste considerazioni sembra dunque potersi concludere che: (i) seppure alcune lacune, in linea di principio, possono essere (almeno parzialmente) colmate per via interpretativa, (ii) tra queste ve n'è almeno una che richiede l'intervento del legislatore affinché la disposizione costituzionale risulti pienamente ed efficacemente garantita. Pare allora si debba concordare con Ferrajoli quando afferma

che:

La strada maestra e il più delle volte obbligata per far fronte all'illegittimità delle lacune resta [...] 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 [...] parleremo di *diritti deboli*, garantiti dalla garanzia parimenti debole dell'obbligo costituzionale di introdurre le loro garanzie forti[54].

## 2.2 Conclusioni. Per una politica costituzionalmente orientata

Tentando alcune conclusioni dall'analisi svolta, in relazione alla tesi della necessaria *interpositio legislatoris* si può osservare quanto segue: (i) sotto il profilo teorico, essa serve a ribadire, secondo un'ottica garantista, la natura normativamente vincolante delle costituzioni, di modo che se un insieme di norme è una costituzione allora ciascun elemento di questo insieme, essendo normativo rispetto ai livelli inferiori, richiede che siano apprestate garanzie legislative idonee alla sua attuazione[55]; (ii) sotto il profilo dogmatico – cioè dal punto di vista della sua capacità esplicativa dei concreti ordinamenti costituzionali – la tesi non presenta un carattere generale, essendo l'*interpositio legislatoris* non già sempre necessaria, bensì talora richiesta in ragione delle peculiarità del singolo diritto costituzionalmente stabilito[56] e della capacità e dell'efficacia dell'attività giurisdizionale, dipendenti dall'organizzazione del sistema giudiziario e dal suo rapporto con l'organo legislativo; (iii) infine, sotto il profilo assiologico la tesi vale ad affermare un giudizio di valore per cui si considera sempre preferibile che le lacune siano colmate mediante un intervento legislativo piuttosto che per mezzo di un'operazione giurisprudenziale: in conformità al classico principio della separazione dei poteri e in virtù della maggiore efficacia riconosciuta all'azione legislativa ai fini della garanzia dei diritti costituzionalmente stabiliti. Vale insomma a riaffermare proprio l'insostituibilità della funzione garantista assolta dalla legislazione[57], onde criticarne l'illegittima attività o passività mediante il discorso, potente e suggestivo, delle antinomie e delle lacune[58].

E' proprio in questo richiamo continuo e insistente alla responsabilità della politica e degli organi legislativi per la realizzazione del disegno costituzionale che, mi pare, consista il monito politico – la dimensione, per così dire, radicalmente ideologica – del costituzionalismo garantista. E' la proposta di un costituzionalismo *engagé* che polemizza direttamente con il potere – rifuggendo da “i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione”[59] – e che suggerisce, sulla scorta di un'analisi puntuale della realtà sociale e istituzionale delle democrazie avanzate, le tracce possibili per una migliore, e quanto più possibile completa, attuazione del progetto costituzionale in difesa dei diritti fondamentali.

[1] Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2000 (1989), specie la parte quinta, pp. 889 e ss.; Id., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 3 voll.

[2] Esemplare rimane M. Troper, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XVIII, n. 1, 1988, pp. 61-81.

[3] Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1996 (1979), p. 132; Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977 (1965), pp. 103-105.

[4] A rigore, Bobbio, per quanto attiene alla metodologia del positivismo giuridico, fa esclusivo riferimento alla scienza giuridica, trascurando, al contrario, la pratica giurisprudenziale del diritto. Ai fini di questo studio è però necessario includere anche questo aspetto (vd. *infra* par. 1.4), in modo da rendere conto esaurientemente del modello elaborato da Ferrajoli, il quale, diversamente da Bobbio, illustra diffusamente la funzione assolta dalla giurisdizione nel paradigma costituzionale.

[5] Entro cui rientrano: una teoria della coazione, intesa come elemento che caratterizza il diritto rispetto ad altri ambiti deontici e una concezione imperativistica della norma.

[6] Entro cui rientra la tesi secondo la quale unità, coerenza e completezza dell'ordinamento sono proprietà strutturali del sistema giuridico, secondo una particolare teoria delle fonti, una particolare teoria delle antinomie, una particolare teoria delle lacune.

[7] La quale si risolve grosso modo in una concezione meccanicistica dell'interpretazione in sede giudiziale.

[8] Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo*, cit., p. 234; *Giusnaturalismo*, cit., p. 104.

[9] Id., *Il positivismo*, cit., pp. 237-238.

[10] Ivi, p. 241 (corsivo aggiunto).

[11] Cfr. Id., *Il giusnaturalismo*, cit., p. 110.

[12] *Contra*: M. Atienza, *Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico*, in L. Ferrajoli, J.J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, p. 147; J. Aguiló Regla, *Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, in "Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho", 30, 2007, pp. 672-673.

[13] Ferrajoli ha espresso il proprio punto di vista a proposito delle tre dimensioni del positivismo giuridico con riferimento al suo modello garantista in *Constitucionalismo y teoría del derecho. Respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso*, in L. Ferrajoli, J.J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, cit., pp. 129-131. Al riguardo si veda inoltre dello stesso autore *Constitucionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, di prossima pubblicazione in "Giurisprudenza costituzionale", 2011, trad. spagnola in "Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho", 34, 2011.

[14] Cfr. N. Bobbio, *Il giusnaturalismo*, cit., p. 127. Tesi identificata da R. Guastini nel "principio di positività del diritto", in *Garantismo e dottrina pura a confronto*, in P. Di Lucia (a cura di), *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Giuffrè, Milano, 2011 (in corso di stampa).

[15] Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo*, cit., p. 135.

[16] La distinzione tra i due tipi di attività interpretativa è illustrata in L. Ferrajoli, *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLIII, 1966.

[17] A rigore, le espressioni 'diritto invalido' e 'diritto illegittimo' non sono semanticamente coestensive, essendo l'oggetto denotato dalla prima espressione – che consiste nelle sole norme antinomiche – solo parte dell'oggetto denotato dalla seconda – che comprende anche l'indebita omissione della produzione di norme, cioè le lacune.

[18] Per l'identificazione, in *Principia iuris*, del diritto positivo con il diritto vigente, cfr. vol. I, pp. 15-16, p. 39, p. 116.

[19] Ivi, vol. I, p. 527. Sto qui inevitabilmente semplificando la ben più complessa e articolata analisi cui Ferrajoli sottopone i concetti – da egli distinti – di 'vigore' e di 'validità', 'formale' e sostanziale', degli atti giuridici. Sulla quale, ivi, pp. 525-542.

[20] Ivi, vol. I, p. 912.

[21] Occorre notare che nel modello giuspositivistico classico coerenza e completezza equivalgono a dogmi relativi alla capacità dell'interprete – l'interprete che opera negli organi giurisdizionali – di risolvere le antinomie e di colmare le lacune, ossia di rendere coerente e completo l'ordinamento, per mezzo dei criteri di soluzione delle antinomie e delle tecniche di interpretazione intese all'integrazione del diritto.

[22] In *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 2001 (1965), pp. 122-125.

[23] Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. I, pp. 690 e 910.

[24] Ivi, vol. I, p. 686.

[25] Ivi, vol. I, pp. 27-29.

[26] Note critiche in parte simili a quelle qui abbozzate mi pare siano suggerite da C. Luzzati, in *I Principia iuris di Ferrajoli tra logica e ideologia*, in P. Di Lucia (a cura di), *Assiomatica del normativo*, cit.. E' dunque, per così dire, minima – e non già forte né debole – la connotazione ideologica del costituzionalismo garantista: non possiede una connotazione ideologica forte, poiché tiene distinte – separandole rigorosamente – le dimensioni della validità e della giustizia del diritto; è poi, a mio avviso, irrilevante la questione circa la connotazione ideologica debole, non avendo la nozione stessa alcuna importante utilità – come ho cercato di chiarire *supra*.

[27] Afferma Ferrajoli che la normatività delle costituzioni consiste esattamente nell'obbligo in capo al legislatore di produrre norme conformi a costituzione – ossia coerenti rispetto al contenuto delle disposizioni costituzionali – e di dare concreta e, quanto più possibile, completa attuazione al disegno costituzionale, producendo una legislazione idonea a far sì che ciascun soggetto di diritto sia posto in condizione di esercitare i propri diritti e di beneficiare di una tutela giurisdizionale intesa a sanzionare le loro eventuali violazioni. E' questo – se non ho inteso male – il senso della tesi secondo cui i *principia iuris tantum*, di coerenza e completezza, “impongono al diritto positivo, quali principi ad esso *esterni*, la logica che esso, di fatto, non ha ma che, di diritto, deve avere”; in L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. I, p. 28.

[28] Sicché si tratta di costituzione garantita in via giurisdizionale. Cfr. R. Guastini, *La “costituzionalizzazione” dell'ordinamento italiano*, in T. Mazzarese, (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 149-150. Ferrajoli identifica tale forma di garanzia nelle garanzie costituzionali secondarie, che distingue da quelle primarie le quali attengono alla procedura aggravata per la revisione costituzionale e alla sottrazione espressa di alcune disposizioni costituzionali da tale procedura; cfr. *Principia iuris*, cit., vol. II, pp. 90-95.

[29] E' il caso per esempio, ricordato anche da Ferrajoli, della Costituzione della Confederazione Svizzera, che al secondo comma dell'art. 35 – *Attuazione dei diritti fondamentali* – dispone che “chi svolge un compito statale deve rispettare i diritti fondamentali e contribuire ad attuarli”.

[30] Alcuni casi esemplari, per quanto attiene alla Costituzione italiana, sono gli artt. 8, 10, 13, 14, 16, 21, 24.

[31] Non a caso Ferrajoli in una nota al passo qui citato nella nota 27, illustrando il rapporto che sussiste tra logica e diritto, cita, a titolo di esempio, la tesi di Bobbio, e già prima di Kelsen, secondo cui il principio di non contraddizione – e, si noti, non anche il principio di completezza – consisterebbe non solo in un principio logico, bensì in una vera e propria meta-norma giuridica. Cfr. *Principia iuris*, cit., vol. I, p. 75, nota 33. Ferrajoli chiama principio di completezza delle garanzie – su cui si vedano i paragrafi successivi – “l’obbligo di attuazione in capo alle istituzioni di governo [...] del disegno normativo tracciato dalle costituzioni”; cfr. *ivi*, vol. II, p. 219.

[32] *Ivi*, vol. I, p. 31.

[33] Qui la locuzione 'scienza giuridica' designa l'insieme dei discorsi dei giuristi, i quali – avverte Guastini – fanno, più che scienza giuridica, politica del diritto. Cfr. R. Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, XXVI, 2, 1996, p. 517.

[34] Per queste distinzioni si veda il classico contributo di N. Bobbio, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 44, 1967, pp. 149-152.

[35] Su cui, in senso critico, cfr. L. Ferrajoli, *Norberto Bobbio, teorico del diritto e della democrazia*, in “Filosofia politica”, n. 3, dicembre 2010.

[36] Cfr. *Id.*, *Principia iuris*, cit., vol. II, pp. 33-34.

[37] Come ben suggerisce S. Pozzolo, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.

[38] Si vedano i riferimenti alla nota 12. Contro tali critiche, la prima parte di questo studio tenta un contributo di analisi alternativa.

[39] Si leggano le critiche mosse da A. Pintore in *Diritti insaziabili*, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari, 2001, specie pp. 179-189, riprese in *Id.*, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2003, pp. 103-104.

[40] Cfr. P.P. Portinaro, *Autocracia de la razón, liberalismo de los derechos, democracia de las garantías. El programa normativo de Luigi Ferrajoli*, in “Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho”, n. 31, 2008, in particolare pp. 305-306.

[41] Cfr. ancora A. Pintore, *Diritti insaziabili*, cit., pp. 181, 190-193.

[42] Limitatamente all'ambito italiano, esemplare è il caso di G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, specie pp. 183, 195-201.

[43] Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 96.

[44] Cfr. *Principia iuris: una teoria del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional*, in “Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho”, 31, 2008, pp. 334-338.

[45] Considerazioni in parte analoghe mi pare svolga A. Pintore, *Il nome delle cose. In margine a Principia iuris di Luigi Ferrajoli*, in “Sociologia del diritto”, XXXVI, 2, 2009, p. 31.

[46] Sulla note vicende storiche relative alle fasi dell'inattuazione e dell'attuazione della Costituzione in Italia: S. Rodotà, *Libertà e diritti in Italia*, Donzelli, Roma, 1997; L. Paladin, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, in particolare capp. II e III. Sulla tesi della non precettività (di parte) della Costituzione, si vedano le considerazioni svolte da M. Dogliani, in *Interpretazioni della costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982, in particolare pp. 32-33 e 35-36.

[47] Proprio la natura normativamente vincolante delle costituzioni rigide, nonché la loro applicabilità diretta da parte della giurisdizione ordinaria, sono richiamati da R. Guastini come altrettanti elementi che caratterizzano il processo di costituzionalizzazione di un ordinamento: tratti già da alcuni decenni caratteristici anche dell'ordinamento italiano. Cfr. Id., *La "costituzionalizzazione"*, cit., pp. 151-154; vd. anche L. Prieto Sanchis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 114-116. Sul secondo elemento – l'applicabilità diretta da parte del giudice ordinario – diffusamente E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in "Quaderni costituzionali", 2, 2008.

[48] Sentenza del 27 novembre del 1964.

[49] Mi limito a ricordare i maggiori studi di riferimento: Esposito, *Asilo (diritto di) – Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, 1958; A. Cassese, *Il diritto di asilo territoriale degli stranieri*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975; Strozzi, *Rifugiati e asilo politico nella legge n. 39 del 1990*, in "Rivista di diritto internazionale", 1990, pp. 93 e ss.; Ziotti P., *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, CEDAM, Padova, 1988.

[50] Sulla sentenza si veda il commento di G. Gaja in "Rivista di diritto internazionale", 3, 1997, pp. 791-792. Cfr. anche Corte di Cassazione S.U., 17 dicembre 1999, n. 907 e Cassazione I sez. civile, n. 8423/2004, 13517/2004, 18549/2006.

[51] Sull'istituto giuridico della riserva di legge, G.U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in "Diritto pubblico", n. 2, 2005, pp. 248-256.

[52] Per un'analisi dettagliata del concetto di 'omissione legislativa' qualificata come incostituzionale in forza della sostanziale ineffettività del diritto a causa dell'inattuazione della disposizione costituzionale che lo prevede, si vedano: I. Villaverde Menéndez, *L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore*, in "Giurisprudenza costituzionale", I, 1996, in particolare pp. 3968-3971; Id., *La inconstitucionalidad por omisión*, McGrawHill, Madrid, 1997; J.J. Fernández Rodríguez, *Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión*, in M. Carbonell, (a cura di), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, UNAM, México, 2003, in particolare pp. 34-39.

[53] In M. Benvenuti, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 2007, p. 139.

[54] Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., vol. II, pp. 223-224.

[55] Così interpretata, la tesi non presenta sostanziali differenze rispetto all'idea kelseniana del carattere (nomo)dinamico degli ordinamenti giuridici moderni. Cfr. A. Pintore, *Il nome delle cose*, cit., pp. 31-32.

[56] Ivi, p. 31.

[57] Secondo la felice espressione di V. Pazè, *Diritto e politica nella democrazia costituzionale. In margine a Principia iuris di Luigi Ferrajoli*, in "Teoria politica", XXV, n. 3, 2009, p. 78.

[58] In questo senso, la teoria del garantismo, afferma Ferrajoli, deve intendersi come "teoria e tecnica

della delegittimazione e della trasformazione: come critica del diritto illegittimo e, insieme, come lotta per i diritti attraverso l'elaborazione, la rivendicazione, l'introduzione e l'attuazione di garanzie, nonché di funzioni e di istituzioni di garanzia appropriate ai diversi tipi di diritti". In Id., *Principia iuris*, cit., vol. II, p. 306.

[59] Riprendo qui le efficaci espressioni usate da M. Luciani in *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2, 2006, p. 1668.