

IL CONTROLLO DI
COSTITUZIONALITÀ
SECONDO LUIGI
FERRAJOLI:
“*AUCTORITAS*” O “*VERITAS
FACIT IUDICIUM*”?

GIOVANNI **BISOGNI**



Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli:
"auctoritas" o "veritas facit iudicium"?

The Constitutional Review in Luigi Ferrajoli's Thought:
"Auctoritas" or "Veritas Facit Iudicium"?

GIOVANNI BISOGNI

Professore Associato di Filosofia del diritto, Università di Salerno.

Email: gbisogni@unisa.it

ABSTRACT

L'articolo mette a raffronto la concezione della giustizia costituzionale di Luigi Ferrajoli con la *Verfassungsgerichtsbarkeit* di Hans Kelsen. Il raffronto è interessante non solo in sé – per cogliere i punti di forza e le debolezze dell'uno e dell'altro autore –, ma anche come modo per rimarcare che, se i diritti e i principi consacrati nelle costituzioni contemporanee rappresentano senza dubbio un limite giuridico al potere politico, la loro tutela, soprattutto quella offerta da appositi tribunali costituzionali, non può essere sempre considerata come un qualcosa di autenticamente giudiziario.

The article compares Ferrajoli's conception of constitutional review with the Kelsenian *Verfassungsgerichtsbarkeit*. The comparison is worthy not only as such – by making clear the strengths and shortcomings of both authors –, but also as a way to underscore that, if we all agree that the government is legally limited in its powers by constitutional rights and principles, their protection through constitutional review – particularly that performed by constitutional courts – cannot be always regarded as something purely judicial.

KEYWORDS

Luigi Ferrajoli, Hans Kelsen, controllo di costituzionalità, giurisdizione

Luigi Ferrajoli, Hans Kelsen, Constitutional review, Judiciary

Il controllo di costituzionalità secondo Luigi Ferrajoli: "auctoritas" o "veritas facit iudicium"?

GIOVANNI BISOGNI

1. Premessa – 2. Da Ferrajoli a Kelsen... – 3. ...e viceversa – 4. Conclusioni.

1. Premessa

In una recente recensione de *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* di Luigi Ferrajoli, Mauro Barberis si chiede – bonariamente, ma non meno significativamente – se Kelsen fosse un precursore di Ferrajoli o quest'ultimo sia il successore del primo¹.

Orbene, v'è una prospettiva a partire dalla quale risulta difficile propendere per l'una o l'altra ipotesi: la giustizia costituzionale. Che il tema sia comune ad entrambi non v'è dubbio alcuno; è difficile, però, dire se l'uno abbia anticipato o perfezionato l'opera dell'altro e ciò perché vi sono alcuni aspetti della *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana che si rivelano, grazie alle puntuali osservazioni di Ferrajoli, non poco problematiche e forse, proprio per questo motivo, da consegnare alla storia; d'altro canto, nonostante queste osservazioni, Kelsen ha ancora qualcosa da dire in tema di giustizia costituzionale e proprio all'indirizzo della concezione che ne ha il primo. Ne vien fuori un confronto che è assai interessante non solo in sé – per cogliere i punti di forza e le debolezze dell'uno e dell'altro autore –, ma anche perché indica una pista di ricerca che la teoria giuridica contemporanea sarebbe opportuno coltivasse.

2. Da Ferrajoli a Kelsen...

Nella sua produzione scientifica Ferrajoli non dedica specifica attenzione alla giustizia costituzionale, ma non poche delle "aporie" che egli individua nella teoria pura del diritto hanno dei riverberi su di essa e valgono, talvolta implicitamente, talaltra esplicitamente, come limiti della concezione che ne ha Kelsen².

¹ BARBERIS 2017.

² È questa la ragione per cui occorre andare al di là del testo fondamentale attraverso cui Ferrajoli si confronta con Kelsen – ovvero FERRAJOLI 2016a – per tener conto del testo ferrajoliano in cui il giudizio sulle leggi è trattato più diffusamente e organicamente ovvero FERRAJOLI 2007.

Tesi dell'assorbimento dei diritti nelle loro garanzie.

Si tratta di una tesi nota: giuridicamente non esistono diritti se non esistono garanzie ovvero se non sono previste e funzionanti procedure atte a rimediare all'eventuale inadempimento dell'obbligo correlato al diritto in questione. All'epoca in cui fu formulata, questa tesi aveva e voleva avere un effetto demistificatorio delle "promesse" che la nascente democrazia di massa andava facendo nelle costituzioni del primo dopoguerra, ma ad un "prezzo" eccessivo e – come giustamente Ferrajoli nota³ – persino paradossale per colui che viene additato come uno dei fondatori del costituzionalismo contemporaneo. Ed infatti, se un diritto esiste solo nella misura in cui siano disposte garanzie contro la sua violazione, va da sé che, se una costituzione proclama alcuni diritti come fondamentali e non prevede poi alcun mezzo specifico per la loro attuazione, il legislatore ordinario è giuridicamente del tutto libero di decidere se e come prenderli sul serio, con buona pace della supremazia della costituzione rispetto al primo. Ciò è vero, in primo luogo, per quei diritti fondamentali che pongono obblighi positivi in capo al legislatore come, ad es., i diritti sociali. È evidente che in questa prospettiva essi costituirebbero solo un generico impegno non vincolante a favore della giustizia sociale, ma, per Ferrajoli, la prospettiva va ribaltata: se l'essere – ovvero il sistema dinamico – non si accorda con il dover-essere – ovvero il sistema statico di cui i diritti fondamentali sono parte – non è quest'ultimo a soccombere, ma anzi rimane lì con tutta la sua capacità di evidenziare le "lacune" ovvero le inadempienze del legislatore⁴. Ma il medesimo discorso vale persino per quella violazione costituzionale che Ferrajoli etichetta come "antinomia" e alla quale Kelsen rimedia proprio col mezzo della giustizia costituzionale, tant'è che fino a quando il tribunale costituzionale non sana il contrasto con la costituzione, la legge incostituzionale va considerata, per Kelsen, valida e applicabile – un po' come se si dicesse che un'automobilista può *validamente* parcheggiare in divieto di sosta fino a quando non arrivi il vigile a multarlo.

In realtà, come Ferrajoli coglie correttamente, Kelsen non crede molto nei diritti fondamentali⁵. Di per sé già la tesi dell'assorbimento tradisce un netto *favor* verso la nozione di obbligo anziché di diritto; se a ciò si aggiunge che Kelsen ragiona di

³ Cfr. FERRAJOLI 2016a, 63 ss. Si badi che la critica all'appiattimento kelseniano della nozione di diritto soggettivo sul diritto d'azione è piuttosto risalente: cfr., ad es., BETTI 1920, II ss.

⁴ Anche se rimane da risolvere il problema, di non poco momento, di trovare un rimedio per colmarle: Ferrajoli, infatti, in nome del principio di separazione dei poteri, nega che il giudice possa sostituirsi al legislatore (cfr. FERRAJOLI 2007, II, 95 e 401 s., e – molto più esplicitamente – FERRAJOLI 2010, 2973), limitandosi a suggerire il vincolo costituzionale di una quota di bilancio destinata ai diritti sociali oppure qualche forma di responsabilità politica dell'esecutivo o del legislativo per inattuazione o lesione degli stessi (cfr. FERRAJOLI 2007, II, 402).

⁵ Cfr. FERRAJOLI 2016a, 67 ss.

diritti con una mentalità giusteorica più che altro “codicistica” – i diritti sono, in ultima analisi, pretese ad una pena, nel caso del diritto penale, o all’esecuzione forzata, nel caso del diritto civile⁶ –, si comprende perché egli finisca per considerarli argomenti più appropriati alla filosofia politica e alla filosofia morale che alla scienza giuridica. Ciò significa che, a livello costituzionale, il loro “posto” è più nel preambolo che nel corpo del testo; e, a livello di giustizia costituzionale, che essi sono in ultima analisi inutilizzabili come autentico parametro di giudizio – quasi l’oggetto di quelle norme “programmatiche” la cui attuazione, per la giurisprudenza comune dei primi anni di vigenza della Costituzione, non a caso sarebbe dovuta spettare unicamente al legislatore.

In ciò non si può non convenire con Ferrajoli che si tratti di una visione estremamente riduttiva – si potrebbe dire quasi pessimistica – del costituzionalismo contemporaneo. Forse non si potrà sempre credere a tutte le “promesse” che il linguaggio giuridico, in generale, e quello costituzionale, in particolare, fanno, ma è sicuramente eccessivo pensare che conti se e solo se sia effettivamente garantito: esso, invece, serve ad additarci “lacune” e “antinomie” in cui i poteri pubblici possono cadere, a patto che la logica sia applicabile al diritto – cosa che, invece, Kelsen esclude, come vedremo tra poco.

Tesi dell’inapplicabilità della logica al diritto.

Per Ferrajoli è senza dubbio una delle “aporie” più gravi che affliggono la teoria pura del diritto sia sul piano generale che su quello della giustizia costituzionale. Essa, infatti, produce un insieme di effetti inaccettabili sotto il profilo sia teorico che pratico.

Innanzitutto, se la logica non è applicabile al diritto, non è possibile predicare del contenuto di una norma inferiore l’antinomicità con il contenuto della norma superiore che la disciplina, se non quando l’autorità competente a vigilare su questa antinomicità la faccia valere. Ciò porta con sé che, ad es., una legge ordinaria che introducesse la pena di morte non potrebbe dirsi contraria a Costituzione fino a quando (non lo dichiari, ma) non lo decida la Corte; per giunta, nell’ipotetico caso in cui la Corte la qualificasse come legittima, non si potrebbe nemmeno dire che la sua sentenza sia errata per violazione dell’art. 27 Cost.⁷, con il risultato, anche in tal caso, di minare la rigidità costituzionale – stavolta a favore del tribunale costituzionale⁸.

⁶ Cfr., a titolo esemplificativo, KELSEN 1960, 148 ss.

⁷ Non solo, ma anche a causa della inimpugnabilità delle sue sentenze, giacché «non appena il caso è diventato *res iudicata*, l’opinione che la norma individuale rappresentata dalla sentenza non corrisponda alla norma generale che la prima ha da applicare è priva di importanza giuridica» (KELSEN 1945, 157).

⁸ Cfr. FERRAJOLI 2016a, 166.

Questo esempio dimostra un ulteriore, estremo, effetto derivante dall'inapplicabilità della logica al diritto. Se la logica impone un'unica soluzione corretta – quella per la quale una legge che introduce la pena di morte infrange l'art. 27 Cost. –, essa non vale in ambito giuridico: per Kelsen, in un sistema dinamico quale il diritto una norma esiste solo se autoritativamente prodotta (e non esiste solo se annullata); la norma superiore può certamente dettare limiti di contenuto quali requisiti di validità della norma inferiore, ma questi limiti definiscono sempre una “cornice” entro la quale operare una scelta e mai una ed una soluzione soltanto – quale potrebbe essere quella desunta da una corretta inferenza logica. Ora, relativamente al legislatore si può anche ammettere che di regola le disposizioni costituzionali gli offrano una “cornice” – perché disposizioni come l'art. 27 Cost. rappresentano un po' l'eccezione –; ma relativamente al giudice una conclusione del genere è quasi una sorta di provocazione. L'intento di Kelsen, tuttavia, era proprio questo: dimostrare che in realtà i giudici esercitano *sempre* discrezionalità, producono diritto così come il legislatore, con l'unica differenza per cui quest'ultimo di regola dispone di un *quantum* di discrezionalità maggiore di quello offerto ai primi⁹.

La conseguenza ultima è l'impossibilità di distinguere funzionalmente legislazione e giurisdizione – una dissoluzione, per Ferrajoli, alquanto onerosa¹⁰. Non si tratta solo della circostanza per cui senza questa distinzione molte norme e istituti di diritto positivo sarebbero incomprensibili ed inutilizzabili – si pensi, ad es., al conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, ma anche alla stessa Corte Costituzionale che, a questo punto, sarebbe funzionalmente indistinguibile dal Parlamento –; e nemmeno della contraddizione interna a Kelsen stesso insita nell'aspirazione, in sede di teoria politica, ad un primato del parlamento da garantire mediante un principio di legalità sostanziale che, però, in sede di teoria giuridica, è di fatto impossibile. È che, per Ferrajoli, senza logica non è possibile vincolare un interprete ad un testo normativo e in tal modo la giurisdizione, anche la giurisdizione costituzionale, viene privata di quella che è l'unica fonte di legittimazione democratica che non si basi sulle elezioni. Se «*auctoritas non veritas facit legem*» e, dunque, chi produce diritto ha sempre bisogno di una legittimazione democratica robusta – per lo più di natura elettiva –, «*veritas non auctoritas facit iudicium*»¹¹: l'esercizio della giurisdizione, anche della giurisdizione costituzionale, può dirsi democratico solo nella misura in cui applichi il diritto ovvero solo nella misura in cui pratici un giudizio sussuntivo del caso sottoposto al suo esame nelle norme che lo prevedono ed è questa fedeltà al testo normativo a giustificare l'indipendenza di cui tradizionalmente godono i giudici rispetto al legislativo e all'esecutivo

⁹ Cfr. KELSEN 1960, 581 ss.

¹⁰ Cfr. FERRAJOLI 2016a, 171 ss.

¹¹ FERRAJOLI 2016a, 174.

e l'impossibilità che l'applicazione giurisdizionale delle norme possa essere modificata in funzione dei risultati elettorali¹².

3. ...e viceversa

Sembrerebbe, quindi, che il pensiero di Kelsen, persino per quell'"invenzione" cui deve la propria notorietà – la giustizia costituzionale –, sia da consegnare alla storia.

Tuttavia, proprio il riferimento alla storia si rivela prezioso non solo per l'elementare esigenza di contestualizzare tesi che oggi risultano alquanto recessive, ma al tempo stesso anche per illuminarne la perdurante attualità teorica rispetto all'interpretazione prevalente circa l'identità e il ruolo dei tribunali costituzionali.

Cominciamo dallo scetticismo kelseniano nei confronti dei diritti fondamentali.

Non c'è che dire: Kelsen ha una teoria dei diritti fondamentali che è troppo povera per la "ricchezza" delle costituzioni contemporanee; non bisogna dimenticare, però, che all'epoca in cui egli pose le basi della propria teoria pura del diritto i diritti fondamentali godevano di tutt'altro che di quel consenso che, nonostante tutto, caratterizza la nostra attuale vita costituzionale. Come noto, Dworkin definisce i diritti – peraltro, quelli di matrice liberale – come "*trumps*"¹³, come "briscole": ebbene – per intenderci –, anche all'epoca di Weimar i diritti erano "briscole", ma in una partita che sovente era *unfair* e in cui ci si giocava il diritto all'esistenza politica (e talvolta anche fisica).

Tutto ciò non intende valere come un'attenuante per la trattazione che Kelsen riserva ai diritti fondamentali, ma solo per ricordare che i diritti fondamentali hanno anche un'"anima" politica. Richiedono, in altri termini, decisioni politiche, decisioni circa le priorità da seguire, le risorse da distribuire, i mezzi per attuare i diritti – tutte decisioni che non solo possono scatenare conflitti anche aspri, ma che possono produrre un'esposizione politica che mal si addice ad una istituzione che dovrebbe dirsi giudiziaria e che richiede, a questo punto, una legittimazione molto più forte di un razionalistico vincolo al testo normativo¹⁴.

Ciò permette di passare alla concezione kelseniana della giurisdizione, la quale instilla il dubbio che quella ferrajoliana – basata sulla "*veritas*" del "*iudicium*" – possa effettivamente calzare al giudizio sulle leggi.

Anche in tal caso, oggi siamo soliti vedere nella magistratura un'istituzione tesa a tutelare i diritti fondamentali – tutti i diritti – consacrati dalla Costituzione e la

¹² Cfr. FERRAJOLI 2016a, 163.

¹³ DWORKIN 1981, 153.

¹⁴ Ciò che spinge interpreti come, ad es., WALDRON 1999 e, in Italia, PINTORE 2003 a vedere nel legislatore democraticamente eletto l'istituzione più "competente" sul piano teorico ad occuparsi dei diritti.

cui fedeltà alla democrazia è fuori discussione, ma altrettanto non può dirsi per gli anni Venti e Trenta del '900. Come già da tempo è stato evidenziato¹⁵, buona parte del personale giudiziario di quel periodo era decisamente conservatore: esso non solo non guardava di buon occhio ad un parlamento popolato da partiti dalle forti venature antiliberali, ma spesso tendeva ad interpretare la costituzione in modo da amputarne quelle parti non riconducibili all'ideologia giuridica liberale. Ciò forse non spiega, ma aiuta a comprendere perché Kelsen non intenda garantire una specificità teorica della giurisdizione, fino al punto da chiedersi se negli attuali regimi democratici di massa l'indipendenza della magistratura non vada riletta e soprattutto limitata allo scopo che essa non venga abusata per tradire la volontà delle istituzioni democraticamente elette¹⁶.

Ed infatti, si tenga presente che uno dei maggiori ostacoli teorici al progetto della *Verfassungsgerichtsbarkeit* era rappresentato proprio dal principio della separazione dei poteri e, in particolare, da quella nozione di giurisdizione la cui dissoluzione Ferrajoli critica. Ovviamente non è qui possibile, anche solo per sommi capi, riassumere la polemica weimariana sul custode della costituzione, ma è proprio questa nozione uno degli argomenti principali avanzati da Schmitt contro Kelsen. Per Schmitt, i giudici o non possono sindacare la costituzionalità delle leggi in virtù della subordinazione a quest'ultima o possono anche farlo, ma solo a condizione che le norme costituzionali consentano una «sussunzione conforme alla fattispecie»¹⁷. Solo entro tali limiti si può avere un controllo di costituzionalità che possa dirsi genuinamente giurisdizionale, ma in tal caso, per Schmitt, esso sarà di fatto «inutile», in quanto costretto a occuparsi solo delle «indubbe violazioni della costituzione, che in uno Stato civile non saranno cosa di tutti i giorni»¹⁸. Se, invece, le medesime norme costituzionali sollevano «dubbi e divergenze di opinione»¹⁹ tali da non permettere un «sussunzione conforme alla fattispecie», il controllo di costituzionalità fatalmente esprimerà discrezionalità e, allora, non avremo a che fare con la funzione giurisdizionale, ma con una forma di legislazione, «addirittura «legislazione costituzionale»»²⁰, che non può che spettare a organi rappresentativi del popolo.

La tesi dell'assimilazione funzionale di legislazione e giurisdizione serviva, allora, proprio per ribattere punto su punto ad un'argomentazione del genere. E così, non è affatto vero che si ha giurisdizione solo nella misura in cui l'applicazione delle norme si risolve in una «sussunzione conforme alla fattispecie», perché,

¹⁵ Cfr., per tutti, KIRCHHEIMER 1965, cui si può aggiungere, più di recente, STOLLEIS 2003 e bibliografia ivi citata.

¹⁶ Cfr. soprattutto KELSEN 1929, 132 e ss.

¹⁷ SCHMITT 1931, 32.

¹⁸ SCHMITT 1931, 57.

¹⁹ SCHMITT 1931, 13.

²⁰ SCHMITT 1931, 74.

per Kelsen, generalmente ci si rivolge al giudice proprio perché le norme non forniscono un'unica soluzione cui attenersi senza la necessità di ricorrere ad un'autorità²¹. Di qui – secondo Kelsen – la conclusione per cui giudicare implica discrezionalità così come il legiferare ed è questa la ragione per la quale è improprio discorrere di un'usurpazione di competenza: sindacare la costituzionalità di una legge funzionalmente non è altro che una forma di legislazione, con la sola differenza per cui quella esercitata dal tribunale costituzionale è “negativa” e quantitativamente limitata²². Ma soprattutto, la discrezionalità giudiziale è il mezzo necessario per conferire “utilità” al giudizio sulle leggi: esso intanto ha un senso, in quanto possa esprimersi proprio sui «dubbi e divergenze di opinione» aperti dalle norme costituzionali, proprio in quanto possa valutare in maniera diversa il modo in cui il legislatore ha interpretato la discrezionalità offerta dal testo costituzionale²³.

Certo, Kelsen sa bene che un organo funzionalmente omogeneo al legislatore, che esercita discrezionalità come quest'ultimo e che, quindi, è dotato di un tipo di legittimazione molto più prossimo – “ferrajoliano” – all’*auctoritas* che alla *veritas*, solleva più di un problema sotto il profilo democratico. Ma la sua soluzione non passa per l'assimilazione del controllo di costituzionalità ad una «sussunzione conforme alla fattispecie», ma nel ricorrere alla c.d. “forma giudiziaria”²⁴ ovvero nello strutturare il procedimento per la rimozione di una legge incostituzionale *come se fosse* un procedimento giudiziario, caratterizzato dal principio della domanda, da poteri di natura processuale, e soprattutto facendo sì che tale rimozione sia accompagnata da un basso tasso di discrezionalità – di qui l'auspicio ad un parametro di controllo il più precettivo possibile²⁵.

Insomma, non v'è dubbio che in generale l'omogeneità funzionale di legislazione e giurisdizione sortisca effetti teoreticamente contraddittori e praticamente inopportuni, ma è pur vero che, in rapporto alla giustizia costituzionale, una nozione di giurisdizione che abbia nel giudizio sussuntivo il suo *ubi consistam* rischia di avere scarsa capacità esplicativa e di non aiutare a far spazio ad un giudizio sulle leggi realmente incisivo. Ed è proprio quello che accade con Ferrajoli, per il quale la “natura” autenticamente giurisdizionale del giudizio sulle leggi è fuori discussione.

Un primo segno di questa scarsa capacità esplicativa sta nel tipo di assetto organizzativo che, secondo Ferrajoli, è coerente con questa “natura”. Egli, infatti, aderisce a quella tradizione abbastanza consolidata in virtù della quale il sindacato di

²¹ Cfr. KELSEN 1930-31, 244 ss.

²² Cfr. KELSEN 1928, 173 ss. nonché KELSEN 1930-31, 242 ss. e 256 ss.

²³ Cfr. KELSEN 1928, 188 ss. e 199 ss., nonché KELSEN 1930-31, *passim* ma soprattutto 243, 249, 253.

²⁴ KELSEN 1930-31, 259.

²⁵ Cfr. KELSEN 1928, 188 ss. e KELSEN 1930-31, 253 ss. E certo per Kelsen, data la suaccennata diffidenza nei confronti dei diritti fondamentali, il rinvio a quest'ultimi non avrebbe aiutato in tal senso.

costituzionalità della legge può essere articolato in forma diffusa, secondo l'esempio fornito dagli Stati Uniti, oppure in forma accentrata, seguendo colui il quale, a suo avviso, è il suo “padre” ovvero Hans Kelsen²⁶. E tra le due tipologie egli mostra un netto ed esplicito disfavore verso la prima a causa della designazione dei *Justices* della Corte Suprema da parte dell'esecutivo, che ne minerebbe se non proprio l'indipendenza quantomeno l'imparzialità. Se a questo disfavore si aggiunge anche l'opinione secondo la quale, a causa del principio dello *stare decisis* proprio dei sistemi di *common law*, la medesima Corte finirebbe con l'applicare il diritto in maniera notevolmente discrezionale, si ha quasi l'impressione che essa non abbia affatto natura giurisdizionale²⁷.

Orbene, in primo luogo appare eccessivo schiacciare il sindacato diffuso esclusivamente sul modello nordamericano, non solo e non tanto per semplici esigenze comparatistiche, ma soprattutto perché è stato proprio il “padre” del sindacato accentrato – Kelsen – ad affermare che, nel caso in cui una costituzione taccia su chi debba controllare la costituzionalità delle leggi, i giudici comuni devono considerarsi autorizzati a farlo e anche per la validità materiale delle leggi²⁸.

Ed infatti, a dire il vero, una “logica” genuinamente giurisdizionale dovrebbe sospingere verso un sindacato del genere. Se a sostegno di questa tesi non si può invocare la tanto contestata autorità scientifica di Schmitt – per il quale una giurisdizione speciale rappresenterebbe una concessione alla “politicità” del contenzioso costituzionale che mal si concilia con il concetto di giurisdizione²⁹ –, non si dimentichi che anche per il costituente Piero Calamandrei il controllo di costituzionalità andava strutturato, almeno parzialmente, in termini diffusi³⁰. Del resto, quando si trattò di redigere gli artt. 134 e ss. Cost., ci si risolse a favore di un apposito organo i cui membri sono in parte nominati da organi “politici” proprio sulla base di questa consapevolezza teorica³¹: pertanto, contrapporre la natura giurisdizionale dei tribunali costituzionali come quello italiano alla debole, se non nulla, “giurisdizionalità” della Corte Suprema statunitense finisce con l'avere una scarsa capacità esplicativa delle scelte che ispirarono i costituenti circa settant'anni addietro³².

²⁶ Cfr. FERRAJOLI 2007, II, 93.

²⁷ Cfr. FERRAJOLI 2007, II, 93 s.

²⁸ È, questo, forse uno dei pochissimi casi in cui si potrebbe dire che Kelsen, nonostante non dia cittadinanza alcuna alle “lacune” per come Ferrajoli le intende, non solo ne individua una – consistente, come detto, nel silenzio delle disposizioni costituzionali circa l'istituzione competente a giudicare della costituzionalità materiale delle leggi –, ma provvede persino a colmarla: cfr. KELSEN 1960, 303.

²⁹ Cfr. SCHMITT 1931, 57 ss.

³⁰ V. il progetto sulla giustizia costituzionale presentato da Calamandrei presso la Commissione per la Costituzione (consultabile in BATTAGLINI, MININNI 1960, 76 ss.).

³¹ Cfr., per tutti, MEZZANOTTE 1979.

³² Per di più, dal momento che 1/3 dei giudici costituzionali sono eletti da un organo sicuramente “politico” come il Parlamento, si dovrebbe concludere che anche la nostra Corte Costituzionale non è, poi, così tanto giurisdizionale.

Ecco perché risulta improprio il riferimento a Kelsen quale “padre” di un controllo di costituzionalità in forma accentrata e *autenticamente* giurisdizionale. Come si è detto, la *Verfassungsgerichtsbarkeit* è concettualmente assai distante da ciò che Ferrajoli concepisce come giustizia costituzionale: essa *assomiglia* ad una giurisdizione, ma in realtà non lo è, giacché è tutt’altro che vocata a quella “applicazione sostanziale” che, per Ferrajoli, costituisce il compito tipico di qualsiasi giurisdizione³³. Perché un altro segno dell’irriducibilità della giustizia costituzionale ad una comune giurisdizione sta proprio nella difficoltà di considerare l’applicazione della costituzione da parte dei tribunali costituzionali come una pacifica manifestazione di ragionamento giudiziario.

Un’avvertenza è qui d’obbligo. Si ingannerebbe chi interpretasse il motto ferrajoliano «*veritas non auctoritas facit iudicium*» come la pretesa di far tornare le lancette della teoria dell’interpretazione giuridica al tempo del formalismo ottocentesco. Per Ferrajoli, infatti, il cognitivismo giudiziario non esclude affatto l’“opinabilità”³⁴ dell’interpretazione delle norme, come pure la “probabilità”³⁵ – e non, quindi, la certezza – della prova dei fatti rilevanti, dovendovi infine aggiungere anche la «comprensione equitativa del fatto accertato»³⁶. Tuttavia – ed è questo un gran merito di Ferrajoli –, *esiste una differenza qualitativa fra discrezionalità legislativa e discrezionalità giudiziaria*: altro è applicare una norma che richiede “rispetto”³⁷ – ove l’atto applicativo può assumere tutti quei contenuti che non sono vietati dalla norma sostanziale da applicare –; altro è applicare una norma “sostanzialmente” – e in tal caso l’atto applicativo è obbligato ad assumere il contenuto e solo quel contenuto prescritto dalla norma, e se c’è discrezionalità, essa risiede esclusivamente sul piano interpretativo, in relazione al significato delle norme sostanziali da applicare³⁸.

Ciò nonostante, si può avanzare qualche dubbio sulla tenuta di questa distinzione quando abbiamo a che fare con norme costituzionali e soprattutto con la giustizia costituzionale.

Il problema è arcinoto e consiste nella discrezionalità decisionale offerta dalle norme “programmatiche” di cui è ricca la costituzione. Ora, non v’è dubbio che un po’ tutta la teoria giuridica di Ferrajoli consista proprio nel tentativo di dare

³³ È questa somiglianza a rendere apparentemente inspiegabile a Ferrajoli (cfr., ad es., FERRAJOLI 2016a, 185 in nota) la ragione per cui in non pochi passaggi Kelsen sostenga esplicitamente che la funzione esercitata dal giudice costituzionale è legislativa (cfr., ad es., KELSEN 1942, 313, ove si afferma che «l’istituto del controllo di costituzionalità delle leggi [...] è funzione legislativa e non meramente giudiziaria»).

³⁴ FERRAJOLI 2007, I, 885. La discrezionalità giudiziaria è un tema che Ferrajoli già da tempo ha trattato: cfr. FERRAJOLI 1989.

³⁵ FERRAJOLI 2007, I, 885.

³⁶ FERRAJOLI 2007, I, 885.

³⁷ FERRAJOLI 2007, I, 559.

³⁸ Cfr. FERRAJOLI 2007, I, 558 s.

attuazione a queste norme anche in via giurisdizionale; eppure, è un tentativo che si rivela problematico per l'identità giurisdizionale del controllo di costituzionalità³⁹. Ferrajoli non nega che un giudizio di costituzionalità svolto all'interno di questo contesto richieda complesse operazioni interpretative ed un'adeguata ponderazione fra i vari diritti fondamentali, ma appare un po' riduttivo far rifluire questa complessità sempre all'interno del *genus* della discrezionalità giudiziaria, con la sola concessione per cui «il giudizio costituzionale ponderato comporta talora uno spazio maggiore di discrezionalità del giudizio ordinario di sussunzione»⁴⁰. Per di più, un'affermazione del genere finisce con il rimandare alla tesi kelseniana secondo cui le istituzioni sono funzionalmente distinguibili solo per il *quantum* di discrezionalità espresso – una tesi che, lo si ripete, presuppone un ordine di idee *toto coelo* diverso. Da questo punto di vista, anzi, Kelsen sembra molto più “attrezzato” a fronteggiare il problema dei limiti del giudizio sulle leggi: data l'omogeneità funzionale fra legislazione e giurisdizione (costituzionale), Kelsen permette di evidenziare quello “spostamento di potere”⁴¹ che, invece, tende a smarrirsi al di là di una distinzione qualitativa fra legislazione e giurisdizione. Detto altrimenti, poiché, per Kelsen, applicare norme costituzionali comporta discrezionalità così come produrre una legge, egli è molto più attento a che i testi costituzionali siano fraseggiati in modo da non espandere la discrezionalità del tribunale costituzionale a discapito di quella legislativa; tutt'altro contrario, invece, di una nozione di giurisdizione come quelle coltivata da Ferrajoli, la quale – calata sulla giustizia costituzionale – produce l'effetto di far risultare l'applicazione costituzionale o del tutto esecutiva o, nella migliore delle ipotesi, come una forma di discrezionalità esclusivamente giudiziaria e per niente concorrenziale con quella legislativa⁴².

Non vale replicare che questo presunto vantaggio offerto da Kelsen inizia e finisce laddove si aderisca alla sua – aporetica – tesi dell'inapplicabilità della logica al diritto. E ancora una volta il riferimento alla storia e, in particolare, alla Costituente torna utile: che un tribunale costituzionale possa espandere il proprio raggio d'azione grazie

³⁹ Il che è dovuto anche alla “concezione programmatica” che, per PINO 2014, 74 in nota, Ferrajoli ha dei diritti fondamentali: una concezione secondo cui l'attuazione degli stessi spetta essenzialmente al legislatore e non tanto al giudice.

⁴⁰ FERRAJOLI 2007, II, 74.

⁴¹ KELSEN 1928, 190.

⁴² Pertanto, non v'è alcuna contraddizione – come sostiene, invece, Ferrajoli (FERRAJOLI 2016a, 74 in nota) – fra il Kelsen che teorizza la giustizia costituzionale come limite alle maggioranze parlamentari e il suo auspicio volto ad impedire lo “spostamento di potere”. Questa contraddizione esiste solo nella misura in cui la proposta kelseniana venga letta in una “logica” sostanzialmente giurisdizionale: in tal caso la giustizia costituzionale svolgerebbe una funzione intrinsecamente differente dalla legislazione e, dunque, non vi sarebbe alcun rischio di sovrapposizione fra tribunale costituzionale e parlamento. Tutto il contrario, invece, per Kelsen, il quale in tanto si premura di tutelare il primato del parlamento, proprio perché costruisce un giudizio sulle leggi che non vuole occuparsi solo di casi evidenti e incontestabili di incostituzionalità.

a norme altamente indeterminate è consapevolezza non esclusiva del fautore dell'indistinzione funzionale fra legislazione e giurisdizione, ma anche di chi sapeva bene cosa fosse una giurisdizione per come Ferrajoli la intende: ancora una volta il costituente Piero Calamandrei che, nelle sedute dedicate alle «direttive di massima per la redazione della Costituzione», rivolse un appello per una costituzione fatta di disposizioni chiare e precise, proprio allo scopo di evitare che il giudizio di costituzionalità potesse divenire discrezionale e, dunque, “politico”⁴³. Una preoccupazione in fin dei conti avvertita anche da Ferrajoli, se non molto di recente ha auspicato «una riformulazione della stessa legalità costituzionale, attraverso una formulazione più precisa delle norme costituzionali e in particolare dei diritti fondamentali»⁴⁴.

4. Conclusioni

Nessuno può negare il contributo che Ferrajoli e Kelsen hanno dato e danno al costituzionalismo contemporaneo; sembra, però, che, guardati dal punto di vista della giustizia costituzionale, si siano divisi i compiti. Il primo molto attento al contenuto delle costituzioni, ai diritti da esse sanciti e alle conseguenze giuridiche da trarre dalla loro positivizzazione; il secondo più interessato ai poteri e alle procedure necessarie per garantire la convivenza democratica di società pluralistiche e di massa.

In ciò sta, allora, la pista di ricerca cui si alludeva al principio e la perdurante attualità di Kelsen. Se è vero che l'avvento delle costituzioni rigide obbliga ad un mutamento del paradigma giusteorico, questo mutamento non deve essere rivolto – prendendo a prestito la struttura della nostra Costituzione – alla sola Parte I, dedicata ai diritti e ai principi fondamentali –, ma deve riguardare anche la Parte II, in modo da strutturare un'organizzazione dei poteri coerente con le “promesse” espresse nella Parte I.

E tutto questo evitando due “scogli”. Il primo è indicato da Ferrajoli stesso ed è quello che egli chiama il “principalismo”⁴⁵ ovvero la tendenza a sovradeterminare la Parte I, senza fare affatto i conti di questa sovradeterminazione con la Parte II e, in particolare, con il ruolo della giurisdizione (anche costituzionale). Al tempo stesso, però, non dobbiamo cadere nell'estremo opposto e cercare di far passare tutta la “ricchezza” della Parte I attraverso un concetto di giurisdizione e, più in generale, una Parte II in cui – come fu acutamente detto – «è facile riconoscere lo Statuto albertino, tradotto in linguaggio repubblicano»⁴⁶.

⁴³ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE 1971, VI, 53.

⁴⁴ FERRAJOLI 2012, 19. Cfr., in senso confermativo, anche FERRAJOLI 2010, 2814 s. e, più di recente, FERRAJOLI 2016b.

⁴⁵ Cfr., in particolare, FERRAJOLI 2010, 2805 ss.

⁴⁶ CALAMANDREI 1949, 241.

Riferimenti bibliografici

- BARBERIS M. 2017. *Ferrajoli successore di Kelsen o Kelsen precursore di Ferrajoli?*, in «Ragion pratica», 48, 2017, 225 ss.
- BATTAGLINI M., MININNI M. 1960. *Codice della Corte Costituzionale con i lavori preparatori, la giurisprudenza, le norme impugnate*, Padova, Cedam, 1960.
- BETTI E. 1920. *Il concetto di obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, Tip. Cooperativa, 1920.
- CALAMANDREI P. 1949. *La Costituzione della Repubblica italiana*, vol. III, in ID., *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, 234 ss.
- CAMERA DEI DEPUTATI, SEGRETARIATO GENERALE 1971. *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, 8 vol., Roma, 1971.
- DWORKIN R. 1981. *Rights as Trumps*, in WALDRON J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, 153 ss.
- FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989.
- FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Roma-Bari, Laterza, 2007.
- FERRAJOLI L. 2010. *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 55, 2010, 2771 ss.
- FERRAJOLI L. 2012. *Costituzionalismo e giurisdizione*, in «Questione giustizia», 3, 2012, 7 ss.
- FERRAJOLI L. 2016a. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza, 2016.
- FERRAJOLI L. 2016b. *Contro il creazionismo giurisprudenziale. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in «Ars interpretandi», 5, 2, 2016, 23 ss.
- KELSEN H. 1928. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 143 ss. (ed. or. *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution [La justice constitutionnelle]*, in «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», 35, 1928, 197 ss., trad. it. di C. Geraci).
- KELSEN H. 1929. *Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, 121 ss. (ed. or. *Justiz und Verwaltung*, in «Zeitschrift für soziales Recht», 1929, 1 ss., trad. it. di C. Geraci).

- KELSEN H. 1930-31. *Chi dev'essere il custode della costituzione?*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 229 ss. (ed. or. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in «Die Justiz», 6, 1930-31, 576 ss., trad. it. di C. Geraci).
- KELSEN H. 1942. *Il controllo di costituzionalità delle leggi. Studio comparato delle costituzioni austriaca e americana*, in ID., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 293 ss. (ed. or. *Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, in «The Journal of Politics», 4, 1942, 183 ss., trad. it. di C. Geraci).
- KELSEN H. 1945. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 2009 (ed. or. *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, trad. it. di S. Cotta e G. Treves).
- KELSEN H. 1960. *Dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1990 (ed. or. *Reine Rechtslehre*, Wien, Franz Deuticke, 1960, trad. it. di M.G. Losano).
- KIRCHHEIMER O. 1965. *Politische Justiz. Verwendung juristischer Verfahrensmöglichkeiten zu politischen Zwecke*, Berlin-Neuwied, Luchterhand, 1965.
- MEZZANOTTE C. 1979. *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente*, Milano, Giuffrè, 1979.
- PINO G. 2014. *Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli*, in «Diritto & questioni pubbliche», 14, 2014, 57 ss.
- PINTORE A. 2003. *I diritti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- SCHMITT C. 1931. *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981 (ed. or. *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1931, trad. it. di A. Caracciolo).
- STOLLEIS M. 2003. *Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic*, in «Ratio Juris», 16, 2003, 266 ss.
- WALDRON J. 1999. *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.