

PIERLUIGI CHIASSONI

I postulati del modello garantista

ABSTRACT

The author discusses L. Ferrajoli's book *La democrazia attraverso i diritti*. He proposes an interpretation of the distinction, introduced by Ferrajoli, between "strict constitutionalism" as a theoretic model and as a political project. He then criticizes the list of the four postulates which, according to Ferrajoli, characterize the theoretic model of strict constitutionalism.

L'autore discute il libro di L. Ferrajoli *La democrazia attraverso i diritti*, proponendo, anzitutto, un'interpretazione della distinzione, introdotto da Ferrajoli, tra costituzionalismo garantista inteso come "modello teorico" o come "progetto politico", e criticando poi, in quanto difettosa, la lista dei quattro "postulati" che, secondo Ferrajoli, caratterizzerebbero il modello teorico del costituzionalismo garantista.

KEYWORDS

constitutionalism, legal positivism, constitutional state

costituzionalismo, positivismo giuridico, stato costituzionale

PIERLUIGI CHIASSONI *

I postulati del modello garantista

Premessa – 1. Modello teorico e progetto politico del costituzionalismo garantista: come intenderli? – 2. I “postulati” del modello garantista – 2.1. Una lista difettosa.

Premessa

Il mio contributo alla discussione del libro di Luigi Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*¹, si articolerà in due parti.

Nella prima parte, proporrò un modo di intendere la distinzione, a me non del tutto chiara, tra il modello teorico e il progetto politico del costituzionalismo garantista.

Nella seconda parte, sosterrò che la lista di “postulati” del modello garantista, proposta da Ferrajoli, appare difettosa dal punto di vista dello stesso modello garantista e dei suoi criteri di elaborazione.

* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università di Genova.
E-mail: pierluigi.chiassoni@unige.it.

¹ L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Roma-Bari, Laterza, 2013. Per ogni riferimento a quest'opera mi limiterò a indicare il numero della pagina.

1. *Modello teorico e progetto politico del costituzionalismo garantista: come intenderli?*

La democrazia attraverso i diritti è costruito sulla distinzione, enunciata sin dal sottotitolo, tra il costituzionalismo garantista come *modello teorico* e il costituzionalismo garantista come *progetto politico*.

Tale distinzione, tuttavia, non risulta del tutto chiara. Almeno, non a me. Proverò pertanto a chiarirla ricorrendo a termini non strettamente ferrajolani.

Il modello teorico del *costituzionalismo garantista* si contrappone ad altri due modelli teorici all'interno del costituzionalismo contemporaneo: il modello del *costituzionalismo paleo-positivista* e il modello del *costituzionalismo post-positivista* (principialista, neogiusnaturalista).

I tre modelli teorici sono modelli (rappresentazioni schematiche) di una stessa forma di organizzazione giurpolitica: lo stato costituzionale di diritto quale stato democratico caratterizzato dalla presenza di una costituzione rigida, garantita da un controllo giurisdizionale, che contiene una carta dei diritti fondamentali.

I tre modelli, tuttavia, non sono apparentemente modelli "teorici" allo stesso modo.

Il modello del costituzionalismo paleo-positivista ha la pretesa di essere un modello puramente descrittivo, che darebbe conto di che cosa e come è veramente lo stato costituzionale di diritto, da un punto di vista strutturale, in modo assiologicamente adiaforo.

I modelli del costituzionalismo post-positivista e del costituzionalismo garantista, per contro, sono modelli interpretativi: che pretendono, ciascuno, di delineare la migliore concezione dello stato costituzionale di diritto, ovvero il migliore modo di intenderne i principi informatori, dal punto di vista di ideologie e obiettivi gius-politici presupposti. Il

modello garantista, invero, è stato elaborato da Ferrajoli tenendo conto di due ideali:

a) l'ideale positivistico della separazione tra diritto e morale, quale ideale politico, di politica del diritto, che richiede di assicurare la certezza del diritto (se il diritto dipende dall'argomentazione morale, che cosa sia di diritto diviene incerto) e la creazione di uno spazio normativo, il diritto, che tuteli il singolo, la sua libertà e autonomia morale, dalle interferenze della morale positiva o di morali critiche socialmente influenti (ad esempio, le morali religiose);

b) l'ideale «dello stato di diritto e della democrazia», il quale esige che ogni potere, incluso quello politico e legislativo, sia *sub lege*, e che sia definitivamente superata quella forma insidiosa di “governo degli uomini” rappresentata dal parlamento sovrano nello stato legislativo di diritto (vi, 100-102).

Il modello teorico del costituzionalismo garantista, dunque, è un modello interpretativo, assiologicamente e ideologicamente compromesso.

La distinzione tra il costituzionalismo garantista come modello teorico e il costituzionalismo garantista come progetto politico non è, pertanto, una distinzione tra discorsi eterogenei: l'uno “descrittivo” e assiologicamente adiaforo, l'altro “valutativo-prescrittivo” e assiologicamente compromesso. Si tratta infatti, in entrambi i casi, di discorsi di “politica del diritto” (*à la* Kelsen). Con questa differenza. Il costituzionalismo garantista come modello teorico è (può essere inteso come) discorso di politica del diritto *de iure condito*: dato un qualunque stato costituzionale, *questi* ne sono i corretti principi informatori – “corretti”, beninteso, dal punto di vista della ragione giuridica e degli obiettivi etico-normativi che si assumano essere propri di tale organizzazione gius-politica. Il costituzionalismo garantista come progetto politico, invece, è (può essere inteso come) discorso di politica del diritto *de iure condendo*: data

l'attuale situazione di crisi economica, politica, istituzionale e culturale, si deve fare in modo che i principi informatori dello stato costituzionale di diritto, quali sono stati identificati nel modello garantista, siano adottati e implementati a tutti i livelli, contro tutti i poteri, in ogni luogo, per ogni individuo.

2. I “postulati” del modello garantista

Ho caratterizzato il modello teorico del costituzionalismo garantista come volto a identificare i principi informatori dello stato costituzionale di diritto. Orbene: quali sarebbero, secondo il modello garantista, tali principi?

Nel modello garantista, è bene avvertire, non si parla di “principi informatori”. Si parla, piuttosto, di “postulati”. Ora, secondo Ferrajoli, i postulati del modello garantista del costituzionalismo rigido sono quattro: il “principio di legalità”, il “principio di completezza deontica”, il principio di “giurisdizionalità”, il “principio di azionabilità”. Nell’insieme, essi disegnano la “sintassi” dello stato costituzionale: le regole fondamentali “sulla produzione del diritto” proprie di tale forma di organizzazione gius-politica.

Il principio di legalità è principio (potremmo dire) di *legalità universale*. Nello stato costituzionale, infatti, l’esigenza di legalità non è locale, o settoriale, com’è invece nello stato legislativo di diritto, dove concerne solamente le fonti sub-legislative, bensì investe tutti i poteri, incluso lo stesso potere legislativo: «qualunque potere normativo, nessuno escluso, è soggetto al diritto».

Il principio di legalità prescrive:

- a) che ovunque vi sia un potere, vi debbano essere “regole formali e sostanziali” relative al suo esercizio;
- b) che tali regole debbano imporre vincoli e limiti al potere regolato, istituendo “garanzie primarie” (obblighi

positivi o negativi correlativi «ai diritti ed interessi costituzionalmente stabiliti») e separazioni;

c) che debbano ritenersi precluse le antinomie, quali “incoerenze” tra le norme prodotte dai poteri subordinati, incluso il potere legislativo, e le norme a essi sovraordinate; sotto quest’ultimo aspetto, il principio di legalità si concretizza come «principio logico e insieme normativo», omologo giuridico del principio logico di non contraddizione (52).

Il principio di completezza deontica prescrive, a titolo d’ideale regolativo, la completezza delle garanzie primarie:

«dovunque ci siano diritti o interessi stabiliti da norme primarie, devono essere introdotti, quali loro *garanzie primarie*, i doveri corrispondenti, cioè il divieto di lederli e l’obbligo di tutelarli e soddisfarli in capo a funzioni e a istituzioni di garanzia primarie, a loro volta separate da qualunque altro potere» (corsivo nel testo) (53).

Se, per esempio, la costituzione ascrive a tutti gli individui il “diritto alla vita”, il principio di completezza deontica impone di emanare norme (costituzionali) che escludano la pena di morte dal novero delle sanzioni comminabili e norme (penali) relative all’omicidio. In forza di ciò, tale principio “enuncia” la:

«normatività dei principi costituzionali e dei diritti da essi stabiliti, i quali consistono in aspettative positive o negative le quali implicano i correlativi obblighi e divieti e perciò richiedono, se presi sul serio, leggi di attuazione in assenza delle quali ricorrono *lacune* responsabili della loro ineffettività strutturale» (corsivo nel testo) (53).

Il principio di giurisdizionalità prescrive di approntare “garanzie secondarie”, quali complementi necessari (sul piano

fattuale), e doverosi (sul piano giuridico-normativo), delle norme che predispongano garanzie primarie:

«dovunque ci siano norme e garanzie primarie devono esserci, contro le loro possibili violazioni, anche norme secondarie, che predispongano l'intervento di *garanzie secondarie* o giurisdizionali ad opera di funzioni e di istituzioni di garanzia a loro volta secondarie, separate anch'esse da qualunque altro potere» (53 s.).

Il principio di azionabilità, infine, prescrive che:

«dovunque ci sia una giurisdizione deve pur essere prevista, quale ulteriore garanzia secondaria, la sua attivazione da parte dei titolari dei diritti e degli interessi lesi e, in via complementare e sussidiaria, da parte di un organo pubblico in grado di supplire alla loro possibile inerzia o debolezza» (54).

La lista dei quattro postulati del modello garantista or ora richiamata appare, tuttavia, problematica. Si può sostenere, infatti, che essa sia *o* ridondante, *o* difettosa. La lista è ridondante, se per “postulato” s'intende, in senso forte, un principio fondamentale, non derivato, del modello garantista. La lista è difettosa, se per “postulato” s'intende, in senso debole, un principio informatore, strutturale, ancorché non necessariamente fondamentale, del modello garantista.

Ferrajoli ammette la ridondanza della lista dei quattro postulati (anche se non si pone tale problema), laddove sostiene esservi un nesso d'implicazione logica che lega i principi di azionabilità, giurisdizionalità, e completezza deontica al principio di legalità (56). Non sembra invece ammettere (e ciò *per facta concludentia*) che, una volta adottata una nozione debole di “postulato”, quale lui stesso adotta, la lista dei “postulati” del modello garantista

dovrebbe essere ampliata a includere ulteriori principi, altrettanto cruciali per l'interpretazione garantista dello stato costituzionale di diritto.

2.1. *Una lista difettosa*

A mio avviso, la lista dei quattro postulati non è idonea a dare conto di tutti i principi informatori del diritto di uno stato costituzionale, secondo l'interpretazione garantista. Si tratta, dunque, di una lista difettosa: e tale, si badi, non già da un qualche punto di vista esterno, ma precisamente dal punto di vista della stessa concezione garantista dello stato costituzionale che Ferrajoli ha elaborato e difeso.

Per le ragioni che richiamerò tra breve, mancano non meno di sei principi, anch'essi attinenti, come i primi quattro, alla "sintassi" o "produzione del diritto": il principio d'incomprimibilità dei diritti fondamentali, il principio di non desuetudine, il principio d'interpretazione conservatrice, a sua volta specificazione del principio di cognitività dell'interpretazione, il principio di tassatività delle formulazioni normative, nonché, infine, il principio d'interpretazione garantista.

La costituzione di uno stato costituzionale, sostiene Ferrajoli, dev'essere intesa come dotata di un carattere "anti-evolutivo": i diritti fondamentali in essa consacrati devono essere considerati al di fuori della sfera di ciò che è decidibile da parte delle maggioranze politiche del momento. Si tratta – precisa Ferrajoli, replicando a una consueta obiezione – di "legare le mani" delle generazioni (di volta in volta) presenti, per impedire che esse "taglino le mani" delle generazioni future. Un tale risultato richiede la vigenza di un principio strutturale del paradigma garantista del costituzionalismo rigido, secondo cui: le norme costituzionali primarie, ascrittive di diritti fondamentali, non sono suscettibili di revisioni costituzionali che ne comportino l'eliminazione

o l'affievolimento. Chiamerò questo principio strutturale *principio d'incomprimibilità dei diritti fondamentali*.

La revisione formale, o mediante legiferazione costituzionale, tuttavia, non è che una prima forma di revisione costituzionale. Una seconda forma è la revisione mediante consuetudini costituzionali: ciò può accadere ogniqualvolta le prassi degli organi costituzionali (parlamento e governo) abbiano l'effetto di sostituire i diritti fondamentali sanciti nella costituzione con diritti diversi e affievoliti. Si tratta del fenomeno della desuetudine, che solleva delicate questioni di politica del diritto, non di rado indagate come se fossero questioni di teoria pura. Orbene: nel modello garantista vi è apparentemente un principio che preclude questa via, a tutela dei diritti costituzionali. Chiamerò questo principio *principio di non desuetudine*. In base ad esso, le prassi degli organi costituzionali volte a modificare i diritti fondamentali devono ritenersi costituzionalmente illecite, e in quanto tali suscettibili di essere censurate dagli organi di garanzia giurisdizionale.

Una terza forma di revisione costituzionale consiste, infine, nella (re)interpretazione costituzionale: i giudici costituzionali potrebbero, mediante opportune (re)interpretazioni "evolutive" delle disposizioni costituzionali, ricavare da esse diritti fondamentali dotati di un ambito di applicazione più circoscritto, meno incisivi quali limiti al potere legislativo ed esecutivo, subordinati metodicamente a interessi superiori quali, ad esempio, la sicurezza collettiva. Il modello garantista contiene tuttavia un principio che preclude anche questa terza, surrettizia, forma di revisione costituzionale. Si tratta del principio che, *faute de mieux*, chiamerò *principio d'interpretazione costituzionale conservatrice*. Tale principio, a sua volta, può essere inteso come una specificazione, relativa all'interpretazione costituzionale, del più generale *principio di cognitività dell'interpretazione*, secondo cui, nell'interpretazione giudiziale, l'elemento "sapere" (ricognitivo di significati oggettivi)

deve sempre prevalere sull'elemento "potere" (creazione di significati nuovi, giocoforza soggettivi) (136 s.). Al fine di favorire la massima efficacia dei due principi, occorre che la redazione delle disposizioni sia informata al più rigoroso rispetto di un ulteriore principio, anch'esso contemplato dal garantismo: il *principio di tassatività redazionale*. Naturalmente, quest'ultimo principio può considerarsi condizione necessaria, ma non sufficiente, della cognitività dell'interpretazione giudiziale: anche le disposizioni più precise possono infatti essere vanificate ("oltrepassate") mediante metodi interpretativi "liberali" (che, ad esempio, privilegino sistematicamente l'interpretazione correttiva ed esaltino la "defettibilità delle norme").

Un ultimo principio merita di essere annoverato tra i postulati del modello garantista. Nella sua polemica contro il costituzionalismo principialista, Ferrajoli difende l'esigenza di intendere le norme ascrittive di diritti fondamentali come norme che esprimono vere e proprie regole, e non già principi ponderabili. Un tale modo di vedere risponde a un ulteriore postulato interpretativo del modello garantista: che attiene non già all'interpretazione-traduzione, o testuale, delle disposizioni costituzionali, bensì alla loro interpretazione-qualificazione. Si tratta del *principio d'interpretazione garantista*.

In conclusione: i postulati del modello garantista, accogliendo un'accezione debole di postulato, sono non già quattro, ma (perlomeno) dieci. Accanto ai principi di legalità, completezza deontica, giurisdizionalità e azionabilità, occorre altresì annoverare il principio d'incomprimibilità dei diritti fondamentali, il principio di non desuetudine, il principio d'interpretazione costituzionale conservatrice, il principio di cognitività dell'interpretazione giudiziale, il principio di tassatività delle formulazioni normative, il principio d'interpretazione garantista.