

11 gennaio 2011

Ferrajoli e i costituzionalisti *

di Gaetano Azzariti

1. - Tra gli studiosi di diritto costituzionale Luigi Ferrajoli è certamente (assieme a Norberto Bobbio) il filosofo del diritto più citato, eppure ho l'impressione che i costituzionalisti non abbiano mai fatto realmente i conti con il suo pensiero teorico. In particolare, è la cultura costituzionale più aperta e sensibile alle garanzie dei diritti e all'esigenza di limitazione dei poteri che appare colpevolmente sfuggire al confronto. Sebbene i temi di diritto costituzionale siano al centro della costruzione teorica di Ferrajoli può ben dirsi che egli abbia influenzato maggiormente gli altri rami della scienza giuridica (il diritto penale in specie), oltre al mondo della magistratura (con la sua partecipazione all'esperienza di Magistratura Democratica) e della politica (con il suo costante impegno civile), nonché ovviamente il suo campo "specifico" della filosofia analitica.

Desidero allora interrogarmi sulle ragioni di fondo – non quelle individuali – che possono spiegare questa sottovalutazione da parte dei costituzionalisti nei confronti di una teoria rispettata ma non adeguatamente considerata, per poi precisare perché oggi questo confronto è diventato essenziale e non più rinviabile, almeno per quella parte degli studiosi di diritto costituzionale più sensibile alle ragioni della costituzione intesa come norma di natura prescrittiva.

2. - Due motivi possono spiegare la rilevata ritrosia al confronto. In primo luogo e in sintesi direi questo: credo che i costituzionalisti - giuristi positivi e studiosi del potere nelle sue reali e spesso convulse manifestazioni - si siano fatti intimorire dalla valenza assorbente, in certo senso totalizzante (non credo invece possa dirsi totalitaria[1]), della teoria assiomatica. L'impressione che si è tratta dalla lettura di un *opus* di carattere fortemente sistematico è che l'autore aspirasse a dare regole al potere per via analitica. Una prospettiva che poteva indurre a far ritenere che il potere o la stessa garanzia positiva dei diritti potessero essere determinati e poi limitati non dalla forza normativa delle costituzioni, sorretta da soggetti storici reali, così come noi costituzionalisti siamo indotti a ritenere, ma che bastasse condividere un postulato perché poi, in base ad un'analisi logico-deduttiva, si fosse in grado di definire le regole e i principi che sorreggono la vita degli ordinamenti giuridici concreti. Quasi che il reale potesse essere costretto nell'ideale.

Questo temuto passaggio dalla costituzione intesa crisafullianamente come documento

politico e normativo alla costituzione assiomatica dei principi giuridici ha ostacolato - io credo - il dialogo.

Ora a me pare di poter dire che l'impressione o il timore adesso riassunti scontino un fraintendimento, che proprio la pubblicazione della monumentale opera sui *Principia iuris* vale definitivamente a eliminare.

Infatti nei *Principia iuris* Ferrajoli esplicitamente rileva come la teoria assiomatica opera esclusivamente sul piano della teoria generale del diritto, mentre non opera - non può operare - nel campo della diversa teoria della democrazia, perché - sono parole di Ferrajoli - una teoria per essere assiomatizzabile deve essere prima di tutto “formale” e la teoria della democrazia (per non parlare della democrazia storicamente data) deve, al contrario, identificare principi sostanziali e regole di giustizia che vanno ben al di là delle strutture sintattiche proprie di qualunque ordinamento giuridico[2].

Questa consapevole e realistica rinuncia ad assiomatizzare la democrazia, evitando così il rischio di definire solo un'ideale di democrazia, credo possa essere la base di una riflessione comune tra il teorico Ferrajoli e i costituzionalisti realisti.

In questo contesto, rimane da chiedersi allora come può essere utilizzata e discussa la ricostruzione - se non assiomatica, certamente sistematica - di Ferrajoli sulla democrazia. Poiché in ogni caso essa è una teoria che non solo s'intreccia con (e fondamentale discende da) la condivisione di alcuni postulati indiscussi, ma si propone di “misurare” il grado di democrazia; se non proprio con lo scopo di definire un ideale di democrazia, quanto meno al fine di mostrare la distanza tra il basso tasso di democraticità dei nostri ordinamenti giuridici concreti e il “dover essere” della teoria normativa elaborata in base a principi logico-sistematici[3].

Per poter rispondere consapevolmente a questa che mi sembra la questione decisiva (quale uso può essere fatto dell'universo teorico ferrajoliano da parte dei costituzionalisti) credo sia prima necessario un altro passaggio – la seconda ragione prima evocata - che concorra a spiegare quella che ho indicato essere una ritrosia dei costituzionalisti.

3. - Scrive Ferrajoli: escluso che la teoria della democrazia possa essere intesa come una teoria “formale” essa però è una teoria normativa. E poi precisa: “una teoria normativa, la quale fa uso dell'intero apparato concettuale elaborato dalla teoria formale del diritto, della quale rappresenta un'interpretazione semantica di tipo assiologico o normativo, pure se ancorata all'esperienza costituzionale delle odierne democrazie avanzate”[4]. Una rivendicazione chiara di un punto di vista, di un “tipo” di pensiero giuridico fondato sulle norme: “Il fondamento della teoria giuridica della democrazia costituzionale, e più specificatamente delle sue garanzie giuridiche, – scrive ancora Ferrajoli - è pertanto (...) la teoria della validità delle norme”[5].

Anche qui si nasconde un equivoco, come dirò tra breve, ma prima vorrei rilevare che – a

mio parere - proprio l'iscrizione di Ferrajoli alla schiera dei teorici normativisti ha fatto sì che molti costituzionalisti realisti preferissero guardare altrove.

Non tornava, infatti, che una dottrina critica, che pure si condivideva nell'analisi e negli esiti, utilizzasse uno strumentario (quello del formalismo normativista) che veniva spesso criticato, e che anzi gran parte della dottrina costituzionalistica - quella più innovativa - tendeva a superare.

Per afferrare le ragioni delle incomprensioni e delle resistenze bisogna guardare ai punti di partenza e ai percorsi storici. E il punto di partenza della dottrina costituzionalistica italiana è noto.

Per anni essa si è sentita costretta dentro la cappa del dogmatismo, costruita in Italia nella forma estraniante e falsamente asettica del “metodo giuridico” orlandiano, in base cioè a canoni di natura tecnica che mascheravano entro la forma della norma la realtà dei rapporti sociali diseguali ed impediva di cogliere la reale dinamica dei rapporti giuridici di dominio, alterando la realtà dello Stato costituzionale di diritto.

La rivolta contro il formalismo fu – nello specifico della riflessione dei costituzionalisti - anche una rivolta contro il dominio della norma.

L'invito di Santi Romano di andare oltre le norme per cogliere “qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e, soprattutto, antecedente sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca”[6] ha ossessionato generazioni di studiosi, rendendoli a volte persino diffidenti sul valore euristico della norma e del diritto inteso come norma. L'equivalenza kelseniana tra diritto e validità, che Ferrajoli ci ripropone, è apparsa ai costituzionalisti riduttiva.

Non credo possa dirsi però che la dottrina italiana di diritto costituzionale abbia perciò perso il proprio rigore logico e di analisi giuridica, né che sia caduta nell'equivoco di separare le norme dalla propria validità, credo invece che abbia tentato di dare alle norme un *valore sociale*. In modo diverso a seconda delle “scuole” e delle diverse prospettive assunte dai singoli studiosi, ma in fondo uniti nella considerazione che bisognasse coniugare la forma del diritto e la realtà sulla quale esso opera. Alcuni - penso ad Esposito – hanno cercato di fondere il formalismo e il logicismo al realismo, giungendo a definire una teoria sulla validità della legge che non può certo dirsi puramente normativistica; altri – penso a Mortati – hanno finito per assumere un atteggiamento più legato alle prospettive decisionistiche e attento alle trasformazioni e al ruolo delle forze sociali, individuando nelle forze politiche dominanti la base sulla quale definire il valore normativo della costituzione in senso materiale; altri ancora - pensa a Crisafulli – sono tornati sì prepotentemente a riflettere sul valore delle norme, ma riuscendo ad aprire decisamente la norma alle relazioni e alle trasformazioni sociali entro il nuovo quadro definito dal costituzionalismo del secondo dopoguerra, rivendicando il carattere normativo estremo è più intenso ai principi costituzionali, da interpretare *magis ut valeat*.

Insomma costruzioni diverse che hanno però tutte in fondo diffidato delle teorie normativistiche e della riduzione del diritto alla sua validità.

4. - Ora a me di questa complessa storia - per tornare a Ferrajoli - interessa sottolineare solo un aspetto. Vorrei rilevare un punto critico e di svolta che ha coinvolto la dottrina di diritto costituzionale negli ultimi decenni, che - a mio modo di vedere - impone ormai una revisione del nostro modo di pensare. Un moto di profondo ripensamento delle categorie e dei metodi d'indagine dei costituzionalisti italiani per il quale credo che le idee di Ferrajoli, oggi più di ieri, possano tornare preziose.

Lo dico in breve: il problema oggi della dottrina costituzionistica italiana (ma non solo) non è più il dominio mistificante della norma sulla realtà ma, in caso, il suo contrario.

Perduto il rigore espositivo, l'organicismo mortatiano, l'istituzionalismo crisafulliano la dottrina italiana (parte cospicua di essa) si è spinta troppo oltre. Essa ha finito per abbracciare un iper-realismo che ha assunto il mero fatto come unica espressione del giuridico. Si sono piegate le sofisticate e critiche considerazioni sulla complessa dialettica tra costituzione in senso formale e costituzione in senso materiale, con lo scopo di legittimare ogni possibile cambiamento, anche quello più avverso alle norme poste. Si è voluta interpretare la distanza che separa la disposizione dalla norma come uno iato che permette di allontanarsi definitivamente dal testo, svincolando in tal modo la natura prescrittiva dei principi da ogni loro effettiva capacità ordinativa (capacità cioè di assegnare un ordine di principio alla realtà circostante). Un rovesciamento in fondo di quanto originariamente espresso da maestri del diritto costituzionale italiano.

Il dilagare delle teorie genericamente etichettate come neo-costituzionali (spesso superficialmente o solo meccanicamente trasposte dalla diversa e più motivata scienza giuridica d'oltreoceano) hanno finito per far perdere di senso alle categorie che la dottrina costituzionalistica italiana aveva faticosamente elaborato nel corso del tempo e infine coraggiosamente applicato per far assumere alla costituzione una centralità tanto normativa quanto sociale. Invero non solo la superficialità di teorie neo-costituzionali ovvero a-costituzionali, ma anche l'amplificarsi oltre il giusto delle più meditate, ma non perciò meno distorsive, prospettive che si richiamano ai "valori", intesi sempre più di frequente come assoluti e affidati ai liberi bilanciamenti rimessi integralmente nelle mani demiurgiche dei giudici - quelli costituzionali specie - hanno finito per far dimenticare che la fonte legittimante il diritto - e i valori in esso invernati - è il *testo* normativo. Se si ammette, come dice Gadamer, che dal testo bisogna partire per ricercare il significato delle norme, non ci si può però scordare che alla fine del circolo ermeneutico al testo bisogna tornare. Alla conclusione di un percorso che ha teso inizialmente a decostruire un sapere accusato di eccessivo formalismo e dogmatismo si è giunti ai confini del soggettivismo interpretativo con la conseguenza inevitabile di delegittimazione di ogni cosa, ogni sapere giuridico, sottraendo al diritto costituzionale la sua "forza" di norma superiore. Il diritto rischia così di tornare ad essere esclusivamente espressione di un'*auctoritas* (se non di sola *potestas*). Ma il costituzionalismo moderno non era nato proprio per superare

l'affermazione *auctoritas non veritas fecit legem*? Non ha la sua ragion d'essere nell'imporsi come *lex superior* e limite alla sovranità del potere? *Limitare il potere e garantire i diritti* sta scritto in tutti i testi fondamentali del costituzionalismo degli ultimi duecento anni.

5. - Proprio in reazione a queste derive, che rischiano di minare alle fondamenta l'idea del costituzionalismo modernamente inteso, è andata faticosamente emergendo una richiesta di ritorno al valore normativo dei testi. Si è rivendicata – o almeno ricercata - la forza “normativa” della costituzione.

Scommettendo sulla forza normativa della costituzione si è aperta la trincea di quella che personalmente ritengo la frontiera più esposta e dottrinarmente più avanzata del costituzionalismo italiano contemporaneo. Non – si intenda - un puro ritorno alla norma o al normativismo kelseniano, bensì il tentativo, oggi non facile, di coniugare - anzi di ricominciare a coniugare - norme e realtà, legge e fatto, diritti e conflitti.

È a questo costituzionalismo - attualmente forse minoritario, ma in lotta per l'egemonia, in un tempo invero dominato dalla pluralità dei linguaggi e dei discorsi costituzionali - che l'insegnamento di Luigi Ferrajoli può apparire prezioso.

6. - Prezioso anche perché - a ben vedere - l'iscrizione del pensiero ferrajoliano al normativismo è frutto di una semplificazione, ovvero - come poc'anzi si accennava - deve essere precisata ed integrata da una considerazione fondamentale.

Secondo Ferrajoli - a differenza di Kelsen, ma anche di Bobbio e dei maggiori teorici del normativismo “puro” - le norme e la loro validità scontano una doppia e non confondibile dimensione: da un lato, quella “formale”, che è propria della teoria generale, dall'altro, quella “sostanziale”, che si pone a fondamento della comprensione (e della validità stessa) delle dinamiche della democrazia[7].

Se allora il quadro della democrazia è retto da norme sostanziali è chiaro che non ci si può accontentare di definire le regole procedurali di un ordinamento che si pretende democratico (non basta l'idea formale o meramente procedurale di democrazia, come pretendevano i normativisti “puri”), bisogna invece guardare alla capacità delle norme di rispondere alla realtà dei rapporti sociali, alla capacità di dare soluzione ai conflitti, in base a storicamente determinati principi costituzionalmente imposti.

In sostanza non basta una norma purchessia o la mera affermazione di un principio; non basta la scrittura di un diritto o l'approvazione di una Carta (forse anche in forma di costituzione). Ciò che realmente rileva è la rispondenza delle norme - di quelle costituzionali in specie - di farsi valere, sul piano della effettività in base ad un contenuto “sostanziale”, etico-sociale (direbbe, forse, Ferrajoli), storico-politico (aggiungo io).

Esattamente ciò che con fatica, molte accuse e tante incomprensioni, cerca di affermare

quella minoranza di studiosi costituzionalisti che non si accontenta di razionalizzare il reale o di fornire letture tecnico-formali delle disposizioni che vogliono garantire i diritti o fondare e poi limitare i poteri.

Credo che la lezione di Ferrajoli possa essere particolarmente apprezzata proprio in considerazione dello scarto tra norme e realtà, di fronte al quale oggi ci troviamo. Un distacco che contrassegna il basso grado di democraticità sul piano fattuale a fronte di un alto tasso di retorica costituzionale, espresso da testi, documenti e Carte tanto enfatiche quanto vuote o svuotate dall'ineffettività, cioè dall'insopportabile divaricazione rispetto alla realtà. In questa controversa situazione il pensiero di Ferrajoli può risultare almeno un utile strumento di analisi critica del reale. Ritengo possa essere utile soprattutto a chi - i costituzionalisti tra questi - non vuole accontentarsi dello stato di cose presenti, facendo valere la forza del diritto della democrazia costituzionale.

7. - Mi rimarrebbe da dire qualcosa sul cosmopolitismo dei diritti.

Ma mi limiterò a una considerazione con riferimento alla complessa costruzione ferrajoliana. La quale a me pare oscillare tra il pessimismo della ragione e l'ottimismo della volontà. Essa infatti, da un lato, con realismo, rileva la sostanziale estraneità dei rapporti giuridici globali alle logiche democratiche, denunciando il carattere sostanzialmente anomico e totalitario del globalismo nel diritto[8]. Dall'altro, però, sembra confidare su un accentuato ottimismo volontarista, che lo porta a ritenere concretamente attuabili nell'immediato (entro lo stato di cose presenti) prospettive di democratizzazione del mondo e costituzionalizzazione di rapporti politici globali certamente condivisibili sul piano etico-morale e magari auspicabili sul piano teorico-filosofico, ma sostanzialmente infondate sul piano propriamente giuridico, dal punto di vista normativo-sostanziale, secondo i canoni che abbiamo appena richiamato. Almeno qui ed ora.

Fragile mi pare allora, sul piano propriamente normativo, l'affermazione secondo la quale "già oggi disponiamo di un'embrionale costituzione del mondo: la carta dell'Onu, la dichiarazione universale dei diritti umani del 1948, i due patti sui diritti del 1966"[9], se poi si riconosce che queste norme non sono idonee a garantire le loro promesse[10].

Queste disposizioni di principio non sorrette da una capacità ordinante effettiva possono essere richiamate eventualmente come spunto polemico per denunciare l'arretratezza del mondo, ma non ci si può accontentare o confidare su norme solo formali e non sostanziali.

Io credo che la strada per l'affermazione di un costituzionalismo che operi oltre gli ormai tradizionali confini nazionali - che è certamente il grande problema che si pone oggi alla riflessione teorica e alla progettazione giuridica e politica - sia più lunga e complessa di quanto solitamente non ritengano gli studiosi, anche quelli più attenti alla dimensione globale dei problemi costituzionali.

In fondo che il cosmopolitismo costituzionale abbia fragili basi lo dice ancora una volta Ferrajoli: “Le costituzioni degli Stati nazionali sono state quasi sempre frutto di atti costituenti messi in atto da rivoluzioni politiche, o da movimenti di popolo, o da lotte di liberazione nazionale, o dall’abbattimento o comunque dalla rottura di precedenti regimi autoritari o fascisti: così la Costituzione americana, la Dichiarazione francese dei diritti, gli statuti e le costituzioni ottocentesche e quelle del secondo dopoguerra, dalla Costituzione italiana a quella tedesca, da quella portoghese a quella spagnola. Le costituzioni globali o sovranazionali, come la carta dell’Onu e i trattati della Comunità Europea nascono sempre, invece, da trattati a loro volta globali, essendo i loro soggetti costituenti gli stessi rappresentanti degli Stati nazionali che rinunciano con essi alle loro sovranità selvagge. *Non nascono da lotte di popolo o da rotture rivoluzionarie, bensì da accordi tra i soggetti dello stato di natura internazionale*”[11]. Soggetti questi ultimi che poco hanno a che fare con le ragioni dei popoli, semmai con quelle degli interessi primordiali dello stato di natura hobbesiano. È per questo che lo schema federale o multilivello della democrazia costituzionale ha oggi – io credo - dei piedi d'argilla.

(*) Quest’intervento è stato svolto al Convegno in onore di Luigi Ferrajoli in occasione del 70° compleanno (Università degli studi di Roma Tre, Roma, 14 dicembre 2010) nella sessione dedicata a riflettere su “Diritto, democrazia costituzionale e cosmopolitismo”.

[1]) Ha scritto di recente G. U. Rescigno (*La democrazia costituzionale di Luigi Ferrajoli*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3 del 2008): “L’opera di Ferrajoli è così vasta, complessa, ambiziosa, e soprattutto rigorosamente concatenata (...), che genera immediate e spontanee resistenze (...). Il carattere per dir così totalitario dell’opera non lascia scampo”.

[2]) Cfr L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. I: *Teoria del diritto*, pp. 890 ss. e 925 ss.; vol. II: *Teoria della democrazia*, pp. 14 ss. e 160 ss.; in sintesi sul punto vedi anche del medesimo *Sul nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 3 del 2008.

[3]) In modo esplicito sul punto vedi sia i rilievi mossi da G.U. Rescigno, *La democrazia costituzionale di Luigi Ferrajoli*, cit., sia la replica di L. Ferrajoli, *Sul nesso tra (teoria del) diritto e (teoria della) democrazia*, cit.

[4]) L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 6.

[5]) L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 14.

[6]) S. Romano, *L’ordinamento giuridico* (1918), III ed., Firenze, Sansoni, 1977, p. 5.

[7]) Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 5 ss.

[8]) Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. II, cit., pp. 494 ss. La società internazionale è definita “incivile perché sregolata”, ne risulta “una generale anomia e una regressione neoassolutistica alla legge del più forte così degli Stati militarmente più potenti come dei poteri economici transnazionali” (p. 496).

[9]) L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 487.

[10]) Come rileva lo stesso L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 494 e s.: “Quella che ho sopra chiamato la sua [dell’ordinamento internazionale] costituzione embrionale promette pace, sicurezza, garanzia delle libertà fondamentali e dei diritti sociali per tutti i popoli e gli esseri umani del pianeta. E tuttavia essa è destinata a un’*ineffettività strutturale* dalla mancanza di quelle che potremmo chiamare le sue leggi di attuazione”. Pertanto, conclude, “l’ordinamento internazionale si configura come un insieme di lacune, ossia di promesse non mantenute” (corsivo aggiunto).

[11]) L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. II, cit., p. 571 (corsivo aggiunto).