

Rigidità costituzionale e normatività della scienza giuridica

Riccardo Guastini

SOMMARIO: 0. Introduzione. – 1. Invalidità sostanziale. – 2. Lacune

0. – Introduzione

Da qualche tempo Luigi Ferrajoli va sostenendo che, in regime di costituzione rigida, la scienza giuridica sia una scienza normativa¹: non già nel senso (ovvio e non problematico) che abbia a che fare con norme², ma nel senso (per nulla ovvio e altamente problematico) che sia un discorso prescrittivo. Duplicemente prescrittivo, anzi: per un verso, critico del diritto esistente; per un altro verso, progettuale di diritto nuovo. Secondo questo modo di vedere, la scienza giuridica critica il diritto vigente pronunciando giudizi di valore *de lege lata*, progetta diritto nuovo formulando proposte *de lege ferenda*³.

Da un lato, sostiene Ferrajoli, una costituzione rigida contenente norme che conferiscono diritti (di libertà) e/o esprimono principi di giustizia provoca fenomeni di invalidità sostanziale delle leggi. E il giudizio di invalidità sopra una (norma di) legge formulato dalla scienza giuridica sarebbe, a suo dire, un giudizio di valore⁴.

Dall'altro lato, sostiene ancora Ferrajoli, una costituzione rigida contenente norme (programmatiche) che conferiscono diritti sociali provoca lacune⁵: vi sarebbe, infatti, una lacuna ogniqualvolta un diritto sociale (un diritto il cui contenuto sia una prestazione positiva) non fosse garantito da leggi che stabilissero positivamente un corrispondente obbligo di fare in capo ad un qualche soggetto. E l'asserto che accerta una lacuna di questo tipo sarebbe, secondo Ferrajoli, una direttiva, una proposta, una raccomandazione – insomma una prescrizione, latamente intesa – rivolta al legislatore (la prescrizione, ovviamente, di colmare la lacuna in questione).

¹ Cfr. ad es. L. Ferrajoli, "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", in P. Costa, D. Zolo (eds.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 354 ss.; Id., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Bari-Roma, spec. 110. Lo stesso modo di vedere, ma in una diversa prospettiva, si incontra in G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, spec. 165.

² N. Bobbio, "Essere e dover essere nella scienza giuridica" (1967), ora in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, 139 ss.; J. Wróblewski, "La normatività della scienza giuridica" (1966), trad. it. in U. Scarpelli (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, 325 ss.

³ «Entro un sistema normativo complesso, quale quello dello Stato costituzionale di diritto, [...] antinomie e lacune sono vizi connessi ai dislivelli normativi nei quali si articola la sua stessa struttura formale. È chiaro che questi vizi [...] retroagiscono sulla scienza del diritto conferendole il ruolo, scientifico e politico insieme, di accertarli dall'interno e di proporre le necessarie correzioni: precisamente di accertare così le antinomie generate dalla presenza di norme che violano i diritti di libertà, come le lacune generate dall'assenza di norme che soddisfino i diritti sociali e, per altro verso, di sollecitare l'annullamento delle prime perché invalide e l'introduzione delle seconde perché dovute»: L. Ferrajoli, "Lo Stato di diritto fra passato e futuro", 355.

⁴ Cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, 1989, 912ss. In proposito L. Gianformaggio, *Le ragioni del garantismo. Discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, 1993, parte I.

⁵ Cfr. L. Ferrajoli et al., *Diritti fondamentali*, a cura di E. Vitale, Bari-Roma, 2002, 26 ss., 156 ss.

Nessuna di queste tesi è persuasiva. Beninteso: che la scienza giuridica non sia un'impresa puramente conoscitiva è cosa sostenibile. Anzi, è cosa certa: ma per ragioni completamente diverse da quelle addotte da Ferrajoli (ragioni attinenti allo statuto logico degli enunciati interpretativi e delle tesi dogmatiche⁶). E ciò nulla ha a che fare con il carattere, rigido o flessibile, della costituzione.

1. – *Invalidità sostanziale*

Quanto all'invalidità sostanziale delle leggi, si possono fare due osservazioni.

(1) Il fenomeno dell'invalidità sostanziale, ridotto all'osso, consiste in questo⁷.

(a) La costituzione, accanto a norme sull'organizzazione politica dello stato e a norme sulla produzione giuridica (strettamente intese), contiene altresì norme "sostanziali": norme cioè che disciplinano direttamente (poco importa se in modo non circostanziato e preciso) talune classi di fattispecie, riconnettendo ad esse l'una o l'altra conseguenza giuridica. Ad esempio: "Se cittadini (fattispecie), allora diritto di associazione (conseguenza giuridica)".

(b) La legge, a sua volta, disciplina l'una o l'altra delle medesime classi di fattispecie, riconnettendo ad essa una conseguenza giuridica diversa ed incompatibile con quella disposta in costituzione. Ad esempio: "Se cittadini, allora non diritto di associazione". In altre e banali parole: la legge contraddice la costituzione (anche se raramente la contraddizione sarà così facile da identificare come in questo esempio immaginario).

(c) Ma, la costituzione essendo (in ipotesi) rigida, la legge non può validamente contraddirla. Ecco dunque che la legge è invalida, ed è invalida per ragioni sostanziali: attinenti cioè non al suo procedimento di formazione, ma al suo contenuto, e più precisamente non a ciò che disciplina (fattispecie), ma al modo in cui lo disciplina (conseguenza giuridica).

Un giudizio di invalidità sostanziale, dunque, consiste nel riconoscere una contraddizione tra due norme. Ma non si vede come il riconoscimento di una contraddizione possa costituire un giudizio di valore.

(2) Il fenomeno dell'invalidità sostanziale non è una peculiarità degli ordinamenti giuridici a costituzione rigida. È un fenomeno comune ad ogni ordinamento giuridico che conosca una pluralità di fonti del diritto strutturate gerarchicamente.

Così, ad esempio, anche in regime di costituzione flessibile, è invalido per ragioni sostanziali il regolamento dell'esecutivo in conflitto con la legge. Si veda, in tal senso, l'art. 4, comma 1, delle disp. prel. cod. civ. – «I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi» – adottato nel 1942, ossia appunto in regime di costituzione flessibile.

D'altro canto, il fenomeno dell'invalidità sostanziale non ricorre solo nelle relazioni tra fonti (e dunque tra norme e norme): ricorre altresì nelle relazioni tra norme ed atti di applicazione. Così, ad esempio, in uno stato di diritto, sia pure governato da una

⁶ Cfr. ad es. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, II ed., Torino, 1992.

⁷ Cfr. R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 129 ss.; Id., *Lezioni di teoria costituzionale*, cap. VI.

costituzione flessibile, è invalido ogni atto giurisdizionale o amministrativo che sia in contrasto con la legge. In un ordinamento a costituzione rigida – in uno “stato costituzionale di diritto”, come si usa dire – il principio di legalità vale non più solo per le funzioni giurisdizionale ed esecutiva: si estende anche alla funzione legislativa⁸. Ma la violazione della legge da parte di un atto giurisdizionale o amministrativo non è cosa strutturalmente diversa dalla violazione della costituzione da parte di un atto legislativo.

E ancora: il riconoscimento dell’invalidità di una norma per contrasto con una norma superiore non è cosa strutturalmente diversa dal riconoscimento dell’avvenuta abrogazione (tacita) di una norma per incompatibilità con una norma successiva. Ma, di nuovo, l’abrogazione tacita per incompatibilità non è un fenomeno esclusivo degli ordinamenti a costituzione rigida (vedi infatti l’art. 15 delle disp. prel. cod. civ.).

2. – *Lacune*

Quanto alle lacune, nuovamente si possono fare due osservazioni.

(1) Si può convenire che le norme costituzionali che conferiscono diritti sociali richiedano attuazione o concretizzazione da parte del legislatore: non per nulla si usa qualificarle come norme “programmatiche”. Si può anche convenire che, in assenza di leggi che diano ad esse attuazione, l’ordinamento sia, in qualche senso, lacunoso. Ma in che senso esattamente?

Nella tipologia delle lacune si usa distinguere⁹:

(i) lacune normative: assenza di una norma che riconnetta una qualsivoglia conseguenza giuridica ad una fattispecie;

(ii) lacune tecniche: assenza di una norma che sia condizione necessaria di efficacia di un’altra norma¹⁰;

(iii) lacune assiologiche: assenza di una norma richiesta o

(iii.a) dal senso di giustizia dell’interprete¹¹, o

(iii.b) da una norma superiore¹²;

(iv) lacune istituzionali: assenza non di una norma, ma di una istituzione essenziale al funzionamento dell’ordinamento, inteso appunto come complesso di istituzioni¹³.

Ebbene, le lacune di cui si sta discorrendo paiono appartenere simultaneamente a due delle classi ora individuate: la classe (ii) e la classe (iii.b). Certo non si tratta di lacune del tipo (iii.a). La mancanza di una legge che dia concretizzazione ad un diritto sociale (poniamo: il diritto al lavoro o il diritto alla salute), imponendo ad un qualche soggetto determinato l’obbligo di soddisfare il diritto in questione, configura:

⁸ Cfr. R. Guastini, *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 1995, cap. II.

⁹ R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, 243 ss.

¹⁰ A. G. Conte, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962, 43 s. Cfr. anche A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, Bologna, 1977, 100-102.

¹¹ N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 96 s.; C. E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, cap. VI.

¹² G. Parodi, “Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale”, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Torino, 1996; Id., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 131 ss..

¹³ S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell’ordinamento statale*, Modena, 1925 (ora in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969).

(a) per un verso, una lacuna tecnica, poiché una legge siffatta è condizione necessaria di efficacia della norma costituzionale che conferisce il diritto sociale di cui trattasi;

(b) per un altro verso, una lacuna assiologica del secondo sotto-tipo, giacché la legge in questione è richiesta da una norma sovraordinata.

Ora, il riconoscimento di una lacuna tecnica è evidentemente altra cosa dalla raccomandazione di colmarla, rivolta al legislatore: è una constatazione, non una prescrizione. Il riconoscimento di una lacuna assiologica del secondo tipo, egualmente, costituisce una constatazione: può essere configurata come raccomandazione rivolta al legislatore, solo a condizione di precisare che si tratta di una mera iterazione di una raccomandazione già contenuta in costituzione.

(2) Il fenomeno delle lacune tecniche e, al contempo, assiologiche non è esclusivo dei regimi a costituzione rigida. È comune ad ogni ordinamento in cui vi siano norme che esigano attuazione o concretizzazione da parte di fonti subordinate.

Così, ad esempio, anche in regime di costituzione flessibile, è comune che una legge richieda un regolamento “di esecuzione”, senza il quale non sarebbe suscettibile di concreta applicazione. E anzi non è infrequente che una legge si limiti a determinare solo i principi di una data materia, ed esiga quindi, per la sua applicazione, un regolamento “di attuazione e integrazione” (per usare il lessico della legge 400/1988, art. 17, comma 1, lett. b).